1_32_Doc_Park.fm Page 1 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Doctrine

LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE EN MATIÈRE DE « *CLASS ARBITRATION* » : ENTRE DÉBAT POLITIQUE ET TECHNIQUE JURIDIQUE*

par

William W. PARK

Professeur, *Boston University*

Président de la *London Court of International Arbitration*

RÉSUMÉ

La réglementation de l'arbitrage appelle un équilibre délicat entre le respect de l'engagement à l'arbitrage et les exigences fondamentales d'équité procédurale. Le rôle du droit est donc lié au procès équitable, au sens d'un tribunal impartial, de la possibilité pour chaque partie de faire entendre sa cause, et du respect de la mission du tribunal. La légitimité du processus dépend de la manière dont les arbitres concilient les exigences, souvent contradictoires, des droits de la défense et d'efficacité selon une économie des moyens. En même temps, les autorités de contrôle des sentences doivent veiller à l'intégrité de la procédure sans porter atteinte aux prérogatives des arbitres relativement à la solution du litige au fond. Deux décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, chacune sur l'arbitrage de groupe (*class arbitration)*, offrent un prisme qui reflète et qui sépare plusieurs thèmes de l'arbitrage international. Dans l'affaire *Stolt-Nielsen,* la Cour a annulé une sentence rendue en matière maritime internationale, infirmant l'interprétation du contrat par les arbitres

* Texte adapté d'une conférence donnée à Paris, le 11 mai 2012, organisée par le Comité français de l'arbitrage. Pour des échanges féconds l'auteur tient à remercier Bernard Audit et Bruno de Loynes de Fumichon, ainsi que Séverine Knuchel pour son aide dans les recherches préalables.

1_32_Doc_Park.fm Page 2 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

qui avait autorisé l'action de groupe. En revanche, dans l'affaire *AT&T Mobility*, la Cour a renversé une décision examinée qui avait déclaré nulle une renonciation à l'action de groupe dans un contrat de consommation. La discussion sur le bien-fondé des deux décisions reste ouverte.

SUMMARY

Arbitration law implicates a delicate equilibrium between respect for the bargain to arbitrate and protection of basic procedural fairness. The role of law thus remains intimately linked to the rule of law, in the sense of an impartial tribunal, the right to be heard, and respect for the arbitrator's mission. The legitimacy of the process depends on how arbitrators balance the often competing goals of due process and efficiency, and whether the authorities that review awards can monitor procedural integrity without infringing an arbitrator's prerogatives on a dispute's substantive merits. Two U.S. Supreme Court decisions on class arbitration serve as prisms through which to refract several themes in arbitration law. In Stolt-Nielsen the Court vacated an award in an international maritime dispute, overturning the tribunal's contract interpretation permitting class proceedings. By contrast, AT&T Mobility implicated a waiver of class arbitration in a consumer case, where the Court reversed a lower court decision that had invalidated the waiver. The soundness of both decisions remains open to question.

I. – INTRODUCTION

A) Le rôle du droit de l'arbitrage

A la fin du XIXe siècle, un professeur d'Oxford du nom d'Albert Venn Dicey publiait la première édition de ce qui allait devenir, dans le monde britannique, l'ouvrage de référence en matière de droit international privé. Aujourd'hui comme alors, le traité de Dicey contient une liste de règles numérotées qui définissent le droit applicable aux aspects du procès civil comprenant des éléments d'extranéité. Par exemple, une des règles examine la portée d'une clause compromissoire et désigne le droit applicable en fonction de facteurs tels que le siège du tribunal arbitral et l'accord des parties (1).

(1) Rule 57, Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, Lawrence Collins, Gen. Ed., 14e éd., 2006 ; 1re éd., 1896.

1_32_Doc_Park.fm Page 3 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Cette approche fournit un point de départ bien commode, mais laisse en suspens une question essentielle, celle du rôle du droit applicable (2). En matière d'arbitrage, ce droit dont le rôle est déterminant n'est pas forcément celui choisi par les parties pour régler le fond du litige, même si celui-ci peut éventuellement entrer en ligne de compte (3). Il s'agit du cadre juridique de l'arbitrage en tant que tel : l'ensemble des traités, des lois et des arrêts qui servent de fondement à la légitimité d'une procédure arbitrale et du caractère définitif de la sentence, du moins si celle-ci est contestée devant les tribunaux étatiques.

La genèse du cadre juridique de l'arbitrage reste controversée. Les uns soulignent l'importance des systèmes juridiques nationaux (4), tandis que d'autres défendent l'existence d'un ordre juridique arbitral distinct des systèmes étatiques (5). Certains soutiennent une approche plus nuancée, entre les deux extrêmes (6).

Peut-on entamer une discussion du rôle du droit sans tenter une définition du concept et de la nature du « droit » en tant que tel ? Cette question préalable intéresse tous les jurisconsultes, qu'ils soient théoriciens ou praticiens. Ces derniers seront, à juste titre, fort réticents à adopter une règle de droit qui pourra s'avérer ne pas exister en réalité.

(2) Cette observation, soit dit en passant, n'est pas une critique du système élaboré par le grand Dicey.

(3) Par exemple, une police d'assurance peut stipuler qu'elle est « *gouvernée par le droit anglais* ». Toutefois, en fonction du lieu où se déroule l'arbitrage, des endroits où les parties ont des actifs qui peuvent être saisis, les principes juridiques applicables pourront être sans rapport avec le droit anglais lui-même.

(4) V. not. F. A. Mann, «Lex Facit Arbitrum», in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1967), p. 157, reproduit dans *Arbitration International* (1986), p. 241.

(5) Cette question est étudiée par Emmanuel Gaillard, dans *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008); une version anglaise a été publiée sous le titre de *Legal Theory of International Arbitration* (La Haye, Martinus Nijhoff, 2010). V. encore, E. Gaillard, "The Representations of International Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, 1 (2010), p. 271.

(6) V. W. W. Park, *Arbitration of International Business Disputes*, Oxford Univ. Press, 2006, Ch. II. C.2, p. 199, adapté de *Duty and Discretion in International Arbitration*, Am. J. International Law 93 (1999), p. 805, qui suggère qu'une sentence annulée dans son Etat d'origine peut perdre sa valeur à cause de l'annulation, mais seulement pour autant que cette annulation ne soit pas entachée elle-même d'un sérieux vice de procédure ou d'une violation de l'ordre public.

1_32_Doc_Park.fm Page 4 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Pour le meilleur ou pour le pire, le cadre limité des lignes qui suivent ne permet guère de traiter de cette question philosophique, qui forme un vaste océan d'idées, agité de vagues qui ont englouti des esprits bien plus brillants que celui de l'auteur. On peut néanmoins suggérer, comme point de départ, une définition provisoire qui pourrait inclure tout mécanisme légitime pour le règlement des différends. Au moins en Occident, ce type de mécanisme « autorisé » fait référence à des règles de fond et de procédure qui sont (i) raisonnablement accessibles, identifiables, déterminables, (ii) relativement stables dans le temps, et (iii) généralement d'application future et non pas rétroactive. Un régime juridique « transnational » remplit-il de tels critères pour l'arbitrage ? La question reste fort débattue (7).

Cependant, de nos jours, tous semblent être d'accord sur ce que le rôle du droit de l'arbitrage consiste à faire respecter la volonté commune des parties de porter leur litige devant un arbitre, ce qui a pour corollaire de s'assurer du respect des garanties procédurales fondamentales comprises dans ce qu'on appelle en anglais « *basic procedural fairness* », c'est-à-dire le principe du procès équitable. Dans le contexte de l'arbitrage, la notion de procès équitable comporte trois aspects principaux : l'impartialité de l'arbitre, le principe du contradictoire, et le respect des limites de la compétence arbitrale, comme on le verra ci-après (8).

A travers des lois nationales et des conventions multilatérales, le droit de l'arbitrage donne à l'accord des parties une valeur supplémentaire, le transformant de simple contrat en une

(7) V. Th. Schulz, *The Concept of Law in Transnational Arbitral Legal Orders and Some of its Consequences*, 2 J. Int'l Dispute Resolution 59 (2011), discutant « L'école de Dijon » qui, pendant la deuxième moitié du XXe siècle, soutenait des concepts de droit d'arbitrage transnational et de *lex mercatoria*. Dr. Schulz reste sceptique quant au fait de savoir si de telles notions peuvent remplir les conditions d'un système juridique. « *Law…ought not to be trivialized* » écrit-il, « *in the sense that a muddled system of guidance ought not to be called law* »: *id*., p. 85. V. aussi Th. Schultz, *Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes*, 56 *Am. J. Jurisp*. 59 (2011).

(8) Bien sûr, au procès équitable doivent s'ajouter le contrôle de la sentence pour conformité à l'ordre public (« *public policy* ») et celui de l'arbitrabilité objective (« *subject matter arbitrability* »), notions qui peuvent être considérées comme faisant partie des limites de la compétence arbitrale dans le sens que l'arbitre n'est point autorisé à trancher les matières « non-arbitrables » ou de rendre une sentence contraire à l'ordre public.

1_32_Doc_Park.fm Page 5 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

sentence qui reçoit la reconnaissance en tant que telle. La bénédiction étatique est donnée non pas parce que la sentence est forcément juste, mais par ce qu'elle est légitime dans ce sens qu'elle est fondée sur le consentement des parties, interprété dans le cours d'une procédure équitable (9).

Pour les arbitrages commerciaux, et certains arbitrages d'investissement, ces deux éléments (volonté des parties et droits de procédure) sont assumés à travers la Convention de New York de 1958 et les lois arbitrales nationales sur l'arbitrage (10). Pour certains arbitrages d'investissement les garanties procédurales sont fournies par la Convention de Washington de 1965 (Convention CIRDI), bien qu'elles soient exprimées en des termes un peu différents de ceux régissant les arbitrages commerciaux (11).

B) Les devoirs des arbitres

Pour l'arbitre, la garantie du procès équitable implique avant tout le devoir d'entendre les parties, sans parti pris, une obligation souvent désignée par les termes « *due process* » ou « *natural justice* » en droit anglo-américain, ou « *principe du contradictoire* » dans les ordres juridiques d'inspiration française. En Suisse, on parle aussi de « *Grundsatz des rechtlichen Gehörs* », ou droit des parties d'être entendues en procédure contradictoire (12).

