



Association
Française
d'Arbitrage



Groupe de Réflexion

La consolidation d'arbitrages connexes

Compte-rendu
de la réunion du 4 février 2015

Le 4 février 2015, à l'occasion de la troisième réunion du Groupe de réflexion organisé par l'Association Française d'Arbitrage sur le thème de « *La consolidation d'arbitrages connexes* », se sont réunis les membres suivants :

- Madame Sophie AMBROSI, Avocat à la Cour
- Madame Alexandra ARIGONI, Avocat à la Cour
- Madame Geneviève AUGENDRE, Avocat à la Cour et Président de l'A.F.A.
- Monsieur Clément FOUCHARD, Avocat à la Cour
- Monsieur Bertrand MOREAU, Avocat à la Cour et Président du Comité d'arbitrage de l'A.F.A.
- Monsieur Noël MÉLIN, Secrétaire général de l'A.F.A.
- Madame Alice PEZARD, Conseiller honoraire à la Cour de cassation et Avocat à la Cour
- Monsieur Silvestre TANDEAU de MARSAC, Avocat à la Cour

Les échanges ont été dirigés par Monsieur Jérôme ORTSCHIEDT, Avocat aux Conseils et Président de cette commission. Les débats ont été retranscrits par Madame Eloïse GLUCKSMANN, Doctorante contractuelle et Secrétaire du Groupe de réflexion.

La prochaine réunion aura lieu le jeudi 19 mars à 18 heures

Chez Me AUGENDRE, 1 rue Alfred de Vigny, 75008 Paris

En vue de la prochaine réunion, il est demandé aux membres du Groupe de réflexion de réfléchir aux formulations possibles de clauses relatives à la jonction de procédure et l'intervention d'une tierce partie, au regard des considérations exprimées au cours des précédentes séances.

Au cours de cette séance, le Groupe de réflexion a entrepris de débattre de la modification des clauses de l'actuel Règlement de l'A.F.A. pour y insérer de nouvelles dispositions relatives tant à la jonction de procédures qu'à l'intervention d'une tierce partie dans une instance arbitrale déjà en cours.

Pour rappel, la jonction de procédures arbitrales concerne l'éventualité où deux procédures arbitrales introduites simultanément seraient consolidées en une seule ; tandis que l'intervention désigne l'action par laquelle une partie tierce serait appelée ou souhaiterait intégrer une procédure déjà en cours.

La nécessaire limitation de la possibilité de consolider. Dès le commencement des débats, de nombreuses craintes ont été formulées sur les risques encourus si de telles demandes aboutissaient à une consolidation automatique et ce quel que soit le stade d'avancement des procédures en cours. Postérieurement à la constitution du tribunal arbitral et une fois les débats sur le fond entamés, (i) il pourrait être préjudiciable à une partie de se joindre à l'instance en cours ou (ii) l'économie et la bonne administration de la procédure arbitrale militeraient pour l'exclusion d'une demande formulée tardivement.

- (i) Concernant le respect des droits de la défense, plusieurs remarques ont été formulées faisant état de l'inégalité dans laquelle se trouverait une partie jointe ou intervenante dans une procédure déjà en cours lorsque les débats sur le fond du différend ont déjà débuté. Le tribunal arbitral déjà constitué et devant lequel pièces, expertises et écritures auront été débattues pourrait avoir déjà formé quelques préjugés sur le litige en cours. Dans de telles circonstances, il paraît nécessaire de strictement encadrer ces mécanismes et d'accepter qu'une jonction de procédures ou l'intervention d'une partie tierce ne soit alors plus possible.
- (ii) Préalablement et dans l'éventualité où le siège de l'arbitrage serait en France, la solution posée par l'arrêt Dutco doit être respectée : « *le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; [...] on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige* »¹. En conséquence, le respect de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral imposerait la destitution suivie d'une nouvelle nomination d'un tribunal arbitral, sauf confirmation du tribunal arbitral de la partie jointe ou intervenante formulée au moment de son intégration dans la procédure. Plusieurs étapes de la procédure devront alors être effectuées de nouveau, notamment le renouvellement des déclarations d'indépendance et d'impartialité des arbitres ainsi que les débats sur la recevabilité d'exceptions préliminaires. Dans ce cas, il paraît inopportun d'imposer aux parties initiales de recommencer la procédure dans son intégralité. Il a ainsi paru primordial de réfléchir aux nécessaires protections à mettre en place en faveur de l'économie et à la bonne administration de la procédure, voire de faire échec à une tentative délétaire d'une tierce partie.

