



**Master 2 Droits français et italien**

Sous la direction des Professeurs

Carlo Santulli et Guillaume Leyte

A.A. 2021/2022

**L'excès de pouvoir du tribunal arbitral :  
étude comparée des droits français et italien et du système du  
CIRDI**

Sara Simonelli

Sous la direction de M. le Professeur Carlo Santulli

*A mia madre,  
oggi é il nostro giorno.*

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier Monsieur Le Professeur Carlo Santulli pour son soutien non seulement en tant que directeur de mémoire mais aussi en tant que directeur de ce parcours riche en expériences académiques et personnelles qu'était le Master droits français et italien.

Mes remerciements vont également aux Professeurs Andrea Gattini et Matilde Girolami pour avoir cru au potentiel de ce projet de double diplôme et à tous les Professeurs de l'Université Panthéon Assas et de l'Université de Padoue pour leurs précieux enseignements.

Merci à mes collègues du double diplôme pour cette merveilleuse aventure ensemble.

Grazie a mia madre, mio padre e mio fratello, per avermi lasciato spiccare il volo.



## LISTE DES PRINCIPALES SIGLES ET ABBREVIATIONS

Cass. Civ.	<i>Cassazione Civile</i> (Cour de Cassation Italienne, Section Civile)
Civ.	Cour de Cassation, Section Civile (France)
Cass. Sez. Un.	<i>Cassazione Sezioni Unite</i> (Cour de Cassation Italienne, Sections Réunies)
DCAH	Décision du Comité <i>ad hoc</i>
CIRDI	Centre International pour les règlements des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPCF	Code de Procédure Civile Français
CPCI	Code de Procédure Civile Italien
Sec.	Section
Voy.	Voyez

## INTRODUCTION

Consacré en tant que mode de règlement des différends par les différents systèmes juridiques<sup>1</sup>, l'arbitrage demeure l'objet d'un débat concentré notamment sur les devoirs et pouvoirs de l'arbitre, figure appelée à une mission juridictionnelle tout en étant détachée de la justice étatique.

Dans ce cadre, la prévision de recours en annulation des sentences arbitrales représente un instrument nécessaire en ce qu'elle permet, même si de façon encadrée, un contrôle du premier jugement dans le but de garantir le correct exercice de cette « justice privée ». Parmi les objets de ce contrôle, nous retrouvons notamment les pouvoirs de l'arbitre.

Protagoniste d'une vaste jurisprudence tant des juridictions nationales que du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, les contours du concept d'excès de pouvoirs semblent être désormais figés, même si on ne saurait nier l'existence de tentatives d'élargissement.

### I. Délimitation du champ d'étude

En arbitrage international, l'idée d'un excès de pouvoir du tribunal arbitral intervient dans deux cas distincts, soit lors du recours en annulation d'une sentence ou bien au stade de la reconnaissance et exécution de cette dernière<sup>2</sup>. Toutefois, pour les besoins de cette étude, il s'agira de se concentrer uniquement sur son application lors du recours en annulation d'une sentence arbitrale devant les comités *ad hoc* du CIRDI et devant les juges français et italiens. Par conséquent, les autres cas d'ouverture du recours ainsi que l'application de la notion dans le cadre d'une procédure de reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale ne seront pas traités.

---

<sup>1</sup> J-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1-9

<sup>2</sup> Voy. Article 5 *litt.* c) de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères ;

Au préalable, il convient de rappeler brièvement les circonstances qui permettent la participation de l'une ou l'autre des juridictions en cause dans le cadre d'un recours en annulation. L'article 52 de la Convention de Washington de 1958, autrement connue comme « Convention CIRDI », encadre le recours en annulation d'une sentence rendue à la suite d'une requête d'arbitrage soumise au CIRDI. Cette procédure se distingue par la création d'un comité *ad hoc*, nommé par le Président du Conseil Administratif du CIRDI, qui est chargé, de se prononcer uniquement sur ce recours. En vertu de ce mécanisme indépendante des juridictions nationales, le CIRDI se qualifie de système « autonome ». En revanche, l'implication d'une juridiction française ou italienne sera possible lorsque le siège d'arbitrage a été établi respectivement en France ou en Italie. Dans les deux pays, le recours en annulation sera porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence originaire a été rendue<sup>3</sup>.

Concernant la France et l'Italie, sera analysée uniquement la jurisprudence en matière d'arbitrage international. Selon l'article 1504 du Code de Procédure Civile français, « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ». En Italie, faute de l'absence d'une définition explicite depuis son abrogation par le *decreto legislativo* 40/2006<sup>4</sup>, cette dernière est tirée de l'article 830 du Code de Procédure Civile italien pour indiquer l'arbitrage qui implique une partie résidante ou ayant son siège effectif à l'étranger lors de la conclusion de la convention d'arbitrage. Il convient par ailleurs de souligner que, après ladite réforme, le droit de l'arbitrage en Italie est de type « moniste ». En ce, il se distingue de celui « dualiste » français qui prévoit une discipline différente pour l'arbitrage interne et international.

Dans le but de faciliter la comparaison avec la jurisprudence des comités *ad hoc* du CIRDI, nous allons prendre en compte tant des sentences en matière d'arbitrage entre investisseur et État, qu'en matière d'arbitrage commercial international.

---

<sup>3</sup> Voy. Article 1519 CPCF et article 828 CPCI

<sup>4</sup>Voy. L. G. RADICATI DI BROZOLO, "L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno", *Rivista dell'Arbitrato*, 2020, pag. 1

## I. Les concepts en présence

Cette étude se propose de comparer le concept d'excès de pouvoir de l'arbitre en tant que motif d'annulation d'une sentence arbitrale dans la pratique juridictionnelle de trois systèmes juridiques, à savoir le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), le système français et celui italien.

Dans les trois systèmes, l'« excès de pouvoir » est une notion dont la définition n'est immédiate que à l'apparence. À cet égard, les sources normatives prises en compte par cette étude représentent en elles-mêmes un premier obstacle.

L'article 52 §1 *litt.* b de la Convention de Washington de 1958 est le seul à inclure proprement l'expression « *excès de pouvoir* » parmi les cinq motifs exclusifs et exhaustifs pouvant fonder un recours en annulation. En choisissant cette formulation, la Convention CIRDI s'aligne à celle de l'article 35 du Modèle de Règles sur la Procédure Arbitrale adopté par la Commission de Droit International en 1958<sup>5</sup>. Dans le but de souligner la nature exceptionnelle de ce motif de recours<sup>6</sup>, les rédacteurs de la Convention CIRDI ont ajouté à cette formulation la précision du caractère manifeste de l'excès. Selon Aron Broches « *the drafters had intended by the words "excès de pouvoir" to refer to the case where a decision of the tribunal went beyond the terms of the compromise or compromissory clause (...)* »<sup>7</sup>. Il s'agissait alors, dans l'intention des rédacteurs, d'un motif d'annulation relatif à déceler à partir de l'engagement juridictionnel en tant qu'acte portant la dévolution du pouvoir juridictionnel aux arbitres.

En revanche, alors que le caractère exclusif et exhaustif de la liste demeure, les mêmes termes ne sont pas utilisés par les Législateurs français et italien qui s'inspirent dans leur rédaction à l'article 34 §2 de la loi modèle CNUDCI de 2006<sup>8</sup>. Toutefois, en adoptant comme point de

---

<sup>5</sup> G. J. VERHOOSEL, "Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID", in Albert Jan Van den Berg (ed), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, p. 293

<sup>6</sup> C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, CUP, 2ème édition, 2009, p.938, §§134-135

<sup>7</sup> Procès-verbal sommaire de la réunion du comité juridique du 20 juillet 1964, *Historique de la Convention CIRDI*, Washington, CIRDI, 1970, vol. II-1, p. 458, spéc p. 517

<sup>8</sup> G. J. VERHOOSEL, *op. cit.*, p.293

départ l'explication fournie par Aron Broches, nous arrivons à constater que, à l'égard de ces deux ordres juridiques, la notion d'excès de pouvoir devient pertinente pour regrouper un ensemble d'hypothèses codifiées.

En France, parmi les cinq motifs à l'article 1520 n°1 du Code de Procédure Civile ouvre à l'annulation lorsque « *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent* » alors que l'article 1520 n°3 CPC l'admet si « *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée* ». Le Législateur italien s'avère encore plus détaillé – voire trop - dans sa prévision. L'article 829 §1 de son Code de Procédure Civile prévoit en effet douze motifs d'annulation. Suivant la répartition proposée par Massimo Benedettelli<sup>9</sup>, les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir sont prévus à l'article 829 §1 n° 1, 4, 10 et 12<sup>10</sup> qui visent les hypothèses des erreurs de procédure (*errores in procedendo*), à savoir la déclaration erronée de compétence ou incompétence, la violation des limites de la convention d'arbitrage, le non-respect des prétentions des parties. Contrairement à son équivalent français, le Code italien discipline également la possibilité de l'*error in iudicando* à l'article 829 §3 et 829 §4 CPCI.

Ce choix d'une majeure précision fait par les Législateurs français et italien s'avère utile pour un premier effort de délimitation du sujet de cette étude. La prise en considération de la

---

<sup>9</sup> Dans « *International Arbitration in Italy* » Benedettelli examine les motifs du recours en annulation (*impugnazione per nullità*) en identifiant sept catégories qui reflètent *grosso modo* la taxonomie de la loi modèle CNUDCI, à savoir : “(1) *lack of jurisdiction*; (2) *breach of contradictoire*; (3) *award being ultra compromissum, wrongly ruling on the merits, wrongly declining to rule on the merits, or being ultra petita or infra petita*; (4) *irregular constitution of the arbitral tribunal, incapacity of the arbitrators and failure to comply with procedural rules*; (5) *award not having been rendered by the applicable deadline*; (6) *award lacking reasons, the dispositive part and the arbitrators' signature, or being affected by contradictions in the dispositive part*; (7) *award being contrary to a prior res judicata award or judgment*” ; M. BENEDETTELLI, *International Arbitration in Italy*, Kluwer Law International, 2020, p.400

<sup>10</sup> Article 829 §1 CPCI : « *L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti (1) (2): 1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma; (...) 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817; (...) 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri; (...) 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato* »

convention d'arbitrage, de la compétence de l'arbitre et encore de sa mission nous permettent certes de créer un lien avec la notion telle qu'expliquée *supra* par Broches mais de plus nous pouvons affirmer que l'étude de l'excès de pouvoir ne peut pas faire abstraction de l'étude de la source des pouvoirs de l'arbitre, qui doit être entendue dans un sens large comme étant son mandat.

### **A. L'excès comme dépassement du mandat**

Longuement polarisés entre une thèse « contractualiste » et une « juridictionnaliste », aujourd'hui les discours sur la nature juridique de l'arbitrage témoignent d'un consensus autour de sa dualité en raison de la présence d'une dimension juridictionnelle et contractuelle<sup>11</sup>.

Avant tout, dans la mesure où il exerce une fonction juridictionnelle, le tribunal arbitral constitue une juridiction. En effet, une juridiction étant un organe ayant pour fonction de trancher un litige par une décision obligatoire en application du droit<sup>12</sup>, on ne saurait nier cette nature à un tribunal arbitral.

Néanmoins, l'arbitrage a également une nature conventionnelle. En effet, l'arbitre est le destinataire d'une dévolution de pouvoir juridictionnel : il est investi de sa fonction en vertu de l'encontre des volontés des parties exprimée par la convention d'arbitrage, soit-elle un compromis ou une clause compromissoire contenue dans un contrat ou bien dans un traité d'investissements. Lors de l'instance arbitrale, la pouvoir juridictionnel de l'arbitre est ultérieurement défini par les demandes des parties.

La centralité accordée à l'autonomie des parties est l'un des avantages qui font de l'arbitrage un instrument privilégié dans le contexte du commerce international. En effet, tant les droits nationaux que les règlements d'arbitrage accordent aux parties la liberté d'assortir le mandat de l'arbitre et de le « personnaliser » en fonction des besoins du litige actuel ou futur. Ainsi,

---

<sup>11</sup> ° C. SERAGLINI, J. ORTSCHIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 21 ; C. CONSOLO, *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Turin, Giappichelli, 2019, p. 528

<sup>12</sup> C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2e édition, 2015, pp. 36-39

les parties peuvent déterminer par exemple les règles relatives à la procédure arbitrale, la loi à appliquer au fond du litige, les critères de décision en droit ou en équité.

Or, l'interaction entre la dimension juridictionnelle et conventionnelle de l'arbitrage produit une conséquence non-négligeable : l'arbitre trouve dans la volonté des parties la source et au même temps la limite de son pouvoir. Donc, en l'absence d'une définition légale du mandat du tribunal arbitral, il se pose la question de comment le définir. Il conviendra ici d'adopter la position proposée Piotr Wilinski qui le considère comme une relation entre les arbitres et les parties dans laquelle les premiers acceptent de résoudre définitivement et efficacement les différends selon les « restrictions » qui leur sont imposés par la convention d'arbitrage, les soumissions des parties et les dispositions impératives du droit applicable. En d'autres termes, le mandat du tribunal implique ce qu'il peut et ne peut pas faire dans les limites imposées pour remplir sa fonction juridictionnelle<sup>13</sup>.

Force est de constater alors que l'excès de pouvoir faisant l'objet de cette étude doit être reconnu dans le dépassement du mandat de l'arbitre en tant qu'expression de la volonté des parties.

À cet égard, il est opportun de relever que selon la jurisprudence qui sera analysé l'excès peut se qualifier de « positif » ou bien de « négatif » tant pour les arguments tirés de la compétence du tribunal que pour ceux qui sont relatifs aux critères de décision. En effet, même si le terme d'excès évoque l'image d'un véritable aller au-delà d'une limite tracée, cette dimension « positive » n'exclut pas la possibilité d'un excès « négatif », véhiculant l'idée contraire d'abstention dans l'observance d'une tâche.

Le mandat donne l'autonomie aux arbitres dans l'accomplissement de leur fonction juridictionnelle, ce qui crée un ensemble de pouvoirs inhérents nécessaires pour remplir leur rôle. Dès lors, comme l'observe la doctrine<sup>14</sup>, nous pouvons identifier différents pouvoir

---

<sup>13</sup> P. WILINSKI, *Excess of Powers in International Commercial Arbitration: Compliance with the Arbitral Tribunal's Mandate in a Comparative Perspective*, Eleven International Publishing, 2021, p. 7

<sup>14</sup> V° T. GIOVANNINI, « Qui contrôle les pouvoirs des arbitres : les parties, l'arbitre ou la cour d'arbitrage ? » dans *Les arbitres internationaux*, Collection du centre français de droit comparé vol. 8, Paris, Société de législation comparée, 2005

attribuées à l'arbitre en vertu de son mandat. Le premier à s'exprimer dans le cadre de la procédure arbitrale est le pouvoir de statuer sur sa légitimité à connaître du différend. On retrouve ensuite le pouvoir de trancher le litige au fond, qui peut ultérieurement se décliner dans deux autres pouvoirs à caractère subsidiaire en ce qu'ils sont exercés par l'arbitre à défaut d'une indication des parties. Il s'agit du pouvoir de déterminer la procédure applicable au litige ainsi que de déterminer la loi applicable au fond. Il ne s'agira pas dans cette étude de développer la question du respect de la procédure arbitrale, au motif que cette dernière trouve son propre grief dans le système CIRDI et dans le droit national. En revanche, on abordera la question de la loi applicable au fond au stade de l'étude de l'excès comme non-respect des critères de décision.

Déclaration de compétence d'une part, détermination et application de la loi de l'autre sont les deux déclinaisons pratiques du mandat de l'arbitre et de sa mission juridictionnelle qui seront considérées dans cette étude.

On constatera que la nécessité de contrôler et sanctionner la légitimité de l'arbitre à statuer trouve sa justification par l'urgence de vérifier l'existence d'un véritable consensus des parties face à cette forme de justice privé, notamment en considération de la dérogation à la justice étatique qu'elle comporte. De même, le fait que les arbitres soient appelés à trancher un litige au fond permet de comprendre pourquoi une erreur portant sur les critères de décision peut représenter un excès aux yeux de la jurisprudence prise en cause et pourquoi le fait de réfléchir sur la question de la qualification d'un excès lors d'un mal jugé peut être pertinente.

