



RAPPORT DE Mme TRÉARD, CONSEILLÈRE

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])**

**Proposition d'application de l'article 1014 cpc
au 1^{er} moyen, pris en sa 1^{ère} branche**

1- Rappel des faits et de la procédure

Mmes [D], et [M], et M. [X] [M] (les « consorts [M] ») sont des citoyens de nationalité britannique qui exposent être les bénéficiaires d'une Fiducie familiale « P. Devi

Trust » (« le Trust ») basée aux Iles Caïmans et constituée par leur père, [T] [M]¹, en 2008, pour y loger les actifs d'un projet d'exploitation de gisements de minerai de fer situé en Uruguay dénommé « projet Valentines ».

Le projet Valentines, pour des raisons qui sont contestées, n'a pas abouti.

Reprochant à la République Orientale de l'Uruguay (« l'Uruguay ») d'être à l'origine de cet échec en ayant par différentes actions et omissions progressivement mis en place un processus d'expropriation illicite (agissements commencés en 2012, conduisant à l'adoption d'un nouveau dispositif législatif en 2013, pour aboutir à leur expropriation définitive en octobre 2017 par le classement de la zone en réserve), les demandeurs ont estimé que l'Etat avait manqué à ses obligations de traitement juste et équitable des investissements protégés sur son territoire et que sa responsabilité était engagée sur le fondement 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, entrée en vigueur le 1^{er} août 1997 (« le Traité » ou « le TBI »).

C'est dans ce contexte que les consorts [M] ont, le 3 octobre 2016, notifié à l'Uruguay leur différend sur le fondement de l'article 8 du Traité et introduit la procédure d'arbitrage le 19 juillet 2017 en vue d'obtenir réparation.

Par une sentence rendue le 6 août 2020 CPA n° 2018-04 le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent, retenant que la condition temporelle de la protection du Traité n'était pas satisfaite.

Le Tribunal arbitral s'est déclaré incompétent *ratione temporis* à un double titre :

- d'une part, il a constaté qu'à la date à laquelle le différend était né (selon lui « entre le 24 novembre 2015 et le 13 juillet 2016 » (sentence §243)) les demandeurs n'avaient pas d'investissement au sens du Traité, car ils n'étaient que bénéficiaires discrétionnaires du Devi Trust (ainsi dépourvus « d'actifs » aux fins du Traité (sentence §229)).
- d'autre part, il a estimé qu'à compter du 1^{er} août 2016, alors que les demandeurs étaient devenus titulaires de droits fixes sur les actifs du Trust, il n'existait pas de différend à l'égard duquel le Tribunal arbitral était compétent, ce différend précédant la réalisation de l'investissement.

Par un arrêt du 21 février 2023 la cour d'appel de Paris a :

- 1) annulé la sentence arbitrale rendue le 6 août 2020;;
- 2) condamné l'Uruguay aux dépens ;
- 3) condamné l'Uruguay à payer à Mmes [L] [D], [A] [M] et M. [X] [M] la somme globale de 150.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

¹Les conclusions d'appel de l'Uruguay précisent que ce dernier n'avait pas la nationalité britannique, étant un ressortissant indien

La cour d'appel a retenu, en substance, qu'aucune des raisons alléguées par l'Uruguay ne faisait obstacle à la compétence du tribunal arbitral (condition temporelle, condition personnelle, exigence de « réalisation » de l'investissement, condition de nationalité d'un des ressortissants, condition « *ratione voluntaris* »), les conditions posées à la protection procédurale prévues par le Traité étant réunies et celles relatives à la protection substantielle échappant au contrôle du juge de l'annulation.

L'Uruguay a formé un pourvoi contre cet arrêt.

2 - Analyse succincte des moyens

PREMIER MOYEN

L'Uruguay fait grief à l'arrêt d'annuler la sentence arbitrale du 6 août 2020, alors :

« 1°/ que le juge doit, en toutes circonstances, observer et faire observer le principe de la contradiction ; qu'il ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'il a relevé d'office sans inviter préalablement les parties à présenter leurs observations ; que pour annuler la sentence par laquelle les arbitres se sont déclarés incompétents *ratione temporis*, la cour d'appel a relevé d'office que « 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 à cet investissement, condition que la cour n'a pas à contrôler » ; qu'en statuant ainsi, sans inviter préalablement les parties à présenter leurs observations sur ce moyen de droit relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

Il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Contrairement à ce que postule le moyen, pour annuler la sentence par laquelle les arbitres se sont déclarés incompétents *ratione temporis*, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur une analyse, relevée d'office, de la règle internationale de l'investissement opposée par l'Uruguay, mais sur la circonstance que « *« le Traité ne subordonne pas le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral à une condition temporelle de réalisation des investissements, qui n'y figure pas, mais limite le bénéfice de la protection procédurale aux seuls différends survenus après son entrée en vigueur, ce qui en l'espèce n'est pas un éléments discuté, la notification du différend et les faits à l'origine du litige ayant eu lieu bien après 1997, date de l'entrée en vigueur du TBI »* (arrêt, § 72). La critique manque en fait.

Elle est, au surplus, inopérante, dans la mesure où la critique attaque des motifs surabondants, aux termes desquels la cour a ajouté à l'analyse principale qui précède que la règle internationale en cause relevait d'une condition de fond de la protection prévue par le Traité « que la cour n'a pas à contrôler ». Comme le relève à bon escient le défendeur, il est de jurisprudence constante qu'un moyen dirigé contre des motifs surabondants n'est pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt. (en ce sens, les arrêts cités en défense à titre d'illustrations : 1^{re} Civ., 6 novembre 2019, pourvoi n°17-20.573 ; 1^{re} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 07-20.345 ; 1^{re} Civ., 1 juillet 2009, pourvoi n° 08-17.721)

2°/ que, subsidiairement, selon l'article 8 du Traité bilatéral conclu 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 en date du 21 octobre 1991, peuvent être soumis à un arbitrage international, après un recours préalable devant les juridictions de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, « les différends survenant entre un ressortissant ou une société d'une Partie contractante concernant un investissement de ce ressortissant ou cette société » ; que pour annuler la sentence par laquelle les arbitres se sont déclarés incompétents *ratione temporis*, la cour d'appel a considéré 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 » ; **qu'en statuant ainsi, sans rechercher** comme elle y était invitée et comme l'avait jugé le tribunal arbitral, **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, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1520, 1° du code de procédure civile ;**

3°/ que très subsidiairement, le recours en annulation n'est ouvert que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; que le contrôle de la compétence des arbitres par le juge de l'annulation est exclusif de toute révision au fond de la sentence ; qu'en annulant la sentence alors qu'elle avait retenu 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 », **la cour d'appel a révisé au fond la sentence arbitrale et a ainsi violé l'article 1520, 1° du code de procédure civile. »**

DEUXIÈME MOYEN

L'Uruguay fait le même grief à l'arrêt, alors :

