

TEXTE INTÉGRAL

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE
FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Chambre commerciale internationale

PÔLE 5 - CHAMBRE 16

ARRÊT DU 14 DÉCEMBRE 2021 (n°/2021, 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 19/12417 - N° Portalis 35L7- V B7D CAFD3

Décision déferée à la Cour :

- sentence du 9 juin 2017

- sentence du 21 Décembre 2018 - Tribunal arbitral de PARIS 17 - RG n° UNC161/ASM

DEMANDERESSE AU RECOURS :

RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR

..., QUITO (ÉQUATEUR)

Agissant par la Procuraduría General del Estado, elle même représentée par Monsieur J V, Procurador General del Estado, ayant tous pouvoirs pour agir au nom de la République d'Equateur,

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS VERSAILLES, avocat postulant du barreau de PARIS, toque : C2477

Assistée par Me Andrea PINNA et Me Anne Fleur DORY de l'AARPI FOLEY HOAG, avocats plaidants du barreau de PARIS, toque : B1190

DÉFENDERESSES AU RECOURS :

Société MANTENIMIENTOS, AYUDA A LA EXPLOTACION Y SERVICIOS - O

Société de droit espagnol

Ayant son siège social : Calle Cardenal Marcelo Spinola, 10, 28016 MADRID (ESPAGNE)

Prise en la personne de ses représentants légaux,

Société SOCIEDAD ESPANOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES - W

Société de droit espagnol

Ayant son siège social : Y P, 6 Planta 2 , 28050 MADRID (ESPAGNE)

Société TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S. A

Société de droit équatorien

Ayant son siège social : AV. Republica del Salvador N35-82 y Portugal - QUITO (EQUATEUR)

A H ECUADOR

Groupement d'entreprises de droit équatorien

Ayant son siège social : Av. 6 de Diciembre N37-153 y El Comercio - QUITO (EQUATEUR)

Pris en la personne de ses représentant légaux,

Représentée par Me Luca DE MARIA, de la SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE avocat
postulant du barreau de PARIS, toque : L0018

Assistée par Me Elie KLEIMAN et Me Claire PAULY du PARTNERSHIPS K B, avocats plaidants
du barreau de PARIS, toque : J007

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 02 Novembre 2021, en audience publique, devant la Cour composée de :

François ANCEL, Président

Fabienne SCHALLER, Conseillère

Laure ALDEBERT, Conseillère qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Najma EL FARISSI

ARRÊT :

- contradictoire - par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été
préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de
procédure civile.

- signé par François ANCEL, Président et par Najma EL FARISSI, greffière à laquelle la minute de la
décision a été remise par le magistrat signataire.

I / FAITS ET PROCÉDURE

1- La Recourante est la République de l'Équateur, État souverain.

2- Les Défenderesses au recours sont le consortium de droit équatorien A H, constitué entre la société
de droit espagnol O et la société de droit équatorien Tesca, laquelle est détenue par O ainsi que par la
quatrième Défenderesse au recours, la société de droit espagnol W.

3- Le litige a pour origine le projet pour la construction d'un terminal maritime d'extraction de gaz de pétrole liquéfié, d'une usine de stockage de gaz de pétrole liquéfié et de gazoducs pour l'acheminement du combustible, dans la ville de Monteverde.

4- Au mois de mars 2011, aux termes d'un appel d'offres émis par la compagnie de transport de gaz et de pétrole publique équatorienne Flopec, le A H s'est vu attribuer la construction de certaines des infrastructures du projet précité.

5- Considérant que le A H n'avait pas respecté ses obligations contractuelles, la société Flopec a initié une procédure administrative à son encontre et a, le 5 décembre 2014, prononcé la résiliation unilatérale du contrat la liant au consortium.

6- Par notification du 12 février 2015, la société Flopec a en outre procédé à la « liquidation » du contrat, chiffrant le montant global des pénalités mises à la charge du A H à un montant de l'ordre de 24,6 millions de dollars US.

7- Le 1er juillet 2015, le A H et les sociétés Maessa et Tesca ont adressé à la République de l'Équateur, sur le fondement de l'accord pour la promotion et la protection réciproque des investissements entre le Royaume d'Espagne et la République d'Equateur du 26 juin 1996 (ci après désigné le "TBI"), une notification intitulée « Notificación de Arbitraje » (« Notification d'arbitrage »).

8- Cette notification faisait état de la volonté du A H et des sociétés Maessa et Tesca de soumettre à l'arbitrage le litige les opposant à la République de l'Équateur pour obtenir, d'une part, la révocation des décisions du 5 décembre 2014 et du 12 février 2015 précitées et, d'autre part, le paiement de 50 millions de dollars US en réparation du préjudice prétendument subi. Elles soumettaient également à l'approbation de la République de l'Équateur plusieurs modalités d'organisation de la procédure arbitrale.

9- La République de l'Équateur n'a jamais considéré la notification du 1er juillet 2015 autrement que comme une notification d'arbitrage et, par une lettre du 27 juillet 2015, elle a exprimé son accord

concernant le nombre d'arbitres, la langue de l'arbitrage et l'autorité administrative et a formé des contre propositions relatives aux autres points de procédure.