Il s'agira également de constater que le contexte du recours dans lequel la notion d'excès de pouvoir intervient a un impact sur les violations qui peuvent effectivement constituer un dépassement du mandat déterminant la nullité de la sentence arbitrale. La centralité accordée au respect du principe de non-révision, véritable garant de l'exceptionnalité des recours en annulation, se révèle un élément clé dans la définition de l'excès de pouvoir même si son rôle est variable selon le motif d'annulation invoqué et l'organe interpellé.

## B. Le rôle variable du principe de non-révision dans la définition de l'excès de pouvoir

Comme l'observe justement Vincent Chantebout, le principe de non-révision des sentences est étroitement lié à la nature même de l'arbitrage<sup>15</sup>. En effet, la plupart des droits nationaux - dont notamment les deux faisant l'objet de cette étude<sup>16</sup> - reconnaissent l'autonomie de l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends et la validité des sentences arbitrales en tant que alternatives à celles d'un juge étatique. Dès lors, « il serait illogique de soumettre à un contrôle de droit strict la sentence qui est légitimement affranchie de celui-ci »<sup>17</sup>.

Dans les trois systèmes faisant l'objet de cette étude, le principe de non-révision préside au fonctionnement des recours en annulation<sup>18</sup>. Ce « *dogme fondateur de l'arbitrage* »<sup>19</sup> se prête à plusieurs fonctions. Régissant le contrôle de la sentence arbitrale, il permet de garantir l'efficacité de la procédure afin que, comme l'observe Emmanuel Gaillard, « *les arbitres (...) ne puissent être tentés par l'ivresse de la toute-puissance qui serait susceptible d'engendrer la suppression de tout contrôle* »<sup>20</sup>. Également, le principe est le fondement de l'un des avantages propres à l'arbitrage, à savoir son caractère de « *one shot dispute settlement mechanism* »<sup>21</sup>, qui vise à attribuer un caractère définitif à la sentence arbitrale.

En effet, en vertu du principe de non-révision il est possible de tracer la différence substantielle entre une procédure d'appel et un recours en annulation : alors que la Cour saisie d'une procédure d'appel est en mesure de revoir et se prononcer sur le fond de l'affaire en cause, il

---

<sup>15</sup> V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse sous la direction de C. Jarrosson, Paris Panthéon Assas, 2007, p.97

<sup>16</sup> J-F POUDRET, S. BESSON, *op. cit.*, p. 1-9

<sup>17</sup> V. CHANTEBOUT, *op. cit.*, p.97

<sup>18</sup> V° M. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 399 ; J. JOURDAN-MARQUES, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2017, p. 253 ; C. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 900 ;

<sup>19</sup> J. PELLERIN, « Rôles et fonctions de la Cour d'Appel », *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 42

<sup>20</sup> E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 189

<sup>21</sup> A. MOURRE & L. RADICATI DI BROZOLO, « Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back » dans *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law, 2006, p. 171

n'en va pas de même pour l'organe saisi d'un recours en annulation. Ce dernier étant chargé uniquement de garantir la légitimité de la procédure arbitrale, il devra se borner au contrôle des certains vices identifiés comme suffisamment graves pour porter atteinte à la nature autrement définitive de la décision. Parmi ces vices, nous retrouvons celui qui fait l'objet de cette étude. Pour cette raison, l'étude de la notion d'excès de pouvoir ne peut faire abstraction des dynamiques propres aux recours en annulation, dont notamment le principe de non-révision.

Nous allons constater que l'impact du principe, ou mieux encore son application, n'est pas homogène dans la jurisprudence analysée. Ainsi, le contrôle exercé par la juridiction de recours peut varier d'une manière plus ou moins significative selon le grief invoqué mais également selon la juridiction devant laquelle le recours en annulation se déroule. Il s'agira alors de se pencher sur les conséquences de ces différentes approches sur la notion d'excès de pouvoir et sur la possibilité d'une sanction effective de celui-ci.

Nous allons voir que, lorsque le recours porte sur la compétence du tribunal arbitral, l'excès n'est pas forcément le résultat d'une analyse qui impose le respect du principe de non-révision. Devant les juridictions étatiques, l'éventuel excès est le produit d'un examen entier et extrinsèque qui pose la question de l'éviction du principe-même et des conséquences sur la stabilité de la sentence arbitrale. Dans le système du CIRDI le principe combiné avec la prévision *expressis verbis* de la nature manifeste de l'excès affecte de manière considérable la définition de la notion.

En revanche, lorsque la demande port sur une violation des critères de décision, la question de l'impact du principe se pose en termes différentes. À ce stade, il devient la raison de l'exclusion de certains cas d'ouverture du champ d'application de la notion d'excès de pouvoir. Dès lors, le débat ne peut que se concentrer autour du difficile équilibre entre la nécessité de garantir la nature de « procédure à un coup<sup>22</sup> » propre à l'arbitrage d'une part et de préserver la légitimité de la procédure arbitrale de toute erreur pouvant en affecter la légitimité.

Nous allons donc voir que si dans le cadre du système CIRDI la centralité du principe constitue un *leitmotiv* dans la définition de l'excès, il n'en va pas de même devant les juges étatiques. Ces derniers semblent vouloir reléguer le principe au seul stade du contrôle des aspects qui

---

<sup>22</sup> J-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 530

assortissent la mission arbitrale, consacrant sa mise à l'écart lorsque le grief invoqué porte sur la compétence de l'arbitre telle que délimité par la convention d'arbitrage.

Quand bien même ancrée à la volonté des parties telle qu'exprimée dans le mandat, l'excès de pouvoir devient alors également le produit du contrôle que les juridictions choisissent d'exercer sur la sentence.

## II. Intérêt de l'étude

Avant tout, l'étude de la notion d'excès de pouvoir de l'arbitre s'impose en raison de son importance dans la pratique des recours en annulation. En effet, dans les trois systèmes juridiques, les griefs relatifs à l'excès de pouvoir du tribunal arbitral sont fréquemment invoqués à l'occasion d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale.

En effet, il ressort d'une analyse des statistiques du CIRDI publié en 2021 que l'article 52 §1 *litt. b)* de la Convention CIRDI été invoqué dans dix-neuf requêtes d'annulation pendant les deux années qui précèdent la publication de l'étude<sup>23</sup>. Ce chiffre acquiert une valeur remarquable si on la compare avec le nombre de requêtes d'annulation soumises au CIRDI annuellement.<sup>24</sup> Concernant les juridictions étatiques, l'invocation fréquent des griefs est due aussi à leur formulation « ample » des dispositions, comme par exemple le fait de se référer génériquement à la « mission de l'arbitre ».

Il s'impose ensuite de justifier le caractère comparé de cette étude. L'intérêt de la prise en compte de la jurisprudence des comités *ad hoc* du CIRDI réside dans la nature particulière du Centre. D'une part, il se caractérise par son domaine d'intervention, qui concerne uniquement les différends en matière d'investissements internationaux. De l'autre, le CIRDI se qualifie de

---

<sup>23</sup> C.P. MOORE, L. ACHTOUK-SPIVAK, Z. ZEÏNEB BOURAOUI, « ICSID Awards », dans J. WILLIAM ROWLEY QC (ed.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, 2<sup>e</sup> édition, Law Business Research, 2021, p.158

<sup>24</sup> Seulement en 2021, les requêtes d'annulation ont été au nombre de treize ; *cf.* ICSID, ICSID Caseload Statistics, Issue 2022-1, p. 16, disponible sur: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics.1\\_Edition\\_ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf) ;

Dernière consultation le 4 mai 2022

système autonome. Cette qualification dérive du fait la procédure d'annulation d'une sentence rendue sous son égide ne prévoit pas l'implication d'une juridiction nationale mais au contraire la constitution d'un comité *ad hoc* nommé par le Président du Conseil Administratif du Centre<sup>25</sup>. En revanche, l'étude de la pratique des juridictions étatiques devient intéressante pour vérifier si et dans quelle mesure elles s'avèrent favorables à l'arbitrage. De surcroît, la prise en compte du juge français d'une part et italien de l'autre permet de comparer respectivement le point de vue d'un pays, la France, qui est parmi les plus fréquemment choisis en tant que siège d'arbitrage et un autre, l'Italie, qui est moins choisi.

Or, on ne saurait nier que le choix d'une interprétation extensive ou stricte de la notion d'excès par l'organe d'annulation a un impact sur les chances de succès d'un recours. Dès lors, si dans le cadre d'un système « clos » comme le CIRDI une interprétation stricte de la notion est prévisible, ce ne devrait pas être aussi évident lorsqu'un juge national est impliquée, notamment en considération du fait que l'arbitrage est par nature une dérogation à la juridiction étatique et des discours toujours actuels sur les avantages et désavantages entre le règlement des différends devant une juridiction étatique ou arbitrale.

Il sera démontré ici que la notion d'excès de pouvoir ne peut pas être interprété en faisant une abstraction de la nature du contrôle exercé par la juridiction interpellée. Toutefois, contrairement à l'hypothèse de départ de céans, il sera démontré ici que la notion d'excès de pouvoir s'avère d'interprétation stricte et devant les comités *ad hoc* et devant les juges français et italiens Cette interprétation témoigne d'un *favor* général à l'égard de l'arbitrage en tant que « one shot dispute settlement mécanisme », ce qui justifie rôle de protagoniste que ce dernier revêt en tant que mode de règlement des différends en matière de commerce international.

Suivant l'ordre dans lequel les pouvoirs juridictionnels sont exercés dans le cadre d'une procédure arbitrale, il s'agira dans un premier temps de déceler les contours de l'excès de pouvoir au stade de la détermination de la compétence du tribunal arbitral. (Partie I). Il conviendra d'analyser dans un deuxième temps la sanction de l'excès portant sur les critères décision (Partie II).

---

<sup>25</sup> V° Article 52 §3 Convention CIRDI

## **Partie I :**

### **L'excès de pouvoir comme non-respect de la compétence attribuée**

L'arbitrage étant un mode de règlement des différends ancré sur la volonté des parties, les frontières que l'arbitre ne doit pas franchir pour sont celles de son mandat. Ce dernier se compose de deux éléments, à savoir l'engagement juridictionnel d'une part et les prétentions des parties de l'autre. Dès lors, il suffit le non-respect de l'un ou des autres aux fins de la caractérisation de l'excès de pouvoir. Dans le cadre d'une procédure arbitrale, la première expression du pouvoir attribué par les parties à l'arbitre est la décision sur la compétence, qui se détermine selon les termes de la convention d'arbitrage. C'est donc en premier lieu vers cette dernière que le juge du recours doit focaliser son attention, même si la pratique jurisprudentielle témoigne du fait qu'elle n'est pas le seul élément prise en considération par ces organes.

#### **Chapitre I. Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence**

La décision sur la compétence du tribunal est une question qui s'avère préliminaire pour la résolution du litige au fond. Elle est possible en vertu du principe compétence-compétence et porte sur l'engagement juridictionnel dans son sens strict, à savoir la convention d'arbitrage (Section I). Dès lors, les cas d'ouverture pertinents doivent être reconnue dans le dépassement de cette dernière (Section II).

##### **Section I. Les fondements du pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence**

Dans son sens large, la compétence d'une juridiction correspond à ce dont elle peut connaître. Dès lors, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, elle serait définie par la volonté des parties à travers d'une part la convention d'arbitrage et de l'autre les prétentions avancées lors de l'instance arbitrale. En revanche, dans son sens strict il s'agit de la légitimité d'un tribunal à trancher sur le fond d'un litige. Pour établir cette dernière, le tribunal arbitral doit alors se fonder sur un examen de la convention d'arbitrage (1). Cet examen est possible en vertu du principe compétence-compétence (2)

## § 1) La convention d'arbitrage comme engagement juridictionnel

La notion d'engagement juridictionnel est ambivalente. Dans un premier sens, elle peut désigner l'acte juridique par les biais duquel les parties donnent leur consentement à l'arbitrage. En d'autres termes, il s'agit de la convention d'arbitrage. Dans les trois systèmes, l'expression se réfère plus précisément à deux instruments selon que le différend visé soit respectivement actuel ou futur : dans le premier cas, l'instrument choisi sera un compromis, à savoir un acte juridique autonome portant consentement à l'arbitrage ; dans le deuxième, il s'agira d'une clause compromissoire, contenue dans un traité ou dans un contrat<sup>26</sup>. Concernant cette dernière, il convient de considérer que son inclusion dans un traité plutôt que dans un contrat a un impact considérable sur le type d'interprétation que l'organe d'annulation devra suivre, à savoir notamment les règles d'interprétation des traités ou des contrats.

Dans son deuxième sens, le terme « engagement juridictionnel » peut indiquer la dévolution du pouvoir juridictionnel<sup>27</sup>, c'est-à-dire l'ensemble des pouvoirs attribués par les parties en fonction du règlement du litige. Ce pouvoir juridictionnel étant également défini par les prétentions des parties, il convient alors d'utiliser l'expression « engagement juridictionnel » pour se référer à l'ensemble des pouvoirs, privilégiant l'expression « convention d'arbitrage » pour se référer à la première source de la compétence arbitrale.

Traditionnellement, on peut identifier grâce à la convention d'arbitrage quatre domaines de compétence, à savoir matérielle, personnelle, spatiale et temporelle. En ce que cette étude prend en compte notamment le cadre spécifique de la Convention de Washington, il convient de rappeler que les éléments constitutifs de la compétence du Centre sont listés à l'article 25 de la Convention. Afin d'établir sa compétence, le Centre impose l'existence d'un consentement à l'écrit à ce qu'un différend en relation directe avec un investissement lui soit soumis. Les

---

<sup>26</sup> Nous soulignons que dans le cadre d'un arbitrage entre un Etat et l'investisseur étranger la formation de l'engagement juridictionnel est souvent le produit de la technique dite de l'« arbitrage sans lien direct » ou « arbitration without privity » qui représente, selon le Professeur Santulli, une « variante de la clause compromissoire classique ». Par cette technique, la présentation de la requête d'arbitrage de la part de l'investisseur constitue l'acceptation de l'offre d'arbitrage contenue dans la clause de règlement de différends prévue dans un traité d'investissement ou bien dans une loi nationale ; C. SANTULLI, *op.cit.*, pp. 128-131 ;

<sup>27</sup> C. SANTULLI, *op. cit.*, p. 119

parties au différend doivent être un État signataire de la Convention et un ressortissant d'un autre État contractant. Dès lors, lorsqu' une convention d'arbitrage prévoit la possibilité de soumettre un litige au Centre, la détermination de sa compétence sera effectuée à la lumière de ces éléments.

Toutefois, il convient de noter que lorsque l'instrument choisi est la clause compromissoire dans un contrat, à savoir une convention visant les litiges futurs, il est possible que la formulation soit très générale, ce qui rends plus compliquée la délimitation de la compétence du tribunal, notamment matérielle<sup>28</sup>. C'est pourquoi un rôle considérable doit être attribué certes aux règles d'interprétation mais également aux comportements des parties, y compris leurs demandes lors de l'instance arbitrale.

S'agissant des demandes qui sont posées lors d'instance arbitrale, elles sont fondamentales dans la détermination de la véritable mission de l'arbitre. Pour expliquer le rapport entre ces deux éléments, il convient de se référer à une célèbre décision de la Cour de Cassation française selon laquelle les prétentions des parties délimitent l'objet du litige qui, à son tour, permet d'identifier la mission arbitrale.<sup>29</sup> Il nous semble opportun de marquer la distinction entre l'idée de mission de l'arbitre résultant des prétentions des parties et la convention arbitrale. Comme le souligne dans sa thèse Paul Giraud, si l'existence d'une mission présuppose une convention d'arbitrage, on ne peut pas en déduire une identité de ces deux notions<sup>30</sup>. On pourrait alors envisager la mission de l'arbitre comme un élément se situant à l'intérieur du périmètre tracé par la convention. La mission trouve par ailleurs sa définition avec l'instauration de la procédure arbitrale, notamment par la formulation des prétentions des parties, alors que d'autres éléments peuvent être déterminées avant la naissance du litige, comme par exemple la loi applicable ou la langue de procédure. Cependant, tant la convention que la mission contribuent à la définition des pouvoirs juridictionnels de l'arbitre.

