

FORME ET FOND DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

PIERRE LALIVE

A en croire une certaine « sagesse populaire » ou les préjugés qui influencent souvent, à leur insu, praticiens de l'arbitrage et les juristes en général, la forme et le fond du droit seraient à l'évidence des notions non seulement bien distinctes mais encore opposées, et les questions qu'elles soulèvent relèveraient de domaines étrangers l'un à l'autre.

Erreur ou vérité ? Ce n'est pas ici le lieu d'en décider et l'on se contentera de postuler que l'idée ou le cliché en cause, accepté sans nuance ni esprit critique, peut avoir des conséquences dommageables en divers secteurs de la pratique arbitrale. C'est ce qui nous paraît permettre le choix, parmi une majorité de sujets de technique procédurale, d'un thème aussi « théorique », sinon insolite, dans un recueil d'hommages à notre ami Serge Lazareff qui, au demeurant, est loin de limiter ses horizons à pareille technique – on y reviendra en conclusion.

I.

Un premier exemple nous est fourni par le choix des thèmes retenus par les organisateurs des innombrables colloques, conférences et séminaires qui ont lieu de par le monde chaque semaine pour ne pas dire chaque jour. Que révèlent la majorité de ces choix ? Que les préoccupations de leurs auteurs – comme les thèmes des multiples commentaires, articles, notes, etc. qui prolifèrent dans les revues – ne vont guère à l'analyse des questions de fond posées par le règlement des litiges du commercial international et au droit (ou aux droits) applicable(s) mais beaucoup plus aux expériences pratiques, à la technique et à la procédure de ce que l'on pourrait appeler le commerce de l'arbitrage¹. Au point qu'il est malaisé d'éviter le sentiment que la « communauté arbitrale » en général, dans sa majorité, s'intéresse de moins en moins au fond des choses (et à ce qu'Emmanuel Gaillard nomme les « *Aspects philosophiques de l'arbitrage international* »²) pour

¹ V. P. Lalive, "Sur une "Commercialisation" de l'Arbitrage International", *Liber Amicorum* Claude Reymond, 2004, p. 167 ss.

² V. Emmanuel Gaillard, "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

privilégier les questions de forme et de procédure³, et leurs incidences financières.

Forme ou Fond ? L'intérêt des praticiens s'attache-t-il aujourd'hui, non aux deux domaines ou à leurs rapports, mais principalement au premier d'entre eux ? Si la question se pose, et mérite de l'être, c'est qu'elle revêt une importante dimension culturelle, qui est liée au rôle essentiel, dans l'arbitrage international, de la méthode comparative ou comparatiste (indispensable en droit international privé) et donc à la nécessité d'un « dialogue interculturel » dans la société d'aujourd'hui et de demain.⁴

Or ce dialogue, dans lequel l'arbitrage international a joué et devrait continuer à jouer un rôle éminent, implique la question des langues, ce qui fait aussitôt penser à la prédominance croissante de l'anglais, et à l'influence décroissante des autres langues. Cet exemple nous offre un instructif terrain de réflexion, notamment, sur les rapports de la forme, de la rédaction, du langage d'une part avec, de l'autre, le fond du droit et des litiges, soit le sens, le signifié, la pensée.

L'utilisation croissante et générale de l'anglo-américain nuit au « dialogue international » cité plus haut en le remplaçant par un monologue de la langue dominante d'où, selon maints observateurs, une « américanisation » de l'arbitrage international, accentuée par la conquête de son marché par les firmes de « *litigators US* ». ⁵

On ne saurait nier ici le caractère positif de l'influence, sur les praticiens européens par exemple, d'une meilleure connaissance du droit et des méthodes des juristes américains.⁶ Cependant, avec ce mouvement à sens unique – comme celui de l'éducation généreusement offerte par les Universités américaines à tant de jeunes (futurs) praticiens étrangers – on ne peut guère voir la réalisation, fût-elle partielle, du « dialogue interculturel » indispensable à la communauté internationale – comme l'ont bien vu MM. E. Wyler et A. Papaux.⁷

Mais revenons à la question de la langue. Prenons le cas – très réel – d'un litige international né de l'inexécution prétendue d'un contrat entre deux sociétés de pays tous deux appartenant à un système civiliste (l'une latino-américaine, l'autre du continent européen). Le contrat prévoit l'application du droit suisse mais a été rédigé en langue anglaise (peut-être par des juristes d'une autre langue maternelle). L'arbitrage se déroule dans un pays tiers devant trois arbitres de

³ On pourra certes discuter l'assimilation, implicite ici par commodité et "brevitatis causa", entre "procédure arbitrale et forme": une analogie étroite demeure cependant justifiée aux fins et au sens du présent article.