« que le juge de l'annulation contrôle la décision d'un tribunal arbitral sur la compétence, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage ; que ce contrôle est exclusif de toute révision au fond de la sentence ; que l'article 8 (2) du Traité ne permet la soumission des différends à un arbitrage international que « (a) si l'une des parties le demande (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 ; (b) lorsque la Partie contractante, conformément aux pouvoirs que lui confère sa législation interne, et le ressortissant ou la société de l'autre Partie contractante en ont convenu » ; que le **moyen tiré de l'absence de saisine préalable des juridictions étatiques** à laquelle l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 8 du Traité subordonne la possibilité de saisir les arbitres, ne se rapporte pas à la recevabilité des demandes, mais **affecte la compétence du tribunal arbitral** ; qu'en statuant comme elle l'a fait, motifs pris que « les dispositions précitées n'affectent pas le consentement de l'Uruguay qui a donné son accord pour que soit soumis à la juridiction arbitrale ce type de différend mais concerne seulement les conditions procédurales de la mise en œuvre de son consentement », **la cour d'appel a violé l'article 1520, 1° du code de procédure civile.** »

TROISIÈME MOYEN

L'Uruguay fait encore le même grief à l'arrêt, alors :

1°/ que constitue un abus de droit, de nature à priver le tribunal arbitral de sa compétence, le fait de restructurer des investissements à la seule fin de satisfaire aux conditions de l'offre d'arbitrage prévue par un traité bilatéral d'investissement ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si la fixation des droits des bénéficiaires du trust, intervenue après la naissance du différend, n'avait pas eu pour seul objectif de permettre aux bénéficiaires du trust de justifier de droits sur l'investissement lors de la saisine du tribunal arbitral, et ce afin de satisfaire aux conditions de l'offre d'arbitrage prévue par le traité bilatéral d'investissement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1520, 1° du code de procédure civile ;

2°/ qu' à supposer que le traité ne contienne pas de condition de compétence *ratione temporis* relative à la date de réalisation de l'investissement, il n'en reste pas moins que la compétence du tribunal est subordonnée au fait que l'investisseur n'ait pas commis d'abus de droit sans lequel il n'aurait pas pu bénéficier de la protection procédurale offerte par le traité bilatéral d'investissement ; qu'en se bornant à relever que le traité ne contenait pas de condition *ratione temporis* relative à la date de réalisation de l'investissement, quand cette circonstance n'était pas de nature à rendre inopérant l'abus consistant à fixer les droits des bénéficiaires du trust à la seule fin de permettre à ces derniers de justifier de droits sur l'investissement au jour

de la saisine du tribunal arbitral, la cour d'appel a violé l'article 1520, 1° du code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit à examiner

Ligne de partage entre les conditions du Traité posées à la protection procédurale et celles relatives à la protection substantielle pour définir la compétence du tribunal arbitral en matière d'arbitrage d'investissement.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

- **Le Traité mis en oeuvre**

Le Traité bilatéral de promotion et de protection réciproques des investissements 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, en date du 21 octobre 1991, entré en vigueur le 1er août 1997, prévoit :

⇒ **en son article 8** intitulé « 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.

(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 :

(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 ;

(b) lorsque la Partie contractante, conformément aux pouvoirs que lui confère sa législation interne, et le ressortissant ou la société de l'autre Partie contractante en ont convenu.

(3) Lorsque le différend est soumis à un arbitrage international, le ressortissant ou la société et la Partie contractante concernée par le différend peuvent convenir de soumettre le différend :

(a) soit à un arbitre international, soit à un tribunal arbitral ad hoc de trois membres, en fonction de ce qui aura été expressément convenu par les parties. Le ou les arbitres sont désignés par un accord spécial ou conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ;

(b) au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements lorsque les deux parties contractantes sont parties à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à la signature à Washington DC le 18 mars 1965.

Si à l'issue d'une période de trois mois à compter de la notification écrite de la réclamation, aucun accord n'est trouvé sur l'une des procédures alternatives ci-dessus, l'arbitrage sera entrepris par un tribunal ad hoc de trois membres et les parties au différend seront tenues de le soumettre à un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international qui sera en vigueur à cette date.

Nonobstant ces dispositions, lorsque le secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ou l'autorité de nomination sont des ressortissants de l'une des Parties contractantes, ou lorsqu'il ne leur est pas possible d'assumer cette fonction, le président de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris est la personne qui procédera à la nomination.

Si le président est un ressortissant de l'une des Parties contractantes ou s'il est dans l'incapacité de le faire, le vice-président de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Paris ou le membre de ladite Cour ayant le plus d'ancienneté et n'étant pas ressortissant de l'une des Parties contractantes sera invité à procéder à la nomination. Les parties peuvent convenir par écrit de modifier le règlement de la CNUDCI. (...)

En ce qui concerne la République Orientale de l'Uruguay, la décision du tribunal compétent au sens du paragraphe 1 du présent Article correspond à une décision judiciaire sans possibilité de recours ».

⇒ **en son article 1 :**

« **(a) Le terme « investissement » désigne tout type d'actif et notamment mais pas exclusivement les éléments suivants :**

(i) les biens meubles et immeubles ainsi que tout autre droit de propriété tel que les hypothèques, les privilèges ou les nantissements,

(ii) les actions et les obligations d'une société et toute autre forme de participation dans une société ;

(iii) les créances sur des sommes d'argent ou sur toute prestation contractuelle ayant une valeur financière ;

(iv) les droits de propriété intellectuelle, le fonds de commerce, les procédés techniques et le savoir-faire ;

(v) les concessions commerciales conférées par la loi ou par contrat, y compris les concessions pour la recherche, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

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 ;**

(b) Le terme « rendements » désigne les montants produits par un investissement et notamment mais pas exclusivement les bénéfices, les intérêts, les plus-values, les dividendes, les redevances et les honoraires ;

(c) Le terme « ressortissants » désigne :

(i) en ce qui concerne le Royaume-Uni, les personnes physiques qui tirent leur statut de ressortissants du Royaume-Uni de la législation en vigueur dans ce pays ;

(ii) en ce qui concerne la République Orientale de l'Uruguay : les personnes physiques qui, selon la législation de ce pays, sont considérées comme ses ressortissants ; le présent Accord ne s'applique pas aux investissements réalisés par des personnes physiques qui sont simultanément ressortissants des deux Parties contractantes ;

(d) Le terme « sociétés » désigne :

(i) en ce qui concerne le Royaume-Uni : les sociétés, firmes et associations créées ou constituées en vertu de la législation en vigueur dans toute partie du Royaume-Uni ou sur tout territoire auquel le présent Accord est étendu conformément aux dispositions de l'Article 11 ;

(ii) en ce qui concerne la République orientale de l'Uruguay, les sociétés, sociétés, firmes et associations constituées ou dûment organisées conformément à la législation en vigueur dans le pays ;

(e) Le terme « territoire » désigne :

(i) en ce qui concerne le Royaume-Uni : La Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord, y compris les eaux territoriales ainsi que toute zone maritime située au-delà des eaux territoriales du Royaume-Uni qui a été ou qui pourrait être désignée en vertu du droit national du Royaume-Uni et conformément au droit international comme une zone à l'intérieur de laquelle le Royaume-Uni peut exercer des droits sur le fond et le sous-sol marin avec ses ressources naturelles, ainsi que tout territoire auquel le présent Accord est étendu conformément aux dispositions de l'Article 11 ;

(ii) en ce qui concerne la République orientale de l'Uruguay : sa zone territoriale, y compris toute zone maritime qui a été ou qui pourrait être désignée en vertu de la législation nationale de la République orientale de l'Uruguay et conformément au droit international comme une zone dans

laquelle l'Uruguay peut exercer des droits sur le fond et le sous-sol marin avec ses ressources naturelles. »

- **Les principes d'interprétation tirés de la Convention de Vienne 2**

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980:

« **SECTION 3. INTERPRÉTATION DES TRAITÉS**

Article 31
RÈGLE GÉNÉRALE D'INTERPRÉTATION

« 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;*
- b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.*

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;*
- b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;*
- c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.*

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32
MOYENS COMPLÉMENTAIRES D'INTERPRÉTATION

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

²invoqués par le mémoire ampliatif

a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.»

