

La digitalisation de l'arbitrage international

Nathalie M-P POTIN

Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit, UCLy

Directrice pédagogique des masters enseignés en anglais à l'UCLy

Solicitor of England & Wales (n.p.)

Introduction

La digitalisation de l'économie est considérée comme la quatrième révolution¹. Le droit en général et le droit des affaires, en particulier, n'échappent pas à la digitalisation². Comme le colloque organisé à Lyon et Nancy l'a montré, cette digitalisation est une réalité dans le droit des affaires. Elle a fait irruption dans des domaines variés du droit des affaires³ et a pris diverses formes. Ainsi, la digitalisation peut être au service du droit (on parlera de technologie de soutien), elle peut aussi remplacer les fonctions et les activités qui étaient auparavant exercées par des humains (technologie de remplacement), la digitalisation peut changer la façon dont les juges ou les arbitres travaillent (technologie disruptive) et enfin elle peut remodeler ou impacter la décision par le biais de l'analyse prédictive⁴. Si la digitalisation bouleverse le droit des affaires, on assiste à un phénomène similaire dans la résolution de litiges internationaux et l'arbitrage international. Cette communication traitera de la digitalisation dans la pratique de l'arbitrage international et les défis qu'elle pose. L'examen de la digitalisation requiert un état des lieux dans la pratique l'arbitrage international qui est arrêté à la fin novembre 2019⁵. Cet état des lieux permettra d'identifier les outils digitaux rencontrés dans la pratique de l'arbitrage international et les différentes offres d'arbitrage en ligne, actuelles ou futures, proposées par les divers acteurs internationaux qu'ils soient institutionnels ou émergents. La première partie abordera l'offre digitale des institutions arbitrales réparties sur plusieurs continents et les outils utilisés par les praticiens dans les procédures arbitrales dans un contexte international (I). Cet état des lieux nous donnera l'occasion d'établir les différences notables entre les institutions arbitrales et les services qu'elles peuvent offrir aux utilisateurs. Dans un deuxième temps, l'examen de l'offre des acteurs émergents donnera l'occasion de voir que l'automatisation de l'arbitrage international a déjà commencé (II). Ce deuxième état des lieux nous donnera l'occasion d'étudier les défis liés à cette automatisation de l'arbitrage international.

¹ Voir PwC, «The Fourth Industrial Revolution», disponible sur <https://www.pwc.com/us/en/library/4irready.html> consulté le 8 septembre 2020 et M. E. JANOW and P. C. MAVROIDIS, «Digital trade, e-commerce, the WTO and regional frameworks », 2019 *World Trade Review*, 18(S1), S1-S7. doi:10.1017/S1474745618000526.

² Voir Actes du colloque «Le droit des affaires à l'épreuve de la digitalisation» disponible sur <https://hal.archivesouvertes.fr/DROITDESAFFAIRESDIGITALISATION2019/> consulté le 21 septembre 2020 et I. RANDRIANIRINA, «Propos introductifs : Digitalisation, du toucher à l'immatériel : Actualités Juridiques», Actes du colloque «Le droit des affaires à l'épreuve de la digitalisation» disponible sur https://hal.archivesouvertes.fr/DROITDESAFFAIRESDIGITALISATION2019/public/Iony_Randrianirina_Propos_introductifs.pdf consulté le 21 septembre 2020.

³ Le commerce, la fiscalité des affaires, l'assurance, les contrats d'affaires et le contentieux des affaires. Voir Les Actes du colloque Le droit des affaires à l'épreuve de la digitalisation.

⁴ Les *smart contracts*, La *legalTech* et la *blockchain* par exemple. Voir T. SOURDIN, «Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making», 2018 *University of New South Wales Law Journal*, volume 41, 1114 p1117.

⁵ Ce colloque a eu lieu le 8 et 22 novembre 2019 à l'UCLy et à l'Université de Lorraine.

I. La digitalisation de l'arbitrage - état des lieux fin 2019

Force est de constater que la digitalisation s'est généralisée à plusieurs niveaux dans la pratique de l'arbitrage international⁶. Cette digitalisation de l'arbitrage international prend plusieurs formes dématérialisées. En effet, les institutions arbitrales proposent des plateformes de *emanaging* ou d'autres utilisent l'intelligence artificielle afin de gérer les dossiers d'arbitrage (ODR dans la terminologie anglaise⁷) et les praticiens utilisent des outils digitaux pour faciliter la gestion des arbitrages internationaux (A). Cet état des lieux permettra un examen des différences dans l'offre digitale (B).

A. L'offre digitale des acteurs institutionnalisés internationaux

Dès 2005, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) proposa NetCase⁸ qui était une plateforme électronique sécurisée permettant le dépôt et la consultation des documents générés pour une procédure d'arbitrage international régie par le règlement de la CCI. Cette banque de données et système d'archivage offrait un accès 24 heures sur 24 aux utilisateurs et au Secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Cependant, la sentence arbitrale était toujours notifiée aux parties de manière traditionnelle puis cette dernière était mise en ligne sur NetCase.

Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) propose actuellement une procédure sécurisée et confidentielle pour la gestion de litiges liés aux noms de domaine⁹. La procédure initiée par email facilite l'échange de documents par voie électronique et offre un système de vidéo conférence pour les réunions. L'OMPI travaille actuellement à la mise au point d'un système de règlement des litiges en ligne utilisant l'internet qui réduira « le recours à d'autres moyens de communication et la tenue de conférences et audiences nécessitant la présence physique des parties, qui économiseront ainsi du temps et de l'argent »¹⁰. Il est intéressant de noter que les transactions financières effectuées pendant le cours de la procédure (le paiement en ligne par carte de crédit) utiliseront des bases de données financières spéciales.

Le règlement de 2009 de la Commission chinoise d'arbitrage économique, commercial et international permettait la résolution des litiges liés au e-commerce par le biais d'un site internet spécifique tout en assurant

⁶ Voir *ICC Commission Report - Information Technology in International Arbitration*, ICC Publishing 2017 disponible <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-adr-commission.pdf> consulté le 21 septembre 2020.

