

27 septembre 2013 – Colloque annuel AJFB



DIEU ET MON DROIT

Cabinet **Castellane**  
Avocats

**RELIGION, SOCIÉTÉ ET ÉTAT – QUELQUES PROBLEMES D’AUJOURD’HUI**

**Intervention de Maître Béatrice CASTELLANE, Avocate au Barreau de Paris, Ancien Membre du Conseil de l’Ordre, Arbitre - 14 rue des Sablons, 75116, Paris, France – [www.cabinet-castellane-avocats.fr](http://www.cabinet-castellane-avocats.fr)**

## Justice et Religion en Arbitrage

### Un exemple jurisprudentiel britannique relatif à la religion des arbitres

Messieurs Jivraj et Hashwani, deux hommes d’affaires pakistanais, avaient conclu un accord de joint venture pour l’exploitation d’une chaîne d’hôtels au début des années 1980 auquel ils mirent fin en 1988.

Lors de la liquidation de celle-ci, un certain nombre de difficultés apparurent entre eux sur la répartition des actifs. Un certain nombre de problèmes furent réglés par des procédures de conciliation, mais pas toutes.



De gauche à droite : Emmanuel **DOCKES**, Fionnuala **CONNOLLY**, Diane **PROTAT**, Bernard **VATIER**, Béatrice **CASTELLANE**, James **DINGEMANS**, Simon **HORSINGTON**

Les différends restant en suspens furent soumis en 2008 par M. Hashwani à la procédure d’arbitrage à Londres prévue par la clause compromissoire de leur contrat de joint venture.

MM. Jivraj et Hashwani étaient aussi deux membres éminents de la communauté ismaélienne, une secte musulmane puisant ses racines dans le chiisme, et dont l’obédience indienne à laquelle ils appartenaient, reconnaît pour imam l’Aga Khan.

L’affaire nous apprend que la communauté ismaélienne est très attachée au règlement des différends par voie d’arbitrage au sein de la communauté pour lequel elle professe « *un véritable enthousiasme* », et c’est donc sans surprise que nous lisons dans la clause d’arbitrage de la joint venture, la composition suivante du tribunal arbitral :

- chaque partie désigne un arbitre et le troisième est nommé par le président du conseil national de l’Aga Khan au Royaume Uni,
- tous les arbitres sont des membres respectés de la communauté ismaélienne au sein de laquelle ils doivent occuper de hautes fonctions.

Or, M. Hashwani désigne comme arbitre un ancien juge de la High Court anglaise (que nous connaissons à l'AJFB, Sir Anthony Colman) dont l'arrêt de la Cour suprême britannique nous confirme que, de notoriété publique, il n'est vraiment pas membre de la communauté ismaélienne.

Immédiatement, M. Jivraj saisit la Commercial Court (High Court) pour faire déclarer invalide cette nomination que M. Hashwani maintient. Le jugement de la High Court du 26 juin 2009<sup>1</sup> fait droit à la requête de M. Jivraj. La clause est valable, les arbitres doivent être ismaéliens, Sir Colman est invalidé.

M. Hashwani est alors autorisé à faire appel et il obtient gain de cause puisque la désignation de Sir Colman, qui n'est pas ismaélien, est validée par l'arrêt du 22 juin 2010 de la Cour d'Appel.<sup>2</sup>

L'arrêt du 22 juin 2010 de la Cour d'Appel, qui donne raison à Monsieur Hashwani, retient que toute condition d'appartenance religieuse dans une clause d'arbitrage est privée d'effet.

L'arrêt du 27 juillet 2011 de la Cour suprême infirme la Cour d'appel.<sup>3</sup> On revient donc à la solution initiale de la High Court qui avait privé d'effet la convention d'arbitrage en donnant raison à Monsieur Hashwani. La nomination de Sir Anthony Colman est invalidée. Les arbitres doivent être ismaéliens.

