



## Vues comparées sur la composition des tribunaux arbitraux

Lundi 28 mai 2018 de 17h à 20h, 28 rue Saint Guillaume, 75007 Paris

Hugh Mercer transcription audio intervention (pour le site de la Société de Législation Comparée) :

*Mr Hugh Mercer QC, Barrister et arbitre, Essex Court Chambers & Alphalex Avocats, Président du Comité Avocats.eu du Conseil des Barreaux européens (CCBE), Président de la Commission Brexit du Bar of England and Wales.*

Merci Madame la présidente,

Tout d'abord bien évidemment, c'est un grand honneur pour moi d'intervenir dans cette maison, maison de droit comparé pour laquelle j'ai travaillé, fait un commentaire sur ce qui était le règlement 44/2001. Moi j'étudiais la jurisprudence comparative, et mon collègue, mon correcteur, il avait ce qu'on appelait à l'époque un *screen saver*, je ne sais pas si ça existe encore, qui disait que les comparatistes sont les aristocrates de la jurisprudence. Et je trouve quand on fait du droit comparé c'est plutôt une discussion engagée. Je trouve que c'est le moment du droit comparé comme ça ne l'a jamais été. Quand j'étais à l'université on disait que le droit comparé ne sera jamais renouvelé et je trouve que de nos jours en fait quand on voit les arbitrages internationaux, c'est vraiment LE moment du droit comparé. Je fais souvent des dossiers de droit français, droit allemand etc. devant des tribunaux publics et c'est très intéressant de voir les juges appliquer différents droits et les comparer.

Premier point de l'exposé :

Retournons au sujet de ce soir. Comme vous le savez probablement, nous avons depuis 1996 une loi en Angleterre (Arbitration Act 1996), qui a constitué un tournant important vis-à-vis du rôle de surveillance des tribunaux britanniques, des tribunaux ordinaires [étatique ?], sur les tribunaux arbitraux. Bref les tribunaux ordinaires sont devenus la solution de dernier ressort en laissant la plupart des questions, des problématiques aux tribunaux arbitraux, aux règles des institutions arbitrales, aux pouvoirs des parties. Ce qu'on met en premier lieu c'est le choix des parties. Une fois de plus en droit Anglosaxon la liberté contractuelle prend le dessus par rapport au contrôle de l'Etat.

Je cite quelques exemples. Par exemple avec l'article 18 de notre loi, les parties peuvent se mettre d'accord sur ce qui se passe si la procédure pour nommer les arbitres échoue. On ne va pas s'adresser directement au tribunal même si le système pour nommer l'arbitre échoue. Il y a des règles exceptionnelles souvent qui prévoient un système pour remédier à cet échec. Et même si on s'adresse au tribunal, la coutume c'est que les deux parties proposent des noms au juge. Le juge n'a pas vraiment de liste avec lui. Il n'y a pas vraiment cette culture qui existe en France d'avoir un juge qui a sa propre liste d'experts pour les différentes matières. S'il y a éventuellement une liste d'arbitres, les parties sont censées suggérer plusieurs noms au juge. Et même si le tribunal doit nommer un arbitre, le juge va tenir compte non seulement du choix des parties pour le choix des noms, mais il va aussi prendre en compte

l'expérience et les qualifications requises de l'arbitre. Malgré l'intervention du tribunal, l'objectif est de respecter au maximum le choix contractuel des parties.

Normalement le choix de deux arbitres est interprété comme étant le choix de deux arbitres et d'un président. On comprend ça c'est quand on regarde les articles 15 et 22 du AA 1996, à moins que les parties aient spécifié qu'il n'y aurait pas de président. Et ceci même quand c'est le tribunal qui statue on laisse un maximum de choix aux parties. C'est une innovation par rapport aux pouvoirs des tribunaux avant 1996.

C'est un pouvoir qui reste important pour les tribunaux ordinaires [étatique ?].