Ce principe du procès équitable implique également pour l'arbitre de respecter les limites de la compétence arbitrale,

(9) V. dans ce sens P. Tercier, « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011.3.

(10) Bien sûr, on peut envisager un monde où les obligations contractuelles se font respecter par la simple crainte de la perte de sa réputation. V. D. Markovits, *Arbitration's Arbitrage: Social Solidarity at the Nexus of Adjudication and Contract*, 59 *DePaul Law Review* 431 (2010). Les esprits réalistes reconnaîtront que dans un monde hétérogène, les investisseurs et les hommes d'affaires réclament souvent des garanties plus formelles et, à leurs yeux, plus solides.

(11) V., par ex., l'obligation d'exprimer des motifs dans l'Article 52 de la Convention CIRDI, qui sert à assurer, en grande partie, que les arbitres ont écouté les parties et ont respecté leur compétence. En plus, la notion du consentement s'exprime d'une façon différente pour les arbitrages basé sur des traités d'investissement, que ce soit des arbitrages CIRDI ou des arbitrages CNUDCI. V. J. Paulsson, *Arbitration without Privity*, *10 ICSID Review / Investment Law Rev*. 232 (1995).

(12) Art. 190 (2) (d) de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

1_32_Doc_Park.fm Page 6 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

c'est-à-dire d'éviter un excès de pouvoir quant aux contraintes imposées soit par le contrat, soit par l'ordre public.

Bien sûr, l'arbitre doit encore prendre en compte d'autres exigences et aspirations, notamment le devoir de rendre une sentence juste qui reste fidèle aux dispositions du contrat ainsi qu'au contexte du litige. L'arbitre a également un devoir qui s'inspire de la notion d'économie de moyens, laquelle vise à promouvoir une bonne administration de la justice : il s'agit d'éviter l'imposition de coûts et de délais excessifs aux parties.

En tant que telle, la violation du devoir de rendre une sentence juste ou de rechercher une économie de moyens ne déclenche pas forcément l'intervention de l'autorité de recours. En revanche, la violation du droit au procès équitable ainsi que l'excès de pouvoir commis par un arbitre donnent lieu à des sanctions. Le plus souvent, ces sanctions consistent en une annulation de la sentence, ou en un refus de reconnaissance ou d'exécution.

C) Les devoirs du juge

L'éventualité d'une annulation nous conduit aux incidences du principe du procès équitable pour le juge. Les juridictions étatiques sont appelées à s'assurer du respect du principe du contradictoire et des limites de la compétence arbitrale. En revanche, il ne leur appartient pas de revoir le fond de la sentence, que ce soit du point de vue du droit ou des faits.

Le rôle du droit de l'arbitrage consistant à promouvoir un procès équitable et le respect de la compétence arbitrale, ce droit peut parfois faire obstacle au caractère définitif de la sentence, car les juridictions étatiques ne donneront pas effet à une sentence si celle-ci outrepasse la mission de l'arbitre ou si l'arbitre a refusé d'écouter les arguments des parties. La question se pose toutefois de savoir dans quelles circonstances il conviendra de dénier le caractère définitif d'une sentence par une annulation ou un refus de reconnaissance ou d'exécution. Les choses se compliquent toujours quand on entre dans les détails.

a) Le caractère définitif de la sentence : plusieurs approches

Il existe différentes façons d'aborder ce problème. Une approche traditionnelle, que l'on peut appeler l'étude des paradigmes, consiste à analyser les divers modèles nationaux et internatio-

1_32_Doc_Park.fm Page 7 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

naux des lois et des conventions sur l'arbitrage. Cette approche inclut les débats sur la délocalisation et les sentences annulées. Par exemple, on peut analyser les avantages et les inconvénients du modèle de « *legal certainty* » qui prévalait à Londres jusqu'aux réformes de 1979, en comparaison du modèle plus flexible qui existait traditionnellement en France (13). Un tel exercice peut aussi comprendre l'examen de motifs « hybrides » d'annulation, tels que le « *manifest disregard of law* » aux Etats-Unis, ou encore la notion d'« arbitraire » pour l'arbitrage interne en droit suisse, que l'on retrouve à la fois dans l'ancien Concordat sur l'arbitrage et dans le nouveau Code de procédure civile, qui prévoit, à son article 393, qu'une sentence peut être annulée si elle est « *arbitraire dans son résultat parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation manifeste du droit ou de l'équité* » (14).

Une autre voie à suivre serait d'aborder le problème du caractère définitif de la sentence par une étude comparative de certains problèmes universels qui suscitent des réponses variables suivant les ordres juridiques tels que l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires, par exemple. L'affaire *Dallah*, qui concerne une sentence rendue contre l'Etat pakistanais, en offre une belle illustration. En expliquant leurs motifs pour décider si la sentence rendue contre le Pakistan avait ou non un caractère définitif, des juges, en France et en Grande Bretagne, sont arrivés à des conclusions divergentes, alors qu'ils affirmaient appliquer les mêmes principes juridiques et la même Convention de New York (15). De la même manière, on pour-

(13) Le régime établi par la loi française du 31 décembre 1925 autorisant les clauses compromissoires en matière commerciale fut modifié en 1980, 1981 et 2011 (voir Décret n. 80-354 du 14 mai 1980, *J.O.*, 1980.1238 ; Décret du 12 mai 1981, n. 81-500, *J.O.*, 1981.1398; Décret du 13 janvier 2011, n. 2011-48, *J.O.*, 2011.777 ; *Rev. arb.*, 2011.289). La dernière réforme reformule certains articles ou modifie leur numérotation sans toutefois introduire de changement essentiel. Ainsi, par exemple, l'ancien article 1458 devient l'article 1448 qui précise que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle « *ou manifestement inapplicable* ».

(14) Code de procédure civile du 19 décembre 2008, Article 393.

(15) *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. Gov't of Pakistan*, [2010] UKSC 46. Alors que la Cour Suprême britannique avait estimé que l'Etat pakistanais ne pouvait être partie à la clause compromissoire, la Cour d'appel de Paris parvint à la conclusion contraire et rejeta le recours en annulation formé

1_32_Doc_Park.fm Page 8 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

rait analyser la question de l'indépendance des arbitres en comparant les normes nationales avec celles de « *soft law* » contenues dans des directives professionnelles telles que les « *Conflicts Guidelines* » de l'« *International Bar Association* ».

Nous proposons toutefois une approche différente : aborder la question du caractère définitif de la sentence en utilisant un problème actuel et controversé du droit de l'arbitrage américain, celui de l'arbitrage de groupe ou « *class arbitration* ». Ce problème peut être utilisé comme un prisme permettant de distinguer les différents éléments impliqués dans la question du caractère définitif de la sentence. De surcroît, la jurisprudence américaine en matière d'arbitrage de groupe peut servir de tremplin pour explorer la question de la politisation de l'arbitrage et décortiquer le problème des fonctions respectives des juges et des arbitres.

II. – LA PROBLÉMATIQUE DE L'ARBITRAGE DE GROUPE

A) Typologie : « class arbitration », consolidation et jonction

Outre-Atlantique, le débat fait rage en ce qui concerne la « *class arbitration* », un terme qui désigne des procédures arbitrales modelées sur les « *class actions* » devant les juridictions fédérales (16). Dans une « *class arbitration* », plusieurs instances sont groupées à l'initiative d'un ou de plusieurs demandeurs qui se désignent eux-mêmes représentants d'un groupe de demandeurs aux prétentions similaires.

Les notions de « *class arbitration* » et d'arbitrage consolidé peuvent prêter à confusion (17). On envisage normalement une « *class arbitration* » quand le montant des prétentions individuelles

---

contre la sentence rendue contre le Pakistan : Cour d'appel de Paris, 17 février 2011, *Gouvernement du Pakistan — Ministère des affaires religieuses c/ société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, *Rev. arb.*, 2012.369, note F.-X. Train ; *Cah. arb.*, 2011.433, note G. Cuniberti ; *JDI*, 2011.395, I. Michou ; *LPA*, 2011, n° 225, p. 5, L.-C. Delanoy ; *JCP*, 2011, 1432, n° 2, Ch. Seraglini. V. aussi, W. W. Park, "Non-Signatories and International Contract", in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, ed., 2009, p. 3.

(16) V. *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23.

(17) Concernant la distinction entre consolidation et procédure de groupe, v. not. Ch. Silver, "Comparing Class Actions and Consolidations", *Review of Litigation*, 10 (1990-91), p. 495 ; R. Jeydel, "Consolidation, Joinder and Class Actions", *Dispute Resolution Journal*, 57 (Nov-Dec. 2002), p. 2.

1_32_Doc_Park.fm Page 9 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

est trop faible pour justifier le coût d'un arbitrage bilatéral. Certains disent qu'en pratique, cela se fait souvent à l'initiative d'avocats soucieux de générer des honoraires. Dans une « *class arbitration* », un ou plusieurs demandeurs se désignent comme représentants des autres membres du groupe faisant valoir des prétentions similaires. Pour autant que les termes du contrat autorisent la « *class arbitration* », le tribunal arbitral doit encore décider si cette procédure se justifie au vu des critères utilisés pour évaluer les « *class actions* » devant les juridictions étatiques. Ces critères comprennent non seulement l'existence de questions juridiques communes, mais aussi l'assurance que les représentants du groupe et leurs conseils défendront les intérêts du groupe de manière équitable et adéquate.

En revanche, dans le cas d'un arbitrage consolidé proprement dit, chaque prétention pourrait très bien être tranchée dans un arbitrage bilatéral. Toutefois, comme il existe des liens entre les parties ainsi que des questions communes de droit et de fait, il est plus pratique de les faire juger ensemble par un seul tribunal dans une affaire consolidée. La consolidation regroupe des actions indépendantes, mais qui ont des liens les unes avec les autres, sans toutefois qu'un individu ou une entité représente les autres demandeurs dans la procédure, et ce même si les parties peuvent engager une équipe commune de conseils. Par conséquent, il n'y pas ce même souci de représentation équitable des intérêts du groupe comme pour la « *class arbitration* » (18). La consolidation permet simplement de promouvoir l'économie de moyens dans le cadre des instances arbitrales qui auraient normalement pu procéder sur une base bilatérale.

