

COMPTE RENDU « WAKE UP [WITH] ARBITRATION » :
« Les arbitres et les conseils parlent-ils la même langue ? »

Le 1er juillet dernier, s'est tenue dans les locaux du cabinet K&L Gates une nouvelle édition des petits déjeuners « Wake up (with) Arbitration ! ». Béatrice Castellane et Eric Teynier ont débattu sur le thème « Les arbitres et les conseils, parlent-ils la même langue ? », chacun plaidant pour l'une ou l'autre position, à la demande des organisatrices.



Dans un premier temps, la position affirmative, « *oui, les arbitres et les conseils parlent la même langue* », a été débattue.

En effet, généralement arbitres et conseils la même langue, car les parties se sont très souvent accordées sur la langue de l'arbitrage et ont donc choisi leurs arbitres en conséquence. Dans l'hypothèse où la langue de l'arbitrage n'est pas déterminée, ce sera alors aux arbitres de décider de la langue qui convient pour que les parties puissent s'exprimer sur leurs positions. *In fine*, arbitres et conseils parlent donc la même langue.

De plus, arbitres et conseils parlent la même langue car, même s'ils viennent de cultures juridiques différentes, ils prennent généralement le soin de prévenir tout risque d'incompréhension en définissant clairement les termes utilisés dans la procédure s'assurant ainsi que les notions et concepts juridiques soient bien compris de tous. Cela peut être le cas, par exemple, pour la notion de "témoin" : dans les pays anglo-saxons, toute partie peut être témoin, ce qui inclut la partie elle-même, ce qui n'était pas concevable en France il y a encore peu de temps. Par ailleurs, très souvent, arbitres et conseils connaissent plusieurs cultures juridiques ou y sont à tout le moins sensibles si bien que les risques d'incompréhension sont réduits.

Enfin, l'arbitre, par essence, est choisi par les parties. S'il dialogue de façon constructive avec les conseils, il parlera toujours la même langue et ses décisions procédurales seront acceptées et respectées. L'arbitre doit ainsi entendre les parties puis ensuite donner des instructions claires dans ses ordonnances. Cela lui permet également de mieux se faire comprendre des parties qui comprennent que l'arbitre a tenté de concilier les intérêts des parties et non d'imposer une solution. De même, l'arbitre doit répondre aux besoins de chaque espèce, au lieu d'appliquer un modèle type.

Par conséquent, l'arbitre doit savoir écouter... mais également expliquer : il est important que la partie perdante comprenne pourquoi le tribunal en a décidé ainsi : l'arbitre doit parler la langue des conseils et des parties.

Si l'arbitre ou les conseils ne sont pas rompus à l'arbitrage, si bien que les problèmes de communication peuvent être nombreux, il est important alors de recourir à l'encadrement d'une institution arbitrale qui est particulièrement adaptée pour guider les conseils/parties/arbitres les moins expérimentés.



Par la suite, la position négative, « *non, les arbitres et les conseils ne parlent pas la même langue* », a été débattue.

Un des intervenants a alors rappelé le mythe de Babel, i.e., les hommes construisirent à Babel une tour assez haute pour que son sommet atteigne le ciel (le trône de Dieu). Mais Dieu fit échec à cette entreprise en introduisant la "confusion" (la diversité) des langues. Après le latin et le droit canon, la *lingua franca* est aujourd'hui l'anglais, une langue qui est parlée plus ou moins bien par tous et qui peut par conséquent poser des problèmes de communication entre les arbitres et les conseils.

Mais au-delà des difficultés pour certains de maîtriser la langue *per se* de l'arbitrage, il y a également de très importantes différences de concepts juridiques et procéduraux que certains arbitres et/ou conseils ne maîtrisent pas ou pas parfaitement.

En effet, les règles procédurales vont bien au-delà de règles communes. Il est donc essentiel, pour réduire les problèmes de communication, de choisir un président du tribunal arbitral qui puisse s'adapter et parler la même langue que les conseils.

Or, même si de plus en plus, arbitres et conseils sont schizophrènes, tantôt conseils, tantôt arbitres, il arrive encore dans de très nombreux cas, ou finalement ils ne parlent pas la même langue :

- Ainsi, alors que la partie soumet de très nombreuses pièces à l'appui de son dossier, l'arbitre peut n'en intégrer qu'un petit nombre dans sa sentence, ce qui crée une grande frustration chez le conseil.
- Certains arbitres se comportent de manière dirigiste en interrompant les conseils lors de leur cross-examination l'arbitre peut casser la stratégie du conseil.
- Lors d'une procédure de production de documents sous les Redfern schedules, les parties se rendent parfois compte que les arbitres ne prennent plus toujours le temps de maîtriser, pour cette phase, de manière suffisante le dossier. La communication est rompue.
- S'agissant du calendrier procédural, alors que les parties doivent respecter les délais au risque de s'attirer les foudres des arbitres, ces derniers trainent souvent à rendre leurs sentences. Les attentes ne sont donc pas les mêmes.

