

DES AUTEURS, DES ARBITRES ET DES CITATIONS DANS LES SENTENCES : UNE FIGURE OBLIGÉE ?

Introduction

1. Certains sont arbitres avant que d'être auteurs. Ils connaissent les subtilités de la rédaction des sentences, ne citent que ce qui est nécessaire, parfois moins même : n'a-t-on pas vu un conseiller d'une grande institution arbitrale suggérer à l'auteur d'une sentence de compléter son texte, d'ailleurs impeccable, par « quelques citations qui appuieraient le point de vue exprimé par le Tribunal arbitral » ? Son expérience juridique s'inquiétait-elle devant les propos souverains de l'arbitre qui ne les avait pas appuyés d'une citation ? D'autres sont auteurs encore lorsqu'ils rédigent des sentences, et les pimentent ou les surchargent de citations. Pourquoi ?

Les arbitres citent les arrêts des Cours suprêmes ou parfois des autres juridictions du pays dont le droit est applicable. Ils citent quelquefois d'autres arbitres, dont les sentences emportent leur conviction. Enfin, comme tout le monde, les arbitres citent des auteurs, et ils semblent avoir à juste titre une prédilection pour ces grands auteurs qui ont attaché leur nom à des œuvres vivaces, éternelles, comme Black's Law Dictionary, Corbin on Contracts, ou Tercier on Obligations (Les Contrats spéciaux, la Partie générale, le nouveau Droit de la personnalité, la Responsabilité civile et le Tort moral)

2. Mais pourquoi cite-t-on ? Et peut-on se citer soi-même ? Concrètement, un arbitre qui rédige ou souscrit une sentence peut-il sans sourire se citer soi-même, par exemple à l'appui d'une règle de droit, ou pour montrer que la solution d'une sentence se rapproche – oh miracle ! – de la solution d'une autre sentence à laquelle il avait également

collaboré ? Et quelle sera l'utilité de la citation pour les lecteurs, qui sont peu nombreux lorsque la sentence n'est pas publiée ?

3. Ces graves problèmes de méthode sont, et pour cause, peu évoqués dans les publications sérieuses sur l'arbitrage. Il n'est pourtant pas dérisoire de les évoquer dans le cadre de ces Hommages à notre ami, que ses Editeurs veulent légers, voire plaisants. En réalité, la rédaction des sentences, sans être indifférente, ne paraît guère se prêter à des généralisations. La dernière grande victoire de la science arbitrale en ce domaine paraît avoir été l'admission de notes de bas de page dans les sentences de la Chambre de commerce internationale, une pratique bannie pendant des décennies. Or, lorsqu'on a vu que la Cour suprême des Etats-Unis s'autorisait des notes de bas de page, la Cour internationale d'arbitrage a eu l'élégance de lever l'interdit qui pesait sur ces notes, et qui était pesant pour les arbitres habitués à beaucoup citer. C'était ouvrir la boîte de Pandore : en tolérant des notes de bas de page, on libère la citation des limites naturelles que comportait l'exigence de citer entre parenthèses dans le texte. Sous peine de faire des arrêts aussi indigestes que certains arrêts du Tribunal fédéral suisse, comportant sur 40 lignes par page un quart de ces lignes, voire un tiers, vouées à des citations entre parenthèses (!), les arbitres ne mettaient comme citations entre parenthèses que ce qui était indispensable. Maintenant, les notes de bas de page dégagent le texte principal, le rendent lisible, et peuvent d'ailleurs enfler sans retenue en raison de leurs petits caractères typographiques. La perplexité du rédacteur croît : que faut-il citer ? Qui faut-il citer ? Se citer soi-même ? Dans ce dernier cas, s'expose-t-on à la raillerie contenue, aux sourires apitoyés des lecteurs (« il n'avait pas d'autre appui pour cette idée, il s'est donc cité lui-même » ; ou plus perfide : « une fois de plus » ou [cruel] « une fois n'est pas coutume, il est d'accord avec ce qu'il a écrit »). Ces états d'âme sont, à vrai dire, rarement durables dans une profession qui, comme l'ensemble de l'économie suisse, s'est habituée à délivrer des sentences « just in time » et le temps des perplexités est mieux employé à vérifier les mémoires, les déclarations de témoins et les pièces qu'à pondérer les beautés des citations dans des sentences internationales qui s'envolent par exemple vers le Royaume de Tonga. Il fallait l'heureux événement qu'on fêtera le 8 avril 2003 pour prendre le temps de

s'intéresser à ce qui serait un excellent sujet de séminaire dans un cours pour jeunes arbitres.

4. Faut-il encore le préciser ? Les citations des œuvres standards n'entrent guère dans le champ de ces observations. Parce qu'elles sont standards, ces œuvres répondent aux questions que des praticiens se posent, et elles y répondent d'une façon qui est devenue généralement acceptée. On ne voit pas pourquoi le Tribunal arbitral qui suit l'opinion d'une œuvre standard devrait omettre d'en citer la source pour le motif que l'auteur de l'œuvre fait partie du Tribunal.
5. Que si le Tribunal arbitral ne partage pas l'avis de l'auteur d'une œuvre standard, le choix est simple :
 - a) le Tribunal arbitral a tort, et/ou
 - b) l'auteur arbitre dans ce Tribunal écrit une opinion dissidente qui réaffirme son point de vue. Ainsi, le débat ne sera pas « escamoté »¹.
6. Mais quel est donc le rôle d'une citation dans une sentence ?