La différence entre « *class arbitration* » et arbitrage consolidé a récemment fait l'objet d'une décision en appel dans un arbitrage en matière d'assurance, décision dans laquelle la Cour d'appel fédérale du *Seventh Circuit* laissa au tribunal arbitral le soin de décider (initialement, du moins) s'il convenait de consolider les différentes instances (19). Suite au procès intenté en Floride par des médecins contre les compagnies d'assurance *Blue*

(18) Un juge aura normalement le pouvoir de consolider la procédure sans prendre en compte le type de garanties qui s'imposent aux « class actions» comme l'assurance d'une représentation adéquate des membres du groupe. Comp. *Federal Rules of Civil Procedure* Rule 42(a) (consolidation) et Rule 23 (class actions).

(19) V. l'opinion du Juge Easterbrook dans *Blue Cross Blue Shield of Mass. v. BCS Ins. Co.*, 2011 WL 6382203 *4 (7th Cir. Dec. 16, 2011).

1_32_Doc_Park.fm Page 10 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Cross établies dans chaque Etat américain, une douzaine d'entre elles réclamèrent des indemnités à leur réassureur au titre des polices dites « *errors and omissions* ». N'obtenant pas satisfaction, ces dernières entamèrent alors une procédure d'arbitrage consolidé contre le réassureur, qui demanda à la juridiction fédérale de première instance de « *déconsolider* » la procédure.

Refusant de déconsolider la procédure, la Cour d'appel se pencha sur les différences entre « *class arbitration* » et consolidation (20). Pour la Cour, ces différences visaient notamment la représentation du groupe. Dans des procédures consolidées, plusieurs procès, qui pourraient être menés séparément, sont joints par commodité en vertu d'un accord des parties. En revanche, dans l'arbitrage de groupe, un représentant qui s'est désigné lui-même se présente comme mandataire d'une collectivité de demandeurs dont chacun ne peut invoquer qu'un préjudice trop faible pour justifier une action individuelle. Dans une « *class arbitration* » la plupart de ces demandeurs restent non identifiés au moment de l'introduction de l'action et ne le seront qu'après le commencement de l'action (21).

Une dernière précision s'impose concernant la jonction de parties dans un arbitrage, que l'on désigne parfois l'expression « extension de la clause compromissoire », pour certaines de ses applications. En règle générale, joindre une société ou un individu à une procédure d'arbitrage ne change pas la nature de l'instance. Il s'agit simplement d'ajouter un demandeur ou d'un défendeur, ce qui normalement ne modifie guère la procédure en tant que telle.

(20) Dans sa tentative de persuader la Cour d'appel fédérale de se prononcer sur son appel, le réassureur avait présenté sa demande comme une requête en vue de contraindre la partie adverse à porter l'affaire en arbitrage, ce qui aurait été plus simple en vertu de la Section 16(a)(1)(B) du *Federal Arbitration Act* qui permet d'interjeter appel uniquement contre les décisions rejetant de telles requêtes. La Cour n'eut toutefois pas de difficulté à passer directement au fond du problème et ce faisant, parut heureuse de trouver appui dans les *Investigations Philosophiques* de Ludwig Wittgenstein. En passant, le juge Easterbrook mentionna aussi la célèbre question posée par le président Abraham Lincoln sur le nombre de pattes qu'aurait un âne, si sa queue aussi était appelée une patte. La réponse, bien sûr, est seulement quatre, car une queue ne devient pas une patte simplement parce qu'on l'appelle ainsi.

(21) Si l'affaire avait été introduite sur la base d'une « *class arbitration* », la Cour d'appel aurait probablement estimé nécessaire l'intervention d'un juge pour établir que les parties avaient réellement consenti à l'arbitrage de groupe. Toutefois, comme la procédure en question se contentait de consolider plusieurs affaires qui auraient pu être introduites individuellement, il n'était pas indispensable de retirer l'affaire de l'arbitrage, sous réserve d'un contrôle judiciaire ultérieur éventuel pour excès de pouvoir.

1_32_Doc_Park.fm Page 11 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Cela peut se faire en vue d'une stratégie offensive (par exemple, par un demandeur qui espère réunir des fonds suffisants pour garantir l'exécution de la sentence en ajoutant la société mère du défendeur) ou d'une tactique défensive (par exemple, par un défendeur qui souhaite bénéficier d'une clause compromissoire afin d'éviter un procès devant un jury américain) (22).

Dans certains cas, la jonction peut se faire selon les dispositions explicites de règles arbitrales institutionnelles (23). En d'autres circonstances, elle peut s'imposer simplement par référence aux principes généraux de la levée du voile corporatif ou du mandat tacite (24).

B) Deux arrêts de la Cour suprême : Stolt-Nielsen & AT&T Mobility

Deux arrêts récents de la Cour suprême des Etats-Unis rendus à une année d'intervalle limitent nettement le droit de recourir à la « *class arbitration* ». En plus de leur intérêt intrinsèque s'agissant des procédures de groupe, ces arrêts soulèvent la question délicate de la répartition des compétences entre juges et arbitres et permettent de mieux cerner certains aspects de la compétence arbitrale et du procès équitable, et donc du caractère définitif des sentences.

Dans la première affaire, *Stolt-Nielsen*, un tribunal arbitral avait été appelé à se prononcer sur une action pour violation du droit de la concurrence intentée par des affréteurs contre

(22) La nature protéiforme de l'arbitrage de groupe a souvent été rendue plus complexe encore par l'usage de l'expression « procédure de masse ». Bien que cette expression existe, il semble peut-être plus judicieux d'utiliser l'expression « *class arbitration* » quand il s'agit d'arbitrages en matière commerciale ou d'arbitrages relatifs à des investissements introduits par les représentants d'un groupe de demandeurs, tandis que le terme « arbitrage de masse » devrait être réservé aux procédures plus extraordinaires telles que celles portées devant le Tribunal de Résolution des Plaintes pour les comptes dormants en Suisse. V. à cet égard H. M. Holtzmann & E. Kristjánsdóttir (eds.), *International Mass Claims Processes* (OUP, 2007).

(23) V. par ex. l'article 21.1 (h) du Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres (version 1998) et l'Article 7 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (version 2012), lequel prévoit des procédures de jonction différentes de celles de l'Article 10, qui porte sur la consolidation.

(24) Les tribunaux américains sont bien sûr tout à fait conscients des diverses théories sur la base desquelles des non-signataires peuvent être joints à l'arbitrage. V. à cet égard, *Arthur Andersen v. Carlisle*, 129 S. Ct. 1896 (2009) (concernant la notion de tiers bénéficiaire).

1_32_Doc_Park.fm Page 12 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

plusieurs sociétés propriétaires de navires (25). Chargé d'interpréter une série de chartes-parties, le tribunal arbitral avait rendu une sentence partielle unanime concluant que les termes des contrats autorisaient la procédure de « *class arbitration* », sans dire si une procédure de groupe était ou non opportune dans les circonstances de l'espèce. Ayant établi que les contrats permettaient cette procédure, les arbitres auraient dû passer à l'étape suivante, c'est-à-dire déterminer s'il convenait de s'engager sur la voie d'une procédure de groupe compte tenu de plusieurs critères tels que l'existence de questions de droit et de fait communes aux membres du groupe. Le tribunal arbitral aurait dû ensuite statuer sur le fond de l'affaire. Les arbitres n'eurent toutefois pas la possibilité d'entamer cette deuxième phase, car la majorité des juges de la Cour suprême estima qu'en interprétant les chartes-parties comme autorisant la « *class arbitration* », le tribunal arbitral avait outrepassé sa compétence. La sentence partielle fut donc renvoyée à la juridiction inférieure pour être annulée.

Une année plus tard, dans l'affaire *AT&T Mobility*, la Cour suprême se voit saisie d'un arbitrage résultant d'une action intentée par des consommateurs contre un fabricant de téléphones (26). Les contrats de vente de forme standardisée autorisaient l'arbitrage, mais interdisaient la « *class arbitration* ».

(25) *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758 (2010). L'opinion majoritaire du Juge Alito a été approuvée par les Juges Roberts, Scalia, Thomas et Kennedy. L'opinion dissidente du Juge Ginsburg a été approuvée par les Juges Breyer et Stevens. La Juge Sotomayor n'a pas pris part à l'arrêt, car elle était juge du *Second Circuit* pendant l'appel, mais elle a ensuite approuvé les juges dissidents dans une autre affaire portant sur la compétence arbitrale, *Rent-A-Center v. Jackson*, 130 S. Ct. 2772 (2010). Cette dernière affaire n'était pas une procédure de groupe, mais posait plutôt une question de répartition des compétences entre les arbitres et les juges, pour décider de la validité d'une clause compromissoire dans un contrat de travail que le salarié disait excessive et déraisonnable. L'opinion du Juge Scalia, approuvée par les Juges Roberts, Alito, Thomas et Kennedy, soutenait que l'objection du salarié relevait de la compétence des arbitres. L'opinion dissidente du Juge Stevens, approuvée par les Juges Ginsburg, Breyer et Sotomayor, soutenait que la question relevait de l'examen des tribunaux.

(26) *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (2011). Le Juge Scalia a rédigé l'opinion de la Cour, approuvée par les Juges Roberts, Alito, Thomas et Kennedy. L'opinion dissidente du Juge Breyer a été approuvée par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, cette dernière ayant été nommée par le Président Obama pour prendre la succession du Juge Stevens qui avait auparavant exprimé de sérieuses réserves envers l'arbitrage dans une opinion dissidente rendue dans l'affaire *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 666 (1985).

