



Le présent document offre une synthèse des principales questions débattues par les membres du Groupe de réflexion de l'A.F.A. portant sur la « Consolidation d'arbitrages connexes » au long de l'année 2014-2015. Les débats intervenus ont donné lieu à la rédaction d'un nouvel article 4 intitulé « Jonction de procédures arbitrales » (ci-après la « Clause ») et dont l'insertion dans le Règlement de l'A.F.A. (ci-après le « Règlement ») fera l'objet d'un vote au cours de la prochaine Assemblée générale de l'A.F.A.

Le Groupe de réflexion s'est réuni à cinq reprises les 12 septembre et 17 décembre 2014, 4 février, 9 avril et 3 juin 2015 afin de rédiger un nouvel article 4 du Règlement, relatif à la jonction de procédures.

Le texte proposé a fait l'objet d'un second examen par les membres du Bureau, du Comité d'arbitrage et du Conseil d'administration de l'A.F.A. lors d'une réunion du 16 novembre 2015. La version française de la proposition finale est reproduite et commentée ci-dessous.

MEMBRES DU GROUPE

Président du Groupe de réflexion : Jérôme ORTSCHEIDT, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

Secrétaire du Groupe de réflexion : Eloïse GLUCKSMANN, Doctorante

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.

Madame Claire DEBOURG, Maître de conférences

Monsieur Jean-Philippe DOM, Professeur de droit

Monsieur Christophe DUGUÉ, Avocat à la Cour

Monsieur Clément FOUCHARD, Avocat à la Cour

Madame Ouqian LIU, Doctorante

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.

Monsieur Jacques PELLERIN, Avocat à la Cour

Madame Alice PEZARD, Conseiller honoraire à la Cour de cassation et Avocat à la Cour

Madame Joyce PITCHER, Avocat à la Cour

Monsieur Silvestre TANDEAU DE MARSAC, Avocat à la Cour

Table des matières

1. LES RAISONS MILITANT POUR L'INSERTION D'UN MECANISME DE JONCTION DANS LE REGLEMENT	3
2. LA DEMANDE DE JONCTION DE PROCEDURES	4
2.1. LES ACTEURS A L'INITIATIVE DE LA JONCTION	4
2.2. L'OBLIGATION DE CONSULTATION DES DIFFERENTS ACTEURS	4
3. LES CONDITIONS DE LA JONCTION DE PROCEDURES	5
3.1. CHAMP D'APPLICATION DE LA CLAUSE DE JONCTION (ALINEA 1).....	5
3.1.1. Les critères rendant envisageables la jonction de procédures, alinéa 1.a/b.....	5
3.1.2. Les critères rendant envisageables la jonction de procédures, alinéa 1.c.....	6
i. La compatibilité des conventions d'arbitrage	6
ii. L'implication des parties dans une opération économique globale	6
3.2. LE CONTROLE ET L'APPRECIATION SOUVERAINE DU COMITE D'ARBITRAGE QUANT A L'OPPORTUNITE DE LA JONCTION (ALINEA 2).....	7
3.2.1. Le Comité d'arbitrage, un organe de contrôle.....	7
3.2.2. Le Comité d'arbitrage, garant du respect des droits des parties.....	7
i. Le Comité d'arbitrage, juge de l'opportunité de la jonction de procédures.....	7
ii. Les circonstances prises en compte par le Comité.....	7
4. LES MODALITES DE LA JONCTION DE PROCEDURES.....	8
4.1. LES CONSEQUENCES DE LA SOLUTION DUTCO	9
4.2. LES CHOIX EFFECTUES PAR LE GROUPE CONCERNANT LES MODALITES DE LA JONCTION (ALINEA 3)	9
4.2.1. La procédure dans laquelle la consolidation est opérée	9
4.2.2. Conséquences additionnelles de la jonction	10

Nouvel article 4 du Règlement de l'A.F.A. - 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 relèvent 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 et les nominations d'arbitres déjà intervenues.

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 y procédera. Dans tous les cas de jonction, les arbitres précédemment nommés qui ne composeront pas le tribunal arbitral sont considérés comme étant révoqués du consentement unanime des parties ».