---

<sup>28</sup> À titre d'exemple, le Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) propose le suivant modèle de clause compromissoire : « *Tout différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement* ».

<sup>29</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1996, n° 94-13.092

<sup>30</sup> P. GIRAUD, *La conformité de l'arbitre à sa mission*, thèse, sous la direction de C. Jarrosson, Université Paris Panthéon Assas, 2014, p. 52

En considération de cette distinction, une violation des prétentions des parties ne saurait relever de la compétence arbitrale *strictu sensu* quant plutôt de la mission juridictionnelle de l'arbitre de résoudre un litige et donc de son pouvoir de statuer sur le fond. Pour cette raison, nous n'aborderons pas ces violations dans cette partie. Dans la pratique jurisprudentielle cette distinction est bien marquée notamment devant les juridictions nationales, qui admettent deux cas d'ouverture distincts selon que la violation concerne la convention ou les prétentions des parties.

## § 2) Le principe compétence-compétence

Le principe dit « Compétence-compétence » consacre le pouvoir d'une juridiction de statuer sur sa propre compétence. Dans les trois systèmes faisant l'objet de cette étude, son application est l'effet qui découle de la prévision d'une convention d'arbitrage.

La Convention de Washington reconnaît le principe en cause à son article 41 selon lequel le tribunal est « juge de sa compétence » et également juge de toute exception portant sur sa compétence. Comme l'explique d'une façon didactique le comité dans la décision *Soufraki*, l'article reflète ce qui constitue un principe général de droit international mais il ne doit pas être entendu comme une “*license for judicial self-levitation*”<sup>31</sup>. En effet, l'existence de la compétence du Centre doit être établie uniquement lorsqu'elle a été garantie par la Convention de Washington et les Parties selon les critères de compétence *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione voluntatis* inscrits à l'article 25 de la Convention.

Également, le principe est reconnu par le droit français et italien. En France, ce pouvoir n'est consacré explicitement que pour l'arbitrage interne à l'article 1465 CPC. Toutefois, en vertu du renvoi opéré par l'article 1506 CPC, il devient applicable également à l'arbitrage international lorsque celui-ci est soumis à la loi française. Pour comprendre la portée du principe, la prévision textuelle ne s'avère pas très claire en ce qu'elle cite uniquement le « *pouvoir juridictionnel de l'arbitre* ». Pour identifier l'objet de ce pouvoir, il est alors utile de se référer à une décision de la Cour de Cassation française selon laquelle il s'agit du pouvoir

---

<sup>31</sup> *Hussein Nuaman Soufraki contre Émirats Arabes Unis*, aff. CIRDI n. ARB/02/7, DCAH 5 juin 2007, §§50-51

de statuer sur « l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »<sup>32</sup>. Existence, validité et étendue de la convention d'arbitrage sont en revanche explicitement mentionnés par l'article 817 §1 du Code de Procédure italien, applicable également à l'arbitrage international en vertu de la nature moniste de la discipline visée depuis la réforme intervenue en 2006.

La portée des effets de la convention d'arbitrage mérite d'être ultérieurement précisée pour ce qui concerne les droits internes visés par cette étude. La doctrine française a dégagé deux effets dérivant de cette clause et relatifs au principe de Compétence-compétence<sup>33</sup>. D'une part, l'effet dit « positif » consacre le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence et sur le litige au fond. En revanche, l'effet dit « négatif » attribue au tribunal arbitral la compétence exclusive pour trancher sur le fond d'une affaire, en excluant donc le rôle du juge étatique. Cependant, cet effet négatif acquiert un sens particulier lorsqu'il s'agit du règlement des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral. Dans ce cas, la doctrine consacre le pouvoir du tribunal de statuer en priorité sur sa propre compétence, ce qui est connu comme « effet négatif du principe de Compétence-compétence »<sup>34</sup>. Ainsi, le juge étatique saisi d'un différend en présence d'une convention d'arbitrage même apparente devra renvoyer la contestation devant un tribunal arbitrale. Or, il en ressort l'image d'un ordre juridique qui non seulement reconnaît l'arbitrage mais également vise à garantir la volonté sous-jacente au choix de ce mode de règlement des différends, à savoir son caractère d'alternative à la justice étatique. En raison de cette dimension négative du principe, le juge français est donc uniquement en mesure d'examiner le caractère manifestement nul ou manifestement applicable de la convention<sup>35</sup>.

À l'opposé, le système juridique italien refuse cette deuxième dimension du principe, admettant uniquement la dimension positive du principe codifiée à l'article 817 CPCI. Ce refus signifie que non seulement l'arbitre n'a pas une priorité mais que l'existence d'un litige devant l'une des deux juridictions n'empêche pas le dépôt d'une instance devant l'autre, les deux étant donc indépendantes. Toutefois, l'article 819-ter §3 CPCI permet d'introduire une nuance dans la

---

<sup>32</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 décembre 2003, n°02-13.410, *Bull.*, II N° 393 p. 325

<sup>33</sup> J-F. POUDRET, S. BESSON, *op. cit.*, p. 409 ;

<sup>34</sup> C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, LGDJ, 2019, pp. 206-225

<sup>35</sup> V° art. 1884 CPCF

mesure où il interdit de soumettre au juge étatique toute demande visant la déclaration d'invalidité ou inefficacité de la convention lorsqu' une procédure d'arbitrage est pendante.<sup>36</sup>

Or, de cette façon l'ordre juridique italien est claire dans la manifestation de son refus d'attribuer une appréciation souveraine à l'arbitre. C'est donc en toute cohérence que le Législateur italien permet le contrôle de la compétence du tribunal arbitral *à posteriori*, lors du recours en annulation.

Ainsi, partant de prémisses différentes, les deux ordres juridiques arrivent à la même conclusion. Si par la dimension négative du principe on confère une priorité à la décision de l'arbitre, la délimitation de ce pouvoir et notamment le refus d'y attribuer une « appréciation souveraine »<sup>37</sup> est marqué par la possibilité d'exercer un contrôle *à posteriori*, à savoir à l'occasion du recours en annulation. Tout en affirmant la nature juridictionnelle de l'activité arbitrale en lui conférant un pouvoir typique de la juridiction étatique, les Législateurs y ont également posé des limites afin de véritablement protéger la volonté des parties de soumettre leur litige à un tribunal arbitral.

Tout comme dans les deux ordres juridiques de céans, la possibilité d'admettre le contrôle de la compétence n'est pas non plus discutée par les comités *ad hoc* du CIRDI. Il est opportun de noter que cette acceptation ne s'est pas faite sans engendrer un débat. Toutefois, elle peut être justifié par les biais d'une simple interprétation littéral de l'article 52 *litt. b)* de la Convention qui identifie comme motif d'annulation « l'excès de pouvoir manifeste », sans ajouter aucune précision ultérieure. En d'autres termes, comme l'affirme le comité dans la décision *INA (Lucchetti)*, le libellé de l'article 52 de la Convention est général<sup>38</sup>. Dès lors, on ne saurait en tirer une exclusion des questions liées à la juridiction, à *fortiori* considérant le caractère préliminaire de la compétence pour toute détermination au fond.

---

<sup>36</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitration law in Italy*, Milan, CEDAM, 2020, p. 113

<sup>37</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, p. 583, §938

<sup>38</sup> *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. c. République du Pérou* (formerly *Empresas Lucchetti S.A. et Lucchetti Perú S.A. c. République du Pérou*), aff. CIRDI n° ARB/03/4, DCAH 5 septembre 2007, §101

Or, si dans les trois systèmes le contrôle est possible, autre chose est la sanction effective d'une décision en violation de la compétence attribué par les parties. En particulier, il se pose la question de comment admettre ce type de cas d'ouverture tout en garantissant le respect du principe de non-révision, à savoir l'interdiction faite à l'organe d'annulation de remettre en discussion l'analyse des faits proposée par le tribunal. Touchant a des aspects factuels de la décision originaire, l'examen de la question de la compétence se heurte facilement à emmener l'organe d'annulation à franchir la frontière entre appel et annulation.

## **Section 2) Les cas d'ouverture pertinents**

Il est intéressant de voir que dans les trois systèmes, l'excès portant sur la compétence du tribunal peut se manifester dans une dimension positive, évoquant un aller au-delà des limites tracées (1), ainsi que négative, renvoyant à l'idée d'une omission (2).

### **§ 1) L'excès positif**

Formes d'excès à connotation positive, *l'ultra compromissum* et *l'ultra petita* sont des vices évoquant l'idée d'un véritable dépassement des limites tracées par la volonté des parties.

Dans le cadre d'une analyse comparée comme la nôtre, il convient d'effectuer, comme le font les Législateurs nationaux, une distinction entre les deux cas d'ouverture, selon que le vice porte sur la légitimité du tribunal pour trancher un litige ou bien pour répondre à une question soulevée par les parties.

Il conviendra alors d'appeler *ultra compromissum* - s'appropriant d'une expression utilisée notamment par la doctrine italienne<sup>39</sup> - le vice constitué lorsque le tribunal statue hors du champ *ratione materiae* délimité par la convention d'arbitrage. Ce cas d'ouverture est prévu à l'article 829 §1 n.4 CPCI et 1520 n.1 CPCF. En revanche, *l'ultra petita* est le vice qui se constitue lorsque le tribunal statue au-delà des prétentions et concerne donc la résolution du litige au fond. Ainsi, il est invoqué par les biais des articles 1520 n°3 CPCF et par la deuxième partie de l'article 829 §1 n. 4 CPCI.

---

<sup>39</sup> M. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 407

Les droits français et italien reconnaissent également l'hypothèse d'une décision rendue dans l'inexistence, ineffectivité ou invalidité de la clause arbitrale, sanctionné en France par l'article 1520 n. 1 CPCF et en Italie par l'article 829 § 1 n.1 CPCI.

## § 2) L'excès négatif

Miroirs de *l'ultra compromissum et ultra petita*, l'excès négatif se constitue lors du non-exercice de son pouvoir d'adjudication par le tribunal, soit-il avéré par une déclinéation de compétence ou par un refus de statuer sur une demande avancée par une des parties. Concernant l'*infra petita*, il convient de préciser qu'il ne s'agit pas d'un simple refus de statuer sur le fond de manière détaillée quant plutôt d'une véritable omission. Cette dernière doit être par ailleurs distinguée du cas d'une question qui a été absorbé par une question sur laquelle le tribunal s'est déjà prononcé

Tout comme pour les hypothèses d'excès dit « positif », les Législateurs français et italien soulignent la différence entre l'affirmation erronée d'incompétence et *l'infra petita*. En Italie, le Législateur consacre ces cas d'ouverture respectivement à l'article 829 §1 n.10 et 12 CPCI. La doctrine précise, se référant à *l'infra petita*, que le cas d'ouverture concerne uniquement les questions relatives à l'adjudication sur le fond et non pas celles relatives à la procédure.<sup>40</sup>

En France, l'article 1520 n.1 CPCF est clair dans l'affirmer la possibilité d'annuler une sentence lorsque l'arbitre a affirmé à tort son incompétence. Concernant la possibilité d'une décision *infra petita*, le grief pourrait être soulevé au titre de l'article 1520 n.3 CPCF relatif à la violation de la mission arbitrale qui on l'a dit, est délimitée par les prétentions des parties. Toutefois, tant en arbitrage interne qu'international, la légitimité de ce cas d'ouverture est discutée en raison de la possibilité prévue à l'article 1485 CPCF de demander une intégration de la sentence<sup>41</sup>. De surcroit, la pratique juridictionnelle témoigne d'un refus vers la possibilité d'accorder l'annulation d'une sentence tirée d'une prononce *infra-petita* à moins que la partie en cause ne soit effectivement impossibilité d'obtenir l'intégration.

---

<sup>40</sup> M. BENEDETTELLI, *op.cit.*, p. 412

<sup>41</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op.cit.* p. 230

Dans le système CIRDI, la possibilité de la sanction d'un tel excès fait l'objet de débats depuis les travaux de rédaction de la Convention. Certains, dont notamment Broches, suggéraient une modification du texte de l'article 52 afin d'y inclure expressément cette possibilité.<sup>42</sup> Toutefois, l'absence d'une prévision expresse n'a pas fait d'obstacle à la consécration de ce cas d'ouverture par voie jurisprudentielle, notamment à partir de l'affaire *Vivendi I*<sup>43</sup>.

Il ressort de ce qui précède que dans les trois systèmes la nécessité du contrôle du respect du mandat se justifie par l'axiome qu'une juridiction ne saurait faire droit à une question dont elle ne peut pas connaître. Les Législateurs italiens et français effectuent dans ce cadre une précision qui nous permet de confirmer l'idée que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence concerne sa légitimité à statuer sur le fond. Avec certaines spécificités, les trois systèmes admettent tant un excès de type positif que négatif concernant la compétence arbitrale. Cependant, comme la définition de l'excès est étroitement liée au contrôle des juges du recours, il conviendra d'analyser plus en détail leur pratique.

## **Chapitre II. Le contrôle de la compétence**

On l'a dit, le caractère préliminaire de la compétence pour la résolution du litige au fond permet de justifier le contrôle de la part des organes d'annulation au titre de l'excès de pouvoir. Il se pose toutefois la question de la nature de ce contrôle et du conséquent impact que cela peut avoir sur la possibilité d'un excès de pouvoir du tribunal.

Lors d'un recours soumis aux comités du CIRDI, la définition de l'excès comme étant un manifeste dépassement des limites de la convention d'arbitrage semble être facilité par la prévision *expressis verbis* du caractère manifeste de l'excès à l'article 52 de la Convention. Ainsi, les comités garantissent également la distinction entre le recours en annulation et l'appel. Néanmoins, il est important de considérer que cela dépend en large partie de l'interprétation que le comité choisit d'attribuer au terme « manifeste » (Section I). Il n'en va pas de même devant les juridictions étatiques car ni le Code de Procédure français ni celui italien qualifient

---

<sup>42</sup> C. LEBEN, *op.cit.*, p. 908

<sup>43</sup> *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. République d'Argentine*, aff. CIRDI No. ARB/97/3, DCAH du 28 mai 2003

l'excès. Cette absence ouvre la voie à un contrôle plein du respect de la volonté des parties telle qu'exprimée par la convention (Section II).

## **Section I. L'approche stricte des comités *ad hoc***

Nonobstant un débat autour de la signification à attribuer au caractère manifeste de l'excès imposé par la Convention de Washington (1), la consécration d'un excès de pouvoir en tant que violation de la compétence attribuée par les parties est bien admise devant les comités *ad hoc* (2).

### **§ 1) La difficile interprétation du terme « manifeste »**

Dans l'intention des rédacteurs de la convention de Washington, l'ajoute du caractère « manifeste » de l'excès se justifiait par la nécessité de souligner la nature exceptionnelle de ce motif de recours. Toutefois, le choix n'est pas sans conséquences : si d'une part il permet de réaliser le but visé par les rédacteurs, le terme en cause n'est pas d'interprétation univoque. Au contraire, comme l'affirme Schreuer<sup>44</sup>, il est susceptible de deux principales interprétations qui ont des conséquences sur le type de contrôle exercé par le comité et par conséquent sur les hypothèses qui peuvent véritablement constituer un excès de pouvoir. Alors que selon une première interprétation on peut considérer le terme « manifeste » comme étant un synonyme de « évident », c'est-à-dire susceptible d'être identifié *prima facie*, la seconde met l'accent sur la gravité, suggérant plutôt l'idée d'un excès « sérieux ». Si cette double possibilité d'interprétation trouve application dans la pratique des comités à tout niveau du contrôle de l'excès, elle assume un poids particulier dans le contrôle de la compétence du tribunal en raison de son caractère préliminaire.

