



**AVIS DE M. APARISI,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDIAIRE**

Arrêt n° 151 du 2 avril 2025 (FS-B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 23-16.338

**Décision attaquée : arrêt rendu le 21 février 2023 par la cour d'appel
de Paris (chambre commerciale internationale)**

République orientale de l'Uruguay (l'Uruguay)

C/

**- Mme [L] [D]
- Mme [A] [M]
- M. [X] [M]
(les consorts [M])**

Les consorts [M] sont les bénéficiaires d'une fiducie familiale "P. Devi Trust" constituée par leur père, en 2008, pour y loger les actifs d'un projet d'exploitation de gisements de minerai de fer situé en Uruguay.

Reprochant à l'Uruguay d'être à l'origine de l'échec de ce projet, les consorts [M] ont, le 3 octobre 2016, notifié à ce dernier leur différend sur le fondement de l'article 8 de la Convention entre la République Orientale de l'Uruguay et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, sur la promotion et la protection des investissements en capital (le Traité), entrée en vigueur le 1er août 1997.

Puis, ils ont introduit une procédure d'arbitrage le 19 juillet 2017 afin d'obtenir réparation.

Par une sentence rendue le 6 août 2020, le tribunal arbitral a déclaré accueillir *l'exception d'incompétence ratione temporis* aux motifs que :

- ce n'est que le 1^{er} août 2016 qu'un acte de modification du trust a rendu les consorts [M] propriétaires d'un *investissement* au sens du Traité, en transformant le trust révocable et à bénéficiaires discrétionnaires, tel qu'institué par leur père, en un trust irrévocable et à bénéficiaires fixes ;
- le différent et les faits reprochés à l'Uruguay étaient survenus antérieurement à cette date et, par conséquent, à un moment où l'investissement n'entrait pas dans les prévisions du Traité.

Par arrêt en date du 21 février 2023, la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris a annulé cette sentence, aux motifs que, s'agissant de la condition temporelle :

“73. La règle internationale de l'investissement opposée par l'Uruguay, selon laquelle le TBI ne peut s'appliquer à des actes commis par l'Etat hôte avant que le demandeur ait investi dans le pays hôte, n'énonce pas une condition de consentement à l'arbitrage mais une condition de fond de la protection prévue par le Traité touchant cet investissement, condition que la cour n'a pas à contrôler.

74. Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de rechercher au stade de l'examen de la compétence si les recourants disposaient de droits sur un investissement au sens des dispositions de l'article 1 du Traité avant l'apparition des faits litigieux.

75. La date de l'investissement ne faisant pas obstacle à ce que le litige soit soumis à une juridiction arbitrale, le motif tiré de l'abus de droit fondé sur la transformation du Trust en fixe le 1er août 2016 est inopérant.”

La cour d'appel a par ailleurs, également écarté la clause du traité tenant à la saisine préalable de la juridiction étatique au motif, entre autres, que :

“93. L'inobservation de cette formalité de procédure se rapporte non à la compétence du tribunal arbitral, mais à la recevabilité des demandes. Elle n'est pas de nature à priver le tribunal arbitral du principe de sa compétence et rend en conséquence inutile l'examen du bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée et du caractère « futile » de la saisine locale préalable.”

A l'appui de son pourvoi, l'Uruguay fait valoir trois moyens :

- le premier moyen porte sur la compétence *ratione temporis*, l'Uruguay reprochant à la cour d'appel :

. une atteinte au respect du contradictoire pour avoir soulevé d'office un moyen tiré de ce que la règle internationale de l'investissement posée par le Traité n'énonce pas une condition de consentement à l'arbitrage mais une condition de fond de la protection prévue par le Traité touchant à cet investissement, laquelle n'est pas contrôlée par la cour d'appel (première branche) ;