1. LES RAISONS MILITANT POUR L'INSERTION D'UN MECANISME DE JONCTION DANS LE REGLEMENT

La prévision d'un mécanisme de jonction de procédures dans le Règlement de l'A.F.A. répond à un besoin croissant des utilisateurs de l'arbitrage.

- **L'arbitrage est le mode de résolution des différends le plus communément usité** dans le cadre d'opérations d'envergure internationale.
- **Ces opérations tendent à prendre une ampleur grandissante**, liant de multiples parties les unes aux autres et créant des rapports juridiques complexes.
- **Dans ce cadre, il n'est pas rare de voir des demandes de jonction se multiplier** de la part d'une partie au litige, demandes auxquelles il est fait obstacle en l'absence d'une clause de jonction prévue dans le règlement d'arbitrage ou dans la convention d'arbitrage, ou encore si la clause de jonction de procédures prévue dans les conventions des parties est mal rédigée (ce qui arrive régulièrement).
- **Afin de pallier cette difficulté, il faut encadrer la faculté pour différentes parties de regrouper devant un même tribunal arbitral plusieurs procédures** arbitrales pendantes. Certaines lois nationales ainsi qu'un nombre croissant d'institutions d'arbitrage ont

expressément prévu des modalités permettant aux parties, aux tribunaux arbitraux ou, le cas échéant, aux juges de décider de la consolidation de procédures arbitrales concernant des affaires connexes.

- **Un tel mécanisme permet, par ailleurs, d'aboutir à une résolution raisonnée d'un différend dans sa globalité** en limitant le risque de décisions contradictoires rendues par plusieurs tribunaux arbitraux dans le cadre d'une même affaire, tout en favorisant sa résolution rapide et à moindre coût.

2. LA DEMANDE DE JONCTION DE PROCEDURES

La Clause, en son alinéa 1^{er}, désigne les acteurs disposant de la faculté de formuler une demande de jonction auprès du Comité d'arbitrage (2.1.). La Clause précise, par ailleurs, que l'autorisation d'une telle jonction par le Comité ne peut intervenir qu'après la consultation de tous les acteurs en cause (parties, arbitres nommés, tribunaux arbitraux constitués le cas échéant) (2.2.).

2.1. Les acteurs à l'initiative de la jonction

Les acteurs susceptibles de formuler une demande de jonction de procédures sont :

i. Dans un premier temps, **les parties elles-mêmes.**

ii. **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.

iii. Enfin, **le Comité d'arbitrage** possède le pouvoir de soulever la question d'une consolidation de plusieurs arbitrages.

Il a été choisi de permettre au Comité d'arbitrage de soulever d'office l'opportunité de se pencher sur une possible jonction, car :

- le Comité peut être seul à connaître l'ampleur du différend et l'éclatement procédural dont il fait l'objet ;
- une réflexion sur une possible analogie avec les pouvoirs d'un juge a été envisagée ; le juge, en droit français, peut décider de joindre d'office deux ou plusieurs procédures. Ici, il est uniquement question de soulever d'office l'éventualité d'une jonction.

2.2. L'obligation de consultation des différents acteurs

Concernant la contribution des acteurs dans la décision du Comité d'arbitrage et lorsque l'ordonnance d'une jonction est sérieusement envisagée, il a paru primordial aux membres du Groupe de réflexion de mettre à la charge du Comité d'arbitrage une obligation de consultation de certains d'entre eux. Le Comité d'arbitrage pourra décider de la jonction des procédures après avoir entendu tous les acteurs en cause, à savoir les parties, le tribunal arbitral, ou à défaut de constitution, les arbitres déjà nommés.

Une réserve doit toutefois être rappelée. Il arrive qu'une clause de confidentialité soit incluse dans la convention d'arbitrage, et non simplement dans le contrat, qui interdise aux parties comme au Comité d'arbitrage d'informer les parties d'une procédure arbitrale parallèle de l'existence d'un autre arbitrage en cours. Une vérification préalable du contenu de la convention d'arbitrage devra être effectuée par le Comité d'arbitrage, tandis que les parties à une procédure d'arbitrage dans laquelle une clause de confidentialité viserait la convention d'arbitrage doivent en informer le Comité d'arbitrage. Par contraste, l'existence d'une clause de confidentialité dont le champ d'application ne s'étend pas à la convention d'arbitrage et dont l'objet serait de protéger le contenu du contrat n'aura d'incidence qu'au moment de décider du bien-fondé ou non d'une jonction.