1_32_Doc_Park.fm Page 13 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

La juridiction fédérale inférieure avait refusé d'astreindre les parties à l'arbitrage. Elle s'était appuyée sur une jurisprudence de l'Etat de Californie qui qualifiait de « *unconscionable* », c'est-à-dire « excessive et déraisonnable », une clause du contrat par laquelle le consommateur renonçait aux procédures de groupe. Pour la juridiction inférieure, la « *class arbitration* » s'imposait nonobstant la renonciation à une telle procédure. La Cour suprême annula cette décision au motif que le droit fédéral l'emportait sur la jurisprudence de l'Etat de Californie (27).

a) Résonances idéologiques : entre droit et politique

Chacun de ces arrêts a fait l'objet de virulentes opinions dissidentes, dont les résonances idéologiques n'échapperont pas aux observateurs avisés. L'arbitrage de groupe déchaîne aux Etats-Unis des passions du type « consommateurs contre milieux d'affaires ». Peu après *AT&T Mobility*, le *New York Times* publia d'ailleurs un cinglant éditorial qualifiant la décision de véritable catastrophe, puisque, selon le journaliste, elle empêcherait à l'avenir de nombreux citoyens américains de faire valoir leurs droits (28).

Au préalable, il est bon de noter que la politisation de la question de l'arbitrage aux Etats-Unis provient dans une large mesure de deux caractéristiques propres à la culture juridique américaine. La première consiste en l'absence d'une loi à l'échelle nationale protégeant les consommateurs et les employés contre les clauses d'arbitrage abusives. La seconde est la possibilité de soumettre les litiges de nature contractuelle à un jury. Pour ceux qui doutent de la fiabilité de ces jurys civils, souvent accusés de partialité au détriment des industriels et des employeurs, la voie de l'arbitrage semblera donc préférable (29).

(27) *AT&T Mobility*, p. 1753. Le raisonnement de la majorité des juges a été adopté par la Cour d'appel fédérale du *Ninth Circuit* dans l'affaire *Kilgore v. KeyBank Nat. Ass'n*, 2012 WL 718344 (2012), dans laquelle la Cour a jugé qu'une loi de l'Etat de Californie interdisant l'arbitrage de demandes de mesures de réparation par injonction publique (« *public injunctive relief* ») n'était pas un fondement suffisant existant en droit ou en équité pour la révocation d'un contrat quelconque et, de la sorte, était supplantée, dans la mesure où cette loi entendait invalider des accords visant à faire arbitrer de telles demandes.

(28) *Gutting Class Action*", in *New York Times* du 12 mai 2011, disponible sur http://www.nytimes.com/2011/05/13/opinion/13fri1.html.

(29) Pour une affaire intéressante concernant le droit applicable à la question de savoir si les procédures de « *class action* » sont permises aussi hors du contexte de l'arbitrage, v. *Shady Gove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Co.*, 130 S.Ct. 1431 (2010).

1_32_Doc_Park.fm Page 14 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Dans le contexte politique américain actuel, quatre des cinq juges qui annulèrent la sentence arbitrale dans *Stolt-Nielsen* et qui confirmèrent les clauses de renonciation au procédé de « *class arbitration* » dans *AT&T Mobility* peuvent être considérés comme des conservateurs : Alito, Roberts, Scalia et Thomas (30). Les opinions dissidentes furent rédigées quant à elles par des membres de la Cour qui peuvent tous être considérés comme politiquement à gauche des juges de la majorité : Ginsburg, Stevens, Breyer et Sotomayor, ainsi que Kagan, nommée par le président Obama pour succéder au juge Stevens lors de son départ à la retraite.

Traditionnellement encline à soutenir l'arbitrage qu'elle estime en accord avec le principe de liberté contractuelle (31), la droite américaine se méfie pourtant des procédures de groupe qu'elle perçoit comme un outil profitant surtout aux avocats qui sont rémunérés en fonction d'un pourcentage du produit de l'action judicaire ou du règlement négocié entre les parties. En revanche, pour ceux qui sont considérés comme étant politiquement de gauche, la « *class arbitration* » offre un mécanisme permettant de faire valoir les revendications de personnes en situation d'infériorité économique comme les consommateurs ou les employés, dont les prétentions n'auraient normalement pas pu être entendues par un juge ou un arbitre car le préjudice subi individuellement demeure relativement faible.

Défendre la « *class arbitration* » ne signifie pas pour autant que l'on soit satisfait du procédé d'arbitrage en tant que tel. Aux Etats-Unis, des auteurs et des journalistes ont souvent dépeint

(30) Dans les deux affaires, ils furent rejoints par le Juge Kennedy, qui est souvent considéré comme un juge centriste faisant basculer la balance d'un côté ou de l'autre.

(31) Pour un commentaire sur l'arbitrage émanant d'un auteur souvent considéré comme appartenant au mouvement « droit et économie » (*law and economics*), v. E. A Posner, "Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law", *Virginia Journal of International Law*, 39 (1999), p. 647. V. aussi Eric A Posner, "Should International Arbitration Awards be Reviewable", *American Society of International Law Proceedings*, 94 (April 2000), p. 126, qui suggère que les tribunaux ne devraient pas examiner et contrôler les sentences arbitrales, sauf pour s'assurer que les arbitres sont compétents et ne violent pas des règles impératives. Le professeur Posner affirme encore que rien dans son analyse ne concerne la question de savoir si les arbitres sont meilleurs ou moins bons que les tribunaux étatiques en général, mais que ce qui importe plutôt est que les parties aient la liberté de choisir entre l'arbitrage et les tribunaux étatiques. Il ajoute, dans ce qui semble être un article de foi, que si elles ont cette liberté, elles choisiront le meilleur *forum*.

1_32_Doc_Park.fm Page 15 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

l'arbitrage comme un mécanisme permettant de contourner les garanties du jury civil en faveur d'arbitres réputés « pro-business » (32). Il y a vingt-cinq ans, dans l'arrêt *Mitsubishi* bien connu autorisant l'arbitrage en droit de la concurrence, le juge Stevens déclarait dans son opinion dissidente que les décisions d'un jury valaient bien celle d'un arbitre pour évaluer le caractère concurrentiel d'une pratique commerciale (33).

En revanche, selon certains observateurs, l'arbitrage offre à tous, y compris aux travailleurs et aux consommateurs, de bien meilleures garanties que la perspective d'un procès civil (34). Ces observateurs dénoncent les stéréotypes qui présentent l'arbitrage comme un système dans lequel les hommes d'affaires sélectionnent à leur guise des arbitres partiaux bien disposés envers les intérêts corporatistes des grandes sociétés. En réalité, il est souvent bien difficile pour le citoyen ordinaire d'avoir accès aux tribunaux étatiques dont le fonctionnement parfois lent est régi par des règles complexes. En particulier lorsque le montant des dommages ne suffit pas à justifier l'assistance d'un avocat, l'arbitrage offre une alternative indispensable dans laquelle les garanties du procès équitable sont protégées par le contrôle judiciaire prévu par le droit.

L'aile gauche progressiste (« *liberal* » aux Etats-Unis) tente toutefois de faire passer certaines de ses réticences dans la

(32) V. A. D. Kessler, "*Stuck in Arbitration*" in *New York Times* du 6 mars 2012, disponible sur http://www.nytimes.com/2012/03/07/opinion/stuck-in-arbitration.html. Le professeur Kessler soutient que les décisions arbitrales n'ont pas besoin d'être basées sur le droit ; les arbitres ont leurs propres procédures et des études ont montré qu'ils sont systématiquement en faveur des sociétés qui les ont engagés, et que les citoyens ordinaires sont de plus en plus forcés de participer à des arbitrages sous couvert de liberté contractuelle. A comparer avec Thomas Stipanowich, "The Arbitration Fairness Index: Using a Public Rating System to Skirt the Legal Logjam and Promote Fairer and More Effective Arbitration of Employment and Consumer Disputes", *University of Kansas Law Review Symposium "Perspectives on the Current State of Arbitration Law"*, 60 (à paraître), dans lequel l'auteur propose un système d'évaluation publique de la justice des programmes d'arbitrage en matière de contrats portant sur des biens de consommation ou des services, ou en matière de contrats de travail individuels, qu'il désigne sous le nom de *Arbitration Fairness Index*, c'est-à-dire un indice de la justice de l'arbitrage.

(33) *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 666 (1985): « *[c]onsideration of a fully developed record by a jury, instructed in the law by a federal judge, and subject to appellate review, is a surer guide to the competitive character of a commercial practice than the practically unreviewable judgment of a private arbitrator* ».

(34) V. par ex. A. J. Pincus, "The Advantages of Arbitration", in *New York Times* du 24 mai 2012, *disponible sur* http://dealbook.nytimes.com/2012/05/24/the-advantages-of-arbitration.

1_32_Doc_Park.fm Page 16 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

législation (35). Un projet de loi intitulée « *Arbitration Fairness Act* » prévoit ainsi qu'aucune clause compromissoire ne sera considérée comme valable ou exécutoire, si elle prévoit l'arbitrage d'un litige relatif au droit du travail, au droit de la consommation ou aux droits fondamentaux (36). Le préambule de ce projet de loi soutient que la Cour suprême a modifié l'interprétation du « *Federal Arbitration Act* », et que le contrôle judiciaire des sentences demeure inadéquat.

La complexité de l'idéologie politique en matière d'arbitrage est également perceptible dans les changements survenus d'une génération à l'autre. Il y a un demi-siècle, les juges à tendance progressiste se montraient généralement éloquents sur les avantages de l'arbitrage dans le contexte des conflits du travail (37) ou dans le domaine de la construction (38), composant des plaidoyers pour l'arbitrage qui sont devenus des classiques. Dans tous les cas, les labels politiques varient sensiblement selon le contexte culturel et géographique, et selon les époques (39).

(35) V. par ex. « Dodd-Frank *Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010* », Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376-2223. V. aussi, Department of Defense Regulation Restricting the Use of Mandatory Arbitration Agreements, 48 C.F.R. §§ 212, 222 & 252 (2010).

(36) V. la Section 402 du Senate Bill 987, Arbitration Fairness Act of 2011, 112th Congress, 1st Session, introduit le 12 mai 2011 par le sénateur Franken. V. aussi « Department of Defense Regulation Restricting the Use of Mandatory Arbitration Agreements », 48 C.F.R. §§ 212, 222 & 252 (2010).

