



HAL
open science

Le dialogue juge - arbitre dans la création et l'application de normes juridiques

Martial Pernet

► **To cite this version:**

Martial Pernet. Le dialogue juge - arbitre dans la création et l'application de normes juridiques. La creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces, Jul 2017, Barcelone, Espagne. hal-02874787

HAL Id: hal-02874787

<https://hal.science/hal-02874787>

Submitted on 19 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le dialogue juge - arbitre dans la création et l'application de normes juridiques.

*The dialogue between judge and arbitrator,
in the creation and enforcement of legal norms.*

Martial PERNET

Docteur en Droit – Laboratoire CREDIMI
PhD – CREDIMI Laboratory
Université de Bourgogne-Franche-Comté
Burgundy-Franche-Comté University

Résumé :

Auparavant conflictuelle, les relations entre les justices étatiques et arbitrales se sont désormais nettement apaisées. Les juges entretiennent en effet de nos jours un dialogue constructif avec les arbitres, à l'origine de la création mais aussi de l'application d'un droit transnational. Cette communication revient ainsi sur les grandes étapes de cette construction normative, dont l'aboutissement a conduit à renforcer l'arbitrage dans ces fonctions de justice commerciale internationale.

Abstract :

The relations between state and arbitral justice, which were previously conflictual, have now clearly calmed down. Indeed, judges today are maintaining a constructive dialogue with arbitrators, which has led to both the creation and the application of transnational law. This communication thus reviews the main phases of this normative construction, whose completion has led to the strengthening of arbitration in these functions of international commercial justice.

MOTS CLÉS: LEX MERCATORIA – DROIT TRANSNATIONAL –
JUGE – ARBITRE – JUSTICE ÉTATIQUE – JUSTICE ARBITRALE –
DIALOGUE – CRÉATION NORMATIVE – FAVOR ARBITRANDUM –
AUTONOMIE DE L'ARBITRAGE – ORDRE PUBLIC – JUGE D'APPUI

KEYWORDS: LEX MERCATORIA - TRANSNATIONAL LAW -
JUDGE - ARBITRATOR - STATE JUSTICE - ARBITRAL JUSTICE -
DIALOGUE - NORMATIVE CREATION - FAVOR ARBITRANDUM -
AUTONOMY OF ARBITRATION - PUBLIC POLICY PROVISIONS -
JUGE D'APPUI



Le dialogue juge - arbitre
dans la création et l'application de normes juridiques*.
The dialogue between judge and arbitrator,
in the creation and enforcement of legal norms**.

Introduction :

1. L'arbitrage, est souvent défini comme ce mode amiable de règlement des différends qui tient son pouvoir de juger de parties en désaccord qui, conventionnellement, décident de ne pas recourir à la justice étatique¹.

Or, des personnes peu au fait de l'arbitrage international peuvent se questionner dès cette définition sur la pertinence de l'étude des rapports qu'entretiennent les juges étatiques avec des personnes privées investies du pouvoir de trancher un litige : les arbitres.

Comment est-il en effet possible de comparer l'activité juridictionnelle des juges étatiques à celle de personnes privées ? Mais plus encore, comment est-il possible de comparer l'activité de production législative à celle des décisions arbitrales ?

Ce *workshop* n'est-il d'ailleurs pas dédié au « dialogue entre juges » et à la « création judiciaire du droit » plutôt qu'à l'étude du « dialogue entre juges et arbitres » et à « l'application de normes juridiques », telle

Introduction :

1. Arbitration is known as this alternative dispute settlement scheme, which derives its jurisdiction from conflicting parties who, by agreement, decide not to resolve disputes in state courts¹.

However, those who are unfamiliar with international arbitration may wonder, based on this definition, about the relevance of studying the relationship between state judges and private individuals vested with the power to settle a dispute: arbitrators.

Indeed, is it possible to compare the jurisdictional activity of state judges with that of private individuals? But more than that, is it also possible to compare the legislative activity with issuing arbitral decisions?

Isn't this workshop dedicated to the "dialogue between judges" and to the "judicial creation of law" rather than to the study of the "dialogue between judges and arbitrators" and to the "application of legal norms", as

*Communication tenue le 06 & 07 Juillet 2017, à l'Université Autonome de Barcelone : Workshop "La creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces".

**Communication held during the 06th and 07th of July 2017, at the Autonomous University of Barcelona: Workshop "La creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces".

¹ CORNU, G. (dir). *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige-P.U.F., 2007, p. 69.

que le propose cette communication ?

En une phrase, n'est-ce pas aller trop loin que de comparer ces deux institutions (l'arbitrage et la justice publique) ainsi que de rechercher un dialogue entre des juges étatiques et des arbitres personnes privées ?

Cette analyse erronée qui reviendrait à ne pas considérer les arbitres comme de véritables juges, puisque ne relevant pas de la justice étatique et puisqu'appliquant parfois des règles d'essence privée en lieu et place du « droit » entendu au sens Kelsenien du terme, est bien connue de la doctrine.

2. Aussi et avant toute chose, il conviendra de déconstruire de manière très succincte dans cette introduction ces quelques préjugés trop souvent partagés afin de réaffirmer au préalable le fait que les arbitres sont de véritables juges, fussent-ils d'une investiture privée (2) ; et que ces derniers procèdent historiquement d'une véritable justice, fût-elle arbitrale (1). Ceci rappelé, nous pourrions alors mieux nous attarder sur le processus ayant conduit à la création judiciaire de normes juridiques issues du dialogue entre les juges privés et étatiques.

proposed in this paper?

In a nutshell, isn't it going too far as to compare these two institutions (arbitration and public justice) and to seek a dialogue between state judges and private arbitrators?

Such erroneous analysis which would consist in not considering the arbitrators as real judges since they do not come from a state jurisdiction, and since they sometimes apply private standards and rules instead of a "law" in the Kelsenian sense of the word, is well-known by the doctrine.

2. First and foremost, it will be necessary to very briefly deconstruct in the present introduction the few prejudices, which are too often shared, in order to reaffirm beforehand the fact that arbitrators are true judges, even if they are privately appointed (2); and that the latter are historically the product of true justice, even if it is an arbitral one (1). With this in mind, we will then be better able to focus on the process that led to the judicial creation of legal norms resulting from the dialogue between private and state judges.

1. *L'arbitrage : une véritable justice.*

3. Rappelons en premier lieu que l'arbitrage doit être considéré comme une véritable justice.

Sans s'en remettre à une étude poussée de l'avènement historique de l'arbitrage², notons simplement que l'institution arbitrale fut bien antérieure à la justice publique³. Ainsi, la justice arbitrale internationale se serait développée en marge des pouvoirs publics dès la période antique⁴, voire même pendant l'époque moyenâgeuse. À cette époque les caravanes qui parcourent les routes commerciales vont en effet régler entre-elles leurs différends et faire s'installer l'idée selon laquelle les marchands doivent se juger entre eux et selon leur propre droit, un droit issu de la pratique des commerçants et non du souverain en place : le *jus mercatorum*⁵.

1. *Arbitration: A true justice.*

3. *First of all, let us remember that arbitration must be considered as true justice.*

*Without recurring to an in-depth study of the historical development of arbitration², let us simply note that the institution of arbitration predates public justice³. Thus, international arbitral justice would have developed on the fringes of public authorities as early as the ancient period⁴, even during the Middle Ages. At that time, the caravans that travelled the trade routes settled their disputes among themselves and gave rise to the idea that merchants must judge each other and according to their own law, a law resulting from the practice of merchants and not from the sovereign in place: the so-called *jus mercatorum*⁵.*

² En ce sens, cf. par ex. HUVELIN, P-L. *Éssai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, A. Rousseau, 1897, p. 390 *sqq.* ; BART, J. « La lex mercatoria au moyen âge : Mythe ou réalité ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle ; À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, 2000, p. 9 *sqq.* ; DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 71 *sqq.* ; RUBELLIN – DEVICHI, J. *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 18 *sqq.*

³ DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international, op. cit.*, p. 31.

⁴ VELISSAROPOULOS – KAKAROSTAS, J. « L'arbitrage dans la Grèce antique, époque archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000, p. 20.

⁵ LAMBERT, É. « Source du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative, in *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Duchemin, T. III, p. 478 à 504. Ce « droit corporatif » serait « né de la seule force des faits économiques et sans aucune consécration d'autorités étatiques territoriales » et se serait répandu « librement au dessus des frontières, des États et des nationalités » au point de devenir identique sur les grandes places de foires.

4. Progressivement cependant une « nationalisation »⁶ de l'arbitrage et de son *jus mercatorum* va s'opérer⁷ au fur et à mesure que les États-Nation vont s'affirmer⁸.

Ceux-ci prendront en effet l'arbitrage entre les deux mâchoires d'un même étau :

-Tout d'abord, le souverain cherchera à accaparer l'instrument de pouvoir que représente le droit commercial, ce qui conduira à ne plus raisonner en termes de *jus mercatorum* unifié mais en fonction de règles⁹ commerciales balkanisées qui seront porteuses des théories de conflit de lois entre les ordres juridiques. La conséquence en sera alors une « *intégration [... inéluctable] de l'arbitrage dans l'organisation judiciaire étatique* »¹⁰.

-Ensuite, les États instilleront l'idée que la justice procède uniquement d'un monopole d'État¹¹, ce qui conduira ainsi à nier à l'arbitrage sa qualité de *Justice* à part entière.