10- Afin de convenir des autres modalités de l'arbitrage, les parties se sont réunies le 29 juillet 2015. De cette réunion a résulté la formalisation d'un accord écrit, par échange de courriers du 6 et 11 août 2015, aux termes desquels les parties sont convenues (i) de choisir le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) de 2010 et (ii) des modalités de désignation du tribunal arbitral.

11- Le 19 août 2015, les conseils initiaux des signataires de la notification du 1er juillet 2015 ont indiqué mettre un terme à la représentation de leurs clientes.

12- Le 21 août 2015, les nouveaux conseils du A H et des sociétés Tesca et O ont écrit à la République de l'Équateur en précisant que la notification du 1er juillet 2015 était une notification de l'existence d'un différend en vertu du TBI.

13- Dans les échanges qui ont suivi, le A H et les sociétés Maessa et Tesca se sont référées à la notification du 1er juillet 2015 comme une notification de différend, indiquant notamment, dans un courrier du 5 octobre 2015 qui évoquait une réunion du 23 septembre 2015 avec les responsables de la Direction des Affaires Internationales du Parquet Général de la République de l'Equateur (ci après « PGE »), être prêtes à « rouvrir le règlement du différend en vue de parvenir à un règlement à l'amiable conformément à l'article XI (I) du TBI».

14- Dans un courrier du 11 novembre 2015, les conseils du A H, Tesca et O se sont référés à une réunion du 27 octobre 2015 en mentionnant que leurs clientes avaient «indiqué qu'elles prépareraient une proposition pour parvenir à une résolution amiable des différends décrits dans la communication du 1 er juillet 2015 », et ont précisé les bases de ladite proposition.

15- Par courrier électronique du 25 janvier 2016, la République d'Equateur a indiqué avoir procédé à la désignation de son arbitre, Monsieur T S, conformément aux accords procéduraux des parties, et a

invité les conseils du A H et des sociétés Tesca et O à procéder à la désignation de leur propre arbitre, ce qui a été fait le même jour.

16- Ainsi, les signataires de la notification du 1er juillet 2015 ont, le 25 janvier 2016, désigné Monsieur X Z I en qualité d'arbitre.

17- La République de l'Équateur a, le 3 mars 2016, désigné Monsieur Z Z D, après que Monsieur T S a signalé l'existence d'un conflit d'intérêts l'empêchant d'accepter sa désignation. Les deux co arbitres ont accepté leur mission.

18- Le 19 mai 2016, avant que n'intervienne la désignation du Président du Tribunal Arbitral, mais après que les co arbitres ont été sollicités pour procéder à sa désignation le 12 mai 2016, les sociétés Maessa et W ont adressé à la République de l'Équateur et aux arbitres désignés, une seconde notification dénommée « Notificación de Arbitraje », invoquant des violations des articles 3, 4 et 5 du TBI. Elles ont adressé cette notification à la CCI le même jour.

19- Le 13 juin 2016, les deux co arbitres ont désigné Monsieur R G Q en qualité de président du tribunal arbitral afin de trancher le différend entre le A H, Tesca et O en qualité de demanderesses et la République de l'Équateur en qualité de défenderesse.

20- Le 14 juin 2016, les signataires de la « Notificación de Arbitraje » de 2016 ont sollicité des arbitres qu'ils « rectifient » la désignation des parties telle qu'elle figurait dans la désignation du 13 juin 2016, pour que O et W uniquement soient visées.

21- Ce courrier a été transmis par les co arbitres à Monsieur R G Q. Le même jour, ce dernier a accepté sa mission dans l'affaire concernant les « Investisseurs du A H Équateur contre la République de l'Équateur », indiquant avoir vérifié l'absence de conflits d'intérêts « en ce compris s'agissant de la précision apportée dans le courrier à la date de ce jour par des représentants de PBP et K B, qui m'a été transmis ».

22- Le 9 juin 2017, eu égard à la controverse concernant les qualifications respectives des notifications de 2015 et 2016, le tribunal arbitral s'est prononcé sur leur nature et a déterminé les parties à

l'arbitrage, décidant que (i) seule la « Notificación de Arbitraje » de 2016 est qualifiée de notification d'arbitrage au sens du TBI et que (ii) les parties demanderesse à l'arbitrage sont les sociétés Maessa et W.

23- Le 21 décembre 2018, le tribunal arbitral a rendu la sentence sur la compétence dans laquelle il a rejeté les exceptions de compétence qu'avaient soulevées la République de l'Équateur, à l'exception de celle tenant à la qualité de demanderesse de XX N U C M a également été condamnée à supporter 85% des coûts relatifs à la phase préliminaire et à la phase d'instruction de l'arbitrage, lequel s'est poursuivi au fond.

24- C'est dans ces conditions que, par acte du 18 juin 2019, la République de l'Équateur a introduit un recours en annulation contre les sentences du 9 juin 2017 et du 21 décembre 2018.

25- Devant la cour d'appel, les Parties ont accepté le protocole de procédure de la chambre commerciale internationale.

