

Issue No.6 - December 2018

The New Bar Chronicle

The Journal of the Legal Profession

La Nouvelle Chronique du Barreau



Rs200



If for example within the same consent request an insurer asks his insured for consent to use his data to send him marketing materials and also to share his details to other companies within the group, this consent is not granular as there is no separate consent for these two separate purposes. Therefore, the consent will not be valid. In this case, a specific consent should be collected to send the contact details to commercial partners. Such specific consent will be deemed valid for each partner whose identity has been provided to the data subject at the time of the collection of his or her consent, insofar as it is sent to them for the same purpose (in this example: a marketing purpose).

2.3 Informed

Consent needs to be informed for it to be valid. This means that data subjects need to understand what they are agreeing to and thus make an informed decision of whether to consent or not. This is in line with the principle that personal data needs to be processed in a transparent manner. For consent to be informed, it is necessary to give to the data subject certain information, which in the opinion of Article 29 WG, is as follows:

- (i) the controller's identity;
- (ii) the purpose of each of the processing operations for which consent is sought;
- (iii) what type of data will be collected and used;
- (iv) the existence of the right to withdraw;

(v) information about the use of the data for automated decision-making including profiling; and

(v) the possible risks of data transfers due to absence of an adequacy decision and of appropriate safeguards.

2.4 Unambiguous indication of wishes

What is new under the DPA 2017 and the GDPR in the definition of "consent" is that to be valid, it is henceforth required that the wishes of the data subject be unambiguous either by a statement or a clear affirmative action. These requirements were not there under the Data Protection Act 2004 or the Directive 95/46/EC. A clear affirmative act means that the data subject must have taken a deliberate action to consent to the particular processing. Consent can be collected through a written or (a recorded) oral statement, including by electronic means. The use of pre-ticked opt-in boxes, or the need to unsubscribe or opt-out in case the data subject does not want to receive emails are no longer valid. Silence or inactivity on the part of the data subject cannot be regarded as an active indication of choice. Thus, if a controller has been sending marketing emails to his contacts found in his database, with the Data Protection Act 2017 and the GDPR, the controller cannot continue doing so, unless the data subject had opted in or subscribed to receive those emails. Controllers must design consent mechanisms in ways that are clear to data subjects. In the digital word, physical motions such as swiping a bar on a screen, turning a smartphone around clockwise, waiving in front of a smartphone may in the opinion of Article 29 WG be qualified as a clear affirmative action under the DPA 2017 and the GDPR.

3. CONCLUSION

The concept of "consent" has evolved to give data subjects more control over their personal data. It is important for controllers to check all their processing operations and should the legal basis be consent, controllers will need to demonstrate that such consent was validly obtained. All consents based on implied form of action is as good as no consent. Consent which has been obtained under the Data Protection Act 2004 remains valid, to the extent that it has been obtained in line with the conditions stipulated above.

It is hoped that the new law on data protection will lead to a paradigm shift in the way personal data is processed. Noncompliance with the Data Protection Act 2017 constitutes an offence where the offender, on conviction, is liable to a fine not exceeding Rs 200,000 and to imprisonment for a term not exceeding 5 years. Under the GDPR, the fine can go up to 4% worldwide annual turnover of the preceding financial year or 20 million euros. However, what should not be forgotten is that noncompliance will result in considerable reputational damage, which no money can cure.

MARC 2.0

Pour le développement de l'arbitrage à Maurice et à l'international



Dr Jalal El Ahdab

Partner at Bird & Bird



Dipna Gunoo

Head of MARC



Dr Jamsheed Peeroo

Barrister at Peeroo Chambers

« Le monde déteste le changement, c'est pourtant la seule chose qui lui a permis de progresser »¹. Ce gnomisme, s'appliquant à toute institution privée ou publique, ne contournerait en aucun cas les institutions arbitrales qui, en dépit de leur habitude à se conforter dans leurs pratiques usuelles, ne peuvent échapper à cette règle afin de s'améliorer et d'innover face aux réalités économiques et aux besoins de ses acteurs. Ce changement a été entrepris par le MCCI Arbitration & Mediation Center (« MARC ») afin de lui permettre de progresser. Ainsi, on envisagera les nouveaux organes de direction et de fonctionnement du MARC pour ensuite traiter du nouveau règlement et de ses innovations.

