

IUS COMPARATUM

POURQUOI CE SUJET ? – WHY THIS TOPIC?

Diego P Fernández Arroyo



VOLUME 1 – 2020

LE RECOURS À LA
MÉTHODOLOGIE DU
DROIT COMPARE EN
ARBITRAGE
INTERNATIONAL

THE USE OF
COMPARATIVE LAW
METHODOLOGY IN
INTERNATIONAL
ARBITRATION

aidc-iacl.org

Ius Comparatum rassemble chaque année des publications académiques sur diverses questions juridiques ayant fait l'objet d'une analyse de droit comparé.

Toutes les publications sont disponibles sur le site Web de l'Académie et sont publiées avec l'ambition de faire avancer la recherche en droit comparé.

La qualité de la publication est garantie par une sélection en interne suite à un appel à contributions pour le thème choisi chaque année. Le contenu est la responsabilité des auteur(e)s. Les articles peuvent être téléchargés par des particuliers, pour leur propre usage, sous réserve des règles ordinaires du droit d'auteur.

Tous les droits sont réservés.

Aucune partie de cette publication ne peut être reproduite sous quelque forme que ce soit sans l'autorisation des auteur(e)s.

Directeur de publication (Volume 1)
Dr. Alexandre Senegacnik

Académie internationale de droit comparé

Citation

Diego P Fernández Arroyo, 'POURQUOI CE SUJET ? – WHY THIS TOPIC?' *Ius Comparatum* 1(2020) X-XV [International Academy of Comparative Law: aidc-iacl.org]

Ius Comparatum gathers each year academic publications on diverse legal issues analyzed from a comparative law perspective.

All publications are available on the Academy's website and are released in the interest of advancing comparative law scholarship.

The quality of the publication is guaranteed by an internal review following a Call for Papers for each year's selected topic. The content is the responsibility of authors. Papers may be downloaded by individuals, for their own use, subject to the ordinary copyright rules.

All rights reserved.

No part of this publication may be reproduced in any form without permission of the author(s).

Editor (Volume 1)
Dr. Alexandre Senegacnik

International Academy of Comparative Law

Cite as

Diego P Fernández Arroyo, 'POURQUOI CE SUJET ? – WHY THIS TOPIC?' *Ius Comparatum* 1(2020) X-XV [International Academy of Comparative Law: aidc-iacl.org]

POURQUOI CE SUJET ? — WHY THIS TOPIC?

Diego P. Fernández Arroyo*

Peu d'acteurs juridiques sont aussi exposés au droit comparé que les arbitres transnationaux.

Même lorsque la loi applicable au fond a préalablement été identifiée par les parties, et même lorsqu'elle coïncide avec la loi du siège de l'arbitrage, le scénario le plus courant est celui d'au moins cinq contextes juridiques réunis autour de l'affaire : ceux (à minima deux) des parties et ceux des trois arbitres. En conséquence, la loi choisie, aussi claire qu'elle puisse paraître à première vue, sera probablement considérée à travers différents prismes.

Par ailleurs, les équipes d'avocats représentant les parties sont souvent également composées de différentes nationalités, ce qui peut également avoir un impact sur le contenu juridique des conclusions soumises aux arbitres. Il va sans dire qu'il convient d'éviter l'association irréfléchie et hâtive entre la nationalité et le contexte juridique, la réalité étant évidemment bien plus complexe. Les arbitres transnationaux, ainsi que les conseils et les responsables des institutions d'arbitrage, ont souvent des parcours juridiques riches et pluriels. Beaucoup d'entre eux ont été éduqués ou ont été exposés à différents systèmes juridiques. Les réactions comparatives sont donc logiques¹.

Few legal actors are as exposed to comparative law as transnational arbitrators.

Even when the applicable law to the merits has been well identified beforehand by the parties, and even it coincides with the law of the seat of the arbitration, the most common scenario is that of at least five legal backgrounds gathered around the case: those (at least two) of the parties and those of the three arbitrators. As a consequence, the selected law, no matter how clear it may appear a first glance, will probably be viewed through different prisms.