⁷ La résolution de litiges en ligne (ODR). Pour des informations sur ODR Voir M. S. A. WAHAB, Ethan KATSH & D. RAINEY (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, ed. Eleven, 2012; F. GÉLINAS, «Taking stock of ODR: From Concept to Business Reality», in *Using Technology to Resolve Business Disputes, Special Supplement to Bulletin of the International Court of Arbitration* (2004) 7-19 et G. KAUFMANN-KOHLER, «Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration», *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amoricum in honor of Robert Briner*, p 437, ICC Publishing 2005, Publication 693.

⁸ M. PHILIPPE, «New Upgrades to ICC NetCase», *Bulletin of the International Court of Arbitration*, Volume 19 No. 1 2008 p 23.

⁹ Voir WIPO eADR disponible sur <https://www.wipo.int/amc/en/eadr/wipoeadr/> consulté le 21 septembre 2020.

¹⁰ Voir Arbitrage en Ligne OMPI disponible sur <https://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/online/index.html> consulté le 21 septembre 2020.

la confidentialité par le biais d'un codage¹¹. Depuis 2015, la Commission chinoise d'arbitrage de Guangzhou proposait un arbitrage en ligne de A à Z. En 2018, cette institution a enregistré 166 634 dossiers dont une majorité a suivi la procédure d'arbitrage en ligne¹². Cette augmentation démontre, s'il en était encore besoin, combien l'arbitrage en ligne est une réalité. Dans la même veine, le Hong Kong Ebram¹³ propose depuis fin 2019 une plateforme de résolution des litiges en ligne. Cette plateforme ODR est sécurisée et chiffrée permettant la protection des informations confidentielles. La sentence arbitrage est mise à disposition en ligne sur cette plateforme.

Depuis septembre 2019, tous les arbitrages régis par le règlement de l'Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm (SCC) sont administrés à partir de la plateforme digitale¹⁴ permettant une procédure sécurisée et confidentielle réservée aux parties, arbitres et à l'institution. Dès l'introduction de la requête d'arbitrage, le SCC attribue un site spécifique à ce dossier d'arbitrage comprenant une banque de données, système d'archivage, un accès au calendrier avec les dates et délais de la procédure d'arbitrage.

Au-delà du *e-management* des procédures d'arbitrage, les acteurs ont utilisé, depuis plusieurs années, des outils digitaux favorisant la tenue d'audiences en ligne¹⁵ engendrant une interaction rapide, efficace et à distance sans avoir le besoin d'être dans un même lieu. De plus, l'utilisation intensive de la revue documentaire (dans la terminologie anglaise *Technology Assisted Review*¹⁶) réduit la part humaine du travail et, par là même, elle génère une réduction des coûts. En effet, elle peut porter sur des millions de documents et s'étaler sur plusieurs mois dans un arbitrage complexe. La revue documentaire requiert une connaissance très poussée des faits et des enjeux du dossier pour définir les mots-clés de l'algorithme pour sélectionner les documents à examiner.

La recherche de l'arbitre est une étape fondamentale dans la procédure d'arbitrage. Elle peut s'avérer être une étape délicate si le litige requiert une expertise technologique importante, si l'arbitre doit avoir une expérience professionnelle bien précise et des compétences linguistiques particulières en vertu de la clause d'arbitrage. Les conseils des parties utilisent leurs contacts mais ils peuvent également faire appel au *Arbitrator Research Tool*¹⁷ qui est un moteur de recherche permettant d'identifier les arbitres sur la base d'informations détaillées comme par exemple leurs préférences en matière de procédure, leur *curriculum vitae*, leurs discours et les témoignages des parties dont ils ont précédemment tranché les litiges. Les parties ou leurs conseils peuvent utiliser des critères tels que la spécialisation, l'expérience, l'expertise technique et, parfois, les décisions rendues.

¹¹ Article 15 du Règlement de 2009.

¹² C. ZHI, «[The Path for Online Arbitration: A Perspective on Guangzhou Arbitration Commission's Practice](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/04/the-path-for-online-arbitration-a-perspective-on-guangzhou-arbitration-commissions-practice/?doing_wp_cron=1598515261.4919490814208984375000) », *Kluwer Arbitration Blog* 4th March 2019 disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/04/the-path-for-online-arbitration-a-perspective-on-guangzhou-arbitration-commissions-practice/?doing_wp_cron=1598515261.4919490814208984375000 consulté le 21 septembre 2020.

¹³ La plateforme propose de l'arbitrage et de la médiation en ligne. Les parties peuvent accéder à leurs soumissions respectives en ligne et peuvent utiliser la vidéo pour leurs réunions d'arbitrage. Voir <https://ebram.org/> consulté le 21 septembre 2020.

¹⁴ Voir <https://sccinstitute.com/scc-platform/>

¹⁵ Les documents sont échangés par voie électronique sur une plate-forme. Ces *e-hearings* sont proposés, par exemple, par SCC, JAMS (<https://www.jamsadr.com/>), AAA-ICDR (<https://www.icdr.org/>).

¹⁶ La *Technology Assisted Review* est très utilisée aux États-Unis et dans les pays de la *Common Law* dans le cadre de contentieux ou arbitrages durant la phase de *pre-trial discovery*.

¹⁷ Voir <https://globalarbitrationreview.com/arbitrator-research-tool> consulté le 21 septembre 2020.

Cet état des lieux rapide montre la richesse des options proposées par les centres d'arbitrages et des outils qui assistent les parties ou leurs conseils dans leur travail de revue documentaire et la recherche d'un arbitre. La partie suivante permettra d'examiner les différences dans cette offre digitale.

