

Fin de non-recevoir et recours en annulation, les liaisons dangereuses / Inadmissibility and action for annulment, dangerous liaisons

Wissam Mghazli – Managing Partner / Co-head Arbitration Practice
Ezzine Andoulsi – Associate

[English Bellow]

Il peut arriver, pour une partie à un litige arbitral, de manquer de soulever un argument et d’y penser plus tard, y compris une fois la sentence arbitrale rendue. Ladite partie, pourrait alors tenter de régulariser cette situation en essayant de rattraper cet oubli devant les juridictions étatiques au stade du recours contre la sentence. Néanmoins, ce n’est pas si simple et c’est précisément l’objet de l’avis de la Cour de cassation du 20 mars 2024¹.

Dans cet avis, la Cour de cassation s’est notamment saisie de la question de la portée de l’article 1466 du Code de procédure civile, qui, pour rappel, dispose :

« La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s’abstient d’invoquer **en temps utile** une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s’en prévaloir » (soulignement et surlignement ajoutés).

Ce mécanisme vise à assurer la célérité et la bonne administration de la justice arbitrale en évitant que des parties puissent soulever des irrégularités tardivement et perturber la bonne exécution des sentences arbitrales.

Précisément, la Haute juridiction était sollicitée par la cour d’appel de Paris afin de déterminer si le moyen de défense tiré de l’article 1466 peut être qualifié de fin de non-recevoir au sens du Code de procédure civile. Si tel

¹ Cass. 1^{er} civ., 20 mars 2024, n°23-70.019

est le cas, la Cour de cassation devait également déterminer qui du conseiller de la mise en état ou de la formation de jugement de la cour d'appel est compétent pour examiner l'irrecevabilité invoquée.

En parallèle, le litige sous-jacent concernant l'exercice d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale, la Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter des précisions sur les conséquences de la qualification du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 1466 du Code de procédure civile sur l'exercice dudit recours en annulation, lequel est réservé, en matière internationale, uniquement aux sentences rendues en France.



En l'espèce, l'affaire opposait la société Banque Delubac & Cie à la société allemande Feldsaaten Freudenberg.

La demande d'avis formulée par la cour d'appel de Paris portait notamment sur l'interprétation de certaines dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage.

Dans un premier temps, la Cour de cassation devait se prononcer dans son avis sur la qualification de fin de non-recevoir du moyen fondé sur l'article 1466 du Code de procédure civile et tiré de la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité non invoquée en temps utile devant le tribunal arbitral.

La Cour de cassation a alors rappelé les termes de l'article 122 du Code de procédure civile qui dispose que :

*« Selon l'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 »* (soulignement et surlignement ajoutés).

Il restait donc à déterminer si la sanction prévue par l'article 1466 pouvait conduire à qualifier un tel moyen de fin de non-recevoir.

A cet égard, l'avis de la Cour de cassation est clair : le moyen de défense tiré de l'article 1466 du Code de procédure civile « *tend à faire déclarer irrecevable* » la demande d'annulation sur le fondement de l'article 1520 du Code de procédure civile si bien que la qualification de fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du Code de procédure civile doit être retenue.

Nous ne pouvons qu'approuver cette qualification de fin de non-recevoir dans la mesure où une telle demande vise à faire écarter un moyen de recours en annulation car tardif, et, protéger la décision contre les objections d'une partie qui aurait gardé sous le coude un argument stratégique en vue d'une contestation ultérieure alors qu'elle aurait pu le faire dans le cadre de la procédure arbitrale.

Dans un deuxième temps, la question qui se posait était celle de la compétence du conseiller de la mise en état ou de la formation de jugement de la cour d'appel pour examiner le moyen tiré d'une irrégularité soulevée tardivement.

La réponse méritait un raisonnement un peu plus détaillé et complexe que celle concernant la qualification en fin de non-recevoir du moyen tiré de l'article 1466 du Code de procédure civile.

