

## Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale

George A. BERMANN

*Jean Monnet Professor of EU Law and Walter Gellhorn Professor of Law  
Columbia Law School*

RESUME. — Il est essentiel mais difficile de savoir à qui attribuer la compétence entre cours et arbitres lorsqu'il s'agit de déterminer le sens et la validité d'un accord à arbitrer – étant bien entendu que plus on mettra d'obstacles à la compétence arbitrale, plus on s'éloignera des objectifs de l'arbitrage, alternative à un jugement. Les notions de « compétence-compétence » et de « séparabilité » (en anglais, *severability* ou *separability*), qui planent au-dessus de tous les systèmes modernes de loi arbitrale internationale, y compris aux États-Unis, sont à cet égard venues simplifier ces situations. Pour autant ces deux idées doivent être affinées. L'auteur montre d'une part que la doctrine de la compétence-compétence, correctement restreinte, continue d'être un guide fort utile pour résoudre les problèmes d'attribution de compétence arbitrale. En revanche, la contribution du principe de séparabilité dans ce domaine a peut-être été un peu trop mise en avant. Elle est d'ailleurs de plus en plus rejetée dans sa forme traditionnelle. L'expérience américaine récente, qu'il ne s'agit pas ici de généraliser car cela induirait en erreur, confirme ces conclusions.

Mots-clés : compétence arbitrale, compétence-compétence, séparabilité, États-Unis

Un thème récurrent en droit de l'arbitrage, aux États-Unis comme ailleurs, touche l'attribution de compétence entre cours d'État et arbitres lorsqu'il s'agit de déterminer le sens et la validité d'un accord à arbitrer. Déterminer qui est autorisé à définir la compétence arbitrale se signale par des arguments politiques divergents.<sup>1</sup> D'une part, en permettant aux arbitres de résoudre indépendamment les conflits de compétence, on semble respecter l'intention supposée des parties de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à la décision d'un tribunal civil dans leur différend. Plus on mettra d'obstacles à la compétence arbitrale (en particulier lorsque c'est aux tribunaux nationaux de décider si ces

1 Voir, par ex. William W. Park, "Determining Arbitral Jurisdiction : Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators", 8 *Am. Rev. Int'l Arb.* 133 (1997) ; Jonathan M. Strang, "The Chicken Comes First : Who Decides if an Arbitrator has Jurisdiction to Arbitrate ?", 16 *Fed. Cir. B. J.* 191 (2006-07) ; Adriana Dulic, "First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan and the Kompetenz-Kompetenz Principle" 2 *Pepp. Disp. Resol.* L.J. 77 (2002).

barrières ont été franchies), plus on s'éloignera des objectifs de l'arbitrage, alternative à un jugement.<sup>2</sup>

Cependant, il semble que, à la fois pour des raisons de logique et de principe, un tribunal civil ne devrait pas renvoyer les parties vers l'arbitrage lorsque le compromis n'est pas valable et exécutoire et que sa portée couvre l'affaire en cause ; après tout, l'existence d'une convention d'arbitrage valable, exécutoire et applicable est une prémisse nécessaire pour que le tribunal arbitral puisse faire quelque chose. Lorsque l'exception porte réellement sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage elle-même, il ne semble pas très défendable de soumettre ces points au corps même – le tribunal arbitral – dont l'autorité découle de cet accord, celui qui est contesté. Il paraît également inefficace et, franchement, inutile, de diriger les parties vers l'arbitrage, qui peut être long et onéreux, rien que pour voir ensuite un tribunal civil annuler la sentence au motif que le tribunal arbitral était, dès le départ, incompétent. Si c'est finalement à une cour de trancher des exceptions de conflit de compétence une fois que l'arbitre aura rendu sa sentence, il pourrait être plus habile de le commencer par là.

Lorsque l'exception d'attribution de compétence arbitrale est soulevée pour la première fois devant un tribunal arbitral, on peut considérer que les arbitres eux-mêmes vont résoudre ces points indépendamment, pourvu qu'ils soient abordés à temps et que l'on n'y ait pas renoncé. La situation se complique lorsque l'exception de nullité est défendue devant la cour avant le début de l'arbitrage – que ce soit dans le contexte d'un procès pour imposer l'arbitrage ou émettre un sursis à l'arbitrage, ou comme moyen de défense pour une action en justice portant sur la demande sous-jacente. Quand les tribunaux civils doivent-ils étudier et trancher ce type de question à ce stade (et selon quel standard de jugement) et quand doivent-ils s'en dessaisir au profit des arbitres ?

Aux États-Unis, comme ailleurs ici encore, les notions de « compétence-compétence » et de séparabilité en sont venues à occuper le devant de la scène pour résoudre ces situations. Dans cet article, je soutiens que la doctrine de la compétence-compétence, correctement restreinte, continue d'être un guide fort utile pour résoudre les problèmes d'attribution de compétence arbitrale. En revanche, la contribution du principe de séparabilité dans ce domaine a peut-être été un peu trop mise en avant. L'expérience américaine récente confirme ces conclusions.