(37) V. les opinions du Juge Douglas, considéré comme un juge très progressiste, dans les décisions jugées « pro-arbitrage » *Textile Workers Union of Am. v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957) et la « *Steelworkers Trilogy* », qui inclut *United Steelworkers of America v. Am. Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 ; *United Steelworkers of Am.v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574 ; et *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

(38) V. par ex. *Moses H. Cone v. Mercury Construction*, 460 U.S. 1 (1983), où le Juge Brennan, considéré comme un juge progressiste, rédigea l'opinion de la majorité qui ordonna l'arbitrage, tandis que l'opinion dissidente fut rédigée par le Juge Rehnquist, un conservateur.

(39) Un autre exemple frappant de la façon dont le contexte influence les notions de « gauche » et « droite » est offert par la discussion concernant le règlement des différends Etat-investisseurs dans l'accord de libre-échange conclu par les Etats-Unis et la Corée du Sud. Ces dispositions furent contestées par la gauche en Corée du Sud, mais seraient probablement jugées progressistes au nord du 38e parallèle. V. par ex. Chung Min-uck, "Opposition pledges to scrap KORUS FTA after taking power", in *Korea Herald*, 8 février 2012, disponible sur http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2012/02/116_104431.html. Après que le parti conservateur au pouvoir *Saenuri* eut réussi à obtenir l'adoption de l'accord fin 2011, l'opposition de gauche proposa de renégocier ces dispositions, au motif que l'impartialité de l'arbitrage était davantage une illusion qu'une réalité.

1_32_Doc_Park.fm Page 17 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

L'opposition à l'arbitrage des litiges de consommateurs, vue comme une position radicale aux Etats-Unis, a longtemps été la norme en Europe (40). De même, la nature de l'arbitrage varie d'un contexte à l'autre. Le choix de recourir à un arbitre plutôt qu'au juge compétent se justifie différemment selon que le litige concerne le droit du travail, le droit de la construction, des transactions commerciales, la finance internationale ou l'expropriation d'un investisseur étranger par l'Etat d'accueil, pour ne mentionner que quelques-unes de ses manifestations.

Même si les analyses des experts en science politique qui tentent de modéliser l'idéologie des arrêts de la Cour suprême révèlent que certains juges ont tendance à voter dans le même sens (41), ces analyses peinent à en expliquer la raison, surtout en matière d'arbitrage (42). Il ne semble pas évident de trouver

(40) L'Union Européenne a longtemps limité l'arbitrage en droit de la consommation. V. à cet égard la Directive du Conseil de l'Union européenne 93/13/EEC, mise en œuvre par le biais des législations nationales telles que l'« *English Arbitration Act of 1996* » (§§ 89-91). Indépendamment de la directive européenne, la législation de nombreux pays européens limite l'arbitrage en droit de la consommation. En France, une clause compromissoire conclue avant la survenance d'un litige (par opposition au compromis conclu sur litige né) a longtemps été valide seulement entre commerçants ou dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle (v. l'art. 2061 du Code civil français).

(41) V. par ex. Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court And the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge Univ. Press, 2002). Les auteurs, pour expliquer le modèle "comportemental" des décisions de la Cour suprême, se hasardent à soutenir que le juge Rehnquist vote comme il le fait parce qu'il est extrêmement conservateur et que le juge Marshall vote comme il le fait parce qu'il est extrêmement progressiste. *Id*. p. 86. Pour un point de vue journalistique, v. A. Liptak, "Court Under Roberts Is Most Conservative in Decades", in *New York Times* du 24 juillet 2010, disponible sur http://www.nytimes.com/2010/07/25/us/25roberts.html?pagewanted=all. Pour un autre exemple de l'emploi large du terme « conservateur » en matière de décisions judiciaires américaines, v. "*Sex Discrimination and Medical Leaves*", in *New York Times* du 23 mars 2012, disponible sur http://www.nytimes.com/2012/03/24/opinion/sex-discrimination-medical-leaves-and-the-supreme-court.html.

(42) L'échelle dite de Martin-Quinn (« *Martin-Quinn Scores* »), par exemple, utilise une mesure où les nombres négatifs sont associés au progressisme et les nombres positifs au conservatisme. Selon cette échelle, le juge Douglas, considéré comme un juge très progressiste, totalise un score négatif de moins 4, tandis que le score positif du juge Rehnquist, considéré comme conservateur, se monte à 4.30. V., d'une manière générale, A. Martin, K. Quinn, L. Epstein, "The Median Justice on the U.S. Supreme Court", *North Carolina Law Review*, 83 (2005), p. 1275 ; Lee Epstein, Andrew Martin, Kevin Quinn & Jeffrey Segal, Ideological Drift among Supreme Court Justices : Who, When and How Important, *Northwestern University Law Review*, 101 (2007), p. 1483 ; Lee Epstein, Tonja Jacobi, "Super Medians", *Stanford Law Review*, 61 (2008), p. 37, 99. Pour

1_32_Doc_Park.fm Page 18 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

un procédé intellectuel rigoureux permettant de faire le lien entre les diverses questions qui secouent le débat gauche-droite, qui vont de la procédure pénale au droit de la concurrence en passant par les impôts, le port des armes, le financement des campagnes politiques, la discrimination positive, le mariage homosexuel, l'avortement ou l'assurance-maladie (43). Les notions de conservatisme « fiscal » plutôt que « social », qualificatifs qui parlent à beaucoup d'Américains, apportent quelques nuances, même si la question de ce qui rend une position de gauche ou de droite reste ouverte (44).

---

un commentaire de l'échelle de Martin-Quinn, v. Ward Farnsworth, "The Use and Limits of Martin-Quinn Scores to Asses Supreme Court Justices, with Special Attention to the Problem of Ideological Drift", *Northwestern Law Review*, 101 (2007), p. 1891. V. aussi Ward Farnsworth, "Signatures of Ideology: The Case of the Supreme Court's Criminal Docket", *Michigan Law Review*, 104 (2005), p. 67.

(43) Depuis les années soixante, la gauche progressiste tend à soutenir l'« activisme judiciaire » de la Cour Suprême. Ce terme est employé lorsque la Cour se défait de sa prudence interprétative et semble faire appel à des considérations idéologiques pour interpréter la constitution. Un exemple célèbre est fourni par l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), qui défend aux Etats d'interdire l'avortement. Dans cet arrêt, la Cour conclut que la décision d'avorter fait partie du droit à la sphère privée (« *right of privacy* »). Tout en admettant que la Constitution ne mentionne pas un tel droit, la Court déduit son existence de zones de « pénombre» de la Constitution déjà proclamées auparavant. On notera toutefois que le soutien de la gauche à l'activisme judiciaire de la Cour semble diminuer lorsque la composition politique de celle-ci penche à droite. La réforme de la santé soutenue par Barack Obama en 2010 offre à cet égard un exemple frappant. Alors que la Cour est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de cette réforme, des voix au sein de l'aile progressiste se sont déjà opposé à ce que les juges conservateurs fassent preuve du même activisme qui conduirait dans ce cas précis à invalider la réforme. V. l'éditorial de M. W. McConnell, « The Liberal Legal Meltdown Over Obamacare » in *Wall Street Journal* du 25 Mai 2012.

(44) Traditionnellement, les conservateurs américains se considèrent prudents face au changement, se posant en partisans d'une administration réduite et de la libre entreprise, ainsi que le montrent les ouvrages classiques de W. F. Buckley (*God and Man at Yale*, 1952) et de B. Goldwater (*Conscience of a Conservative*, 1960). En contraste, les progressistes, tels K. Brewster et W. Sloane Coffin, se posent en avocats d'une plus grande égalité sociale et économique. V., en général, G. Kabaservice, *The Guardians* (2004) ; W. Goldstein, *William Slone Coffin Jr.* (2004). Certes, ces caractérisations montrent leurs limites dans le débat actuel entre les « néoconservateurs » et le mouvement « Occupons Wall Street ». Certains conservateurs à l'ancienne déplorent que ce courant soit kidnappé par des gens qui présentent le capitalisme de manière caricaturale et mettent en exergue des aventures internationales imprudentes, alors qu'une partie de la gauche se plaint que les mouvements de protestation manquent de programmes précis.

1_32_Doc_Park.fm Page 19 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

b) La protection des investisseurs étrangers

Quelques mois après l'arrêt *AT&T Mobility*, le tribunal arbitral international dans l'affaire connue sous le nom d'*Abaclat* rendit une sentence portant sur des questions similaires de « *class arbitration* » (45). L'instance avait été introduite par une association agissant pour le compte de près de soixante mille Italiens possédant des obligations de l'Etat argentin insatisfaits par les mesures de restructuration de la dette prises par l'Argentine après la crise économique de 2001 (46).

Introduite sur la base du traité d'investissement conclu entre l'Italie et l'Argentine, l'affaire *Abaclat* s'écarte des décisions de la Cour suprême américaine. La majorité se déclara compétente pour trancher ces prétentions introduites sur une base collective.

L'arbitre dissident exprima son inquiétude au sujet du bien-fondé de ce genre de procédures. Citant *Stolt-Nielsen* et *AT&T Mobility*, celui-ci se rallie aux raisonnements des deux arrêts qui soulignent les différences fondamentales entre une procédure bilatérale et une procédure de « *class arbitration* », laquelle requiert, selon lui, un « consentement spécial des parties » ne pouvant se déduire d'un simple engagement à l'arbitrage (47).

L'arbitrage international entre investisseurs étrangers et Etats d'accueil donne lieu à un changement dans les labels politiques des opposants ou partisans des procédures de « *class arbitration* ». Les défenseurs d'intérêts financiers, considérés comme relativement conservateurs dans le sens où ils s'opposent à toute expropriation gouvernementale sans contrepartie, incitent à dépasser le paradigme bilatéral traditionnel de l'arbitrage Etat-investisseur. Les risques juridiques qui découlent de la dynamique

(45) Decision on Jurisdiction and Admissibility, *Abaclat & Others (formerly Giovanna A Beccara & Others) v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB 07/5, opinion de la majorité par Pierre Tercier et A. Jan van den Berg, 4 août 2011, opinion dissidente de G. Abi-Saab, 28 octobre 2011. Comme le savent ceux qui sont familiers de l'arbitrage entre Etats et investisseurs, les sentences rendues selon les règles du Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI), une des organisations composant le Groupe de la Banque mondiale, sont souvent publiées avec l'accord des parties.