Pour qu'une jonction soit sérieusement envisagée, faut-il encore que les conditions posées par la Clause soient remplies, à savoir que la situation litigieuse entre dans le champ de la Clause et qu'aucune circonstance particulière n'y fasse obstacle.

3. LES CONDITIONS DE LA JONCTION DE PROCEDURES

A titre liminaire, le Groupe de réflexion a relevé que :

- La question des jonctions entre une procédure arbitrale et une procédure judiciaire ne peut être régie par un règlement d'arbitrage de source privée.
- Une jonction de procédures ne doit être possible que lorsque les différends concernés sont intrinsèquement liés les uns aux autres, lorsque l'intérêt supérieur d'une bonne administration de la justice le dicte et lorsqu'une jonction est matériellement possible.

C'est à travers ces dernières considérations que les membres du Groupe de réflexion ont choisi les critères rendant envisageables, ou non, une jonction de procédures. Ces critères sont énoncés à l'alinéa 1^{er} de la Clause (**3.1.**).

La jonction ne s'effectue, toutefois, que sous réserve de circonstances intéressant les parties aux litiges qui feraient obstacles au bien-fondé d'une telle jonction. Ces circonstances sont exposées dans une liste non-exhaustive à l'alinéa 2nd de la Clause (**3.2.**).

3.1. Champ d'application de la clause de jonction (alinéa 1)

Une jonction de procédures est envisageable dans plusieurs cas énumérés par la Clause : lorsque toutes les parties acceptent la jonction (alinéa 1.a), lorsque les demandes formées dans ces arbitrages résultent de la même convention d'arbitrage (alinéa 1.b) ou lorsque les conventions d'arbitrage dont résultent les demandes sont compatibles et concernent une opération économique globale (alinéa 1.c).

La première hypothèse ne soulève pas de difficulté, seules les deuxième et troisième méritent quelques explications quant à leurs mises en œuvre.

3.1.1. Les critères rendant envisageables la jonction de procédures, alinéa 1.a/b

Une demande de jonction de procédures sera acceptée dans son principe :

- « si toutes les parties acceptent la jonction » (**alinéa 1.a.**),
- « si toutes les demandes formées dans ces arbitrages relèvent de la même convention d'arbitrage » (**alinéa 1.b.**),

Alinéa 1.b. et champ d'application de la convention d'arbitrage. La formulation proposée permet de couvrir l'intégralité des hypothèses dans lesquelles une pluralité de demandes relève de la même convention d'arbitrage, y compris les cas où, dans un groupe de contrats, chaque contrat se réfère à une même convention d'arbitrage stipulée dans un document annexe distinct. En d'autres termes, la formulation de l'alinéa 1.b. de la Clause appelle à retenir une approche globale de l'opération, qui prenne en compte le *negotium* donc, et non à rechercher dans chaque *instrumentum* l'existence d'une convention d'arbitrage.

Alinéa 1.b et l'absence d'identité des parties. Il avait été envisagé de limiter ce dernier cas de jonction à l'identité de parties dans les différentes procédures jointes. Cette restriction aurait toutefois permis de facilement bloquer une possible consolidation du différend. Certains membres ont, en effet, déploré l'utilisation de stratégies procédurales allant parfois jusqu'à rechercher l'asphyxie économique d'une partie contre laquelle plusieurs procédures arbitrales auraient été engagées, par une société-mère et différentes filiales d'un même groupe par exemple. Il en résulterait un éclatement artificiel du différend.

Dans ce cadre, les membres du Groupe de réflexion ont décidé de favoriser une rédaction souple de la Clause ainsi que d'étendre les possibilités de jonction à une troisième hypothèse.