## COMPETENCE-COMPETENCE

Comme indiqué, lorsque la question de la compétence arbitrale est soulevée dès le début devant le tribunal arbitral, ce dernier va probablement trancher ce

<sup>2</sup> John J. Barcelo III, "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1115, 1118-19 (2003).

point indépendamment. Cela peut consister à déterminer l'existence et la validité à la fois du compromis d'arbitrage en particulier et du contrat qui la contient dans son ensemble, ainsi qu'à décider si le litige relève bien de la convention d'arbitrage. Pratiquement toutes les règles institutionnelles modernes appliquent le principe de compétence-compétence, d'après lequel les arbitres sont les premiers compétents pour se prononcer sur leur compétence de tous ces points de vue, quand et s'ils sont contestés. Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CCI précise « toute décision sur la compétence du Tribunal arbitral sera prise par le Tribunal arbitral lui-même »<sup>3</sup> et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : « Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage ».<sup>4</sup>

De plus, beaucoup de lois arbitrales nationales invitent les arbitres à régler la contestation de leur compétence. Ainsi, les articles 1458 et 1466 du CPC attribuent au tribunal arbitral une compétence exclusive pour déterminer l'étendue de sa compétence. On peut en dire autant de la loi suisse sur le droit international privé<sup>5</sup> et de l'*Arbitration Act* anglais de 1996.<sup>6</sup> L'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international est tout aussi explicite.

Mais quel rôle joue la compétence-compétence lorsque la question de l'existence, de la validité ou de la portée de la convention se pose avant la constitution du tribunal arbitral ? C'est dans ce scénario qu'il devient impératif de comprendre compétence-compétence à la lumière de ce qu'on appelle la doctrine de la séparabilité, à laquelle sera consacrée la prochaine section. Comme on le verra, la notion de séparabilité est censée guider les cours civiles pour savoir si elles doivent se prononcer dès le début sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage et du contrat d'où elle découle. De même, à ce premier stade du litige, le rôle de la compétence-compétence devrait être principalement limité à l'interprétation correcte de la convention d'arbitrage (et par extension savoir si le litige relève de sa compétence).

En pratique, lorsque les cours américaines doivent déterminer si un litige particulier sort du cadre de la clause compromissoire, elles suivent généralement le principe compétence-compétence (en évitant presque toujours de mentionner le terme). Elles y parviennent essentiellement en choisissant une interprétation large des conventions d'arbitrage, en tout cas provisoirement. Lorsque ce point fait l'objet du litige, les cours ont tendance à laisser les arbitres décider en dernier recours si le litige est couvert par la convention.<sup>7</sup> (Il

<sup>3</sup> Article 6.2.

<sup>4</sup> Article 21.1. L'article 23.1 des *Rules* de la London Court of International Arbitration et l'article 15.1 des AAA International Arbitration Rules servent le même effet.

<sup>5</sup> Articles 178 et 186.

<sup>6</sup> Article 30.1.

<sup>7</sup> *David L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd.*, 923 F.2d 245, 252 (2d Cir. 1991) ; *Matter of Arbitration No. AAA 13-161-0511-85*, 867 F.2d 130, 131 (2d Cir. 1989) ; *Int'l*

est évidemment hautement improbable que les arbitres une fois choisis soient tentés dans ces circonstances, ou voient dans leur intérêt, de ne pas être d'accord.)

Cette pratique est parfois énoncée selon la règle que, pour déterminer la portée de la convention d'arbitrage, les cours doivent résoudre les ambiguïtés en faveur de l'arbitrage.<sup>8</sup> Pour reprendre une décision typique :

« Nous sommes favorables à l'arbitrage, bon moyen de désengorger les litiges. Donc, si la portée d'une convention d'arbitrage est "sensiblement contestable" ou "raisonnablement douteuse", alors l'interprétation doit en revenir à l'arbitre. Mais... le recours à l'arbitrage devrait être refusé par la cour en l'absence de toute clause compromissive ».<sup>9</sup>

Cette réponse est conforme à ce qu'a admis la *Supreme Court* américaine : il est dans « l'intention évidente du Congrès, dans le [*Federal*] *Arbitration Act*, d'écartier des tribunaux civils les parties d'un litige arbitral et de les pousser le plus vite et le plus doucement possible vers les arbitres ».<sup>10</sup> Plus spécifiquement, d'après la *Supreme Court*, « tout doute concernant la portée des questions arbitrales doit être tranché en faveur de l'arbitrage. »<sup>11</sup> Cette attitude vaut particulièrement dans le contexte de l'arbitrage international : « La présomption en faveur de l'arbitrage est "particulièrement forte" en matière de commerce international, car les États-Unis sont également signataires de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. »<sup>12</sup>

En résumé, tandis que les arbitres peuvent légitimement analyser compétence-compétence comme les habilitant à trancher en toute indépendance, si on le leur demande, les exceptions d'incompétence (en clair, l'existence, la validité et la portée de la convention d'arbitrage), les tribunaux de première instance devraient appliquer ce principe plus restrictivement. Entre leurs mains, la doctrine suggère seulement que les arbitres sont les premiers habilités à découvrir le sens de la convention d'arbitrage et décider si le litige tombe sous sa coupe. Par contre, pour résoudre le problème de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dans