(46) L'« *Associazione per la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini* », aussi connue sous le nom de « Task Force Argentina » (TFA), a déposé sa requête le 14 septembre 2006. Pour des raisons procédurales, la notification d'enregistrement de la requête par le secrétariat du CIRDI intervint seulement le 7 novembre 2007.

(47) *Abaclat*, Opinion dissidente de Georges Abi-Saab, paras. 150-153.

1_32_Doc_Park.fm Page 20 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

des procédures de « *class arbitration* » semblent relégués au second plan par la perspective d'une plus large protection des droits contractuels.

Il est intéressant de relever dans *Abaclat* que la majorité considéra « l'action de masse » non comme un problème de compétence, mais bien comme un problème de recevabilité procédurale ayant peu de points communs avec la procédure américaine de « *class arbitration* ». La majorité souligna que le tribunal était compétent pour trancher chacune des requêtes individuelles et estima que la forme de la procédure ne nécessitait pas de consentement distinct et spécifique. D'après la majorité, si le tribunal a compétence sur les réclamations de plusieurs demandeurs individuels, il est difficile de concevoir pourquoi et comment le tribunal pourrait perdre compétence dans le cas où le nombre de demandeurs serait supérieur à un certain seuil (48).

En réponse, certains pourraient dire que la majorité avait oublié que les compétences d'un arbitre soulèvent non seulement la question du « qui », mais aussi celle du « comment ». Celui qui donne son consentement à l'arbitrage a assurément le droit de mettre des conditions à son accord en ce qui concerne le déroulement de la procédure, qu'il s'agisse ou non d'un arbitrage bilatéral.

III. – ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

A) Généralités

De manière schématique, on peut dire que la tâche de l'arbitre consiste à organiser la procédure et à trancher le fond du litige, tandis qu'il appartient au juge de vérifier que les conditions du procès équitable sont bien réunies dans l'arbitrage en question, et d'annuler la sentence si les arbitres ont commis un excès de pouvoir. Cette répartition des tâches se retrouve dans la plupart des lois sur l'arbitrage en vigueur aujourd'hui, y compris

(48) *Abaclat*, para. 490 : « *Assuming that the Tribunal has jurisdiction over the claims of several individual Claimants, it is difficult to conceive why and how the Tribunal could lose such jurisdiction where the number of Claimants outgrows a certain threshold. First of all, what is the relevant threshold? And second, can the Tribunal really lose a jurisdiction it has when looking at Claimants individually ?* ».

1_32_Doc_Park.fm Page 21 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

le « *Federal Arbitration Act* » (49). En revanche, l'annulation ne devrait pas être prononcée au seul motif qu'un juge désapprouve le contenu de la sentence, ou aurait préféré que la procédure ait été organisée d'une manière plus efficace que celle choisie par les arbitres (50). Toutefois, dans son empressement à signaler les difficultés que soulèvent le procédé de « *class arbitration* », la majorité de la Cour suprême a méconnu ces deux domaines de compétence, celui de l'arbitre, et celui du juge.

B) Stolt-Nielsen

Dans l'affaire *Stolt-Nielsen* (51), des affréteurs, qui avaient tous souscrit à des chartes-parties comprenant des clauses d'arbitrage similaires, cherchaient à regrouper leurs prétentions contre des propriétaires de navires dans une procédure unique. Pour ces affréteurs, une procédure bilatérale aurait bien évidemment été moins avantageuse, car elle aurait eu pour effet de réduire le ratio coût-bénéfice de l'action intentée par chaque demandeur (52). Au début du litige, les parties — demandeurs et défendeurs — décidèrent donc de constituer un tribunal arbitral afin de déterminer si les différentes prétentions pouvaient et devaient être groupées ensemble, avant que ce même tribunal arbitral ne juge l'affaire sur le fond (53). Ce tribunal arbitral fut constitué conformément au règlement supplémentaire de l'« *American Arbitration Association* » sur la « *class arbitration* ».

(49) 9 U.S.C. §10 (a) (4) (1925).

(50) En ce qui concerne les sentences étrangères, l'Article V de la Convention de New York de 1958 sur l'arbitrage applique un principe similaire, refusant l'exécution si la convention d'arbitrage n'était pas valable ou si la sentence contient des décisions qui dépassent les termes de la convention d'arbitrage.

(51) *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp*., 130 S. Ct. 1758 (2010). L'action était intentée contre des propriétaires de navires par des affréteurs qui alléguaient des pratiques contraires au droit de la concurrence. Dans une affaire pénale connexe, Stolt-Nielsen avait elle-même admis avoir participé à un cartel illégal. *United States v. Stolt-Nielsen, S.A.*, 524 F. Supp. 2d 586 (E.D. Pa. 2007).

(52) Voir, par exemple, Robert G. Bone, *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure* (Foundation Press, 2003).

(53) AnimalFeeds a présenté sa requête pour elle-même, et pour le compte de toutes les autres personnes dans une situation putative similaire d'action de groupe en vertu de la règle 23 des « *Federal Rules of Civil Procedure* », contre Stolt-Nielsen, Odfjell, Jo Tankers et Tokyo Marine. Voir *In Re Parcel Tanker Shipping Services Antitrust Litigation*, 296 F. Supp. 2d 1370, 1370-71 (J.P.M.L. 2003) ; Fed. R. Civ. P. 23.

1_32_Doc_Park.fm Page 22 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Comme indiqué plus haut, dans une *opinion* rédigée par le Juge Alito, la majorité de la Cour suprême a considéré que les arbitres avaient outrepassé leurs compétences en rendant une sentence partielle interprétant les chartes-parties comme autorisant la « *class arbitration* ». L'arrêt de la Cour se concentre sur une circonstance particulière du cas d'espèce. Après la naissance du litige, les parties avaient fait une déclaration formelle au tribunal arbitral (qu'on appelle « *stipulation* » en procédure civile américaine) affirmant que leur contrat ne contenait aucun accord (« *no agreement* ») sur la possibilité d'un arbitrage collectif. La Cour ne dit pas que les parties devaient consentir de manière expresse au procédé de « *class arbitration* ». Elle releva simplement l'absence d'accord dans le cas d'espèce, accord qui aurait pu être donné de façon exprès ou tacite, antérieurement ou postérieurement à la naissance du litige.

La majorité a probablement visé juste en disant que cette déclaration formelle (le « *no agreement stipulation* ») se prêtait à exclure la « *class arbitration* ». Toutefois, en faisant référence au règlement de l'*American Arbitration Association* par un compromis conclu sur litige né, les parties avaient sans équivoque demandé aux arbitres, et non aux juges, de se prononcer sur leur intention préalable d'autoriser ou non la consolidation (54). L'article 3 de ce règlement sur la « *class arbitration* » confie de manière explicite cette compétence aux arbitres : « *Upon appointment, the arbitrator shall determine as a threshold matter, in a reasoned, partial final award on the construction of the arbitration clause, whether the applicable arbitration clause permits the arbitration to proceed on behalf of or against a class (the "Clause Construction Award")* » (55).

En interprétant les chartes-parties, les arbitres n'ont fait que suivre les instructions des parties, que leur interprétation soit ou non correcte. Par conséquent, on peut donc dire que la majorité de la Cour a donné la bonne réponse, mais à la mauvaise question. La Cour n'avait pas pour mission d'interpréter la charte-

(54) V. Brief in Opposition, *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758, 1768 (2010), p. 2.

(55) *American Arbitration Association*, AAA's Supplementary Rules for Class Arbitration Rules, disponible sur http://www.adr.org/sp.asp?id=21936. De plus, la règle 3 reconnaît qu'une telle détermination sera considérée comme une sentence sujette à révision sur la base des fondements d'annulation prévus dans le *Federal Arbitration Act*, mais pas plus que ceux-ci. L'objet de la règle 3 est d'interpréter le contrat, à titre préliminaire, pour déterminer si les parties ont vraiment convenu de soumettre leur différend à un arbitrage de groupe.

1_32_Doc_Park.fm Page 23 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

partie, question laissée aux arbitres par le compromis conclu sur litige né désignant le règlement supplémentaire de l'« *American Arbitration Association* ». La décision de la Cour prend l'apparence d'un contrôle d'excès de pouvoir, mais en réalité, la majorité n'était tout simplement pas d'accord avec les arbitres sur l'interprétation des chartes-parties.

L'arrêt *Stolt-Nielsen* risque donc de porter atteinte au caractère définitif des sentences. En souscrivant un compromis sur litige né, en complément des clauses compromissoires des chartes-parties, les parties avaient démontré leur intention de porter ce litige devant un arbitre plutôt qu'un juge. Même si les arbitres se sont (peut-être) trompés dans la résolution de cette question, une juridiction étatique outrepasse sa propre compétence juridique en substituant son avis à celui des arbitres.

A cet égard, il est bon de rappeler ce que la Cour suprême n'a pas dit. L'arrêt ne dit pas que la « *class arbitration* » serait en soi contraire à l'ordre public. La Cour ne suggère pas non plus que le conseil des demandeurs ne pouvait pas représenter de manière adéquate les intérêts de tous les affréteurs. Au contraire, la décision repose uniquement sur une interprétation divergente des termes contractuels. Les juges affirment que ces chartes-parties n'autorisaient pas de « *class arbitration* », tandis que les arbitres avaient conclu à la solution contraire.

C) AT&T Mobility

L'affaire *AT&T Mobility* indique qu'une juridiction étatique peut parfois porter atteinte au caractère définitif de la sentence avant même que celle-ci ne soit rendue. Dans cette affaire (56), des griefs avaient été formulés par des consommateurs contre un fabricant de téléphones. Les contrats de vente autorisaient l'arbitrage bilatéral, mais interdisaient la « *class arbitration* ». La juridiction fédérale inférieure refusa d'astreindre les parties à l'arbitrage, s'appuyant sur la jurisprudence californienne qui qualifiait d'« excessives et déraisonnables » les clauses de renonciation aux procédures de groupe. La Cour suprême a annulé cette décision au motif que la loi fédérale (le « *Federal Arbitration Act* ») prime les normes édictées par les Etats interdisant la renonciation au procédé de « *class arbitration* ».