Furthermore, the teams of counsel representing the parties are often also multinational, which may further have an impact on the legal content of the submissions received by the arbitrators. Needless to say, one should avoid the hasty and thoughtless association between nationality and legal background, the reality being obviously more complex. Transnational arbitrators, as well as counsel and the staff of arbitral institutions, have often rich, plural legal backgrounds. Many of them have been educated in or have been exposed to different legal systems. Comparative reactions are thus logical.¹

Tout cela signifie qu'en ce qui concerne le sujet le plus fréquemment évoqué — c'est-à-dire la détermination de la loi applicable — chaque fois que la prise de décision arbitrale transnationale est en jeu, les termes « comparaison », « comparatif » et les autres termes similaires semblent inévitables. Peut-être que l'accent ainsi mis sur les questions de droit applicable est lié à l'influence que la doctrine de droit international privé — prise dans sa version plus « conflictuelle » (classique) — a eu sur les fondements de l'arbitrage moderne.

Cependant, ces questions ne sont qu'un des multiples visages des relations entretenues par le droit comparé avec l'arbitrage. De nos jours, l'activité des arbitres rencontre une myriade de situations nécessitant l'exercice des muscles comparatifs des arbitres. Prenons, par exemple, tout aspect procédural de l'arbitrage transnational. Il est indéniable que la procédure d'arbitrage connaît un processus de normalisation universelle rampante. Indépendamment des règles applicables ou du siège, les principaux éléments procéduraux de tout arbitrage ont tendance à être similaires. Les arbitres transnationaux sont familiers avec ces derniers, où qu'ils siègent. Néanmoins, l'approche de chaque arbitre sur des questions telles que la demande de production de documents, l'obtention d'un témoignage oral ou la répartition des coûts dépend encore considérablement de sa culture juridique. Le récent débat opposant les règles de l'IBA aux règles de

Prague est une manifestation de cette réalité.

All this means that as far as the most frequently invoked topic is concerned—*i.e.* ascertaining the applicable law—whenever transnational arbitration decision-making is at stake, the words “comparison”, “comparative” and the like seem unavoidable. Perhaps the stress on applicable law issues may be linked to the influence that private international law scholarship—taken in its more “conflictual” (classical) version—has had on the foundation of modern arbitration.

However, such issues are just one of the multiple faces of the relationship which comparative law entertains with arbitration. Nowadays arbitrators' activity encounters a myriad of situations that require the exercise of arbitrators' comparative muscles.

Take, for instance, any procedural aspect of transnational arbitration. It is undeniable that arbitration proceedings experience a process of creeping universal standardization. Irrespective of the applicable rules or the seat, the main procedural elements of any arbitration tend to be similar. Transnational arbitrators are used to them, wherever they seat. Nevertheless, the approach of each single arbitrator to issues such as the request of document production, the taking of oral testimony, or the allocation of costs still considerably depends on her legal culture. The recent debate confronting IBA Rules versus Prague Rules is a manifestation of this reality.

Malgré leurs différences, la manière dont les questions de droit applicable et les questions de procédure sont actuellement présentées dans des cas réels met en lumière un autre aspect de la notion contemporaine de droit comparé.

L'association traditionnelle entre droit comparé et systèmes juridiques nationaux — qui peine à se maintenir dans de nombreux domaines — est particulièrement contestée dans l'arbitrage transnational.

En réalité, bien que le droit étatique soit traditionnellement considéré comme la cible essentielle de l'analyse du droit comparé dans ce domaine ainsi que dans d'autres domaines juridiques, l'importance croissante du droit non étatique révèle l'obsolescence de ce présupposé classique.

Je prends le terme « non étatique » dans son acception la plus large, c'est-à-dire en ce qu'il regroupe non seulement les règles privées substantielles ou procédurales de toute nature, mais également les normes élaborées à l'échelon international.

Des expressions telles que « règles de droit », les « procédures transnationales » ou l'« ordre public transnational » indiquent à quel point l'utilisation incontournable de la méthodologie du droit comparé par les arbitres n'est pas — et ne peut pas être — limitée au droit des États.

Bien sûr, rien de ce qui précède n'est nouveau. Dans *l'avant-propos* de ce livre, Alexandre Senegacnik cite René David, écrivant il y a près de soixante ans sur le sujet.

Notwithstanding their differences, the way in which both, applicable law issues and procedural matters, are currently presented in real cases sheds light on another aspect of the contemporary notion of comparative law.

The traditional association between comparative law and national legal systems—which hardly resists in many fields—is particularly challenged in transnational arbitration.

In fact, although state law has been traditionally understood as the essential target of comparative-law analysis in this field as well as in other legal fields, the growing significance of non-state law reveals the obsolescence of this common assumption.

I am taking the concept of “non-state” in its broader meaning, that is to say, as referred not only to private substantial or procedural rules of all kinds but also to the norms elaborated at an international level.