Or, si « *nous nous sommes accoutumés depuis longtemps à considérer la fonction juridictionnelle comme une fonction strictement liée au pouvoir public* »¹², ce

4. *Nonetheless, a gradual "nationalization"⁶ of arbitration and its jus mercatorum will take place⁷ as the Nation States assert themselves⁸.*

These will in fact catch arbitration between two fires:

-First of all, the sovereign will seek to monopolize the instrument of power represented by commercial law, which will lead to thinking no longer in terms of a unified jus mercatorum but in terms of Balkanized commercial rules⁹ based on theories of conflict of laws between legal orders. As a consequence it will lead to an "[...unavoidable] integration of arbitration into the judicial organization of the State"¹⁰.

- Then, the States will instill the idea that justice proceeds only from a State monopoly¹¹, which will thus lead to a denial of the arbitration's status as a true justice.

However, if "we've been getting used for a long time now to considering the jurisdictional function as a function strictly related to public authority"¹², the position according to which

⁶ Cf. not. GALLAUX, T. *La « dénationalisation » de l'arbitrage commercial international*, Thèse, Paris II, 1998, 882 p.

⁷ HILAIRE, J. *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F., 1986, p. 65 sqq.

⁸ BART, J. « Lex Mercatoria au Moyen-âge, mythe ou réalité ? », *op. cit.*, p. 22.

⁹ BEGUIN, J. (dir.) MENJUCQ, M. (dir.) et al. *Droit du commerce international*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 11.

¹⁰ GALLAUX, T. *La « dénationalisation » de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 5.

¹¹ Cf. not. NIBOYET, J-H P. *Traité de droit international privé français ; Le conflit des autorités, le conflit des juridictions*, Paris, T. VI, Vol. II, S., 1950, p. 7. : « *Sur le territoire Français, seule la France peut rendre la justice* ».

¹² FRAGISTAS, C. N. « Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé », *R.C.D.I.P.*, n°1, 1960, p. 1 – 20.

positionnement selon lequel la justice est rendue par le juge public relève en réalité d'un postulat sans fondement. Cette vision n'est effectivement apparue que parce que l'État a progressivement construit une dissociation entre les notions de « juste » et de « Justice ». Cela afin de considérer la « Justice » comme un attribut du pouvoir politique¹³. Cependant, avant de s'élever au rang de *concept organique*¹⁴, il est clair que l'idée de « Justice » n'était qu'un simple *adjectif*. Aussi, originellement, le concept de « Justice » devait être vu comme « englob[ant] toutes les voies qui permettent de l'atteindre », y compris l'arbitrage. D'aucuns iraient même jusqu'à penser que l'arbitrage serait la forme la plus naturelle¹⁵, la plus primitive, de Justice.

5. Il est alors possible de constater de ces remarques liminaires que « *le pouvoir juridictionnel [ne serait] pas un dérivé du pouvoir de l'autorité publique* »¹⁶. À ce titre, l'arbitre serait donc bien, à l'égal du juge, détenteur de *jurisdictio*. Cette Justice arbitrale ne tirerait ainsi aucunement ses pouvoirs d'une délégation de la justice étatique¹⁷ mais bel et bien de la seule

justice is delivered by the public judge is in fact an unfounded postulate.

This vision has indeed emerged only because the State has progressively instilled a dissociation between the notions of "just" and "Justice", in order to consider "Justice" as an attribute of political power¹³. Nonetheless, before becoming an organic concept¹⁴, it is clear that the idea of "Justice" was merely an adjective. Thus, originally, the concept of "Justice" was to be seen as "encompass[ing] all the paths that lead to it", including arbitration.

Some would even think that arbitration would be the most natural¹⁵, the most primitive, form of justice.

5. *It is therefore possible to state, based on the above introductory remarks, that "the jurisdictional power [would] not [be] a derivative of the power of public authority"¹⁶. Therefore, the arbitrator, like the judge, would be holder of *jurisdictio*. Such arbitral justice would thus in no way derive its powers from a delegation of state justice¹⁷ but only from the parties' agreement¹⁸ without any reference to*

¹³ Cf. not. ATIAS, C. « Pouvoir et autorité judiciaires », S., 1992, Chronique, p. 180.

¹⁴ OPPETIT, B. *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998, p. 23.

¹⁵ FRANCESKAKIS, P. « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, T. I, Paris, Dalloz, 1960, p. 113 *sqq.*

¹⁶ RACINE, J-B. « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2005, p. 347.

¹⁷ *Contra.*, NIBOYET, J-H P. *op. cit.*, p. 135 : « *L'arbitre rend la justice ; or, rendre la justice est toujours une émanation de la souveraineté locale. Chaque pays décide à quelles conditions la justice arbitrale peut-être rendue sur son territoire et faire échec à la compétence de ses tribunaux. Les arbitres rendent alors la justice*

convention des parties¹⁸. Cela, sans qu'une quelconque référence à l'ordre juridique d'un État ne soit nécessaire¹⁹.

2. L'arbitre : un véritable juge.

6. Ces justices privées et publiques ont toujours cohabitées, il serait donc « téméraire d'affirmer que l'arbitre a précédé le juge »²⁰ et que l'un domine aujourd'hui l'autre. Mais afin qu'il y ait dialogue entre ces deux justices encore faut-il que l'arbitre puisse être considéré comme un véritable juge « privé »²¹ : qu'il dispose du pouvoir de juger.

7. Les détracteurs de la reconnaissance du statut de « juge privé » opposent souvent le fondement conventionnel de la mission arbitrale au pouvoir du juger²² de l'arbitre. Mais cela est oublier que la reconnaissance de cette qualité juridictionnelle est aujourd'hui reconnue par de nombreuses législations. Nous pourrions ainsi la déduire

*the legal system of a State being necessary*¹⁹.

2. The arbitrator: A real judge.

6. *The private and public justices have always coexisted, it would thus be "reckless to assert that the arbitrator preceded the judge"*²⁰ *and that one now dominates the other. But in order for a dialogue to take place between these two courts, the arbitrator must be considered as a true "private"*²¹ *judge and have the power to rule.*

7. *Those who criticize the recognition of the status of "private judge" often oppose the conventional basis of the arbitral mission to the power of the arbitrator to judge*²². *By that, they are however forgetting that the recognition of the jurisdictional quality is nowadays recognized by numerous legislations. We could thus deduce it from*

*par délégation du souverain territorial [...] » ; OPPETIT, B. « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 418 – 419.*

¹⁸ Déjà : BALLADORE – PALLIERI, G. « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *R.C.D.A.I.*, 1935, T. I, p. 287 – 401 : « *Nulle part les arbitres ne reçoivent de l'État même le pouvoir de statuer sur le litige et n'apparaissent comme des organes de l'État. [...] Les organes de l'État qui rendent la sentence le font au nom de l'État [...], la source d'où découlent leurs pouvoirs. Mais les arbitres rendent dans tous les États leurs sentences en tant que particuliers* ».

¹⁹ RACINE, J-B. « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 350.

²⁰ LOQUIN, É. « Arbitrage – Aperçu historique – Aperçu de droit comparé », *J – Cl. Proc. Civ.*, fasc. 1010, 3 Avr. 2013, n°1.

²¹ MANCIAUX, S. « L'arbitre est un juge » in *Le juge et l'arbitrage – Actes du colloque de Tunis – Vingtième anniversaire du code Tunisien de l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2014, p. 31 – 43.

²² Cf. not. HEUZE, V. « Arbitrage international : quelle raison à la déraison », *D.*, 2011, p. 2880 *sqq.* où il postule que « *l'arbitre (c'est-à-dire n'importe qui) n'est pas un juge, [...] sa sentence est non pas une décision de justice mais un acte purement privé et [...] sa mission est de nature, non pas juridictionnelle, mais strictement conventionnelle* ».

de l'article 1478 et 1511 du code de procédure civile français qui dispose que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit [...]* », et de l'article 37 de la *Ley 60/2003* espagnole qui énonce que « [...] *los árbitros decidirán la controversia en un [...] laudo [...]* ». Seuls de véritables juges peuvent effectivement « trancher » un litige et imposer cette décision aux parties. Une rédaction similaire de ces articles est d'ailleurs observable au sein de la majorité des lois d'arbitrage²³, grâce à l'apport unificateur de la loi type C.N.U.D.C.I.²⁴ de 1985 amendée en 2006.

Aussi, si nous avons déjà pu affirmer que l'arbitre disposait, tout comme le juge, de la *jurisdictio* du fait que la justice arbitrale est à l'égal de la justice étatique, le pouvoir de dire le droit serait surtout justifié par la double investiture du pouvoir de juger des arbitres. Ce pouvoir proviendrait ainsi tant de la désignation des arbitres par les parties, que de la reconnaissance de leur autorité par les lois d'arbitrage nationales²⁵. Mais cette *jurisdictio* ne suffit pas en réalité à faire de l'arbitre un véritable juge. Ce dernier, s'il peut dire le droit, doit nécessairement

Articles 1478 and 1511 of the French Code of Civil Procedure, which provides that "the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the rules of law [...]", and Article 37 of the Spanish Ley 60/2003 which states that "[...] los árbitros decidirán la controversia en un [...] laudo [...]". Indeed, only real judges can "decide" a dispute and impose that decision on the parties. A similar wording of these articles can be found in a majority of arbitration laws²³, thanks to the unifying contribution of the U.N.I.C.T.R.A.L.²⁴ Model Law of 1985 amended in 2006.