. subsidiairement, un défaut de base légale, pour n'avoir pas recherché si l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 8 du Traité ne comportait pas la restriction *ratione temporis* selon laquelle l'investisseur doit pouvoir se prévaloir d'un investissement protégé au sens du TBI avant que le différend ne survienne (deuxième branche) ;

. très subsidiairement, une violation de l'article 1520, 1° du code de procédure civile pour avoir révisé au fond la sentence arbitrale en l'annulant au motif que la règle ayant justifié l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral était une « condition de fond de la protection prévue par le traité » et non une « condition de consentement à l'arbitrage » (troisième branche) ;

- le deuxième moyen porte sur la condition relative à la saisine préalable de la juridiction étatique, l'auteur du pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1520, 1° pour avoir retenu que cette condition n'affecte pas le consentement à l'arbitrage de l'Uruguay mais concerne seulement les conditions procédurales de la mise en œuvre de son consentement ;

- le troisième moyen reproche à la cour d'appel l'absence de prise en considération de l'abus de droit imputé aux consorts [M] et tenant à la restructuration de leurs investissements à la seule fin de satisfaire aux conditions de l'offre d'arbitrage prévue par le Traité.

Dans la présente affaire, la cour d'appel était saisie, sur le fondement de l'article 1520, 1° du code de procédure civile¹, d'un recours en annulation formé contre la sentence du tribunal arbitral s'étant déclaré incompétent pour connaître du litige opposant les consorts [M] à l'Uruguay.

Dans leur ouvrage consacré au droit de l'arbitrage interne et international², Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, nous enseignent :

¹ Article 1520, 1° :

“Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou (...) “.

² Précis Domat - Droit de l'arbitrage interne et international - Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt - LGDJ.

“§991 Grievs visés par l'article 1520.1° du code de procédure civile et distinction entre compétence et recevabilité. Le juge français peut annuler la sentence, refuser de la reconnaître ou refuser de l'exécuter si, selon les termes de l'article 1520.1°, “le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent”. Le libellé de ce premier chef de contrôle a été modifié par le décret du 13 janvier 2011, puisque l'ancien article 1502.1° envisageait l'hypothèse où “l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée”. Toutefois, ce changement de formule n'apporte pas de changement substantiel. Celle-ci recouvre essentiellement les hypothèses d'absence et de nullité de la convention d'arbitrage. Ainsi, lorsqu'il est soutenu devant le juge que la convention d'arbitrage avait été transmise avant le litige et l'arbitrage, de sorte que le tribunal arbitral était incompétent, ce n'est pas la qualité à défendre à l'arbitrage qui est en jeu, mais bien la compétence du tribunal arbitral, que le juge doit apprécier en fait et en droit. La compétence qui s'apprécie en considération de la convention d'arbitrage, ne se confond pas avec la recevabilité des demandes formées devant le tribunal arbitral, notamment au regard des pouvoirs d'une partie d'engager l'arbitrage ou de l'autorité de la chose jugée attachée à une précédente sentence. Le juge ne contrôle pas plus la qualité et l'intérêt à agir des parties devant les arbitres et, plus généralement, vérifie que le moyen en cause porte bien sur la compétence du tribunal arbitral et non sur le fond du litige, quels que soient les termes de la sentence qui ne le lient pas. Pour déterminer si c'est bien la compétence du tribunal arbitral qui est en jeu, le juge est tenu “d'analyser la décision rendue par le tribunal arbitral afin de lui restituer, le cas échéant, son exacte qualification, sans s'arrêter aux dénominations retenues par les arbitres ou proposées par les parties”.

L'arrêt de la cour d'appel qui fait l'objet du présent pourvoi paraît, en tout cas en première analyse, conforme à cette approche et s'inscrire dans les pas d'une précédente affaire récente, jugée par notre chambre, dont le sommaire était ainsi formulé :

“Il résulte de l'article 1520, 1°, du code de procédure civile que, si le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage, ce contrôle est exclusif de toute révision au fond de la sentence.