- **Le texte invoqué : l'article 1520 du code de procédure civile :**

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

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;
ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. »

- **La notion de « compétence » au sens de l'article 1520 (1°) du code de procédure civile, en matière de protection des investissements**

⇒ **Rappel des principes**

Il sera brièvement rappelé qu'en matière de protection des investissements transnationaux, le consentement de l'État à l'arbitrage procède de l'offre permanente d'arbitrage formulée dans un traité adressé à une catégorie d'investisseurs que ce traité délimite pour le règlement des différends touchant aux investissements qu'il définit (1ère Civ., 7 déc. 2022, n° 21-15.390, Sté Joint Stock Company State Savings Banks of Ukrain c/ Féd. de Russie).

La détermination de la compétence en matière d'arbitrage fondé sur un traité bilatéral d'investissement présente cette particularité que le consentement des parties y est dissocié : l'offre d'arbitrage de l'État précédant celui de l'investisseur, qui se matérialise par l'introduction de la requête d'arbitrage postérieurement à l'entrée en vigueur du traité.

Par ailleurs, dans le domaine de l'investissement étranger, comme des auteurs l'ont relevé³, « l'offre générale d'arbitrage posée à la faveur d'un traité confère également

³ JurisClasseur Droit international, Fasc. 572-65 : DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX. - Contentieux arbitral international. - Droit commun, par Mathias Audit, Actualisé par Julien Cazala, §4

à la procédure qu'elle fonde un tour assez particulier. Le régime applicable aux arbitrages instaurés sur le fondement de contrats ne peut pas être entièrement reconduit. Des règles spécifiques s'appliquent alors tant sur le terrain de la compétence arbitrale, que sur celui de la recevabilité de la requête et du droit applicable ».

La présente affaire porte plus spécifiquement sur la question de la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral. (1^{er} moyen) et sur la nature des dispositions de l'article 8(2) du Traité relatives à la saisine préalable des juridictions étatiques, considérée, par le demandeur au pourvoi, comme relevant d'une condition *ratione voluntatis* (2^{ème} moyen).

Il sera sommairement renvoyé aux principes relatifs à ces questions, rappelés en doctrine.

Le Jurisclasseur de droit international, Fascicule 572-65⁴, qui est consacré au droit des investissements internationaux, indique :

« 1° Compétence arbitrale

§ 16 Traité et appréciation de compétence

*La requête introduite par l'investisseur manifeste son acceptation de l'offre générale d'arbitrage dont il entend se prévaloir. Elle permet la constitution du tribunal arbitral, lequel devra ensuite se prononcer sur sa compétence à l'égard du différend qui lui est soumis. Pour en opérer le contrôle, il doit se référer au texte sur le fondement duquel il a été saisi, c'est-à-dire le traité posant l'offre d'arbitrage. À la lumière des dispositions de celui-ci, le tribunal arbitral appréciera sa compétence *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis*.*

(...)

c) Compétence *ratione temporis*

§ 31 Introduction de la requête arbitrale et validité temporelle du traité

*Les offres d'arbitrage posées par traité sont nécessairement affectées d'une validité temporelle. Celle-ci est avant tout tributaire de l'entrée en vigueur du traité lui-même. Par principe, une requête en arbitrage ne saurait être introduite sur le fondement d'un traité non encore entré en vigueur. (...) C'est donc la naissance d'un différend postérieurement à l'entrée en vigueur du traité posant l'offre d'arbitrage qui est de nature à fonder valablement la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral saisi (CIRDI, 25 janv. 2000, Maffezini, cité n° 17, spéc. [sect] 98. - CIRDI (MS), 6 déc. 2000, aff. ARB(AF)/99/1, Marvin Roy Feldman Karpa c/ Mexique (ALENA), spéc. [sect] 62 et 63 : ICSID Rev.-FILJ 2003, p. 469. - CIRDI, 29 nov. 2004, aff. n° ARB/02/13, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c/ Jordanie, spéc. [sect] 177 et 178 : ICSID Rev.-FILJ 2005, p. 148 ; JDI 2005, p. 182 , obs. E.*

⁴JurisClasseur Droit international, précité

Gaillard). Toutefois, ce principe n'exclut pas que les faits imputables à l'État et qui sont devenus un manquement au traité au jour de son entrée en vigueur lui aient préexisté ; on parlera alors de fait internationalement illicite continu (CIRDI, 6 déc. 2000, Marvin Roy Feldman Karpa, préc., spéc. [sect] 62. - CIRDI (MS), 11 oct. 2002, Mondev International, préc., spéc. [sect] 57). ».

P. Jacob, F. Latty et A. Nanteuil ⁵ ajoutent :

« 1. La compétence ratione voluntatis : le consentement à la compétence

La compétence d'un tribunal arbitral ne peut être établie que si la volonté des parties en ce sens est elle-même prouvée : il en va ainsi en droit international général comme dans le droit de l'investissement (...) On sait ainsi que dans l'hypothèse d'un litige sur le fondement d'un traité de protection des investissements, il est généralement considéré que le consentement de l'État se trouve exprimé dans le traité et celui de l'investisseur dans la requête d'arbitrage : ainsi la condition du double consentement écrit dans le cadre du CIRDI se trouve-t-elle relativement aisée à remplir (...) »

Le Fascicule 572-65 ⁶, précité, précise par ailleurs :

« 2° Recevabilité de la requête
§ 34 Existence d'un différend

Assez bien définie dans les droits processuels internes, la distinction entre compétence et recevabilité peut être transposée au contentieux international relatif aux investissements. On a ainsi pu considérer que " la compétence est la catégorie des différends dont le tribunal peut connaître, alors que la recevabilité détermine la possibilité d'exercer ses pouvoirs juridictionnels sur le différend qui lui est soumis " (C. Santulli, Droit du contentieux international : LGDJ, 2015, n° 253).

Il en résulte qu'avant tout autre ordre de considération, la recevabilité est conditionnée par l'existence d'un différend opposant l'investisseur à l'État d'accueil. Traditionnellement, la jurisprudence internationale le définit comme " un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes " (CPJI, 30 août 1924, affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c/ Grande-Bretagne (...))

Mais au-delà de cette condition générale de recevabilité, il est d'autres conditions particulières, lesquelles sont spécifiques aux procédures arbitrales reposant sur un traité. Elles ont trait (...), à l'existence d'une clause de règlement judiciaire préalable (...)

⁵arbitrage transnational et droit international général In: Annuaire français de droit international, volume 61, 2015. pp. 857-909

⁶JurisClasseur Droit international, précité

b) Règlement judiciaire préalable

§ 38 Épuisement des voies de recours internes

Par principe, l'épuisement des voies de recours ouvertes dans l'État d'accueil de l'investissement ne constitue pas une condition de recevabilité des requêtes arbitrales fondées sur un traité (...) Mais si la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas en principe applicable, il en va bien évidemment différemment lorsque le traité sur le fondement duquel une requête arbitrale est appelée à être introduite l'impose expressément. Elle devient alors une condition de recevabilité de celle-ci. (...)