*Therefore, if we have already been able to assert that the arbitrator, like the judge, was holder of *jurisdictio* because arbitral justice is equal to state justice, the ability to dispense justice would be justified above all by the dual investiture of the arbitrators' power to judge. Such ability would thus derive both from the appointment of arbitrators by the parties and from the recognition of their authority by national arbitration laws²⁵. However, in fact, this *jurisdictio* is not really sufficient to make the arbitrator a real judge. If they can render an arbitral award, they must necessarily have*

²³ Loi type ayant inspiré plus de 75 lois nationales à ce jour selon : C.N.U.D.C.I. (30 Mai 2017), *Status UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*, [En ligne]. Adresse URL : http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html . La France ne s'est cependant pas inspirée de la loi type à l'inverse du législateur espagnol.

²⁴ Cf. article 28 qui dispose en l'espèce : « *Le tribunal tranche le différend conformément aux règles de droit [...]* ».

²⁵ Sur le débat relatif à la nature mixte de l'arbitrage, cf. : RUBELLIN – DEVICHI, J. *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, op. cit., 412 p.

disposer dans un second temps du pouvoir d'imposer ces décisions : qu'elles soient provisoires, définitives, ou conservatoires. En d'autres termes, l'arbitre doit disposer de l'*imperium*.

8. La doctrine a pu démontrer que l'arbitre tout comme le juge dispose de cet *imperium*²⁶. Mais avec une réserve néanmoins. En effet, si seul le juge dispose de l'*imperium pur* (*imperium merum*) qui serait cette faculté de contraindre par la force publique à l'exécution d'une décision juridictionnelle, l'arbitre partage avec ce dernier l'*imperium mixtum* issu de leurs pouvoirs de *jurisdictio* et qui est cette faculté qu'ont ces deux juges d'imposer par exemple un temps procédural, ou des mesures d'astreintes aux parties. Là encore, la Loi-type²⁷ et nos lois nationales (notamment : art. 1468 du C.P.C. français²⁸ et art. 23 de la ley de 2003 espagnole) confirment cette approche.

9. De fait, une fois « fait » juge par les parties, l'arbitre disposerait alors tout comme le juge étatique de la faculté de dicter leurs vues à ces dernières. La seule différence d'avec le juge public se situerait en définitive

the power to impose such decisions at a later stage: whether they are interim, final, or a security measure. In other words, the arbitrator must have imperium.

8. *The doctrine allowed to show that both the arbitrator and the judge have such imperium²⁶. With one limitation, however. Indeed, if only the judge has the pure imperium (imperium merum), which would be the power to compel the enforcement of a court decision by lawenforcement, the arbitrator shares with judges the imperium mixtum resulting from the jurisdictio, which is the possibility of such two judges to impose for example a procedural timetable, or penalty measures on the parties. Again, the Model Law²⁷ and our national laws (in particular: art. 1468 of the French Code of Civil Procedure²⁸ and art. 23 of the Spanish Ley de 2003) confirm this approach.*

9. *In fact, once "made" judge by the parties, the arbitrator would then have the same power as a state judge to render its decision to them. The only difference with the public judge would ultimately be found in the*

²⁶ JARROSSON, Ch. « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245 – 279.

²⁷ Cf. art. 17 *sqq.* de la loi type de 2006.

²⁸ Depuis le décret n° 2011- 48 du 13/11/2011 réformant les dispositions relatives à l'arbitrage en France, cet article permet d'enjoindre aux parties des mesures conservatoires ou provisoires ce qui conférerait selon certains un « quasi imperium » à l'arbitre. En ce sens : LOQUIN, É. « Arbitrage – Définition – Nature juridique – Distinction avec d'autres institutions, *J – Cl Proc. Civ.*, Fasc. 1005, 30 Janvier 2013, 102.

dans cet *imperium pur* permettant de mobiliser la force publique. Mais ce manque de pouvoir contraignant serait de nos jours comblé par une reconnaissance toujours plus aisée des sentences arbitrales grâce aux facilités offertes par les conventions internationales²⁹, mais aussi grâce à l'accroissement d'un dialogue apaisé entre ces juges publics et privés³⁰ lors de l'application de leurs normes.

10. En définitive, juge et arbitre semblent donc bien être les organes issus de deux systèmes différents. Notre sujet d'étude va donc nous amener à étudier la question de savoir comment le dialogue entre ces deux organes judiciaires fut créateur de règles juridiques et de quelles règles il est question (I). Afin d'être complet, il conviendra ensuite de se questionner sur la manière dont ce dialogue judiciaire a permis l'application des normes juridiques dont il est question par les juges (II).

pure imperium allowing the enforcement of the decision by lawenforcement authorities. But such lack of binding power would nowadays be compensated by an ever easier recognition of arbitral awards thanks to the possibilities offered by international conventions²⁹, but also through an increased peaceful dialogue between these public and private judges³⁰ in the application of their norms.

10. In the end, judge and arbitrator seem to be organs of two different systems. The present contribution will thus lead us to examine the question of how the dialogue between these two judicial bodies was brought to be the source of legal rules, and which rules are in question (I). For it to be complete we will thus need to consider how this judicial dialogue has led to a favorable application of the norms we will talked about by the judges (II).

²⁹ Cf. principalement : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 Juin 1958 ; Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington, le 18 Mars 1965 ; Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Adopté à Port-Louis, le 17 Octobre 1993 (Révisé le 17/10/2008).

³⁰ Sur l'institution du juge d'appui : LOQUIN, É. « Le juge et l'arbitre », in *Le juge et l'arbitrage* [...], *op. cit.*, p. 19 – 30.

I. Un dialogue arbitre - juge, créateur de normes juridiques.

Si tel que nous avons pu l'envisager, juges et arbitres disposent tous deux de la faculté de juger, encore faut-il que des conditions de répartition des compétences judiciaires soient mises en place (A). Ce n'est en effet qu'après ces prémices à un dialogue qu'une création normative pourra alors survenir (B).

A. L'avènement d'une répartition judiciaire préalable à la création de normes juridiques.

11. Tel que nous l'avons évoqué, les juridictions étatiques ont longtemps été mises en situation de prévalence vis-à-vis de des tribunaux arbitraux internationaux. Aussi, la doctrine et la jurisprudence arbitrale internationale vont vouloir chercher dans un premier temps à échapper aux carcans des législations nationales qui appliquaient le principe de territorialité³¹ à l'arbitrage, c'est-à-dire le principe selon lequel l'arbitrage international s'inscrivait dans l'ordre juridique de l'État hôte de l'arbitrage. L'arbitre devant dans cet esprit respecter l'ensemble de ces règles substantielles et procédurales du siège de l'arbitrage, il est

I. An arbitrator / judge dialogue, creator of legal norms.

If, as we have been able to understand it, judges and arbitrators both have the power to judge, it is nevertheless necessary to establish conditions for the distribution of legal competences among these judges (A). Indeed, it is only after the first steps towards a dialogue that a normative creation can take place (B).

A. The emergence of a judicial distribution prior to the creation of legal norms.

11. As mentioned earlier, State courts have traditionally been placed in a predominant position in comparison with international arbitration tribunals. Thus, international arbitral doctrine and case law will initially seek to escape the stranglehold of national legislation that applied the principle of territoriality³¹ to arbitration, i.e. the principle that international arbitration was part of the legal order of the State hosting the arbitration. The arbitrator having in mind to respect all the substantive and procedural rules of the seat of arbitration, it is then obvious in those times only the monologue directed by judge at the arbitrator could prosper. As the vision of

³¹ LOQUIN, É. « Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON. Droit comparé de l'arbitrage international », *R.I.D.C.*, vol. 56, n° 3, 2004, p. 746 – 749 ; BESSON, S. « L'importance du siège de l'arbitrage », *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 13, 2007, p. 107 – 115 ; et surtout : POUDRET, J-F. BESSON, S. *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2002, 1179 p.

alors évident que seul un monologue de la part du juge envers l'arbitre pouvait prospérer à cette époque.

La vision de l'arbitrage international changeant avec la mondialisation, et la justice arbitrale devenant le mode normal de règlement des litiges commerciaux internationaux, l'*a priori* négatif accompagnant l'arbitrage va cependant progressivement s'effacer. Ce changement sera d'ailleurs accompagné par les juges étatiques devenus sensibles aux appels d'une doctrine³² cherchant à octroyer plus d'autonomie à l'arbitrage. Il est effectivement évident que ce n'est que par une autonomisation de la compétence de l'arbitre vis-à-vis du juge, qu'un duo juge – arbitre, créateur règles de droit, pourra se mettre en place.

12. Ce mouvement d'autonomisation de l'arbitrage international bien connu des praticiens de l'arbitrage, s'est ainsi effectué à travers trois étapes jurisprudentielles successives :

-Dans un premier temps, les juges français ont reconnu au profit des arbitres leur faculté de statuer sur leur propre compétence en cas de contestation de la faculté de recourir à

international arbitration changes with globalization and arbitral justice becomes the usual way of resolving international commercial disputes, the negative a priori attitude towards arbitration will gradually fade away. This change will, moreover, be supported by state judges who have been sensitive to the calls of a doctrine³² seeking to grant more autonomy to arbitration. It is indeed obvious that it is only through an empowerment of the arbitrator's competence vis-à-vis the judge, that a judge / arbitrator duo, creator of legal rules, will be possible.

12. *The movement for the autonomy of international arbitration, well known by arbitration practitioners, has thus taken place through three successive stages of case law:*

-Initially, the French judges have recognized, in favor of the arbitrators, their ability to rule on their own jurisdiction in the case of a party challenging a party's recourse to arbitration³³.