Ce sont quelques exemples, mais il en existe bien d'autres, qui démontrent que les parties et les arbitres ne parlent pas toujours la même langue.

De plus, il faut garder en tête que « L'arbitre, c'est l'ennemi du conseil » et vice versa. Le conseil peut ainsi cacher au sein de ses écritures des "mines anti-personnelles" pour pouvoir, au besoin, faire annuler la sentence dans le cas où il ne serait pas content du résultat (par exemple, par l'invocation de l'ordre public procédurale). Par principe, le conseil tente de délivrer sa vérité alors que l'arbitre va tenter de comprendre la vérité. Nécessairement, ils ne parlent donc pas la même langue.

Enfin, il n'est pas rare que la communication ne soit pas bonne entre arbitres et conseils du fait de la multiplication des secrétaires arbitraux. Les conseils et les parties font alors à des sentences "Canada dry" : ça en a l'aspect, le goût, l'odeur, mais ce n'est pas une sentence rédigée par l'arbitre, mais par son secrétaire administratif. Les conseils ne doivent plus seulement convaincre les arbitres mais il doivent maintenant également convaincre le secrétaire du tribunal arbitral ... ce qui crée un risque supplémentaire d'incompréhension.

Il a également été rappelé la récente annulation partielle d'une sentence pour violation du contradictoire pour défaut de respect de la langue de l'arbitrage : les participants ont alors conclu que la langue doit être prise en compte lors du choix de l'arbitre mais également en fonction de la quantité de documents soumis au tribunal éventuellement non traduits dans la langue de l'arbitrage.



Il a par ailleurs été observé qu'il existe des problèmes en matière d'arbitrages corporatistes, où parfois les arbitres sont des experts techniques qui ne connaissent pas forcément le « langage de l'arbitrage ». Or, si il est nécessaire que les arbitres aient une compréhension de la technique, il est essentiel qu'ils aient aussi une connaissance juridique et une familiarité avec la pratique arbitrale. Sinon, de toute évidence, arbitres et conseils ne parleront pas la même langue.

Enfin, il a été relevé que ce problème de communication ne touche pas seulement les arbitres et les conseils : il n'y a pas que deux acteurs (arbitre/conseil) dans cette dramaturgie. Il faut également inclure la partie elle-même dans cette communication, notamment dans les dossiers anglo-saxons où la partie est souvent très active dans le débat avec le tribunal.

Le débat s'est clos sur les conséquences de cette difficulté de communication entre arbitres et conseils : quelles sont les mesures que les arbitres ou les conseils peuvent mettre en place en cas de problème de communication patent ? Il n'existe pas de réelles mesures, il faut s'adapter au tribunal et aux conseils. Du point de vue des arbitres, trop de dialogue avec les parties et leurs conseils ou trop d'effort de la part des arbitres pour les « contenter » peut être nuisible à l'efficacité de la procédure. D'autre part, tant les arbitres que les parties et leurs conseils doivent se mettre à la place des autres pour comprendre leurs besoins et attentes et construire ainsi un dialogue plus efficace.

“WAKE UP [WITH] ARBITRATION” Presentation:
“Do Arbitrators and Counsels speak the same language?”

Last July 1st, another “Wake up (with) Arbitration!” breakfast was held at the K&L Gates offices. Béatrice Castellane and Eric Teynier debated the question “*Do arbitrators and counsels speak the same language?*”, each defending a different side as requested by the event organizers.



The affirmative position, “*Yes, arbitrators and counsels speak the same language*”, was discussed first.

Arbitrators and counsels generally speak the same language, since the parties have often already agreed on the language of arbitration and thus have chosen their arbitrators with this in mind. If the language of arbitration has not been established, it becomes the arbitrator’s task to designate the appropriate language in which the parties’ positions will be expressed. *In fine*, therefore, arbitrators and counsels speak the same language.

Furthermore, arbitrators and counsels speak the same language because even if they come from different legal cultures, they generally take the time to avoid any risk of misunderstanding by clearly defining the terms of the proceedings, thus ensuring that the legal concepts are understood by all. This could happen, for example, in the case of a “witness.” In the Anglo-Saxon legal tradition, any party can be a witness, which includes the party calling the witness. This was, however, inconceivable in France until recently. What’s more, arbitrators and counsels are often aware of, if not familiar with, several legal cultures, which also reduces the risk of misunderstanding.

