



Le 3 juin 2015, à l'occasion de la cinquième 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 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
- Madame Joyce PITCHER, Avocat à la Cour

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

A la suite de cette réunion, les membres du Groupe ont continué d'échanger sur la formulation exacte de la clause de jonction de procédures arbitrales. Le présent document prend en compte les modifications intervenues dans le cadre de ces échanges.

Au cours de la dernière réunion du Groupe de réflexion de l'A.F.A. consacré au thème de « La consolidation des arbitrages connexes », la rédaction de la clause de jonction de procédures arbitrales (ci-après la « Clause »), a fait l'objet de quelques modifications.

La séance a été principalement consacrée à la rédaction de l'alinéa 3 de la Clause bien que des débats sur certains points des alinéas 1 et 2 aient été réintroduits. Par ailleurs et afin de conserver la cohérence du Règlement, les modifications d'autres dispositions ont également été formulées.

- **L'alinéa premier de la Clause**

Concernant le premier alinéa de la Clause, les débats se sont de nouveau concentrés sur le troisième cas de jonction inscrit à l'alinéa 1.c. en présence de conventions d'arbitrage compatibles (i) lorsque les parties sont impliquées (ii) dans une opération économique globale (iii).

- (i) Afin de pouvoir éclairer les utilisateurs du Règlement de l'A.F.A., a été évoquée la possibilité de rédiger un *vade mecum* listant les cas d'incompatibilité de conventions d'arbitrage. Un projet de rédaction d'un guide d'utilisation du Règlement A.F.A. a également été envisagé.
- (ii) Les membres ont confirmé leur attachement à la notion d'implication.
- (iii) Le choix opéré par les membres du Groupe en faveur de l'utilisation du critère d'une « opération économique globale » a, de nouveau, été évoqué. Il repose sur la volonté de se référer au droit français, et plus particulièrement à la notion de connexité matérielle¹, à laquelle est souvent liée la reconnaissance d'une connexité processuelle² entre les procédures introduites en parallèle.

Les membres se sont accordés sur la formulation suivante de l'alinéa premier de la Clause :

« 1. Le Comité d'arbitrage, à la demande d'une des parties, d'un tribunal arbitral, ou même d'office, peut joindre en un arbitrage unique plusieurs arbitrages soumis au Règlement après consultation des parties, des tribunaux arbitraux ou, à défaut de constitution de ceux-ci, des arbitres déjà nommés :

a) si toutes les parties acceptent la jonction, ou

b) si toutes les demandes formées dans ces arbitrages résultent de la même convention d'arbitrage, ou

c) si, lorsque les demandes ont été formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage qui ne sont pas incompatibles, les arbitrages intéressent des parties impliquées dans une opération économique globale ».

¹ Pour une utilisation du critère « de l'opération économique globale », voir par exemple en matière de compensation pour dettes connexes : Cass. Com., 17 mai 1989, 87-18.103, Bull. IV, n°153 p. 102 ; plus récemment, Cass. Com., 22 octobre 2013, 12-27.044.

² La connexité processuelle découle de l'existence entre des affaires portées, soit devant une même juridiction (article 367 du Code de procédure civile), soit devant deux juridictions (article 101 du même Code), d'un « lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble ».

- **Le deuxième alinéa de la Clause :**

Le deuxième alinéa de la Clause énumère les circonstances que le Comité d'arbitrage peut prendre en considération lorsqu'il ordonne ou non la jonction de procédures. Cette liste n'est pas exhaustive, elle a pour rôle d'éclairer les parties sur les éléments qui sont pris en compte.

Dans ce cadre, il a été fait remarquer qu'il serait préférable d'ajouter que les circonstances prises en considération intéressent tant les litiges que les parties, et non simplement les seuls litiges.

Cette disposition serait ainsi rédigée :

« 2. Pour arrêter sa décision, le Comité d'arbitrage prend en considération toutes circonstances qui intéressent les parties ou les litiges en cause, notamment le degré d'avancement des procédures, le fait qu'un ou plusieurs arbitres ont déjà été nommés dans les arbitrages considérés ou l'identité des arbitres nommés ».