(56) *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (2011), 563 U.S. — (2011).

1_32_Doc_Park.fm Page 24 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

Même si cette vision du système fédéral semble correcte, certains aspects du raisonnement ajouté en *dictum* par le juge Scalia, auteur de l'opinion majoritaire, sont critiquables et risquent d'ôter aux arbitres leurs justes prérogatives en matière de procédure. Le juge Scalia pose comme principe que l'arbitrage est par nature informel et que par conséquent les formalités requises pour assurer une représentation adéquate dans la « *class arbitration* » sont incompatibles avec une telle nature (57). Dans ce *dictum*, le juge Scalia se livre à des conjectures : de la pure spéculation. Il tire des conclusions de ce qui n'est en fait qu'une hypothèse, la nature soi-disant informelle de l'arbitrage. Ce faisant, il transforme donc une simple prémisse en conclusion juridique.

Nulle part, dans le « *Federal Arbitration Act* », on ne trouve une conception aussi étroite de l'arbitrage qui est ouvert à toutes sortes de litiges. Certains arbitrages demeurent relativement simples et informels, tandis que d'autres exigent une procédure complexe. L'opinion de la majorité, en revanche, suggère que l'arbitrage est inapproprié dans les cas de litige de grande ampleur et met en doute la qualification et l'expérience des arbitres. Ainsi donc, dans l'affaire *AT&T Mobility* comme dans l'affaire *Stolt-Nielsen*, la décision de la Cour suprême risque de restreindre la marge de manœuvre des arbitres.

L'opinion concordante du juge Thomas dans l'affaire *AT&T Mobility* adopte une approche plus réfléchie. Elle a pour point de départ l'article 2 du « *Federal Arbitration Act* », selon lequel une convention d'arbitrage est valide sauf s'il existe des motifs qui conduiraient à la révocation du contrat. Cette disposition est lue en relation avec l'article 4 de cette même loi, qui demande aux tribunaux de contraindre les parties à recourir à l'arbitrage conformément aux termes de leur accord. Interprétant les deux articles ensemble, le juge Thomas suggère que seules les règles relatives à la conclusion des contrats en général (comme la fraude, par exemple) pourraient servir de base à une norme d'un Etat américain refusant de faire droit à une clause compromissoire ou un compromis (58). Dans l'affaire *AT&T Mobility*, la jurisprudence californienne n'avait rien à voir avec la conclusion du contrat lui-même, mais visait uniquement le fait que

(57) *AT&T Mobility,* 131 S.Ct.1751.
(58) *Id*., p. 1 754.

1_32_Doc_Park.fm Page 25 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

l'arbitrage individuel était de trop petit enjeu financier pour se justifier. Comme le suggérait le juge Breyer dans son opinion dissidente, aucun avocat sensé n'accepterait de représenter les demandeurs dans une affaire portant sur des dommages et intérêts d'un montant de 30,22 $.

D) Réaction des cours inférieures : hésitation et nuances

1°) Amex Merchants

Ces deux décisions de la Cour suprême ont déjà suscité des résistances de la part des cours inférieures, qui apparaissent clairement dans l'arrêt *American Express Merchants* (59). Des entreprises basées dans les Etats de Californie et de New York avaient tenté de représenter tous les commerçants acceptant les cartes de crédit American Express. Les demandeurs affirmaient que la pratique « *Honor All Cards* » d'American Express violait des règles du droit de la concurrence (60).

Les contrats entre les commerçants et la société American Express obligeaient les deux parties à résoudre leurs litiges par l'arbitrage. Mais ils prévoyaient aussi que le choix de l'arbitrage constituait une renonciation de la part des commerçants à participer à toute procédure en tant que représentant ou en tant que membre d'un groupe de demandeurs, ce qui équivaut à une renonciation à la « *class arbitration* ».

A tort ou à raison, la Cour d'appel fédérale du *Second Circuit* a estimé que le coût élevé d'un arbitrage bilatéral empêcherait en pratique la défense des droits contractuels des commerçants. Cette conclusion repose sur le témoignage d'un économiste estimant que le coût d'une analyse financière anti-trust pourrait

(59) In Re *American Express Merchants Litigation* ("*Amex I*"), 554 F.3d 300 (2d Cir. 2009); In Re American Express Merchants Litigation ("Amex II"), 634 F.3d 187 (2d Cir. 2011); In Re American Express Merchants Litigation ("Amex III"), 2012 WL 284518 (2d Cir. 2012). Une réouverture des débats devant la plénière des juges de cette même Cour a été rejetée ; v. American Express Merchants Litigation ("Amex III"), 2012 U.S. App. LEXIS 10815 (2d Cir. May 29, 2012) (denial of motion for rehearing en banc).

(60) Bien que satisfaits des opérations réalisées au moyen de « *charge cards* » (un simple moyen de paiement), les commerçants s'opposaient à devoir honorer les « *credit cards* » qui permettent aux clients de financer leur achats dans le temps et sont émises à des clients moins fortunés que les détenteurs de « *charge card* ».

1_32_Doc_Park.fm Page 26 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

éventuellement dépasser un million de dollars. La Cour a donc estimé que la clause d'arbitrage bilatéral ne pouvait pas être mise en œuvre (61).

Une « *class arbitration* » n'étant pas possible, faute d'un accord des parties en la matière (exigence de *Stolt-Nielsen*), la Cour d'appel a conclu que la clause compromissoire entière était invalide et non-exécutoire. Toutefois, la Cour d'appel a aussi pris soin de ne pas laisser entendre que toute clause de renonciation aux procédures de « *class arbitration* » devait par principe être considérée comme invalide.

Au contraire, son analyse repose sur la conclusion que dans le cas d'espèce, le seul moyen économiquement réaliste pour défendre les droits des demandeurs était l'action de groupe. Une telle approche met les plaideurs dans une position difficile. Si un contrat contient une clause de renonciation à la « *class arbitration* », un juge ne peut pas contraindre les parties à une procédure de ce type. Mais d'un autre côté, ce même juge pourrait s'estimer dans l'incapacité d'ordonner un arbitrage bilatéral qui semblerait alors déraisonnable, vu que son coût empêcherait le demandeur de faire valoir ses droits de manière individuelle.

2°) Sutter

Une approche nuancée fut adoptée par la Cour d'appel fédérale du *Third Circuit* dans l'affaire *Sutter*, à propos d'un litige résultant de factures médicales impayées (62). Un groupe de médecins, représenté par certains d'entre eux, accusaient une compagnie d'assurance de ne pas avoir correctement remboursé les soins des assurés.

Pour l'arbitre saisi du litige, la clause compromissoire de l'accord conclu entre les médecins et la compagnie d'assurance autorisait la « *class arbitration* ». Cette possibilité n'était pas expressément mentionnée dans la clause. Mais l'arbitre considéra que l'intention des parties était d'autoriser la « *class arbitration* », car la clause compromissoire était formulée en termes très généraux et ne prévoyait pas non plus son exclusion.

La Cour d'appel rejeta le grief avancé par la compagnie d'assurance que cette détermination constituait un excès de

(61) *In Re American Express Merchants Litigation ("Amex III")*, 2012 WL 284518 *7 (2d Cir. 2012), (citant le témoignage de Gary L. French, Ph.D.).

(62) *Sutter v. Oxford Health Plans*, 2012 WL 1088887 (3rd Cir. 2012).

1_32_Doc_Park.fm Page 27 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

pouvoir. Dans l'affaire *Stolt-Nielsen*, les parties avaient affirmé que leur contrat ne contenait « aucun accord » sur la possibilité d'un arbitrage de groupe. Par contre, dans le cas d'espèce, aucune stipulation de ce type ne permettait d'établir la volonté des parties. Pour la Cour d'appel, l'arrêt *Stolt-Nielsen* ne requiert pas de consentement exprès à la « *class arbitration* », mais établit simplement une règle par défaut exigeant une base contractuelle pour établir le consentement à l'arbitrage (63). Etant donné que cet arrêt avait autorisé la « *class arbitration* » sur la base de son interprétation de la clause compromissoire, la Cour d'appel conclut que l'arbitre n'avait pas outrepassé les limites de sa compétence.

3°) Droit applicable

Dans le contexte du système fédéral américain, la Cour d'appel fédérale du *Ninth Circuit* aborda la question de l'interaction entre les clauses de renonciation aux « *class arbitration* » et les règles en matière de choix du droit applicable au litige (64). Refusant d'astreindre les parties à l'arbitrage, un tribunal fédéral de première instance de l'Etat de Washington avait annulé une clause prévoyant un arbitrage bilatéral au motif que la cette clause se trouvait être déraisonnable (« *unconscionable* ») au regard d'une loi de l'Etat de Washington annulant les clauses de renonciation aux procédures de « *class arbitration* ».

Au vu de la décision de la Cour suprême dans *AT&T Mobility*, la Cour d'appel décida que le droit fédéral primait sur le droit de l'Etat de Washington annulant la clause de renonciation. Toutefois, l'affaire fut renvoyée à la juridiction inférieure pour que celle-ci puisse examiner si la clause était déraisonnable au regard des critères propres au droit des contrats en général, comme la fraude et la contrainte, et non au droit de l'arbitrage. Les parties avaient choisi d'appliquer le droit de l'Etat de l'adresse de facturation du demandeur. Par conséquent, le tribunal de première instance reçut l'ordre d'examiner les règles

(63) *Id*., at *5.

(64) *Coneff v. AT&T Corp*., 2012 WL 887598 (9th Cir. Mar. 16, 2012), annulant la décision du tribunal de district du *Western District of Washington*. Les juridictions fédérales dont la compétence repose sur le fait qu'un litige oppose des citoyens d'Etats différents (« *jurisdiction based on diversity of citizenship* ») appliquent les règles d'élection de droit de l'Etat du for. La Cour d'appel renvoya donc le tribunal de district aux principes régissant l'élection de droit dans l'Etat de Washington.

1_32_Doc_Park.fm Page 28 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

de l'Etat de Washington sur le choix du droit applicable lorsque se posait la question d'une clause « *unconscionable* », problème qui n'avait pas encore été abordé précédemment. Pour le moment, la question reste en suspens.