§ 39 Tentative de recours interne

En pratique, on constate néanmoins qu'il est extrêmement rare qu'un traité énonce un principe général d'épuisement des voies de recours comme condition de recevabilité des requêtes arbitrales introduites sur son fondement. Le plus souvent, les traités se contentent d'imposer un délai au cours duquel l'investisseur doit tenter de s'en remettre aux tribunaux internes. À l'issue de celui-ci, et même si les recours internes n'ont pas été épuisés, il lui est alors possible d'introduire valablement sa requête en arbitrage. Lorsqu'elle existe, une telle condition de recevabilité posée par le traité doit impérativement être respectée par l'investisseur, sauf à ce qu'il parvienne à l'écarter en se prévalant d'une clause de la nation la plus favorisée posée par le même traité (...) »

Le Professeur Sylvain Bollée⁷, cité par le mémoire ampliatif, propose, pour différencier la compétence et la recevabilité, une distinction fondée sur les conséquences de l'objection invoquée :

« [L]es contours de la compétence apparaissent nettement, par un effet de contraste, lorsque l'on envisage la situation où un tribunal arbitral en est dépourvu : dans cette hypothèse, le litige peut toujours être portée devant un tribunal, mais il s'agit nécessairement d'une juridiction étatique. L'irrecevabilité, au contraire, est un obstacle à l'exercice de l'action qui n'est pas particulièrement lié au tribunal saisi par le demandeur ; elle vaudrait aussi bien par conséquent, devant un autre tribunal.

Partant de cette prémisse, le test approprié, pour déterminer si une question relève de la compétence ou de la recevabilité, nous paraît être celui préconisé par Jan Paulsson : il faut s'interroger sur la conséquence qui s'attacherait à l'accueil de l'objection visant à empêcher le déroulement de l'arbitrage. S'il s'agit de rediriger le procès vers une autre juridiction, la qualification de compétence se justifie ; s'il s'agit, plus radicalement, de faire obstacle à l'action quelle que soit la juridiction devant laquelle elle pourrait être portée, alors c'est la qualification de recevabilité qui est la bonne »

⁷ « Sur la distinction entre compétence et recevabilité dans l'arbitrage », note sous Civ. 1re, 18 mars 2015, Cah. Arb. 2015, p. 803 et s.

⇒ Le contrôle exercé en la matière

Lors du recours en annulation, le juge se trouve investi d'un pouvoir de contrôle plein et entier sur la compétence de l'arbitre, n'étant en rien tenu par l'appréciation portée par les arbitres sur leur compétence.

La Cour de cassation a affirmé ce principe dans le célèbre arrêt dit du "plateau des pyramides" (1re Civ., 6 janvier 1987, pourvoi n° 84-17.274, Bulletin 1987 I n° 2) : *« aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage »*.

Dans le commentaire de cette décision⁸, M. Leboulanger indique que *« l'étendue de ce pouvoir ne signifie assurément pas une remise en cause du principe selon lequel le juge étatique ne peut réviser au fond la sentence. Mais il n'est pas lié par la décision de l'arbitre quant à sa propre compétence, notamment en ce qui concerne, non seulement, comme en l'espèce, l'existence de la convention d'arbitrage, ou sa validité, mais encore sa mission et l'arbitrabilité du litige. En ce domaine, la décision de l'arbitre ne peut être définitive. [...] En d'autres termes, le principe de la non révision de la sentence trouve sa limite dans la faculté qu'a le juge étatique de réviser ce qui, dans la sentence, a trait à la compétence »*.

Depuis un arrêt du 6 octobre 2010, la Cour de cassation affirme, de manière constante, que *« 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 »* (1re Civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 08-20.563, Bull. 2010, I, n°185 ; 1re Civ., 1 juin 2011, pourvoi n°10-15.199 ; 1re Civ., 1 juin 2017, pourvoi n°16-13.729).

Par ailleurs, il a été jugé, aux visas des articles 1520, 1°, et 1466 du code de procédure civile, que lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve - 1re Civ., 2 décembre 2020, pourvoi n° 19-15.396 **aff Schooner** (publié):

« 7. Pour déclarer irrecevables les moyens fondant la compétence du tribunal arbitral tirés, d'une part, de l'usage abusif par la République de Pologne de l'exclusion des questions fiscales par l'article VI du Traité, d'autre part, du bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée stipulée à l'article I du Traité, l'arrêt retient que, ceux-ci n'ayant pas été plaidés devant le tribunal arbitral, les investisseurs ne sont pas recevables à développer devant le juge

⁸Revue de l'arbitrage 1987, p. 469 note Leboulanger

de l'annulation un argumentaire différent en droit et en fait de celui qu'ils avaient soumis aux arbitres, auquel ils sont présumés avoir renoncé.

8. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Pour décider de l'existence ou non de la cause d'ouverture à recours contre la sentence, le juge du contrôle doit non seulement s'assurer de la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage (1re Civ., 16 mars 2016, pourvoi n° 14-23.699, Bull. 2016, I, n° 51 mais encore vérifier si le différend arbitré relève du champ d'application matériel de la convention d'arbitrage (1re Civ., 21 octobre 2015, pourvoi n° 14-25.080, Bull. 2015, I, n° 248 ; 1re Civ., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-26.597).

La Cour de cassation rappelle, toutefois, que « *le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage* » (1re Civ., 30 janvier 2019, pourvoi n° 14-23.822 ; 1re Civ., 12 février 2014, pourvoi n° 10-17.076, Bull. 2014, I, n° 22, Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal). Il s'ensuit que « *le contenu de la motivation de la sentence, qui n'a pas à être soumise à la discussion des parties, échappe au contrôle du juge de l'annulation* » (1re Civ., 31 janvier 2006, pourvoi n° 03-19.054, Bull. 2006, I, n° 37 ; RTDCom, avril-juin 2006, n° 2, p. 310-312, note E. Loquin). En effet, ce contrôle n'autorise pas le juge étatique à procéder à un examen au fond de la sentence arbitrale.

Il a été jugé qu'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. (1re Civ., 7 décembre 2022, pourvoi n° 21-15.390, précité)

Il peut être ajouté que la jurisprudence reconnaît classiquement aux clauses de règlement contractuel des litiges (conciliation, médiation) une force obligatoire :

« Mais attendu qu'il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en oeuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent » (Ch. mixte., 14 février 2003, pourvoi n° 00-19.423, 00-19.424, Bull. 2003, Ch. mixte, n° 1).

Sur la question, en matière d'arbitrage, de la clause prévoyant la saisine préalable de la juridiction étatique, on s'interrogera sur le point de savoir s'il est pertinent de la rapprocher des clauses de conciliation/médiations préalables (1re Civ., 1 février 2023, pourvoi n° 21-25.024) .

A cet égard, H. Motulsky⁹ indiquait que la présence d'une clause de conciliation ou de médiation est une cause de dénégation du droit d'action sous forme d'une fin de non recevoir. Exception s'attaquant à la régularité de la procédure, l'exception de compétence décline la compétence du juge saisi. En comparaison, la fin de non recevoir est une défense au fond, dont l'aboutissement est l'irrecevabilité.