En matière de protection des investissements transnationaux, le consentement de l'Etat à l'arbitrage procède de l'offre permanente d'arbitrage formulée dans un traité, adressée à une catégorie d'investisseurs que ce traité délimite pour le règlement des différends touchant aux investissements qu'il définit.

Il s'ensuit qu'alors que l'offre d'arbitrage stipulée dans un traité ne comporte pas de restriction ratione temporis, le juge de l'annulation doit seulement vérifier, au titre de la compétence ratione temporis, que le litige est né après l'entrée en vigueur du traité.³”

³ 1^{re} Civ., 7 décembre 2022, pourvoi n° 21-15.390

En l'espèce, force est de constater que la cour d'appel a mis en oeuvre les principes énoncés dans le sommaire de cette décision, en retenant que :

- d'une part, le Traité ne subordonne pas le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral à une condition temporelle de réalisation des investissements, qui n'y figure pas⁴, mais limite le bénéfice de sa protection procédurale aux seuls différends survenus après son entrée en vigueur, ce qui était vérifié et constant en l'espèce ;

- et, d'autre part, les motifs pour lesquels le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent - à savoir, le fait que le Traité ne pouvait s'appliquer à des actes commis par l'Etat hôte avant que le demandeur ait investi dans le pays hôte, ne relevaient pas des conditions de consentement à l'arbitrage mais d'une condition de fond d'application du traité, laquelle échappait au juge de la compétence arbitrale⁵. De ce point de vue et sauf à revenir sur la jurisprudence publiée précitée, qui plus est adoptée en formation plénière de chambre, la décision paraît exempte de toute critique et même, pour reprendre les termes de l'avocate Laura Fadlallah⁶ : une *“application stricte de la jurisprudence française en matière de contrôle des sentences fondées sur un traité bilatéral d'investissement”*.

Et la cour d'appel a fait preuve de la même rigueur en écartant la clause de saisine préalable de la juridiction étatique⁷ au motif que : *“L'inobservation de cette formalité*

⁴ - Article 1^{er} du Traité :

(a) Le terme « investissement » désigne tout type d'actif (...)

Un changement dans la forme sous laquelle les actifs sont investis n'affecte pas leur nature d'investissements. Le terme « investissement » comprend tous les investissements, qu'ils soient effectués avant ou après la date d'entrée en vigueur du présent Accord, mais celui-ci ne s'applique en aucun cas aux différends survenus avant son entrée en vigueur ; (...).

⁵ Au demeurant, l'arrêt reprend en termes quasi identiques la décision précitée du 7 décembre 2022 dont la motivation était ainsi rédigée :

“12. Pour annuler la sentence, l'arrêt retient que l'article 9 du TBI n'institue pas une offre générale et inconditionnelle pour tous litiges d'investissements entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante, mais une offre insérée dans les limites fixées par le traité, de sorte que la protection procédurale offerte par la clause d'arbitrage et donc la compétence du tribunal arbitral est subordonnée à l'applicabilité du traité à l'investissement objet du litige et plus précisément à l'existence d'un litige portant sur un investissement qui a nécessairement été réalisé par un investisseur d'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre à compter du 1er janvier 1992.

13. En statuant ainsi, alors que ni l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 9 ni la définition des investissements prévue à l'article 1er ne comportaient de restriction ratione temporis et que l'article 12 n'énonçait pas une condition de consentement à l'arbitrage dont dépendait la compétence du tribunal arbitral, mais une règle de fond, la cour d'appel, qui devait seulement vérifier, au titre de la compétence ratione temporis, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité, a violé le texte susvisé.”

⁶ « L'arrêt [M] c/ Uruguay : rigueur juridique ou effet pervers ? », note sous Paris 21 février 2023 - Revue de l'arbitrage 2023- n°3, p.679 et suiv., cité au rapport.

⁷ Article 8 du Traité - « Règlement des différends entre un ressortissant ou une société et un Etat hôte »:

“(1) (...)