B. Les différences dans l'offre digitale des acteurs institutionnalisés internationaux

Ce tour d'horizon de la digitalisation de l'arbitrage montre que la variété des acteurs internationaux est remarquable. Les acteurs sont des acteurs institutionnalisés (les institutions arbitrales) et des acteurs non-institutionnalisés (les entreprises privées). L'offre est abondante mais avec des différences notables. Les utilisateurs peuvent choisir entre l'arbitrage facilité par les plateformes digitales favorisant la communication entre les acteurs, les échanges de documents et la gestion des procédures d'arbitrages ou alors privilégier l'arbitrage en ligne de A à Z. Si la norme passée favorisait une procédure mixte avec une digitalisation limitée à la gestion du dossier, l'échange de documents ou les réunions virtuelles tout en gardant un élément plus traditionnel avec la notification de la sentence arbitrale par des moyens plus classiques, la tendance actuelle s'oriente vers un arbitrage en ligne de A à Z avec une notification de la sentence arbitrale aux parties par des moyens dématérialisés. Cette digitalisation favorise la réduction du coût des procédures d'arbitrages mais permet également de raccourcir la durée, de gérer des dossiers de façon plus efficace, et aussi de travailler à distance.

L'utilisation des outils numériques et digitaux dans la pratique de l'arbitrage international est très répandue au niveau international et ce depuis plusieurs années. La pandémie du Covid-19 va accélérer cette tendance. Avec cette pandémie internationale, le monde de l'arbitrage a dû s'adapter rapidement à des méthodes de travail différentes pour tenir compte du confinement imposé par plusieurs pays et de l'impossibilité de voyager. Les institutions arbitrales ont proposé des solutions aux parties et aux praticiens pour assurer la résolution des litiges en période de quarantaine et de distanciation sociale¹⁸. De nombreuses institutions arbitrales ont proposé des réponses innovantes. La Cour internationale d'arbitrage de Londres, la CCI, le Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC), l'Association des arbitres maritimes de Londres et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par exemple, acceptent que les parties initient leur arbitrage par email. Le Centre d'arbitrage international de Dubaï a proposé aux parties de déposer leur requête d'arbitrage sur sa plateforme au lieu de la notifier par courrier. Au 15 avril 2020, le SIAC notifiait la sentence arbitrale par email avec en envoi des originaux par courrier. Le Centre d'arbitrage international de Vienne notifie aux parties la sentence arbitrale sous forme électronique en vertu de l'article 36 du règlement.

En 2018, l'étude conduite par l'école d'arbitrage international de l'Université Queen Mary de Londres confirmait qu'une majorité écrasante des participants était favorable à une plus grande utilisation des visioconférences et salles d'audience virtuelles mais ne les utilisaient pas systématiquement¹⁹. Avec la pandémie

¹⁸ C. TEVENDALE, C. MORGAN, V. NAISH & K. HOLLIS, «COVID-19: Institution and Organisation Specific Proposals as at 14 May 2020», *Arbitration Notes Herbert Smith Freehills 14 May 2020*, <https://hsfnotes.com/arbitration/2020/05/15/update-4-necessity-is-the-mother-of-invention-covid-19dramatically-accelerates-digitalisation-of-arbitration-processes/> consulté le 21 septembre 2020.

¹⁹ Voir The White & Case LLP 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration conducted by School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London disponible sur

de la Covid-19, les réunions d'arbitrage virtuelles sont devenues une nécessité plutôt qu'une option. Même si les praticiens reconnaissent le gain en temps et les réductions des coûts financiers liés à l'utilisation des outils digitaux, le manque de contact visuel entre les acteurs des réunions d'arbitrage, les inquiétudes liées à la sécurité²⁰, les difficultés liées aux fuseaux horaires pour les personnes participant à la réunion ainsi que les difficultés de connexion peuvent remettre en question l'utilisation systématique de la vidéo conférence pour tous types de dossiers d'arbitrage²¹. Mais, il est illusoire de penser que nous reviendrons en arrière. Bernard Hanotiau et Neil Kaplan QC pensent que ces réunions virtuelles doivent devenir la nouvelle norme car elles donnent une meilleure vision des témoins puisque l'arbitre peut même voir leurs yeux et c'est souvent plus facile qu'en personne où le témoin est à 5 ou 6 mètres dans une salle d'audience²². Ainsi, les arbitres peuvent se faire une idée plus précise de la crédibilité des témoignages²³. Maxi Scherer est en faveur des réunions virtuelles même si elle considère que ces dernières peuvent réduire l'interaction entre les acteurs de l'arbitrage durant ces réunions virtuelles y compris lors des apartés devant la machine à café²⁴. Enfin, Toby Landau QC suggère que les conseils ou les arbitres pourraient échanger entre eux lors des réunions d'arbitrage par le biais de leur groupe Whatsapp²⁵.

Ainsi, l'utilisation d'audiences virtuelles ou en ligne a gagné en popularité²⁶. Cela a été rendu possible grâce à la visioconférence et logiciels tels que Zoom, Skype, Microsoft Teams et WebEx par exemple, ainsi qu'à leur accessibilité relative. Les institutions arbitrales ont également recommandé de faire des audiences virtuelles²⁷ et ont publié des directives concernant la tenue d'audiences en ligne pour aider les parties et les arbitres. Certaines institutions arbitrales ont même suggéré que ce pourrait être la voie à suivre après que les restrictions

[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-InternationalArbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-InternationalArbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) consulté le 13 septembre 2020.

²⁰ ICCA-NYC Bar-CPR Cybersecurity Protocol for International Arbitration <https://www.arbitrationicca.org/projects/Cybersecurity-in-International-Arbitration.html> consulté le 21 septembre 2020 et M. WEINIGER, R. ZIADÉ, R. BELLINGHAUSEN, G. MEIJER, V. MOVSHOVICH, A. GOODMAN & B. R. HOEBEKE, «Arbitration in a time of crisis – observations from our recent webinar», 5 mai 2020, *Linklaters LLP* disponible sur <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/arbitrationlinks/2020/may/arbitration-in-a-time-of-crisisobservations-from-our-recent-webinar> consulté le 18 septembre 2020.

