



Le 9 avril 2015, les membres 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, Présidente de l'A.F.A.
- Madame Claire DEBOURG, Maître de conférences
- Monsieur Jean-Philippe DOM, Professeur des Universités
- 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.
- 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 mercredi 20 mai à 18h

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

Au cours de la dernière réunion, la nouvelle clause de jonction de procédures du Règlement de l'A.F.A. a été rédigée dans son intégralité. Des retouches sont cependant envisageables et il est demandé aux membres du Groupe de réflexion de faire part de leurs observations sur le contenu reproduit ci-dessous.

En vue de cette prochaine réunion, il est également demandé aux membres du Groupe de réflexion de réfléchir à l'opportunité, et éventuellement aux modalités, de l'intervention d'un tiers dans une procédure déjà en cours et, le cas échéant, de formuler des propositions de rédaction d'une telle clause (cf. voir le compte-rendu du 4 février 2015 et le document de travail communiqué individuellement aux membres).

Introduction de la séance et liens entre les différents Groupes de réflexion

A titre liminaire, il a été rappelé par Monsieur MOREAU les conclusions formulées au cours de la dernière réunion du second Groupe de réflexion de l'A.F.A. portant sur « *Les Décisions du Comité d'arbitrage* », dirigé par le Professeur François-Xavier TRAIN. A ce titre, une coordination dans la rédaction des nouvelles dispositions de l'A.F.A. en lien avec celles relatives à « *La Consolidation d'Arbitrages Connexes* » est envisagée. En effet, ce groupe envisage la motivation des décisions administratives du Comité d'arbitrage de l'A.F.A, parmi lesquelles pourraient figurer celles prononçant la jonction de procédures et, le cas échéant, acceptant ou non l'intervention d'un tiers à la procédure arbitrale en cours.

Bien que les débats sur l'opportunité de la motivation par le Comité d'arbitrage de ses décisions soient encore en cours, plusieurs propositions ont été formulées par le second Groupe de réflexion. Le règlement de l'A.F.A. pourrait ainsi préciser que le silence, durant un certain délai, de la partie destinataire de la décision vaudrait acceptation de sa part. Cette partie ne pourrait dès lors plus soulever de griefs à l'encontre de ladite décision au moment du recours formulé à l'encontre de la sentence arbitrale.

Discussion – Débats relatifs à la rédaction de la Clause de jonction

Cette séance étant consacrée à la rédaction de la clause de jonction de procédures arbitrales connexes (ci-après la « Clause »), un tour de table, présidé par Monsieur ORTSCHIEDT, a été opéré, au cours duquel de nombreuses propositions ont été formulées par les membres du Groupe de réflexion. Chaque alinéa de cette Clause a ainsi fait l'objet de débats approfondis qui seront brièvement rappelés dans ce compte-rendu.

Contenu de la Clause de jonction.

1. Le Comité d'arbitrage, à la demande d'une des parties, d'un tribunal arbitral, ou même d'office, peut joindre dans un arbitrage unique plusieurs arbitrages soumis au Règlement après consultation des parties, des tribunaux arbitraux ou, à défaut de constitution, 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 même opération économique globale.

2. Pour arrêter sa décision, le Comité d'arbitrage peut prendre en considération toutes circonstances qui intéressent le litige en cause, notamment le degré d'avancement des procédures, le fait qu'un ou plusieurs arbitres ont déjà été nommés dans plusieurs des arbitrages et, le cas échéant, que les arbitres nommés sont ou non les mêmes.

3. En exécution de sa décision par le Comité, les arbitres déjà nommés seront, le cas échéant, réputés révoqués. En cas de jonction, les parties 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.

1. Alinéa Premier de la Clause :

1.1. Disposition préliminaire

Concernant l'opportunité de la jonction, tous les membres sont unanimes pour en confier la décision au seul Comité d'arbitrage. En conséquence, le Comité d'arbitrage est l'organe compétent pour décider ou non de la jonction.

Concernant la demande de jonction, plusieurs questions ont été soulevées eu égard (i) aux acteurs susceptibles de formuler une demande de jonction des procédures, (ii) relativement à l'opportunité de désigner expressément dans la Clause les acteurs ayant ce pouvoir, enfin (iii) concernant la nécessité d'entendre tous les acteurs des procédures arbitrales en cas de jonction.