³² Cf. déjà : FOUCHARD, Ph. *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 54 : « la convention arbitrale, dans le commerce international, sera [...] l'instrument premier de l'autonomie que le milieu cherche[ra] à obtenir vis-à-vis des cadres juridiques » ; et plus loin sur le sujet à cette époque : FOUCHARD, Ph. « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1965, p. 99 – 120.

l'arbitrage³³ par une partie. Ce principe *kompetenz-kompetenz*³⁴ sera plus tard augmenté de son effet négatif en France³⁵ qui, à l'inverse du droit espagnol notamment³⁶, interdira au juge de connaître de la compétence de l'arbitre dès lors que le tribunal arbitral sera constitué. Par ce principe, un dialogue juge-arbitre vient donc de naître !

-De plus, et dans un second temps, les conditions de ce dialogue vont aussi pouvoir être recherchées dans l'arrêt « *Gosset* »³⁷. Cet arrêt est bien connu aujourd'hui pour avoir spécifiquement consacré l'autonomie d'une convention d'arbitrage insérée par une clause au sein du contrat principal. Outre le fait que cette jurisprudence va renforcer une répartition progressive des compétences entre le juge et l'arbitre (répartition nécessairement préalable à un dialogue), les juges étatiques vont, en détachant la clause d'arbitrage du contrat principal, se défendre désormais de toute remise en cause du pouvoir de juger de l'arbitre. En d'autres termes, il ne leur sera plus possible de

*This kompetenz-kompetenz*³⁴ principle will later be increased by its negative effect in France³⁵ which will, contrarily to Spanish law for example³⁶, prohibit the State court from hearing the arbitrator's jurisdiction once the arbitral tribunal has been constituted. By this general rule, a dialogue has therefore just begun!

- Furthermore, the conditions of such dialogue can also be found in the "*Gosset*"³⁷ decision. The judgment is well known today for having specifically recognized the autonomy of an arbitration convention inserted by a clause in the main contract. In addition to the fact that this case law will reinforce a progressive division of competences between the judge and the arbitrator (such distribution must occur prior to a dialogue), from now on, States judges will, by separating the arbitration clause from the main contract, not allow themselves any challenging of the arbitrator's power to judge. In other words, they will no longer be able to control the basis of the arbitration (i.e. the agreement) by simply

³³ Cass. (Ch. Com.), 22 Fév. 1949, « *Caulliez* », *J.C.P.*, 1949, II, 4899, obs. MOTULSKY, H. : « [...] toute juridiction même d'exception, étant juge de sa propre compétence, les arbitres ont le pouvoir et le devoir de vérifier si [...] ils sont compétents pour connaître du différend qui leur est soumis ».

³⁴ DIMOLITSA, A. « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *Rev. arb.*, n° 2, 1998, p. 305 – 358.

³⁵ Mais aussi : L.D.I.P., art. 7 ; Arbitration Act 1996, art. 9 ; art. 1679 du Code Jud. Belge ; Depuis 2011 : art. 1448 du Code de Proc. Civ. ; Règlement d'arbitrage C.N.U.D.C.I., art. 23 al. 1 ; Loi type C.N.U.D.C.I., art. 8 ; Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 Juin 1958, *op. cit.*, art. II, al. 3.

³⁶ Cf. les interprétations faites de l'art 1032 al.2 du ZPO allemand, mais aussi semble-t-il de la lettre de l'art. 22 al. 1 de la Ley de 2003, ou de l'art. 16 de la loi type C.N.U.D.C.I.

³⁷ Cass. (1ère Ch. Civ.), 7 mai 1963, « *Gosset c/ Carapelli* », *J.C.P.*, 1963, vol. II, p. 13405, Obs. GOLDMAN, B. ; *Rev. arb.*, 1963, p.60 ; *J.D.I.*, 1964, p. 82 : « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours [...] une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »

contrôler le fondement de l'arbitrage (à savoir la convention) en annulant purement et simplement le contrat de base. Ceci exclura alors *de facto* toute possibilité de remise en cause du principe *kompetenz-kompetenz*, fondement de l'autonomie de l'arbitre et de la création d'un dialogue avec les juges.

-Enfin, le dernier verrou à avoir été forcé en vue d'un établissement pérenne de ce dialogue fut celui de l'amoindrissement de l'inarbitrabilité³⁸ des litiges. Progressivement en effet, le juge va se retirer³⁹ du contrôle au fond des sentences arbitrales. Ce qui donnera naissance à une *favor arbitrandum* démonstratrice d'une confiance manifeste en la justice arbitrale⁴⁰, autre condition essentielle à la pérennité d'un dialogue que nous aborderons plus loin.

13. Il est intéressant de constater par ailleurs que ces créations jurisprudentielles françaises, sous l'impulsion de la doctrine et la jurisprudence arbitrale, ont par la suite essaimé à travers le monde. Si le législateur français a pour sa part directement intégré ces dispositions par les décrets de 1980 et 1981, il fallut attendre l'adoption de ces principes par la « soft Law » - ce droit non

setting aside the main contract. This will then de facto exclude any possibility of questioning the kompetenz-kompetenz principle, basis of arbitrator's autonomy and creation of a dialogue with judges.

- Finally, the last barrier that was broken down in order to establish the dialogue on a permanent basis was that of reducing the inarbitrability³⁸ of disputes. Indeed, gradually, the judge will no longer control³⁹ the arbitral awards on the merits, which will give rise to a favor arbitrandum demonstrating a clear confidence in arbitral justice⁴⁰, another essential condition for the sustainability of a dialogue that we will discuss later.

13. *Moreover, it is interesting to note that such creations of French case law have subsequently spread throughout the world under the influence of doctrine and international arbitral case law. Although the French legislator directly incorporated these provisions by two decrees of 1980 and 1981, it was only after the adoption of these principles by the "soft law" - this non-binding law*

³⁸ RAVILLON, L. « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité ? », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Dijon, LexisNexis, 2014, p. 57 – 77.

³⁹ Pour les toutes premières amorces : cf. C.A. Paris (Ch. Civ. 14^{ème}), 10 Avr. 1957, « *Myrthon Steamship* », *R.C.D.I.P.*, p. 17 ; Cass. (Ch. Civ. 1^{ère}), 14 Avr. 1964, « *San Carlo* », *R.C.D.I.P.*, 1966 p. 68. ; Cass. (Ch. Civ. 1^{ère}), 2 mai 1966, « *Galakis* », *J.D.I.*, 1966, p.648, obs. LEVEL, P.

⁴⁰ Sur ce sujet : HANOTIAU, B. « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen », *J.D.I.*, 1994, p. 899 *sqq.*

contraignant représenté en matière arbitrale par la loi type C.N.U.D.C.I. de 1985 - avant qu'ils ne s'incorporent réellement dans le « hard law » constitué des législations nationales. Ainsi et à titre d'exemple, les conséquences de ce dialogue qui a eu lieu entre le juge français et les arbitres internationaux sont aujourd'hui perceptibles y compris dans la loi d'arbitrage espagnole où figure notamment le principe *kompetenz-kompetenz* mais aussi celui du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage en son article 22 al.1.

14. Au final, les souhaits d'autonomie exprimés par la justice arbitrale ont conduit le juge étatique français à créer les règles appropriées à cette fin avant qu'elles ne soient consacrées par la majorité des législations nationales. Aussi, au fur et à mesure qu'elles sont apparues, ces règles ont également permis d'installer les conditions d'un dialogue de l'arbitre avec le juge, et non plus uniquement un monologue du juge vers l'arbitre comme auparavant. Or, c'est ces mêmes conditions nécessaires au dialogue juge – arbitre qui autoriseront par la suite une véritable création normative qu'il convient d'aborder dès à présent.

materialized in arbitral matters by the 1985 U.N.I.C.I.T.R.A.L. Model Law - that they were really incorporated as "hard law" into several national legislations. Thus and for example, the consequences of the dialogue that took place between the French judge and international arbitrators are noticeable today, including in the Spanish arbitration law where the principle of kompetenz-kompetenz is mentioned, as well as the principle of the autonomy of the arbitration clause in its article 22 al.1.

14. Finally, the wishes for arbitral autonomy expressed by practitioners led the French judge to create the appropriate rules in this regard before they were adopted by a majority of national legislations. Therefore, as they have emerged, such rules have also made possible the conditions for a dialogue between the arbitrator and the judge, and not only communication from the judge to the arbitrator as before. Those same conditions are however necessary for the judge / arbitrator dialogue that will subsequently authorize a true normative creation that shall be discussed from now on.

B. La création d'une *lex mercatoria* par l'arbitre sur la base de principes communément appliqués par les juges.

15. Comme nous l'avons déjà évoqué, les temps moyenâgeux verront naître l'apparition d'un droit issu de la pratique commerciale et intégré par la suite aux législations nationales avant de tomber dans l'oubli : le *jus mercatorum*⁴¹.

Mais la renaissance de ce droit de la « communauté internationale d'hommes d'affaires »⁴² interviendra à nouveau lors de notre époque contemporaine grâce à la mondialisation de nos économies et à travers un triptyque d'acteurs constitué de la doctrine, des tribunaux arbitraux, le tout dans un dialogue avec les juridictions nationales.

