

CHAPITRE 21

COMPÉTENCE ET RECEVABILITÉ DANS LE DROIT
DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

YAS BANIFATEMI*

et

EMMANUEL JACOMY**

La procédure civile en droit français pose une distinction claire entre les notions de compétence et de recevabilité. La première fait partie des exceptions de procédure régies par les articles 73 à 121 du Code de procédure civile ; elle consiste à soutenir que le juge saisi par le demandeur n'est pas le bon, conformément aux règles de répartition des compétences entre juridictions établies par l'ordre juridique interne¹. L'exception d'incompétence fait obstacle à la procédure engagée par le demandeur, généralement de manière temporaire, puisqu'un autre juge, compétent cette fois-ci, peut alors être saisi. L'exception de recevabilité fait, quant à elle, partie des fins de non-recevoir régies par les articles 122 à 126 du même code². Elle fait grief non pas à la procédure engagée par le demandeur mais à la demande elle-même, qu'elle vise généralement à éteindre de manière définitive, avant tout examen au fond, indépendamment du juge saisi ou de la procédure engagée. Il s'agit par exemple de soutenir que le demandeur n'a pas d'intérêt à agir, que la demande est prescrite ou qu'elle a déjà été jugée³.

* Yas BANIFATEMI est une spécialiste du droit de l'arbitrage en matière d'investissements. Elle est associée dans le Groupe Arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP, et en dirige le département de Droit international public. Elle enseigne la matière à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

** Emmanuel JACOMY est collaborateur senior au sein du Groupe Arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP, basé à Singapour.

¹ La notion de compétence en droit interne est définie comme « l'[a]ptitude (à connaître d'une affaire) déterminée par l'ordre auquel appartient la juridiction (tribunal civil ou juridiction répressive), par le degré de la juridiction (juge d'appel ou de première instance), par la nature de la juridiction (commerciale, prud'homale) et celle des affaires (divorce, filiation, etc.) » : v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2005, p. 186.

² Code de procédure civile, article 73 : « Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours » ; Code de procédure civile, article 122 : « 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 ».

³ La recevabilité est définie en doctrine comme le « caractère d'un recours ou d'une proposition qui remplit les conditions préalables exigées pour que l'organe saisi puisse passer à l'examen du fond en vue de discuter, amender, adopter ou rejeter » : v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 753.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE II – CHAPITRE 21

La distinction entre ces deux notions est moins claire en droit international. Plusieurs tentatives de conceptualisation ont été proposées en doctrine, ainsi qu'un certain nombre de critères pour distinguer les deux notions, mais ils n'ont pas mis fin aux difficultés de qualification, comme en témoignent plusieurs sentences récentes rendues en matière de droit des investissements. Invités à statuer sur des exceptions de nature identique, parfois soulevées sur le fondement de traités, voire de standards identiques – par exemple sur le non-respect par l'investisseur de conditions procédurales préalables à l'arbitrage – les tribunaux constitués dans ces affaires ont retenu des qualifications opposées. Plusieurs auteurs et tribunaux sont allés jusqu'à remettre en cause la pertinence de la notion en droit international, estimant qu'elle serait « superflue », « sans portée pratique », sinon « inappropriée »⁴.

Tel n'est pourtant pas le cas. La distinction est fondamentale et emporte des conséquences essentielles sur les voies de recours disponibles à l'encontre de la sentence. De manière plus générale, une qualification judicieuse des exceptions soulevées entre compétence et recevabilité, trop souvent négligée par les plaideurs, peut avoir un impact décisif sur la procédure suivie par le tribunal et les sanctions à sa disposition en cas de succès de l'exception (II).

Dans ce contexte, il n'est pas inutile d'avoir recours à la doctrine de droit international public pour tenter d'éclairer la distinction. Une exception d'incompétence consiste, en droit international, à soutenir que les parties, pour une raison ou une autre, n'ont pas consenti à ce que la juridiction saisie exerce son pouvoir juridictionnel à leur égard ; une exception d'irrecevabilité consiste pour sa part à solliciter le rejet de la demande pour une autre raison, à titre liminaire, avant tout examen du fond. Pour déterminer si une exception constitue une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité, le critère déterminant est par conséquent de savoir si cette exception porte ou non sur l'existence ou la portée du consentement de l'Etat à l'arbitrage (I).

Cette proposition, héritée du droit international public, permet de mieux appréhender certaines controverses récentes en matière de droit des investissements. Si en effet, dans la plupart des cas, la question de savoir si une exception concerne le consentement de l'Etat à l'arbitrage ne fait aucun doute, la question est plus délicate dans d'autres situations. C'est notamment le cas lorsque l'exception porte, par exemple, sur le non-respect de conditions procédurales préalables à l'arbitrage, l'existence de procédures parallèles ou la présence d'un nombre important de demandeurs. En fonction des faits de l'espèce et de la rédaction des traités, les arbitres disposent dans ces matières d'une marge d'interprétation qui a pu conduire à la formulation de solutions divergentes, quoique certains auteurs et tribunaux aient semblé retenir à cet égard des positions excessivement formalistes (III).

⁴ V. *infra*, Partie II, pp. 784 et s.