- (i) **Les acteurs** susceptibles de formuler une demande de jonction de procédures
 - a. sont dans un premier temps les parties elles-mêmes ;
 - b. un tribunal arbitral déjà constitué aura également le pouvoir de porter à l'attention du Comité d'arbitrage l'intérêt de se prononcer sur une éventuelle jonction, s'il le juge utile.
La préférence donnée aux termes « tribunal arbitral » au lieu d'« arbitres déjà nommés » est délibérée et vise à favoriser l'entente des membres du tribunal sur la question de l'opportunité d'une jonction au moment d'en effectuer la demande auprès du Comité d'arbitrage ; il s'agit en outre des termes employés par le décret du 13 janvier 2011 ;
 - c. Enfin, le Comité d'arbitrage a le pouvoir de soulever la question d'une consolidation de plusieurs arbitrages.
- (ii) **Dans un souci de clarté**, à l'attention des utilisateurs du Règlement, il a semblé nécessaire aux membres du Groupe de réflexion d'indiquer expressément les acteurs susceptibles de formuler une demande de jonction.
- (iii) **Concernant la contribution des acteurs dans le décision** du Comité d'arbitrage, il a paru important aux membres du Groupe de réflexion que le Comité d'arbitrage ne puisse décider de la jonction des procédures qu'après avoir entendu tous les acteurs en cause, à savoir les parties, le tribunal arbitral, ou à défaut de constitution, les arbitres déjà nommés.

Ordre de présentation. Un doute a animé les débats du Groupe de réflexion : faut-il indiquer ces informations au début ou à la fin de la Clause ? Il a finalement été décidé de regrouper ces différents éléments dans un même alinéa, placé en début de clause.

Place de l'exclusion par les parties de la jonction de procédures arbitrales. Il a été envisagé de préciser dans le Règlement que l'exclusion expresse d'une jonction par la convention d'arbitrage ferait échec à cette faculté.

Mais il a finalement été décidé que cette précision, alourdirait la rédaction puisqu'une telle stipulation expresse entrerait nécessairement dans le champ des circonstances particulières prises en compte par le Comité d'arbitrage lorsqu'il se prononce sur la jonction.

Une approche similaire a d'ailleurs été retenue par d'autres règlements d'arbitrage, au nombre desquels celui du CEPANI (art. 13.2, a) : « *If [the application for consolidation is not presented by all the parties], the Appointment Committee or the President may grant the application for consolidation, after having considered, inter alia : (a) Whether the parties have not excluded consolidation in the arbitration agreement; [...]* ».

Sauf refus unanime renouvelé de toutes les parties, une telle exclusion dans la convention d'arbitrage ne devrait cependant pas, *per se*, faire obstacle à la consolidation. D'autres circonstances devront alors justifier l'absence de jonction. Ces circonstances pourraient découler de manière générale du degré d'avancement des procédures, de l'objet du litige, de la prévision d'une clause de confidentialité s'appliquant à la procédure arbitrale et dont la jonction entraînerait la violation ; ou plus particulièrement, de l'incompatibilité matérielle des conventions d'arbitrage (règlements d'arbitrage différents, sièges différents, etc.) lorsque la demande de jonction est formulée en application de plusieurs conventions d'arbitrage en vertu de l'alinéa 1, c) de la Clause. Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres circonstances pourraient faire obstacle à la jonction de procédures.

1.2. Hypothèses de jonction, Alinéa premier, a), b) et c), de la Clause

Alinéa premier, a) et b) de la Clause. Les hypothèses de jonction visées par l'alinéa 1^{er} a) et b) - à savoir lorsque toutes les parties ont accepté la jonction ou lorsque toutes les demandes formées dans ces arbitrages résultent de la même convention d'arbitrage - n'ont pas soulevé de difficultés. Aucun développement n'est donc nécessaire sur ces points.

Alinéa premier, c) de la Clause. Par contraste, les modalités d'application de l'alinéa 1^{er} c) de la Clause - relatives à l'hypothèse dans laquelle les demandes d'arbitrage seraient formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage qui ne sont pas incompatibles et qui intéressent des parties impliquées dans une même opération économique globale - suscitent quelques commentaires.

Alinéa premier, c) de la Clause - conditions cumulatives d'application. L'alinéa 1^{er}, c) pose deux conditions cumulatives à défaut desquelles une demande de jonction de procédures arbitrales, formée devant le Comité d'arbitrage, sera rejetée.