⁴ Sur cette nécessité, et la quête d'une "Justice universelle", lire l'intéressante étude de MM. Eric Wyler et Alain Papaux, dans *"Towards World Constitutionalism (Issues in the Legal Ordering of the World Community"*, ed. M. Nijhoff, 2005, pp. 273-302, p. ex. pp. 276, 285).

⁵ Voir à ce sujet Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *"Dealing in Virtue"*, University of Chicago Press, 1996.

⁶ A ce sujet, v. G. van Hecke, *"A Civilian Looks at the Common Law Lawyer"*, in Parker School, Columbia University Symposium of 1961, pp. 5-13.

⁷ v. *supra* Note 4. Les auteurs considèrent comme une condition de ce dialogue la reconnaissance de l'autre, de l'"Otherness". Ils évoquent ainsi l'échec de la politique américaine, après la chute du Mur de Berlin et du communisme, tendant à imposer unilatéralement, par exemple, sa vision idéologique des droits de l'homme.

nationalités différentes, et tierces, dont il se peut fort bien qu'aucun ne domine parfaitement l'anglais.⁸

Il arrive et il est arrivé que tant les arbitres que les avocats soient de même langue (par exemple française, allemande, etc.). Mais ils devront utiliser *in casu* la langue prévue par la clause arbitrale, soit ici l'anglais.⁹ En réalité, il n'est ainsi pas improbable que la sentence arbitrale se trouve ainsi rédigée, fût-ce avec le concours d'interprètes, dans une langue « *sui generis* » qui a pu être décrite par d'astucieux commentateurs comme étant « *de l'Américain d'aéroport* » ou même, à notre époque de globalisation, du « *globish* » plutôt que de l'English !¹⁰

Le recours par l'arbitre au traducteur le plus expérimenté, lors de la rédaction de la sentence, n'exclut pas tout risque de discordances entre la pensée et la forme. Point besoin de rappeler l'ancien dicton « *Traduttore, traditore !* » pour devenir conscient de ce phénomène archi-connu – dont suffit à témoigner l'exemple de la pluralité des traductions d'un même texte littéraire et de leur comparaison¹¹.

Or, en matière juridique, la rédaction (et donc la traduction) et ses nuances ont à l'évidence une tout autre portée que dans le domaine littéraire. Un mot pour un autre a ou peut avoir d'importants effets sur le sort et les intérêts des parties en litige, ce que l'Arbitre international ne saurait ni ignorer ni sous-estimer. Il assume *ex officio* la responsabilité du choix des termes, choix qu'il ne peut déléguer à un traducteur, à un interprète ou à un collaborateur quelconque – on va y revenir.

Un exemple tiré de la pratique arbitrale internationale nous revient ici en mémoire. Naguère, dans un important litige international, se posait le problème délicat de l'existence ou de la survie d'une personne morale se prétendant partie à la procédure, position niée par la partie adverse ; d'où de multiples incidents et contestations de procédure. Dans une ordonnance visant à trancher l'un d'eux, le président suisse du tribunal arbitral (croyant maîtriser sans le secours de personne les secrets de la langue anglaise) assimila ou confondit les deux expressions « *no more* » et « *no longer* », en statuant ainsi sans le vouloir que la pseudo-partie avait eu dans le passé la qualité pour agir ou défendre, si elle en était privée dorénavant. L'imbroglio créé par cette rédaction devait avoir pour conséquences une prolongation de plusieurs mois de la procédure arbitrale et « *eventually* » la démission d'un président conscient d'être dépassé !

⁸ V. J.-F. Poudret, "L'Interprétation des Sentences arbitrales", in *Recueil de Travaux suisses*, 1984, p. 269.

⁹ Une langue qui, de toute façon, est moins simple à manier que l'imaginent bien des opérateurs du commerce international. A propos de l'interprétation, Lord Denning observe que "*the English language is not an instrument of mathematical precision*" ("*The Discipline of the Law*", 1979, p. 12).

¹⁰ Sur l'identité supposée de l'anglais et de l'américain, citons la remarque du professeur H.C. Gutteridge, in "*Comparative Law*", 2^e ed. 1993), "*A Similarity of Language often conceals a difference of ideas and so merely serves to create greater confusion*".

¹¹ Un exemple notoire est celui des traductions du célèbre poème d'Edgar A. Poe, "*The Raven*", soit par Baudelaire, soit par Mallarmé.

L'idée que fond et forme, pensée et expression soient étroitement liés, idée vieille comme le monde, en droit et en arbitrage comme ailleurs, n'a pas à être justifiée ici, même si elle semble négligée par trop de praticiens. Faut-il rappeler les célèbres vers :

« Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement Et les mots pour le dire arrivent aisément » ?

N'y a-t-il pas là, parmi les interprétations, une reconnaissance nette du lien entre fond et forme ? Et, pour poursuivre les interrogations précédentes, imagine-t-on Nicolas Boileau déléguer à un de ses assistants, sur instructions, la rédaction de tout ou partie de l'Art Poétique ?¹²

II.