#### **A) Un excès évident**

La nécessité d'une identification *prima facie* de l'excès est au cœur du raisonnement dans la décision *Repsol*<sup>45</sup>. À cette occasion le comité, saisi de la requête par Petroecuador, à savoir une

---

<sup>44</sup> C. SCHREUER, *op.cit.*, p. 938-943

<sup>45</sup> *Repsol YPF Ecuador, S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, aff. CIRDI ARB/01/10, DCAH 8 janvier 2007

société nationale équatorienne, affirmait que l'excès doit être « *obvious by itself* »<sup>46</sup> et ressortir de la simple lecture de la sentence arbitrale. C'est pourquoi, une fois souligné le caractère claire et non déraisonnable de la décision du Tribunal, le comité rejetait la requête.

Cette solution précède de quelques mois la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *INA (Lucchetti)*<sup>47</sup> où l'investisseur contestait la déclaration de compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral. Comme justement affirmé par Gaillard<sup>48</sup>, il importe de mentionner cette décision en ce qu'elle témoigne de la possibilité d'un rejet de la requête d'annulation même lorsque le comité a des réserves face aux fondements de la compétence du tribunal arbitral, ou en d'autres termes lorsqu'un membre du comité exprime une opinion dissidente, comme dans l'affaire en cause. Or, la décision *Lucchetti* témoigne du fait que, pourvu que le raisonnement du tribunal soit non-contradictoire et qu'il représente une parmi les interprétations possibles et raisonnables des faits en cause, le comité n'est pas censé annuler la sentence.

Cette interprétation trouve application également dans la pratique plus récente. Il convient ici de citer la solution donnée dans *Teinver SA c. Argentine*<sup>49</sup> où le comité adhère à cette lecture et affirme qu'un indice du caractère non-manifeste de l'excès peut être le choix du tribunal de prendre appui sur des décisions raisonnables adoptés dans plusieurs autres affaires précédentes. De même, dans *UAB c. Lettonie*<sup>50</sup>, le comité rejette la requête d'annulation de la Lettonie tiré de l'incompétence *ratione voluntatis* du Tribunal considérant que « *the position taken by the Tribunal is reasonable and justified in the circumstances and it is not the Committee's role to second-guess the Tribunal's approach* »<sup>51</sup>.

Ces trois premiers exemples sont emblématiques en ce que par les biais d'une analyse *prima facie* de la sentence les comités arrivent tous à la même conclusion, à savoir le rejet de la demande d'annulation et donc la constatation de l'inexistence d'un excès. Toutefois, pour avoir

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, §§ 36-37

<sup>47</sup> *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. c. République du Pérou* (formerly *Empresas Lucchetti S.A. et Lucchetti Perú S.A. c. République du Pérou*), aff. CIRDI n° ARB/03/4, DCAH 5 septembre 2007, §101

<sup>48</sup> E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Vol. II, Paris, Pedone, 2010, p. 411-412

<sup>49</sup> *Teinver S.A. Transportes de Cernaias S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. contre République d'Argentine*, aff. CIRIDI n. ARB/09/1, DCAH 29 mai 2019, §§59-60

<sup>50</sup> *UAB E. Energija contre République de Lettonie*, aff. CIRDI n° ARB/12/33, DCAH 8 avril 2020

<sup>51</sup> *Ibidem*, §298,

une perspective complète de la jurisprudence choisissant cette interprétation, il convient de constater que cette idée d'un excès qui doit pouvoir s'identifier *prima facie* est également à la base de l'annulation rendue dans le cadre de l'affaire *Mitchell c. Congo*<sup>52</sup>. Opposant un ressortissant étatsunien à la République Démocratique du Congo, le litige au principal portait sur l'expropriation subie par le premier de son activité, un cabinet d'avocats installé au Congo. Par sa solution, le tribunal avait condamné la République qui avait donc soumis une requête d'annulation au Centre en se prévalant en particulier de l'incompétence *ratione materiae* du tribunal. Le comité affirme l'existence d'un excès de pouvoir manifeste qui ressort « à la première lecture de la sentence »<sup>53</sup> considérant que le tribunal s'était estimé à tort compétent *ratione materiae* ayant retenu les revenus de l'activité du cabinet perçus aux États-Unis et non réinvestis dans l'état hôte comme faisant partie de l'investissement.

Or, il s'agit d'une décision qui date et, comme la doctrine le souligne<sup>54</sup>, elle représente un retour en arrière du comité par rapport à la jurisprudence qui la précédait. Pour cette raison, elle a été fortement contestée notamment puisque même si les intentions de tribunal sont celles de se limiter à une simple lecture et de réaffirmer la différence entre un organe d'appel et le rôle du comité, l'examen effectué s'apparente à une révision des faits nonobstant C'est pourquoi il nous semble opportun de nuancer l'importance de la décision *Mitchell* par rapport aux conséquences qu'on peut tirer de cette première interprétation du terme « manifeste ».

Ainsi, nous pouvons conclure de cet excursus que selon cette première tendance le caractère préliminaire de la compétence du tribunal, clé de voute de la légitimité de toute sentence, ne saurait motiver un contrôle plus strict de la part des comités, qui doit donc se limiter à l'évidence.

## **B) Un excès grave**

La deuxième lecture du terme « manifeste » met l'accent sur la gravité de celui-ci. À l'égard de cette deuxième approche, la décision *Vivendi I*<sup>55</sup> est sans doute très emblématique. Si on ne

---

<sup>52</sup> *Patrick Mitchell contre République Démocratique du Congo*, aff. CIRDI n. ARB/99/7, DCAH du 1 novembre 2006

<sup>53</sup> *Ibidem* §47

<sup>54</sup> C. SHREUER, *op. cit.* p. 912

<sup>55</sup> *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. République d'Argentine*, aff. CIRDI No. ARB/97/3, DCAH du 28 mai 2003

saurait nier l'apport de cette jurisprudence sur la question de l'articulation entre recours fondés sur un TBI et réclamations contractuelles, elle est également un exemple d'une nouvelle lecture de la nature manifeste de l'excès arbitral. À cette occasion, elle est utilisée pour consacrer l'annulation partielle de la sentence arbitrale au motif d'un excès de pouvoir manifeste négatif, à savoir d'un non-exercice du pouvoir dont le tribunal disposait.

L'affaire au principal portait sur une prétendue violation de la part de la République d'Argentine du Traité Bilatéral d'Investissement conclu avec la France. En l'espèce, selon la société française et sa filiale locale – demanderesse devant le CIRDI – la République et la Province Argentine de Tucumán avaient commis des agissements qui avaient mis un terme à un contrat de concession de trente ans conclus avec la Province susvisé. Refusant les exceptions *ratione materiae* et *ratione personae* soulevées par l'Argentine, le tribunal s'était déclaré compétent pour juger l'affaire et avait qualifié les réclamations de la demanderesse comme étant fondées sur le TBI. Par sa solution, le tribunal avait notamment rejeté la demande de condamnation à l'encontre de la Province en ce que d'une telle analyse aurait impliqué d'interpréter le contrat sous-jacent qui prévoyait une clause de résolution des différends *electa una via*.

Pour sanctionner la nullité partielle de la sentence *de quo*, le comité met notamment l'accent sur l'impact que l'excès de pouvoir négatif doit avoir sur la procédure arbitrale pour déterminer l'annulation d'une sentence, à savoir un excès « *clearly capable of making a difference to the result* »<sup>56</sup>. Ainsi, une fois clarifié la distinction entre les violations du traité et les violations contractuelles<sup>57</sup>, il estime cette condition remplie : le tribunal aurait omis des trancher des questions relatives aux actes de la Province de Tucuman ayant estimé d'y être impossibilité par la nécessité d'interpréter le contrat de concession.

Nous pouvons constater que cette lecture du terme permet une analyse plus approfondie de la sentence arbitrale en ce que l'impact du prétendu excès sur la sentence ne peut qu'être vérifié à travers un examen minutieux du raisonnement du tribunal. Cela implique donc un effort de la part du comité dans la mesure où il doit se limiter à « *évaluer la légitimité de la sentence et*

---

<sup>56</sup> Ibidem, §86 : “*One might qualify this by saying that it is only where the failure to exercise a jurisdiction is clearly capable of making a difference to the result that it can be considered a manifest excess of power*”

<sup>57</sup> Ibidem, § 96-115

*non pas son exactitude* ».<sup>58</sup> En outre, en raison du caractère préliminaire de la compétence, il nous semble difficile d’imaginer un cas de figure où une erronée déclaration qui la concerne ne saurait avoir un impact décisif sur la procédure. Or, d’une telle lecture pourrait fragiliser le système des recours facilitant l’annulation.

Il ressort de l’analyse qui précède que les deux interprétations traditionnellement fournies du terme manifeste sont aux antipodes. Nous pouvons constater qu’aucune des deux est exempte de critiques. C’est pourquoi il convient, comme le font la plupart des comités récemment, de privilégier une interprétation qui les combine.

## § 2) La nécessité d’un excès grave et évident

Nous pouvons tirer une considération de l’excursus de la jurisprudence de ceans : l’interprétation du terme manifeste a une incidence sur les chances de réussite d’une demande tirée de l’incompétence du tribunal. En outre, comme le constate une autre partie de la doctrine, les comités sont réticents dans la sanction de l’excès de pouvoir du tribunal portant sur sa compétence et ce notamment en raison du principe de compétence-compétence inscrit à l’article 41 de la Convention de Washington<sup>59</sup>.

Si la volonté de mettre l’accent sur la seule gravité de l’excès est compréhensible en raison du fait que la compétence du tribunal est un préalable pour toute détermination au fond, il ne faut pas oublier que la recherche d’un impact sur la décision requiert une analyse des faits plus profonde, quitte à s’apparenter à un réexamen. À l’inverse, une lecture limitée à l’évidence risque de ne pas être suffisante pour garantir la légitimité de la procédure. Or, comme observé par le comité dans l’affaire *MINE*<sup>60</sup>, s’il est vrai que le motif a été pensé par les rédacteurs comme exceptionnel, cela ne visait pas à en encourager une interprétation ni trop stricte, aboutissant à une limitation excessive de son champ d’utilisation, ni trop large, résultant en une fragilisation du système.

---

<sup>58</sup> *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. République de l’Équateur*, aff. CIRDI ARB/03/6, DCAH 19 octobre 2009, §24

<sup>59</sup> B. SABAHI, N. RUBINS e.a., *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 783

<sup>60</sup> *MINE c. Guinée*, aff. CIRDI n. ARB/84/4, DCAH 22 décembre 1989, § 4.05

En tout état de cause, comme le souligne Emmanuel Gaillard<sup>61</sup>, il est important de considérer que la règle selon laquelle les arbitres sont maîtres de leur propre compétence ne saurait signifier que l'organe d'annulation doit être liée par l'interprétation de la convention faite par le tribunal. En effet, il s'agit d'une règle qui vaut également en droit commun de l'arbitrage et qui trouve sa justification dans la nécessité de véritablement sonder l'existence d'un consentement à l'arbitrage.

Au contraire, certains comités comme celui dans le cadre de l'affaire *Occidental Petroleum v. Ecuador*<sup>62</sup> affirment que « *'manifest' does not prevent that in some cases an extensive argumentation and analysis may be required to prove that the misuse of powers has in fact occurred.* »<sup>63</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la question de la compétence du tribunal est étroitement liée à l'analyse des faits et le fait d'attribuer une marge de manœuvre large aux comités ouvrirait la voie au risque d'interprétations différentes. Par ailleurs, comme le souligne Gabrielle Kaufmann-Köhler, une autre difficulté est posée par la nature de l'acte portant l'engagement juridictionnel : alors que l'hypothèse d'un traité est plus objective, encadrée notamment par les règles propres à l'interprétation de ces actes de droit international, dans l'hypothèse d'un contrat l'interprétation requiert la prise en compte d'éléments plus subjectifs.<sup>64</sup>

Concernant l'étendue du contrôle de la compétence, Pierre Mayer soutient que les comités ad hoc ne devraient pas être exemptés du contrôle des faits, mais ce dernier devrait être limité aux seuls éléments relatifs au grief avancé et en aucun cas admettre des nouveaux éléments<sup>65</sup>. Cette lecture ferait donc appel au « self-restraint » des comités, qui devraient uniquement sanctionner les interprétations des faits ouvertement déraisonnables afin de ne pas encourir en une violation

---

<sup>61</sup> E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Vol. I, Paris, Pedone, 2004, p. 193

<sup>62</sup> *Occidental Petroleum et al. contre République d'Équateur*, Affaire CIRDI No. ARB/06/18, DCAH 2 Novembre 2015

<sup>63</sup> *Ibidem*, §267

<sup>64</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?", in *Annulment of ICSID Awards*, 189, 196, E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds), New York, Juris, 2004

<sup>65</sup> P. MAYER, "To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual Findings of an Arbitral Tribunal", in *Annulment of ICSID Awards*, 248–250, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds), Juris, New York 2004.

du principe de non-révision. Par son opinion, Mayer semble suggérer pour le système CIRDI ce qui est désormais acquis lors du contrôle de la compétence devant les juges étatiques (v. *infra*).

Nous constatons que si les comités n'arrivent pas à véritablement admettre la possibilité d'un réexamen des faits, ils envisagent toutefois une position intermédiaire combinant les deux interprétations, à savoir la nécessité d'un excès à la fois évident et grave. D'une telle idée apparaît à partir de la décision du comité de l'affaire *Soufraki* qui rejette le grief tiré de l'incompétence *rationae personae* du tribunal mettant en avant l'idée d'un excès « *at once textually obvious and substantively serious* »<sup>66</sup>. Plus récemment, la même lecture a été choisie par les comités dans les affaires *El Paso c. Argentine*<sup>67</sup> et *Tenaris c. Venezuela*<sup>68</sup>, dont il nous semble pertinente faire l'analyse.

Dans l'affaire *Tenaris*, le Venezuela visait l'annulation d'une sentence portant sa condamnation pour l'expropriation subie par la société Tenaris. Pour prouver l'existence d'un excès manifeste, l'Etat avait notamment contesté que si d'un part le tribunal avait retenu le critère du siège social pour identifier l'existence d'un investisseur étranger, de l'autre il avait établi sa compétence même si les éléments nécessaires afin de remplir ledit critère n'étaient pas démontrés. Dès lors, le Venezuela invitait le comité à sanctionner l'excès qu'elle affirmait être manifeste dans la mesure où il aurait pu être détecté par un tiers raisonnablement informé sans enquête ultérieure.<sup>69</sup>

Le comité est ici lapidaire dans sa réponse en affirmant que: “*Article 52 does not distinguish between the effect of jurisdictional errors and errors concerning the merits of the dispute. Such a distinction is alien to the text of Article 52 as several annulment committees have stated. 199 That is to say, in the event of an excess of powers in the decision on jurisdiction, that excess must be as manifest as in the case of the merits.*”<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> *Hussein Nuaman Soufraki contre Émirats Arabes Unis*, aff. CIRDI n. ARB/02/7, DCAH 5 juin 2007, §40

<sup>67</sup> *El Paso Energy International Co. contre République Argentine*, aff. CIRDI n. ARB/03/15, DCAH 22 septembre 2014, §142

<sup>68</sup> *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda contre République Bolivarienne de Venezuela*, aff. CIRDI n. ARB/11/26, DCAH 8 août 2018

<sup>69</sup> *Ibidem*, §§50-51

<sup>70</sup> *Ibidem* § 211

Par cette réponse, le comité vise notamment à rejeter l'idée avancé par le Tribunal selon lequel toute erreur portant sur la compétence pourrait constituer un excès de pouvoir manifeste.

