



La médiation et l'arbitrage en ligne au service de la finance participative

Régulation des contrats intelligents et résolution alternative des litiges en droit compare

Online Mediation and Arbitration in the Service of Participatory (Islamic) Finance: Regulating Smart Contracts and Alternative Dispute Resolution in Comparative Law

Mohamed TAHARI

Doctorant en droit privé, Formation doctorale "Sciences Juridiques et Politiques"

Laboratoire de droit des affaires, FSJP de Settati, Université Hassan I^{er}

Sous la direction du Professeur Yahya ALOUI, FSJP de Settati, Université Hassan I^{er}

Résumé

La numérisation de la finance participative financement collaboratif, contrats intelligents, plateformes décentralisées engendre un contentieux d'un type nouveau, mal adapté au procès étatique classique. La présente étude examine la manière dont la médiation et l'arbitrage en ligne peuvent réguler et résoudre les litiges nés des contrats intelligents, à la lumière d'une comparaison entre le droit marocain, récemment doté d'un cadre du financement collaboratif (loi n° 15-18) et de l'arbitrage (loi n° 95-17), le droit français et le droit de l'Union européenne. Elle soutient que les modes alternatifs dématérialisés constituent la réponse la plus adéquate, à la double condition de garantir les exigences du procès équitable et de préserver la conformité substantielle à la Charia.

Mots-clés : médiation en ligne arbitrage en ligne ODR contrats

intelligents blockchain finance participative droit comparé Maroc France Union européenne.

Abstract

The digitalization of participatory finance crowdfunding, smart contracts, decentralized platforms gives rise to a new type of dispute, ill-suited to the classical state-court process. This study examines how online mediation and arbitration can regulate and resolve disputes arising from smart contracts, in light of a comparison between Moroccan law recently equipped with a framework for crowdfunding (Law No. 15-18) and for arbitration (Law No. 95-17) French law, and European Union law. It argues that dematerialized alternative dispute resolution constitutes the most appropriate response, subject to the twofold condition of guaranteeing the requirements of a fair trial and preserving substantive compliance with Sharia.

Keywords: online mediation; online arbitration; ODR; smart contracts; blockchain; participatory (Islamic) finance; comparative law; Morocco; France; European Union.

Introduction

La finance participative ne se conçoit plus indépendamment de son support technologique. Le financement collaboratif, que le législateur marocain a consacré par la loi n° 15-18, repose par nature sur des plateformes numériques mettant en relation porteurs de projets et contributeurs.⁹²⁷ La régulation de ces activités, partagée entre Bank Al-Maghrib et l'Autorité

927 Loi n° 15-18 relative au financement collaboratif, promulguée par le dahir n° 1-21-24 du 10 rejeb 1442 (22 février 2021), publiée au Bulletin officiel en mars 2021 ; complétée par le décret d'application n° 2-21-158 du 31 mai 2022 et ses arrêtés subséquents.



marocaine du marché des capitaux,⁹²⁸ s'ajoute au cadre des banques participatives institué par la loi n° 103-12.⁹²⁹ Au-delà du seul crowdfunding, c'est l'ensemble de l'écosystème participatif qui se trouve traversé par l'innovation : contrats intelligents auto-exécutoires, registres distribués, finance décentralisée.⁹³⁰

Cette mutation technique appelle une mutation contentieuse. Les contrats intelligents, qui exécutent automatiquement leurs stipulations dès la réalisation de conditions prédéfinies, ont d'abord nourri l'illusion d'un contrat sans litige. La pratique a démenti cette espérance : erreurs de codage, failles de sécurité, divergences d'interprétation entre le code et l'intention des parties, contestations sur l'exécution font naître un contentieux abondant et d'une technicité redoutable. Or ce contentieux épouse mal les cadres du procès étatique : il est transfrontalier par construction, il met en jeu des standards techniques que le juge maîtrise rarement, et il exige une célérité que la justice ordinaire peine à offrir.

De ce double constat numérisation des opérations et inadaptation du juge étatique procède l'essor des modes de résolution en ligne (Online Dispute Resolution). La médiation et l'arbitrage, transposés dans l'environnement numérique, apparaissent comme la réponse la plus naturelle aux litiges des contrats intelligents. Encore faut-il que cette dématérialisation ne sacrifie ni les garanties du procès équitable, ni la conformité substantielle à la Charia, qui demeure la marque distinctive de la finance participative.