²¹ Maxi Scherer, «Asynchronous hearings: The new normal», *Kluwer Arbitration Blog*, 9 septembre 2020 disponible sur <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/09/asynchronous-hearings-the-next-newnormal/> consulté le 25 septembre 2020.

²² Voir Vidéo Delos – B. HANOTIAU in conversation with N. KAPLAN QC du 28 May 2020 disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=LV3PXh7w4iQ> consulté le 17 septembre 2020.

²³ S. WILSKE, «The impact of covid-19 on international arbitration hiccup or turning point?», (2020) *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 13(1), 7-44 p13.

²⁴ Maxi Scherer, «Virtual Panel Series: UNCITRAL Texts and COVID-19 Response and Recovery – Day 5», disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=-K1-7HgK5Fo&feature=youtu.be>, consulté le 25 septembre 2020.

²⁵ Voir *supra* note 21.

²⁶ A. LO, «Virtual Hearings and Alternative Arbitral Procedures in the COVID-19 Era: Efficiency, Due Process, and Other Considerations», 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal*, no. 1 (May 2020): 85-98 p89 et S. WILSKE, «The impact of covid-19 on international arbitration hiccup or turning point? », (2020) *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 13(1), 7-44 p. 13.

²⁷ C. TEVENDALE, C. MORGAN, V. NAISH & K. HOLLIS, «COVID-19: Institution and Organisation Specific Proposals as at 14 May 2020», art. cité.

aient été levées. En effet, le SIAC a récemment entériné une motion en faveur des audiences virtuelles et a confirmé que celles-ci sont tout aussi efficaces que les audiences en personnes ²⁸.

Le monde de l'arbitrage devra cependant repenser la manière dont on aborde les réunions d'arbitrage pour que les difficultés techniques soient prises en compte. Tous les participants présents à distance, y compris le tribunal arbitral, les avocats, les témoins, les experts, les traducteurs et sténographes, doivent avoir accès au matériel approprié, y compris (au minimum) à une *webcam*, un microphone et un emplacement privé sans interruptions. Toutes coupures ou interruptions de la connexion ou des flux vidéo et audio peuvent avoir des conséquences importantes et empêcher que des témoignages, des questions et/ou des instructions ne soient pas entendus. Il faudra investir dans des équipements supplémentaires, tels que les caméras haute définition correctement inclinées et récepteurs satellite ²⁹. Les arbitres devront s'assurer que tous les acteurs d'un arbitrage puissent jouir d'une connexion internet haut débit sans coupures.

Pour respecter la confidentialité de l'arbitrage commercial international, les acteurs devront s'assurer que leur matériel est sécurisé avec un cryptage suffisant, de sorte que les *webcams*, les microphones et les données de l'audition ne puissent pas être piratées ou détournées ³⁰.

Si certains considèrent que les audiences virtuelles doivent devenir la norme, d'autres pensent qu'il serait l'occasion de revoir complètement la façon dont le monde de l'arbitrage approche les procédures d'arbitrage. Certains praticiens proposent d'aller plus loin ³¹ en supprimant les témoignages oraux qui peuvent avoir lieu plusieurs années après les faits et se heurtent souvent au manque de fiabilité de la mémoire humaine ³². Dans la même veine, ils proposent également de réduire les phases écrites et orales dans les procédures d'arbitrage ³³.

Cette révolution dans l'approche des procédures d'arbitrages a déjà été envisagée et mise en application par les acteurs émergents qui proposent une automatisation de l'arbitrage qui sera l'objet de la suite de ce propos.

II. Vers une automatisation de l'arbitrage ou les défis liés à cette automatisation

Outre l'utilisation de la technologie pour les procédures d'arbitrage, la digitalisation de l'arbitrage se traduit également par des développements plus étonnants. L'offre digitale des acteurs émergents internationaux se caractérise par une digitalisation plus poussée qui correspond plutôt à une automatisation (A) mais cette

²⁸ S. LEE & L. Z. NING, «SIAC Congress Recap: This House believes that Virtual Hearings are just as effective as In-Person Hearings», *Kluwer Arbitration Blog*, 4 septembre 2020 disponible sur <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/04/siac-congress-recap-this-house-believes-that-virtualhearings-are-just-as-effective-as-in-person-hearings/> consulté le 13 septembre 2020.

²⁹ A. LO, «Virtual Hearings and Alternative Arbitral Procedures in the COVID-19 Era: Efficiency, Due Process, and Other Considerations», art. cité p 89.

³⁰ *Ibid.*

³¹ CMS, «Virtual hearings: are they really the answer?», 17 avril 2020 disponible sur <https://www.cmslawnow.com/ealerts/2020/04/virtual-hearings-are-they-really-the-answer> consulté le 17 septembre 2020.

³² Voir les commentaires de Justice Leggatt dans *Gestmin SGPS SA v Credit Suisse UK Ltd & anor* [2013] EWHC.

³³ CMS, «Virtual hearings: are they really the answer?», art. cité.

dernière pose de nombreux défis qu'il sera nécessaire de résoudre pour assurer le respect des garanties fondamentales (B).

A. L'offre digitale des acteurs émergents internationaux – vers une automatisation ?

Aux Etats Unis, Arbitration Resolution Services Inc.³⁴ sélectionne les arbitres par un système informatique à partir d'un panel et attribue au hasard des dossiers d'arbitrages aux arbitres en fonction de leurs domaines de compétences³⁵. L'entreprise eBay propose la résolution de litiges liés aux transactions par le biais de la médiation et de l'arbitrage en ligne mais sans intervention humaine. Le processus est automatisé et algorithmique reposant sur un système apprenant (*learning system*) et l'usage des *big data*³⁶.