La Cour d'Appel avait décidé qu'il s'agissait d'une discrimination interdite par les [Employee Equality \(Religion and Belief\) Regulations](#) transposant au Royaume Uni la directive communautaire CE 2000/78 du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.<sup>4</sup>

### Mais la mission d'arbitrer est-elle un emploi ?

La Cour d'appel anglaise répond par l'affirmative car elle considère que, du point de vue de la lutte contre les discriminations, la définition d'emploi est assez vaste pour déborder sur les fournitures de services et couvrir le travail que s'engage à accomplir personnellement l'arbitre, la partie procédant à la nomination étant l'employeur.

La Cour Suprême du Royaume Uni répond non, le contrat d'arbitre n'est ni un contrat de travail, ni un contrat d'apprentissage.

La Cour Suprême rappelle, après examen de la jurisprudence communautaire sur la notion de travailleur, que le contrat de travail implique un lien de subordination hiérarchique, ce qui n'est pas le cas de l'arbitre vis-à-vis des parties à l'égard desquelles l'*Arbitration Act* de 1996 lui commande d'agir de manière équitable et impartiale<sup>5</sup>.

La nomination d'un arbitre n'est pas une embauche. La clause d'arbitrage est licite, contrairement à ce qu'avait jugé la Cour d'appel de Londres qui avait tout annulé.

---

<sup>1</sup> [2010] 1 All ER 302, [2009] EWHC 1364 (Comm), [2009] 2 All ER (Comm) 778, [2009] 1 CLC 962 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/1364.html>)

<sup>2</sup> [2010] CLC 1057, [2010] CILL 2929, [2010] Bus LR 1683, [2010] ICR 1435, [2011] 1 All ER (Comm) 33, [2010] EWCA Civ 712, [2010] 2 Lloyd's Rep 534, [2010] IRLR 797, [2011] 1 All ER 50, [2010] 1 CLC 1057 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/712.html>)

<sup>3</sup> [2011] WLR 1872, [2011] 1 WLR 1872, [2011] IRLR 827, [2011] 32 EG 54, [2011] ArBLR 28, [2011] UKSC 40, [2011] Bus LR 1182, [2011] ICR 1004, [2011] CILL 3076 (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/40.html>)

<sup>4</sup> Journal officiel des Communautés européennes, L303/16-22, 2.12.2000 ([http://clasches.fr/sites/clasches.fr/files/Directive\\_2000.78.CE\\_Egalite-emploi-travail.pdf](http://clasches.fr/sites/clasches.fr/files/Directive_2000.78.CE_Egalite-emploi-travail.pdf))

<sup>5</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

La Cour Suprême indique que dans l'affaire « *Jivraj* » la condition confessionnelle est essentielle, légitime et justifiée pour constituer le tribunal arbitral.

Quand bien même à considérer que les *Regulations* sur la lutte contre la discrimination s'appliqueraient, une différence de traitement est justifiée quand elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante (pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée).

En l'espèce, la Cour Suprême relève que ces conditions sont remplies notamment par la popularité de l'arbitrage au sein de la communauté ismaélienne et la volonté clairement exprimée des parties dont le respect doit être assuré conformément à l'*Arbitration Act* de 1996. C'est leur droit de confier leur litige à des membres de leur communauté ayant leur confiance.

En France, la loi du 27 mai 2008 transposant dans notre droit les dispositions communautaires sur la lutte contre les discriminations ne devrait pas plus pouvoir servir de base pour déjouer le principe essentiel en arbitrage selon lequel les parties ont la libre disposition de la constitution du tribunal arbitral.<sup>6</sup>

La solution de la Cour suprême est conforme au droit français qui considère que le contrat d'arbitre, s'il est un contrat de prestation de service d'une nature particulière et originale, n'est pas un contrat de louage ou d'entreprise.

L'arbitre ne reçoit pas d'instruction de la part des parties sur le contenu de ses décisions. La mission de l'arbitre étant de nature juridictionnelle, elle implique une nécessaire indépendance.