26- Le 23 août 2020, les sociétés Maessa, W, Tesca et A H ont formé un incident devant le conseiller de la mise en état afin de voir déclarer irrecevable le recours en annulation à l'encontre de l'ordonnance de procédure au motif que ce n'était pas une sentence arbitrale et aux fins de déclarer hors de cause les sociétés Tesca et Consortio GLP.

27- Le 12 janvier 2021, le Conseiller de la mise en état a déclaré recevable le recours en annulation contre l'ordonnance du 9 juin 2017 ainsi que le recours en annulation la sentence sur la compétence rendue le 21 décembre 2018 et a condamné in solidum les sociétés Maessa, W, le A H et Tesca à 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

28- La clôture a été prononcée le 19 octobre 2021.

II / PRETENTIONS DES PARTIES

29- Aux termes de ses dernières conclusions transmises de manière électronique en date du 13 octobre 2021, la République de l'Equateur demande à la cour, au visa de l'article 1520 du code de procédure civile et des pièces versées aux débats, de bien vouloir :

- ANNULER la sentence arbitrale rendue à Paris le 9 juin 2017 intitulée « Orden Procesal No. 02 » et la sentence arbitrale rendue à Paris le 21 décembre 2018 intitulée « Laudo sobre Jurisdicción », rendues dans l'affaire UNC 161/ASM ;

- DEBOUTER les Défenderesses au recours de l'ensemble de leurs demandes, fins et prétentions ;

- CONDAMNER les Défenderesses au recours, in solidum, à verser à la République de l'Équateur la somme de 200.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- CONDAMNER les Défenderesses au recours, in solidum aux entiers dépens de la présente instance, dont distraction au profit de la SELARL LEXAVOUE PARIS VERSAILLES.

30- Aux termes de leurs dernières conclusions transmises de manière électronique en date du 18 octobre 2021, les sociétés Maessa, W, Tesca et le A H demandent à la cour, au visa des articles 696, 700 et 1504 et suivants du code de procédure civile, de bien vouloir :

- DECLARER irrecevable le moyen tenant à l'irrégularité dans la désignation de son arbitre par la République d'Equateur ;

- REJETER le Recours formé par l'Équateur à l'encontre de la Sentence sur la Compétence et de l'Ordonance de Procédure numéro 2 ;

- CONDAMNER l'Équateur à payer aux Défenderesses la somme de 90.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ; et

- CONDAMNER l'Équateur aux entiers dépens, en application de l'article 696 du Code de procédure civile.

III/ MOTIFS DE LA DECISION

1) Sur le moyen d'annulation tiré du défaut de compétence du tribunal arbitral (article 1520 1° du code de procédure civile)

31- La République de l'Équateur soutient que la constitution du tribunal arbitral étant consécutive à la première requête d'arbitrage, qui a exprimé le consentement à l'arbitrage du A H, de O F YY dès 2015, le tribunal arbitral aurait dû statuer sur ce seul litige et qu'il s'est à tort déclaré compétent pour statuer sur la seconde requête d'arbitrage de 2016, qui n'était pas celle ayant donné lieu à sa constitution.

32- Elle précise que le mécanisme, propre aux modalités de saisine des arbitres dans le cadre d'un traité de protection des investissements tel qu'en l'espèce le TBI, repose sur le principe selon lequel le consentement des parties à la convention d'arbitrage (État d'un côté, investisseur étranger de l'autre) est dissocié, le consentement de l'investisseur qui prétend bénéficier de l'offre d'arbitrage émise par l'État étant donné au moment où il forme sa requête d'arbitrage. Il soutient ainsi qu'avant cette requête le recours à l'arbitrage est impossible puisque la convention d'arbitrage n'est pas encore formée.

33- Elle expose ainsi que la convention d'arbitrage est formée au moment de la requête d'arbitrage, laquelle détermine à la fois les parties à ladite convention et son objet et qu'en l'espèce, le consentement à l'offre d'arbitrage a été donné par le A H, O F YY dès le 1er juillet 2015, aux termes de la première requête d'arbitrage, ce d'autant que les parties à compter de cette date n'ont échangé que pour arrêter les modalités procédurales de l'arbitrage et procéder à la désignation des arbitres tant est si bien que ce n'est que le 19 mai 2016, soit après la désignation des deux co arbitres, qu'est intervenue la seconde requête d'arbitrage.

34- Elle considère que la compétence du tribunal arbitral s'apprécie par rapport au consentement des parties à l'arbitrage, ce qui limite le pouvoir du tribunal au seul litige objet du consentement à l'arbitrage contenu dans la requête et que même si l'on considère que l'acte initial n'est qu'une notification de différend, cela signifie que le tribunal arbitral était pour partie constitué avant que le consentement à l'arbitrage ne soit intervenu, le tribunal se déclarant ainsi à tort compétent pour connaître du litige fondé sur le deuxième acte.