(2) Les différends mentionnés ci-dessus sont soumis à un arbitrage international dans les cas suivants :

(a) si l'une des parties le demande dans l'une des circonstances suivantes :

de procédure se rapporte non à la compétence du tribunal arbitral, mais à la recevabilité des demandes. Elle n'est pas de nature à priver le tribunal arbitral du principe de sa compétence et rend en conséquence inutile l'examen du bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée et du caractère « futile » de la saisine locale préalable.”

En effet, la clause de saisine préalable de la juridiction étatique ne peut guère, logiquement, être examinée que par une juridiction compétente pour connaître du différent, ce qui signe bien qu'il s'agit là, comme l'observe parfaitement la cour d'appel, d'une question ayant trait aux conditions procédurales de mise en oeuvre du consentement à l'arbitrage édicté par le Traité et non d'une question de compétence, contrairement d'ailleurs, au postulat du deuxième moyen⁸.

La cour d'appel s'est donc strictement conformée au partage processuel classique en droit interne entre les exceptions de compétence et les fins de non recevoir pour se limiter au contrôle prévu par l'article 1520, 1° et qui porte exclusivement sur la seule compétence, dont nous savons que son examen est préalable : une juridiction incompétente ne saurait se prononcer sur une fin de non recevoir opposée à une demande principale.

Mais, précisément, c'est ici qu'une difficulté se fait jour car en réalité, si le tribunal arbitral s'est déclaré “incompétent”, il a bien, en pratique, examiné des questions qui, en droit interne, relèveraient du champ de la fin de non recevoir (saisine préalable de

(i) lorsqu'après expiration d'un délai de dix-huit mois à compter du moment où le différend a été soumis au tribunal compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, ledit tribunal n'a pas rendu sa décision définitive ;

(ii) lorsque la décision définitive du tribunal susmentionné est manifestement injuste ou viole les dispositions de l'Accord ;”

⁸ A rapprocher de 1re Civ., 1 février 2023, pourvoi n° 21-25.024 :

“Vu l'article 1492-1° du code de procédure civile :

4. Il résulte de ce texte que, sans s'arrêter aux dénominations retenues par les arbitres ou proposées par les parties, le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage . Ce contrôle est exclusif de toute révision au fond de la sentence.

5. Pour annuler la sentence, l'arrêt retient, d'abord, que, s'il est vrai qu'une clause d'un contrat instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable constitue une fin de non-recevoir, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent, alors pourtant que les demandeurs au recours en annulation ont soutenu devant lui qu'une clause de médiation préalable et obligatoire s'imposait en vertu de l'article 12 du protocole, qu'il a lui-même constaté que le litige relevait du champ d'application de la clause de médiation et qu'il a de surcroît invité les parties à mettre en oeuvre une procédure de médiation parallèle à la procédure d'arbitrage. Il retient ensuite que le non-respect de la clause de médiation n'est donc pas en l'espèce une fin de non-recevoir ne relevant pas de l'appréciation de la cour d'appel, mais constitue une circonstance de l'espèce qui doit être prise en compte pour apprécier la violation de l'article 1492-1° du code de procédure civile.

6. En statuant ainsi, alors que, le non-respect d'une clause de médiation est une question de recevabilité et non de compétence, la cour d'appel a violé le texte susvisé.”

la juridiction étatique), voire d'un examen au fond (nature de l'investissement et grief imputé à l'Uruguay au regard du champ d'application du Traité).

Le tribunal arbitral s'est donc bien suffisamment reconnu compétent pour trancher le litige auquel la fin de non recevoir, lorsqu'il y est fait droit, apporte un terme, à la différence de l'exception d'incompétence, en tout cas strictement comprise.

Il est certes constant qu'aux termes du dispositif de la sentence arbitrale, du moins dans sa version traduite en français, le tribunal arbitral a décidé d' "*accueillir l'exception d'incompétence rationae temporis*"⁹.