### Un exemple jurisprudentiel français pour le contrôle de la sentence et le droit applicable quand il est religieux

1. J'ai connaissance que la cour d'appel de Paris a eu au moins une fois à connaître d'un arbitrage entre deux communautés religieuses catholiques à propos de l'utilisation d'un centre de prières.

Les parties avaient désigné dans le compromis un prêtre de l'officialité de la Province de Paris qui s'était prononcé suivant le droit canon et l'équité ainsi que l'avaient voulu les parties.

Aucun honoraire n'avait été perçu par l'arbitre qui avait terminé sa sentence par une simple recommandation d'un don au profit du personnel de l'Officialité, ce qui tranche assurément sur la pratique arbitrale.

L'une des parties a déposé un recours en annulation contre cette décision.

Si la sentence était annulée, une éventualité vraisemblable car la procédure suivie devant l'arbitre s'éloignait des principes directeurs du procès, alors la cour d'appel aurait dû ensuite juger l'affaire au fond, dans les limites de la mission de l'arbitre, puisque l'on était en présence d'un arbitrage interne.

Mais selon quel droit ? La perspective de statuer en droit canon ou d'expliquer pourquoi cela était impossible (laïcité de l'institution judiciaire ?) explique peut-être qu'une médiation fut ordonnée.

2. Un arrêt récent du 11 décembre 2012 concerne l'annulation d'une sentence rendue par la chambre arbitrale rabbinique, créée en 2007 par le Grand Rabbin de France.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>)

<sup>7</sup> Rev. arb. 2013.286

Peu satisfaite de la motivation en principe fondée sur la Torah, ou plutôt de son absence, la cour a annulé la sentence.

Le règlement de la chambre arbitrale rabbinique prévoit de ne pas soumettre l'affaire au fond à la justice publique, ce qui soustrait le jugement de l'affaire à la cour puisque celle-ci ne peut statuer que si toutes les parties y consentent.<sup>8</sup>

L'Arbitration Act britannique de 1996 ne distingue pas entre arbitrage interne et arbitrage international et l'arbitre peut statuer d'après des règles de droit qui ne sont pas le droit anglais, mais les parties qui choisissent une loi religieuse ne peuvent pas faire l'appel prévu par l'Arbitration Act devant la High Court pour les questions de droit applicable (section 69). JP Schwebel c/ Schwebel de 2010 à propos d'une sentence rendue par le Beth Din.<sup>9</sup>

Au contraire du droit français, les britanniques éludent en amont une partie des difficultés !

\*\*\*\*\*

---

<sup>8</sup> Article 1493, Code de Procédure Civile

<sup>9</sup> [2010] EWHC 3280 (TCC), [2011] 2 All ER (Comm) 1048, [2012] Bus LR D21, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2010/3280.html>)

27 September 2013 – Annual Colloquium FBLs



DIEU ET MON DROIT

Cabinet **Castellane**  
Avocats

**RELIGION, SOCIETY AND STATE – A FEW OF TODAY’S ISSUES**

Presentation by Maître Béatrice CASTELLANE, Avocat at the Paris Bar, Former Member of the Council of the Bar, International Arbitrator - 14 rue des Sablons, 75116, Paris, France – [www.cabinet-castellane-avocats.fr](http://www.cabinet-castellane-avocats.fr)

## Justice and Religion in Arbitration

### An example of British jurisprudence relative to religion in arbitration

Mr. Jivraj and Mr. Hashwani, two Pakistani business men, entered into a joint venture agreement for the operation of a hotel chain in 1981 which ended in 1988.

During the liquidation of this agreement, a certain number of difficulties emerged between them in relation to asset allocation. Some of these problems were able to be regulated through conciliation procedures, but not all.



Left to Right: Emmanuel DOCKES, Fionnuala CONNOLLY, Diane PROTAT, Bernard VATIER, Béatrice CASTELLANE, James DINGEMANS, Simon HORSINGTON

The remaining disputes were submitted in 2008 by Mr. Hashwani to arbitration in London under the arbitration clause in their joint venture contract.

