



Le 12 septembre 2014, à l'occasion de la première réunion du Groupe de réflexion organisé par l'Association Française d'Arbitrage sur le thème de « *La consolidation d'arbitrages connexes* », se sont réunis dans la salle Gaston Monnerville de la Maison du Barreau à Paris les membres suivants :

- Madame Sophie AMBROSI, Avocat à la Cour
- Madame Alexandra ARIGONI, Avocat à la Cour
- Madame Geneviève AUGENDRE, Avocat à la Cour, Président de l'A.F.A.
- Madame Claire DEBOURG, Maître de conférences
- Monsieur Christophe DUGUE, Avocat à la Cour
- Monsieur Clément FOUCHARD, Avocat à la Cour
- Monsieur Bertrand MOREAU, Avocat à la Cour, Président du Comité d'arbitrage 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

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, Elève-avocate et Secrétaire du Groupe de réflexion.

La prochaine réunion aura lieu le mercredi 17 décembre 2014 à 18 heures

Salle Albert Brunois à la Maison du Barreau - 2, rue de Harlay – 75001 Paris

En vue de cette prochaine séance, il est demandé à chacun, afin de mener à bien la première étape suggérée pour la réflexion, de faire part de ses expériences et de ses réflexions relatives, d'une part, aux avantages et inconvénients de procédures connexes et, d'autre part, aux risques que peut poser la consolidation de procédures arbitrales connexes, en se plaçant toujours du point de vue des parties, des arbitres, de l'institution d'arbitrage. Ces risques peuvent notamment être appréciés en considération des réactions qu'elle est susceptible de provoquer chez le juge d'appui ou du contrôle - voire le juge étranger.

Introduction de la première réunion et programme du Groupe de travail

Afin d'introduire les débats de cette première séance, Monsieur Bertrand MOREAU, Président du Comité d'arbitrage de l'Association Française d'Arbitrage (ci-après l'« AFA »), à l'initiative de la constitution du Groupe de réflexion, a rappelé le contexte dans lequel s'ancre les travaux de cette commission.

La récente multiplication des clauses relatives à la consolidation des procédures arbitrales connexes dans un nombre croissant de règlements d'arbitrage, pousse en effet à s'interroger sur l'opportunité et l'efficacité de telles stipulations.

L'objet de ce Groupe de réflexion est ainsi, à l'issue d'un travail couvrant l'année scolaire 2014-2015, de déterminer si la prévision de stipulations relatives à la consolidation de procédures arbitrales connexes dans le cadre d'un règlement d'arbitrage offre, ou non, une plus grande liberté dans la faculté de joindre plusieurs procédures. Dans l'éventualité où cette commission conviendrait que l'ajout de telles clauses dans un règlement d'arbitrage serait un mécanisme facilitant de façon effective le déroulement des procédures arbitrales connexes, des propositions seront formulées en vue de modifier le Règlement d'arbitrage de l'AFA.

Les différentes étapes qui, à titre indicatif, seront suivies au cours des travaux ont ensuite été suggérées par Monsieur Jérôme ORTSCHIEDT, Président du Groupe de réflexion.

Dans un premier temps, il importe d'identifier les risques et inconvénients, avérés ou supposés, résultant de procédures arbitrales connexes, ainsi que ceux provoqués par un éclatement du contentieux. Cette première réflexion est un préalable indispensable à la détermination de l'intérêt de proposer d'intégrer au Règlement d'arbitrage de l'AFA une ou plusieurs stipulations traitant de la consolidation des arbitrages connexes. Les risques et inconvénients doivent être appréciés du point de vue des parties, de l'arbitre et de l'institution d'arbitrage.

Dans le même temps, il faut également déterminer les risques attachés à la mise en œuvre de stipulations d'un règlement d'arbitrage prévoyant la jonction d'arbitrages connexes du point de vue du juge. Un contentieux périphérique à l'arbitrage pourrait effectivement naître de ce regroupement. Là encore, la question doit être envisagée du point de vue des parties, de l'arbitre et de l'institution d'arbitrage.

Dans un second temps, s'il apparaît opportun et réalisable, au regard notamment des avantages et inconvénients précédemment dégagés, de prévoir un mécanisme de consolidation, il sera nécessaire de se pencher sur la question de savoir qui décidera de la jonction : l'institution d'arbitrage, les parties, le tribunal arbitral ?