I. ROLE DE LA CITATION EN GENERAL

7. L'ouvrage standard sur la rédaction juridique nous apprend qu' « aucune affirmation ne doit être faite sans être justifiée par des preuves ou des appuis » ... « une affirmation est appuyée lorsqu'elle est complétée par la référence à des sources ou des autorités qui en confirment le contenu »².
8. D'ailleurs, « en raison de l'importance des sources primaires et secondaires, tout auteur utilise largement des textes rédigés par d'autres. L'honnêteté scientifique et le respect des droits de la propriété intellectuelle postulent que l'on y fasse une claire référence dans

¹ J.F. Poudret, S. Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich, 2002, n° 754 avec citations (!)

² P. Tercier, La recherche et la rédaction juridique, 2^{ème} éd. Fribourg 1995, n° 794.

l'appareil critique »³. Enfin « s'il s'agit d'une affirmation subtile que l'on entend approfondir, les renvois doivent être aussi complets que possible »⁴.

II. ROLE DE LA CITATION DANS LES SENTENCES ARBITRALES

9. Les citations et références jouent dans les sentences un rôle semblable à celui qu'on leur attribue dans les autres textes juridiques : elles convainquent (a), elles objectivent (b), elles assomment (c).

a) Pouvoir de conviction

10. Le Tribunal arbitral peut être tenu de respecter la jurisprudence d'une Cour suprême ou d'une autre juridiction du pays dont le droit est déclaré applicable. L'un des meilleurs motifs de le faire est que cette jurisprudence fixe le droit voulu par les parties ou jugé applicable en l'espèce. Un autre motif est que la sentence peut se retrouver en examen devant cette juridiction, soit sur appel, soit pendant l'exequatur.
11. Quand le Tribunal arbitral cite des auteurs, cependant, c'est pour leur force de conviction. Ces auteurs font autorité, et certains le font de leur vivant déjà. On peut même se demander si, en raison de l'évolution du droit et de la société, les auteurs de jadis font encore autorité. Les décisions de justice anglo-américaines citent moins la doctrine contemporaine que les tribunaux continentaux, mais les arbitres ne sont pas tenus par les traditions nationales. On en déduira que, dans les sentences, il vaut mieux citer des arbitres vivants que des auteurs de naguère.
12. L'autorité peut provenir des qualités de l'ouvrage cité, et c'est le cas des ouvrages standards. Elle peut aussi découler du fait que l'ouvrage est le premier à aborder un certain thème ou à soutenir l'opinion qui a convaincu le Tribunal arbitral. Il est heureux de le citer dans les deux cas.

³ Standard, n° 907 (cit. omises).

⁴ N° 951.

13. Citer un ouvrage judicieusement permet également de raccourcir l'exposé du droit. Les développements et les exceptions ressortant de la littérature, on se concentrera sur l'essentiel dans la sentence. Cette utilité du raccourcissement est la seule raison de se citer soi-même. Chaque idée exprimée naguère et citée n'est que la minuscule pierre de la belle mosaïque que constitue une pensée juridique systématique.

b) Objectivation

14. La citation allège le débat en renforçant la position des arbitres : « *Vous le voyez, nous ne sommes pas les seuls de cet avis* ». Substituant à une décision qui dans sa solitude pourrait sembler erratique et subjective une opinion généralement acceptée, la citation dépersonnalise le débat. Elle fait partie du masque que la pratique judiciaire ou arbitrale surimpose aux traits individuels du décideur, comme l'emploi du mode passif ou l'usage du jargon favorisent l'effacement du moi, encore plus haïssable, des juristes.
15. Pourtant, l'objectivation connaît nécessairement des limites lorsque les parties ont choisi leurs arbitres. C'est d'habitude en fonction de leur expérience, de leur réputation et de leur personnalité qu'elles les désignent, contrairement aux juges ordinaires que les parties ont choisis tout au plus indirectement, grâce à une prorogation du for. Les citations sont donc beaucoup moins répandues dans les sentences que dans les arrêts. On aurait tort de renverser cette tendance et d'insister en général sur un complètement des sentences dépourvues de références aux auteurs. Si les arbitres veulent montrer qu'ils pensent comme d'autres, ils peuvent le faire, afin d'emporter l'adhésion de celles et ceux qui liront leur sentence. S'ils considèrent en revanche que les parties les ont investis de leur mission en se fondant entre autres sur leur connaissance du droit et des affaires, que gagneront leurs explications à s'appuyer sur les références d'autres auteurs ?
16. C'est ici qu'intervient la notion de l'ouvrage **standard**. L'auteur d'un tel ouvrage a obtenu l'adhésion de larges milieux juridiques, probablement parce qu'il avait l'expérience du droit et des affaires. Dès lors, les arbitres peuvent le citer dans la perspective d'un renforcement de leur opinion du fait qu'elle est corroborée par un grand auteur. Et s'il s'agit d'une question souvent rencontrée dans les arbitrages internationaux,

en citant l'auteur de l'ouvrage standard, le rédacteur de la sentence serait tenté d'ajouter après le nom de l'auteur : « qui est lui-même averti des questions relatives à l'arbitrage ».