- **Le troisième et dernier alinéa de la Clause :**

La majorité des débats se sont concentrés sur la rédaction du dernier alinéa de la Clause. Plusieurs difficultés ont été mises en exergue qu'il convient de prévenir dans la formulation même de la Clause, et ce afin de limiter tout contentieux annexe lié aux modalités mêmes de mise en œuvre de la jonction.

Les membres du Groupe ont estimé que le meilleur moyen de garantir une gestion efficace de la jonction serait de prévoir expressément les solutions retenues lorsque l'arbitrage a été soumis par les parties au Règlement de l'A.F.A.

- **Modalités de la jonction et nomination des arbitres dans le cadre de la procédure issue de la consolidation**

Une première difficulté résulte du fait de savoir si la consolidation devrait avoir lieu en faveur d'une des procédures engagées et si oui laquelle, ou bien en faveur de la constitution d'un nouveau tribunal arbitral formé conformément aux dispositions relatives aux arbitrages multipartites (à savoir la nomination de l'intégralité des membres du tribunal arbitral par l'institution d'arbitrage en cas de désaccord des parties).

- **L'opportunité d'une consolidation en faveur de la première procédure engagée ou du premier tribunal arbitral constitué le cas échéant.**

Cette question a suscité de vifs débats et plusieurs membres du Groupe de réflexion ont fait connaître leur préférence pour une consolidation en faveur de la première procédure engagée, lorsqu'aucun accord entre parties n'a été trouvé sur les modalités de constitution du tribunal arbitral.

Dans un souci d'efficacité et de gain de temps, a cependant été évoquée la possibilité de retenir non le critère de l'ancienneté, mais celui de l'avancement de la procédure pour déterminer en faveur de quel tribunal arbitral la jonction s'opérerait. Cette dernière proposition a suscité quelques réserves ; il semble en effet difficile de déterminer sur quels critères objectifs se fonder pour identifier la procédure

la plus avancée, à moins de retenir celui du premier tribunal arbitral constitué. Or, la jonction doit pouvoir intervenir avant la constitution d'un des tribunaux arbitraux.

Prenant en compte ces différents éléments, les membres du Groupe ont convenu d'une « double clause » : « la jonction est réputée avoir lieu en faveur de la première procédure engagée, ou devant le tribunal arbitral constitué en premier le cas échéant ». En principe, la jonction se fait en faveur de la procédure introduite en premier, sauf lorsqu'un tribunal arbitral a déjà été constitué dans l'autre procédure en cause. Cette solution permet ainsi de gagner en efficacité et en temps. Elle permet, en outre, de faire obstacle au comportement d'une partie visant à freiner le cours de la procédure arbitrale en délayant la constitution d'un tribunal arbitral.

Il faut toutefois garder à l'esprit que ces deux modalités de consolidation ne peuvent être utilisées que dans des cas limités afin de ne pas contrevenir au droit de chaque partie de nommer un arbitre dans des conditions similaires aux autres³. Dès lors que ce droit serait susceptible d'être bafoué, une troisième modalité de jonction doit être appliquée.

- La nécessité de prévoir une modalité alternative de consolidation, la constitution d'un nouveau tribunal arbitral par le Comité d'arbitrage.

En pratique, une consolidation en faveur de la première procédure engagée ou du premier tribunal arbitral constitué le cas échéant est limitée par le droit de chaque partie de nommer un arbitre dans des conditions similaires aux autres parties.

La première phrase de l'alinéa 3 recoupe ainsi un nombre limité de situations : seule une identité stricte de toutes les parties aux procédures lorsque certaines nominations sont déjà intervenues, ou bien la renonciation des parties concernées à leur droit de nommer un arbitre dans les mêmes conditions que les autres parties, pourraient permettre une consolidation en faveur de la première procédure engagée ou du premier tribunal arbitral constitué le cas échéant.