Expressions such as “rules of law”, “transnational procedure” or “transnational public policy” indicate to what extent the inescapable use of the comparative law methodology by arbitrators is not—and cannot be—limited to state law.

Of course, nothing of the foregoing is new. In the *Foreword* of this book, Alexandre Senegacnik quotes René David, writing sixty years ago on this topic.

Plus proche de notre époque, mais certainement pas hier, Pierre Lalive — dont les contributions exceptionnelles en tant qu'universitaire au droit international privé (y compris l'arbitrage) sont largement connues et qui est unanimement considéré comme l'un des plus grands avocats et arbitres de tous les temps — a donné son propre témoignage sur notre sujet : « Si je devais résumer, en quelques mots, la leçon la plus importante que j'ai apprise au cours de plusieurs décennies d'expérience pratique en tant que conseil ou arbitre, mon choix tomberait sans hésitation sur l'extrême importance de ce que l'on appelle la dimension « culturelle » ainsi que l'une de ses principales conséquences: *c.-à-d.* la nécessité d'une 'approche comparative' et d'une vision réellement internationale »².

Ce qui est relativement nouveau, et rend encore plus urgent le besoin évoqué par Lalive, est le rôle central de l'arbitrage et de sa progressive *transnationalisation*. Comme il est bien connu, selon la matière concrète en jeu, l'arbitrage est devenu la juridiction compétente prédominante ou *de facto* exclusive pour le règlement des différends transnationaux. Cette centralité provoque non seulement un fort impact sur le discours de légitimité, mais a aussi des conséquences pratiques importantes³.

En outre, d'un point de vue éducatif, l'arbitrage est également devenu une partie inévitable du droit international, tant privé que public.

Closer to our time but certainly not yesterday, Pierre Lalive—whose outstanding contributions as an academic in private international law (including arbitration) are broadly known and who is unanimously considered as one of the greatest counsel and arbitrators ever—gave his own life testimony on our subject: “If I had to sum up, in a few words, the most significant lesson I learned in several decades of practical experience as counsel or arbitrator, my choice would unhesitatingly fall on the extreme importance of the so-called ‘cultural dimension’, together with one of its main consequences: *i.e.* the necessity of a ‘comparative approach’ and of a really international outlook.”²

What is relatively new and makes the need evoked by Lalive even more urgent, is the central role of arbitration and its progressive *transnationalisation*. As it is well known, depending on the concrete involved matter, arbitration has become the prevalent or *de facto* exclusive jurisdiction for the settlement of transnational disputes. This centrality is provoking not only a strong impact on the legitimacy discourse but also has important practical consequences.³

Furthermore, from an educational perspective, arbitration has also become an unavoidable part of international law, both private and public.

Ce n'est pas un hasard si cette nouvelle trilogie de droit international, d'arbitrage et de droit comparé est présente dans toutes les contributions de ce volume.

En résumé, aucun autre sujet n'a été plus approprié pour lancer la publication *Ius Comparatum* que l'arbitrage. On pourrait même dire que c'était le sujet évident.

J'espère que le contenu de ce premier numéro sera aussi instructif qu'utile pour tous ses lecteurs.

It is not by chance that this new trilogy of international law, arbitration and comparative law is present in all the contributions of this volume.

Summing up, no other topic was more appropriated to start the *Ius Comparatum* publication than arbitration. One might even say that it was the obvious topic.

I hope that the content of this first issue will be as instructive as useful for all its readers.

* Secrétaire général de l'Académie internationale de droit comparé – Secretary-General of the International Academy of Comparative Law.
Contact: [diego.fernandezarroyo\[at\]sciencespo.fr](mailto:diego.fernandezarroyo[at]sciencespo.fr)

¹ D'autres facteurs contribuent à l'urgence de réactions comparatives. Par exemple, de nombreux arbitrages en matière d'investissement sont menés en deux langues, ce qui implique un effort considérable dans la recherche d'une terminologie équivalente. Other factors contribute to the emergence of comparative reactions. For instance, many investment arbitrations are conducted in two languages, which implies a considerable effort in the search of equivalent terminology.

² Pierre Lalive, Cultural differences and international arbitration, 9 *Euromoney* (1995) 13-15. [Free Translation into French].

³ Diego P. Fernández Arroyo, "Nothing is for Free: The Prices to Pay for Arbitralizing Legal Disputes" in L. Cadet, B. Hess & M. Requejo Isidro (eds.), *Privatizing Dispute Resolution*, Baden-Baden, Nomos (2019) 615-646.