Mais pour ce faire, il a :

- interprété l'article I(a) du Traité pour vérifier que l'investissement entrainait dans les prévisions du Traité,
- examiné les droits des consorts [M] au regard du droit des Îles Caïmans,
- examiné ensuite si l'intérêt bénéficiaire discrétionnaire de ces derniers dans le trust était, lorsque le différent est né, un actif au sens du Traité, pour conclure par la négative,
- et vérifié, enfin, si la doctrine du fait continu pouvait s'appliquer pour, in fine, l'écarter.

Autrement dit, le tribunal arbitral ne s'est pas borné à trancher la question de sa compétence formelle pour connaître de la procédure d'arbitrage mais s'est bien prononcé sur le droit d'agir devant lui, des consorts [M] dans le cadre de cette procédure.

A ce stade, nous ne pouvons donc que faire le constat d'une sorte de décalage entre le dispositif de la sentence arbitrale rendue qui conclut à une *incompétence* mais statue sur ce qui serait qualifié en droit interne de fin de non recevoir et la décision

⁹ Sur la question de la compréhension trop littérale d'une sentence écrite en anglais et traduite en français, voir 1re Civ., 9 octobre 2024, pourvoi n° 22-19.229 :

"7. Le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres. Ce contrôle est exclusif d'une révision au fond de la sentence.

8. Ayant tout d'abord relevé qu'il résultait de la sentence que la mission du tribunal arbitral était d'examiner si les autorités chypriotes avaient violé le TBI à l'occasion des mesures prises par la CBC à la suite des avis émis par le bureau du département du Trésor des Etats-Unis d'Amérique et que le tribunal avait écarté la demande de vérification, qui revenait à enquêter sur le bien fondé d'avis émis par une autorité relevant d'une autre juridiction, comme n'entrant pas dans le champ de sa mission, la cour d'appel en a exactement déduit qu'indépendamment de l'emploi du terme "Jurisdiction" qui se traduit par "compétence" en français, le tribunal ne s'était pas placé sur le terrain de sa propre compétence au sens de l'article 1520, 1° du code de procédure civile, en estimant qu'il ne lui appartenait pas de vérifier ces avis qui devaient être considérés comme des faits, indépendamment de la question de savoir s'ils étaient vrais ou faux. Ayant ensuite retenu sur la base de ces constatations, que le tribunal avait ainsi statué au fond, de sorte que ces motifs ne pouvaient fonder le recours en annulation prévu à l'article 1520, 3° du code de procédure civile, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

9. Le moyen, qui repose sur un postulat erroné en sa troisième branche, n'est donc fondé en aucune de ses branches."

de la cour d'appel de Paris qui se refuse quant à elle, logiquement, à traiter les fins de non recevoir, pour conclure à la compétence du tribunal arbitral.

A cet égard, il est vrai qu'en droit interne, le code de procédure civile distingue assez clairement l'exception de compétence de la fin de non recevoir qui renvoient à deux moyens de défense très différents, soumis à des régimes distincts et dont les conséquences sur la procédure en cours sont presque opposées puisque l'exception de compétence ne met par exemple pas systématiquement fin à l'instance qui peut, le plus souvent, se poursuivre devant la juridiction compétente, là où la fin de non recevoir, lorsqu'elle est accueillie, met toujours un terme au litige dont le juge était saisi.

Cela dit, il convient d'observer, d'emblée, que, même en droit interne, la frontière n'est pas toujours si nette entre les deux notions puisque, par exemple, l'incompétence territoriale d'une cour d'appel demeure sanctionnée par une fin de non-recevoir¹⁰.

Surtout, en droit interne, la question de la compétence renvoie généralement, comme le rappelle le rapport, à l'idée de la saisine erronée d'une juridiction qui doit décliner son intervention au profit d'une autre juridiction, là où la fin de non recevoir prive généralement tout juge d'un quelconque pouvoir juridictionnel (prescription/forclusion, défaut d'intérêt à agir, de qualité, etc...).