Lorsque l'égalité des parties pourrait être remise en cause, la première phrase de l'alinéa 3 ne peut s'appliquer et une autre modalité de constitution du tribunal arbitral a dû être envisagée. En raison de la similitude des problématiques rencontrées, les membres du Comité d'arbitrage ont décidé de transposer les solutions retenues en présence d'un arbitrage multipartite. Ainsi, lorsque la jonction de plusieurs procédures arbitrales rend nécessaire la constitution d'un nouveau tribunal arbitral, les membres du Groupe de réflexion ont considéré qu'il devrait revenir au Comité d'arbitrage « de désigner tous les arbitres ou l'arbitre unique », conformément à l'article 5§7 du Règlement⁴.

La formulation suivante a ainsi été proposée :

« 3. En exécution de la décision du Comité d'arbitrage, la jonction est réputée avoir lieu en faveur de la première procédure engagée, ou devant le tribunal arbitral constitué en premier le cas échéant. Si la jonction des arbitrages rend nécessaire la constitution d'un nouveau tribunal arbitral, le Comité d'arbitrage procédera conformément à l'article 5§7 du Règlement. [...] ».

³ Sociétés BKMI & Siemens c. Société Dutco, Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1992, pourvoi n°89-18.708 et 89-18.726 : « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; [...] on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige ». ASA Bulletin, 1992, pp. 295 – 312 ; Rev. arb., 1992, pp. 473 – 482, note P. Bellet, JDI 1992, pp. 707 – 736, note C. Jarrosson. V. également, J.-L. Delvolvé, L'arbitrage multipartite en 1992, ASA Bulletin, 1992, pp. 154 – 197.

⁴ Article 5§7 du Règlement : « En cas de pluralité de parties et de contestation en découlant pour la nomination des arbitres, le Comité d'arbitrage a la possibilité de désigner tous les arbitres ou l'arbitre unique ».

- **Modalités de jonction et récusation des arbitres dans les procédures abandonnées**

La révocation des arbitres nommés dans la ou les procédures arbitrales qui prennent fin par le jeu de la jonction. Il a été rappelé qu'il existerait une contrariété flagrante dans la volonté des parties de souscrire à un règlement d'arbitrage prévoyant un mécanisme de jonction, sans pour autant accepter de revenir sur la nomination de certains arbitres lorsque celle-ci s'avère nécessaire.

Afin d'écartier tout doute sur la possibilité de révoquer les arbitres qui ont été nommés dans des procédures initiales, les membres du Groupe ont décidé d'intégrer une disposition prévoyant clairement la révocation des arbitres dont la nomination serait devenue superflue.

Cette révocation n'a aucune incidence sur l'obligation initiale des parties de verser une provision par application de l'article 7 du Règlement de l'A.F.A., ni sur l'obligation de rémunération des arbitres nommés et révoqués le cas échéant si une telle rémunération s'avère justifiée.

Enfin, les membres ont tenu à rappeler que la jonction ne privait pas les parties à la procédure consolidée d'user de leurs droits tirés de l'article 6 du Règlement relatif à la récusation et au remplacement d'arbitres.

Les membres du Groupe de réflexion ont arrêté la rédaction suivante :

« 3. [...] Les arbitres nommés qui ne composent pas le tribunal arbitral dans lequel les arbitrages sont joints sont considérés comme étant révoqués du consentement unanime des parties. Les parties renoncent à leur droit de désigner un nouvel arbitre dans cet arbitrage, sans préjudice de l'exercice de leur droit de récusation, tel qu'il est prévu à l'article 6- §1 du Règlement ».

- **Autres modifications préconisées du Règlement :**

Modification de l'actuel article 5- §7 du Règlement de l'A.F.A. Au cours de la réunion du 3 juin, il a été fait remarquer que l'utilisation du mot « difficultés » au lieu du mot « contestation » à l'article 5- §7 du Règlement permettrait d'élargir le champ d'application de cette disposition pour y faire entrer les difficultés liées à la nomination d'arbitres en présence d'une jonction de procédures.

Cette disposition serait donc rédigée comme suit :

« En cas de pluralité de parties et de difficultés en découlant pour la nomination des arbitres, le Comité d'arbitrage a la possibilité de désigner tous les arbitres ou l'arbitre unique ».