17. En revanche, les autres citations d'auteur seront faites avec parcimonie. Comme l'écrivait Hans Merz, mieux vaut cinq citations mûrement réfléchies que 12'000 citations rassemblées par une machine⁵.

c) Assommer

18. On peut assommer des lecteurs ou des doutes. C'est à assommer des doutes que servent la plupart des citations dans les sentences, et c'est ce qui les rend ambiguës : vouloir étouffer le doute pourrait susciter l'impression que le doute est justifié. La prudence conduit alors à éviter les développements juridiques nécessitant trop d'appui dans la littérature. Or, le discours juridique veut obtenir l'adhésion, il veut convaincre ; il faut donc éviter les doutes autant que possible. Les citations d'ouvrages standard sont précieuses, sous cet angle aussi. Pourtant, une meilleure compréhension de la fonction arbitrale pourrait conduire à mettre en valeur le doute systématique comme instrument d'une décision éclairée⁶.

III. CITATION ET DECISION

19. Assurément, l'arbitre – comme l'auteur d'un ouvrage standard – est un **décideur**. C'est pour cela qu'il siège dans un organe de décision, le Tribunal arbitral. Pour le même motif, la sagesse lui commande de ne décider que ce qui est nécessaire à la solution du cas d'espèce. En principe, les sentences ne sont pas destinées à former un corps de droit, une source de règles juridiques. La liberté de l'arbitre par rapport aux considérations de politique juridique générale explique qu'il n'ait pas à enseigner le droit ainsi qu'une Cour suprême peut devoir le faire dans ses arrêts publiés, comme c'est le cas au pays de

⁵ Observations du Prof. Merz au Congrès de Davos de la Société Suisse des Juristes en 1972 in *Revue de Droit Suisse* 1972, II, p. 527 : « Was ich mir aus meiner juristischen Sicht, also für wissenschaftliche Arbeiten wünsche, das sind nicht 50 oder 100 Literaturzitate zu einer einzigen Textstelle, und das ist auch nicht das heute erwähnte Werk mit 12000 Literaturhinweisen, sondern das ist 5 oder 8 oder 10 gewertete Zitate, von denen ich weiss, dass der Autor sie selber gelesen, gewürdigt und der Aufnahme würdig befunden hat ».

⁶ Cf. H. Leclerc, *Le doute, devoir du juge* in *Le droit et le doute*, éd. F. Terré, Paris, Dalloz 1994, pp. 49 ss.

Pestalozzi par exemple. Cependant, le motif principal de la retenue arbitrale réside sans doute dans la conscience aiguë qu'un autre arbitrage se présentera peut-être dans le futur avec des circonstances semblables. Ce serait alors faire pauvre justice aux parties de cette seconde cause si l'arbitre suivait simplement sa décision antérieure. Quant à l'exercice qui consiste à distinguer entre les circonstances du cas d'espèce pour appliquer la même règle avec un résultat différent, il est quelquefois nécessaire. Le plus élégant est toutefois de prévoir dans la première sentence les limites d'application de la solution juridique retenue dans les termes les plus stricts ; ainsi restreinte, la première solution ne pourra pas être invoquée avec un succès assuré dans un autre arbitrage – soit qu'elle ait été publiée, soit qu'une indiscretion ait fait connaître la position de l'arbitre, soit enfin qu'un même bureau d'avocats ait comparu dans les deux causes.

20. A son tour, cette liberté de l'arbitre évitera qu'il ne se transforme en arbitre attiré de telle partie dans telle situation, ce qui serait contraire à son indépendance⁷. Si l'on tient au développement de l'arbitrage international, il convient surtout d'éviter que se développe un ensemble d'arbitres pro-demandeurs et d'autres pro-défendeurs, comme le Barreau américain donne l'exemple de conseils spécialisés dans l'attaque ou la défense.

CONCLUSION

21. A cet égard, la position de l'arbitre qui est aussi l'auteur d'œuvres standards devrait rassurer les parties. Parce que ses écrits ont acquis ce rang, il ne court pas le risque de sombrer dans la partialité ; c'est son impartialité, sa sûreté de jugement qui l'ont conduit à être un auteur standard. Peut-être l'un ou l'autre conseil anglo-saxon sera-t-il insatisfait d'apprendre que l'auteur n'est régulièrement ni d'un côté ni de l'autre, mais un jour de l'un, le suivant de l'autre ; mais les juristes européens y verront la marque d'un individu réellement en dessus de la mêlée, d'un esprit libre !

* * *

⁷ Voir une décision STPIF c. SB Ballestero, Cour appel Paris (1^{ère} Ch. civ.), 16 mai 2002, Gaz. Pal. 20/21 déc. 2002, p. 8 (série d'arrêts réunis par A. Mourre et P. Pédone).