Mais cette distinction n'est pas très opérante en matière d'arbitrage car, dans ce domaine, la compétence et le pouvoir de juger de la juridiction arbitrale constituée pour un litige donné, se confondent très largement dès lors que l'intervention de cette dernière est toujours définie, positivement, en fonction de la clause correspondante du traité (ou de la convention), et, négativement, par rapport à la compétence générale par défaut des juridictions étatiques qui seront pratiquement toujours compétentes pour connaître du litige dans l'hypothèse où le tribunal arbitral déclinerait sa propre compétence.

En outre, la juridiction arbitrale, à la différence d'une juridiction étatique, est instituée pour connaître du litige qui lui est confié par les parties.

La compétence du tribunal arbitral s'identifie ainsi à la mission qui est définie à son intention par la convention ou le Traité, lesquels encadrent le pouvoir de juger des arbitres qui n'exercent leur office que dans les limites du Traité. Il faut donc bien admettre qu'il y a quelque chose d'un peu artificiel à distinguer la compétence du tribunal arbitral et son pouvoir juridictionnel¹¹.

¹⁰ 2e Civ., 1 octobre 2020, pourvoi n° 19-12.645 ; Soc., 26 juin 2019, pourvoi n° 17-13.064; 2e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 06-46.220, Bull. 2009, II, n° 186

¹¹ A cet égard, il est d'ailleurs frappant que la clause de saisine préalable de la juridiction étatique puisse répondre aux deux critères de la fin de non recevoir et de l'incompétence : elle interdit à l'arbitre de se saisir du litige en le rendant provisoirement incompétent pour connaître du litige, au profit du juge étatique.

Au demeurant, le code de procédure civile lui-même confond en réalité les deux notions en matière d'arbitrage car l'article 1465 du code de procédure civile, applicable en matière d'arbitrage international et qui énonce le principe "compétence-compétence", prévoit justement :

"Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel."

Or la notion de *pouvoir juridictionnel* est exactement ce qui définit, en droit interne, la fin de non recevoir, par contraste avec l'exception d'incompétence¹² !

Par ailleurs, en prenant un peu de recul, il pourrait être remarqué que la fin de non recevoir renvoie bien, elle-même, in fine, à la notion de *compétence* juridictionnelle au sens large puisqu'elle tend à rendre le juge incompétent pour connaître du fond du litige¹³.

Dans cette approche, l'exception d'incompétence comme la fin de non recevoir tendent ainsi, toutes deux, à maintenir le juge à une distance, plus ou moins éloignée, du fond du litige.

Au total, il en ressort que pour la juridiction arbitrale et de son point de vue, la compréhension restrictive de la notion de compétence que lui donne le code de procédure civile français, n'est peut-être guère déterminante, ni même véritablement opérante, lorsqu'elle exerce son office, de sorte qu'il pourrait aussi être considéré qu'elle pouvait, en l'espèce, se déclarer *incompétente* pour exercer son office dans le présent litige en relevant que le litige échappait aux prévisions du Traité et donc au pouvoir juridictionnel dont elle était investie aux termes de ce dernier¹⁴.

Surtout, il doit être souligné aussi, qu'en l'espèce, le tribunal arbitral, bien que déclarant, aux termes de la sentence, faire droit à l'exception d'incompétence ratione

¹² Voir, par exemple : "Statuant sur l'appel formé contre un jugement d'orientation, une cour d'appel retient à bon droit que la demande en réparation dirigée contre un notaire, du fait de l'inaccomplissement de formalités dans la rédaction de l'acte de vente de l'immeuble saisi, étrangère aux conditions d'exécution de la saisie immobilière, n'entre pas dans le champ des attributions du juge de l'exécution et n'a pas à être renvoyée devant une autre juridiction, le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge de l'exécution constituant une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence." - 2e Civ., 8 janvier 2015, pourvoi n° 13-21.044, Bull. 2015, II, n° 3

¹³ Article 122 du code de procédure civile : "Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée."