3.1.2. Les critères rendant envisageables la jonction de procédures, alinéa 1.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 » (**alinéa 1.c**).

Deux critères cumulatifs sont requis :

i. La compatibilité des conventions d'arbitrage

Sont réputées incompatibles les conventions d'arbitrage qui désigneraient des institutions d'arbitrage distinctes et qui se référeraient à des règlements d'arbitrage différents, ou encore qui imposeraient des modalités matériellement impossibles à mettre en œuvre tels que des mécanismes différents de nomination des arbitres, un nombre différent d'arbitres, des sièges d'arbitrage différents.

Certaines modalités ne sont pas impossibles à cumuler dans le cadre des différentes procédures. Leur application cumulative pourrait, toutefois, complexifier drastiquement le déroulement de la procédure, la rendre plus onéreuse ou rendre incertaine la résolution du différend. On peut penser aux choix opérés par les parties en faveur d'une langue ou de l'application d'une loi particulière par exemple. Il reviendra au Comité de prendre en compte ces difficultés, au regard du montant en jeu et de l'objet du litige, pour autoriser ou non une jonction.

ii. L'implication des parties dans une opération économique globale

Les terme et expression « implication » et « opération économique globale » ont été choisis par le Groupe de réflexion afin de renvoyer à la signification qu'ils détiennent en droit français.

- **Le choix porté sur la notion d' « implication »** résulte d'une référence aux solutions du droit français de l'arbitrage en matière d'extension des clauses d'arbitrage. L'implication d'un tiers dans l'exécution d'un contrat comprenant une clause d'arbitrage peut suffire à présumer la connaissance et donc l'acceptation de cette clause par ce tiers. Le Comité d'arbitrage, lorsqu'il décidera de la jonction ou non, prendra en compte le degré d'implication des parties visées, qui peut être à géométrie variable.

- **L'expression « opération économique globale »** est généralement utilisée pour désigner un cas de connexité matérielle ; ce qui, pour les membres du Groupe de réflexion, permet implicitement de reconnaître l'existence d'une connexité procédurale et donc d'un lien entre deux ou plusieurs affaires tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble.

3.2. Le contrôle et l'appréciation souveraine du Comité d'arbitrage quant à l'opportunité de la jonction (alinéa 2)

Le rôle du Comité d'arbitrage a paru primordial à plusieurs égards.

3.2.1. Le Comité d'arbitrage, un organe de contrôle

Outre le fait qu'il devrait pouvoir soulever d'office la possibilité qu'une jonction intervienne, le Comité a été considéré comme le seul organe à même de décider ou non de la jonction (et non un tribunal arbitral ou les seules parties).

Dans ce cadre, le Comité d'arbitrage a d'abord la mission de vérifier que toutes les conditions posées par le Règlement et permettant de prononcer une jonction de procédures sont remplies.

Une telle décision doit cependant intervenir dans le respect des droits des parties (égalité, respect du contradictoire, ...) et d'un principe de bonne administration de la justice. A cet égard, le Comité a, dans un second temps, la mission de se prononcer sur l'opportunité de la jonction.

3.2.2. Le Comité d'arbitrage, garant du respect des droits des parties

Afin d'assurer le respect des droits des parties et qu'une jonction soit effectivement pertinente, il semblait nécessaire de prévoir un garde-fou suffisant pour prévenir le risque de jonctions plus nuisibles que bénéfiques.

i. Le Comité d'arbitrage, juge de l'opportunité de la jonction de procédures

Il fallait donc un juge de l'opportunité de la jonction, qui prendrait en compte tous les éléments en lien avec les parties ou le litige, pour effectuer un choix raisonné.

i. Concernant l'opportunité de la jonction, tous les membres du Groupe étaient 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.

ii. 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 et les nominations d'arbitres déjà intervenues.

ii. Les circonstances prises en compte par le Comité

Il était impossible d'établir une liste exhaustive des circonstances que le Comité serait susceptible de prendre en compte pour décider ou non du bien-fondé d'une jonction. Le Groupe de réflexion en a cependant identifié plusieurs :

- **Le stade avancé d'une ou des procédures**

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.