#### Deuxième point de l'exposé :

C'est aussi cité dans la maquette de cette conférence. C'est le souci de s'assurer de l'indépendance et l'impartialité des arbitres, en d'autres termes d'éviter des conflits d'intérêt. Je pense qu'on pourrait en discuter par la suite, dans la partie discussion qui va suivre. Les tribunaux ordinaires ont le droit d'écarter un arbitre d'un arbitrage. Ce droit n'est pas limité aux questions de conflit d'intérêt, il existe aussi pour des questions de contre-indications pour raisons de santé, ou refus de faire avancer l'arbitrage dans un délai raisonnable.

Mais je vais me concentrer sur la question des conflits d'intérêt. Même pour cette question il est possible pour les parties de se mettre d'accord sur ce qu'il va se passer si jamais un conflit d'intérêt se présente chez un arbitre. Mais en général ça sera traité dans le cadre des règles institutionnelles. L'appréciation d'un conflit d'intérêt peut s'avérer plus ou moins intensive selon l'approche du juge en question. Les juges de notre chambre commerciale sont tous des avocats, enfin ils ont tous été des avocats, avec au moins 20 ans d'expérience de barreau. Ils reconnaissent qu'une attaque sur un arbitre pour manque supposé d'indépendance, peut aussi être une stratégie par l'une des parties, qui va tenter de voir dans le CV, l'approche ou l'attitude de l'un des arbitres un conflit avec les intérêts de son client dans l'arbitrage.

Comment se passe l'appréciation des conflits d'intérêt ? D'abord le test est objectif. On parle dans la loi de doutes justifiés quant à l'impartialité, donc des doutes qui doivent être justifiés. Le test est le même pour constater un conflit d'intérêt que ce soit pour un juge ou pour un arbitre. En d'autres termes il est tout aussi difficile d'écarter un juge d'un dossier, qu'il est d'écarter un arbitre d'un dossier. On se réfère à l'arrêt *Porter v Magill*<sup>1</sup>, dans le cadre du chef du conseil de la commune de Westminster contre Magill, quelqu'un de bien informé, a eu le droit, en connaissance des faits de conclure qu'il y avait eu une réelle possibilité que l'arbitre en question manque d'impartialité.

Je vais vous donner un exemple. En 2016, une société W est en arbitrage contre une autre société M. Le cabinet d'un des arbitres, que j'appellerai H un canadien qui a beaucoup d'expérience en arbitrage, était comme de nombreux arbitres encore membre de son cabinet d'avocats. Mais dans les faits il n'exerçait plus du tout comme avocat, il exerçait uniquement comme arbitre. Il était resté dans le cabinet pour bénéficier des avantages liés à la structure. Dans tous ses arbitrages quand il était nommé arbitre, il faisait une recherche pour vérifier les potentiels conflits d'intérêt. Dans cette affaire il avait fait cette même recherche, mais le client étant plutôt récent et malgré son enquête habituelle, il n'avait pas constaté que l'un des clients du cabinet d'avocats était une société liée avec la partie défenderesse en arbitrage. La partie requérante en arbitrage a découvert cela et a cherché à écarter cet arbitre de l'arbitrage. Mais bon, en l'espèce, l'arbitre avait fait les vérifications nécessaires et il disait aussi dans le *witness statement*, comme on le fait en droit anglo-saxon, que s'il l'avait su il l'aurait divulgué [précisé ?] à l'avance pour laisser libre choix aux parties de l'écarter de l'arbitrage ou de l'accepter. La partie requérante a alors cité le code de conduite de « IBA » (International Bar Association). Pour le code de conduite « IBA » un client du cabinet qui était lié avec la partie demanderesse constituait un

---

<sup>1</sup> *Magill v. Porter* [2001] UKHL 67 (13th December, 2001)

conflit d'intérêt. Car en plus c'était aussi un client qui avait rapporté pas mal d'honoraires au cabinet d'avocats. Le juge a tenu compte de ce code de conduite, en soulignant que c'est un code de conduite que normalement il n'aurait pas de problème à suivre [à respecter ?]. Il avait constaté en l'espèce que cette règle tombait dans la liste rouge, donc dans la partie qui ne devait pas être acceptée même si c'était divulgué.