Le tribunal refuse d'attribuer un poids différent aux questions relatives à la compétence arbitrale pour la seule raison de leur nature de préalables à la décision sur le fond. Il nous semble possible alors d'en tirer une nécessité de démontrer la gravité de l'excès à l'occasion de toute allégation d'excès de pouvoir manifeste. Pour justifier cette opinion, il suffit - comme le comité le fait - de prendre appui sur le libellé de l'article 52. De surcroît, le caractère général de cette disposition est un fait acquis depuis la décision *INA (Lucchetti)*<sup>71</sup>. Le rejet de la demande du Venezuela est notamment motivé par le fait qu'elle entrainerait par définition un réexamen des faits. Ce qui est encore plus intéressant est que cette considération est faite par un rappel du principe selon lequel le tribunal est juge de sa compétence<sup>72</sup>. Ce choix permet alors d'affirmer une fois de plus la centralité du principe de non-révision dans le cadre des recours devant le CIRDI, un principe qui ne saurait être garanti que par une limitation du contrôle des comités à une erreur évidente et grave au même temps.

La pratique récente nous semble alors distante de la vision de Mayer<sup>73</sup>. La possibilité d'un excès au titre de la compétence de l'arbitre est bien admise par les comités CIRDI mais elle n'est ni le produit d'une analyse se bornant à une simple relecture de la sentence arbitrale ni le résultat d'un réexamen des faits. On constate alors un refus face à l'application d'un contrôle plus stricte de la compétence du tribunal au seul motif de son caractère de préalable pour trancher le litige au fond. L'approche adoptée par les comités témoigne ainsi de l'intention de mettre en balance la stabilité de la sentence arbitrale avec la volonté des parties de soumettre leur litige à un tribunal CIRDI.

Nous allons voir par la suite que la même position n'est pas adoptée par les juges étatiques.

---

<sup>71</sup> *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. contre République du Pérou* (formerly *Empresas Lucchetti S.A. et Lucchetti Perú S.A. c. République du Pérou*) , aff. CIRDI n° ARB/03/4, DCAH 5 septembre 2007, §101

<sup>72</sup> *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda contre République Bolivarienne de Venezuela*, aff. CIRDI n. ARB/11/26, DCAH 8 aout 2018, §§ 208-212

<sup>73</sup> P. MAYER, *op.cit.*, pp. 258-260

## **Section II. Le contrôle plein et extrinsèque des juges étatiques**

Dans les deux ordres juridiques nationaux analysés, l'application du principe dit « compétence-compétence » en droit de l'arbitrage n'entraîne pas une exclusion de tout rôle pour le juge étatique. Ce dernier reste notamment en mesure d'exercer un contrôle à *posteriori* sur la compétence arbitrale lors du recours en annulation. La question qui se pose est celle de la nature dudit contrôle et son impact sur la possibilité de configurer un excès du tribunal à ce stade. En ce sens, il convient au préalable, de rappeler que contrairement aux rédacteurs de la Convention, les Législateurs français et italien n'ont pas qualifié l'excès, ce qui donc légitime, du moins du point de vue textuel, la possibilité d'un contrôle non-superficiel.

Concernant le respect de l'engagement juridictionnel, il importe de noter que les codes de procédure français et italien prévoient expressément tant la possibilité d'un excès positif que négatif. Pour établir l'existence de ces derniers, le juge étatique devra focaliser son attention avant tout sur la convention d'arbitrage et vérifier sa validité et son applicabilité *ratione materiae* et *ratione personae*. Pour ce faire, l'examen du juge s'étend non seulement à la sentence arbitrale mais aussi à d'autres éléments (1). Si dans l'énumération des cas d'ouverture les deux systèmes se rapprochent à la jurisprudence CIRDI, l'élément qui marque la véritable différence est l'intensité du contrôle exercé par les juges étatiques sur les griefs tirés de la compétence ou incompétence de l'arbitre (2)

### **§ 1) Un contrôle entier et extrinsèque**

L'intensité pleine et le caractère extrinsèque du contrôle de la compétence arbitrale sont des éléments communs à la pratique des juges français et italiens, même si l'étendue du contrôle s'avère plus large en France (B) que en Italie (A).

#### **A) L'examen plein du fait « endo-procédural » par le juge italien**

Dans l'ordre juridique italien, nous l'avons vu *supra*, la réception du principe compétence-compétence attribue au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa compétence. Cependant, contrairement à la discipline française, il ne s'agit pas d'un pouvoir exclusif lorsqu'un litige

n'est pas pendante devant le tribunal arbitral.<sup>74</sup> Également, le contrôle est possible *ex post*, à savoir lors d'un recours en annulation. Le *ratio* qui guide ce choix du Législateur italien est bien évidemment celle de vérifier l'existence d'une volonté claire de se prévaloir de cette justice privée. Il convient de constater que, contrairement au système CIRDI, le Législateur italien ne donne aucune précision ni limitation par rapport à la gravité de l'excès en cause. N'étant pas limité textuellement, il est envisageable qu'un organe d'annulation s'arroge une majeure liberté lors contrôle. Nous allons constater que cette prévision est confirmée dans la pratique.

L'opinion de la jurisprudence majoritaire demeure cohérente avec la discipline régissant la compétence de l'arbitre avant le prononcé de la sentence arbitrale. La pratique semble réticente face à l'attribution au tribunal arbitral d'une véritable exclusivité pour statuer sur sa compétence. Cela est témoignée par l'intensité du contrôle exercé par le juge d'annulation. La *Corte di Cassazione* s'est exprimé une première fois à ce sujet en 2007<sup>75</sup> et plus récemment en 2021<sup>76</sup>. Cependant, son orientation demeure inchangée dans les deux décisions.

Il conviendra ici de se pencher sur le premier des deux arrêts susvisés en raison de la nature plus complète de la réponse fournie par la Cour. À cette occasion, il était reproché à la Cour d'Appel de Rome l'annulation d'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage fondé sur une clause compromissoire. Le requérant contestait notamment l'existence et la validité de cette dernière. Rejetant le pourvoi et confirmant donc la position de la Cour d'Appel, la Cour de Cassation affirme le caractère plein du contrôle de la compétence du tribunal arbitral.

Avant tout, elle souligne que l'interprétation des clauses contractuelles demeure une exclusive du tribunal arbitral et ne revient à la Cour d'Appel qu'en des circonstances exceptionnelles telles que la violation des règles d'interprétation des contrats ou bien lorsque les parties

---

<sup>74</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op.cit.*, p. 113

<sup>75</sup> Cass. Civ. I, 28 mars 2007, n. 7649

<sup>76</sup> Cass. Civ. I, 26 aout 2021, n. 23495 : “*ove sia dedotta la nullità del lodo per inesistenza della clausola compromissoria, il giudice di merito ha il potere di interpretare direttamente la previsione contrattuale oggetto di contestazione per verificare se contenga o meno la volontà di compromettere in arbitri poiché, rilevando ai fini dell'accertamento della potestas iudicandi di questi ultimi, l'interpretazione della clausola compromissoria non incontra i limiti stabiliti per l'interpretazione delle altre clausole, riservata agli arbitri e sindacabile dal giudice di merito solo per violazione delle norme di ermeneutica contrattuale o per difetto assoluto di motivazione*”

s'accordent sur la possibilité du contrôle de *l'error in iudicando* au sens de l'article 829 § 3 CPCI. En revanche, la Cour considère que d'une telle limitation ne saurait s'appliquer lorsque le grief invoqué porte sur la clause compromissoire. Au contraire, dans ce cas le juge d'annulation jouit de pouvoirs de cognition plus amples, en droit et en fait<sup>77</sup>. De surcroît, la Cour de Cassation justifie la différente étendue de la révision par le fait qu'un vice de la convention d'arbitrage est un vice portant sur la source de la *potestas iudicandi* de l'arbitre, dont l'existence est préliminaire pour l'intégrité du processus décisionnel. Ainsi, contrairement à ce qu'on a constaté *supra* dans le cadre des recours devant les comités CIRDI, la *Suprema Corte* ouvre la voie à une majeure intensité du contrôle en raison de l'importance de l'élément contrôlé, à savoir la clause compromissoire en tant que source du pouvoir juridictionnel arbitral.

Le même raisonnement devient alors applicable lorsque le grief est celui de *l'ultra compromissum*, à savoir le dépassement des limites objectives d'une convention d'arbitrage dont l'existence n'est pas discutée. D'une telle extension est faite notamment dans un arrêt rendu en 2014 par la Cour d'Appel de Milan<sup>78</sup>. Ayant fait par la suite l'objet d'un pourvoi devant la Cour de Cassation, la décision de rejet issue par les juges milanais a été confirmée par la *Suprema Corte*<sup>79</sup>. Également accueillie positivement par la doctrine, la décision affirme le caractère plein du contrôle par le juge d'annulation au sujet d'un arrêt rendu *ultra compromissum*<sup>80</sup>. En outre, elle apporte des précisions ultérieures relatives à l'étendue du contrôle à exercer.

---

<sup>77</sup> Cass. Civ. I, 28 mars 2007, n. 7649 : “ (...) *l'interpretazione della clausola compromissoria da parte della corte di appello, giudice dell'impugnazione del lodo, non è soggetta alle restrizioni valevoli per l'interpretazione della altre clausole contrattuali (riservata agli arbitri e sindacabile in sede di impugnazione soltanto per violazione dei canoni ermeneutici legali, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, oltre che per difetto assoluto di motivazione ai sensi del combinato disposto dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 5, e art. 823 c.p.c., comma 1, n. 3), ma comprende gli ampi poteri di cognizione, anche in fatto, spettanti al giudice di merito, in quanto rileva agli effetti non già del vizio di violazione di norme di diritto, ai sensi del già richiamato art. 829 c.p.c., comma 2 bensì della inesistenza della clausola compromissoria e dunque della stessa potestas iudicandi degli arbitri (...)*”.

<sup>78</sup> Cour d'Appel de Milan, 1 juillet 2014, n. 2518

<sup>79</sup> Cass. civ, Sez. I, 23 février 2016, n. 3481

<sup>80</sup> V° M. DE SANCTIS, “Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires”, *Rivista dell'Arbitrato*, 2015, pag. 89; E. MARINUCCI “Motivi

En l'espèce, le requérant contestait la sentence du tribunal arbitral au motif qu'il se serait prononcé sur une demande exorbitant les limites objectives de la convention d'arbitrage. Afin de rejeter le grief, la Cour d'Appel effectue une analyse en deux étapes. Avant tout, elle qualifie le grief de question relative à la compétence du tribunal arbitral. Pour ce faire, elle adhère par ailleurs au courant jurisprudentiel consacrant la nature juridictionnelle de la sentence arbitrale.<sup>81</sup> La qualification de question de compétence ne nous semble pas étonnante en soi si on considère que le texte de l'article 829 §1 n. 4 CPCI sanctionne explicitement le dépassement des limites de la convention d'arbitrage<sup>82</sup>. Or, si comme le confirme l'arrêt rendu par la *Corte di Cassazione* en 2007 (v. *supra*) la convention est la première source de la compétence arbitrale, il en va de soi que l'examen d'une demande qui pourrait tenir au périmètre ainsi délimité se qualifie de question de compétence. À partir de là, les juges milanais affirment leur autonomie dans l'identification des limites de la convention d'arbitrage et d'un éventuel leur dépassement.

Ensuite, la Cour procède en expliquant la nature de ce qu'elle appelle un « pouvoir-devoir ». Selon la Cour de Milan, le tâche du juge du recours lors d'une question de compétence ne se limite pas à une simple analyse de la sentence arbitrale : le juge est également chargé d'examiner les faits pertinents ainsi que l'activité des arbitres et des parties dans le cadre de la procédure. De plus, la Cour précise la portée de son contrôle en faisant une distinction entre les éléments inhérent à la procédure arbitrale et les faits à l'origine de l'affaire. Ainsi, alors que sur les premiers son appréciation est autonome, sur les deuxièmes l'examen est certes possible mais limité par les évaluations du tribunal arbitral. Cette explication est intéressante car elle constitue un exemple de ce que Jeremy Jourdan-Marques définit un contrôle « extrinsèque » à

---

di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello", *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 1 janvier 2015, p. 172

<sup>81</sup> Il convient de rappeler que la nature juridictionnelle de la sentence arbitrale ainsi que son équivalence à la sentence rendue par une juridiction étatique ont été reconnues par la décision n. 24152 de 2013 de la Cour de Cassation. L'arrêt constitue un revirement par rapport à une plus ancienne décision de la même Cour (n.527/2000) définissant la sentence arbitrale comme ontologiquement alternative à celle rendue par une juridiction étatique; cfr. C. CONSOLO, *op. cit.*, p.528

<sup>82</sup> Nous traduisons ; l'article énonce comme suit : “ *L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti: (...) 4. se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817;*”

l'égard de la pratique des juges français<sup>83</sup>. Cette expression indique un contrôle prévoyant la prise en compte non seulement de la sentence mais aussi d'éléments ultérieurs, externes à la sentence comme le sont par exemple les faits non-procéduraux ou le comportement des parties dans la procédure arbitrale.

Il ressort de ce qui précède que la qualification de question de compétence n'est ici qu'un préalable pour admettre un contrôle plein de la sentence arbitrale qui ne serait pas admis dans l'hypothèse d'une question portant sur le fond de l'affaire. Par cette affirmation, les Cours italiennes démontrent d'être conscientes de la ligne de démarcation tracée par le principe de non-révision entre un recours en annulation et une procédure d'appel. Ainsi, il nous semble que le fait de définir le grief en cause comme question de compétence, à savoir procédurale, devient un moyen pour esquiver l'application du principe lorsqu'il s'agit de la légitimité à statuer du tribunal., voire d'en consacrer la délimitation aux seules questions relatives à la résolution du litige.

L'existence d'un contrôle plein et extrinsèque est un caractère que nous retrouvons également devant les juges français.

### **B) Le contrôle élargi aux nouveaux éléments du juge français**

Concernant la portée du contrôle de l'engagement juridictionnel, la Cour de Cassation française consacra sa portée en 1987 lors de l'affaire dit du Plateau des Pyramides. À cette occasion, alors que les sociétés défenderesses soutenaient la souveraineté de la décision arbitrale sur l'existence de la convention et affirmaient l'excès en cause, la Cour d'Appel de Paris avait rejeté l'argument et jugé qu'il lui appartenait de vérifier l'existence d'un véritable consentement à l'arbitrage de la part de la République Égyptienne. La Cour de Cassation confirma cette décision en statuant que si l'examen par la Cour d'appel doit se borner aux griefs prévus à l'ancien article 1502-1° CPCF et actuel article 1520-1° CPCF « *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* »<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op.cit.*, p.241

<sup>84</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, n. 84-17.274

Plus récemment, cette affirmation a été précisée admettant l'analyse tant pour la compétence que pour l'incompétence du tribunal. Il s'agit ici de l'affaire *Abela*, lequel trouve son origine dans un arbitrage commercial se déroulant devant la CCI et qui culmine avec un arrêt de la Cour de Cassation<sup>85</sup> confirmant la position de la Cour d'Appel de Paris. Lors de la procédure arbitrale, le tribunal avait exclu sa compétence en ce que, alors que la clause d'arbitrage visait les différends entre une société et ses actionnaires, les demandeurs ne se qualifiaient pas de tels à ses yeux. Cependant, la Cour d'Appel de Paris avait annulé la sentence car, même si *de jure* les consorts Abela n'étaient pas des actionnaires, ils l'étaient *de facto* au motif qu'ils s'étaient comportés comme tels à plusieurs occasions. Or, il convient de constater, comme le souligne Jean-Baptiste Racine<sup>86</sup>, que pour arriver à cette conclusion la Cour ne se limite pas à l'analyse de la sentence mais elle va au-delà, en considérant des aspects factuels tels que par exemple les rapports et les échanges des consorts avec la société.

Le caractère entier du contrôle concerne également l'arbitrage en investissements. En ce que la source du pouvoir arbitrale est la même que dans la cadre d'un arbitrage commercial, cette extension ne saurait être étonnante dans l'hypothèse d'un arbitrage en investissement fondé sur une clause contractuelle. La question peut être moins évidente lorsque la procédure arbitrale trouve son origine dans la clause de règlements de différends contenue dans un traité. Toutefois, la Cour d'Appel de Paris consacre la nature entière du contrôle de la compétence arbitrale également dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité.