*Ass'n of Machinists v. General Electric Co.*, 865 F.2d 902, 904 (7th Cir. 1989) ; *J.J. Ryan & Sons v. Rhône Poulenc Textile, S.A.*, 863 F.2d 315, 319 (4th Cir. 1988) ; *Valero Refining, Inc. v. M/T Lauberhorn*, 813 F.2d 60, 63 (5th Cir. 1987) ; *Becker Autoradio v. Becker Autoradiowerk GmbH*, 585 F.2d 39, 44 (3d Cir. 1978) ; *PaineWebber Inc. v. Hartmann*, 921 F.2d 507, 511 (3rd Cir. 1990). La décision dans *First Options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1985), affirme que, en cas de doute, la question de la portée de la convention d'arbitrage est à déterminer par les arbitres. *Id.* p. 944.

<sup>8</sup> *Volt Info. Sciences, Inc. v. Bd. of Trs. of Leland Stanford Jr. Univ.*, 489 U.S. 468, 475 (1989).

<sup>9</sup> *Butler Prods. Co. v. Unitrust Corp.*, 367 F.2d 733, 736 (7th Cir. 1966).

<sup>10</sup> *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 22, 25-26 (1983).

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> *E.I. DuPont de Nemours and Co. v. Rhône Poulenc Fiber and Resin Intermediates, S.A.S.*, 269 F.3d 187, 194 (3d Cir. 2001) ; *Sandvik AB v. Advent Int'l Corp.*, 220 F.3d 99, 104-05 (3d Cir. 2000).

lequel elle figure, on préfère faire appel à la doctrine deséparabilité à laquelle nous allons nous intéresser maintenant.

### LA DOCTRINE TRADITIONNELLE DE LA SEPARABILITE

Traditionnellement, la vocation particulière de la doctrine de la séparabilité (*severability*) a été – non pas de déterminer la portée ou le sens de la clause d'arbitrage (ou si elle s'applique dans un litige précis) – mais plutôt de savoir qui décide de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat sous-jacent, si l'un ou l'autre sont contestés. Voici le domaine de la séparabilité.

On considère généralement que séparabilité signifie que, pour parvenir à distinguer les questions d'existence et de validité relevant des cours civiles de celles qui reviennent aux tribunaux arbitraux, la convention d'arbitrage et le contrat qui la contient doivent être vus comme des instruments « séparables ». Cette fiction signifie que, même si un contrat se révèle nul ou, pour toute autre raison, inapplicable, ce fait ne rend pas la clause d'arbitrage nulle ou inapplicable. La convention d'arbitrage va survivre et donc l'arbitrage se poursuivre. (Si les arbitres trouvent ensuite le contrat principal nul et inapplicable, ils le prononceront et en tireront les conséquences. De plus, ils seront autorisés à le faire, en dépit de la nullité du contrat où figure la clause d'arbitrage, puisque cette absence de validité n'influe pas, grâce à la doctrine de la séparabilité, sur l'autorité de l'arbitre d'en décider ainsi.) Par contre, lorsque l'on soutient que c'est spécifiquement la clause d'arbitrage qui est nulle ou inexistante, c'est bien le juge qui tranchera sur ce point.

On peut illustrer cette position par le traitement des accusations de corruption. Soutenir que le contrat sous-jacent a été conclu à la suite d'un dol ne mettrait pas spécifiquement en cause la validité de la convention d'arbitrage contenue dans le contrat et il reviendra aux arbitres de se prononcer, de rechercher les preuves et d'entendre les thèses sur ce point comme sur les autres détails du litige. Néanmoins, le moyen selon lequel la convention d'arbitrage elle-même découle d'un dol sera résolu par un juge et non soumis à arbitrage.<sup>13</sup>

La distinction entre les contestations qui concernent spécifiquement la convention d'arbitrage et celles qui ont un rapport logique avec le contrat

<sup>13</sup> *Moseley v. Elec. & Missile Facilities, Inc.*, 374 U.S. 167, 169 (1963).

Malheureusement, les cours civiles n'adoptent pas toujours la même attitude, en tout cas pour le dol. Dans un cas phare, *Republic of the Philippines v. Westinghouse Elec. Corp.*, 714 F.Supp. 1362 (D.N.J. 1989), les plaignants soutenaient que le contrat tout entier, y compris la clause d'arbitrage, avait été frauduleusement conclu à la suite d'une manœuvre de corruption. La cour a considéré jugeable cette demande car, même s'il y avait eu dol, cela aurait affecté le contrat tout entier et pas seulement la convention d'arbitrage. V. aussi *Cancanon v. Smith Barney, Harris, Upham & Co.*, 805 F.2d 998, 1000 (11th Cir. 1986), et *Chastain v. Robinson-Humphrey Co.*, 957 F.2d 851, 854 (11th Cir. 1992), où la cour du Eleventh Circuit a également retenu un moyen de dol même s'il ne se limitait pas à la convention d'arbitrage (La cour n'a pas finalement retenu le dol pour le contrat.)