Un contrôle étroit de l'opportunité de la consolidation. Au regard des considérations exprimées sur le nécessaire encadrement des mécanismes de consolidation, il a en conséquence été convenu de concevoir un contrôle étroit de l'opportunité de la consolidation de l'entier contentieux devant un même tribunal. A cet égard, l'intégration d'une disposition réservant l'autorisation d'une consolidation est apparue comme une évidence. Il s'agit cependant de déterminer à qui revient le rôle de décider si (i) la jonction ou (ii) l'intervention seront acceptées.

¹ BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG c. Dutco Construction, Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, n°89-18.708 et n°89-18.726 ; note P. Bellet, Rev. Arb. 1992, p. 473 ; C. Jarrosson, JDI 1992, p. 707 ; J.-C. Dubarry, RTD com 1992, p. 796.

(i) Concernant la jonction :

- L'opportunité de la jonction ne peut être du ressort que du Comité d'arbitrage ou du tribunal arbitral.
- A également été posée la question de l'initiative de la jonction. Doit-elle être formulée à la seule demande d'une partie ou bien pourrait-il être envisagé que le Comité d'arbitrage ou l'un des tribunaux arbitraux soulève la question d'office ?
- Relativement à ce dernier point, se dessine en filigrane la possibilité de prévoir un régime différent en fonction du fait qu'un des tribunaux arbitraux en cause ait été constitué ou non.
 - Il a été envisagé de laisser toute latitude de l'opportunité de la jonction au Comité d'arbitrage lorsqu'aucun des tribunaux arbitraux en cause n'a encore été constitué. Dans ce cas, le Comité d'arbitrage pourra avoir l'occasion, dans le cadre de sa mission de gestion, d'envoyer un courrier aux parties pour les inviter à formuler des observations sur la faculté de joindre les procédures parallèles en puissance. A charge alors pour le Comité d'arbitrage d'inviter ou non les parties à nommer de concert un unique tribunal arbitral, ou à défaut de consentement de toutes les parties, de nommer les deux co-arbitres qui désigneront un président ou l'arbitre unique. Ce tribunal arbitral devra alors, à son tour, se prononcer sur l'existence et l'étendue de sa compétence.
 - Une fois un, voire plusieurs tribunaux arbitraux constitués, des difficultés supplémentaires surgissent et plusieurs réponses sont possibles :
 - soit écarter la possibilité d'une jonction à défaut d'un consentement unanime des parties,
 - soit prévoir une faculté de jonction mais à des conditions drastiques telles que la nomination des mêmes arbitres dans les différentes procédures pendantes - dans ce cas l'opportunité de la jonction pourrait être laissée à la libre appréciation des tribunaux arbitraux pareillement constitués, ou
 - moins rigide, à la condition qu'aucune décision sur l'octroi de mesures provisoires, sur la compétence, sur la recevabilité ou sur le fond n'ait été rendue. La jonction ne serait cependant possible que sous réserve de l'aval du Comité d'arbitrage chargé de déterminer si d'autres circonstances seraient susceptibles d'entraîner un déséquilibre des droits des parties ou une atteinte à la bonne administration de la procédure.

Au regard des éléments précités, les membres du Groupe de réflexion ont unanimement favorisé le recours au Comité d'arbitrage pour décider de la jonction quel que soit le stade procédural des instances arbitrales pendantes. Il a cependant été envisagé de préciser que les parties, le tribunal arbitral ou, à défaut de constitution, les membres du tribunal déjà nommés seraient consultés, bien que la voix du Comité reste prépondérante.

Par ailleurs, et bien que les conditions positives de la jonction soient remplies, cette action ne sera possible que sous réserve de la libre appréciation du Comité d'arbitrage au regard d'autres circonstances au nombre

desquelles la nomination ou non des mêmes arbitres et le degré d'avancement des procédures (ce qui comprendrait la prise en compte de la reddition de décisions dans une ou plusieurs des instances). D'autres circonstances pertinentes pourraient être prises en compte telles que la nécessaire confidentialité des débats au regard de l'objet même du litige (en matière de droit de propriété industrielle ou intellectuelle par exemple).

Enfin, bien que les derniers éléments cités soient des conditions dites négatives pour qu'une consolidation ait lieu, il semble que la majorité des membres penchent pour une formulation positive à l'occasion de la rédaction de la clause.