1. Les nouvelles entités de direction et de fonctionnement du MARC

Ces changements ont permis à la plus ancienne institution arbitrale de Maurice d'effectuer une révolution structurelle de fond et ainsi de s'imposer en tant que choix crédible et préminent. Créé en 1996, le MCCI Permanent Court of

Arbitration, devenu le MARC en 2012, a opéré, en 2017, un changement radical au sein de son institution arbitrale en se dotant, et ce en plus d'une nouvelle directrice nommée à la tête de son Secrétariat en 2018, de deux nouveaux organes indépendants : la Cour du MARC et le Comité consultatif du MARC.

Ce renouveau a ainsi permis au MARC d'améliorer sa pratique des standards internationaux de bonne gouvernance dans le domaine de l'arbitrage international et lui confère ainsi les armes pour devenir un centre d'arbitrage international incontournable en Afrique et en Asie. En quoi consiste concrètement le rôle de ces nouvelles structures ?

a. La Cour du MARC

Créée en février 2017 et présidée par l'ancien Président du Hong Kong International Arbitration Centre (« HKIAC »), M. Neil Kaplan CBE QC SBS², la Cour du MARC est composée de 15 experts internationaux³ et effectue plusieurs tâches, dans le cadre du règlement, telles que :

¹ Citation de Charles Kettering, inventeur américain.

² Neil Kaplan CBE QC SBS est considéré comme l'un des plus grands spécialistes de l'arbitrage international au monde. Il a été impliqué dans des dossiers d'arbitrage et de contentieux pendant plus de 40 ans, notamment en tant qu'avocat en Angleterre, comme avocat du gouvernement à Hong Kong mais également en tant qu'avocat nommé au titre de conseiller de la Reine (Queen's Counsel) et en tant que juge de la Cour Suprême de Hong Kong en charge des dossiers d'arbitrage et de construction. Depuis 1995, ce dernier exerce uniquement en tant qu'arbitre international. Pour plus d'information, veuillez consulter son site officiel : <http://neil-kaulan.com/>

³ Les membres sont : Neil Kaplan CBE QC SBS (Président); Aisha Abdallah; Funke Adekoya SAN; Makhdoom Ali Khan SC; Dr Matthieu de Boisseson; Laurence Burger; Cheng Yee Khong; Lord (David) Neuberger; Dr Achille Ngwan-za; Prof. Marika Paulsson; Shaheda Peeroo; David W. Rivkin; Prof. Dr Klaus Sachs; Harish Salve SA; Roger Wake-field.

- la prise de décisions *prima facie* statuant sur la compétence du MARC lors de l'acceptation d'un dossier d'arbitrage,
- la nomination d'un arbitre lorsque les parties ne parviennent pas à le désigner conjointement, ou la nomination du président du tribunal arbitral lorsque les arbitres désignés par les parties ne le nomment pas conjointement,
- les décisions portant sur le nombre d'arbitres à nommer en cas d'absence de précision dans la clause arbitrale,
- les décisions portant sur les récusations soulevées à l'encontre des arbitres ou sur d'autres aspects relatifs à la procédure.