Kleros a innové avec son projet de *blockchain arbitration*. Les litiges sont résolus par voie démocratique tout en utilisant la *blockchain*, la théorie du jeu et le *crowdsourcing*³⁷. Le contrat intelligent (*smart contract*) définit automatiquement un nombre d'arbitres pour trancher le litige³⁸. La sélection des arbitres est l'un des aspects déroutants de l'arbitrage Kleros. Ainsi, toute personne ayant acheté des jetons appelés PNK³⁹ peut agir comme arbitre. Plus l'arbitre potentiel mise des PNK sur un litige qu'il souhaite arbitrer, plus la probabilité d'être choisi est élevée. Ensuite, les arbitres potentiels ayant mis le plus de PNK sont choisis au hasard pour résoudre le litige⁴⁰. Les arbitres sélectionnés examinent les preuves et votent⁴¹. Un arbitre ne connaît pas la position des autres arbitres sélectionnés. Les arbitres Kleros n'échangent pas entre eux pour trancher le litige. Ils sont incités à décider comme la majorité pour recevoir des jetons en guise de paiement et sont récompensés par des PNK lorsqu'ils votent en accord avec la majorité. *A contrario*, un vote minoritaire fera perdre des PNK à l'arbitre minoritaire⁴². La décision arbitrale est anonyme et il y a une possibilité d'appel de cette dernière⁴³.

La procédure est sécurisée et transparente grâce aux technologies de la *blockchain*. Le consentement des parties à l'arbitrage est primordial. Le consentement des utilisateurs est donné lorsque ceux-ci acceptent le *smart contract* de Kleros. Ce dernier inclut une clause spécifiant la compétence de Kleros et de sa plate-forme pour

³⁴ L'entreprise propose la résolution en ligne de litiges B2C et B2B à partir d'un cloud permettant la transmission électronique des documents dont la confidentialité assurée par un codage. La procédure d'arbitrage se fait sans réunion d'arbitrage en personne, et si les parties veulent une réunion d'arbitrage, celle-ci a lieu par vidéo ou par téléphone.

³⁵ Voir <https://www.arbresolutions.com/about/#>

³⁶ Voir <https://www.ebay.com/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259> consulté le 27 août 2020 et Rapport du groupe de travail dirigé par T. CLAY, « L'arbitrage en ligne », Le Club des Juristes, avril 2019, p 43 disponible sur <https://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/larbitrage-en-ligne/> consulté le 28 août 2020.

³⁷ Kleros établit un lien entre les utilisateurs souhaitant résoudre un litige et les arbitres. Kleros propose un protocole d'arbitrage décentralisé qui utilise la théorie des jeux (dilemme du prisonnier), les technologies Blockchain et le crowdsourcing pour statuer sur les demandes de manière rapide et transparente. Voir vidéo : Kleros Justice Protocol Explainer disponible sur <https://kleros.io/> consulté le 27 août 2020.

³⁸ C. LESAEGE, F. AST & W. GEORGE, Kleros « Short Paper V1.0.7 » September 2019 p. 3.

³⁹ Pinakion est une crypto-monnaie de Kleros voir <https://kleros.io/token> consulté le 15 septembre 2020.

⁴⁰ La question de l'indépendance, de l'impartialité et de la neutralité sera examinée infra, partie B.

⁴¹ C. LESAEGE, F. AST & W. GEORGE, Kleros « Short Paper V1.0.7 » art. cité.

⁴² *Ibid.* p. 7.

⁴³ Voir vidéo « Kleros Justice Protocol Explainer » disponible sur <https://kleros.io/> consulté le 27 août 2020.

connaître le litige émanant du contrat intelligent. La confidentialité du processus est également garantie par le contrat intelligent de Kleros. Seuls les arbitres sélectionnés et les parties au contrat ont accès aux détails de la procédure d'arbitrage. Les arbitres restent anonymes. Kleros indique que l'anonymat vise à protéger les arbitres contre l'intimidation, les représailles et la tentation de corruption ⁴⁴.

L'implication des acteurs privés permet la mise en place de nouveaux outils. Ils choisissent une approche de l'arbitrage totalement nouvelle alors que, les acteurs institutionnalisés semblent hésiter à embrasser pleinement ces nouvelles technologies et privilégient une approche plus classique. Cette automatisation de l'arbitrage et de la procédure, permet une gestion rapide de décisions tranchant des petits litiges. Dans le cas de Kleros, toute la procédure d'arbitrage est entièrement automatisée grâce aux contrats intelligents. Ainsi, les acteurs émergents cherchent à arbitrer un maximum de petits litiges ⁴⁵ dans un minimum de temps et à moindre coût. Le lecteur décidera s'il s'agit là d'une recherche de la rentabilité ou d'un service plus efficace proposé aux utilisateurs.

Outre la question de la recherche de la rentabilité, le respect des garanties fondamentales se pose. La question se pose de savoir si le choix de ne résoudre que des petits litiges autorise l'oubli ou la violation des garanties fondamentales pour l'arbitrage international ⁴⁶. Ainsi, le respect et l'irrespect de ces garanties fondamentales représentent un des défis de l'automatisation de l'arbitrage international.

B. Les défis de l'automatisation

Si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme réaffirme le droit à un procès équitable et en particulier le droit à un « tribunal indépendant et impartial ». Dans le cas de l'arbitrage, il est fondamental que l'arbitre soit indépendant et impartial et ne doive pas faire preuve de préjugés pour que les parties aient confiance ⁴⁷.