Dans une telle éventualité, il paraît inapproprié de prononcer une jonction de procédures.

- **L'existence d'exigences particulières tenant au litige**

On peut penser en premier lieu à l'exigence de confidentialité des débats d'un litige dont certains éléments nécessitent d'être protégés par le secret, comme en matière de procédés industriels ou de brevets. De même, l'existence d'une clause de confidentialité dans la convention d'arbitrage pourrait être une circonstance susceptible de faire obstacle à une autorisation de jonction de la part du Comité.

- **Les parties peuvent se mettre d'accord sur une solution alternative qu'elles jugent préférable**

L'inclusion de cette Clause dans le Règlement n'en fait pas le remède exclusif en cas de pluralité de parties et de procédures multiples. Le Comité continuera d'œuvrer en concordance avec les parties.

Celles-ci peuvent préférer d'autres mécanismes parfaitement satisfaisants pour éviter tout risque de décisions contradictoires. Il pourrait par exemple être envisagé, à la demande des parties, de favoriser la nomination d'un tribunal arbitral identique dans plusieurs procédures arbitrales, ou bien d'accepter la communication des pièces d'une procédure à l'autre.

Et bien que l'identité des arbitres dans différentes procédures liées puisse constituer un indice de la volonté des parties de favoriser une jonction, cela n'exclut pas qu'une autre solution puisse être préférée, notamment en présence d'un refus unanime des parties.

- **Le refus unanime de toutes les parties**

Le point de savoir si un refus unanime de toutes les parties pourrait faire obstacle à la jonction de procédures a été débattu par le Groupe de réflexion.

Il a été convenu qu'un refus unanime entrerait dans les « circonstances » que le Comité devait prendre en compte pour déterminer l'opportunité de 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; [...] ».

4. LES MODALITES DE LA JONCTION DE PROCEDURES

La détermination des modalités de la jonction a soulevé de nombreux débats parmi les membres du Groupe de réflexion.

Il faut tout d'abord tirer les conséquences de la solution Dutco (4.1.), avant d'aborder les solutions finalement retenues (4.2.).

4.1. Les conséquences de la solution Dutco

La Cour de cassation a, dans un célèbre arrêt *Dutco*¹ en date du 7 janvier 1992, énoncé qu'en présence d'un arbitrage multipartite, « 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 ».

La Cour de cassation a considéré dans cette affaire qu'il existait un principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres qui soit d'ordre public ; et qu'un tel principe était violé si une institution d'arbitrage imposait à deux sociétés de nommer le même arbitre, face à une troisième partie pouvant nommer seule l'arbitre de son choix. Une réserve est toutefois énoncée par la Cour, les parties peuvent renoncer à ce droit une fois le litige né. La confirmation par une partie jointe d'un arbitre nommé par une autre partie pour défendre leurs intérêts communs, serait donc conforme à la solution énoncée par la jurisprudence *Dutco*.

A la suite de cette décision, la pratique des institutions d'arbitrage en matière de procédures multipartites a été profondément transformée. Lorsque plusieurs parties doivent être représentées par un arbitre commun et en cas de désaccord sur le principe d'une nomination commune, l'institution d'arbitrage nomme l'intégralité du tribunal arbitral, ou les deux co-arbitres qui nomment à leur tour un président, ou encore l'arbitre unique.

Cette solution doit logiquement être transposée lorsqu'il est question d'introduire une nouvelle disposition aménageant un mécanisme de jonction de procédures.

4.2. Les choix effectués par le Groupe concernant les modalités de la jonction (alinéa 3)

Une jonction de procédures entraîne des conséquences qui sont prévisibles dans une certaine mesure. Il convient d'en régler les conséquences à l'avance à la fois pour limiter les difficultés pratiques qui pourraient en résulter et dans un souci de prévisibilité des solutions à l'égard des parties.

Dans ce cadre, les débats se sont concentrés autour de deux thèmes. Dans un premier temps, les membres du Groupe de réflexion se sont penchés sur la question de savoir si la jonction devait se faire en faveur d'une des procédures engagées et si oui laquelle, ou bien en faveur de la nomination de l'intégralité des membres du tribunal arbitral par l'institution d'arbitrage en cas de désaccord des parties (i). Dans un second temps, plusieurs conséquences additionnelles ont été identifiées (ii).