¹⁴ Sur ce point, voir Chronique d'arbitrage : variations autour de la compétence - 30 mai 2023

- Jérémy Jourdan-Marques, Professeur à l'Université Lumière Lyon 2 :

"Est-ce à dire que l'arbitre ne peut pas se déclarer incompétent pour des questions de prescription, de défaut de respect d'un préalable amiable, de date de l'investissement ou d'illégalité de l'investissement? Certes, on dira que l'incompétence n'est pas le fondement idoine pour se prononcer et qu'il y a, à tout le moins, une maladresse dans le choix de la sanction. Mais c'est en réalité une vision très franco-française de la situation. Ce qui compte, c'est que l'arbitre a considéré qu'une condition du succès de l'action n'est pas remplie, peu importe si la qualification choisie n'est pas appropriée en droit français."

temporis, s'est, pour autant, nécessairement, reconnu compétent au sens que lui donne la cour d'appel en restant, de son côté, strictement sur le terrain restrictif que le code de procédure civile, en général, et l'article 1520, 1°, en particulier, confèrent à cette notion car, de deux choses l'une : soit l'on considère, avec la juridiction arbitrale, que la question de l'application du Traité à l'investissement litigieux définit sa compétence juridictionnelle, soit l'on retient, avec la cour d'appel que cette question relève de la protection de fond assurée par le traité.

Mais, dans ce dernier cas, il faut bien constater alors que la juridiction arbitrale, en statuant sur cette question, s'était elle-même reconnue compétente au sens que lui donne le code de procédure civile et la cour d'appel, car la juridiction ne peut statuer sur ce point si elle n'est pas apte procéduralement, à connaître du différent qui lui est soumis.

Aussi, et en dépit de l'orthodoxie apparente de l'arrêt de la cour d'appel qui, tirant les conséquences de la lettre du dispositif de la sentence arbitrale qui lui est soumise, applique strictement les principes procéduraux que nous venons de rappeler, ce, pour annuler la sentence, il en résulte néanmoins une certaine insatisfaction dont la doctrine évoquée au mémoire ampliatif et au rapport, s'est d'ailleurs assez largement faite l'écho.

En effet, en pratique, l'annulation de la sentence pour ce motif conduit par hypothèse, les parties à reprendre en totalité la procédure d'arbitrage, alors que dans les faits, le tribunal arbitral n'a pas fait application, stricto sensu, de l'exception d'incompétence ratione temporis telle que définie par la cour d'appel mais a, au contraire, statué sur la recevabilité de la demande en tranchant une question de fond. En outre, un nouvel examen de l'affaire pourrait bien conduire, logiquement, au même constat que celui opéré au terme de cette sentence d'une centaine de pages selon laquelle le litige n'entre pas dans les prévisions du traité en ce qu'il porte sur un différent relatif à un investissement non couvert par le traité lorsque celui-ci est survenu¹⁵.

Nous sommes ici dans une situation presque inverse de celle observée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Rusoro¹⁶.

Dans cette dernière, la cour d'appel avait annulé la sentence arbitrale en se fondant sur une clause du traité applicable édictant une règle de prescription et notre chambre avait censuré l'arrêt au motif que, ce faisant, la cour d'appel s'était engagée sur un terrain qui excédait le contrôle de la compétence tel qu'envisagé par

¹⁵ Article 8 du Traité - « Règlement des différends entre un ressortissant ou une société et un Etat hôte » :

(1) Les différends survenant entre un ressortissant ou une société d'une Partie contractante concernant un investissement de ce ressortissant ou cette société et qui n'ont pas été réglés à l'amiable après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification écrite d'une réclamation, sont soumis, à la demande de l'une des parties intéressées, à la décision du tribunal compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé.

(...)