35- Elle fait valoir qu'il ne peut être soutenu qu'il n'existerait aucune différence quant à l'objet des deux Requêtes, lesquelles varient non seulement parce que les signataires sont distincts, mais aussi sur les prétentions de leurs signataires respectives, la Première Requête visant notamment au retrait de deux actes administratifs de Flopec tandis que la Seconde vise exclusivement la réparation du préjudice des entités qui en sont les signataires ' et enfin sur les fondements juridiques invoqués au soutien de ces demandes. Elle précise ainsi que les deux actes reposent sur différents fondements juridiques ainsi que différents signataires, le Consortio GLP et la société Tesca, en exprimant leur consentement à l'arbitrage par l'acte initial sont nécessairement parties au litige, peu important leur nationalité équatorienne. Elle ajoute que La société Tesca et le Consortio GLP ont également participé à la procédure arbitrale jusqu'à la Sentence de 2017.

36- Elle soutient enfin que les parties ont également désigné leurs arbitres avant l'introduction du deuxième acte, ce qui n'aurait pas eu lieu si l'acte initial n'était pas une requête d'arbitrage et que la formulation retenue par l'acte d'acceptation de mission du Président du tribunal pour l'affaire concernant les « Investisseurs du A H Équateur contre la République de l'Équateur » témoigne de son acceptation d'être saisi par l'acte initial.

37- En réponse, les défenderesses rappellent que la compétence du tribunal arbitral ne s'apprécie qu'en fonction des conditions posées par le TBI, à savoir les critères de l'article 11 du TBI et les critères *ratione materiae*, *personae* et *temporis* qui sont remplis en l'espèce. Elles précisent que le différend visé par l'acte initial et le deuxième acte étant identique, le tribunal est saisi sur le fondement d'une convention d'arbitrage où il s'est déclaré compétent.

38- Elles soutiennent que la compétence d'un tribunal arbitral ne peut être circonscrite par les termes d'une requête ou notification d'arbitrage, et que son étendue est définie dans la clause d'arbitrage contenue dans le TBI, au risque autrement de remettre en cause l'engagement pris par les parties au TBI.

39- Elles précisent que l'acte initial et le deuxième acte visent un unique différend et que les signataires initiaux ont écrit à la République de l'Equateur le 21 août 2015 pour clarifier que l'acte initial valait notification de différend étant précisé que les discussions entreprises à la suite à cet acte avaient pour objectif de trouver une solution amiable ou de fixer la procédure à suivre en cas d'arbitrage ce qui n'a causé aucun préjudice à la République de l'Equateur.

40- Elles font valoir que les notifications de différend n'obéissent à aucun formalisme particulier et que leur seule fonction est d'informer un État de son éventuelle responsabilité en raison de manquements déterminés sur le fondement d'un instrument de droit international et, le cas échéant, la mise en 'uvre des modalités de règlement des différends.

41- Enfin, elles rappellent que les actes ont un champ d'application identique concernant les parties, soit la société O présente sur les deux actes, et qu'ils portent sur un différend ayant un objet identique à savoir la contestation de la licéité internationale des décisions administratives sur le fondement des articles 3 et 4 du TBI et enfin que le tribunal arbitral a été constitué un mois après le deuxième acte par l'acceptation de l'offre générale d'arbitrage par le Président du tribunal ce qui permet en tout état de cause de déduire le consentement des Signataires Initiaux à la procédure arbitrale.

SUR CE,

41- Selon l'article 1520, 1°, du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

42- En l'espèce, pour considérer que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent pour statuer sur le litige l'opposant à la société O, la République de l'Equateur considère en substance que deux instances arbitrales distinctes ont été engagées, l'une au terme de la notification du 1er juillet 2015 entre les sociétés Consortio GLP, O F YY et la République de l'Equateur d'une part, et l'autre au terme de la notification du 19 mai 2016 entre les société O F W et la République de l'Equateur d'autre part.

43- Dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1520, 1° du code de procédure civile, il appartient au juge de l'annulation de contrôler 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.

44- Lorsque la convention d'arbitrage résulte d'un Traité bilatéral d'investissements, la compétence du tribunal arbitral et l'étendue de son pouvoir juridictionnel dépendent de ce traité qui l'investit.

45- Il convient dès lors d'apprécier la volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage au regard de l'ensemble des dispositions du traité de sorte que le tribunal arbitral n'est compétent pour connaître d'un litige que s'il entre dans le champ d'application du traité et qu'il est satisfait à l'ensemble de ses conditions d'application, sans faire nécessairement dépendre la compétence du tribunal arbitral de la seule forme des notifications matérialisant ce consentement.

46- En l'espèce, le consentement de la République de l'Equateur à l'arbitrage trouve sa source dans l'offre permanente d'arbitrage à laquelle il a consenti en concluant le TBI conclu en 1996 dont l'article 11 stipule que :

« 1. Tout différend relatif à un investissement survenant entre une des Parties Contractantes et un investisseur de l'autre Partie Contractante concernant des questions régies par le présent Accord sera notifié par écrit, accompagné d'une description détaillée, par l'investisseur à la Partie Contractante qui reçoit l'investissement. Dans la mesure du possible, les parties s'efforceront de régler ces différends par un accord à l'amiable.