C. LEBEN ¹⁰ aborde dans une « Section 1 - Questions de recevabilité » l'analyse des « Clauses de règlement judiciaire étatique préalable et clause d'option irrévocable (clause electa una via) » :

« 158. Deux types de dispositions peuvent encore faire obstacle à la recevabilité d'une demande d'arbitrage, aussi bien devant un tribunal CIRDI que devant un autre tribunal arbitral. Il s'agit tout d'abord de la clause dite d'option définitive ou irrévocable (ou clause fork in the road, supra, n° 121, ou encore clause electa una via), qui met l'investisseur devant un choix : entamer une procédure devant un tribunal national, et dans ce cas renoncer à toute action devant le tribunal arbitral international, ou, au contraire, saisir celui-ci et renoncer à une action devant un tribunal interne (sur cette question : E. GAILLARD, op. cit., p. 860 ; C. SANTULLI, Recevabilité de l'action arbitrale conventionnelle : clause electa una via et clause de règlement judiciaire national préalable, in La procédure arbitrale, colloque préc. ; W. BEN HAMIDA, thèse préc., p. 374 ; A. NEWCOMBE, article préc. [supra, n° 108], p. 498).(...) »

Plusieurs décisions illustrent les difficultés qui peuvent apparaître concernant la **notion de « compétence », qui ne doit pas être confondue avec:**

➤ **une question de recevabilité :**

- 1^{re} Civ., 1 février 2023, pourvoi n° 21-25.024 : l'exigence d'une procédure de conciliation préalable stipulée dans la clause d'arbitrage est une condition de recevabilité échappant au contrôle du juge de l'annulation.

- 1^{re} Civ., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-11.551, affaire dite « Rusoro »: le délai de prescription prévu par les dispositions du Traité ne constitue pas une exception d'incompétence, mais une question relative à la recevabilité des demandes, qui ne relève pas de l'article 1520, 1°, du code de procédure civile

- 1^{ère} Civ., 10 janv. 2018, pourvoi n° 16-21.391¹¹; 1^{re} Civ., 18 mars 2015, pourvoi n° 14-13.336, Bull. 2015, I, n° 54. L'appréciation de la validité de la procuration donnée

⁹Droit processuel, Montchrestien, 1973, p. 99

¹⁰Répertoire de droit international, arbitrage: CIRDI

¹¹ **Les faits étaient les suivants** : Une société libanaise (la société Jnah) avait confié, par contrats du 21 décembre 1994, l'exploitation d'un hôtel lui appartenant, à [...], à une société américaine (la société Marriott). Des litiges ayant opposé les parties, à la suite de deux procédures d'arbitrage distinctes, sous l'égide de la CCI en

pour saisir le tribunal arbitral d'une requête en arbitrage relève d'une question relative, non à l'étendue de sa compétence, mais à la recevabilité de la demande d'*arbitrage*, laquelle ne peut être contestée à l'occasion d'un recours en annulation.

➤ **ou encore avec une question de fond**

- 1ère Civ., 7 déc. 2022, n° 21-15.390 affaire dite « Oschadbank »:

« 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. »

• **Les commentaires de la décision en doctrine**

Pour L. Fadlallah ¹² :

application des clauses compromissaires, diligentées respectivement par les sociétés Jnah et Marriott, deux sentences, intitulées « Jnah I » et « Jnah II » avaient été rendues le 30 octobre 2003 et le 4 juin 2009. Au cours de la procédure « Jnah II », la famille [X...], détenant 80 % du capital de la société Jnah, les a cédés, les nouveaux acquéreurs approuvant la cession à M. [X...] « de l'issue du litige » entre les sociétés Marriott et Jnah, et donnant au premier une procuration pour agir au nom de cette dernière. M. [X...], au nom de la société Jnah, avait, le 14 juin 2010, introduit une troisième demande d'arbitrage pour obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la résiliation du contrat par la société Marriott. Le 6 avril 2011, la société Jnah, par l'intermédiaire de ses nouveaux actionnaires, et la société Marriott avaient conclu une transaction dans laquelle la première s'était engagée, auprès de la seconde, à apporter toute assistance requise dans l'arbitrage « Jnah III », notamment par la production de témoignages, dans le but de convaincre le tribunal arbitral que M. [X...] n'était pas autorisé à engager la procédure, en contrepartie du versement d'une somme forfaitaire et d'un intéressement au résultat de la sentence à venir conditionné au rejet par le tribunal arbitral des demandes de M. [X...], pour incompétence du tribunal arbitral ou défaut de pouvoir de M. [X...]. Par une sentence du 3 février 2012, **le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent concernant cette procédure au motif que la procuration était limitée à celle en cours**, « Jnah II », et n'autorisait pas à engager un nouvel arbitrage. M. [X...], agissant au nom de la société Jnah, avait formé un recours en annulation de la sentence.

¹² Rev. Arbitrage 2023- n°3, p.679 et suiv.

*« si **la solution de la cour apparaît comme une application stricte de la jurisprudence française en matière de contrôle des sentences fondées sur un traité bilatéral investissement**, elle conduit à l'annulation d'une sentence pour désaccord sur la qualification des objections préliminaires (A), alors même qu'une autre voie était envisageable (B) »*

L'auteure expose, dans une partie intitulée « A) le choix de la solution stricte », que:

« dans l'affaire commentée , **l'erreur de qualification du tribunal arbitral** permet au demandeur à l'arbitrage de bénéficier d'une deuxième chance au fond alors même que le tribunal compétent a en réalité tranché le fond dans un raisonnement qui s'il avait été correctement qualifié aurait été exclu du contrôle du juge de l'annulation. **Erreur relative car l'on sait que l'approche restrictive française ne correspond pas à la réalité du débat sur la compétence en arbitrage investissement.** il suffit pour s'en convaincre de consulter l'ouvrage de référence de Zachary Douglas The international Law of Investment Claims, qui se concentre sur les objections préliminaires pouvant être soulevées par le défendeur dans un arbitrage d'investissement. **La jurisprudence arbitrale a ainsi développée un éventail de règles relatives à la compétence** fondée sur les traités bilatéraux d'investissement. **L'on peut citer, par exemple, l'exigence de contrôle de l'investissement ou de détention de la nationalité au jour des violations alléguées.** Une sentence d'incompétence fondée sur l'absence de l'une de ces conditions serait destinée au même sort que celle dans l'affaire en objet une annulation pour ajout d'une condition à la compétence. Dans les deux exemples cités, la requalification en question de recevabilité est assez simple, l'objection pouvant être considéré comme touchant à l'intérêt ou à la qualité du demandeur à l'arbitrage. le sujet devient plus délicat lorsqu'on s'intéresse aux critères de l'investissement .les juridictions françaises considèrent, pour établir la compétence, qu'un actif doit être qualifié d'investissement s'il entre dans la définition du terme inséré dans le TBI . Or, les TBI définissent le plus souvent l'investissement de façon large en faisant référence à «tout actif » avant de proposer une liste non exhaustive. Face à une telle définition, les juridictions françaises considèrent que tout actif est un investissement au sens du traité . Devant les tribunaux arbitraux, la définition de l'investissement est un sujet complexe qui se concentre sur l'essence des investissements pouvant bénéficier de la protection du TBI. C'est ainsi que des critères ou des éléments constitutifs de l'investissement, tels que la durée, le risque, l'allocation de ressources, ont été identifiés. **Les juridictions françaises considèrent de leur côté que la prise en compte de ces critères dans l'analyse revient à ajouter une condition à la compétence du tribunal arbitral qui ne figure pas dans le TBI.** Une sentence d'incompétence fondée sur l'absence de l'un de ses éléments constitutifs encouraient donc, elle aussi, annulation. **La solution adoptée dans l'arrêt commenté conduit donc à annuler la sentence d'un tribunal arbitral pour un désaccord quant à la qualification des objections préliminaires, alors même que les juridictions françaises considèrent que (i) ce tribunal était compétent pour trancher le fond du**

litige, (ii) ce tribunal a tranché le fond du litige et (iii) la décision d'un tribunal arbitral sur le fond du litige ne saurait faire l'objet d'un contrôle

puis dans une partie « B) L'autre voie » elle présente les choix qui s'offraient à la cour :