Cette Cour, neutre et indépendante, est inédite en Afrique car c'est la première fois qu'une institution arbitrale située dans cette partie du monde se dote d'un groupe de spécialistes internationaux et se fait un point d'honneur d'y inclure des experts africains ainsi qu'asiatiques. Cette représentativité démontre la volonté du centre arbitral de créer une réelle implication de ces deux continents qu'elle vise particulièrement, l'Asie et l'Afrique. De plus, cette volonté d'inclure des experts issus d'Afrique et d'Asie prouve bien que le MARC encourage fortement le recours aux talents d'experts régionaux, et ce en plus des spécialistes venant d'Europe ou d'ailleurs. Ce besoin de représentativité se retrouve également dans le Comité consultatif du MARC.

b. Le Comité consultatif du MARC

Créé en novembre 2017 et présidé par la Secrétaire-Générale du HKIAC, Mme Sarah Grimmer⁴, ce Comité est composé de 14 spécialistes internationaux⁵ et permet d'être consulté dans le cadre du développement des stratégies, bonnes pratiques, projets et initiatives à mettre en oeuvre au sein du MARC afin que ce centre améliore son efficacité et sa visibilité pour ses utilisateurs, actuels et futurs.

La création de ces nouveaux organes a permis notamment de renforcer les liens institutionnels et de pérennité entre le HKIAC et le MARC dans le cadre d'échanges et de la formation des membres du Secrétariat du MARC ou encore

des praticiens de l'arbitrage⁶.

c. Le MARC45

En plus de ces deux organes essentiels au fonctionnement de l'institution, cette dernière a créé en juillet-let 2017 le MARC45 qui est le groupe dédié aux jeunes praticiens de l'arbitrage qui se retrouvent régulièrement dans le cadre de rencontres privilégiées avec un éminent spécialiste ou dans le cadre de rencontres plus conviviales. Le MARC45, constituant un pari sur l'avenir de la jeune génération de l'arbitrage à Maurice, en Afrique et en Asie, a été fondé par des membres du Comité consultatif et des jeunes praticiens de l'arbitrage, dont Dipna Gunnoo⁷.

2. Les nouvelles dispositions du règlement du MARC

a. Les objectifs voulus par le Comité de rédaction

Le nouveau règlement⁸ d'arbitrage du MARC met en avant les meilleures règles et pratiques internationales qui ont été revues par de nombreux spécialistes internationaux. Ce règlement correspond à une panoplie de mesures déjà testées et bien établies et vient même y ajouter des dispositions innovantes et moderniser la précédente version de son règlement. Ce règlement offre également plus de transparence et de paramètres d'accompagnement procédural pour les utilisateurs, étant donné que son but principal est de faciliter la conduite des dossiers d'arbitrages aussi rapidement que possible, et ce afin de réduire au maximum le temps et le coût passés au cours de la procédure arbitrale.

Le comité de rédaction du nouveau règlement du MARC s'est non seulement inspiré de plusieurs règlements modernes, dont ceux de la CCI 2017⁹, de la SIAC 2016¹⁰, de la LCIA 2014¹¹, du HKIAC 2013¹² afin d'adopter des standards similaires aux centres internationaux mais ce comité a également inclus des innovations au sein de ce nouveau règlement. Présidé par une praticienne de l'arbitrage ayant dirigé le bureau de la CCI en Asie et travaillant au sein d'un organisme de financement des litiges¹³, et composé d'un membre de la Cour CCI¹⁴ ainsi que d'un praticien



mauricien spécialisé en arbitrage international¹⁵, ce Comité de rédaction a souhaité intégrer des nouveautés procédurales qui sont inédites à Maurice, voire même dans la région pour certaines d'entre elles. Le Comité a également bénéficié de l'apport d'un membre du Secrétariat du MARC¹⁶ et de Neil Kaplan CBE QC SBS, afin de renforcer l'aspect pratique du règlement.

b. Un aperçu de certaines innovations

En effet, certaines de ces innovations emblématiques permettent d'une part à ce qu'une partie puisse demander au tribunal arbitral le rejet sommaire d'une ou de plusieurs demandes ou moyens de défense lorsque la(les) demande(s) ou la(les) défense(s) sont manifestement sans fondement ; ou lorsque la/les demande/s ou les moyens de défense ne relèvent manifestement pas de la compétence du tribunal arbitral¹⁷.