2. Si le différend n'a pas pu être réglé à l'amiable dans un délai de six mois à compter de la date de la notification écrite visée au paragraphe 1, le différend sera soumis au choix de l'investisseur :

Au Tribunal Arbitral « ad hoc » établi par le Règlement d'Arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, ou

Au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), créé par la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », ouvert à signature à Washington le 18 mars 1965, lorsque chaque Etat partie au présent Accord y a adhéré.

3. L'arbitrage sera fondé sur :

Les dispositions du présent Accord.

Le droit national de la Partie Contractante sur le territoire duquel l'investissement a été réalisé, y compris les règles relatives aux conflits de Lois.

Les règles et principes du Droit International généralement admis.

4. Les sentences arbitrales seront définitives et obligatoires pour les parties au différend. Chaque Partie Contractante s'engage à exécuter les sentences conformément à son droit national ».

47- Il appartenait ainsi à la République de l'Equateur, les conditions d'application du traité étant réunies, d'adopter une attitude procédurale permettant de garantir la mise en 'uvre de la procédure arbitrale à laquelle elle avait consentie.

48- S'agissant des investisseurs, il n'est pas contesté que le consentement à l'arbitrage des investisseurs devait résulter, conformément à l'article 3 du règlement CNUDCI auquel le TBI se réfère, d'une notification d'arbitrage adressée au défendeur dont l'article 3.3 indique qu'elle doit contenir notamment les informations suivantes « (') b) Les noms et coordonnées des parties ; (') e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte; (') ».

49- En l'espèce, il est constant que le 1er juillet 2015, une notification « d'arbitrage » a été adressée à la République de l'Equateur par les sociétés Consortio GLP, O F YY.

50- Si la République de l'Equateur était légitime à considérer en l'état de cette seule notification que les sociétés Consortio GLP, O F YY consentaient à l'engagement d'une procédure d'arbitrage à son encontre, et ce notamment au regard de l'intitulé et du contenu de celle ci, elle ne pouvait pour autant pas ignorer que par un courrier du 21 août 2015, les conseils des investisseurs ont précisé que cette notification ne devait pas être qualifiée de notification d'arbitrage mais simplement « de notification de différend ».

51- Il ressort à cet égard de l'article 3.2 du règlement CNUDCI, que la procédure arbitrale est seulement « réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur », ce qui laisse donc la possibilité pour celui qui émet une telle notification, censée manifester son propre consentement, de préciser, voire de rectifier celle-ci dès lors que cette rectification s'inscrit dans une démarche permettant de garantir une mise en œuvre efficace de la procédure arbitrale.

... était le cas en l'espèce dès lors que par ce courrier, les investisseurs ont entendu clarifier la portée de leur démarche pour s'inscrire dans le processus prévu par le TBI.

... ne peut dès lors exciper de la seule première notification pour considérer que la procédure arbitrale avait commencé dès celle-ci et qu'elle était figée dans son périmètre *ratione personae et materiae*.

54- En effet, la RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR n'ignorait pas qu'en application de l'article 11 du TBI, il incombait aux parties de respecter une phase préalable de négociation avant d'engager la procédure d'arbitrage et que cette notification du 1^{er} juillet 2015 ayant été émise, outre par la société de droit espagnol O, également par deux sociétés de droit équatorien, le consortium GLP et la société Tesca, celles-ci ne pouvaient en tout état de cause pas bénéficier de la protection procédurale prévue par le TBI.

55- En outre, il résulte de l'article 3.3 précité que la notification d'arbitrage doit seulement contenir « e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte » ce qui laisse en tout état de cause aux parties la possibilité de préciser par la suite leurs prétentions et moyens, même lorsque l'envoi est une requête d'arbitrage.

56- Ainsi, sauf à lui imputer, une attitude contraire au principe d'efficacité qui doit guider tout État ayant consenti une offre permanente d'arbitrage, la RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR devait, compte tenu des circonstances de l'espèce, afin au surplus de s'inscrire dans un processus de négociation préalable, considérer la notification du 1^{er} juillet 2015 comme une notification de différend.

57- A cet égard, le fait que postérieurement à l'envoi de cette première notification, les parties aient échangé sur l'organisation de l'arbitrage n'est pas exclusif de la conduite parallèle de négociations

amicales, et en tout état de cause n'est pas incompatible avec cette phase de négociation, dont le tribunal arbitral a constaté qu'elle avait bien eu lieu en précisant dans le § 144 de sa sentence que « suite à la notification n° 1, des négociations préliminaires ont été menées pour parvenir à une solution amiable dans le cadre du différend soulevé ».

58- Ainsi, il ressort des pièces versées et des termes non contestés de la sentence du 21 décembre 2018 (et notamment le § 145) que :

- le 27 octobre 2015, une réunion s'est tenue entre les parties au cours de laquelle une proposition financière avait été faite par les investisseurs ;

- Par courrier du 11 novembre 2015, le Consortio GLP s'est adressé au Parquet Général de la République de l'Equateur pour lui rappeler que les parties étaient disposées à parvenir à un accord amiable rappelant les termes de la proposition financière faite le 27 octobre 2015 ;

- Par courrier du 30 novembre, le Consortio GLP a adressé un nouveau courrier à la République de l'Equateur pour « préciser sa proposition financière » et solliciter une réunion pour « présenter les concepts ainsi que les chiffres correspondants » ;

- Par courrier du 2 décembre 2015, le Parquet Général de la République de l'Equateur a fixé au 16 décembre la date de la réunion, laquelle s'est tenu à cette date puisque le 17 décembre 2015, le consortio GLP a adressé un courrier au premier pour remercier celui là et la société Flopec de s'être réunis « pour essayer de parvenir à un accord amiable » la veille et qu'il attendait une réponse « formelle » à cette proposition financière.