« La cour d'appel aurait aisément pu choisir une autre voie, en faisant application de solutions également classiques, afin de sauver la sentence. L'arrêt ne permet pas de savoir si cette autre voie a été débattue mais elle mérite d'être considérée. (...) Dans commenté **la cour d'appel aurait parfaitement pu (...) requalifier le motif retenu par le tribunal arbitral pour conclure que celui-ci portait sur la recevabilité de la demande, non sur la compétence du tribunal, de sorte qu'il ne pouvait faire l'objet d'un contrôle au visa de l'article 1520 du code de procédure civile.** Nous l'avons vu, ce n'est pas parfaitement satisfaisant, les juridictions françaises effectuent un contrôle entier de la compétence, sous la seule réserve que celle-ci a été contestée devant le tribunal arbitral, et le tribunal arbitral s'étant effectivement déclaré à tort incompétent. Néanmoins, **une telle solution est non seulement pragmatique, en ce qu'elle conduit à sauver la sentence d'un tribunal arbitral compétent qui a tranché le fond, mais elle est aussi conforme à l'office du juge de l'annulation qui exclut toute révision au fond.** Reste à savoir si un pourvoi sera introduit et si la Cour de cassation optera pour la solution pragmatique ou la rigueur juridique. »

Pour Lilian Larribère¹³:

« **La solution posée la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 2022** (Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390 : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 44, obs. L. Weiller, et les annotations dans cette chronique), quant à l'appréciation de la compétence *ratione temporis*, **semble avoir fait l'objet d'une application immédiate dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 février 2023.** À la lecture du traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et l'Uruguay, la cour estime que la définition de « l'investissement » ne comportait aucune considération temporelle. Cependant, une compétence *ratione temporis* était précisée par ailleurs puisque l'arbitrage n'était ouvert que pour les différends survenus après l'entrée en vigueur du traité. La date de la réalisation des investissements n'importait pas ; seule la date de survenance du litige était pertinente aux fins de déterminer la compétence *ratione temporis* du tribunal. C'est exactement l'analyse qui semblait avoir prévalu devant la Cour de cassation dans l'arrêt du 7 décembre dernier. La cour d'appel semble, sans contradiction, cependant, avec la solution de la première chambre civile, accorder une place plus nette à la rédaction du traité. Ainsi que le rappelle la cour d'appel, en matière d'investissement, la compétence du tribunal arbitral dépend du traité. C'est donc à la seule lecture du traité en cause que les

¹³Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage Gazette du Palais n°16 du 16 mai 2023, n° GPL449e1, « La pertinence du critère de la date de survenance du litige dans l'appréciation de la compétence d'un tribunal arbitral d'investissement »

critères exacts de la compétence ratione temporis peuvent être déterminés, au cas par cas. Et **c'est bien parce que la définition de l'investissement ne faisait apparaître aucune considération temporelle que la date de réalisation de l'investissement apparaît in casu sans pertinence. pour établir la compétence du tribunal, le juge du contrôle ne peut s'appuyer sur ce qui relève du fond ou de l'irrecevabilité** : le principe de non-révision s'applique également dans cette configuration où le défendeur au recours tente de justifier l'incompétence du tribunal. Or **comme la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 2022, la cour d'appel distingue la protection procédurale de la protection substantielle, hors contrôle. Relève de cette protection substantielle la règle selon laquelle le traité ne peut sanctionner des actes commis par l'État hôte avant que le demandeur y ait investi. Il semble bien s'agir d'une condition qui ne relève pas du consentement à l'arbitrage de l'État** : la question de savoir si les actes ont été commis avant l'investissement peut être rapprochée de celle de savoir si les actes de l'État hôte peuvent être qualifiés d'expropriation indirecte ou de traitement inéquitable. Elle relève ainsi du fond. Cette question doit aussi être distinguée de celle qui porte sur l'existence d'un investissement, contrôlée elle au titre de la compétence. Dans le contrôle, se trouve donc la question de l'existence d'un investissement mais sa date de réalisation ne doit pas être prise en compte, en raison de la rédaction du TBI, et la date à laquelle les actes litigieux ont été commis relève du fond. La rédaction du traité paraît ici déterminante.

Est également exclue du contrôle la condition tenant à ce que la justice étatique soit saisie par l'investisseur avant la saisine du tribunal arbitral : elle relève, tout comme le respect d'une clause de médiation, de la recevabilité, non de la compétence (dans la période récente, v. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2023, n° 21-25024). **On peut se convaincre de la justesse de cette analyse dans la mesure où le consentement à l'arbitrage n'est pas atteint : il s'agit simplement de savoir après quelles étapes préalables un tribunal arbitral peut être saisi, non de savoir si l'État hôte a donné son consentement à l'arbitrage. Le consentement est certain ; c'est le respect d'étapes préliminaires à sa saisine qui était en cause, et hors contrôle**. La solution n'allait pas de soi, dans la mesure où, contrairement à la clause de médiation, une telle clause est inconnue du droit interne. Or, en droit interne, la violation d'une clause de conciliation/médiation est bien sanctionnée par une irrecevabilité, ce qui montre bien que la compétence du juge n'est pas mise en cause. On aurait pu ainsi croire que la qualification d'irrecevabilité se justifiait, dans l'arbitrage d'investissement, parce que le médiateur n'est pas un juge, et qu'aucune question de compétence ne se pose par hypothèse dans la matière. La qualification de compétence aurait été, en revanche, justifiée dès lors que la clause obligeant à un recours judiciaire préalable oblige à saisir un juge et qu'une question de compétence se pose alors. Mais la partition compétence/irrecevabilité n'est pas construite autour de cette distinction juge/tiers médiateur mais autour de la question de savoir si la compétence du tribunal arbitral est hors de doute. Or **dès lors que des obstacles préalables sont mis à sa saisine, ce qui est douteux, ce**

n'est pas sa compétence, définitivement acquise, mais le respect de ces étapes préliminaires. La qualification de recevabilité se justifie alors.

Lorsqu'on se situe dans le champ du contrôle, en revanche, la rédaction du TBI se retrouve au cœur de l'analyse, et notamment la définition de « l'investissement protégé ». Certains traités prévoient, en effet que l'investissement doit être réalisé activement par l'investisseur, ce qui n'est pas le cas du TBI en cause. C'est pourquoi, même un investissement indirect se trouve protégé (...) ».