La comparaison du droit marocain, du droit français et du droit de l'Union européenne permet d'apprécier la maturité inégale des cadres applicables. Il s'agira d'analyser d'abord le défi que les contrats intelligents posent à la résolution des litiges financiers participatifs (I), puis de montrer que la médiation et l'arbitrage en ligne offrent une réponse régulatrice, sous condition d'un encadrement équilibré (II).

I. La dématérialisation des litiges financiers participatifs : le défi des contrats intelligents

Le défi se mesure à deux niveaux : l'essor des contrats intelligents et des plateformes, qui transforme la matière contractuelle (A), et l'inadéquation relative du contentieux étatique, qui justifie l'appel aux modes alternatifs (B).

A. L'essor des contrats intelligents et la transformation de la matière contractuelle

Le droit a entrepris, en ordre dispersé, de saisir le phénomène. En France, l'ordonnance du 8 décembre 2017 a reconnu le dispositif d'enregistrement électronique partagé comme support de représentation et de transmission des titres financiers, conférant à la technologie de registre distribué une première assise juridique.⁹³¹ Le règlement européen eIDAS a, pour sa part, doté la signature électronique qualifiée d'une valeur équivalente à la signature manuscrite, sécurisant ainsi la

928 La loi n° 15-18, préc., institue le statut de société de financement collaboratif (SFC) gérant des plateformes de financement collaboratif (PFC), et organise une supervision partagée : Bank Al-Maghrib pour les activités de prêt et de don, l'Autorité marocaine du marché des capitaux (AMMC) pour l'investissement en capital.

929 Loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés, promulguée par le dahir n° 1-14-193 du 24 décembre 2014, B.O. n° 6328 du 22 janvier 2015, titre III consacré aux banques participatives.

930 Sur la nature et le fonctionnement des contrats intelligents auto-exécutoires (smart contracts), V. « Le contentieux des contrats exécutés sur une blockchain », Affiches parisiennes, 2022, qui souligne le développement de mécanismes de règlement des différends en ligne (Online Dispute Resolution) adaptés aux contrats on-chain.

931 Ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP) pour la représentation et la transmission de titres financiers, qui a doté la blockchain d'une reconnaissance juridique en droit français des titres.



formation des engagements numériques.⁹³² Au Maroc, la loi n° 15-18 a organisé l'activité des plateformes de financement collaboratif, sans toutefois appréhender encore directement la question des contrats auto-exécutaires.

La spécificité de la finance participative accentue la difficulté. La traduction en code informatique des montages conformes à la Charia où s'imposent la prohibition de l'intérêt et de l'aléa excessif soulève des questions de qualification que ni le droit des contrats classique ni le droit des données n'épuisent.⁹³³ Un contrat de Mourabaha ou de Moucharaka automatisé doit demeurer conforme dans son exécution algorithmique comme dans sa lettre, ce qui suppose un contrôle de conformité d'une nature inédite, à la croisée du droit, de la technique et du fiqh des transactions.

Cette transformation n'est pas seulement technique : elle déplace le lieu même du litige. Le différend ne porte plus uniquement sur l'interprétation d'une clause, mais sur l'adéquation entre l'intention des parties et le comportement d'un programme. La question devient alors de savoir quelle instance, et selon quelles modalités, est apte à connaître d'un tel contentieux.

B. L'inadéquation relative du contentieux étatique et l'appel aux modes alternatifs

Le recours au juge étatique se heurte à trois obstacles convergents. D'abord, la territorialité : les plateformes décentralisées opèrent au-delà des frontières, rendant incertaine la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable. Ensuite, la technicité : l'appréciation d'un litige né d'un contrat intelligent requiert une expertise que la formation juridictionnelle ordinaire n'intègre pas. Enfin, la temporalité : la lenteur du procès étatique contredit la rapidité qui constitue la promesse même de la finance numérique.