59- C'est ainsi que le tribunal arbitral a pu à juste titre considérer pour se déclarer compétent pour statuer sur le litige opposant la société O à la République de l'Equateur, au terme d'une sentence de procédure n°2 rendue le 9 juin 2017, que la notification adressée le 1er juillet 2015 par les sociétés Consortio GLP, O F YY à la République de l'Equateur constituait, non pas une notification d'arbitrage comme son intitulé le laissait suggérer mais une notification de différend et que la notification d'arbitrage avait été adressée le 19 mai 2016 par les sociétés Maessa et W.

..., comme le tribunal arbitral l'a relevé dans sa sentence du 21 décembre 2018, entre la notification intervenue le 1er juillet 2015, ou même celle du 21 août 2015 précisant la nature de l'envoi fait le 1er juillet et celle du 19 mai 2016, un délai suffisant s'était écoulé durant lesquelles les parties avaient tenté de trouver une solution amiable à leur litige sans y parvenir de sorte que « formellement et chronologiquement, il est incontestable que la notification d'arbitrage satisfait à l'exigence de l'article XI (2) de l'APPRI Espagne Equateur, ce qui rend appropriée l'introduction du présent arbitrage » (§ 133 sentence).

61- Nonobstant le fait qu'il n'y a pas de concordance « totale » entre les signataires des deux notifications, la première ayant été expédiée par les sociétés Consortio GLP, O F YY et la seconde par les sociétés Maessa et W, cette différence n'était pas de nature à caractériser un litige distinct alors que, comme le tribunal l'avait également relevé dans le cadre de son ordonnance de procédure n°2, la société O est signataire des deux notifications et qu'elle possède le capital du Consortio GLP à hauteur de 75%, les 25% restant étant la propriété de la société Tesca, elle même détenue à 97,852% par la société O, de telle sorte que la société O est « titulaire du Consortio GLP à hauteur de 99,463% » (§ 137 de la sentence du 21 décembre 2018).

62- Il ressort en outre des éléments versés qu'il ne peut être excipé d'une différence entre le litige tel que présenté dans la première notification du 1er juillet 2015 et celui résultant de la seconde notification du 19 mai 2016 alors qu'il n'est pas contesté qu'il trouve son origine dans les mêmes faits et résulte des décisions de la République de l'Equateur de résoudre par anticipation les contrats, le 5 décembre 2014 et de liquider les pénalités le 12 février 2015 à plus de 24 millions de dollars, décisions contestées par les investisseurs, ceux ci se prévalant d'une violation du TBI et sollicitant à titre de réparation une indemnisation de 50 millions de dollars US.

63- Pour considérer que le différend était identique quant à sa nature, le tribunal arbitral a ainsi justement relevé en premier lieu que « les faits générateurs du différend sont les mêmes, comme il

découle de la lecture du § D de la notification n°1 et du § II de la notification n°2, à ceci près que la description donnée dans la deuxième notification est beaucoup plus détaillée » (§ 141).

64- Le tribunal arbitral a ainsi constaté que les instruments juridiques à l'origine du différend étaient identiques (à savoir la résolution du 5 décembre 2014 de Flopec et « la résolution » ou « liquidation » du 12 février 2015), de même que les normes de l'APPRI prétendument méconnues (les articles III, IV et VII du traité et enfin le montant réclamé à titre de réparation (50 millions de dollars US) (§ 149).

65- C'est ainsi que le tribunal arbitral a pu admettre que « la notification n°1 comme la notification n°2 font référence à un seul différend, la deuxième (notification d'arbitrage) constituant la suite de la première (notification de différend) (§205) et que « Par conséquent, il n'existe pas deux (2) arbitrages mais bien un seul pour lequel le tribunal est compétent en matière de procédure et de décision » (§206).

66- Au regard de l'ensemble de ces éléments, dont il ne résulte pas l'existence de différends distincts alors que les mêmes faits sont à l'origine du litige et seront soumis au fond à l'appréciation du tribunal afin de savoir s'ils permettent de caractériser une violation du TBI, le tribunal s'est à juste titre déclaré compétent pour statuer sur le litige entre la société OFN UCL

67- Ce moyen d'annulation sera en conséquence rejeté.

2) Sur le moyen d'annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (article 1520 2° du code de procédure civile).