Se posent aussi les questions du champ d'application et des conditions d'une jonction ou consolidation de procédures. Une approche comparatiste, fondée notamment sur l'étude de différents règlements d'arbitrage et lois prévoyant des mécanismes de consolidation, sera alors nécessaire pour nourrir la réflexion de cette commission. Il peut, par exemple, être important de déterminer si les conditions à poser doivent être strictement définies ou, au contraire, si elles doivent laisser une large place à l'interprétation.

Ce n'est qu'à l'issue de ces deux étapes préliminaires que pourra être ensuite entreprise la rédaction de stipulations permettant la consolidation d'arbitrages.

Discussion : Points abordés

Domaine de recherche, jonction et intervention ? A titre liminaire, la question de l'opportunité de se pencher à la fois sur les mécanismes de jonction et d'intervention ou, au contraire, d'exclure le mécanisme de l'intervention du champ des recherches du Groupe de réflexion a été soulevée.

Il a assez rapidement été constaté qu'une analyse des modalités de jonctions de procédures nécessitait de définir clairement les limites de ce mécanisme et de le distinguer de l'intervention. Une distinction entre tiers à la procédure, mais partie à la clause d'arbitrage, et tiers simplement intéressé à la procédure a été mise en lumière au cours des débats.

Par ailleurs, il a été noté que ces deux mécanismes soulèvent des problématiques similaires, relativement notamment au respect de la confidentialité des procédures (i), à la nomination d'un arbitre par plusieurs demandeurs ou défendeurs (ii), ou à l'impartialité et l'indépendance d'un arbitre nommé dans plusieurs procédures connexes (iii).

Cependant, l'intervention ne relève pas de la même logique procédurale. Il s'agit d'un mécanisme qui, par hypothèse, consiste à appeler à la procédure d'arbitrage un tiers intéressé, ou une partie à la convention d'arbitrage, qui n'y figure pas, et aucunement de joindre plusieurs procédures arbitrales connexes.

Aussi, il a été décidé d'exclure, pour l'instant, l'intervention du domaine de la réflexion.

Consolidation et opérations complexes. La nécessité de consolider deux procédures connexes trouve son terrain d'élection en présence d'opérations juridiques ou économiques complexes. C'est, en toute logique, en considération de telles opérations qu'ont évolué les discussions du Groupe de réflexion.

Consolidation et convention d'arbitrage. Il a été relevé qu'en pratique, certaines clauses compromissaires prévoient des mécanismes de consolidation afin de prévenir l'éclatement du contentieux en aval. La rédaction d'une telle clause est cependant très délicate en présence d'opérations complexes auxquelles participe un nombre important de parties.

Le Groupe a aussi abordé la question de la difficulté de concilier des clauses compromissaires rédigées différemment et d'instaurer un mécanisme de dénonciation de l'une ou l'autre de ces clauses, ou de mettre en place une procédure d'arbitrage commune à toutes les parties de l'opération économique en cause.

Consolidation et volonté des parties. Le Groupe a constaté que c'est la volonté de toutes les parties au différend artificiellement éclaté en plusieurs procédures connexes qui peut autoriser la constitution d'un tribunal arbitral unique pour trancher le litige dans sa globalité.

L'exemple d'un arbitre désigné dans quatre affaires différentes, portant sur la même question juridique dans le cadre de contrats distincts a été évoqué. Faute de consentement d'une partie à l'une des quatre procédures, et à défaut d'une stipulation le permettant dans le règlement d'arbitrage, une consolidation n'a pas pu être opérée. Pour des raisons d'économie procédurale cependant, toutes les parties ont choisi un arbitre unique. Ce choix permet aussi d'éviter des solutions juridiquement divergentes ou incohérentes.

D'autres solutions sont également employées par les litigants en l'absence de consentement unanime en faveur d'une consolidation. Les parties à des procédures connexes peuvent ainsi nommer un tribunal arbitral composé des mêmes arbitres, ou d'une partie d'entre eux. Elles peuvent aussi autoriser que soit produit la transcription des débats ayant eu lieu dans des procédures relatives à la même opération juridique dans chacune des instances arbitrales connexes.