- **La position des parties**

Sur le 1^{er} moyen (compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral)

Le mémoire ampliatif rappelle, au soutien de la 2^{ème} branche du 1^{er} moyen, que l'Etat consent à l'offre d'arbitrage dans les limites matérielles, territoriales et temporelles prévues par le traité, lequel doit être interprété selon les directives codifiées aux articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qui fait partie intégrante du droit international coutumier. Il estime que la cour d'appel a négligé cette analyse textuelle en se référant exclusivement à la définition de l'investissement telle qu'elle résulte de l'article 1^{er}, sans rechercher si l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 8 du Traité ne comprenait pas une restriction temporelle à la compétence des arbitres, et en ignorant totalement cet article.

Il fait valoir qu'en visant, à l'article 8, le litige « survenant » entre un Etat partie et un ressortissant de l'autre Etat partie « concernant un investissement » de ce dernier, les parties au Traité ont entendu limiter le champ temporel de l'offre d'arbitrage aux litiges relatifs à un investissement qui, à la date où le différend est apparu, constituait d'ores et déjà un investissement protégé au sens du TBI.

S'appuyant sur la méthodologie de l'article 31(1) de la Convention de Vienne précitée il invoque:

- l'usage ordinaire du verbe « survenir » : pour retenir, comme l'a jugé le Tribunal arbitral (sentence §245), que l'offre d'arbitrage de l'article 8 du TBI comprend une restriction temporelle tenant à ce qu'il existe déjà un investissement d'un ressortissant ou d'une société, protégé au sens du TBI, au moment où le différend apparaît.

- l'objectif du TBI (favoriser les investissements étrangers) : de sorte qu'il est légitime, selon lui, de considérer que les engagements de l'Etat ne valent que pour autant que les manquements qui lui sont imputés portent sur un investissement détenu et déjà réalisé par un ressortissant de l'autre Etat, tant qu'un tel investissement n'existe pas, l'Etat ne peut violer aucune obligation née du traité.

Il soutient encore que, conformément à l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne, l'interprétation retenue par le Tribunal arbitral est également conforme à un principe élémentaire du droit international des investissements, selon lequel un tribunal arbitral « n'est pas compétent *ratione temporis* pour connaître des demandes

antérieures à la date de l'investissement présumé, dans la mesure où un TBI ne peut pas s'appliquer à des actes commis par un État avant que la demanderesse ait investi dans le pays hôte » (v. ST-AD GmbH c. République de Bulgarie, CNUDCI, affaire CPA n° 2011-06 (ST-BG), sentence sur les questions de compétence (18 juillet 2013) (Stern, Thomas, Klein), para. 300 ; v. également Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. République du Pérou, affaire CIRDI n° ARB/11/17, sentence (9 janvier 2015) (Kaufmann-Kohler, Zuleta, Vinuesa), para. 146). Les tribunaux arbitraux sont constants sur ce point.

Le mémoire en défense observe, tout d'abord, que la cour a annulé la sentence au motif que le tribunal a ajouté une condition temporelle au TBI, relative à la date de réalisation des investissements, alors que la seule limitation temporelle à la compétence des arbitres contenue au TBI tient à ce que l'offre d'arbitrage ne s'applique qu'aux différends survenus après l'entrée en vigueur du traité.

Il ajoute que toutes les conditions contenues dans un traité bilatéral d'investissement n'affectent pas la compétence du tribunal arbitral, parce qu'elles ne sont pas toutes des conditions auxquelles a été subordonné le consentement à l'arbitrage des parties contractantes. Il renvoie à cet égard à la jurisprudence de la chambre (1ère civ., 7 décembre 2022, affaire, Oschandbank, 1ère civ 31 mars 2021, affaire Rusoro). S'appuyant sur la doctrine¹⁴ il relève que la pratique arbitrale récente a permis de distinguer l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel (compétence), d'une part, et l'engagement substantiel (fond), d'autre part.

Enfin, il relève que si l'on applique le test proposé par la doctrine (S. Bollée précité) en s'interrogeant sur la conséquence qui s'attacherait à l'accueil de l'objection tirée de ce que le TBI peut ou non « s'appliquer à des actes commis par l'État hôte avant que le demandeur ait investi dans le pays hôte », la qualification de compétence ne peut se justifier, puisqu'il ne s'agit pas de rediriger le procès vers une autre juridiction : cela ferait obstacle au succès de l'action. Il observe enfin que le moyen fait dire à l'arrêt autre chose que ce qui s'y trouve puisque la règle opposée par l'Uruguay ne figure pas dans la sentence.

Sur le 2^{ème} moyen (incompétence tenant à la clause de recours préalable aux juridictions étatiques)

Le mémoire ampliatif relève que les motifs attaqués par ce moyen sont dépourvus de pertinence au regard du critère d'analyse de « l'objection » en cause, tel qu'il a été rappelé par le professeur Bollée. Si l'objection tient à l'action, elle s'oppose à ce que la demande soit jugée quelle que soit la juridiction saisie (recevabilité), tandis que si elle tient au juge qui peut en être saisi elle relève de la compétence. Il considère que la cour d'appel a perdu de vue ces principes lorsqu'elle a examiné le moyen tiré du non-respect de la saisine préalable des juridictions étatiques prévue par la clause d'arbitrage du Traité.

¹⁴P-F. Laval, « La compétence ratione temporis des juridictions internationales », thèse dirigée par M. Carlo Santulli, 28 septembre 2011, sp. n° 289 et 290

Il soutient en premier lieu que l'Uruguay a conditionné son consentement à l'arbitrage et, partant, la compétence du tribunal arbitral, à la saisine préalable de ses juridictions nationales, comprise comme une condition *ratione voluntatis*¹⁵. en se référant à :

Il estime en deuxième lieu que l'objection en cause n'avait pas vocation à faire obstacle à l'action quelle que soit la juridiction devant laquelle elle pourrait être portée, mais avait seulement pour objet de rediriger le procès devant le juge étatique, puisque l'Uruguay invitait le tribunal arbitral à se déclarer incompétent au profit des juridictions nationales uruguayennes, que les consorts [M] n'avaient jamais saisies.

Il considère en troisième lieu que la condition portait sur les pouvoirs du tribunal arbitral et non sur les caractéristiques de la demande.

En quatrième lieu, il fait valoir que l'exigence de saisine préalable de la juridiction étatique doit être distinguée de l'exigence relative à la mise en place préalable d'une procédure de conciliation ou de médiation, dans la mesure où, dans ce cas, il existe un véritable conflit entre deux instances juridictionnelles. Il soutient que la majorité des tribunaux arbitraux considère que l'exigence d'un recours préalable devant les juridictions étatiques est une condition de compétence, et non de recevabilité¹⁶, ce que des auteurs français ont également constaté (citant le cas du Professeur Pierre Mayer et de Mme Ana Carolina Simoes e Silva ¹⁷)