En effet, pour répondre, la Cour de cassation devait d'abord passer par les articles 900 et suivants du Code de procédure civile relatifs à la procédure d'appel pour rappeler que si lesdits articles concernent l'appel, ces derniers

sont également applicables à la procédure du recours en annulation, en arbitrage interne et en arbitrage international, conformément aux renvois opérés par les articles 1495 et 1527 du Code de procédure civile.

Ainsi, le recours en annulation est-il formé, instruit et jugé selon les règles relatives à la procédure d'appel.

Cela étant précisé, il devenait nécessaire de s'interroger sur la compétence du conseiller de la mise en état pour connaître d'une demande d'irrecevabilité sur le fondement de l'article 1466 du Code de procédure civile.

En effet, le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 a introduit, par le biais de l'article 789-6° du Code de procédure civile, une compétence spéciale pour le juge de la mise en état pour connaître des fins de non-recevoir en première instance.

Or, par renvoi de l'article 907 du Code de procédure civile, ladite compétence spéciale est étendue au conseiller de la mise en état en cause d'appel.

Fort de cette nouvelle compétence, la demande d'irrecevabilité fondée sur la tardiveté d'un moyen présenté au soutien d'un recours en annulation doit-elle relever du conseiller de la mise en état ?

A cet égard, la Cour de cassation reprend un avis du 11 octobre 2022² rendu par sa deuxième chambre civile qui se prononce sur la question du domaine de la compétence du conseiller de la mise en état.

Ce faisant, la deuxième chambre civile a opéré une distinction entre les fins de non-recevoir relevant du fond de l'appel, qui sont de la compétence de la cour d'appel, et les fins de non-recevoir relatives à la procédure d'appel en elle-même, qui sont, elles, de la compétence du conseiller de la mise en état.

Ledit avis du 11 octobre 2022 précise notamment que les fins de non-recevoir relatives à l'interdiction de soumettre des prétentions nouvelles en appel (*CPC, Art. 564*) et à l'obligation de présenter dès les premières conclusions l'ensemble des prétentions sur le fond (*CPC, Art. 910-4*) relèvent du fond de l'appel et donc de la compétence de la cour d'appel contrairement, par exemple, aux demandes de caducité ou d'irrecevabilité de l'appel qui relèvent de la compétence du conseiller de la mise en état (*CPC, Art. 914*).

Dès lors, dans son avis du 20 mars 2024, s'inscrivant dans la continuité du premier avis susmentionné, la Cour de cassation retient que la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté du moyen de recours en annulation, impliquant pour la partie en retard qu'elle ait renoncé à se prévaloir d'une irrégularité devant le tribunal arbitral, s'analyse comme une fin de non-recevoir liée au fond et, partant, relève de la compétence de la cour d'appel et non pas de celle du conseiller de la mise en état.

Ce raisonnement doit être tout aussi approuvé puisqu'il ne s'agit pas de traiter de la question de la recevabilité de l'exercice procédural du recours mais de la recevabilité du moyen soulevé au soutien dudit recours.

Cette clarification de la Cour de cassation était attendue et apparaît bienvenue car, même si certains l'estimeront logique, cet avis permet d'éviter certaines difficultés issues du décret du 11 décembre 2019 en ce qui concerne la répartition des compétences entre le conseiller de la mise en état et la cour d'appel.

En tout état de cause, l'avis du 20 mars 2024 permet de rappeler deux choses.

D'une part, il est la preuve que si l'arbitrage est d'abord une justice privée rendue en dehors des tribunaux

² Cass. 2e civ., 11 oct. 2022, n° 22-70.010, avis n° 15012

étatiques, son insertion dans l'ordre juridique français est bien soumise à des règles de procédure françaises qui permettent d'harmoniser deux modes de règlement des différends distincts.

D'autre part, cet avis annonce l'arrivée du nouveau décret n° 2023-1391 du 29 décembre 2023, qui sera applicable au 1^{er} septembre 2024 et au terme duquel la compétence du conseiller de la mise en état n'est plus déterminée par renvoi à l'article 789 du Code de procédure civile propre au juge de la mise en état. En effet, cette compétence sera à présent régie par les termes du nouvel article 913-5 du Code de procédure civile si bien qu'elle ne sera pas nécessairement confondue avec celle du juge de la mise en état.