16. Notons tout d'abord que, lors des premières redécouverte de ce droit des marchands (ou « *lex mercatoria* »), une tendance maladroite de certains auteurs⁴³ fut de théoriser cette construction normative mercatique spontanée en une simple liste d'une vingtaine de principes généraux et

B. *The arbitral creation of a lex mercatoria on the basis of principles commonly applied by judges.*

15. *As we have mentioned above, the Middle Ages saw the emergence of a law derived from commercial practice and subsequently incorporated into national legislation before falling into disuse: the jus mercatorum*⁴¹.

But the revival of this law belonging to the "international community of businessmen"⁴² will take place again in our contemporary era thanks to the globalization of our economies and to a trio of actors composed of the doctrine, the arbitral tribunals, in a dialogue with national jurisdictions.

16. *Let us begin by noting that, during the first rediscovery of this merchants' law (or "lex mercatoria") a clumsy tendency of some authors⁴³ was to theorize this spontaneous mercantile normative construction in a simple list of some twenty general principles and customs commonly applied by arbitrators.*

⁴¹ STERN, B. « Lex mercatoria et arbitrage international. À propos des mélanges GOLDMAN », *Rev. arb.*, 1983, p. 448 *sqq.*

⁴² ISHIZAKI, V. M., *Le droit corporatif international de la vente des soies : les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places*, T. 1, Paris, M. Girard, Coll. « Bibliothèque de l'institut de droit comparé de Lyon », vol. 18, 1928, 344 p.

⁴³ MUSTILL, M. J., « The New Lex Mercatoria: the First Twenty-Five Years », in BOS, M. BROWNLIE, I., *Liber Amicorum for the Right Honorable Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 14, et 9 ; *cf.* aussi, in *Arbitration International*, 1988, p. 86 – 119 : les principes « *pacta sunt servanda* », « *rebus sic stantibus* », la bonne foi, la limitation aux dommages prévisibles,...), où il s'agit d'une sorte de bilan de l'époque relativement à l'approche mercatoriste.

d'usages communément appliqués par les arbitres. Or, outre la pauvreté de la constitution d'une pareille liste face à la diversité de nos ordres juridiques, une pareille édification avait pour désavantage de figer l'évolution d'un tel corpus de règles. Aussi, une analyse plus fine⁴⁴ issue des travaux de l'école de Dijon fut proposée.

Il s'agira toujours d'un droit créé « *en marge des cadres et des autorités étatiques* »⁴⁵ constitué d'usages, ainsi que de règles, principes généraux, et règles coutumières nationales internes ou internationales, mais auquel l'on ajoutera désormais une idée de « répétition ». C'est ainsi la régularité dans l'utilisation de certaines de ces règles par les juridictions étatiques, arbitrales, ou la pratique qui va justifier que l'on les « *élève progressivement au rang d'institutions coutumières* »⁴⁶. Le bénéfice de cette méthode sera alors de ne pas figer le contenu de la *lex mercatoria* puisqu'elle consistera seulement en la découverte d'une « *méthode et non [en] la consultation d'une liste* »⁴⁷.

Par voie de conséquence, juges et arbitres joueront alors un rôle majeur dans la découverte des principes résultant de la convergence de l'activité juridique des États.

However, in addition to the poverty of such a list in the light of the diversity of our legal systems, the disadvantage of this approach was that it would freeze the evolution of such a corpus of rules.

Therefore, a more detailed analysis⁴⁴ resulting from the Dijon scholars' papers was suggested.

*It will always be a law created "on the fringes of State frameworks and authorities"⁴⁵, made up of customs, as well as internal or international a-national rules, general principles and customary rules, but to which an idea of "repetition" will be added from now on. It is thus the regularity in the use of some of these rules by State, arbitral tribunals, or the practice, that will justify "their progressive elevation to the rank of customary institutions"⁴⁶. The benefit of this method will then be not to rigidly fix the content of the *lex mercatoria* since it will only consist in the "discovery of a method and not consulting a list"⁴⁷.*

As a result, judges and arbitrators will then play a major role in discovering the principles resulting from the convergence of the legal activity of States. The dialogue will thus make

⁴⁴ Cf not. : GOLDMAN, B. « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : Réalités et perspectives », *J.D.I.*, 1979, p. 487 ; GOLDMAN, B. « Frontière du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 188.

⁴⁵ FOUCARD, Ph. *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 402.

⁴⁶ LATTY, F. *La lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. « Études de droit international », 2007, p. 323 *sqq* ; RIGOZZI, A. *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle – Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J. – Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 76 *sqq*.

⁴⁷ GAILLARD, É. « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage », op. cit., n° 62.

C'est ainsi que ce dialogue permettra la création de véritables règles mercatoristes qui « *n'appartiennent en propre à aucun [des États]* », mais en même temps à tous.

Si ce droit mercatique et a-étatique fut principalement un construit de la justice arbitrale, c'est par les juridictions nationales⁴⁸ et arbitrales⁴⁹, mais surtout les conventions internationales⁵⁰ ou les législations nationales⁵¹ que sa consécration est intervenue. Ces dernières, dans le droit fil du mouvement d'autonomisation de l'arbitrage évoqué plus haut, ont effectivement reconnu la faculté qu'à l'arbitre d'appliquer non pas « *le droit* » au sens strict, mais « *des règles de droit* » et donc en creux l'application de la *lex mercatoria*⁵².

Mais il convient alors de se demander à ce stade dans quelle mesure l'application de cette *lex mercatoria* ne pourra que procéder d'un dialogue entre les juges et les arbitres, et non se suffire d'une seule création arbitrale ?

Le dialogue juge-arbitre trouvera en réalité

it possible to create genuine transnational norms that "do not belong to any [State] as such" but to all of them simultaneously.

*If this commercial and transnational law was mainly a product of arbitral justice, it is by national⁴⁸ and arbitral⁴⁹ courts, but above all by international conventions⁵⁰ or national legislation⁵¹ that its consecration has taken place. The latter, following the above-mentioned movement towards the autonomy of arbitration, have effectively recognized the arbitrator's power to apply not "the law" in its literal definition but "rules of law", and thus, the use of the *lex mercatoria*⁵².*

*At this point, however, the question arises as to which extent the application of such *lex mercatoria* can only be based on a dialogue between judges and arbitrators, and not on the sole creation of a single arbitral tribunal?*

The judge / arbitrator dialogue will actually have its origin in the arbitrator's obligation

⁴⁸ Sur une appréciation du système juridique de la *lex mercatoria* par les cours françaises : Cass. (1ère Ch. Civ.), 09 Oct. 1984, « *Norsolor c/ Pabalk* », *Rev. arb.*, 1985, p.431, obs. GOLDMAN, B. ; Cass. (1ère Ch. Civ.), 22 Oct. 1991, « *Sté Valenciana de Cementos Portland c/ sté Primary Coal* », *Rev. arb.*, 1992, obs. LAGARDE, P.

⁴⁹ Sentence C.C.I., n°3357, 1981, *J.D.I.*, 1982, n° 109, p. 971 *sqq.*, obs. DERAIS, Y. : « *La clause d'amicable composition donne à l'arbitre les moyens de limiter l'emprise du droit sur le litige au profit d'autres facteurs, et permet de soustraire des situations de fait, qui, dans une saine politique commerciale, méritent des traitements différents de l'application de règles juridiques* »

⁵⁰ Sur la base du pouvoir d'amicable compositeur des arbitres, *cf. not.* : Art. 7 de la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, le 21 Avril 1961.

⁵¹ *Cf. par ex.* : Art. 1478 du C.P.C. français ; Art. 34 al. 1. de la *Ley de 2003* espagnole.

⁵² Application possible par le rendu d'une sentence arbitrale en équité cependant. Sur la question : LOQUIN, É. « *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière des évolutions récentes du droit de l'arbitrage international* », *J.D.I.*, n°1, 1983, p. 293 – 345.

son origine dans la nécessité qu'aurait l'arbitre de ne pas contrarier l'ordre public du juge de l'État d'accueil (1), ce qui l'obligera à prendre en compte les attentes du juge étatique dans sa réflexion. Mais cette considération des attentes du juge étatique par les arbitres aura en contrepartie l'avantage d'amener les États à s'engager dans un mouvement de *favor arbitrandum* favorable à l'application et au développement des règles mercatoristes (2).

1. *La prise en compte du juge étatique lors de l'utilisation de la lex mercatoria par l'arbitre.*

17. La réponse à la question qui précède au sujet du caractère obligatoire de l'application de l'ordre public doit tout d'abord être envisagée à travers le fait que l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium pur* permettant de requérir l'exécution forcée de la sentence arbitrale en cas d'inexécution spontanée des parties. Dès lors, s'il ne veut pas que sa sentence demeure « *un simple chiffon de papier* »⁵³ du fait d'une absence d'exequatur et/ou d'un recours en annulation devant les tribunaux étatiques, l'arbitre se devra de respecter *a minima* les règles relevant de l'ordre public des États disposants d'un lien avec la sentence (État du

not to interfere with the public policy of the judge of the host State (1), which will require him to consider expectations of the State judge in his decision. But such consideration of the judge's expectations by the arbitrators will have at counterpart benefit of leading States into a favor arbitrandum movement towards the application and development of the lex mercatoria rules (2).

1. *The consideration of the state judge when the arbitrator uses the lex mercatoria.*

17. *The answer to the above question about the binding nature of States' public policy rules must first be considered in the light of the fact that the arbitrator does not have the pure imperium to enforce an arbitral award in case of spontaneous non-execution of the parties. Therefore, if the arbitrator does not want his award to remain a "mere piece of paper"⁵³ due to a lack of exequatur and/or because of an action to set aside the award before the State courts, they will have to respect the rules of public policy of the States having a connection with the award (State of the seat of arbitration, including the State(s) in which the arbitral award is to be enforced).*

⁵³ MAYER, P. « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre volonté », R.C.D.A.I., V, T. 217, 1989, p. 366.

siège du tribunal arbitral, État(s) d'accueil de la sentence arbitrale notamment).