principal peut aussi permettre d'expliquer pourquoi les cours civiles décident indépendamment si les différends découlant d'un article de loi précis, du genre lois antitrust ou boursières, peuvent être soumis à arbitrage plutôt qu'à l'institution judiciaire. Les cours décident effectivement toujours, avant l'arbitrage, si un litige particulier ou une cause d'action en justice est « arbitrable » dans le sens particulier de ce terme et peuvent, dans certains cas précis, dire que « les contraintes juridiques extérieures à l'accord des parties interdisent l'arbitrage de ces plaintes ». <sup>14</sup> Néanmoins, ce type de questions, lorsqu'elles sont soulevées devant la cour, doit être tranché en priorité par elle, puisqu'une fois encore, elles relèvent spécifiquement de la clause d'arbitrage plutôt que du contrat sous-jacent. <sup>15</sup>

Bien que la *Federal Arbitration Act* ne traite pas expressément du problème de la séparabilité, les cours américaines ont largement adopté cette doctrine. <sup>16</sup> Le grand arrêt américain est *Prima Paint v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, <sup>17</sup> où une partie s'opposait à l'arbitrage en disant que le contrat sous-jacent était nul car extorqué par tromperie. La *Supreme Court* a établi une distinction entre « la clause compromissoire elle-même » et « le contrat en général ». Une exception de dol portant sur le contrat sous-jacent ne mettrait pas nécessairement en cause l'existence ou la validité de la clause compromissoire et pourrait, et même devrait, être soumise à l'arbitrage. Le dol est arbitrable par essence. La *Supreme Court* s'en tient avec fermeté à cette distinction. <sup>18</sup> Et les autres tribunaux ont, évidemment, suivi le mouvement. <sup>19</sup>

14 *Walton v. Rose Mobile Homes LLC*, 298 F.3d 470, 473 (5th Cir. 2002); *Webb v. Investacorp, Inc.*, 89 F.3d 252, 258 (5th Cir. 1996).

15 La distinction sur laquelle est censée reposer la doctrine de la séparabilité peut être illustrée par référence aux exceptions de contrainte. Soutenir que la clause d'arbitrage a effectivement été conclue sous la contrainte sera en principe étudié par une cour avant l'arbitrage, tandis que dire que c'est le contrat tout entier qui a été conclu sous la contrainte sera probablement soumis à arbitrage.

16 La doctrine de séparabilité est également incluse expressément dans la plupart des réglementations d'arbitrage modernes. L'article 16(1) de la Loi type de la CNUDCI ne se contente pas de poser le principe, elle en tire expressément certaines conséquences. « Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. »

17 388 U.S. 395 (1967).

18 *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483, 491 n.8 (1987); *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 11 (1984); *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

L'arrêt de la *Supreme Court* dans *First Options*, *supra* note 7, qui fut prononcé à un stade ultérieur de nullité, reprend aussi la distinction. Pour la Cour américaine, la question de l'existence et de la validité de la clause compromissoire (questions que la *Supreme Court* a de façon ambiguë qualifiées de questions d'« arbitrabilité » relève a priori des cours. 514 U.S. p. 944.

19 Voir par ex., *Ferro Corp. v. Garrison Indus., Inc.*, 142 F.3d 926, 933 (6th Cir. 1998); *R.M. Perez & Assoc., Inc. v. Welch*, 960 F.2d 534, 538 (5th Cir. 1992).

L'affaire récemment portée devant la *Supreme Court* et touchant à la question de la séparabilité, *Buckeye Check Cashing v. Cardegna*,<sup>20</sup> s'est appuyée sur *Prima Paint* pour décider qu'il revenait aux arbitres et non à la cour de décider de la nullité pour illicéité d'un contrat conclu avec un consommateur. La cour américaine dans *Buckeye* a établi trois propositions essentielles. D'abord qu'une clause compromissoire peut être détachée du contrat principal, en raison des lois fédérales. Ensuite que le problème de la validité du contrat doit être étudié par l'arbitre en première instance, à moins que la contestation ne porte sur la convention d'arbitrage elle-même. Enfin, que cette approche vaut pour les tribunaux étatiques aussi bien que fédéraux. La Cour a refusé de distinguer entre contrats annulables et contrats nuls pour des raisons d'ordre public, rejetant comme irrecevable l'argument qu'un contrat illégal nul n'était pas autonome selon les lois de la Floride.<sup>21</sup>

Conformément à la doctrine de la séparabilité, les cours américaines sont traditionnellement assez enclines à régler les litiges sur la formation et la validité des clauses compromissoires, tout comme elles le seraient probablement en cas de contestation de toute autre convention.<sup>22</sup> « L'arbitrage », a souligné la Cour dans une affaire, « relève du contrat et on ne peut pas demander à une partie de soumettre à l'arbitrage un litige qu'il n'a pas accepté d'y soumettre ». <sup>23</sup> Et donc, « à moins que les parties n'en décident autrement clairement et sans erreur possible, savoir si les parties ont accepté l'arbitrage doit être décidé par le juge, pas par l'arbitre ». <sup>24</sup> En somme, « la politique fédérale en faveur de l'arbitrage ne s'applique pas quand il s'agit de déterminer l'existence d'une convention valide d'arbitrage entre les parties » ou « de déterminer qui est lié » par la clause compromissoire. <sup>25</sup> Au contraire, ce type de décision est prononcé suivant les « principes courants du droit des contrats ». <sup>26</sup> Reviendrait cependant au juge la question de l'existence ou de la validité du contrat principal dans son ensemble, si cette exception était effectivement soulevée.