(ii) Concernant l'intervention : les discussions ont été beaucoup plus succinctes sur ce point. Il sera donc nécessaire de revenir sur les questions suivantes bien que certaines solutions aient été implicitement retenues :

- La demande d'intervention pourra être formulée tant par le tiers intervenant que par une partie à l'arbitrage.
- La question de savoir si l'opportunité d'une telle demande est laissée à la libre appréciation du Comité d'arbitrage ou du tribunal arbitral, une fois celui-ci constitué, n'a pas été tranchée.
- Les principales circonstances pertinentes qui seraient de nature à faire obstacle à l'intervention de la partie découleraient soit de la nomination d'un arbitre ou *a fortiori* de la constitution du tribunal arbitral ; sous réserve de la confirmation expresse par la partie intervenante de la constitution du tribunal arbitral valant renonciation de son droit à la nomination d'un arbitre dans les mêmes conditions que les autres parties.
- Dans l'éventualité où l'intervention serait encore possible postérieurement à la nomination d'un arbitre mais avant la constitution du tribunal arbitral, les avis des arbitres nommés, des parties initiales et de la partie intervenante pourraient également être demandés par le Comité d'arbitrage. Une fois la constitution du tribunal arbitral intervenue, il pourrait être envisagé de laisser le choix de l'opportunité de l'intervention non plus au Comité d'arbitrage mais au tribunal lui-même. La question n'a cependant pas été tranchée par les membres.

Les conditions d'ouverture des mécanismes de consolidation. L'encadrement des mécanismes de consolidation passe enfin par la détermination des conditions positives dans lesquelles jonction et intervention seront autorisées par le Règlement de l'A.F.A.

A titre liminaire, les membres du Groupe de réflexion ont été unanimes sur le fait de rappeler que les nouvelles dispositions relatives à la jonction et l'intervention seraient supplétives de volonté. En conséquence, elles pourront être écartées par une disposition prévue dans la convention d'arbitrage prévoyant leur exclusion ou modifiant leurs conditions de mise en application (dans le respect de l'égalité des parties toutefois). La possibilité d'exclure les mécanismes de jonction et d'intervention a ainsi été préférée à la nécessité de formuler un accord exprès des parties dans la convention d'arbitrage comme condition préalable à l'utilisation de ces mécanismes. A défaut de clause contraire, les parties sont réputées s'être accordées sur la possibilité de joindre deux procédures ou d'accepter la jonction d'une tierce partie lorsque les conditions posées par le Règlement sont réunies.

Relativement à la détermination desdites conditions, il a été convenu que chaque disposition devait contenir une partie dite « régulation » ainsi qu'une partie dite « renonciation ». La partie régulation renvoie aux conditions dans lesquelles une jonction ou une intervention pourraient être envisageables tandis que la partie renonciation porte sur les nécessaires ajustements facilitant la reconstitution d'un tribunal arbitral dans le respect de l'égalité des parties.

(i) Concernant les conditions de la jonction :

o Partie régulation : plusieurs remarques ont été formulées :

- La consolidation des différends ne se justifie qu'à l'égard de certaines espèces où les parties seraient liées les unes aux autres. La détermination des liens en question a ainsi été nécessaire (mêmes parties, même convention d'arbitrage, etc.).
- Par ailleurs, lorsque la résolution du différend est organisée par plusieurs clauses d'arbitrage, celles-ci doivent pouvoir être exécutées de concert. La compatibilité des clauses est ainsi essentielle tant sur un plan pratique qu'en considération de la commune volonté des parties. Ainsi, les parties à un différend sont réputées avoir écarté toute possible consolidation lorsque les litiges ont été soumis à des règlements d'arbitrage différents ou des sièges différents. En revanche, il semble que la consolidation soit encore possible malgré la soumission des procédures à des langues différentes ou en raison de l'application de plusieurs droits.
- Enfin, il arrive que des litiges dans lesquels les parties, différentes, ne soient pas liées par une même clause d'arbitrage portent pourtant sur une unique opération économique globale. S'est alors posée la question de savoir si la seule existence d'une opération économique globale suffisait à ouvrir la possibilité de joindre deux procédures, ou bien s'il fallait que ces procédures concernent les mêmes parties. Cette situation a créé un vif débat et la détermination des conditions cumulatives nécessaires à la mise en œuvre d'une jonction en présence d'une opération économique globale n'a pas encore fait l'objet de l'unanimité des membres.

Il a été proposé qu'une partie de la nouvelle disposition sur la jonction soit rédigée de la manière suivante – cette formulation n'a d'autre valeur que celle de proposition :

Le Comité d'arbitrage peut, à la demande de l'une des parties ou même d'office, décider de la jonction de plusieurs procédures arbitrales soumises à son Règlement :

a) si toutes les parties acceptent la jonction, ou

b) si toutes les demandes formées dans ces arbitrages l'ont été en application de la même convention d'arbitrage, ou

- c) *si les demandes ont été formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, lorsque les clauses sont compatibles, intéressent les mêmes parties et que les arbitrages portent sur une même opération économique globale.*

Relativement à ce dernier alinéa, il a été fait remarquer que la condition d'identité des parties limitait la possibilité de joindre des procédures connexes et qu'il n'était peut-être pas nécessaire de l'intégrer, bien qu'il semble difficile d'imposer à des parties différentes une jonction sur le seul fondement qu'elles seraient liées par une même opération économique.