D'autre part, et ce depuis le 21 mai 2018, ce nouveau règlement offre également des nouveautés dans le cadre de la désignation des arbitres (unique ou à trois¹⁸), en particulier grâce au mécanisme de désignation à l'aveugle des arbitres²⁰ qui s'applique lorsque les parties sont convenues que les deux arbitres désignés par les parties ne seront pas informés de la partie ou des parties qui ont désigné chacun d'eux. Le nouveau règlement ne prévoit aucune liste prédéfinie d'arbitres et permet d'élargir considérablement le nombre d'arbitres potentiels. Ainsi, la Cour du MARC pourra désigner un arbitre adapté à chaque dossier.

C'est dans cette optique d'efficacité et de gain de temps que ce nouveau règlement propose une innovation - unique et inédite pour un centre d'arbitrage à Maurice - qui permet de déclencher une procédure d'arbitrage d'urgence²¹ pour toute clause arbitrale ou tout compromis d'arbitrage signé(e) après le 21 mai 2018²². Cette innovation peut également

être mise en place dans le cadre de mesures provisoires ou conservatoires urgentes lorsque l'une des parties souhaite y recourir avant la constitution du tribunal arbitral²³. Cette procédure d'urgence permet la désignation d'un arbitre sous 24 heures²⁴ et permet aussi qu'une décision, ordre ou sentence soit rendu(e) sous 14 jours²⁵. Toute décision, ordre ou sentence rendu(e) dans le cadre de cette procédure d'urgence peut être modifiée, suspendue ou annulée par le tribunal arbitral²⁶.

En ce qui concerne l'implication de tiers au financement de la procédure arbitrale, lorsque l'une ou les parties est/sont financée(s) par un tiers ou une assurance, l'article 41 impose la divulgation de ce financement au tribunal arbitral. Il est à noter que cet aspect de transparence dénote d'une réelle innovation qui se présente pour la première au sein d'un règlement d'arbitrage à Maurice qui n'a pas encore encadré juridiquement ce type de financement par un tiers du litige arbitral.

Le nouveau règlement permet aux parties d'opter pour une procédure d'appel lorsqu'elles souhaitent bénéficier d'un tel recours. Cette procédure facultative rapide et relativement peu coûteuse est néanmoins strictement limitée à des questions de droit.

3. Conclusion

Ce règlement innovant et exhaustif, facilitant ainsi une procédure arbitrale efficace et transparente, a été lancé le 21 mai 2018 lors de la première journée de la semaine de l'arbitrage international à Maurice²⁷, qui a rassemblé de nombreux spécialistes de l'arbitrage locaux et internationaux. Cette rencontre internationale a permis d'engendrer des discussions sur divers thèmes dans le cadre de conférences, débats, simulation de procédure arbitrale ainsi que dans le cadre d'événements plus conviviaux, tels que lors de dîners et cocktails. La prochaine édition, dont les dates seront bientôt connues, ne manquera pas d'être encore plus fructueuse que la précédente.

Tous ces éléments d'innovation et de modernisation viennent, par conséquent, apporter un nouveau souffle au sein du MARC et au sein du milieu de l'arbitrage international à Maurice dont la visibilité ne cesse de s'accroître sur le plan régional et international.

