



## *Doctrine*

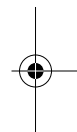
### **LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE EN MATIÈRE DE « CLASS ARBITRATION » : ENTRE DÉBAT POLITIQUE ET TECHNIQUE JURIDIQUE\***

par

**William W. PARK**

Professeur, *Boston University*

Président de la *London Court of International Arbitration*

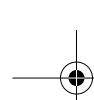


#### RÉSUMÉ

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.

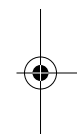




qui avait autorisé l'action de groupe. En revanche, dans l'affaire *AT&T Mobility*, la Cour a renversé une décision examinée qui avait déclaré nulle une renonciation à l'action de groupe dans un contrat de consommation. La discussion sur le bien-fondé des deux décisions reste ouverte.

### 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.*



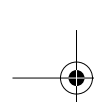
## I. – INTRODUCTION

### A) Le rôle du droit de l'arbitrage

A la fin du XIX<sup>e</sup> 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., 14<sup>e</sup> éd., 2006 ; 1<sup>re</sup> éd., 1896.





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 juristes, 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.

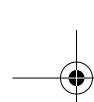
(3) Par exemple, une police d'assurance peut stipuler qu'elle est « gouvernée par le droit anglais ». Toutefois, en fonction du lieu où se déroule l'arbitrage, des endroits où les parties ont des actifs qui peuvent être saisis, les principes juridiques applicables pourront être sans rapport avec le droit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





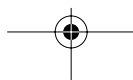
Pour le meilleur ou pour le pire, le cadre limité des lignes qui suivent ne permet guère de traiter de cette question philosophique, qui forme un vaste océan d'idées, agité de vagues qui ont englouti des esprits bien plus brillants que celui de l'auteur. On peut néanmoins suggérer, comme point de départ, 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).

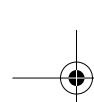
Cependant, de nos jours, tous semblent être d'accord sur ce que le rôle du droit de l'arbitrage consiste à faire respecter la volonté commune des parties de porter leur litige devant un arbitre, ce qui a pour corollaire de s'assurer du respect des garanties procédurales fondamentales comprises dans ce 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 XX<sup>e</sup> 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.





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,

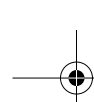
(9) V. dans ce sens P. Tercier, « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011.3.

(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.





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 outrepassa 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-





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





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.







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.

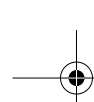
En revanche, dans le cas d'un arbitrage consolidé proprement dit, chaque prétention pourrait très bien être tranchée dans un arbitrage bilatéral. Toutefois, comme il existe des liens entre les parties ainsi que des questions communes de droit et de fait, il est plus pratique de les faire juger ensemble 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 a 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).





*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.





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 affrêteurs 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. Kristjánssdóttir (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.

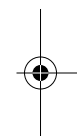
(24) Les tribunaux américains sont bien sûr tout à fait conscients des diverses théories sur la base desquelles des non-signataires peuvent être joints à l'arbitrage. V. à cet égard, *Arthur Andersen v. Carlisle*, 129 S. Ct. 1896 (2009) (concernant la notion de tiers bénéficiaire).





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.

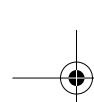
Une année plus tard, dans l'affaire *AT&T Mobility*, la Cour suprême se voit saisie d'un arbitrage résultant d'une action intentée par des consommateurs contre un fabricant de téléphones (26). Les contrats de vente de forme standardisée autorisaient l'arbitrage, mais interdisaient la « *class arbitration*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



(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 compromissaire 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).





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) "Cutting 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).





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.

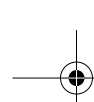
Traditionnellement encline à soutenir l'arbitrage qu'elle estime en accord avec le principe de liberté contractuelle (31), la droite américaine se méfie pourtant des procédures de groupe qu'elle perçoit comme un outil profitant surtout aux avocats qui sont rémunérés en fonction d'un pourcentage du produit de l'action judiciaire 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 États-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*.





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.

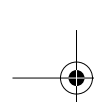
L'aile gauche progressiste (« *liberal* » aux Etats-Unis) tente toutefois de faire passer certaines de ses réticences dans la

(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>.





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, 1<sup>st</sup> 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 38<sup>e</sup> 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](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.





