Sur la renonciation au moyen

68- Les défenderesses estiment que la RÉPUBLIQUE DE L'EQUATEUR a renoncé à se prévaloir d'un quelconque grief tenant à la désignation de son arbitre étant observé que l'évocation du défaut de compétence devant le tribunal arbitral n'emporte pas l'évocation du grief de la constitution irrégulière de ce tribunal, ces deux griefs étant distincts. Elles estiment que la RÉPUBLIQUE DE

L'EQUATEUR était tenue de former une contestation promptly dès sa connaissance de l'irrégularité alléguée de constitution du tribunal arbitral d'après l'article 32 du Règlement CNUDCI et

qu'elle en a eu connaissance dès l'acceptation de sa mission par le Président du tribunal arbitral qui a confirmé être saisi par le deuxième acte et qu'elle n'a jamais formulé aucune réserve ni sollicité la désignation d'un nouvel arbitre alors qu'elle a soulevé des objections à la compétence du tribunal arbitral avant la reddition de la Sentence de 2018.

69- En réponse, la RÉPUBLIQUE DE L'EQUATEUR soutient ne pas avoir renoncé à se prévaloir de l'irrégularité de la désignation de son arbitre qu'elle a soulevée en contestant la compétence du tribunal arbitral, qui selon elle emportait aussi nécessairement celle de la régularité de la composition du tribunal arbitral. Elle ne pouvait pas soulever l'irrégularité de la désignation de son arbitre avant d'avoir eu confirmation de la qualification de requête d'arbitrage au deuxième acte par le tribunal ce qui n'est intervenu qu'au moment de la reddition de la sentence de 2018 qui a définitivement qualifié le « Orden Procesal No. 02 » de Sentence.

SUR CE,

70- Aux termes de l'article 1466 du même code, 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.

71- Si lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette même question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve, elles ne peuvent sans encourir l'irrecevabilité précitée, invoquer et articuler de nouvelles irrégularités au soutien d'autres moyens d'annulation que celui tiré de l'incompétence dès lors qu'ils ne sont pas nécessairement impliqués par ce dernier.

72- En l'espèce, la République de l'Equateur soutient en substance que le tribunal a été constitué de manière irrégulière dès lors que la désignation de « son » arbitre est intervenue le 3 mars 2016, soit avant même que la procédure d'arbitrage commence, à supposer que l'on puisse admettre que celle-ci a débuté par l'envoi de la seconde notification le 19 mai 2016 et que ce faisant elle aurait été privée de la

possibilité de choisir son arbitre en fonction des caractéristiques du litige tel que décrit dans la notification du 19 mai 2016.

73- Cependant, il ressort des éléments versés que dès l'ordonnance de procédure n°2 rendue le 9 juin 2017, la République de l'Equateur savait que le tribunal arbitral considérait que seule la notification du 19 mai 2016 pouvait être qualifiée de notification d'arbitrage de sorte qu'elle pouvait dès cette date soulever le moyen tiré de l'irrégularité de constitution du tribunal au regard de la désignation de son arbitre intervenue antérieurement le 3 mars 2016, sur la base de la notification intervenue le 1er juillet 2015.

74- Force est de constater qu'elle n'a alors émis aucune contestation à cette date alors qu'elle avait tous les éléments pour le faire.

75- En outre, la contestation portant sur la compétence du tribunal arbitral, qui ne trouvait pas sa source dans le caractère pathologique de la convention d'arbitrage, n'impliquait donc pas nécessairement celle portant sur la constitution irrégulière de ce même tribunal arbitral qui n'est pas ici une conséquence indissociable de cette convention, puisqu'en l'espèce il avait été reproché au tribunal d'avoir statué au delà de son champ de compétence matériel sur des demandes allguées comme non couvertes par le consentement des parties à l'arbitrage, moyen dissociable de celui portant sur la régularité de désignation de l'un des arbitres par l'une des parties.

76- Il convient dès lors de considérer que, faute de l'avoir invoqué en temps utile et alors qu'elle a agi en connaissance de cause, la République de L'Equateur est réputée avoir renoncé à se prévaloir de la constitution irrégulière du tribunal arbitral.

77- Ce moyen sera en conséquence déclaré irrecevable.

3) Sur le moyen d'annulation tiré du non respect par le tribunal arbitral de sa mission (article 1520 3° du code de procédure civile)

... reproche au tribunal arbitral d'avoir considéré que la seconde requête d'arbitrage lui avait conféré sa mission juridictionnelle, alors que la mission était contenue dans la première requête d'arbitrage sur le

fondement de laquelle le tribunal arbitral a été constitué, et soutient que cela caractérise un manquement du tribunal arbitral au respect de sa mission, grief d'annulation prévu à l'article 1520 3° du Code de procédure civile.

79- Elle précise que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour statuer sur les réclamations exprimées dans le deuxième acte alors que la mission était contenue dans l'acte initial par des entités distinctes sur un litige distinct.

80- En réponse, les Défenderesses rappellent que la mission d'un tribunal arbitral s'apprécie au regard de l'objet du litige qui dépend uniquement des prétentions respectives des parties dès lors qu'elles entrent dans le périmètre de la convention d'arbitrage et qu'elles sont conformes aux règles issues du règlement d'arbitrage choisi par les parties. Elles estiment que le différend n'est pas cristallisé au simple stade de la notification ou de la requête d'arbitrage.