Dans l'affaire *République Tchèque c. Pren Nreka*<sup>87</sup>, née à la suite d'un arbitrage CNUDCI fondé sur le TBI entre la République Tchèque et la Croatie, l'État reprochait au l'incompétence *ratione materiae* du Tribunal. Par sa solution, la Cour d'appel rejette la position de la République et reconnaît la compétence du tribunal pour statuer sur le litige en cause. Elle considère notamment cette possibilité au motif des termes très larges utilisés par le Traité Bilatéral d'Investissement en cause dans la définition d'investissement. De surcroît, la nature entière du contrôle par le juge d'annulation indépendamment de la source contentant la clause

---

<sup>85</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2010, n. 08-20.563

<sup>86</sup> J-B. RACINE, « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », dans *Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. V, Paris, Pedone, 2011

<sup>87</sup> Paris, Ch. 1., 25 septembre 2008, *République Tchèque c. Pren Nreka*, n. 07/04675

d'arbitrage est expressément confirmée dans l'arrêt *Gouvernement de la Région Kaliningrad c. Lituanie* dans lequel la Cour statue comme suit : « Considérant 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; qu'il n'en va pas différemment lorsque, comme en l'espèce, les arbitres sont saisis sur le fondement des stipulations d'un traité bilatéral »<sup>88</sup>.

Le même contrôle plein est appliqué dans le cadre de l'affaire *Komstroy*<sup>89</sup> où le raisonnement de la Cour conduit cette fois à l'annulation de la sentence arbitrale au motif d'un défaut d'investissement au sens du Traité sur la Charte de l'Énergie. À cette occasion, la Cour interprète la notion d'investissement dans le sens d'une opération exigeant un apport économique qu'elle considère comme absent en l'espèce, à savoir dans le cas d'une créance monétaire dérivant d'un contrat de vente d'électricité.

Une autre considération doit être faite sur la pratique des juges français. Il convient ici de reprendre une expression utilisée par Jérémy Jourdan-Marques, qui qualifie le contrôle sur la compétence d'« extrinsèque » en ce que il n'est pas limité à la seule sentence mais admettrait également la prise en compte d'éléments ultérieurs<sup>90</sup>. En effet, le point en commun des arrêts analysés *supra* est que les juges français ne se limitent pas à la relecture de la sentence. Comme le souligne justement Jourdan-Marques<sup>91</sup>, cette nature extrinsèque du contrôle peut être tirée notamment de l'arrêt *Papillon Group c. Syrie*<sup>92</sup>. Par cet arrêt, la Cour d'Appel de Paris énonce que le contrôle en droit et en fait du juge du recours doit concerner la sentence mais également les éléments du dossier confié aux arbitres. La Cour vient ainsi effectuer une délimitation du champ de sa révision, qui concerne les éléments déjà soumis au tribunal et retenus par ce dernier, en excluant ceux qui ont été jugés irrecevables ou qui n'ont pas été présentes devant

---

<sup>88</sup> Paris, Pôle 1 – Ch.1, 18 novembre 2010, *Gouvernement de la Région Kaliningrad c. Lituanie*, n. 09/19535, p. 3

<sup>89</sup> Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 12 avril 2016, *République de Moldavie c. Société Komstroy*, *Rev. Arb.* 2016.839

<sup>90</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op.cit.*, p. 241

<sup>91</sup> *Ibidem*

<sup>92</sup> Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group c/ République Arabe de Syrie*, *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2010, n. 3, p.529

eux. Comme nous l'avons vu *supra*, cette même approche est choisie par les juges italiens qui se qualifient ainsi de « juges du fait endo-procédural et extra-procédural »<sup>93</sup>.

Il convient toutefois de noter que cette position a été remise en discussion récemment par l'arrêt *Schooner*<sup>94</sup> de la Cour de Cassation rendu au sujet d'une procédure d'arbitrage fondé sur un TBI conclu entre les États-Unis et la Pologne. En conformité avec l'arrêt *Papillon Group*, la Cour d'Appel avait refusé d'examiner certains arguments au motif qu'ils n'avaient pas été présentés devant le tribunal. Ainsi, elle avait confirmé l'incompétence du tribunal pour connaître d'une partie des prétentions de l'investisseur. Par sa décision, la Haute Juridiction a notamment censuré cette partie de l'arrêt. La Cour explique sa décision comme suit : « *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* ».

Cet arrêt de la Cour de Cassation a une portée considérable et ce non seulement parce qu'il marque une prise de distance manifeste de la pratique des autres juridictions qui font l'objet de cette étude. Allant à l'encontre d'une tendance désormais constante dans la pratique de la Cour de Paris, la Cour de Cassation élargit ultérieurement la portée du contrôle par le juge du recours, à condition que la question de compétence ait été débattue devant le tribunal.

Concernant la possibilité d'introduire des nouveaux arguments, il convient de constater que cette possibilité avait déjà été admise dans l'arrêt *Pren Nreka*<sup>95</sup> où la Cour d'Appel avait affirmé que : « *« Considérant (...) qu'il importe peu à cet égard, contrairement à ce que plaident la République tchèque ou M. Pren Nreka sur le jeu de la règle d'estoppel, que les arguments évoqués dans la procédure d'annulation concernant l'absence de convention d'arbitrage l'aient été devant les arbitres à partir du moment où l'exception d'incompétence a été soulevée au cours de la procédure arbitrale, car il n'est pas possible d'induire du fait qu'un argument n'ait pas été précédemment évoqué devant les arbitres l'acceptation de leur*

---

<sup>93</sup> “Giudici del fatto endo-processuale et extra-processuale”, nous traduisons; E. MARINUCCI “Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello”, dans *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 1 janvier 2015, p. 176

<sup>94</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2020, n° 19-15.396, *Schooner*, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ;

<sup>95</sup> Paris, Ch. 1., 25 septembre 2008, *République Tchèque c. Pren Nreka*, n. 07/04675, p.3

*compétence par la recourante* » Dès lors, la cour considère comme suffisant le fait que l'exception d'incompétence avait été soulevée devant les arbitres. En admettant cet élargissement, tant la Cour d'Appel dans *Pren Nreka* que la Cour de Cassation dans *Schooner* se distinguent des comités CIRDI. En effet depuis l'affaire *Klöckner I*<sup>96</sup> ces derniers considèrent que la procédure d'annulation ne peut pas servir pour combler des lacunes de l'argumentation originaire, comme rappelé par le Comité dans *Lahoud c. RDC*<sup>97</sup>.

Toutefois, dans l'arrêt *Schooner* la Cour de Cassation se démarque ultérieurement de toute la jurisprudence qu'on vient d'analyser en ajoutant la possibilité de l'allégation de nouveaux éléments de preuve. Or, si le contrôle extrinsèque était déjà controversé, cet élargissement pose notamment la question de comment garantir le respect du principe de non-révision, à supposer que ce dernier soit effectivement applicable lors du contrôle de la légitimité à statuer des arbitres. Il nous semble que la jurisprudence de ceans indique vers une réponse négative à cette question d'une façon encore plus claire de son équivalente italienne.

## § 2) L'éviction du principe de non-révision devant les juges étatiques

L'intensité et l'étendue du contrôle exercé par les juges étatiques posent la question d'une possible éviction du principe de non-révision lors du contrôle de la compétence ainsi que des conséquences que cela peut avoir sur la détermination de l'existence d'un excès de pouvoir.

En France, le débat est particulièrement riche. Initialement la doctrine apparaissait favorable au contrôle entier par les juges du recours. Comme le résume Vincent Chantebout, la nécessité d'un contrôle plein trouve son fondement dans l'idée que la clause d'arbitrage permet de déroger à la compétence du juge étatique. Par autant, il s'impose de vérifier scrupuleusement l'existence d'une effective volonté des parties de se soumettre à ce mode alternatif de règlement des différends. Selon ce premier point de vue, faire autrement ouvrirait la voie aux arbitrages

---

<sup>96</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, aff. CIRDI ARB/81/2, DCAH du 3 mai 1985, § 83.

<sup>97</sup> *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. République Démocratique du Congo*, aff. CIRDI ARB/10/4, DCAH du 29 mars 2016, §141

imposés<sup>98</sup>. De surcroît, la nécessité du contrôle trouve sa justification dans le rôle du juge de « gardien des garanties essentielles offertes aux justiciables »<sup>99</sup>.

Ensuite, à partir de l'arrêt *Abela*<sup>100</sup>, deux opinions doctrinales semblent émerger selon Jérémy Jourdan Marques<sup>101</sup>. Une part de la doctrine s'est prononcée contre l'intensité pleine du contrôle de la compétence, notamment lorsque, comme dans l'affaire *Abela*, la question est étroitement liée à l'analyse des faits. La justification de cette position serait à rechercher dans le lien étroit que les questions de compétence peuvent entretenir avec le fond d'une affaire. En effet, on ne saurait nier le conséquent risque d'un véritable réexamen, qui serait contraire au principe de non-révision au fond consacré dans les deux ordres juridiques.

Une autre part de la doctrine se prononce dans le sens d'une nécessité de restreindre la sanction aux seuls vices plus graves et flagrant ainsi suggérant une forme de contrôle qui se rapproche à celle appliquée lorsque le grief invoqué porte sur le contrôle de l'ordre public<sup>102</sup>. En ce, il nous semble également opportun de voir un rapprochement à la notion d'excès adoptés *expressis verbis* par l'article 52 de la Convention CIRDI.

D'autres encore<sup>103</sup> affirment que le contrôle de la compétence ne saurait être touché par cette interdiction en ce qu'il ne vise pas à remettre en cause la volonté des parties quant plutôt à en assurer le respect : en l'absence d'une véritable attribution de pouvoir juridictionnel à l'arbitre, la volonté des parties ne serait pas respectée. C'est donc dans l'intention de garantir l'aspect conventionnel de l'arbitrage que l'éviction du principe de non-révision trouverait sa justification lors du contrôle de la compétence.

Prenant appui sur des arguments strictement liés aux catégories du droit de procédure civile, la doctrine italienne parvient à justifier le contrôle plein que la jurisprudence a désormais admis

---

<sup>98</sup> V. CHANTEBOUT, *op. cit.*, pp.209-211

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 211

<sup>100</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2010, n. 08-20.563

<sup>101</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op.cit.* p. 245

<sup>102</sup> M. BOUCARON NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013, p. 569-579

<sup>103</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op. cit.*, p. 245 ; J. PELLERIN, « Rôles et fonctions de la Cour d'appel » *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2018, n.1, pp. 43

par rapport à la compétence arbitrale<sup>104</sup>. Considérant le caractère préjudiciel des questions en cause pour toute détermination au fond du litige, la doctrine italienne soutient notamment que les demandes qui portent sur la convention d'arbitrage se qualifient d'« *eccezioni processuali* ». En raison de l'appartenance à cette catégorie, elles seraient donc soustraites à l'application du principe de non-révision du fond tout simplement parce qu'elles ne sont pas des questions relatives au fond. Le raisonnement de la doctrine s'enracine donc sur une distinction entre les « *eccezioni processuali* » qui peuvent faire l'objet d'un contrôle plein par le juge du recours et le « *merito della controversia* », à savoir la résolution du litige résultant de l'appréciation par le tribunal arbitral.

À l'instar de ce qui ressort de la doctrine majoritaire des deux pays, les plus récents apports de la jurisprudence française et italienne nous semblent aller dans le sens d'une éviction du principe lors du contrôle de la compétence. Tant sur le côté français qu'italien, nous constatons la volonté de vérifier d'une façon scrupuleuse l'intention des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage. Cet objectif ne peut que se réaliser par les biais d'un contrôle plein et extrinsèque.

Par leur choix d'un contrôle plein, les juges nationaux remettent en discussion la véritable pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence, sur lequel le dernier mot revient au juge étatique. Si cet aspect ne saurait être nouveau dans un système tel que celui italien où l'effet négatif de la compétence arbitrale n'est pas reconnu, il est étonnant de voir la même approche chez les juges français.

Il nous semble alors que par une interprétation si stricte du contrôle de la compétence le *favor* jusqu'ici accordé à l'arbitrage soit fortement remis en cause, réattribuant un rôle central au juge étatique. D'un tel contrôle par le juge de la compétence arbitrale risque d'effacer la frontière entre un recours en appel et un moyen exceptionnel tel que l'est le recours en annulation d'une sentence arbitrale. Fait au nom de la sauvegarde de la volonté des parties, ce choix risque de préjuger la stabilité de la sentence arbitrale. Si dans la pratique italienne les répercussions de ce contrôle entiers ne sont pas évidentes, faute peut être d'un nombre consistant d'arbitrages internationaux ayant siège en Italie, en revanche en France l'incrément des annulations tirés de

---

<sup>104</sup> E. MARINUCCI, *op. cit.* p. 175-180; M. GRADI, "Cognizione sulla potestas judicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale" dans *Giurisprudenza Italiana*, juillet 2016, pp. 1695-1710.

ce grief par la Cour d'Appel de Paris est avérée. Sur le long terme, ce choix peut également avoir un impact sur l'attractivité d'un pays en tant que siège.

En effet, il nous semble que, en l'absence d'une limitation ou mieux d'une autolimitation du juge, la possibilité d'un excès de pouvoir tiré de la compétence ou incompétence d'un tribunal ne soit pas à l'abri de l'arbitraire et devienne ainsi moins rare, dépendante d'un pouvoir d'analyse excessivement large.

Il conviendrait alors de restreindre la portée du contrôle et, comme le suggère François Xavier Train<sup>105</sup> : « (...) envisager que le contrôle complet — sans aucune limitation — des sentences relatives à la compétence, consacré par l'arrêt commenté, ne se traduise pas nécessairement par l'annulation de la sentence à chaque fois que le juge ne parvient pas exactement à la même conclusion que l'arbitre. En d'autres termes, à un contrôle approfondi ferait suite une sanction mesurée ,c'est-à-dire limitée aux violations les plus significatives des règles applicables à l'existence, à la validité et à la portée de la convention d'arbitrage ».

Permettant l'annulation dans le seul cas de vices suffisamment graves ou flagrants, la possibilité de la sanction de l'excès serait moins arbitraire et l'application du principe de non-révision, qui est un dogme du droit de l'arbitrage, serait véritablement respecté à tout stade de la « vie » d'une sentence arbitrale. De surcroît, cela permettrait de rapprocher les Cours à la pratique des comités *ad hoc* du CIRDI qui, comme nous avons eu lieu de constater *supra*, sont très clairs dans l'affirmer que, indépendamment de la nature du grief invoquée, le principe de non-révision est central dans le cadre d'un recours en annulation.

## **Conclusion de la Première Partie**

Nous avons pu constater que dans les trois systèmes la possibilité d'un excès de pouvoir de l'arbitre portant sur sa compétence est bien admise, la légitimité de l'arbitre à statuer étant un préalable afin que l'intégralité de son processus décisionnel sur le fond puisse rester intacte. Également, la jurisprudence analysée est concorde dans la possibilité de sanctionner tant l'excès positif, se configurant lors d'un véritable dépassement des limites tracés par la convention, que négatif, existant lors d'une omission de statuer là où la volonté des parties l'avait prévu.

---

<sup>105</sup> F.-X. TRAIN, note s/s Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2010, *Abela, Revue de l'Arbitrage*, vol. 2010, n.4, p.822

En revanche, ce qui constitue la véritable ligne de démarcation entre la pratique des comités *ad hoc* du CIRDI et des juges étatiques est l'intensité du contrôle exercé sur la légitimité de l'arbitre à statuer. Dans le système CIRDI la prévision *expressis verbis* du caractère manifeste de l'excès favorise un contrôle plus restraint, qui ne saurait remettre en discussion la compétence du tribunal arbitral que dans l'hypothèse d'un excès qui se distingue par son caractère à la fois évident et grave. Ainsi, les comités consacrent la centralité du principe de non-révision au stade de ce contrôle, en cohérence avec leur pratique lors du contrôle du respect des autres aspects du mandat arbitral qu'on verra *infra*. À l'opposé, devant les juges étatiques la constatation d'un excès de pouvoir devient le produit d'un contrôle entier et « extrinsèque », comprenant non seulement la sentence arbitrale mais également tout élément du dossier ainsi que, en France, des éventuels nouveaux éléments soumis par les parties. Justifié par le caractère préliminaire des questions de compétence et par l'intention de vérifier la véritable volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, ce choix marque la mise à l'écart du principe de non-révision lors du contrôle de la compétence arbitrale devant les juges étatiques.