Il a été fait remarquer que la formulation pourrait s'inspirer de celle retenue par la jurisprudence française en matière d'extension de la clause d'arbitrage selon laquelle « *l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* »².

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le Comité d'arbitrage vérifiera d'ailleurs si *prima facie* les conditions établies sont réunies. La mise en œuvre de ce pouvoir nécessite ainsi de prévoir que les parties à la demande formulent auprès du Comité des observations sur la question d'une potentielle jonction.

○ Partie renonciation :

- L'acceptation par les parties du mécanisme de la jonction de procédure entraîne nécessairement l'acceptation des modifications subséquentes à sa mise en œuvre. Les parties acceptent ainsi que soient remis en cause certains éléments tels que la nomination des arbitres, l'acte de mission lorsqu'il a été signé ou le calendrier procédural établi dans les procédures pendantes. Un rappel exprès dans le nouveau Règlement a paru nécessaire aux membres du Groupe.
- Cependant, il a également apparu opportun aux membres du Groupe de réfléchir de rappeler que les parties ne renoncent pas à la faculté de demander la récusation des nouveaux arbitres. En revanche, à défaut de contestation de la nouvelle nomination dans un certain délai, toutes les parties sont réputées avoir acquiescé à la jonction. Si la jonction est remise en question devant le nouveau tribunal arbitral, ce dernier se prononcera sur son bienfondé.

La proposition suivante a été formulée :

Les parties à toutes les procédures sont considérées comme ayant renoncé à leur droit de désigner un arbitre dans cet arbitrage, sans préjudice de leur droit de récuser un arbitre en application de l'article 6-§1 du Règlement [Récusation et remplacement des arbitres].

² Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n°129, n°04-20.842, *Alcatel*, D. 2007 p. 2077 ; note S. Bollée, Rev. arb. 2007 p. 785, note J. El Ahdab.

(ii) Concernant l'intervention :

- Partie régulation : Cette partie n'a été que partiellement discutée par les membres du Groupe et devrait être approfondie au cours de la prochaine réunion.
- Partie renonciation : *idem*.

Il a été soulevé que le Comité d'arbitrage devrait de nouveau user de son pouvoir d'appréciation et *prima facie* déterminer si la partie intervenante est liée d'une quelconque manière (notamment par une convention d'arbitrage) aux parties initiales.

Les modifications subséquentes du Règlement de l'A.F.A. Il a été unanimement observé que plusieurs ajustements sur l'intégralité du Règlement de l'A.F.A. seraient nécessaires.

- Les parties jointes ou intervenantes devront soumettre leur demande et leurs observations dans les conditions prévues dans le Règlement de l'A.F.A., articles 1^{er} et 2^e.
- Les dispositions de l'article 3 (sur les contestations de la compétence du tribunal arbitral) et de l'article 4 (sur les obligations de déclaration d'indépendance et d'impartialité) doivent s'appliquer également aux situations de jonction et d'intervention en sorte qu'il sera nécessaire de prévoir la réouverture de ces questions. Un renvoi à ces dispositions pourrait être envisagé dans les nouveaux articles à rédiger. Il a également été proposé d'intégrer un délai dans lequel les parties pourraient soulever leurs contestations.
- Il a par ailleurs été proposé d'intégrer une nouvelle disposition qui compléterait l'article 3. Entre les actuels articles 5- §7 et 5- §8, il pourrait être précisé que le tribunal arbitral nouvellement constitué, à la suite d'une jonction ou devant lequel une demande d'intervention est formée, devra se prononcer de nouveau sur sa compétence. L'actuel article 5- §8 du Règlement de l'A.F.A. deviendrait l'article 5- §9.

Les modalités de constitution du nouveau tribunal arbitral. Enfin a été soulevée la question des modalités pratiques dans lesquelles le nouveau tribunal arbitral serait constitué en cas de jonction de procédures.

Il est établi que le Comité d'arbitrage, en application de l'article 5- §7 du Règlement de l'A.F.A., décidera de la nomination de tous les arbitres d'un arbitrage multipartite en cas de contestation. Il a été soulevé qu'une telle jonction pourrait se faire en faveur du tribunal arbitral issu de la demande introduite en premier. Une telle disposition pourrait créer des effets néfastes tels qu'une course des parties au dépôt d'une demande d'arbitrage. La question reste donc ouverte.

En vue de la prochaine réunion, il est demandé aux membres du Groupe de réflexion de réfléchir aux formulations possibles de clauses relatives à la jonction de procédure et l'intervention d'une tierce partie, au regard des considérations exprimées au cours des précédentes séances.