En effet, l'application des principes de la *lex mercatoria* à une affaire ne pourra prospérer que si les règles découvertes n'ont pas « choqué » auparavant les principes essentiels défendus par la majorité des juridictions nationales. Ainsi, la validation d'une règle mercatoriste ne pourra être définitivement consacrée que si le principe général, hissé au rang de règle transnationale, a passé en quelque sorte le test de l'interrogation d'une majorité des systèmes normatifs⁵⁴. Or, ce test n'interviendra *in fine* que par la reconnaissance par les juges étatiques des principes dégagés par les arbitres à l'occasion de la reconnaissance ou de l'annulation d'une sentence arbitrale par exemple.

18. Ainsi, du fait des ordres publics étatiques, l'arbitre se devra de rechercher un dialogue constructif avec le juge en vue de voir ses sentences contenant des règles mercatoristes appliquées, mais aussi de se voir offrir au besoin le recours à la force publique. Depuis quelques décennies néanmoins, un effet miroir est à observer à ce dialogue.

Indeed, the extension of the principles of lex mercatoria to a case can only succeed if the rules revealed have not previously "offended" the fundamental principles protected by the majority of national courts. Consequently, the recognition of a rule of lex mercatoria can only be definitively established if the general principle, raised to the rank of a transnational rule, has somehow passed the test of its acceptability in the majority of normative systems⁵⁴. However, this test will only be applied if judges recognize the application of principles identified by the arbitrators when recognizing or setting aside an arbitral award, for example.

18. *Therefore, due to States public orders, the arbitrator will have to seek a constructive dialogue with the judge in order to ensure that its awards containing rules from lex mercatoria will be enforced and, if necessary, the assistance of the public force will be provided. However, a counterpart to this constructive dialogue has been noticeable in recent decades.*

⁵⁴ GAILLARD, É. « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J.D.I.*, 1995, vol. 1, p. 26.

2. *La prise en compte de l'application arbitrale de la lex mercatoria par le juge étatique.*

19. Les relations entre les justices étatiques et arbitrales étant aujourd'hui dépassionnées, les juges vont de plus en plus confier le contrôle du respect de leurs ordres publics aux arbitres. En ce sens et en s'astreignant au respect de la moyenne des exigences des ordres publics étatiques en vue de la création de normes mercatoristes, les arbitres seront progressivement reconnus comme des départiteurs de confiance. Ceci justifiera alors que les juges confient à l'arbitre un contrôle toujours plus élargi de leurs ordres publics et réduisent le champ des matières inarbitrables⁵⁵.

20. Ce recul de l'inarbitrabilité va en outre être encouragé par certains États qui ne contrôleront que très sommairement les sentences arbitrales lors de leur réception dans leur ordre juridique au stade de l'annulation ou de l'exéquatur de la sentence. En France par exemple, les juges ont affirmé au-delà des prescriptions légales dans la jurisprudence « *Thalès* »⁵⁶ qu'ils ne contrôleraient que les seules irrégularités qui « *crèvent les yeux* ». En usant de ces termes,

2. *Consideration of the arbitral application of the lex mercatoria by the judge.*

19. *As relations between States and arbitration courts are nowadays less passionate, judges will increasingly entrust the control of their public orders to the arbitrators. Indeed, by requiring themselves the respect of the average requirements of States public orders in order to create standards of lex mercatoria, arbitrators will gradually be recognized as trusted judges. This will then justify that judges entrust the arbitrator with an increasingly broad control of their public orders, in particular by reducing the scope of non-arbitrable matters⁵⁵.*

20. *The reduction of non-arbitrable matters will also be promoted by some States that will review arbitral awards very briefly at their annulment or enforcement stage. In France, for example, the judges have stated beyond the legal requirements in the "Thales"⁵⁶ case law that they would only control the irregularities that are "glaringly obvious". By using these terms, the judges thus demonstrate that they have full confidence in the arbitrators in the defense of their public*

⁵⁵ Cf., supra, n° 12, *in fine*.

⁵⁶ C.A. Paris (1ère Ch. Civ.), 18 Nov. 2004 « *SA Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile et EADS* », *Rev. arb.* 2005, p. 751 ; *J.D.I.*, 2005, p. 357 obs. MOURRE, A. ; *J.C.P. G.*, 2005, vol. 1, p 134, obs. SERAGLINI, Ch ; *R.C.D.I.P.*, 2006, p.104, obs. BOLLÉE, S.

les juges expriment ainsi leur pleine confiance aux arbitres dans la défense de leur ordre public⁵⁷. Les juges espagnols semblent d'ailleurs se diriger également vers un contrôle restreint de leur ordre public⁵⁸.

21. Par cela, on constate alors que les juges n'ont cessé de reconnaître l'étendue des pouvoirs normatifs (par la *lex mercatoria*) et juridictionnels des arbitres (par une large acceptation de leurs sentences et l'ouverture de l'ordre public étatique), du fait d'un dialogue basé sur une confiance en l'arbitrage.

Cette confiance va d'ailleurs être telle, que les juges eux-mêmes vont faire référence à des règles mercatoristes, voire à un ordre public transnational dans leurs jugements. En France par exemple, la cour de cassation a pu par plusieurs fois viser un ordre public « véritablement international et d'application universelle »⁵⁹ : un « ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux »⁶⁰ et « l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la

*order*⁵⁷. Spanish judges seem to be moving towards a restricted control of their public order as well⁵⁸.

21. As a result, we can note that judges have systematically recognized the normative (e.g. *lex mercatoria*) and jurisdictional powers of arbitrators (e.g. through wide acceptance of their awards and the openness of the State's public order), through a dialogue based on trust in arbitration.

The trust will be such that judges themselves will refer in their judgments to transnational rules, or even to a transnational public order. The French Cour de Cassation has, for instance and on several occasions, mentioned "a truly international and universally binding public order" in its case law⁵⁹: a "public order, which may not be universal, but which is at least common to all legal systems that protect the interests of individuals associated with corporate activities"⁶⁰ and "with the ethics of international affairs as understood by the majority of States in the international community"⁶¹.

⁵⁷ Sur une remise en cause récente de cette confiance dans le contrôle de l'ordre public par les arbitres, cf. not. : C.A. Paris (Pôle 1, Ch. 1), 21 Fév. 2017, « République du Kirghizistan c/ Belokon », *Rev. Arb.*, 2017, p. 915, obs. BOLLÉE, S. ; AUDIT, M.

⁵⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. « Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española », *Arbitraje : revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2015, vol III, n° 3, p. 823 – 852, not. p. 831 *sqq.*

⁵⁹ C.A. Paris (1ère Ch. Civ.), 25 Mai 1990, « Société Fougerolle c/ Société Procofrance », *R.C.D.I.P.*, 1990, p. 753.

⁶⁰ Cass. (1ère Ch. Civ.), *J.D.I.*, 1986, p. 159.

communauté internationale »⁶¹.

22. De même encore, mais en Suisse cette fois, le tribunal fédéral a pu un temps⁶² « *s'appuyer sur une notion universelle de l'ordre public, [... pour reconnaître une sentence] contraire aux principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les États civilisés* »⁶³ lors du contrôle d'une sentence arbitrale.

23. On constate alors à travers ces exemples que les juges étatiques ont appliqués par eux-mêmes des règles mercatoristes en justification du raisonnement juridique fondant leurs décisions.

Si cette référence à des règles transnationales s'explique aisément par la volonté des juges de donner plus de poids à un raisonnement qui aurait pu uniquement être tenu sur des règles nationales, en leur faisant référence les juges attestent néanmoins indirectement de leur propre impérativité. Alors même qu'elles ont souvent une origine nationale. En effet, c'est au préalable les ordres publics

22. *Similarly, albeit in Switzerland, the federal court briefly*⁶² "used a universal concept of public policy [... to recognize an award] that is contrary to the fundamental legal or moral principles recognized in all civilized states"⁶³ *when reviewing an arbitral award.*

23. *These examples show that the judges themselves applied transnational rules to justify the legal arguments they invoked to reach their decisions.*

While this reference to transnational rules can easily be explained by the judges' desire to give more weight to a decision that could have been based solely upon national laws, by referring to them, they are nevertheless indirectly attesting to their own imperativity. Even though they often have a national basis. Indeed, beforehand it is the state public orders that made possible to create a transnational

⁶¹ C.A. Paris (1ère Ch. Civ.), 10 Sept. 1993, « *European Gas Turbines S.A. c/ Westman International Ltd.* », *Rev. arb.*, 1994, p. 359, obs. BUREAU, D. : *R.C.D.I.P.*, 1994, p. 349, obs. HEUZE, V. ; *R.T.D. Com.*, 1994, p. 703, obs. LOQUIN, É.

⁶² Trib. Féd. Suisse, 08 Mars 2006, « *Tensacciai S.P.A. c/ Fressiney Terra Armata S.R.L.* », *Rev. arb.*, 2006, p. 763 obs. RADICATI DI BROZOLO, L. G. ; *Bull. ASA*, 2006, p. 521, not. p. 529 : « *une sentence [doit être vue comme] incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique* » (souligné par nous). Ici, le Tribunal Fédéral semble soumettre la prise en compte de cet ordre public transnational à la condition du respect impératif de ce dernier aux pré-requis imposés par l'ordre juridique Suisse, ce qui amoindrit de fait sa portée.