Mr. Jivraj and Mr. Hashwani were both prominent members of the Ismaili community, a powerful Muslim sect with Shiite roots, whose Indian followers recognize the Aga Khan as Imam.

The situation teaches us that the Ismailis are very attached, within their community, to resolution of disputes through arbitration for which it professes « *a genuine enthusiasm* ». It is therefore not surprising that we read in the arbitration clause, the following description of an arbitral tribunal:

- Each party designates an arbitrator and the third arbitrator is designated by the President of the Aga Khan National Council for the United Kingdom.
- All of the arbitrators are respected members of the Ismaili communities in which they must occupy positions of high importance.

Yet, Mr. Hashwani designated as arbitrator a former judge of the English High court (a member of the FBLS, Sir Anthony Colman) who the UK Supreme Court decided, as was common knowledge, is not a member of the Ismaili community.

Immediately, Mr. Jivraj petitioned the Commercial Court to declare this nomination, which Mr. Hashwani maintained, invalid. The judgment of the High Court on 26 June 2009<sup>10</sup> granted the petition of Mr. Jivraj. The clause was deemed valid, the arbitrators had to be Ismaili, thus the nomination of Sir Colman was not valid.

Mr. Hashwani subsequently filed a successful appeal for the appointment of Sir Anthony Colman, who is not Ismaili, which was confirmed by the Court of Appeal decision of 22 June 2010.<sup>11</sup>

The judgment of 22 June 2010 of the Court of Appeal, which affirmed Mr. Hashwani, held that any conditions of religious affiliation in a clause are without effect.

The ruling of 27 July 2011 of the Supreme Court reversed the decision of the Court of Appeal<sup>12</sup>. This reinstated the initial finding of the High Court that supported the original arbitration clause and denied the request of Mr. Hashwani. The nomination of Sir Anthony Colman was declared invalid. The arbitrators had to be Ismaili.

The Court of Appeal decided that this was discrimination prohibited by the **Employee Equality (Religion and Belief) Regulations** of the 27 November 2000 UK Community Directive EC 2000/78 on equal treatment in regard to employment and occupation<sup>13</sup>.

### Is the role of an arbitrator an employment?

The Court of Appeal replied in the affirmative because it considered that, from the point of view of ensuring equal treatment for access to employment, the definition of employment is loose enough to apply to the supply of services and cover the work that is undertaken personally to carry out the arbitration, the party making the appointment to be the employer.

The Supreme Court of the United Kingdom responded that no, the arbitration clause is neither an employment nor apprenticeship contract.

The Supreme Court recalls that, after examination of European case-law about the legal notion of “worker”, an employment contract implies a hierarchical relationship, which is not the case for an arbitrator: the Arbitration Act of 1996 obliges the arbitrator to act vis-à-vis the parties in a fair and equitable manner.<sup>14</sup>

The appointment of an arbitrator is not an employment. The arbitration clause is lawful, contrary to what was held by the Court of Appeal, who had overturned everything.

<sup>10</sup> [2010] 1 All ER 302, [2009] EWHC 1364 (Comm), [2009] 2 All ER (Comm) 778, [2009] 1 CLC 962 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/1364.html>)

<sup>11</sup> [2010] CLC 1057, [2010] CILL 2929, [2010] Bus LR 1683, [2010] ICR 1435, [2011] 1 All ER (Comm) 33, [2010] EWCA Civ 712, [2010] 2 Lloyd's Rep 534, [2010] IRLR 797, [2011] 1 All ER 50, [2010] 1 CLC 1057 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/712.html>)

<sup>12</sup> [2011] WLR 1872, [2011] 1 WLR 1872, [2011] IRLR 827, [2011] 32 EG 54, [2011] ArbLR 28, [2011] UKSC 40, [2011] Bus LR 1182, [2011] ICR 1004, [2011] CILL 3076 (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/40.html>)

<sup>13</sup> Journal officiel des Communautés européennes, L303/16-22, 2.12.2000 ([http://clasches.fr/sites/clasches.fr/files/Directive\\_2000.78.CE\\_Egalite-emploi-travail.pdf](http://clasches.fr/sites/clasches.fr/files/Directive_2000.78.CE_Egalite-emploi-travail.pdf))

<sup>14</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

The Supreme Court stated that in the "Jivraj" case, religious requirements are essential, legitimate and justified to constitute the arbitral tribunal.