The arbitrator, by definition, is chosen by the parties in most cases. If the arbitrator has productive conversations with the counsels, he or she will be speaking the same language and his or her procedural decisions will be accepted and respected. The arbitrator must listen first to the parties, and then give clear instructions in his or her procedural orders. This also helps the arbitrator to foster understanding between parties that recognize that the arbitrator has taken into consideration their views rather than simply imposing a solution. The arbitrator also responds to each particular circumstance, rather than applying a universal method to every case.

Thus, the arbitrator must know how to listen... But also to explain. It’s important that the unsuccessful party understand the Tribunal’s decision. The arbitrator must speak the language of the counsels and the parties.

If the arbitrator or the counsels are not experienced in arbitration, where problems of communication can be numerous, it is important to use the framework of an arbitral organization that is particularly well-suited to guiding less experienced counsels, parties, and/or arbitrators.



The negative position, “*No, arbitrators and counsels do not speak the same language,*” was discussed next.

One speaker referenced the biblical myth of Babylon, in which men constructed a tower tall enough to reach heaven (God’s throne). But God intervened, introducing “confusion” (diversity) of language. After Latin and Canon law, English is now the *lingua franca*, a language spoken well by mostly everyone – which can therefore cause communication problems between the arbitrators and counsels.

Beyond the challenge of mastering the *per se* language of arbitration, there are also very important differences in legal concepts and procedures which certain arbitrators and/or counsels have not mastered or not completely mastered.

Procedural rules go well beyond common standards. It is therefore essential, to reduce communication issues, to choose a tribunal president that can adapt quickly and speak the same language as the counsels.

However, even if the line between arbitrators and counsels becomes more and more blurred, sometimes arbitrators, sometimes counsels, it still happens very often that they do not speak the same language:

- Even if the party submits many exhibits to support its case, the arbitrator can integrate only a small number in the final sentence, a situation that can be frustrating for a counsel
- Certain arbitrators behave in an overbearing manner, interrupting the counsels during their cross-examinations, in which case the arbitrator disturbs the counsel’s strategy
- During the process of document production under the Redfern schedules, the parties sometimes realize that the arbitrators do not always take the time anymore to become sufficiently familiar with the cases. The communication fails.
- In terms of the procedural calendar, though the parties must respect the deadlines to avoid falling out of favor with the arbitrators, the arbitrators are often behind schedule with their final awards. Thus, the expectations are unequal.

These are a few examples, but there exist many others which show that the parties and the arbitrators do not always speak the same language.

What’s more, one must keep in mind that “*The arbitrator is the enemy of the counsel*” and vice versa. The counsel can also keep a list of reasons for which the award could be set aside, if he or she is not satisfied with the outcome (for example, by invoking the procedural public order). The counsel attempts to present his truth while the arbitrator attempts to understand the truth. Naturally, then, they do not speak the same language.

It is not unusual that the communication be less than ideal between arbitrators and counsels, because of the increasing number of secretaries in arbitration. The counsels and parties receive “*Canada dry*” awards: It has the right look, taste, and smell, but is not an award composed by the arbitrator, rather by his or her secretary. Counsels must not only convince the arbitrators, but not they must also convince the secretary of the arbitral tribunal. This adds another component to the risk of misunderstanding.

Mention was also made during the presentation of the recent partial setting aside of an award for violation of the adversarial proceeding, in failing to respect the language of arbitration. The participants concluded that the language must be taken into consideration in the choice of the arbitrator but also with respect to the quantity of untranslated documents submitted to the arbitral tribunal.

It was acknowledged that there are problems in corporate arbitrations, where sometimes the arbitrators are technical experts and thus do not necessarily know the “language of arbitration”. However, if it is necessary that the arbitrators have technical knowledge, it is essential that they have also legal knowledge and familiarity with arbitration. Otherwise, evidently, arbitrators and counsels will not speak the same language.

Lastly, this problem of communication does not only concern arbitrators and counsels; there are not only two actors (arbitrator/counsel) in this drama. The party itself must also be considered in the conversation, especially in Anglo-Saxon cases where the party is often very involved in the debate before the tribunal.

The day’s debates ended by discussing the consequences of this difficulty of communication between arbitrators and counsels: what measures can be taken by the arbitrators or the counsels in case of a clear communication problem? There are no universally applicable rules, one must adapt to the tribunal and counsels. From the arbitrators’ perspective, too much dialogue with the parties and their counsels, or too much effort to “satisfy” the parties or counsels can be detrimental to the procedure. On the other hand, the arbitrators, the parties, and the counsels must put themselves in the others’ positions to better understand their needs and expectations, and to encourage a more productive conversation.