⁴ Sarah Grimmer, avocate admise au barreau de Nouvelle-Zélande, a travaillé au sein de prestigieuses institutions internationales, notamment en tant que Conseillère Juridique Senior au sein de la Cour Permanente d'Arbitrage située à La Haye ou encore en tant que Conseillère adjointe au sein de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) à Paris, ainsi qu'en tant que membre de l'équipe d'arbitrage international du cabinet Sherman & Sterling à Paris. Pour plus d'information, veuillez consulter sa page officielle : www.hkiac.org/about-us/secretariat/Sarah-Grimmer

⁵ Les membres sont : Sarah Grimmer (Présidente); Dr Jalal El Ahdab; Mark Appel; Duncan Bagshaw; Maria-Krystyna Duval; Rajeev Sharma Fokeer; Sophie Henry; Raju Jaddoo, FCA; Patrick Lane SC; Dr Jamsheed Peeroo; Wesley Py-diamah; Dr Daniel Sharma; Nish Shetty; Christopher Thomas QC.

⁶ Notamment dans le cadre de la formation sur le Secrétaire du Tribunal Arbitral donnée par Sarah Grimmer le 22 mai 2018 à Maurice au cours de la semaine de l'arbitrage organisée par le MARC.

⁷ Dipna Gunnoo, avocate admise aux Barreaux de Maurice et de Paris et ancienne Conseillère de la LCIA-MIAC Arbitration Centre, dirige le Secrétariat du MARC depuis août 2018.

⁸ Le nouveau règlement, MARC Arbitration Rules (MAR 2018), en vigueur à partir du 21 mai 2018, est disponible via le lien suivant : <https://www.marc.mu/media/3033/marc-arbitration-rules-2018-effective-as-from-21-may-2018.pdf>

⁹ Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, en vigueur à compter du 1er mars 2017.

¹⁰ Règlement d'arbitrage de la Singapore International Arbitration Centre, en vigueur à compter du 1er août 2016.

¹¹ Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration, en vigueur à compter du 1er octobre 2014.

¹² Règlement d'arbitrage du Hong Kong International Arbitration Centre, en vigueur à compter du 1er novembre 2013.

¹³ Cheng Yee Khong, avocate admise au Barreau d'Angleterre et du Pays de Galles ainsi qu'au sein de celui de Malaisie, travaille au sein du bureau d'IMF Bentham à Hong-Kong.

¹⁴ Jalal El Ahdab, docteur en droit et avocat aux barreaux de Paris, de New York et de Beyrouth, est membre de la Cour internationale d'arbitrage et de la Commission d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale ainsi que de l'ICC Institute of World Business Law. Il exerce actuellement en tant qu'avocat à Paris au sein du cabinet Bird & Bird en tant qu'associé en charge du département d'arbitrage.

¹⁵ Jamsheed Peeroo est docteur en droit et avocat au barreau d'Angleterre et du Pays de Galles ainsi qu'au sein du barreau de Maurice. Il exerce actuellement au sein du cabinet Peeroo Chambers en tant qu'arbitre et conseil.

¹⁶ Anjana Khemraz-Chikhuri, Secrétaire Générale du MARC.

¹⁷ Voir l'article 23.1 du nouveau règlement (MAR 2018) - Rejet Sommaire des Demandes et Moyens de Défense.

¹⁸ Voir l'article 7 du nouveau règlement (MAR 2018).

¹⁹ Voir l'article 8 du nouveau règlement (MAR 2018).

²⁰ Voir l'article 8.1 (d), 8.2 (b) et l'Appendice 5 du nouveau règlement (MAR 2018).

²¹ Voir l'Appendice 4 du nouveau règlement (MAR 2018).

²² Voir l'article 1.4 du nouveau règlement (MAR 2018).

²³ Voir l'article 23.1 du nouveau règlement (MAR 2018).

²⁴ Voir l'Appendice 4 paragraphe 5 du nouveau règlement (MAR 2018).

²⁵ Voir l'Appendice 4 paragraphe 12 du nouveau règlement (MAR 2018).

²⁶ Voir l'Appendice 4 paragraphe 18 du nouveau règlement (MAR 2018).

²⁷ La première édition de la Mauritius Arbitration Week (MAW) s'est tenue du 21 au 25 mai 2018. Pour plus d'information, veuillez consulter le site officiel suivant : www.mauritiuarbitrationweek.org.