Nous arrivons ainsi au deuxième exemple illustrant une singulière (et préoccupante) méconnaissance par des arbitres des rapports entre fond et forme – et ceci à propos d'une de leurs activités fondamentales, la décision et sa rédaction.

Ainsi que nous l'avons soutenu ailleurs¹³, « l'acte de juger ne se réalise vraiment qu'au moment et dans la rédaction de la décision » – forme et fond étant inséparables, si bien que la critique, souvent entendue selon laquelle certains arbitres sont « réputés ne pas rédiger eux-mêmes leurs décisions » nous paraissait « peu crédible a priori ». Le moment serait-il venu de renoncer à ce scepticisme ?

Lors d'un récent colloque londonien¹⁴ – coprésidé par Serge Lazareff et Julian Lew – une question fut posée à l'un des orateurs sur cette pratique de délégation du travail arbitral. Et nous avons été fort surpris, et déçu, d'entendre un arbitre genevois bien connu tenter de la justifier par l'idée, plus astucieuse que convaincante, d'un consentement implicite des parties à ce prétendu « usage » (ainsi que par l'idée d'une diminution des coûts).

Cette négation du principe de base qu'est celui de l'« *intuitus personae* » de l'arbitrage pourrait être admise en cas de consentement explicite des parties, mais elle n'est pas apte à convaincre par le sophisme d'un consentement présumé ou implicite des parties (ou de l'institution arbitrale). Alors que l'arbitrage repose sans conteste sur la confiance des parties¹⁵, faudra-t-il bientôt réviser l'adage connu « *tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* »¹⁶ et le remplacer par la formule

¹² Il est vrai que, à l'époque, la délégation à des collaborateurs était admise (explicitement) dans d'autres domaines, comme celui des Opéras de Lully.

¹³ In « *Dérives Arbitrales* » I, 23 Bull. ASA II/2005, p. 590.

¹⁴ de la School of International Arbitration de l'Université Queen Mary College de Londres.

¹⁵ C.f. P. Lalive, « *Le Choix de l'Arbitre* », in Mélanges Jacques Robert, 1998, p. 354.

¹⁶ Cité par exemple par Serge Lazareff, « *De la qualité des arbitres* », Cahiers de l'Arbitrage, vol. III, p. 2 – qui évoque aussi le cas de l'Arbitre ignorant la langue de l'arbitrage et/ou... le droit ! – Il est significatif que, au moment de quitter sa présidence, S. Lazareff ait choisi comme thème de la 30^e assemblée annuelle de l'Institut: « *Is arbitration only as good as the arbitrator ?* ».

Liber Amicorum Serge LAZAREFF

« *tant valent les assistants [de la boutique], tant vaut l'arbitrage* », formule qui présuppose, répétons-le, l'absence de pensée (au moins personnelle) du déléguant arbitre décideur, ou au moins une étrange séparation du fond et de la forme ? On songe ici à ce que disait Oscar Wilde: « *Un homme qui ne pense pas par lui-même ne pense pas du tout.* »

III.

Pour compléter les observations et exemples qui précèdent, il y a lieu de mentionner, en conclusion et à l'occasion de son départ, l'action du Président Serge Lazareff à la tête de l'Institut CCI du droit des affaires internationales – une action très loin de la vision étriquée qui tend à réduire aux formes procédurales recherche et formation dans le domaine de l'arbitrage. Ce n'est pas le moindre de ses mérites que d'avoir, en dirigeant l'Institut, toujours gardé à l'esprit, avec indépendance, sa nature et sa mission spécifiques et les liens étroits entre forme et fond. Ceci contre vents et marées, en dépit des obstacles et de l'incompréhension récurrente de certains qui, à l'intérieur de la CCI, n'ont toujours rien compris à cette spécificité et s'emploient à rogner ses moyens d'action pour transformer l'Institut en « centre de profit » ! Curieux paradoxe: loin de susciter quelque gratitude au sein de la grande institution qu'est ou devrait être la CCI, les membres du Conseil de l'Institut et son Président – qui lui apportent bénévolement leur concours, leur expérience et l'appui de leurs réputations – paraissent parfois plutôt inciter à la méfiance une administration ou une bureaucratie arbitrale aux horizons singulièrement bornés !

Serge Lazareff, lui, à l'Institut comme en ses autres activités, s'est efforcé de faire prévaloir, avec pleine raison, une vision globale unissant, et de façon comparative, fond et forme dans le droit du commerce international (et pas seulement dans celui de l'arbitrage). Qu'il en soit ici remercié !



en l'honneur de

Serge Lazareff

EDITIONS A. PEDONE
13 rue Soufflot - 75005 Paris

S. Lazareff