Au cours de cette réunion, il a aussi été constaté que l'absence de jonction ou de mécanismes procéduraux permettant d'éviter un risque de contrariété de décisions peut être le signe d'une gestion peu saine d'un différend. Par ailleurs, la consolidation peut répondre aux qualités que l'on prête traditionnellement à l'arbitrage, à savoir rapidité, économie, simplicité.

Consolidation et règlements d'arbitrage. Plusieurs idées sur le bien-fondé de disposer d'outils permettant de consolider des procédures arbitrales connexes ont été exprimées, avant d'engager des recherches plus approfondies. Voici un résumé des considérations énoncées.

- L'existence d'un règlement d'arbitrage prévoyant des mécanismes de consolidation, à l'initiative non plus des seules parties, mais également du tribunal arbitral ou de l'institution d'arbitrage, peut faire obstacle à certaines stratégies dilatoires. En effet, la multiplication des procédures à l'encontre d'une même partie peut être le fruit d'une volonté de l'asphyxier, ne serait-ce qu'économiquement.

- L'existence de mécanismes de consolidation prévus dans un règlement d'arbitrage ne reposerait plus sur un consentement direct de la part de toutes les parties, mais sur un consentement que l'on pourrait qualifier d'indirect, ce qui peut, peut-être, être mal accueilli par le juge d'appui ou le juge du contrôle de la sentence. Bien plus, à supposer même que la jurisprudence française réserve un accueil favorable à la consolidation dans une telle hypothèse, la réaction du juge étranger, possiblement davantage attaché au consentement des parties à l'arbitrage, peut-être plus hostile.

- La consolidation, par le biais d'un règlement d'arbitrage, peut répondre au principe de concentration des demandes d'une même partie au procès, issu de l'arrêt *Cesareo*¹.

- La consolidation prévue par un règlement d'arbitrage peut répondre à l'objectif d'une meilleure administration de la justice.

Consolidation et définitions. La consolidation suppose de déterminer précisément son champ d'application :

- arbitrages engagés et nouvelles procédures ;
- arbitrages connexes déjà engagés ;
- introduction simultanée de plusieurs arbitrages, ...

Consolidation et constitution du tribunal arbitral. Le moment auquel est envisagée la consolidation est capital. Plus tôt le problème de la consolidation est posé, plus facilement il pourra se résoudre.

¹ Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, n°04-10.672 : Bull. civ. 2006, ass. plén., n°8 ; principe rappelé plus récemment dans Cass., civ. 2e, 12 juillet 2012, n°11-20.587.

Au cours de cette réunion, plusieurs points relatifs aux problématiques suscitées par la question de la constitution d'un tribunal arbitral commun dans chacune des hypothèses définies (arbitrages introduits ou pendants et nouvelles procédures, arbitrages pendants parallèles, introduction simultanée de plusieurs arbitrages, ...) ont été abordés.

Le Groupe de réflexion a, à cet égard, rappelé les difficultés suscitées par la jurisprudence *Dutco*². Le principe d'égalité des parties peut faire obstacle à la possibilité de prévoir, à l'avance, la nomination d'un co-arbitre pour plusieurs demandeurs ou défendeurs. Ce principe peut favoriser le développement de procédures arbitrales connexes.

En outre, en présence de deux tribunaux arbitraux, voire plus, déjà constitués, la consolidation soulève aussi la question du dessaisissement de l'un d'eux en faveur de l'autre. Si ce dessaisissement peut se faire avec le consentement de tous, cela peut favoriser le développement d'un contentieux périphérique. Dans de telles circonstances, se pose la question de savoir qui peut décider de ce dessaisissement : les parties elles-mêmes, les tribunaux arbitraux, et si oui lequel, l'institution d'arbitrage sous l'égide de laquelle l'un ou les arbitrages sont menés, le juge d'appui ?

Conclusion. En conclusion, il a été demandé à chacun, afin de mener à bien la première étape suggérée pour la réflexion et pour préparer la prochaine réunion, de faire part de ses expériences et de ses réflexions relatives, d'une part, aux avantages et inconvénients de procédures connexes et, d'autre part, aux risques que peut poser la consolidation de procédures arbitrales connexes, en se plaçant toujours du point de vue des parties, des arbitres, de l'institution d'arbitrage. Ces risques peuvent notamment être appréciés en considération des réactions qu'elle est susceptible de provoquer chez le juge d'appui ou du contrôle - voire le juge étranger.

² Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1992, n°89-18.708 et 89-18.726.