



Notice au rapport relative à l'arrêt n° 877 du 7 décembre 2022 Pourvoi n°21-15.390 – Première chambre civile

La société JSC Oschadbank est issue du démantèlement du système bancaire unifié de l'Union soviétique qui a abouti à la liquidation de la Banque d'épargne et du crédit populaire de l'URSS (Sberbank de l'Union soviétique) en 1991. L'activité de la branche ukrainienne de la Sberbank a été transférée à l'État ukrainien par une ordonnance de la Rada suprême de la République socialiste soviétique d'Ukraine du 20 mars 1991, puis à une société de droit public dénommée, à compter du 3 septembre 1991, « Banque d'épargne publique commerciale spécialisée d'Ukraine (Oschadbank d'Ukraine) ».

Le 24 août 1991, l'Ukraine a proclamé son indépendance.

Le 8 décembre 1991, l'accord de Minsk, signé par les dirigeants russe, ukrainien et biélorusse a pris acte de la dissolution de l'URSS.

Le 31 décembre 1991, l'Oschadbank a été immatriculée auprès de la Banque nationale d'Ukraine.

Le 18 mars 2014, la Fédération de Russie a rattaché la Crimée à son territoire et a, par la suite, adopté diverses dispositions qui ont eu pour effet de mettre fin aux activités des banques ukrainiennes en Crimée.

La banque a engagé une procédure d'arbitrage pour obtenir l'indemnisation de ce qu'elle a estimé être une expropriation de ses investissements en Crimée. Cette procédure, fondée sur le Traité bilatéral conclu le 27 novembre 1998 entre la Fédération de Russie et l'Ukraine sur

l'encouragement et la protection réciproque des investissements (Traité bilatéral d'investissement ou TBI), a été introduite devant la Cour permanente d'arbitrage. La Fédération de Russie, contestant l'application du traité et la compétence du tribunal arbitral, n'a pas comparu.

Par une sentence du 26 novembre 2018, le tribunal arbitral siégeant à Paris s'est déclaré compétent, a constaté la violation du TBI et condamné la Fédération de Russie à indemniser la banque.

Sur le recours de la Fédération de Russie, la cour d'appel de Paris a annulé la sentence. Elle a estimé que le champ d'application *ratione temporis* du TBI était une question de compétence du tribunal arbitral ; que l'article 12 du TBI concernait à la fois la protection substantielle et la protection procédurale et, par conséquent, la compétence du tribunal arbitral ; que ce texte réservait cette protection aux investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992 ; qu'en l'espèce, les actifs en cause étaient ceux de la branche ukrainienne de la Sberbank de l'Union soviétique qui avaient été transférés à l'État ukrainien par une ordonnance de la Rada suprême de la République socialiste soviétique d'Ukraine du 20 mars 1991, puis à la banque publique Oschadbank constituée le 3 septembre 1991 et enregistrée le 31 décembre 1991, de sorte que l'investissement était déjà réalisé le 1^{er} janvier 1992.

Au soutien de son pourvoi, la banque a soutenu, en substance, d'une part, que la cour d'appel avait apprécié la compétence du tribunal arbitral au regard de l'ensemble des conditions d'application du TBI, notamment celles relatives à la protection substantielle offerte par ce traité, alors qu'elle aurait dû le faire uniquement au regard de celles affectant la convention d'arbitrage, d'autre part, qu'elle avait considéré à tort que l'article 12 du TBI s'appliquait à la compétence du tribunal arbitral alors qu'elle ne concernait que la protection substantielle des investissements.

L'enjeu du moyen ne se comprend qu'au regard du régime du recours en annulation des sentences arbitrales.

Le juge étatique du siège de l'arbitrage ne peut procéder à une révision au fond de la sentence. Il ne rejuge pas le litige au principal. Il peut seulement annuler la sentence pour l'une des causes limitativement énumérées par l'article 1520 du code de procédure civile :

« 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. »

Sur ces différentes causes d'annulation, le juge du recours dispose d'une plénitude de juridiction. En particulier, si le tribunal arbitral bénéficie d'une priorité pour statuer sur sa propre compétence¹, il s'agit d'une priorité simplement « chronologique ». Au titre du contrôle *a posteriori* de la régularité de la sentence, le juge n'est aucunement lié par le point de vue exprimé par l'arbitre sur sa compétence.

Le problème posé par le premier moyen était donc de savoir si les stipulations du TBI concernant son application *ratione temporis* étaient des règles de recevabilité ou de fond, dont l'application n'est pas contrôlée par le juge du recours, ou des règles de compétence soumises à son contrôle.

Dans l'exercice de cette vérification, le juge de l'annulation n'est pas lié par les « dénominations retenues par les arbitres ou proposées par les parties »². Il doit, le cas échéant, restituer à la question litigieuse son exacte qualification. Cette opération de qualification (compétence ; recevabilité ; fond) s'opère selon les catégories du droit français, de sorte qu'à supposer même que la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle de la dénaturation sur l'interprétation par la cour d'appel des stipulations d'un traité auquel la France n'est pas partie, elle exercerait un plein contrôle sur la qualification. Ainsi que le fait exactement observer le mémoire ampliatif, « il ne peut d'ailleurs en être autrement puisque les voies de recours sont indisponibles dans les limites autorisées par la loi³ ; elles ne sont pas aménageables au gré de la volonté des parties⁴ ».