Kleros sélectionne des arbitres qui ont acheté des PNK. Sélectionner des arbitres sur la base de l'achat de jetons semble aller à l'encontre de l'essence même de l'arbitrage et ne pas forcément répondre aux besoins des parties. On peut raisonnablement se poser la question de l'indépendance des arbitres. Kleros a créé un système d'incitation, aussi intéressant qu'effrayant. Un arbitre Kleros vote de manière cohérente s'il vote en accord avec l'option choisie par la majorité. Si les arbitres votent à la majorité, ils reçoivent des honoraires sous la forme de PNK, les autres perdront leurs jetons ⁴⁸. Kleros considère que ce mécanisme garantit un vote honnête. Si l'on conditionne l'état d'esprit de l'arbitre par rapport au gain de jetons, les arbitres ne seront pas plus intéressés par l'acquisition des jetons que par leur mission de trancher le litige. Ainsi, la question se pose quant au respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, la majorité des droits de

⁴⁴ Voir <https://kleros.io/faq/> consulté le 28 août 2020.

⁴⁵ Voir Kleros ICO Arbitration on the Blockchain, Federico Ast interviewé par The Crypto Lark, 13 mars 2018 disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=sVCOH3br4ZI> consulté le 28 août 2020.

⁴⁶ Voir Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et Article 5 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

⁴⁷ Voir chapitre 4 - N. BLACKABY et C. PARTASIDES, A. REDFERN & M. HUNTER, *Law & Practice of International Commercial Arbitration*, ed. Sweet & Maxwell ; 6ème édition, 2015.

⁴⁸ Voir C. LESAEGE, F. AST & W. GEORGE, art. cité p. 7.

l'arbitrage international reconnaît l'indépendance des arbitres comme étant une qualité indispensable. La sélection des arbitres sur la base de l'acquisition de jetons ne paraît pas remplir les conditions d'indépendance et ne permet pas d'assurer le droit à un procès équitable.

Si la partialité d'un arbitre est une critique récurrente contre l'arbitrage⁴⁹, l'intelligence artificielle et tout système apprenant dépend d'un codage et celui-ci n'est pas à l'abri des préjugés du codeur⁵⁰. Certains considèrent qu'un arbitre digital (présenté sous la terminologie de *software arbitrator* ou *IA arbitrator*) peut être moins sensible aux préjugés car il est sensé appliquer objectivement les règles qu'il est programmé pour suivre⁵¹. *A contrario*, d'autres estiment que la capacité d'un arbitre digital à rendre des décisions justes et équitables est incertaine⁵². Il semble, cependant, qu'il y aura toujours un risque de partialité. Si l'intelligence artificielle statue d'une manière pour laquelle cette dernière aura été programmée pour le faire et non pas parce qu'elle aura exercé une réflexion indépendante et aura mené ses propres analyses sans aucune influence ni mépris des faits présentés par les parties et du droit⁵³, alors le risque de partialité sera réel.

Le choix et la sélection des arbitres est primordial dans la résolution de litiges. Les parties doivent avoir confiance afin qu'elles acceptent la décision qui sera rendue par le ou les arbitres. Arbitration Resolution Services Inc. fait appel à un système informatique pour sélectionner les arbitres. Si Arbitration Resolution Services Inc. constitue un panel, aucune formation ou expérience juridique n'est nécessaire pour devenir arbitre chez Kleros. Les arbitres Kleros ne répondent à aucun des critères reconnus par le monde de l'arbitrage international⁵⁴. Même si les litiges ne sont pas complexes, Kleros considère que seuls des arbitres concepteurs de sites internet peuvent connaître du litige, et non des avocats ou d'autres praticiens. Il faut noter que les arbitres dans les domaines de la construction ou de l'assurance par exemple sont souvent des professionnels avec une expertise reconnue avant d'être des praticiens de l'arbitrage. La sélection d'un arbitre avec une expérience technique ou une expertise dans le domaine du litige est un des avantages reconnus de l'arbitrage⁵⁵.

⁴⁹ Voir A. DE ZAYAS, « Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order » du 5 août 2015, A/70/285.

⁵⁰ La Commission européenne a reconnu les implications éthiques du déploiement potentiel de l'intelligence artificielle. Voir The European Commission's High Level Expert Group on Artificial Intelligence, « Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI: Working Document for Stakeholders' Consultation », 18 décembre 2018 disponible sur <file:///C:/Users/npotin/AppData/Local/Temp/AIHLEGDraftEthicsGuidelinespdf.pdf> consulté le 29 août 2020.

⁵¹ A. SELA, « Can Computers Be Fair: How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration », (2018) *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, volume 33, no. 1, p. 115.

⁵² Voir N. BOSTROM & E. YUDKOWSKY, « The Ethics Of Artificial Intelligence », in W. RAMSEY & K. FRANKISH, eds, *Cambridge handbook of artificial intelligence*, p7 disponible sur <https://nickbostrom.com/ethics/artificialintelligence.pdf> consulté le 12 septembre 2020.

⁵³ A. SELA, « Can Computers Be Fair: How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration », art. Cite p116 et J. KWAN, J. NG & B. KIU, « The use of artificial intelligence in international arbitration: where are we right now? », 22(1) *International Arbitration Law Review* 2019, p 26.

⁵⁴ Indépendance, impartialité, connaissance technique, juridique et linguistique. Voir N. BLACKABY et C. PARTASIDES, A. REDFERN & M. HUNTER, *Law & Practice of International Commercial Arbitration*, op. cit. p 246.

⁵⁵ Voir N. BLACKABY et C. PARTASIDES, A. REDFERN & M. HUNTER, *Law & Practice of International Commercial Arbitration*, op. cit. p. 234.