¹⁶ 1re Civ., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-11.551

l'article 1520,1° du code de procédure civile, pour s'être appuyé sur une question relative à la recevabilité des demandes pour écarter la compétence de la juridiction arbitrale.

Dans la présente affaire, la cour d'appel, nous l'avons vu, s'est au contraire strictement limitée au champ de la compétence pour retenir cette dernière au profit de la juridiction arbitrale alors que cette dernière l'avait quant à elle déclinée sa *compétence* mais pour un motif tenant en réalité à la recevabilité de la demande.

Pourtant, ces deux affaires présentent aussi une similarité en ce que dans les deux cas, la cour d'appel paraît avoir exercé son office sans s'être interrogée, ni avoir remis en cause, la notion de compétence retenue par la juridiction arbitrale.

Or, l'autre leçon de l'arrêt Rusoro tient dans le rappel énoncé dans le sommaire de l'arrêt, selon lequel :

“Il résulte de l'article 1520, 1°, du code de procédure civile que, sans s'arrêter aux dénominations retenues par les arbitres ou proposées par les parties, le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage. Ce contrôle est exclusif de toute révision au fond de la sentence.”

En l'espèce, nous l'avons vu, la cour d'appel de Paris a pris au pied de la lettre le dispositif de la sentence arbitrale qui évoquait en effet exclusivement une exception de compétence *rationae temporis*.

Mais en l'annulant alors que la juridiction arbitrale, ce faisant, renvoyait en réalité, ainsi qu'il ressort de la motivation, à la prise en compte d'un examen de recevabilité de la demande en considération du champ d'application du traité sur le fond s'agissant de l'investissement litigieux, la cour d'appel encourt le reproche de n'avoir pas exercé de façon adéquate son office, en s'arrêtant aux dénominations adoptées par les arbitres et les parties.

En effet, à ce stade, et alors que la lecture des motifs de la décision permettait de constater que la juridiction arbitrale avait bien, elle-même, admis sa compétence au sens que lui donne l'arrêt d'appel puisqu'elle avait statué sur le périmètre de la protection assurée par le Traité aux investissements internationaux, ce que la cour d'appel constatait elle-même¹⁷, il n'existe qu'une seule alternative :

¹⁷ Motivation de l'arrêt entrepris :

“68.Le tribunal arbitral a jugé que, pour la période antérieure au 1er août 2016, au cours de laquelle les faits fautifs sont allégués et le différend né, les recourants bénéficiaires discrétionnaires du Devi Trust n'étaient pas propriétaires d'un investissement protégé et ne pouvaient prétendre à la protection du Traité.

69. A partir du jour où leurs droits ont été fixés, c'est-à-dire du 1er août 2016, il a considéré que ces derniers pourraient soutenir que leurs intérêts constituent un investissement au sens du TBI mais que, les violations alléguées et la naissance du différend étant déjà survenus, leur demande n'entrait plus dans le champ d'application du Traité.”

- soit la cour d'appel a sanctionné la mauvaise qualification du dispositif de la sentence estimant qu'elle aurait du déclarer la demande irrecevable plutôt que de constater son incompétence rationae temporis,
- soit la cour d'appel a sanctionné la prise en compte, par la juridiction arbitrale, de questions touchant à la recevabilité de l'action pour statuer sur sa compétence, c'est à dire pour avoir statué par des motifs impropres.

Dans les deux cas, et comme le suggère la troisième branche du premier moyen, la cour d'appel a excédé son office en annulant la sentence pour un motif qui ne tient pas à la compétence ou l'incompétence de la juridiction arbitrale et a, par conséquent, révisé la sentence alors qu'il lui appartenait au contraire d'exercer son office sans s'arrêter à la qualification donnée par les arbitres.

A défaut, cela revient en effet à faire de la cour d'appel, un deuxième degré de juridiction, ce qui n'est pas la vocation du recours en annulation.

Avis de cassation (troisième branche du 1^{er} moyen)