Comme la plupart des traités de ce type, le TBI entre la Russie et l'Ukraine définit le sens que revêtent, pour les besoins de son application, les notions d'investissement et d'investisseur ; il énonce des garanties substantielles (non-discrimination, traitement de la nation la plus favorisée, transparence de la législation, liberté de transfert des fonds, interdiction des expropriations et des mesures d'effet équivalent, sauf constatation de l'intérêt public dans le cadre d'une procédure régulière et sous condition de versement d'une indemnité rapide, adéquate et effective) ; enfin, il prévoit le règlement des litiges par voie d'arbitrage.

¹ Article 1448 du code de procédure civile.

² [1re Civ., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-11.551, publié au Bulletin.](#)

³ Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Dalloz, 2001, sp. n° 375, p. 181.

⁴ [1re Civ., 28 mai 2008, pourvoi n° 04-13.999](#) ; Rev. arb. 2008, p. 691, note D. Bureau.

L'article 9, intitulé « Règlement des litiges entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante », stipule :

« 1. Tout différend entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante qui surgit en rapport avec les investissements, y compris les différends qui concernent le montant, les modalités ou la procédure de paiement des indemnités, prévus à l'article 5 du présent accord, ou la procédure de transfert des paiements, prévue à l'article 7 du présent accord, fait l'objet d'une notification écrite, accompagnée de commentaires détaillés, que l'investisseur transmet à la partie contractante en cause dans le différend. Les parties au différend s'efforceront de régler ce différend dans la mesure du possible par voie de négociations. »

Si le différend n'est pas résolu de cette manière dans un délai de six mois à compter de la date de la notification écrite, il est soumis à l'arbitrage selon les modalités prévues au point 2.

L'article 12, intitulé « Application de l'accord » stipule que : « Le présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1^{er} janvier 1992. »

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc la suivante : le TBI entre la Russie et l'Ukraine contient-il une limitation *ratione temporis* de la compétence du tribunal arbitral ou, en d'autres termes, l'article 12 concerne-t-il seulement la protection substantielle ou également la protection procédurale ?

Selon la doctrine, l'application dans le temps des garanties substantielles et des garanties procédurales sont des questions distinctes. En fonction des stipulations de chaque TBI, elle coïncidera ou sera dissociée⁵.

Les parties à un TBI sont libres de prévoir la rétroactivité de leurs engagements (c'était le cas, en l'espèce, puisque le traité était entré en vigueur le 27 janvier 2000). Elles peuvent décider que les garanties substantielles s'appliqueront aux investissements réalisés à compter d'une certaine date, mais qu'il suffit, pour que s'appliquent les garanties procédurales, que le fait à l'origine du litige soit postérieur à l'entrée en vigueur du traité (un tribunal arbitral pouvant, comme le relève Arnaud de Nanteuil, apprécier l'atteinte à l'investissement sur le fondement de règles coutumières du droit international), ou que la demande ait été introduite après cette

⁵ M. Ménard, « Application *ratione temporis* de la protection des investissements et des investisseurs », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 201 et s. ; A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, p. 253.

entrée en vigueur, peu important la date de l'investissement et du fait litigieux, etc. Tous les cas de figure sont envisageables, en fonction de la volonté des parties.

En l'espèce, la cour d'appel a estimé que l'article 12 définissait, non seulement le champ d'application temporel des garanties substantielles, mais également la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral.

Il y avait deux façons de raisonner :

- soit considérer que l'article 9, en ce qu'il vise « tout différend entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante qui surgit en rapport avec les investissements », renvoyait implicitement à l'article 12 et que cet ensemble constituait une règle de compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral ;

- soit juger que l'article 9 était autonome par rapport à l'article 12, de sorte que la cour d'appel avait commis une erreur de qualification en considérant ce texte comme une règle de compétence.

Lorsque l'article 9 vise « les investissements », il faut entendre, « les investissements au sens de la convention ». La définition des investissements (et des investisseurs) figure à l'article 1^{er} « Définitions ». Elle énumère la nature des actifs protégés, mais ne comporte aucune indication de date de réalisation des investissements. Par conséquent, si les définitions de l'article 1^{er} sont nécessairement incorporées à l'article 9 et sont nécessairement des règles relatives au périmètre de la compétence du tribunal arbitral, en revanche, il n'en va pas de même pour l'article 12 intitulé « Application de l'accord ».

Le choix ainsi opéré par l'arrêt est circonscrit par la recherche de la commune intention des parties au regard des termes d'un traité bilatéral particulier. Néanmoins, il a une portée plus générale. Il s'en déduit, en effet, qu'une restriction à la compétence *ratione temporis* des arbitres doit faire l'objet d'une stipulation spéciale.

Cette décision qui s'inspire de l'idée d'autonomie de la clause d'arbitrage témoigne de la volonté de la Cour de cassation de laisser toute sa place à l'arbitrage.