Mais le juge a trouvé deux faiblesses à cette règle. La première faiblesse dans ce code de conduite c'est de ne pas distinguer l'arbitre de son cabinet. Puisque si c'était un conflit personnel, un avocat a comme client un tel et un tel est lié à la partie défenderesse dans un arbitrage. Ce même avocat dans l'arbitrage est lié directement avec un arbitre alors là c'est un conflit d'intérêt direct. C'est donc plus grave trouvait le juge que dans le cas où un arbitre est simplement membre du cabinet d'avocats.

Vous avez peut-être d'autres idées là-dessus car je sais que le milieu des conflits d'intérêt peut donner lieu à discussion.

Deuxième faiblesse, et là je suis moins convaincu. La règle s'applique sans avoir eu égard aux faits de l'espèce. Bon en plus il a trouvé qu'il y avait éventuellement un conflit entre un standard général de ces mêmes règles de ce code de conduite et entre le membre lien entre le cabinet et l'arbitre, et que ce lien entre le cabinet et l'arbitre devait être examiné avant d'écarter un arbitre pour manque d'impartialité. En l'espèce, le juge n'a donc pas suivi le code IBA, il a accepté l'arbitre et a rejeté la requête.

Et en passant, je demande aussi, juste pour la discussion, qu'en est-il pour les barristers et les arbitres qui sont membres du même cabinet de barristers ? Parce que vous savez un cabinet de barristers c'est sous forme d'association à Londres. Notamment par exemple en droit maritime, on parle de *wet shipping*, là la plupart des spécialistes sont au sein d'un seul cabinet, d'une seule chambre, donc qu'est-ce qu'on fait dans cette situation ?

Mon troisième point :

Je veux juste soulever la question des *tribunal secretaries*. On part du principe que c'est quelqu'un qui est un aide administratif au tribunal. Ça devient de plus en plus répandu. Je me suis vu confronté dernièrement à un arbitre qui voulait voir son fils secrétaire du tribunal arbitral. Et là c'est quand même une zone limite je trouve. On part du principe que les arbitres ont le pouvoir d'engager les nécessaires pour résoudre les différends de manière juste mais là en fait je trouve que souvent, il s'agit d'un arbitre qui essaie de trop travailler, qui accepte trop de nominations et qui devrait peut-être laisser sa place à quelqu'un de peut être un peu moins engagé. C'était juste pour susciter discussion.

Et pour conclure, pour la constitution d'un tribunal d'arbitrage, je pense que le mieux, dans chaque lieu où il y a des arbitrages, c'est d'avoir un véritable chaudron d'arbitres, pour ne pas en avoir trop peu, ne pas avoir trop de peu de choix de nationalités, d'avoir vraiment un large choix, surtout dans les litiges internationaux, et de vérifier qu'il y ait vraiment un choix un peu international.

Et aussi deuxième point, et là où les tribunaux ordinaires [étatique ?] essaient de rattraper par rapport aux tribunaux arbitraux internationaux, je pense aux différentes tentatives mises en place. Par là je vois par exemple les tentatives en France avec ce Tribunal de commerce qui va exercer son rôle en anglais et avec une cour d'appel qui va statuer en anglais apparemment. Vous en savez sans doute plus que moi. On a la même chose en Allemagne ou en Belgique, à Singapour. Le monde est plus positif, les institutions arbitrales doivent innover continuellement pour rester fidèles à la distinction de Thomas Merton que j'aime bien, [sur cette interdiction qui lie toujours la convention qui a tendance à restreindre, à limiter, à ne plus être une vraie tradition. *A clarifier*]

Merci beaucoup.