En plus d'habiliter un tribunal arbitral à se prononcer sur l'existence et la validité du contrat dont elle fait partie, la doctrine de la séparabilité offre un

20 546 U.S. 440 (2006).

21 546 U.S. at 446.

22 Voir, à ce propos, ce que l'on a appelé la « Trilogie des sidérurgistes » de la *Supreme Court* en 1960 « Steelworkers Trilogy » : *United Steelworkers of America v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960) ; *Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960) ; et *Steelworkers v. Enter. Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

23 *Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. at 582 (1960).

24 *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U.S. 643, 649 (1986) (« la question de l'arbitrabilité – à savoir [une] convention crée-t-elle le devoir pour les parties d'arbitrer un différend particulier – relève indéniablement de la compétence judiciaire »). Dans le même sens, voir *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543, 546-547 (1964) (« le devoir d'arbitrer étant d'origine contractuelle, une soumission obligatoire à l'arbitrage ne peut pas précéder la détermination judiciaire que la... convention engendre en fait une telle obligation »).

25 *Fleetwood Enters. Inc. v. Gaskamp*, 280 F.3d 1069, 1073-74 (5th Cir. 2002).

26 *American Heritage Life Ins. Co. v. Lang*, 321 F.3d 533, 538 (5th Cir. 2003).

avantage collatéral. Logiquement, si le tribunal devait prononcer nul ou inapplicable le contrat sous-jacent, on pourrait considérer que cette position vicierait, *ipso facto*, la clause compromissoire du contrat, détruisant par là même – rétroactivement en un sens – l'autorité du tribunal à se prononcer. L'autonomie évite cet écueil.

Évidemment, tout n'est pas toujours aussi simple que le laisseraient penser les exemples ci-dessus. Tout d'abord, on peut se demander si une convention d'arbitrage très précisément rédigée inclut réellement une exception comme le dol (c'est le cas dans l'affaire *Prima Paint*). Sans doute une clause compromissoire pourrait-elle être limitée aux différends portant sur la rédaction des termes du contrat ou sur la rupture de contrat et non sur la manière dont il a été conclu. Néanmoins, dans *Prima Paint*, la *Supreme Court* a considéré que cette clause compromissoire-là – « toute controverse ou plainte naissant de ou liée à cet Accord ou à son inexécution » – était « facilement assez large » pour couvrir l'exception de dol. Et la plupart des cours invoquent en fait un principe général d'interprétation « pro-arbitrage » afin de faire rentrer les exceptions de l'accord sous-jacent telles que le dol dans leurs attributions.<sup>27</sup>

De toute façon, la séparabilité ne devrait être vue que comme une présomption puisque, en principe, rien n'empêche les parties de prévoir expressément que les différends portant sur le contrat principal, plutôt que spécifiquement sur la clause compromissoire, devront être tranchés par un juge et non par le tribunal arbitral. Une convention d'arbitrage peut, en termes exprès, exclure de l'obligation de recourir à l'arbitrage les litiges portant sur la validité ou la légalité du contrat sous-jacent. En fait, la *Supreme Court* dans *Prima Paint* a expressément admis que les parties pouvaient décider de retirer les exceptions de dol aux arbitres et les réserver à un prononcé judiciaire.<sup>28</sup>

Le problème inverse peut aussi se poser, à savoir si – nonobstant la doctrine de séparabilité – les parties peuvent valablement décider de soumettre la question de la validité de la clause compromissoire en tant que telle aux arbitres plutôt qu'aux juges. Il semble n'y avoir aucune raison de principe pour qu'il leur soit interdit de le faire, et des juges en ont décidé ainsi dans certains cas. Dans *L.S. Joseph Co., Inc. v. Michigan Sugar Co.*,<sup>29</sup> la cour a suggéré que les parties pouvaient, par accord exprès, habiliter l'arbitre à déterminer l'existence et la validité de la clause compromissoire elle-même. Leur intention de le faire peut même être déduite de la référence incluse dans la convention d'arbitrage à un ensemble de règles institutionnelles qui, à leur tour, donnent expressément aux arbitres l'autorité de juger de leur propre compétence.<sup>30</sup>

27 Voir par ex., *Peoples Sec. Life Ins. Co. v. Monumental Life Ins. Co.*, 867 F.2d 809, 813 (4th Cir. 1989).

28 388 U.S. at 406.

29 803 F.2d 399, 399 n.2 (8th Cir. 1986).

30 *Apollo Computer, Inc. v. Berg*, 886 F.2d 469, 473-74 (1st Cir. 1989).

## PERFECTIONNONS LA DOCTRINE DE SEPARABILITE

Nonobstant sa longévité et sa reconnaissance quasi universelle, la doctrine de séparabilité – en tout cas dans sa forme traditionnelle – est de plus en plus rejetée. Je conclus des exemples que je vais donner que la séparabilité en droit de l'arbitrage américain doit être vue, au mieux, comme un point de départ et absolument pas comme la fin de l'analyse. Énoncée dans les termes les plus généraux, elle pourrait même induire en erreur.