## Partie II :

### L'excès de pouvoir comme non-respect des critères de décision

Nous avons considéré dans notre introduction que l'excès de pouvoir trouve son fondement dans le dépassement du mandat du tribunal arbitral en tant que source d'un ensemble de pouvoirs inhérents nécessaires pour remplir le rôle juridictionnel. Le premier pouvoir qui s'exprime dans le cadre de la procédure arbitrale, on l'a vu, c'est le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa légitimité à connaître du différend. Une fois la compétence établie, le tribunal est appelé à véritablement exercer sa mission juridictionnelle, à savoir trancher le litige. Il s'agira de vérifier quelles formes d'excès de pouvoir arbitrale peuvent être sanctionnés concernant l'exercice de ce pouvoir.

#### Chapitre I. L'excès sanctionné

Tant les lois nationales et la Convention de Washington que les règlements d'arbitrage<sup>106</sup> attribuent aux parties la liberté de déterminer la loi applicable au fond du litige. Si la volonté des parties représente la source des pouvoirs arbitrales, à *contrario* nous pouvons tirer de l'élection de la loi applicable au fond une obligation pour l'arbitre de l'appliquer, dont le non-respect pourrait être sanctionné par la nullité de la sentence arbitrale.

#### Section I. L'excès en tant que non-application de la loi applicable au fond

Nous allons voir que la pratique témoigne de l'existence d'un excès concernant la loi applicable au fond dans deux hypothèses. Ce dernier est sanctionné devant les juges étatiques lors d'une

---

<sup>106</sup> Article 35.1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : « *Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée.* » ; Article 21.1 Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International : « *Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées* » ; art. 3 Règlement de la Chambre Arbitrale Nationale et Internationale de Milan : « *2. Il Tribunale Arbitrale decide secondo le norme scelte dalle parti; 3. In difetto della concorde indicazione prevista dal comma 2, il Tribunale Arbitrale applica le norme che ritiene appropriate, tenuto conto della natura del rapporto, della qualità delle parti e di ogni altra circostanza rilevante nel caso di specie.* » ;

violation manifeste de la volonté expresse des parties (1). Devant les comités *ad hoc*, l'excès se résolve dans une violation flagrante de l'article 42 de la Convention (2).

### § 1) Une violation flagrante d'une volonté expresse

La liberté des parties de choisir la loi applicable au fond du litige est un principe que nous retrouvons dans la plupart des lois nationales en matière d'arbitrage. Les deux ordres juridiques qui font l'objet de cette étude ne sont pas une exception. Il est clair que l'existence de ce principe, unie bien évidemment à la volonté expresse des parties, font en sorte que les arbitres soient tenus à se conformer à la loi indiquée dans la convention. Toutefois, la pratique témoigne de décisions s'éloignant du choix de loi applicable faite par les parties. À la rigueur, si la convention d'arbitrage représente la source du pouvoir arbitrale, la non-application de la loi indiquée devrait représenter un excès.

Dans l'ordre juridique italien, l'autonomie des parties dans la détermination du droit applicable au fond du litige résulte d'une lecture combinée des articles 816-*bis* et 822 du Code de Procédure Civile italien. Plus précisément, le premier consacre la liberté des parties de déterminer les règles que les arbitres doivent suivre par les biais de la convention d'arbitrage ou bien d'un acte séparé, pourvu que celui-ci soit antérieur à l'instauration de la procédure<sup>107</sup>. Le second énonce que les arbitres doivent statuer en droit, sauf demande expresse d'une décision en équité<sup>108</sup>. Il convient de préciser que la liberté attribuée dans le choix de la loi ne saurait être équivalente à une obligation de l'expliciter. Ainsi, il s'impose à l'arbitre de vérifier si un accord tacite s'est formé entre les parties par la prise en compte de toute circonstance factuelle inhérente au litige.

En revanche, contrairement à son équivalente française, le Législateur italien ne codifie pas la discipline à défaut de choix expresse des parties. Telle prévision était présente à l'ancien article 834 CPCI et elle imposait l'application de la loi avec laquelle le rapport juridique entre les

---

<sup>107</sup> Nous traduisons; l'article énonce comme suit: "*Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno (...).*"

<sup>108</sup> L'article 822 CPCI énonce comme suit: "*Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti li abbiano autorizzati con qualsiasi espressione a pronunciare secondo equità*"

parties avait les liens les plus étroits, prenant en compte les indications contractuelles et les usages du commerce. Nonobstant son abrogation par la réforme de 2006, la doctrine est concorde dans l'affirmer que la discipline reste substantiellement inchangée, l'arbitre étant donc appelé à choisir la loi la mieux connectée au litige en l'espèce.<sup>109</sup>

En France, la discipline du choix de la loi applicable est inscrite à l'article 1511 CPC selon lequel : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ». Dans le plein respect de la nature conventionnelle de l'arbitrage, le Législateur français consacre d'une part l'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable et à défaut, la liberté du tribunal arbitral de la déterminer.

Ainsi, le choix de la loi applicable devient l'un des éléments qui peuvent assortir la mission arbitrale, qui, on le sait, ne doit pas être identifiée dans la convention d'arbitrage, cette dernière étant uniquement le préalable à l'existence d'une mission<sup>110</sup>. Comme le précise la Cour de Cassation, « *la mission de l'arbitre, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties* »<sup>111</sup>.

Le cadre législatif de ceans permet d'établir quels sont les libertés des parties et les conséquents pouvoirs de l'arbitre dans les deux ordres juridiques. Or, si le fondement du pouvoir arbitrale, on le sait, se retrouve dans la volonté des parties et que le choix de la loi applicable est une déclinaison de cette dernière, en toute logique un excès se constitue lorsque telle volonté n'est pas respectée. De la même manière, à première vue on pourrait envisager un excès lorsque, à défaut d'une indication des parties, le tribunal a fait une mauvaise application des règles qui doivent guider sa détermination.

L'admissibilité d'un motif d'annulation tiré d'une erreur portant sur la loi applicable au fond n'est pas discutée. À défaut d'un cas d'ouverture visant un plus général dépassement de la mission arbitrale, la doctrine italienne considère que le grief est invocable aux sens de l'article 829 §1 n°4 CPCI<sup>112</sup>. Visant à la rigueur le dépassement de la convention d'arbitrage, le cas

---

<sup>109</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op.cit.*, p. 69; M. BENEDETTELLI, *op.cit.*, p. 319-320

<sup>110</sup> P. GIRAUD, *op.cit.*, p. 52

<sup>111</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1996, n° 94-13.092

<sup>112</sup> M. BENEDETTELLI, *op.cit.*, p. 409

d'ouverture revêt alors la fonction de l'article 1520 n°3 CPCF qui permet en France de sanctionner la violation de la mission arbitrale.

En Italie la doctrine considère que l'excès de pouvoir du tribunal tiré de l'application au fond d'une loi erronée peut être sanctionné uniquement lorsque le choix de la loi et des règles de conflit de loi sont expressément indiqués.<sup>113</sup> On ne saurait mettre en discussion cette possibilité pour la simple et bonne raison que, du moment où d'une telle volonté des parties est explicitée, elle intègre l'engagement juridictionnel en tant que dévolution de pouvoir. Dès lors, le tribunal est tenu à la respecter et toute violation doit être sanctionnée par le juge du recours en sa fonction de garant de la légitimité de la procédure arbitrale. Par conséquent, le seul cas envisageable d'un excès serait celle de l'application d'un droit autre que celui indiqué par les parties.

Une telle limitation a également une autre conséquence : un mauvais choix de la loi applicable à défaut d'indication des parties ne saurait pas constituer un *error in procedendo* qualifiable d'excès de pouvoir. Selon la doctrine l'invocation de ce grief serait admissible uniquement en tant que *error in iudicando* aux sens de l'article 829 §3 CPCI, pourvu que les conditions imposées pour l'invocabilité d'une telle erreur soient remplies<sup>114</sup>. En effet, contrairement au droit français et à la Convention de Washington, le droit italien codifie explicitement la possibilité de contester *l'error in iudicando* du tribunal arbitral, qui reste toutefois subordonné à une prévision expresse par la volonté des parties ou de la loi. Par conséquent, à défaut d'une expresse accord des parties sur l'admissibilité du contrôle de *l'error in iudicando*, le choix erroné de la part de l'arbitre de la loi applicable au fond ne saurait être sanctionné.

Or, l'excès relatif au droit applicable au fond est un cas de figure très limitée par la configuration du droit italien. Il en ressort un système qui favorise certes la stabilité de la sentence arbitrale, mais qui de l'autre côté attribue un large pouvoir à l'arbitre. Toutefois, considérant que dans la pratique du commerce international l'absence d'une détermination de la loi applicable est un phénomène rare, la crainte d'un abus de ce pouvoir s'avère peu justifiée.

La même approche se retrouve en France où, comme l'observe Jean-Baptiste Racine<sup>115</sup>, le grief « fourre-tout » de la violation de la mission de l'arbitre fait l'objet d'une interprétation

---

<sup>113</sup> M. BOVE, "L'impugnazione per nullità del lodo rituale", *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 1, 2009, p. 19 ; M.BENEDETTELLI, *op.cit.*, p. 409

<sup>114</sup> *Ibidem*

<sup>115</sup>J-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, pp. 588

restrictive par la jurisprudence. Toutefois, le choix de la loi applicable étant une règle spécifique qui assortit la mission arbitrale, il va de soi que son non-respect peut être sanctionnée au titre de cet article. La question qui demeure est celle de vérifier dans quelles hypothèses.

Bien que les annulations rendue à ce titre soient rares dans la pratique, la possibilité de sanctionner ce vice est admise par la jurisprudence française. La Cour d'Appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet dans un arrêt de 2003 où il été reproché au tribunal une violation de sa mission tirée de l'application du droit français au litige au fond alors que l'élection du droit ivoirien résultait expressément de l'acte de mission<sup>116</sup>. Afin de motiver son choix, l'arbitre avait mis en exergue d'une part le fait que les écritures des parties ne visaient que le droit français et le respectif code civil, de l'autre le constat de la consécration du principe de continuité législative par la Constitution ivoirienne de 1960. Ce dernier reconnaissant l'applicabilité du droit français sauf dans l'hypothèse des loi spéciales, il permettait l'application de la loi française au cas en l'espèce. Rejetant le grief, la Cour de Paris confirme la décision de l'arbitre unique en ce que le fait de considérer les deux lois comme équivalentes était conforme à la volonté des parties telle que résultant de leurs plaidoiries et soumissions dans le cadre de la procédure arbitrale.

La Cour parvient à cette solution en faisant application des règles de conflit de loi françaises. Pour cette raison, elle a pu faire l'objet de critique d'une part de la doctrine qui considère que quand bien même il conclue dans le même sens, le raisonnement du juge du recours aurait dû être fondé sur le fait que dans son analyse il est tenu à appliquer la loi du siège. Or, puisque la loi française pertinente en l'espèce prévoit que l'arbitre soit liée par la loi choisie par les parties, la décision aurait été également légitime<sup>117</sup>.

En effet, s'il est vrai que la loi individuée par l'acte de mission à un poids considérable, il faut également considérer que la décision du juge du recours doit se faire à l'aune d'un examen extrinsèque, qui prend en compte non seulement la sentence mais également tout autre fait inhérent à la procédure. Ainsi, nous ne pouvons que constater que c'est à bon droit que la Cour d'Appel de Paris a confirmé la solution de l'arbitre unique, prise sur le fondement du comportement des parties dans le cadre de la procédure arbitrale ainsi que d'une interprétation

---

<sup>116</sup> Paris, 16 janv. 2003, *Sté Keen Lloyd Resources limited c/ Sté Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire*, Revue Trimestrielle de droit commercial, 2003, p.487, obs. E. LOQUIN

<sup>117</sup> *Ibidem*

du droit choisi par les parties, qui ne saurait être contesté sans risque une violation du principe de non-révision au fond.

La Cour d'Appel s'est prononcée dans le même sens plus récemment dans un litige opposant une société française à une autre ayant son siège à Hong Kong.<sup>118</sup> Invoquant l'article 1520 n°3 du Code de Procédure Civile, cette dernière contestait une violation de la mission arbitrale tirée de l'application dans des passages déterminants de la sentence d'une loi fédérale américaine et d'une pratique dérivant de cette dernière à la place du droit français, désigné comme applicable aux contrats entre les deux et au fond du litige. En particulier, il été reproché l'application des indices de corruption potentielle découlant de la loi fédérale américaine, à la place de l'utilisation de la technique des faisceaux d'indices appliquée en France.

Rejetant le grief, la Cour considère que c'est à bon droit que le tribunal a pris en compte certaines indices tels qu'identifiés par la loi américaine. En ce que la loi française qui porte les exemples de faisceaux indices de contrat de corruption ne prévoit pas une liste limitative, la prise en compte des indices résultant de la loi américaine ne saurait être équivalente à une application de la loi américaine. Par ailleurs, dans la mesure où la décision arbitrale se fonde sur l'existence d'indices « graves, précis, concordants » comme indiqué par le droit français suffit à la Cour pour établir l'absence de toute violation de la mission arbitrale. La prise en compte de ces trois conditions est donc selon la Cour la preuve de l'application du droit français et de la conséquente conformité au choix de loi applicable au fond fait par les parties.

Ainsi, la Cour d'Appel est claire dans l'affirmer que si la non-application du droit choisi peut constituer une violation de la mission arbitrale, elle ne peut pas être intégrée par une simple prise en considération d'un autre droit.

Ces deux arrêts sont emblématiques pour vérifier la portée et l'intensité du contrôle exercé par le juge étatique à ce stade qui est essentielle pour déterminer la notion d'excès de pouvoir en cause. Concernant l'étendue du contrôle de la mission arbitrale, à la lumière d'une jurisprudence désormais constante depuis l'arrêt *SPP contre Egypte*<sup>119</sup>, la doctrine considère que l'examen doit être en fait et en droit<sup>120</sup>. En vertu de cela, la juge a la possibilité de prendre

---

<sup>118</sup> Paris, Pôle 05 ch. 16, 15 septembre 2020, n° 19/09058

<sup>119</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, *SPP c. Egypt*, *Revue de l'Arbitrage*. 1987, p. 469

<sup>120</sup> J. PELLERIN, *op. cit.* p. 46

en compte non seulement la sentence mais également tout élément du dossier de la procédure arbitrale, y compris les soumissions des parties comme dans les affaires susvisées. Ainsi, nous pouvons constater une identité avec l'étendue de l'examen effectué lors de l'invocation de l'article 1520 n°1 relatif à la compétence arbitrale. Or, pour constater la violation, le juge du recours doit effectuer une comparaison entre la sentence et ce qui est demandé au tribunal. Toutefois, comme l'observe Jérémy Jourdan Marques, « *c'est dans la sentence que le juge trouvera les éléments nécessaires pour constater la violation de la mission* »<sup>121</sup>.

L'autre question qui se pose par rapport à ce grief est celle de l'intensité du contrôle. Si dans le cadre du contrôle de la compétence on se pose la question de la pertinence du principe de non-révision, il n'en va pas de même pour les questions relatives à la mission du tribunal arbitral. À ce stade, la doctrine est concorde sur l'applicabilité du principe aux fins d'attribuer à l'arbitre la maîtrise du litige, ce qui ne saurait être garanti si on admettait la possibilité pour le juge du recours de contester le raisonnement ou le bien-fondé de la décision arbitrale<sup>122</sup>.