Modification de l'actuel article 5- §8 du Règlement de l'A.F.A. L'étude menée par le second Groupe de réflexion de l'A.F.A. portant sur « Les décisions du Comité d'arbitrage » a conduit à la proposition de rédaction de la clause suivante :

« Les décisions du Comité d'arbitrage relatives à la composition du Tribunal arbitral sont définitives et ne portent pas atteinte au pouvoir du Tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence.

Ces décisions et leurs motifs sont communiqués aux parties et à tous les arbitres.

Les parties disposent d'un délai de 30 jours à compter de la décision du Comité d'arbitrage pour lui communiquer les éléments de fait ou de droit justifiant le maintien de leurs objections.

En cas de silence d'une partie, à l'expiration du délai de 30 jours indiqué à l'alinéa précédent, celle-ci sera réputée avoir levé ses objections et accepté la décision du Comité d'arbitrage, sous réserve de l'apparition d'éléments nouveaux ».

Cette dernière disposition, issue des débats intervenus dans le second Groupe de réflexion de l'A.F.A., s'articule parfaitement avec les solutions retenues par le présent Groupe de réflexion. Il ressort de ces deux études qu'une modification des prérogatives du Comité semblait nécessaire afin qu'il puisse remplir son office premier, à savoir limiter toute situation de blocage susceptible d'intervenir dans le cadre d'une procédure arbitrale et ce afin de répondre aux objectifs de célérité et d'efficacité de ce mode de résolution des différends.

Synthèse des modifications préconisées au 30 juin 2015
--

Nouvel article - Jonction de procédures arbitrales:

« 1. Le Comité d'arbitrage, à la demande d'une des parties, d'un tribunal arbitral, ou même d'office, peut joindre en un arbitrage unique plusieurs arbitrages soumis au Règlement après consultation des parties, des tribunaux arbitraux ou, à défaut de constitution de ceux-ci, des arbitres déjà nommés :

a) si toutes les parties acceptent la jonction, ou

b) si toutes les demandes formées dans ces arbitrages résultent de la même convention d'arbitrage, ou

c) si, lorsque les demandes ont été formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage qui ne sont pas incompatibles, les arbitrages intéressent des parties impliquées dans une opération économique globale.

« 2. Pour arrêter sa décision, le Comité d'arbitrage prend en considération toutes circonstances qui intéressent les parties ou les litiges en cause, notamment le degré d'avancement des procédures, le fait qu'un ou plusieurs arbitres ont déjà été nommés dans les arbitrages considérés ou l'identité des arbitres nommés ».

3. *En exécution de la décision du Comité d'arbitrage, la jonction est réputée avoir lieu en faveur de la première procédure engagée, ou devant le tribunal arbitral constitué en premier le cas échéant. Si la jonction des arbitrages rend nécessaire la constitution d'un nouveau tribunal arbitral, le Comité d'arbitrage procédera conformément à l'article 5§7 du Règlement. Les arbitres nommés qui ne composent pas le tribunal arbitral dans lequel les arbitrages sont joints sont considérés comme étant révoqués du consentement unanime des parties. Les parties renoncent à leur droit de désigner un nouvel arbitre dans cet arbitrage, sans préjudice de l'exercice de leur droit de récusation, tel qu'il est prévu à l'article 6§1 du Règlement ».*

Actuel article 5- §7 du Règlement :

« En cas de pluralité de parties et de difficultés en découlant pour la nomination des arbitres, le Comité d'arbitrage a la possibilité de désigner tous les arbitres ou l'arbitre unique ».

Actuel article 5- §8 du Règlement :

« Les décisions du Comité d'arbitrage relatives à la composition du Tribunal arbitral sont définitives et ne portent pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence.

Ces décisions et leurs motifs sont communiqués aux parties et à tous les arbitres.

Les parties disposent d'un délai de 30 jours à compter de la décision du Comité d'arbitrage pour lui communiquer les éléments de fait ou de droit justifiant le maintien de leurs objections.

En cas de silence d'une partie, à l'expiration du délai de 30 jours indiqué à l'alinéa précédent, celle-ci sera réputée avoir levé ses objections et accepté la décision du Comité d'arbitrage, sous réserve de l'apparition d'éléments nouveaux ».