Ebay a confié la résolution des litiges en ligne à un système apprenant avec un certain succès⁵⁶. Ebay utilise l'automatisation, l'intelligence artificielle par le biais d'une plateforme ODR. Nous touchons ici à l'automatisation de l'arbitrage. Les robots ou l'intelligence artificielle vont-ils remplacer l'être humain dans le domaine de l'arbitrage. L'intelligence artificielle est bien là, il serait imprudent de l'ignorer. Certains pensent même que l'intelligence artificielle pourrait remplacer les secrétaires administratifs⁵⁷ voir les arbitres eux-mêmes⁵⁸. Si l'intelligence artificielle remplaçait les secrétaires administratifs ou les arbitres, la question de son incidence et influence sur la sentence arbitrale se poserait alors. A ce jour, la majorité des droits de l'arbitrage international contient une présomption en faveur d'un arbitre humain y compris le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international⁵⁹. Le droit français va plus loin et précise que l'intelligence artificielle ne peut remplacer l'arbitre et interdit de nommer un ordinateur comme arbitre⁶⁰. La loi de programmation de Justice 2018-2022⁶¹ confirme que l'intelligence artificielle ne peut opérer seule, elle ne peut que servir d'appui à l'intervention d'un humain et les plateformes devront assurer un contrôle⁶². Cela pourrait évoluer. En effet, le Parlement européen a déjà proposé de donner un statut juridique aux robots, en les catégorisant comme des «personnes électroniques» et en les tenant pour responsables de leurs actes ou omissions. Ce type de réglementation pourrait ouvrir de nouvelles portes, permettant sans doute aux parties de désigner des ordinateurs comme arbitres, même dans les pays qui exigent des arbitres «personnes physiques»⁶³. Mais cela reste encore une fiction.

L'intelligence artificielle est-elle vraiment adaptée pour régler tous les différends ? Kleros répond qu'elle peut trancher des litiges techniques simples entre deux parties uniquement. Les litiges ne doivent pas être trop complexes et le montant en jeu doit être limité afin qu'il ne nécessite pas une connaissance du droit trop développée⁶⁴. Qu'en est-il des litiges complexes ? Les litiges peuvent souvent impliquer plusieurs parties avec plusieurs contrats et mettre en jeu des considérations économiques mais aussi des émotions et autres facteurs humains qui peuvent être difficilement traduites en simples équations⁶⁵. Les litiges sont décidés sur la base du droit mais aussi sur la base de faits qui sont plus ou moins complexes. Si l'intelligence artificielle peut appliquer

⁵⁶ Le système de résolution de litiges en ligne d'Ebay résout 60 millions de litiges par an. Voir K. FRANKLIN, «AI Technology and International Arbitration - Are Robots Coming for Your Job?» *CI Arb News*, 3 avril 2020 disponible sur <https://www.ciarb.org/news/ai-technology-and-international-arbitration-are-robots-coming-for-your-job/> consulté le 29 août 2020.

⁵⁷ J. KWAN, J. NG & B. KIU, «The use of artificial intelligence in international arbitration: where are we right now?», art. cité p. 22.

⁵⁸ A. SELA, «Can Computers Be Fair: How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration», art. cité p 115.

⁵⁹ Article 11 (1) du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

⁶⁰ Article 1450 Code de procédure civile.

⁶¹ Voir <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038261631&categorieLien=id>

⁶² A. MUSELLA, «Arbitration, Open Data, Justice and Artificial Intelligence: a New Step Forward», *Kluwer Arbitration Blog*, 16 avril 2020, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/16/arbitration-open-data-justice-and-artificialintelligence-a-new-step-forward/?doing_wp_cron=1598690370.8285789489746093750000, consulté le 13 septembre 2020.

⁶³ Lettre ouverte à la Commission Européenne en 2018 déclare que l'Union européenne doit encourager le développement de l'intelligence artificielle et de la robotique l'industrie. Voir <http://www.roboticsopenletter.eu/> consulté le 18 septembre 2020.

⁶⁴ Voir Kleros ICO Arbitration on the Blockchain, Federico Ast interviewé par The Crypto Lark, 13 mars 2018 disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=sVCOH3br4ZI> consulté le 18 septembre 2020.

⁶⁵ J. KWAN, J. NG & B. KIU, «The use of artificial intelligence in international arbitration: where are we right now?», art. cité p 25

le droit, est-elle capable de prendre en compte les faits plus ou moins complexes pour trancher le litige ? Même si la technologie a considérablement évolué ces dernières années, l'intelligence artificielle n'est toujours pas capable, à ce jour, de lire, prédire ou ressentir des émotions avec précision. Le futur nous dira si les machines seront capables de comprendre les stratégies et tactiques subtiles déployées par les parties. L'absence de traitement émotionnel est un handicap certain pour l'intelligence artificielle, si la machine devait adopter «*an inquisitorial approach as to cross-examining witnesses ... It would be difficult, indeed almost impossible, for AI to decide cases based in ex aequo et bono and good faith*»⁶⁶.

Un autre aspect à prendre en compte est l'obligation pour l'arbitre de motiver sa sentence arbitrale. C'est une garantie fondamentale de l'arbitrage international⁶⁷. Le perdant doit pouvoir comprendre le raisonnement juridique de la décision arbitrale. Tant que l'intelligence artificielle ne pourra donner le raisonnement et les arguments pour la décision, elle ne pourra pas remplacer l'humain, même en supposant qu'elle puisse obtenir le résultat correct⁶⁸.

Un autre défi est lié à la reconnaissance des sentences arbitrales rendues en ligne (*online arbitral award*). La question fut examinée récemment par la Cour d'appel d'Amsterdam qui décida que l'exécution des sentences arbitrales rendues en ligne violerait l'ordre public néerlandais⁶⁹. À l'aide d'une plateforme de trading en ligne, X a accordé trois prêts en bitcoins à Y et Y accepta les conditions de la plateforme de trading en ligne applicables aux prêts y compris la clause de mécanisme de règlement des différends⁷⁰. Suite au litige, X a obtenu trois sentences arbitrales rendues aux États-Unis qui condamnaient Y à payer des bitcoins à X. Les sentences arbitrales ont été rendues par un arbitre unique, l'entité américaine net-ARB, Inc. (plateforme ODR)⁷¹. Les sentences arbitrales étaient signées par le PDG de net-ARB, Inc. La Cour d'appel d'Amsterdam rappela qu'elle

⁶⁶ J. KWAN, J. NG & B. KIU, «The use of artificial intelligence in international arbitration: where are we right now?», art. cité p. 25.