⁶³ Trib. Féd. Suisse, 30 Déc. 1994, « *State agency A and State owned Bank B c/ Consultant X* », *Bull. ASA.*, 1995, p. 217.

étatiques qui ont permis de créer un ordre public mercatique transnational, puisque celui-ci résulterait d'une application spontanée et régulière de la moyenne des ordres publics étatiques. Or c'est ce même droit mercatique qui s'est vu ensuite repris, telle une œuvre jurisprudentielle arbitrale autonome par les juges étatiques⁶⁴ afin de l'appliquer à leur tour.

Ce mouvement circulaire entre la justice étatique et arbitrale est ainsi révélateur de la naissance d'un dialogue créateur de norme juridique. Les juges et arbitres étant effectivement amenés à enrichir mutuellement leurs ordres juridiques respectifs.

II. Un dialogue juge – arbitre, permettant l'application de cette création normative judiciaire.

Si le dialogue juge - arbitre a permis la création d'un droit des marchands, il conviendra de constater cependant que les juges n'hésitent parfois pas à préférer un dialogue avec un arbitre, en lieu et place d'un dialogue avec un juge (A). La maturité de leurs relations est d'ailleurs aujourd'hui telle, que le juge est parfois amené à se mettre au service de l'arbitre par ses pouvoirs d'assistance (B).

public order, since this would result from a spontaneous and regular application of the average state public orders. However, the same transnational law was then taken over by the judges⁶⁴, as an autonomous arbitral jurisprudential work, in order to apply it back to their own courts.

The circular movement between state and arbitral justice is thus indicative of the birth of a dialogue that creates legal norms. Judges and arbitrators are effectively led to mutually enrich their respective legal orders.

II. A judge / arbitrator dialogue, allowing the application of the judicial normative creation.

If the judge / arbitrator dialogue has made it possible to create a merchant's right, it should however be noted that judges sometimes do not hesitate to opt for a dialogue with an arbitrator, instead of a dialogue with a judge (A). The maturity of their relations is now such that the judge is sometimes led to be at the arbitrator's disposal thanks to his ability to assist the arbitral process (B).

⁶⁴ *Contra, cf.* : JACQUET, J.-M. « L'ordre public transnational », *op. cit.*, p. 108 : Il ne serait pas certain que le juge étatique qui se réfère à l'ordre public mercatique ne le fasse pas uniquement pour renforcer un raisonnement qu'il aurait pu tenir de toute façon avec les règles de son propre ordre juridique.

A. Une création normative arbitrale rendue à l'égal du droit étatique par le juge.

24. Puisque le juge étatique a pu parfois être tenté d'appliquer les règles transnationales dégagées par l'arbitre et qu'il a pu déléguer à l'arbitre l'appréciation du respect de son ordre public, nous pourrions penser que les normes et décisions arbitrales bénéficieraient d'un statut privilégié face aux règles issues d'un autre ordre juridique étatique.

Un courant doctrinal a d'ailleurs pu énoncer en ce sens dès les années quatre-vingt en France l'idée que les sentences « *ne sont pas considérées comme des actes appartenant à un ordre juridique donné* »⁶⁵. Cela signifierait alors que les sentences arbitrales ne relèveraient pas de l'ordonnement juridique d'un État, mais d'un ordre juridique propre à l'arbitrage international dont la juridicité pourrait être trouvée⁶⁶ dans la *lex mercatoria* qui deviendrait en quelque sorte le volet constitutionnel⁶⁷ de l'arbitrage international.

25. La jurisprudence française fut réceptive à cette idée de sentence « *flottante au firmament transnational, connecté avec*

A. An arbitral normative creation made equal to State law by the judge.

24. *Since the State judge may sometimes have been tempted to apply the transnational rules identified by the arbitrator and was led to delegate the assessment of the respect of his public order to the arbitrator, one may think that arbitration norms enjoy a privileged status compared to rules from another State legal order.*

*In this regard, in the 1980s' France, a doctrinal trend began to develop the idea that awards "are not considered to belong to a specific legal system"⁶⁵. This would then mean that arbitral awards would not be part of any State's legal order, but of the legal order specific to international arbitration and whose legality could be recognized⁶⁶ in the *lex mercatoria*, which would become, as it were, the constitutional branch⁶⁷ of international arbitration.*

25. *French case-law has been open to such idea of an award "floating in the transnational firmament, connected with no national legal*

⁶⁵ MAYER, P. « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », in DERAIS Y. (dir.), *Droit et la pratique de l'arbitrage international en France*, Paris, F.E.D.U.C.I., 1984, p. 83.

⁶⁶ GAILLARD, É. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage*, op. cit., 240 p.

⁶⁷ GAILLARD, É. « Souveraineté et autonomie : réflexion sur les représentations de l'arbitrage international », *J.D.I.*, Vol. 4, 2007, p. 1166 – 1173.

aucun ordre juridique national »⁶⁸. Ainsi, et pour ne citer que la célèbre affaire « *Hilmarton* »⁶⁹ bien connue des spécialistes de l'arbitrage international, les juges suprêmes Français ont pu énoncer que « *la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation [dans le pays d'origine] et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international* ». Cette décision signifia en d'autres termes que le juge de l'État hôte prononçant une annulation ne le ferait désormais plus que pour son seul État, et non sur l'ensemble du globe comme auparavant. Si d'autres décisions Françaises⁷⁰, Autrichienne⁷¹, Belge⁷², voire Américaine⁷³ ont pu statuer dans le même sens, notons néanmoins que la majorité des droits (dont le droit Espagnol⁷⁴)

order"⁶⁸. Thus, and to quote only the famous "Hilmarton" case⁶⁹, well known to international arbitration specialists, the French judges ruled that "the award rendered in Switzerland was an international award which was not integrated into the legal order of that State, so that its existence remained established despite its annulment [in the country of origin] and so that its recognition in France was not contrary to international public policy". In other words, this means that the judge of the seat of arbitration setting aside the decision would do so only for his own State, and not for the whole world as before. While other French⁷⁰, Austrian⁷¹, Belgian⁷² and even American⁷³ decisions have ruled accordingly, it should nevertheless be noted that the majority of laws (including Spanish law⁷⁴) are not receptive to this line of thought, since they prefer a localized approach of arbitration.

⁶⁸ Cf. : C.A. de Londres, 08 Juin 1984, « *bank mellat c/ helliniki technicki S.A.* », 1984, *Q.B.*, vol. 1, p. 291 *sqq.* pour un raisonnement *a contrario*.

⁶⁹ Cass. (1ère Ch. Civ.), 23 mars 1994, *J.D.I.*, 1994, p. 701, obs. GAILLARD, É.; *Bull. Civ.*, 1994, I, n°104 ; *Rev. arb.*, 1994, p. 377, obs. JARROSSON C.; *R.C.D.I.P.*, 1994, p. 356, obs. OPPETIT, B.; *R.T.D. Com.*, 1994, p. 702, obs. DUBARRY J-Cl. et LOQUIN, É.

⁷⁰ Cass. (1ère Ch. Civ.) 29 Juin 2007, « *Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et a.* », *J.D.I.*, 2007, Vol. 3, p. 1236, obs. CLAY T. ; *Bull. civ.*, I, n°250 et 251 ; *L.P.A.*, 2007, n°192, p. 20, obs. DE BOISSÉSSON, M. ; *Rev. arb.*, 2007, p. 507, obs. GAILLARD, É. ; *R.J.D.A.*, 2007, p. 883, obs. ANCEL, J-P. ; *R.T.D. Com.*, 2007, p. 682, obs. LOQUIN, É. ; *R.C.D.I.P.*, 2008, p. 109, obs. BOLLÉE, S. ; *J.C.P. G.*, 2006, I, 216, §7, obs. SERAGLINI, Ch. ; *D.*, 2008, p.189, obs. CLAY, T. ; *Gaz. Pal.*, 21/22 Nov. 2007, *Cah. Arb.*, p. 2, obs. PINSOLLE, Ph. ; *Gaz. Pal.*, 21-22 Mars 2008, *Cah. Arb.*, p. 23, obs. DEBOURG, Cl.

⁷¹ Cour suprême d'Autriche, 20 Oct. 1993, « *Radenska c/ Kajo* », *Rev. arb.*, 1998, p. 419, obs. LASTENOUSE, P. et SENKOVIC, P. ; Cour suprême d'Autriche, 23 Fév. 1998, *Rev. Arb.*, 1999, p. 385 obs. LASTENOUSE, P. et SENKOVIC, P. ; *R.D.A.I.*, 1999, p.823, obs. IMHOOS, Ch.

⁷² Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 06 Déc. 1998 « *Sonatrach c/ Ford Bacon & Davis Inc.* », *Bull. ASA.*, 1989, p. 213 ; *Journ. des Tribunaux*, 1993, p. 685 obs. KEUTENGEN, G. ; *Yearbook*, 1990, vol XV, p. 370 – 377.

⁷³ Cour du District de Colombia « *Chromalloy Aeroservices c/ République Arabe d'Égypte* », 31 Juil. 1996, *Rev. arb.*, 1997, p. 439.

⁷⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. « El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, 2005, p. 605 – 637 ; FERNÁNDEZ

ne sont pas réceptifs à ce courant de penser puisqu'ils préfèrent une vision localisatrice de l'arbitrage.