À ces obstacles, les modes alternatifs apportent une réponse structurelle. L'arbitrage, par le jeu de la Convention de New York, garantit une circulation internationale des sentences qu'aucun jugement étatique n'égale.⁹³⁴ La médiation, par sa souplesse, épouse la rapidité et la confidentialité recherchées. Surtout, ces modes peuvent être dématérialisés : la résolution en ligne (ODR), née du contentieux de consommation, a vocation à s'étendre aux litiges commerciaux complexes. La CNUDCI en a posé les jalons par ses Notes techniques de 2016,⁹³⁵ tandis que l'Union européenne avait institué, dès 2013, une plateforme dédiée aux litiges de consommation.⁹³⁶

Le droit marocain dispose désormais des fondements nécessaires à cette évolution : la loi n° 95-17 consacre un régime autonome de la médiation conventionnelle⁹³⁷ et aligne l'arbitrage sur le modèle de la Loi-type de la CNUDCI.⁹³⁸ Le droit

932Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (règlement eIDAS), qui confère à la signature électronique qualifiée une valeur équivalente à la signature manuscrite.

933L'interdiction du ribā (intérêt) et du gharar (aléa excessif) impose, en finance participative, des montages contractuels spécifiques dont la traduction algorithmique en code informatique soulève des difficultés inédites de qualification et de contrôle de conformité.

934Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, socle de la circulation internationale des sentences arbitrales.

935CNUDCI, Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne (Technical Notes on Online Dispute Resolution), adoptées en 2016, premier instrument de droit souple international consacré à l'encadrement de l'ODR.

936Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, ayant institué une plateforme européenne de résolution en ligne.

937Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, promulguée par le dahir n° 1-22-34 du 24 mai 2022, B.O. n° 7099 du 13 juin 2022, dont le titre II consacre un régime autonome de la médiation conventionnelle.

938Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée le 21 juin 1985 et amendée en 2006, modèle dont s'inspirent de nombreuses législations nationales, dont la loi marocaine.



français, par sa réforme de 2011, offre un régime libéral propice à l'arbitrage international dématérialisé.⁹³⁹ Reste à examiner comment ces instruments peuvent être effectivement mobilisés au service de la finance participative numérique.

II. La médiation et l'arbitrage en ligne comme réponse régulatrice : approche comparée

Cette réponse mobilise des instruments désormais identifiables (A), mais elle n'est légitime qu'au prix d'une régulation équilibrée, garante du procès équitable et de la conformité substantielle (B).

A. Les instruments de la résolution en ligne au service du secteur participatif

La résolution en ligne se déploie sur un spectre allant de la médiation assistée par voie électronique à l'arbitrage entièrement dématérialisé. À l'extrémité la plus innovante figurent les dispositifs d'arbitrage décentralisé, intégrés au contrat intelligent lui-même. La doctrine distingue ainsi l'arbitrage « off chain », qui demeure adossé à une institution traditionnelle, de l'arbitrage « on chain », rendu et exécuté directement sur le registre distribué ; la prudence conduit à privilégier des solutions hybrides combinant les deux logiques.⁹⁴⁰

L'exemple le plus étudié est celui des protocoles de justice décentralisée, qui soumettent le litige à une communauté de jurés incités, par un mécanisme économique, à rendre une décision juste.⁹⁴¹ La réception judiciaire de ces dispositifs s'amorce : une décision mexicaine du 28 mai 2021 a, pour la première fois, admis l'exécution d'une sentence reposant pour l'essentiel sur un tel protocole.⁹⁴² La doctrine francophone commence à en mesurer la portée et les limites.⁹⁴³ Ces dispositifs, séduisants par leur rapidité, ne sauraient toutefois faire l'économie des garanties fondamentales de l'arbitrage. Pour le secteur participatif, l'attrait de ces instruments est manifeste : ils épousent la logique des plateformes, réduisent les coûts et les délais, et permettent d'intégrer la résolution du litige dès la conception du contrat. Encore convient-il d'en encadrer rigoureusement l'usage, afin que l'innovation procédurale ne se retourne pas contre les droits des parties.

B. Les conditions d'une régulation équilibrée : procès équitable et conformité substantielle

La première condition tient aux garanties processuelles. La dématérialisation ne peut affaiblir l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tiers, telle que la codifient les lignes directrices de l'International Bar Association.⁹⁴⁴ Le respect du principe du contradictoire, de l'égalité des armes et des droits de la défense demeure une condition de validité de la sentence, dont la méconnaissance ouvre la voie à l'annulation pour contrariété à l'ordre public procédural.⁹⁴⁵ L'identification fiable des parties et l'intégrité de la preuve numérique, que sécurise le cadre eIDAS, en constituent le préalable technique.