Prenons d'abord un cas où la partie qui refuse l'arbitrage soutient que l'autre partie a renoncé au droit d'arbitrage, ou en est empêché pour cause d'absence de notification, d'estoppel, délai préjudiciable ou prescription. C'est un argument qui porte davantage sur la clause compromissoire que sur le contrat en tant que tel ; dans cette mesure, une cour appliquant la doctrine traditionnelle de l'autonomie pourrait accepter de se prononcer. Pourtant, cette question est de celle qui, par sa nature, devrait raisonnablement revenir aux arbitres, puisqu'elle implique l'interprétation de la conduite des parties à propos du contrat invoqué. Les cours américaines esquivent régulièrement le problème en reprenant les termes d'une loi fédérale disant que « tout doute sur la portée des litiges arbitrables doit être tranché en faveur de l'arbitrage, que le problème tiende à l'interprétation des termes du contrat ou à l'invocation d'un renoncement, délai ou autre moyen opposé à l'arbitrabilité. »<sup>31</sup> Mais dans ce cas, l'effet brut est de traiter l'exception de renonciation, estoppel ou expiration de la période de prescription comme si elle visait le contrat dans son ensemble et donc de confier la décision aux arbitres.

Cependant le défi à la séparabilité traditionnelle est bien plus fondamental. Malgré les précédents contraires<sup>32</sup>, les cours américaines<sup>33</sup> et la doctrine<sup>34</sup> commencent à suggérer que la doctrine traditionnelle ne devrait s'appliquer que lorsqu'une partie conteste l'existence même (plutôt que la validité ou l'applicabilité) du contrat sous-jacent. Pourquoi les parties devraient-elles être contraintes d'aller devant un arbitre simplement parce que c'est le contrat entier, et pas seulement la clause compromissoire qui y figure, qui n'a jamais été conclu et n'existe pas ? Cette position est extrêmement forte et l'idée gagne du terrain que si la question soulevée porte gravement atteinte non à la *validité* ou à l'*applicabilité* du contrat principal, mais à la *formation* ou à l'*existence* de cet accord, alors les juges devraient se prononcer plutôt que de laisser le tribunal arbitral en décider. Selon cette opinion, l'inexistence de la clause

31 *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983).

32 Voir, par ex., *Teledyne, Inc. v. Kone Corp.*, 892 F.2d 1404, 1406 (9th Cir. 1989).

33 Voir, par ex., *Three Valleys Mun. Water Dist. v. E.F. Hutton & Co.*, 925 F.2d 1136, 1140 (9th Cir. 1991) ; *Fox v. Tanner*, 101 P.3d 939, 946 (Wyo. 2004).

34 Voir Alan Scott Rau, « Everything You Really Need to Know about "Separability" in Seventeen Simple Propositions », 14 *Am. Rev. Int'l Arb.* 1 (2203) ; Alan Scott Rau, "The Arbitrability Question Itself," 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 287 (1999) ; Michelle St. Germain, « The Arbitrability of Arbitrability », 2005 *J. Disp. Resol.* 523 (2005) ; Jonathan M. Strang, *supra* note 1.

compromissoire et l'inexistence du contrat sous-jacent ne devraient pas être traitées très différemment l'une de l'autre.

Admettant, dans cette optique, qu'une partie puisse contester devant la cour, avant l'arbitrage, l'existence de la convention principale, la question se pose de ce qu'« existence » veut dire. Un contrat ne semble pas devoir « exister » en l'absence d'une réunion de pensée. Il faudra alors bien évidemment savoir si une proposition de contrat contenant une clause d'arbitrage a été acceptée par le destinataire. Pas plus qu'il ne semble « exister » s'il s'agit d'un faux. Mais cela inclut-il également la question de savoir si l'acceptation de contracter a été viciée par la contrainte ou si la convention sous-jacente a été obtenue par dol ? Ce type de problèmes peut traditionnellement être considéré comme portant sur l'*applicabilité* (dans ce cas, c'est franchement le rôle des arbitres, une fois déterminé que le contrat principal existe par ailleurs), mais on pourrait tout aussi bien les voir comme portant sur l'*existence* du contrat (dans ce cas, suivant cette opinion, c'est bien un juge qui devrait étudier la question et se prononcer).

Dans l'affaire *Buckeye*, la *Supreme Court* a décidé qu'il revenait aux arbitres de décider de l'exception d'inapplicabilité du contrat sous-jacent pour cause d'usure. Mais sans aller même jusqu'au *dictum*, la Cour américaine a délibérément laissé ouverte la question de savoir si une cour devrait néanmoins être prête à prononcer au seuil du procès que le contrat sous-jacent est un faux.<sup>35</sup> La Haute Cour suggère peut-être qu'un faux contrat peut être un contrat qui n'existe pas réellement et que, si tel est l'argument, il relève plutôt du juge que de l'arbitre.