Finalement, l'avis du 20 mars 2024 permet non seulement de clarifier certains aspects procéduraux du recours contre une sentence arbitrale mais également de s'inscrire dans la droite lignée de la réforme de la procédure d'appel qui entrera en vigueur au 1^{er} septembre 2024.



Le cabinet Komon Avocats et son équipe d'arbitrage international restent naturellement à la disposition des lecteurs pour des précisions complémentaires et échanger sur ces sujets utiles aux praticiens de la discipline.



It can happen that a party to an arbitration dispute fails to raise an argument and then thinks about it later, even after the award is rendered. Such a party could then try to make it up before the State Courts at the stage of the appeal against the enforcement order or the annulment claim against the award. However, it is not that simple, and this is precisely the matter of the opinion issued by the French Supreme Court (*Cour de cassation*) on 20 March 2024.

In the said opinion, the French *Cour de cassation* addressed the question of the scope of article 1466 of the French Code of Civil Procedure, which, as a reminder, states:

*"A party who, with full knowledge of the facts and without legitimate reason, refrains from invoking an irregularity before the arbitral tribunal **in due course** is deemed to have waived the right to invoke it"* (emphasis added on free translation).

This mechanism is designed to ensure the efficiency and proper administration of arbitration, by preventing parties from raising irregularities at a late stage and disrupting the proper enforcement of arbitral awards.

Specifically, the Paris Court of Appeal had asked the French Supreme Court to determine whether the defense based on article 1466 could be qualified as a plea of inadmissibility (*fin de non-recevoir*) within the meaning of the French Code of Civil Procedure. If so, the French Supreme Court was also asked to determine whether the French *conseiller de la mise en état* (pre-trial judge before the Court of Appeal) or the Court itself had jurisdiction to

examine the plea of inadmissibility.

At the same time, as the underlying dispute was related to an action for annulment of an arbitral award, the French Supreme Court had the opportunity to clarify the consequences of the qualification of the plea alleging the violation of article 1466 of the French Code of Civil Procedure on the procedure of said action for annulment, which is reserved, in international arbitration, solely for awards rendered in France.



In this case, the company Banque Delubac & Cie was opposed to the German company Feldsaaten Freudenberger.

The claim for an opinion presented by the Court of appeal of Paris was related to the interpretation of certain provisions of the French Code of Civil Procedure dealing with arbitration.

Firstly, the French Supreme Court was asked to rule on whether the plea based on article 1466 of the French Code of Civil Procedure, alleging waiver of the right to invoke an irregularity not raised in due course before the arbitral tribunal, should be considered as a plea of inadmissibility.

The French Supreme Court then recalled the terms of article 122 of the French Code of Civil Procedure, which provides that:

*"According to article 122 of the French Code of Civil Procedure, any plea which **tends to declare the opponent's claim inadmissible**, without examination of the merits, for lack of right to act, such as lack of standing, lack of interest, prescription, time limit or res judicata, constitutes a plea of inadmissibility" (emphasis added on free translation).*

It therefore remained to be determined whether the sanction provided for by article 1466 could lead to such a plea being qualified as a plea of inadmissibility.

In this matter, the opinion of the French *Cour de cassation* is clear: the defense based on article 1466 of the Code of civil procedure "*tends to declare inadmissible*" one of the merits upheld for the request for annulment, so that the qualification of *fin de non-recevoir* within the meaning of article 122 of the Code of civil procedure is relevant.

We can only agree with this qualification as a *fin de non-recevoir*, insofar as the purpose of such a plea is to set aside a merit for annulment as being out of time, and to protect the decision against challenges from a party who would have kept a strategic argument with a view to bring it up later whereas it could have done so before the arbitration tribunal.

Secondly, the question arose as to whether the French *conseiller de la mise en état* or the Court had jurisdiction over the plea based on the lateness of an argument.

The answer required a more detailed and complex line of reasoning than that related to the qualification as a plea of inadmissibility of an argument based on article 1466 of the French Code of Civil Procedure.