⁶⁷ La majorité des droits de l'arbitrage international demande que les arbitres motivent la sentence arbitrale.

⁶⁸ J. KWAN, J. NG & B. KIU, «The use of artificial intelligence in international arbitration: where are we right now?», art. cité p. 25.

⁶⁹ La Cour d'appel d'Amsterdam a considéré que le principe de *audi alteram partem* n'était pas respecté par l'arbitre puisque les arguments des deux parties aux différends n'ont pas dûment été entendus par l'arbitre. Voir décision du 29 janvier 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:192) et J. VAN HEZEWIJK & S. COELEN, «The future is now (or is it?): net-ARB, Inc online award not recognised due to lack of due process», *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, 2 mai 2019, <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Netherlands/FreshfieldsBruckhaus-Deringer-LLP/The-future-is-now-or-is-it-net-ARB-Inc-online-award-not-recognised-due-to-lack-of-due-process> consulté le 12 septembre 2020.

⁷⁰ 'If you fail to pay principal and/or interest on the date on which the loan falls due, you will be considered in default of the Registration Agreement... Should your loan become 90 days past due ("Defaulted") the loan will be sent to Dhami Law Firm ("Arbitrator"), an independent, international arbitration firm whose awards are recognized internationally under The United Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. I understand that in the event that **I want to appear in the arbitration by email** to contest the potential issuance of an award in favor of the lenders, I must send a written request to support@btcjam.com and pay a \$ 99.00 fee. Such request must be within 7 calendar days from the date of the Notice of Default. The Arbitrator's decision shall be final and legally binding. In the event that the Arbitrator issues an award in favor of the investor, an investor may enforce that judgment in a court of competent jurisdiction. Les conditions contenaient également la clause d'arbitrage suivante: All claims and disputes arising under or relating to this agreement are to be settled by binding arbitration in the state of California or another location mutually agreeable to the parties. An award of arbitration may be confirmed in a court of competent jurisdiction.'

⁷¹ Le processus est divisé en 4 étapes : la déclaration liminaire, les questions de l'arbitre, la présentation des preuves, témoignages et les conclusions finales. Voir <https://www.net-arb.com/complaints/scam070111.php> consulté le 12 septembre 2020.

pouvait refuser de reconnaître une sentence qui violait les préceptes de l'article 5 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales de 1958 et du droit néerlandais. En l'espèce, la Cour considéra, d'une part, que la procédure d'arbitrage en ligne devint automatiquement pendante après 90 jours, d'autre part, que le défendeur souhaitant se défendre dans cette procédure arbitrale avait dû écrire un courrier électronique dans les 7 jours suivant la réception d'un avis de défaut, et enfin, que le tribunal arbitral n'avait pas informé Y qu'un différend était pendant contre lui ni des motifs juridiques de l'action. Ainsi, la Cour d'appel d'Amsterdam estima que X avait reçu *automatiquement* les sentences arbitrales. Par conséquent, la Cour d'appel a jugé que Y n'avait pas eu suffisamment de possibilités de se défendre et violait ainsi son droit à une procédure équitable ⁷².

Conclusion

Ce propos a montré que la digitalisation de l'arbitrage international dans la pratique de l'arbitrage international est déjà présente et ce depuis plusieurs années déjà. Les acteurs institutionnalisés et émergents rivalisent d'ingéniosité pour offrir des solutions diverses et variées avec une gamme de solutions soit classiques soit très innovantes. L'automatisation de l'arbitrage est amorcée mais des solutions restent à trouver pour que les parties puissent bénéficier des garanties éthiques et de qualité afin que leurs litiges soient tranchés dans les règles de l'art.

Si la pandémie de la Covid-19 a créée des difficultés majeures, elle peut être une opportunité. En effet, elle aura poussé les acteurs de l'arbitrage international à trouver des réponses nouvelles et innovantes. On dit que «le besoin est la mère de l'innovation». L'auteur partage la position qui est de dire que l'innovation consiste plutôt à changer notre façon traditionnelle de travailler par opposition à l'innovation des outils qui existent déjà ⁷³. L'intelligence artificielle apparaît alors comme une opportunité. Jonathan Leach, directeur du département arbitrage d'Evershed LLP, estime que l'intelligence artificielle peut faciliter l'identification des sentiments tels que la malhonnêteté et trancher des litiges. Cela libérerait les juristes de la revue documentaire et leur permettrait de faire un vrai travail d'avocat. Mais pour que cela fonctionne, les avocats devront se former à la technologie. Les avocats pourront donner des estimations précises sur le temps nécessaire sur un dossier et établir une tarification plus précise où les cabinets d'avocats factureraient moins pour le travail effectué par des machines et plus pour le travail nécessitant des compétences juridiques. La question de savoir si l'intelligence artificielle remplacera les avocats et les arbitres pourrait dépendre du type d'intelligence artificielle et de l'investissement respectif des parties. D'ici 2050, il y a 50% de chances que l'intelligence artificielle générale soit utilisée ⁷⁴. M. Leach a toutefois conclu que l'intelligence artificielle ne remplacera pas les humains. Ainsi, les futures générations devront se former à la digitalisation de l'arbitrage international et au droit en général. L'automatisation des tâches répétitives permettra aux praticiens de se concentrer sur des tâches à forte valeur ajoutée.

⁷² J. VAN HEZEWIJK & S. COELEN, «The future is now (or is it?): net-ARB, Inc online award not recognised due to lack of due process», art. cité.

⁷³ M. PHILIPPE, «[Offline or Online? Virtual Hearings or ODR?](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/26/offline-or-online-virtual-hearings-or-odr/)», *Kluwer Arbitration Blog*, 26 avril 2020, disponible sur <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/26/offline-or-online-virtual-hearings-or-odr/> consulté le 15 septembre 2020.

⁷⁴ K. FRANKLIN, «AI Technology and International Arbitration - Are Robots Coming for Your Job?» art. cité.