26. Or, la conséquence de cette avancée de l'autonomisation de l'arbitrage dans le cadre du sujet qui nous préoccupe est toute trouvée. En effet, à suivre ces jurisprudences, le juge de l'État d'accueil d'une sentence internationale serait désormais prêt à reconnaître une sentence quand bien même elle devrait être annulée par la suite par la justice du siège du tribunal arbitral. Cela, au motif qu'elle émanerait d'un ordre juridique arbitral propre et non de l'ordre juridique du siège.

Aussi, si l'on a vu que le dialogue juge – arbitre avait mené à la création d'un droit transnational dégagé conjointement, il est désormais possible d'affirmer par ces décisions que la reconnaissance d'un ordre juridique propre à l'arbitre a pu amener le juge à préférer un dialogue juge – arbitre, à un dialogue entre juges étatiques lors de l'exécution des sentences. Cette *lex mercatoria* couplée au respect de l'ordre public transnational pourrait donc désormais être préférée au respect d'une décision d'annulation issue de l'État du siège. Il est en effet parfois plus sûr que le contrôle d'une décision selon les pré-requis du droit d'ordre

26. However, the consequence of the progress in the autonomization of arbitration in this study is obvious. Indeed, according to the case-law mentioned above, the judge of the State in which an international award is made would now be ready to recognize an award even if it would have to be subsequently set aside by the court of the seat of the arbitral tribunal. The reason is that it would derive from its own arbitral legal system and not from the legal system of the seat.

*Hence, if the dialogue between judge and arbitrator had led to the creation of a transnational law that had been jointly established, it is now possible to state by these decisions that the recognition of a legal order specific to the arbitrator may have led the judge to prefer a dialogue between judge and arbitrator, to a dialogue between judges from different states during the enforcement of awards. The *lex mercatoria* combined with the respect of transnational public order could therefore be preferred to the respect of a decision of annulment issued from the seat of arbitration. Indeed, it is often more certain that the supervision of a decision according to*

ROZAS, J. C. « Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral », *LIMA arbitration*, n°2, 2007, p. 25 – 62.

public transnational corresponde à celui de l'État d'accueil, que celui d'un État siège de l'arbitrage qui pourrait être tenté d'annuler une décision pour des questions d'opportunité ou sur la base d'un motif inconnu dans d'autres États.

Ce dialogue juge – arbitre est alors ici l'éclatante confirmation de la normativité de ce droit des marchands, après qu'il en ait été l'instigateur de sa création.

B. Un dialogue poussé à son paroxysme : le juge au service de la création judiciaire de l'arbitre.

27. Il convient d'envisager très rapidement un autre aspect du dialogue entre ces deux juges qui tient à l'assistance du juge en faveur de l'arbitre. Bien qu'il ne semble pas avoir fait encore œuvre normative au sens strict pour l'instant, il est probable qu'il puisse l'y favoriser.

28. En effet, tel que nous l'avons abordé tout au long de cette intervention, il semble évident que ces deux juges participent désormais côte à côte au fonctionnement d'un système de justice transnationale, sans situation de prévalence de l'un vis-à-vis de l'autre. Selon certains auteurs d'ailleurs, l'accroissement des fonctions d'appui des

the requirements of the transnational public order system corresponds to that of the host State, than that of the State of the seat which might be inclined to annul a decision for considerations of opportunity or on basis unknown in other States.

The dialogue between judge and arbitrator is then the clear proof of the normativity of this merchants' right, after it was the creator of it.

B. A dialogue pushed to the extreme: judge in service of arbitrator's judicial creation.

27. Another aspect of dialogue between these two judges that should be briefly considered is judge's assistance in support of the arbitrator. Although it does not seem to have produced any normative activity for the moment, it is likely that it could facilitate it.

28. Indeed, as discussed throughout this speech, it seems clear that these two judges now participate side by side in a transnational justice system, with no prevalence of one over the other. According to some authors, the worldwide increase of interim measures provisions in support of arbitration allows us to state that the "juges d'appui" are actually

juges étatiques en faveur de l'arbitrage à travers le monde permet d'énoncer que ces derniers se mettraient même « *au service* »⁷⁵ de l'arbitre. L'ensemble des lois d'arbitrage, telle la loi espagnole en son article 8 de la *ley* de 2003, mettent effectivement le juge en situation d'assistance à l'arbitrage. Ils apportent ainsi leurs concours notamment lors de la constitution du tribunal arbitral en s'assurant de l'efficacité de la convention d'arbitrage menant à l'arbitrage, en vue de la bonne tenue de la mission juridictionnelle du tribunal (nomination, récusation des arbitres...), ou encore lors de l'administration des preuves. Mais il convient de constater que c'est particulièrement en France que le juge se situe en position « d'auxiliaire » de la justice transnationale.

29. Ainsi et depuis le décret du 13 janvier 2011, en matière d'administration de preuve détenue par des tiers par exemple, le juge des référés ne pourra voir prospérer la demande d'une partie tendant à la production de preuve que si le tribunal arbitral l'y « invite »⁷⁶. En ce sens, le juge étatique sera alors soumis à l'approbation de l'arbitre afin de pouvoir accueillir la demande de la partie devant son propre prétoire. Nous sommes alors bien loin du monologue stérile du juge

putting themselves "at the service"⁷⁵ of the arbitrator. All arbitration laws, such as the Spanish law in its article 8 of the ley of 2003, put the judge in a situation of assistance to the arbitration. In particular, they assist the arbitral tribunal in its constitution by ensuring the effectiveness of the arbitration agreement, of its jurisdictional mission (appointment, challenge of arbitrators, etc.), and of the production of evidence. But it should be noted that it is particularly in France that the judge is in position of an "officer" of transnational justice.

29. *Thus and for example, since the French decree of January 13, 2011, in matters of evidence held by third parties, the President of the Court will only be able to hear a party's request for the production of evidence if the arbitral tribunal "invites"⁷⁶ it to do so. In this regard, the French judge will then be subject to arbitrator's approval in allowing the claim before his own court. We are thus far from the sterile monologue from the judge to the arbitrator considered at the beginning of our*

⁷⁵ LOQUIN, É. « Le juge et l'arbitre », in *Le juge et l'arbitrage* [...], *op. cit.*, p. 28.

⁷⁶ Art. 1469 C.P.C.

envers l'arbitre envisagé au début de nos propos.

Cet état de fait est d'ailleurs une nouvelle fois confirmé en France où la compétence du juge d'appui⁷⁷ est bien plus étendue que dans les autres pays. En effet, son concours est certes possible (comme dans les autres pays) si le siège du tribunal a été fixé en France, mais aussi dès lors que les parties lui en ont délégué compétence (par une clause d'élection, ou le choix la loi de procédure française). Mais plus encore, l'originalité du juge d'appui français se révèle désormais par sa compétence par défaut en cas de risque d'un déni de justice, quand bien même l'arbitrage n'aurait aucun lien avec la France. La mise à disposition du juge étatique dans le but d'assister la justice transnationale issue d'un droit mercatique que constitue l'arbitrage est alors ici flagrante.

30. De fait alors, bien que ce dialogue juge – arbitre ne participe pas de lui-même en la création de normes juridiques mercatoristes, il ne fait que peu de doute qu'il en favorise cependant son application du fait de l'apport quasi systématique d'*imperium* qu'il procure à l'arbitre. En se mettant à disposition de l'arbitre, le juge renforcerait alors indirectement le pouvoir normatif de l'arbitre

speech.

This fact is once again confirmed in France, where the jurisdiction of the "juge d'appui" is much more extended than in other countries. Its assistance is indeed possible (as in other countries) if the seat of the court has been fixed in France, but also if the parties have delegated jurisdiction to this country (by a choice of court clause or by the choice of procedural law). But more than that, the originality of the French "juge d'appui" is now revealed by its jurisdiction in case of a denial of justice, even though the arbitration would have no connection with France. It is therefore obvious that the judge is placed at the disposal of the arbitrator with the aim of assisting the transnational justice resulting from a transnational law, which is arbitration.

30. *In fact then, although the dialogue between judge and arbitrator does not in itself contribute to the creation of transnational norms, there is no doubt that it does, however, promote their application because of the almost systematic awarding of imperium to the arbitrator. In putting themselves at the disposal of the arbitrator, the judge would indeed strengthen indirectly the normative authority of the arbitrator.*

⁷⁷ Art. 1505 C.P.C.

*
* *

Concluons simplement cette intervention en remarquant que la justice arbitrale revient de loin. Moribonde au temps de la constitution des États-Nation, l'œuvre créatrice issue du dialogue entre le juge l'arbitre et la doctrine a permis de lui (re)donner toute son autonomie. Autonomie dont le point d'orgue aura été la création de cette *lex mercatoria* qui justifiera ensuite la juridicité intrinsèque de l'arbitrage.

Ce processus de création normatif étant aujourd'hui en phase d'être abouti, le dialogue juge – arbitre ne s'effectuera alors désormais que d'égal à égal entre ces deux entités, en vue d'une bonne administration de l'arbitrage international.

*
* *

*Let us simply conclude this speech by noting that arbitral justice has come a long way. Moribund at the time of the constitution of nation-states, the creative work that resulted from the dialogue between judge, arbitrator and doctrine has allowed it to grant (or restore) its full autonomy. Autonomy which has culminated with the creation of the *lex mercatoria* which will then justify the intrinsic juridical status of arbitration.*

This process of legislative creation having now reached its conclusion, the dialogue between judge and arbitrator will henceforth only be conducted on an equal footing between these two entities, i.e. for the proper administration of international arbitration.