Even when considering that the *Regulations* on the fight against discrimination apply, a difference in treatment is justified when it corresponds to a genuine occupational requirement (provided that the objective is legitimate and the requirement is proportional).

In this case, the Supreme Court noted that these conditions are met particularly by the popularity of arbitration within the Ismaili community and the clearly expressed will of the parties which must be enforced in accordance with the *Arbitration Act* of 1996. It is their right to entrust their case to the members of their community with confidence.

In France, the Law of 27 May 2008 which adopts the EU directive for equal treatment in employment and occupation against discrimination should not likely serve as a ground to thwart the basic fundamental principles of arbitration, as such the parties have freedom with regard to the constitution of their arbitral tribunal<sup>15</sup>.

The solution of the UK Supreme Court is consistent with French Law, which considers that the contract of an arbitrator, if it is a contract of a special and original nature, is not an employment nor a business contract.

The arbitrator does not receive instructions from the parties on the content and outcome of its decisions. The mission of the arbitrator is of a jurisdictional nature; it implies a necessary independence.

#### **An example of French jurisprudence to compare the control of awards and applicable law to cases concerning religion**

1. There exists at least one case from the Court of Appeal of Paris that involves arbitration between two Catholic religious communities about the utilization of a prayer center.

The priest of the diocese of the Province of Paris who was appointed under the submission agreement to arbitration, rendered his award in accordance with canon law and amiable composition pursuant to the Parties' agreement.

No fee was charged by the arbitrator who had completed his award by a simple recommendation of a donation to the personnel of the diocese. This situation is highly unusual in the world of arbitration.

One party filed an action for annulment of this award.

If the award had been set aside - a likely possibility because the proceedings before the arbitrator moved away from the principles of fair trial - then the court of appeal would have had to rule on the merits of the dispute within the arbitrator's mission as prescribed by French domestic arbitration Law.

But according to which law? The troubling perspective of judging under canon law or explaining why it is impossible (secularism of the judicial system?) may explain why mediation was ordered.

---

<sup>15</sup> LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>)

2. A recent decision on 11 December 2012 concerned the annulment of an award rendered by the Rabbinical Chamber of Arbitration, created in 2007 by the Chief Rabbi of France<sup>16</sup>.

Unsatisfied by the motivation of the award, which should have been rendered according to the Torah, the court set aside the award for lack of reasons.

The Rules of the Rabbinical Chamber of Arbitration provide that the case could not be submitted on the merits before state judges as according to French domestic arbitration Law, submission of the merits of the dispute to the court of appeal after annulment of the award is only possible with all the parties' consent<sup>17</sup>.

Contrary to French law, the English Arbitration Act of 1996 does not distinguish between domestic and international arbitration. An arbitrator may decide the case according to laws other than English Law. That being said, parties who choose a religious law are not allowed to appeal, according to the Act, before the High Court if the issue is regarding the applicable law (section 69). As an example, see the case "Schwebel v. Schwebel" which dealt with an award handed down by Beth Din in 2010<sup>18</sup>.

In contrast to French law, the British avoid certain difficulties by pre-empting them in their Act of 1996!

\*\*\*\*\*

---

<sup>16</sup> Rev. arb. 2013.286

<sup>17</sup> Article 1493, Code de Procédure Civile

<sup>18</sup> [2010] EWHC 3280 (TCC), [2011] 2 All ER (Comm) 1048, [2012] Bus LR D21,  
(<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2010/3280.html>)