Bien que l'arrêt majeur de la *Supreme Court* dans *First Options of Chicago v. Kaplan*<sup>36</sup> ait donné naissance à des interprétations extrêmement variées, selon moi, elle vient appuyer l'évolution que j'ai identifiée. Elle y établit la présomption que savoir si les parties ont accepté l'arbitrage revient au juge plutôt qu'aux arbitres (même si cette supposition peut être renversée par une expression claire et nette désignant les arbitres comme compétents pour rendre cette décision). En rédigeant ainsi, la Cour n'a *pas* nettement distingué entre d'une part le cas où une partie conteste avoir conclu une convention d'arbitrage et d'autre part celui où elle conteste avoir conclu le contrat contenant la clause compromissoire.<sup>37</sup> Ceci suggère que la Cour considérerait *à la fois* l'existence de la clause compromissoire *et* l'existence du contrat sous-jacent comme essentielles à l'obligation d'arbitrage. Selon ce point de vue, la doctrine de la séparabilité ne devrait pas empêcher un juge, présomptivement en tout cas, de décider dès le départ non seulement si la clause compromissoire était

35 546 U.S. 440, 444, n. 1 (« Le problème de la validité du contrat n'est pas le même que de savoir si créancier et obligé ont jamais conclu un accord. Notre opinion aujourd'hui ne concerne que le premier cas et ne répond pas à la question tranchée dans les cas... où c'est aux juges de décider si le supposé obligé a jamais signé le contrat, si le signataire n'avait pas la capacité de s'engager et si le signataire n'avait pas la capacité mentale d'accepter. »)

36 514 U.S. 938 (1995).

37 *Id.* en 942-45.

formée entre les parties, mais aussi si le contrat la contenant était conclu entre elles.

### PROBLEME LIMINAIRE ET NON LIMINAIRE

Une récente trilogie d'arrêts de la *Supreme Court* a encore miné le sens traditionnel de la séparabilité. Dans ces affaires, la Cour a tranché un certain nombre d'exceptions de compétence en faveur des arbitres, même si les contestations portaient davantage sur la clause compromissoire que sur le contrat lui-même. En conséquence, suivant le raisonnement traditionnel de la séparabilité, il aurait fallu faire appel à un tribunal pour répondre à ces contestations. Cependant la Cour américaine est arrivée à un autre résultat au motif que les questions spécifiquement en jeu n'étaient pas, par nature, liminaires (*gateway*) et qu'on pouvait, et même on devait les confier, aux arbitres.

Dans *Howsam v. Dean Witter Reynolds, 38 Inc.*, par exemple, la *Court* a souligné qu'un tribunal civil ne devrait intervenir qu'autant que la question en jeu est de celles que les parties se seraient probablement attendues à le voir décider comme matière liminaire.<sup>39</sup> Celles-ci n'incluent pas les difficultés « de «procédure» qui naissent du différend et influent sur sa disposition finale ». Dans *Howsam*, l'investisseur soutenait que savoir si l'arbitrage de sa plainte contre son agent de change était prescrit selon le *National Association of Securities Dealers* (NASD) devait être tranché par l'arbitre, alors que l'agent de change soutenait que cela soulevait une exception d'arbitrabilité revenant à un juge. La *Supreme Court* a défendu que la prescription n'était pas une question d'arbitrabilité essentielle requérant l'intervention du juge. Elle n'impliquait pas non plus la nécessité de chercher une convention d'arbitrage liant habituellement les parties. Il s'agissait donc *a priori* d'une affaire pour les arbitres. De plus, on pouvait raisonnablement supposer que les parties voulaient que l'arbitre, comparativement plus expert en matière d'« arbitrabilité procédurale » et donc mieux placé pour déterminer le sens de la règle de la prescription, interprète et applique la règle. Il est certain que l'on n'aurait pas pu prévoir ce résultat en faisant uniquement référence au raisonnement de la séparabilité.

De même, dans *Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle*,<sup>40</sup> un prêteur soutenait que la convention d'arbitrage du contrat de prêt n'autorisait pas l'« arbitrage collectif » (*class arbitration*), comme le demandaient les plaignants. Quatre juges ont considéré que de savoir si la clause compromissoire interdisait l'arbitrage collectif était au fond une question d'interprétation du contrat et

38 537 U.S. 79, 79 (2002).

39 Selon la *Cour* dans *Howsam*, un différend liminaire est « une circonstance définie où les parties contractantes auraient probablement espéré qu'un tribunal décide de... l'affaire, où ils n'ont probablement pas pensé être d'accord pour qu'un arbitre le fasse et par conséquent, où référer le différend liminaire au tribunal évite le risque de contraindre les parties à faire arbitrer une affaire qu'ils n'ont peut-être pas eu envie de faire arbitrer. » *Id.* en 83-84.

40 539 U.S. 444 (2003).

revenait donc à l'arbitre. Par conséquent, l'arbitrage pouvait continuer sur la base d'un arbitrage collectif si les arbitres pensaient que telle était l'intention des parties, ce qui était de leur ressort.