81- Elles ajoutent que le grief de l'annulation porte sur la sentence sur la compétence, la question du fond du litige soumise au tribunal n'a donc pas pu être tranchée avant l'introduction des premières conclusions des parties au fond et encore moins avant que la sentence finale ne soit rendue et que le grief du non respect de la mission du tribunal arbitral est donc prématuré car l'objet du fond du litige n'a pu être fixé avant la présentation des prétentions respectives des parties ce qui n'avait pas encore eu lieu au jour de la Sentence de 2018.

SUR CE,

82- Selon l'article 1520, 3°, du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.

83- La mission des arbitres, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties sans s'attacher uniquement à l'énoncé des questions dans l'acte de mission, ou a fortiori dans la requête d'arbitrage.

84- En l'espèce, il convient de relever d'une part, que seule la compétence du tribunal arbitral ayant été tranchée au terme de la sentence du 21 décembre 2018, il ne peut être imputé au tribunal une violation de sa mission alors que les prétentions des parties sur le fond n'avaient pas encore été formulées.

85- D'autre part, il convient de rappeler que le tribunal arbitral est investi en l'espèce par la convention d'arbitrage résultant du TBI qui prévoit qu'il peut lui être soumis « Tout différend relatif à un investissement survenant entre une des Parties Contractantes et un investisseur de l'autre Partie Contractante concernant des questions régies par le présent Accord » de sorte que le tribunal peut statuer sur toutes les demandes qui lui sont soumises sans s'attacher à l'énoncé des questions litigieuses visées dans la notification intervenue le 1er juillet 2015 dont au surplus il a été considéré qu'elle constituait une simple notification de différend, insusceptible de figer dès ce stade la mission des arbitres.

86- En conséquence, ce moyen sera rejeté.

4) Sur le moyen d'annulation tiré de la violation par la sentence de l'ordre public international (article 1520 5° du code de procédure civile).

87- La République de l'Equateur soutient que l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, qui fait partie de l'ordre public international, n'a pas été respectée car elle a été privée de la liberté même de choisir un arbitre en vertu du différend finalement soumis au tribunal. Elle estime en effet que la seconde requête d'arbitrage du 19 mai 2016 aurait dû permettre à la République de l'Équateur de désigner un arbitre et ne pas imposer à celle-ci d'être tenue à sa désignation d'arbitre du 2 mars 2016.

88- En réponse, les Défenderesses contestent cette prétendue rupture d'égalité des parties qui ne pourrait être caractérisée que si le tribunal arbitral avait favorisé une partie à une autre en désignant un arbitre pour une partie et pas pour l'autre ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

SUR CE,

89- Il résulte de l'article 1520, 5° du code de procédure civile que le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

90- L'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international.

91- Le contrôle exercé par le juge de l'annulation pour la défense de l'ordre public international s'attache seulement à examiner si l'exécution des dispositions prises par le tribunal arbitral heurte les principes et valeurs compris dans l'ordre public international.

92- Le principe d'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres suppose la possibilité pour chaque partie de pouvoir participer de manière égale à la constitution d'un tribunal arbitral.

93- En l'espèce, la République de l'Equateur a elle-même procédé librement à la désignation de son arbitre le 3 mars 2016, après la notification intervenue le 1er juillet 2015 et alors qu'elle ne pouvait ignorer le contexte du litige l'opposant aux investisseurs.

... bien même la notification d'arbitrage est intervenue postérieurement, il ne peut être déduit aucune atteinte au principe d'égalité précité, ce d'autant que la désignation par la société O de « son » arbitre a également été faite antérieurement à cette notification d'arbitrage.

95- Ce moyen sera en conséquence également rejeté.

5) Sur les frais et les dépens

96- Il y a lieu de condamner la République de l'Equateur, partie perdante, aux dépens.

97- En outre, elle doit être condamnée à verser au Consortio GLP, la société W, la société Tesca et la société O, qui ont dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir leurs droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme globale de 80 000 euros.

IV/ E

Par ces motifs, la cour :

- 1- Déclare irrecevable le moyen tenant à l'irrégularité dans la désignation de son arbitre par la République d'Equateur ;
- 2- Rejette pour le surplus le recours formé par la République de l'Equateur à l'encontre de l'ordonnance de procédure n°2 rendue le 9 juin 2017 et de la sentence sur la compétence rendue le 21 décembre 2018 ;
- 3- Condamne la République de l'Equateur à payer au Consortio GLP Ecuador SA, la société Sociedad Espanola de Montajes Industriales, la société Tesca Ingenieria Del Ecuador et la société Mantenimientos Ayuda a la Explotacion y Servicios SA, la somme de 80.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- 4- Condamne la République de l'Equateur aux dépens.

La greffière Le Président

Najma EL FARISSI François ANCEL

Composition de la juridiction : François ANCEL, Laure ALDEBERT,
Najma EL FARISSI, Salvador IÑIGO, Matthieu BOCCON GIBOD, Me
Luca DE MARIA, SELARL LEXAVOUE Paris Versailles
Décision attaquée : Tribunal arbitral Paris 17e arr. 2018-12-21