La deuxième condition tient à la conformité substantielle. La résolution en ligne d'un litige financier participatif doit demeurer conforme à la Charia, ce qui suppose l'intervention, à un stade ou à un autre, d'une compétence charaïque par le

939Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, codifié aux articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile français, qui consacre un régime libéral de l'arbitrage international.

940Sur la distinction entre arbitrage « on chain » et « off chain » et la préférence pour des solutions hybrides, V. GIDE LOYRETTE NOUEL, « Blockchain, contrats intelligents et modes alternatifs de règlement des différends », étude, 2022.

941L. BERGOLLA, K. SERAJ et C. EKEN, « Kleros : A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration », Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 37, 2022, qui analyse le mécanisme d'arbitrage décentralisé fondé sur la théorie des jeux et le vote de jurés rémunérés en jetons.

942Le 28 mai 2021, un tribunal mexicain a, pour la première fois, admis l'exécution d'une sentence dont l'essentiel reposait sur un outil de résolution décentralisée des litiges (protocole Kleros), illustrant la réception judiciaire naissante de ces dispositifs ; V. GIDE LOYRETTE NOUEL, étude préc.

943V. G. MZAH, « Résolution décentralisée des litiges : arbitrage, blockchain et smart contracts », Village de la Justice, 2024.

944Sur les garanties d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, transposables au contexte numérique, V. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, International Bar Association, 2014 (révisées en 2024).

945Le respect du principe du contradictoire, de l'égalité des armes et des droits de la défense demeure une exigence cardinale, que la dématérialisation de la procédure ne saurait affaiblir, sous peine d'annulation de la sentence pour contrariété à l'ordre public procédural.



recours à des médiateurs ou arbitres qualifiés, ou par l'adossement aux normes de l'AAOIFI⁹⁴⁶ et au dispositif de gouvernance que systématise la norme IFSB-10.⁹⁴⁷ La conformité religieuse et la rigueur procédurale ne s'opposent pas ; elles se complètent dans un dispositif bien conçu.

La troisième condition tient à l'articulation avec la régulation financière. Les dispositifs de résolution en ligne ne sauraient se développer en marge des autorités de supervision Bank Al-Maghrib et l'AMMC au Maroc ni s'affranchir des standards internationaux de probité, notamment ceux de la lutte contre le blanchiment.⁹⁴⁸ Certaines plateformes proposent déjà des clauses de règlement codées, intégrées au contrat intelligent ;⁹⁴⁹ leur essor appelle un encadrement qui concilie l'autonomie de la volonté avec l'impératif d'ordre public économique.

Ainsi articulée, la résolution en ligne cesse d'être une simple commodité technique pour devenir un véritable instrument de régulation : elle accompagne la transformation numérique de la finance participative tout en préservant les valeurs équité procédurale et conformité substantielle qui en fondent la légitimité.

Conclusion

Les contrats intelligents confrontent la finance participative à un contentieux que le procès étatique appréhende mal. La médiation et l'arbitrage en ligne, adossés à des instruments désormais identifiables Notes techniques de la CNUDCI, cadre eIDAS, régimes marocain et français des modes alternatifs —, offrent la réponse la plus adéquate, à la condition de garantir le procès équitable et la conformité à la Charia. Le droit marocain, qui s'est doté coup sur coup d'un cadre du financement collaboratif et d'un cadre rénové de l'arbitrage et de la médiation, dispose des fondements nécessaires à une régulation ambitieuse de la résolution en ligne.

La construction d'un véritable cadre marocain de l'ODR, articulé avec les autorités de supervision et ouvert aux exigences charaïques, constitue un chantier d'avenir. La recherche juridique nationale, à l'intersection du droit des affaires, du droit numérique et du droit comparé, y trouvera un terrain d'investigation aussi fécond qu'urgent.

946Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), Manama (Bahreïn), créée en 1990, dont les normes charaïques constituent la principale référence de conformité des opérations financières islamiques.

947IFSB-10, Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Institutions offering Islamic Financial Services, Islamic Financial Services Board, décembre 2009, relatif au comité de conformité à la Charia.

948La Financial Action Task Force (FATF / GAFI) élabore les standards internationaux de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, dont le respect conditionne l'intégrité des plateformes de financement participatif et des dispositifs de résolution en ligne.

949Sur les solutions techniques de règlement intégrées au contrat, telles que les clauses codées proposées par certaines plateformes (p. ex. Hedera), V. « Le contentieux des contrats exécutés sur une blockchain », Affiches parisiennes, 2022.