¹⁵ Il renvoie notamment à « la Lettre de la branche exécutive du Président de l'Assemblée Générale du 1^{er} août 1989 » qui indique que « *Tout litige pouvant survenir entre un investisseur et la Partie contractante au sein de laquelle l'investissement a été réalisé reste soumis à la juridiction des tribunaux nationaux compétents. L'une ou l'autre des Parties ne peut recourir à un tribunal arbitral international que dans les cas où la responsabilité de l'État est engagée en raison des décisions rendues par l'autorité judiciaire, c'est-à-dire lorsque la décision viole une règle de droit international, en cas de déni de justice ou lorsque la décision est manifestement injuste* » et aux motifs d'une autre sentence (ST-AD GmbH (Germany) c. République de Bulgarie, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, Sentence sur la compétence (18 July 2013) qui expose que « Afin de bénéficier des droits substantiels accordés dans un TBI, certaines conditions, en tant que « questions régies par le TBI », doivent être remplies : il s'agit des conditions bien connues que sont la condition *ratione personae*, la condition *ratione materiae*, et la condition *ratione temporis*. 52. Afin de bénéficier de la protection juridictionnelle accordée par un mécanisme d'arbitrage, ces mêmes conditions doivent être remplies, auxquelles s'ajoute toutefois une condition supplémentaire, la condition *ratione voluntatis* : l'État doit avoir donné son consentement à la procédure qui permet à un investisseur étranger de poursuivre l'État directement au niveau international. Ce consentement est exprimé de manière générale ou restrictive, assorti de conditions d'épuisement des voies de recours internes ou de périodes d'attente, permettant tous les recours ou seulement certains recours : en d'autres termes, le consentement est donné sous certaines conditions. Tout comme les conditions de nationalité par exemple doivent être remplies avant qu'un investisseur puisse avoir accès à tous les droits octroyés par le TBI, les conditions qui façonnent le consentement de l'État à l'arbitrage doivent être remplies avant qu'un droit à l'arbitrage puisse naître »

¹⁶ renvoyant, en ce sens, aux sentences du 21 juin 2011, Impregilo S.p.A c. République argentine, ARB/07/17, § 94 ; sentence du 25 janv. 2000, Emilio Maffezini c. Espagne, ARB/97/7, § 35 ; sentence du 8 déc. 2008, Wintershall Aktiengesellschaft c. République argentine, ARB/04/14, § 155 ; sentence du 10 févr. 2012, ICS Inspection and Control Services Limited c. République argentine, Aff. CPA n° 2010-9 ; § 258 ; sentence du 5 sept. 2013, Omer Dede and Serdar Elhüseyni c. Roumanie, ARB/10/22).

¹⁷ Le consentement à l'arbitrage, Pedone, 2015, pp. 714-715

Le mémoire en défense fait valoir que la critique est dirigée contre un motif surabondant de l'arrêt attaqué et que le moyen est dès lors inopérant puisqu'une fois la sentence annulée au motif que le tribunal arbitral avait improprement apprécié sa compétence *ratione temporis*, la cour d'appel n'avait pas à statuer sur d'autres moyens d'incompétence soulevés par l'Uruguay devant elle qui ne remettaient pas en cause cette compétence *ratione temporis*.

Sur le 3^{ème} moyen (l'abus de droit)

Le mémoire ampliatif fait valoir que la jurisprudence arbitrale¹⁸ et la jurisprudence de la Cour d'appel¹⁹ s'accordent sur le fait que « *l'allégation d'un abus de droit, consistant dans le fait d'acquérir une participation dans une société ou de restructurer des investissements, à seule fin de satisfaire aux conditions de l'offre d'arbitrage [...] soulève une question de compétence du tribunal arbitral* »²⁰. et ont posé les conditions d'un abus de droit : un abus de droit est caractérisé dès lors que l'investissement litigieux a été effectué ou restructuré après la survenance du différend – à tout le moins lorsque que le différend était prévisible –, permettant ainsi au demandeur de bénéficier artificiellement de la protection du traité d'investissement. Il reproche à l'arrêt attaqué de ne pas avoir procédé à cette recherche, de s'être contenté de dire que le Traité ne contenait aucune condition *ratione temporis* relative à la date de réalisation de l'investissement et d'avoir ainsi procédé à une confusion entre la question de la compétence *ratione temporis* et celle de l'existence d'un abus de droit. Il souligne que la question de l'abus de droit n'a de sens que si les conditions d'application de l'offre d'arbitrage, et notamment la condition *ratione temporis*, sont objectivement remplies et souligne que la date à laquelle les droits sur l'investissement ont été acquis par les investisseurs a alors un intérêt en ce qu'elle révèle les motifs ayant justifié cette acquisition, soit la volonté de remplir artificiellement les conditions de la compétence du tribunal arbitral.

Il fait valoir qu'en l'espèce, ce n'est qu'à partir de la fixation des intérêts du Devi Trust en date du 1^{er} août 2016, que les demandeurs ont acquis des droits sur l'investissement, qu'avant cette date, ils n'étaient que de simples bénéficiaires discrétionnaires du Trust et ne pouvaient bénéficier de la protection procédurale du Traité et en déduit que la restructuration opérée le 1^{er} août 2016, soit après la naissance du différend, dont la date a été fixée par le Tribunal arbitral entre le 24 novembre 2015 et 13 juillet 2016, a permis aux consorts [M] de bénéficier de la protection procédurale du Traité.

¹⁸ Sentence 9 janvier 2015, Renée Rose Levy c. Pérou, CIRDI n° ARB/11/17 ; Sentence du 17 décembre 2015, Philip Morris c. Australie, PCA n° 2012-12 ; Sentence du 15 avril 2009, Phoenix Action c. République Tchèque, CIRDI n° ARB/06/5.

¹⁹ Paris, 29 novembre 2016, Pao Tatneft, Rev. arb., 2017, p. 326 ; Paris, 7 février 2017, Gold Reserve, Rev. arb., 2017, p. 566

²⁰ Paris, 29 novembre 2016, Pao Tatneft, précité

Il ajoute qu'en se bornant à relever que la date de l'investissement était indifférente quand cette circonstance n'était pas de nature à rendre inopérant le moyen tiré de l'abus, la cour d'appel a violé l'article 1520, 1° du code de procédure civile.

Le mémoire en défense réplique que la demanderesse au pourvoi soutenant expressément que le moyen tiré de l'abus de droit est distinct de celui tiré de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral (mémoire ampliatif, p. 37 in fine), et la sentence rendue se bornant à statuer sur la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, les motifs de l'arrêt relatifs à l'abus de droit sont surabondants.

Il ajoute que la Cour de cassation peut faire application de l'article 620, alinéa 1er du code de procédure civile, et écarter le moyen en substituant aux motifs critiqués celui de pur droit tiré de ce que seule la compétence *ratione temporis* ayant été tranchée par le tribunal, les parties pouvaient, sur cette question seulement, invoquer devant le juge de l'annulation de nouveaux moyens et arguments et faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve, de sorte que la cour d'appel n'avait pas à répondre à des moyens d'incompétence inopérants devant elle, parce qu'étrangers à la question de la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral.

Il estime qu'en tout état de cause le moyen n'est pas fondé. Il soutient en effet que la 1ère branche manque en fait, dès lors qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a expressément jugé qu'il ne pouvait y avoir d'abus tiré de la transformation du trust le 1^{er} août 2016. Il le considère également inopérant dans la mesure où l'Uruguay soutenait (concl. n° 654, p.149) que l'abus de droit était caractérisé dès lors que l'investissement avait été effectué ou restructuré après la survenance du différend, pour bénéficier artificiellement de la protection du traité lequel, à défaut, ne trouvait pas à s'appliquer. Il souligne que l'Uruguay a donc expressément lié le prétendu abus de droit à la date de l'investissement, de sorte que c'est à bon droit que la cour d'appel a estimé que « 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