Tout aussi surprenante : *PacificCare Health Sys. v. Book*<sup>41</sup> où la cour de premier degré a conclu que les médecins plaignants risquaient de ne pas obtenir convenable réparation devant un tribunal arbitral pour leurs allégations de violation statutaire car certaines clauses des conventions d'arbitrage de dommages-intérêts punitifs excluaient l'attribution de dommages-intérêts triples comme indiqué dans le *Racketeering-Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO). La *Supreme Court* n'a pas trouvé évident que la clause de la convention d'arbitrage excluant tout dommage-intérêt punitif puisse être utilisée pour exclure les dommages statutaires triples. Ignorant en partie comment les arbitres allaient analyser cette restriction, la *Court* a évité de décider si elle devait être appréciée comme rendant la clause d'arbitrage inapplicable et préféré choisir de contraindre à l'arbitrage.

## CONCLUSION

Personne ne peut contester le rôle joué par des notions telles que « compétence-compétence » et séparabilité pour départager le rôle des cours civiles et des arbitres en matière de compétence arbitrale. Ces principes planent – et c'est très bien ainsi – au-dessus de tous les systèmes modernes de loi arbitrale internationale, y compris aux États-Unis. Néanmoins, l'expérience comme la réflexion nous indiquent que ces deux idées demandent à être affinées.

Pour la « compétence-compétence », la pratique comme les principes suggèrent que la doctrine prend des proportions différentes selon que le litige est porté devant une cour avant l'arbitrage ou si les arbitres ont déjà été saisis. Les arbitres donnent, avec raison, un sens large à compétence-compétence. Cela n'aurait pas grand sens pour eux de se confiner, dans la mesure où c'est l'exercice de la compétence arbitrale qui est en jeu, à interpréter la clause d'arbitrage (et donc à déterminer si un différend précis tombe sous sa coupe). Les arbitres devraient aussi, si la question est soulevée, examiner si leur autorité est compromise par l'inexistence, la nullité ou la non-applicabilité soit de la clause compromissoire, soit du contrat qui la contient.

Devant une cour, cependant, il faut interpréter compétence-compétence de manière plus restrictive. Bien compris, ce principe invite les cours à accorder aux arbitres une grande latitude pour déterminer le sens de la clause compromissoire et pour savoir si la clause couvre le litige en cours. Mais il n'est pas possible de l'invoquer devant le juge de façon si ample que cela laisserait catégoriquement aux arbitres toutes les exceptions d'existence et de validité de la clause compromissoire et du contrat. Une fois les parties devant le juge et la question de la compétence soulevée, la cour leur doit de faire au moins

<sup>41</sup> 538 U.S. 401 (2003).

quelques déterminations liminaires. C'est exactement la fonction de tri qu'on attend de la séparabilité.

Mais l'à-propos de la doctrine de séparabilité, telle qu'on la comprend habituellement, est également discutable, c'est le moins qu'on puisse dire. La jurisprudence récente indique que bien des cas – comme la renonciation, la notification, l'estoppel ou la prescription – quand la distinction entre l'inexistence ou la nullité de la clause compromissoire, d'une part, et l'inexistence ou la nullité du contrat lui-même, de l'autre, n'offrent pas nécessairement de bonnes solutions ou ne permettent pas de prévoir des résultats efficaces. Plus fondamentalement, en logique comme en politique, on est en droit de douter que quoique ce soit puisse dépendre d'une convention d'arbitrage ou du contrat principal dont on affirme qu'ils n'ont pas été formés ou n'existent pas pour toute raison. La note de la *Supreme Court* dans *Buckeye* est l'indication la plus récente du trouble ressenti à juste titre lorsqu'une cour renvoie une affaire devant les arbitres, nonobstant l'affirmation, exacte, que la convention d'arbitrage était un faux ou n'était pas née pour toute autre raison.

Cette évolution est également évidente dans la trilogie des arrêts de la *Supreme Court* qui distingue entre points liminaires et non liminaires. Ces affaires suggèrent qu'une plainte devrait souvent être soumise à l'arbitrage même si elle a davantage en commun avec la clause compromissoire en tant que telle qu'avec le contrat dans laquelle elle se trouve, nonobstant la vision traditionnelle de l'autonomie.

On peut regretter que compétence-compétence et séparabilité n'aient plus la haute main pour déterminer la compétence arbitrale lorsque les exceptions sont soulevées devant le juge avant l'arbitrage. Cependant ce regret est mal fondé si ces récents changements ont pour résultat d'attribuer l'autorité de façon plus logique et de mieux servir les intérêts politiques concernés. En fait, même si les cours civiles étudiant des exceptions d'incompétence font des démarcations moins franches, ce ne sera pas cher payé. Dans la plupart des cas, les motions obligeant à l'arbitrage ou renvoyant les parties devant les arbitres finiront de toute façon devant le juge, puisque l'une des parties préfère un traitement judiciaire plutôt qu'arbitral<sup>42</sup>. Inviter les cours à scruter plus attentivement la compétence arbitrale à ce stade ne va pas foncièrement compliquer ou rallonger le litige, mais peut permettre une meilleure répartition d'autorité entre cours et arbitres pour déterminer l'existence et l'étendue de la compétence arbitrale.

gbermann@law.columbia.edu

42 Voir John J. Barcelo III, *supra*.