E) « *Manifest disregard of the law* »

Dans *Stolt-Nielsen* comme dans *AT&T Mobility*, la Cour suprême a manqué une occasion de préciser les contours d'une notion particulièrement difficile de l'arbitrage en droit américain : la notion de « *manifest disregard of the law* », ou « violation manifeste du droit ». Les juridictions fédérales sont partagées quant au sens précis de cette notion. Comme expliqué ci-dessous, pour certaines juridictions la notion de « *manifest disregard* » se distingue de la simple erreur de droit et concerne la situation dans laquelle les arbitres décideraient sciemment d'ignorer les règles applicables au litige. Par contre, d'autres juridictions l'ont interprétée de manière plus large, en incluant les erreurs juridiques flagrantes. Dans tous les cas, la sentence serait alors sujette à annulation, car un tel comportement de la part de l'arbitre s'assimile à un excès de pouvoir.

Le droit d'annuler une sentence pour « *manifest disregard of the law* » fut introduit par un *dictum* de la Cour suprême dans un arrêt de 1953 (65). Toutefois, durant les six décennies suivant cette décision, les tribunaux n'ont jamais tranché de façon claire la question de savoir si cette notion est seulement une forme d'excès de pouvoir ou si elle constitue une cause indépendante d'annulation des sentences.

Les juridictions qui l'ont interprétée de manière large ont souvent justifié l'annulation simplement parce que les erreurs de droit rendaient la décision de l'arbitre contraire aux termes de l'accord des parties, du moins selon les juges qui contrôlaient la sentence (66). Les juridictions qui ont interprété cette notion de manière plus restrictive ont parfois adopté une analyse en deux étapes, qui consiste à déterminer en premier lieu si les

(65) *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953).

(66) Voir, par exemple, *Advest, Inc. v. McCarthy*, 914 F.2d 6, 10-11 (1st Cir. 1990) (Justice Selya), qui avait également inclus dans la notion de « *manifest disregard* » une situation où l'erreur pouvait laisser croire que l'arbitre avait identifié le droit applicable et décidé de l'ignorer. V. également *Halligan v. Piper Jaffray*, 148 F.3d 197, 203-04 (2d Cir. 1998), *cert. denied,* 526 U.S. 1034 (1999 et *Westerbeke v. Daihatsu*, 304 F.3d 200 (2d Cir. 2002).

1_32_Doc_Park.fm Page 29 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

arbitres ont effectivement méconnu le droit applicable et en second lieu, si la sentence génère en l'espèce une injustice importante. Même si l'existence d'une méconnaissance manifeste est avérée, la sentence sera annulée seulement si une telle injustice en résulte (67).

La difficulté ne provient pas forcément de la notion de « *manifest disregard* » elle-même. Bien appliquée, celle-ci peut être salutaire quand un besoin accru de contrôle judiciaire se fait sentir, par exemple dans le contexte des conflits du travail et de la consommation. Le problème réside plutôt dans les abus qu'elle risque d'entraîner dans de grandes affaires internationales où des avocats trop zélés pourraient être tentés d'utiliser la notion de « méconnaissance manifeste du droit » comme un moyen d'attaquer la sentence quant au fond.

Dans *Stolt-Nielsen*, on rappellera qu'une juridiction fédérale de district avait d'abord annulé la sentence arbitrale pour méconnaissance manifeste du droit, mais la décision fut renversée par la Cour d'appel fédérale du *Second Circuit*. Tout en acceptant qu'une méconnaissance manifeste du droit puisse justifier une annulation de la sentence, la Cour d'appel considéra que les conditions de son application n'étaient pas remplies en l'espèce (68).

La Cour suprême, en revanche, décida de ne pas aborder la question de savoir si la doctrine du « *manifest disregard of the law* » constitue une cause indépendante d'annulation des sentences (69). L'opinion de la majorité nota simplement que, si tel était le cas, la doctrine trouverait à s'appliquer dans le cas d'espèce. Les doutes sur la persistance de cette doctrine ne furent toutefois pas dissipés par la Cour (70).

---

(67) *Williams v. CIGNA Fin. Adv. Ind.*, 197 F.3d 752, 760-61 (5th Cir. 1999); *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 2003 WL 22077651 (5th Cir. Sept. 9, 2003). V. aussi, N. Rubins, "'Manifest Disregard of the Law' and Vacatur of Arbitral Awards in the United States", *American Review of International Arbitration,* 12 (2001), p. 363.

(68) *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 548 F.3d 85, 101 (2d Cir. 2008).

(69) La Cour avait émis des doutes à cet égard dans une décision antérieure, *Hall Street Assocs. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

(70) *Stolt-Nielsen*, 130 S. Ct. at 1768, n. 3: « *We do not decide whether "manifest disregard" survives … as an independent ground for review or as a judicial gloss on the enumerated grounds for vacatur set forth at 9 U.S.C.§ 10. Cependant, la Cour note également: « Assuming, arguendo, that such a standard applies, we find it satisfied for the reasons that follow [in the majority opinion]* ».

1_32_Doc_Park.fm Page 30 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

L'arrêt de la Cour suprême dans *AT&T Mobility* ne fournit guère plus d'éclaircissements. L'opinion de la majorité semble toutefois contenir un indice dans son affirmation que l'article 10 du *Federal Arbitration Act* (qui concerne les bases d'annulation des sentences) se concentre sur le comportement de l'arbitre plutôt que sur l'erreur elle-même. On peut y voir une indication que la notion de méconnaissance manifeste du droit devrait être comprise comme un substrat de l'excès de pouvoir, et non comme un motif indépendant d'annulation des sentences (71).

IV. – TENTATIVE DE BILAN

A) Questions sans réponses

Il est à craindre que la jurisprudence de la Cour suprême en matière de « *class arbitration* » soit utilisée pour justifier l'ingérence des juges dans les prérogatives des arbitres, tant en ce qui concerne le fond du litige que la procédure elle-même. Dans *Stolt-Nielsen*, la Cour a dénié à la sentence un caractère définitif, en apparence pour corriger un excès de pouvoir. Mais en réalité, vraisemblablement pour des raisons politiques, les juges ont substitué leur propre interprétation du contrat à celle des arbitres. Dans *AT&T Mobility*, la Cour suprême a posé les bases d'une ingérence dans les prérogatives procédurales des arbitres en posant comme principe de base que les formalités requises dans la « *class arbitration* » étaient incompatibles avec la nature informelle de l'arbitrage.

Le cœur du problème semble être que, dans aucun arrêt, la Cour ne fournit d'explications permettant de mieux comprendre en quoi consiste un excès de pouvoir. La jurisprudence de la Cour ne marque pas la différence entre une sentence qui dépasse la mission de l'arbitre, et une sentence simplement erronée. De surcroît, l'arrêt *Stolt-Nielsen* a pour résultat d'obscurcir cette différence en qualifiant d'excès de pouvoir une sentence qui est peut-être simplement incorrecte.

Enfin, il faut se rappeler que les sentences peuvent perdre leur caractère définitif soit par une ingérence des tribunaux étatiques du siège de l'arbitrage, soit par un contrôle au stade

(71) *AT&T Mobility*, p. 1 752.

2012 Revue de l'Arbitrage 507

1_32_Doc_Park.fm Page 31 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

de l'exécution, même justifié. Dans ce dernier cas, on peut se demander si les juges non-américains seraient prêts à suspendre des actions judicaires en conflit avec une « *class arbitration* », ou encore dans quelle mesure les sentences rendues dans ce type de procédure seront reconnues en Europe à l'encontre des parties qui n'avaient pas donné leur accord explicite.

Certains diront que c'est une tout autre question. Certes, c'est le destin potentiel de toute sentence en matière commerciale de subir l'examen des juridictions étatiques au stade de l'exécution ou de la reconnaissance. Mais la « *class arbitration* » ajoute une difficulté particulière, celle du consentement du défendeur à une procédure menée par un demandeur qui se désigne lui-même représentant d'un groupe.

B) Deux équilibres fragiles

Même si des éclaircissements se font attendre, nous pouvons peut-être suggérer des voies à ne pas suivre en abordant ces questions posées par la « *class arbitration* ». Les commentateurs feraient bien de se rappeler que des termes imprécis du genre « droite » ou « gauche » ne peuvent contribuer à une meilleure compréhension du problème que si ces termes sont utilisés comme des qualificatifs qui demandent des explications, et non comme des termes qui en fournissent.

Dans une large mesure, résoudre ces questions dépendra d'un débat honnête et sincère qui tienne compte de la pratique, plutôt que de positions abstraites ou idéologiques. Même les doctrines les plus avisées demeurent imparfaites, étant donné que toute proposition juridique repose sur des phrases qui ne peuvent guère à elles seules exprimer toute la complexité des différends qui ont donné naissance à ces doctrines.

La bonne santé de l'arbitrage repose donc sur deux équilibres fragiles. Le premier doit être établi par l'arbitre lui-même entre, d'une part, la légitimité de l'arbitrage (fondée sur le consentement éclairé des parties) et, d'autre part, le bon déroulement de l'instance (afin d'assurer l'économie de moyens).

Mais le juge, lui aussi, doit veiller à respecter les contraintes découlant de l'accord des parties. La clause compromissoire confie aux arbitres des tâches qui comprennent la résolution du litige et l'organisation de la procédure. Le deuxième équilibre à rechercher concerne donc la répartition des tâches judiciaires et

2012 Revue de l'Arbitrage 507

1_32_Doc_Park.fm Page 32 Mardi, 23. octobre 2012 10:52 10

arbitrales. Résoudre le litige appartient à l'arbitre ; le rôle du juge se limite à l'assurance du respect de la compétence arbitrale et des garanties du procès équitable.

Tout l'enjeu de ces équilibres est de parvenir à conférer un caractère définitif aux sentences véritablement dignes d'être reconnues comme telles, en les distinguant de celles qui ne méritent pas ce caractère. Pour que l'arbitrage puisse remplir ses promesses comme instrument de défense des droits contractuels, tous – juges, praticiens et professeurs – doivent participer à cette quête d'équilibre.