To answer this question, the French Supreme Court (*Cour de cassation*) first had to refer to articles 900 *et seq.* of the French Code of Civil Procedure on appeal proceedings, to point out that while these articles concern only appeals, they are also applicable to annulment proceedings in domestic and international arbitration, in

accordance with articles 1495 and 1527 of the French Code of Civil Procedure.

Thus, an action for annulment is conducted according to the rules governing appeal proceedings.

Then, it became necessary to consider the jurisdiction of the French *conseiller de la mise en état* to hear a plea of inadmissibility on the basis of article 1466 of the Code of Civil Procedure.

Indeed, decree no. 2019-1333 of 11 December 2019 introduced, by means of article 789-6° of the French Code of Civil Procedure, a special jurisdiction for the French *juge de la mise en état* (the French pre-trial judge at first instance) to hear applications for dismissal at first instance.

Now, by reference to article 907 of the Code of Civil Procedure, this special jurisdiction has been extended to the French *conseiller de la mise en état* in appeal cases.

In view of this new jurisdiction, should a plea of inadmissibility based on the lateness of an argument presented in support of an action for annulment fall within the jurisdiction of the French *conseiller de la mise en état*?

In this respect, the French Supreme Court refers to an opinion issued on 11 October 2022, which ruled on the question of the jurisdiction of the French *conseiller de la mise en état*.

In doing so, it drew a distinction between grounds for dismissal relating to the merits of the appeal, which fall within the jurisdiction of the Court, and grounds for dismissal relating to the appeal procedure itself, which fall within the jurisdiction of the French *conseiller de la Mise en état*.

The aforementioned opinion of 11 October 2022 specifies in particular that the grounds for dismissal relating to the prohibition on submitting new claims on appeal (article 564 of the Code of Civil Procedure) and the obligation to present all claims on the merits in the first written of pleadings (article 910-4 of the Code of Civil Procedure) fall within the scope of the merits of the appeal and therefore within the jurisdiction of the court unlike, for example, the claims to declare the appeal null and void or inadmissible, which fall within the jurisdiction of the French *conseiller de la mise en état*.

Consequently, in its opinion of 20 March 2024, following on from the first opinion mentioned above, the French Supreme Court (*Cour de cassation*) held that the plea of inadmissibility based on the lateness of the argument for annulment, implying that the party in delay had waived its right to invoke an irregularity before the arbitral tribunal, can be analyzed as a plea of inadmissibility linked to the merits and therefore falls within the jurisdiction of the Court and not that of the French *conseiller de la mise en état*.

This reasoning is also approved since the plea does not deal with the admissibility of the procedural exercise of the appeal but with the admissibility of the argument raised on the merits in support of the annulment action.

This clarification by the French Supreme Court was long-awaited and must be approved as, even if some will consider it logical, this opinion makes it possible to avoid certain difficulties arising from the decree of 11 December 2019 with regard to the division of jurisdiction between the French *conseiller de la mise en état* and the Court.

In any event, the 20 March 2024 opinion brings two useful elements related to arbitration.

Firstly, it proves that while arbitration is first and foremost a form of private justice rendered outside State Courts, the inclusion of an arbitration award in the French legal system is indeed subject to French procedural rules that enable two distinct dispute resolution methods to match up with each other.

Secondly, this opinion heralds the arrival of the new decree no. 2023-1391 of 29 December 2023, which will come into force on 1st September 2024, and under which the jurisdiction of the French *conseiller de la mise en état* is no longer determined by reference to article 789 of the Code of Civil Procedure, which is specific to the French pre-trial judge at first instance. In fact, this jurisdiction will now be governed by the terms of the new article 913-5 of the Code of Civil Procedure, so that it will not necessarily be confused with that of the French *juge de la mise en état*.

Finally, the opinion of 20 March 2024 not only clarifies several procedural aspects of appeals and annulment against the enforcement order or the arbitration award but is also fully in line with the reform of the appeal procedure which will come into force on 1st September 2024.



Komon Avocats and its international arbitration team remain available to provide readers with further details and discuss these issues with arbitration practitioners.

Contact

8, rue de l'Arcade 75008 Paris

contact@komon-avocats.fr

www.komon-avocats.fr