4.2.1. La procédure dans laquelle la consolidation est opérée

Les membres du Groupe de réflexion se sont interrogés sur la question de savoir si la consolidation devrait avoir lieu en faveur de la première procédure engagée, de la procédure la plus avancée, 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).

Une solution nuancée a finalement été retenue : « 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

¹ Sociétés BKMI & Siemens c. Société Dutco, Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1992, pourvoi n°89-18.708 et 89-18.726, 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.

jonction des arbitrages rend nécessaire la constitution d'un nouveau tribunal arbitral, le Comité d'arbitrage y procédera ».

La consolidation en faveur de la première procédure engagée. Lorsqu'aucun accord des parties n'a été trouvé à propos des modalités de reconstitution du tribunal arbitral, la préférence a, dans un premier temps, été donnée à une consolidation qui interviendrait en faveur de la première procédure engagée. Cette solution ne vaut que lorsqu'aucun tribunal arbitral n'a encore été constitué. En revanche, et dès lors qu'est intervenue la constitution d'un tribunal arbitral, la jonction devrait être prononcée en faveur de ce tribunal plutôt que d'imposer de recommencer le processus de sélection et de confirmation des arbitres appelés à siéger. La jonction ne doit pas entraver le bon déroulement du processus arbitral, allonger les délais de la procédure et entraîner des coûts supplémentaires significatifs pour les parties en cause.

La consolidation en faveur du premier tribunal arbitral constitué. Dès lors qu'un tribunal arbitral a été constitué dans une des procédures, il a semblé opportun aux membres du Groupe de réflexion de favoriser la consolidation des procédures dans cette procédure, dans un souci d'économie et de temps. Cette solution permet, en outre, de faire obstacle au comportement d'une partie visant à freiner le cours de la procédure arbitrale en délayant la constitution du tribunal arbitral de la procédure introduite en premier.

Il faut toutefois garder à l'esprit que ces deux modalités de consolidation ne peuvent être utilisées que dans des cas limités. Le respect de l'égalité des parties dans la nomination des arbitres impose en effet que les parties aux procédures soient identiques, ou en présence de parties différentes d'une procédure à l'autre, que celles-ci renoncent à leur droit de nommer un arbitre dans des conditions similaires aux autres parties après la naissance du litige. En conséquence, toutes les fois où la première phrase de l'alinéa 3 ne peut s'appliquer, une autre modalité de constitution du tribunal arbitral devra être préférée.

La nomination d'un nouveau tribunal arbitral par le Comité d'arbitrage. Lorsque le Comité d'arbitrage ordonne la jonction de procédures et qu'il apparaît qu'une consolidation en faveur de la première procédure engagée ou du premier tribunal arbitral constitué le cas échéant serait susceptible de porter atteinte aux droits d'une partie, il reviendra au Comité d'arbitrage de procéder différemment. 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. Conformément aux termes de l'article 5- §7 du Règlement, le Comité d'arbitrage aura « la possibilité de désigner tous les arbitres ou l'arbitre unique », sous réserve d'un accord de toutes les parties sur des modalités alternatives de constitution de ce nouveau tribunal arbitral.

4.2.2. Conséquences additionnelles de la jonction

Premièrement, 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 ». C'est l'objet de la dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article.

Deuxièmement, lorsqu'une jonction sera engagée alors que plusieurs nominations étaient intervenues, plusieurs étapes de la procédure devront alors être effectuées de nouveau :

- Les arbitres doivent remplir leur obligation de révélation à l'égard des nouvelles parties, et
- Renouveler leurs déclarations d'indépendance et d'impartialité.

En conséquence, les parties conservent la faculté d'effectuer une demande de récusation, conformément à l'article 6- §1 du Règlement.

Troisièmement, bien que le Comité ait donné son autorisation pour qu'une jonction soit opérée, il n'en demeure pas moins que le tribunal nouvellement constitué devra tout de même se prononcer sur l'existence et l'étendue de sa compétence.