- (i) **Le critère de l'incompatibilité des clauses d'arbitrage.** Sont réputées incompatibles toutes clauses dont les modalités pratiques choisies par les parties rendront une procédure arbitrale unique difficilement praticable, voire impossible. A titre d'exemple, le choix de deux sièges différents ou d'un nombre différent d'arbitres rend toute consolidation impraticable ; le choix de deux règlements d'arbitrage entraîne des difficultés pratiques et logistiques rendant *a priori* impossible la procédure arbitrale.
- (ii) **L'implication dans une même opération économique globale.** Ce critère a soulevé des difficultés de définition de son sens exact.

- Tout d'abord, les membres du Groupe de réflexion ont opté pour le concept d'« implication » afin de renvoyer à la signification dont ce terme dispose en droit de la responsabilité et en droit de l'arbitrage international français. L'« implication » a été préférée à celle d'« intéressement » à l'opération économique, trop vague et trop large.
- Par ailleurs, la notion d'implication « dans une même opération économique globale » renvoie également à une notion déjà connue du droit civil français. De manière sous-jacente, l'on peut également présumer une connaissance des parties impliquées dans une même opération économique entre-elles ; cet aspect rappelle fortement les développements du droit français de l'arbitrage en matière d'extension de procédures arbitrales.
- Enfin, afin de moduler la présomption de connaissance et d'acceptation de clauses compromissaires compatibles conclues par d'autres parties à la même opération économique globale, il est nécessaire de rappeler que le degré d'implication des parties visées sera évidemment pris en compte par le Comité d'arbitrage au moment de prendre sa décision.

2. Deuxième Alinéa de la Clause

Le contenu de cet alinéa avait déjà été amplement débattu à l'occasion de la séance du 4 février 2015. Il faut toutefois insister à nouveau sur l'importance du respect de l'ordre public procédural par le Comité d'arbitrage, au moment d'arrêter sa décision. Les principes d'égalité des parties, d'économie procédurale, d'efficacité et de bonne administration seront au centre des considérations du Comité lorsque celui-ci décidera de la jonction ou non.

L'avancement des procédures arbitrales dans lesquelles la jonction est envisagée conserve ainsi une place prépondérante parmi les « circonstances » que le Comité d'arbitrage prendra en compte. Il apparaît en effet qu'il s'agira de la principale justification des décisions du Comité lorsque ce dernier refusera la jonction de procédures, décision dont la motivation pourrait être portée à la connaissance des parties au moment de sa notification, dans un souci de transparence.

Dans l'hypothèse où la motivation de la décision serait communiquée aux parties – en fonction des modifications futures du Règlement de l'A.F.A. – il pourrait être envisagé d'ajouter un délai de recours durant lequel elles pourraient contester la décision. Cette dernière question est encore débattue dans le cadre du second Groupe de réflexion.

3. Troisième Alinéa de la Clause

Au cours de la séance du 4 février 2015, il avait été mis en exergue que la jonction de procédures entraînait possiblement la destitution d'un tribunal arbitral ou d'arbitres nommés, pourtant valablement désignés par les parties. La prévision d'une clause de jonction répond cependant à des objectifs d'efficacité et de bonne

administration de la justice qui l'emportent, lorsqu'une telle jonction est justifiée par l'intérêt commun des parties, sur les conséquences pour des arbitres nommés, puis aussitôt destitués.

Cette considération soulève la question de la gestion des difficultés pouvant découler de cette situation. Il a été décidé que l'acceptation par les parties du mécanisme de la jonction de procédures entraîne nécessairement l'acceptation des modifications subséquentes à sa mise en œuvre.

Dans ce cadre, il est désormais prévu que la décision de jonction du Comité d'arbitrage entraîne, lorsque les arbitres ne sont pas nommés à nouveau dans la procédure reconstituée, ou qu'ils n'étaient pas précédemment nommés dans les deux arbitrages, la révocation des arbitres antérieurement désignés. La jonction ne vaut cependant pas renonciation à la faculté par les parties de demander la récusation des nouveaux arbitres ; un renvoi a ainsi été opéré aux dispositions du Règlement de l'A.F.A. relatives à la récusation et au remplacement des arbitres qui demeurent applicables.

Les membres du Groupe de réflexion se sont séparés sur ces dernières considérations. La nouvelle clause de jonction de procédures arbitrales connexes étant désormais intégralement rédigée, il est demandé aux membres, pour la séance prochaine, de faire part de leurs éventuelles observations quant à son contenu en vue de son adoption finale.