Or, considérant d'une par le contrôle entier et de l'autre l'interdiction de toute révision au fond, force est de constater que, tout comme la possibilité d'un excès tiré d'une erreur portant sur le droit applicable s'avère limité aux erreurs manifestes, voir grossières. Des lors, on peut constater que concernant cette forme d'excès, la jurisprudence est constante depuis longtemps, en ce que l'idée d'un excès en tant que la violation flagrante de la volonté expresse des parties ressort à partir d'un arrêt de 1988 de la Cour d'Appel de Paris.<sup>123</sup> En ce, nous constatons alors une identité entre la jurisprudence française et italienne, qui excluent d'envisager un excès dans une erreur dans la détermination de la loi applicable à défaut de choix volonté des parties.

## **§ 2) Une violation flagrante de l'article 42 de la Convention de Washington**

---

<sup>121</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op. cit.*, p.254-255

<sup>122</sup> J-B. RACINE, *op. cit.*, pp. 588 ; J.JOURDAN-MARQUES, *op. cit.*, p. 254 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIDT, *op. cit.*, p.

<sup>123</sup> Paris, 10 mars 1988, *Revue de l'arbitrage*, 1989. 269, note Ph. Fouchard

À l'instar des deux ordres juridiques qu'on vient d'analyser, l'article 42 de la Convention de Washington consacre le principe de liberté du choix de la loi applicable au fond du litige<sup>124</sup>. En garantissant cette autonomie aux parties, la Convention vise à assurer la flexibilité de la procédure arbitrale. Typiquement, lorsque l'engagement juridictionnel dérive d'une loi nationale ou d'un traité, ces derniers prévoient une clause relative à la loi applicable. Ainsi, l'accord des parties sera formé au moment du dépôt de la requête d'arbitrage par l'investisseur, en conformité avec la théorie dite de « *l'arbitrage sans lien direct* » ou « *arbitration without privity* »<sup>125</sup>.

Il convient de préciser que l'article fait référence aux « règles de droit » (« rules of law » dans la version anglaise) choisie par les parties, ce qui donc implique la possibilité de ne pas être tenu par l'intégralité des règles d'un seul système juridique mais plutôt de combiner, sélectionner ou bien exclure certaines règles ou ensembles de règle ou encore de se référer à plusieurs systèmes juridiques cumulativement.

Dans le but d'une majeure sécurité juridique, la Convention prévoit également un encadrement pour l'hypothèse d'absence de précision sur la loi applicable au fond statuant que : « *Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

Or, l'article 42 permet de distinguer les deux étapes du processus décisionnel à travers lequel le tribunal doit déterminer la loi applicable : d'abord, il devra vérifier l'existence d'un accord sur cette dernière ; à défaut, il devra appliquer le droit de l'Etat partie au différend ainsi que les principes de droit international applicables en la matière.

---

<sup>124</sup> Concernant uniquement la décision au fond du litige, il convient de préciser que les questions inhérentes à la procédure et à la compétence arbitrale sont exclues du champ d'application de cette disposition.

<sup>125</sup> L'« arbitration without privity » représente, selon le Professeur Santulli, une « variante de la clause compromissoire classique ». Par cette technique, la présentation de la requête d'arbitrage de la part de l'investisseur constitue l'acceptation de l'offre d'arbitrage contenue dans la clause de règlement de différends prévue dans un traité d'investissement ou bien dans une loi nationale ; C. SANTULLI, *op.cit.*, pp. 128-131 ;

L'article 52 de la Convention de Washington, on le sait, ne précise pas quels sont les pouvoirs arbitraux dont le non-respect peut entraîner l'annulation de la sentence. Cependant, l'existence d'un débat sur la possibilité d'inclure un grief tiré d'une « *failure to apply the proper law* » ressort des travaux préparatoires où Aron Broches précisa que l'application d'une loi autre que celle choisie par les parties peut constituer un excès de pouvoir.<sup>126</sup>

Bien que la nécessité d'un motif d'annulation autonome n'ait pas été retenue, la pratique des comités *ad hoc* du CIRDI nous permet d'affirmer que constitue excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52 de la Convention le non-respect de la loi choisie par les parties ou le mauvais choix de loi applicable à défaut de ladite précision.

La consécration jurisprudentielle de cette forme d'excès de pouvoir remonte à la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Klöckner I*<sup>127</sup>. Par son argument, l'investisseur *Klöckner* reprochait au tribunal un excès de pouvoir manifeste au motif de la violation de l'article 42 §1 de la Convention de Washington. Il affirmait notamment l'obligation pour le tribunal de statuer en appliquant la loi que lui-même avait identifié comme applicable au fond, à savoir la loi camerounienne. Le comité saisit cette occasion pour préciser la portée de l'article 42 et son rapport avec le recours en annulation. En soulignant la nécessité d'une mise en contexte de l'article, il met en exergue qu'il serait erroné de croire que la formulation de l'article 42 ne saurait prévoir aucune sanction pour un tribunal qui n'applique pas la loi choisie par les parties. Prenant appui sur le précédent posé par la décision de la Cour Permanente d'arbitrage dans l'affaire *Orinoco Steamships*, le comité considère alors qu'un excès peut s'avérer lors d'une mésinterprétation ou non-application des prévisions de la convention d'arbitrage, qui comprennent notamment celle relative à la loi applicable.

La même position est confirmée quelques ans après dans *MINE contre Guinée*<sup>128</sup> où le comité est en revanche plus claire et détaillé dans sa réponse. En l'espèce, la République de Guinée avançait que “ *the Tribunal failed to apply any law whatsoever, much less correct law* ”<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Procès-verbal sommaire de la réunion du comité juridique du 20 juillet 1964, *Historique de la Convention CIRDI*, *op. cit.*, vol. II-1, p. 458 spéc. p. 518

<sup>127</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e.a. contre United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Affaire CIRDI No. ARB/81/2, DCAH du 3 mai 1985, §57

<sup>128</sup> *Maritime International Nominees Establishment contre République de Guinée*, Affaire CIRDI No. ARB/84/4, DCAH du 22 décembre 1989, §5.03

<sup>129</sup> *Ibidem* §5.02

Le comité observe que l'importance de l'article 42 tient à deux aspects. D'un part, en imposant aux tribunal le respect de la loi choisie par les parties, il garantit et réaffirme leur liberté et autonomie. De l'autre, le choix de la loi applicable au fond constitue explicitement une partie de l'*arbitration agreement*.

Or, ces deux décisions sont un exemple du fait que la jurisprudence plus ancienne des comités du CIRDI est constante dans l'affirmer que l'article attribue certe une liberté aux parties, mais il vise très clairement à introduire une contrainte pour les arbitres. Cette considération nous rappelle une fois de plus la dimension conventionnelle des pouvoirs du tribunal arbitral.

De surcroît, il nous semble opportun d'entendre l'expression « arbitration agreement » utilisée dans *MINE contre Guinée* dans son sens large, comme englobant la convention d'arbitrage et son « produit juridique », à savoir la dévolution de pouvoir juridictionnel. D'une telle vision permettrait de consacrer une protection plus ample comprenant les hypothèses où la loi choisie n'est pas explicitée clairement dans l'acte-source des pouvoirs arbitraux, ce qui n'est pas une éventualité si rare dans le domaine de l'arbitrage en investissements. En effet, comme le resume Yas Banifatemi : « *Most investment treaties do not contain an express choice of law. Where such choice exists, the situations can broadly be categorized as follows. Almost always, the dispute is to be decided "in accordance with the provisions of the Agreement" itself. Frequently, the bilateral investment treaty is applicable in conjunction with "the principles of international law" or "the applicable rules of international law." This is also the case for multilateral treaties containing investment protection rules such as the NAFTA and the Energy Charter Treaty.* »<sup>130</sup>.

Quant à l'existence d'un excès de pouvoir tiré du non-respect de l'article 42 de la Convention les décisions susvisées ne sont pas remises en cause par la pratique plus récente des comités du CIRDI. Ainsi, l'idée est réaffirmée dans la décision *Wena contre Egypte*<sup>131</sup> qui convient de mentionner en raison de la précision qu'elle apporte sur l'étendue des pouvoirs du comité dans la détermination de l'excès en cause. Considérant que l'article 42 de la Convention prévoit à

---

<sup>130</sup> Y. BANIFATEMI, "The Law Applicable to Investment Treaty Arbitration", in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, K. Yannaca-Small (ed), Oxford, OUP, 2010, pp.191-210, spec. p. 196-197

<sup>131</sup> *Wena Hotels Ltd. contre République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI No. ARB/98/4, DCAH 5 février 2002, §39

défaut d'accord des parties un *favor* pour la loi du pays d'accueil de l'investissement ainsi que l'application des règles du droit international, le comité se penche sur l'importance qui doit être accordée aux principes de droit international. Comme observé par la doctrine<sup>132</sup>, dans *Klöckner* le comité s'était prononcé dans le sens d'un rôle duale de ces principes, à savoir complémentaire dans le cas d'une lacune du droit interne ou correctif si ce dernier ne se conformait pleinement auxdites principes. En tout état de cause, il s'agissait d'un rôle supplétif, dont la portée devait être établie une fois le droit interne applicable déterminé. Dès lors, une violation pouvait être constatée en l'absence d'une priorité accordée au droit interne.

En revanche, par sa décision le comité dans *Wena* affirme que ces deux sources ont toutes les deux un rôle en tant que loi applicable à défaut de choix des parties, sans établir une hiérarchie. Selon le comité, l'opportunité de l'application de l'une ou de l'autre dépend exclusivement des circonstances en l'espèce et de la question posée au tribunal<sup>133</sup>. Ainsi, les règles du droit international peuvent être appliquées comme étant le droit approprié de la même manière que le droit de l'État hôte, sans nécessité d'une lacune de ce dernier, si les circonstances le permettent.

En raison de l'approche innovatrice proposée, la décision *Wena* représente un précédent jurisprudentiel très important et elle a consacré une tendance des tribunaux et des comités allant dans le sens d'une approche « horizontale » au choix de la loi applicable.<sup>134</sup> L'apport fondamentale de cette jurisprudence réside dans le fait qu'elle attribue à l'arbitre une marge de manœuvre plus ample quant à la détermination du droit applicable que celle qui ressort à première vue de l'article 42 de la Convention. En ce faisant, la décision reconnaît le rôle essentiel que le droit international doit jouer en matière d'arbitrage entre investisseur et État.

En effet, comme le rappelle justement Yas Banifatemi, ce type d'arbitrage se distingue des autres car il touche à la fois à des problématiques qui ne peuvent que trouver leur solution dans

---

<sup>132</sup> M. SASSON, 'Chapter 10: The Applicable Law and the ICSID Convention', in C. BALTAG, *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International 2016, pp. 273 - 300

<sup>133</sup> *Wena Hotels Ltd. contre République Arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI No. ARB/98/4, DCAH 5 février 2002, §39

<sup>134</sup> C. LEBEN, *op. cit.*, p. 849

le droit international ainsi que à d'autres qui la trouvent uniquement dans le droit interne.<sup>135</sup> Dès lors, la possibilité pour l'arbitre d'exercer une majeure liberté dans la détermination du droit applicable se révèle essentielle pour respecter la nature particulière de ce type d'arbitrage.

Or, quelle que soit l'approche suivie, il demeure indiscuté que le tribunal doit effectuer une enquête approfondie et ancré aux circonstances en l'espèce afin d'un correct exercice du pouvoir en cause. L'attribution d'une marge de manœuvre ne signifie pas pour autant que le tribunal jouit d'un pouvoir illimité. Ainsi, le choix du tribunal peut et doit faire l'objet d'une analyse lors du recours en annulation devant les comités. Toutefois, ces derniers sont plus rigides dans la délimitation de l'étendue de leurs pouvoirs. Force est de constater qu'ils sont constants dans la délimitation de leur rôle à la seule vérification de l'application de la loi appropriée, soit-elle choisie par les parties ou déterminée à défaut par le tribunal.

À titre d'exemple, dans *CDC contre Seychelles*, le comité limite son rôle en affirmant d'être uniquement appelé à vérifier si en l'espèce la sentence était fondée sur le droit anglais et non pas si ce dernier avait été correctement appliqué<sup>136</sup>. Cette réponse est emblématique de la production juridictionnelle plus récente, qui se concentre notamment sur la distinction entre le grief de non-respect de l'article 42 de la Convention tel que déterminé par la jurisprudence qu'on vient d'analyser et celui de l'erreur de droit où mal jugé. Nous retrouvons d'une telle distinction dans *Enron*<sup>137</sup> où le comité, tout en affirmant la difficulté qui peut survenir lorsqu'il s'agit de les cerner, envisage l'existence de deux cas de figures distincts, l'un constituant un motif d'annulation et l'autre qui ne le constitue pas. Cette position est aussi reprise dans l'analyse du comité dans *UAB c Lituanie* qui remet au centre l'idée de la nécessité du caractère manifeste de l'excès et affirme que "*what matters is that the Tribunal did not misinterpret or misapply the proper applicable law or that it did so in a gross or egregious manner*"<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> Y. BANIFATEMI, "The Law Applicable to Investment Treaty Arbitration", in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, K. Yannaca-Small (ed), Oxford, OUP, 2010, pp.191-210, spéc. p. 204

<sup>136</sup> *CDC Group PLC contre République de Seychelles*, Affaire CIRDI n. ARB/05/10, DCAH du 29 Juin 2005, §45

<sup>137</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/3, DCAH du 30 juillet 2010, § 68

<sup>138</sup> *UAB E. Energija c. République de Lettonie*, aff. CIRDI n° ARB/12/33, DCAH 8 avril 2020, §§107 ; 154

Il conviendra d'approfondir cette question dans le chapitre suivante en raison du débat engendré sur la possibilité d'un élargissement de la notion d'excès de pouvoir dans le système du CIRDI. En revanche, ce qui demeure indiscuté est la possibilité de sanctionner la violation du critère de décision au sens de l'article 42 §3 de la Convention de Washington.

## **Section II. L'excès en tant que violation du critère de décision en droit ou en équité**

Il s'agira ici de constater que toute prise en compte de l'équité dans le cadre d'une procédure arbitrale ne constitue pas un excès de pouvoir. En effet, si l'étymologie du terme « juridiction » renvoi à l'idée d'une décision rendue en droit, le rôle des considérations équitables ne saurait être exclu de tout processus décisionnel. L'excès est alors sanctionné devant les juges étatiques lors d'une grave méconnaissance du critère de décision, déterminée en fonction de l'impact du non-respect du critère décisionnel sur le résultat de la décision (1). De même, toute prise en compte de l'équité n'est pas sanctionnée en tant qu'excès de pouvoir manifeste devant les comités ad hoc (2).

### **§1) Une grave méconnaissance du critère de décision, l'approche des juges étatiques**

Concernant le rôle de l'équité dans le cadre d'une procédure arbitrale, le droit italien et celui français ne sont pas très distants l'un de l'autre. On le sait, la prémisse étant celle de l'autonomie des parties, il est possible – bien que rare - qu'elles choisissent de voir leur litige tranché non pas en droit mais *ex aequo et bono*. Cette possibilité est inscrite dans le droit de procédure civile des deux pays, respectivement à l'article 822 CPCI et 1512 CPCF.

Comme il ressort de l'article 1512 CPCF, la décision en amiable composition intègre alors la mission arbitrale du moment où les parties expriment cette volonté. C'est donc en toute logique que l'invocation de son non-respect soit reconduite à l'article 1520 n.3 CPCF. Les mêmes considérations valent pour l'ordre juridique italien, où en l'absence d'un motif d'annulation explicite qui tienne à une violation du mandat arbitrale comme nous l'avons vu *supra*, la doctrine reconduit le grief à l'article 829 §1 n.4 CPCI.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p.137; M. BENEDETTELLI, *op.cit.*, p. 409

En Italie, la *Corte di Cassazione* adopte une approche différente selon que le grief soit relatif à l'arbitre chargé de statuer en équité ou en droit. La Cour est constante dans l'affirmer qu'un arbitre statuant en équité ne violerait pas sa mission en faisant recours au droit s'il estime que les deux sources concordent et conduiraient pour autant au même résultat, à condition que ce choix soit suffisamment motivé dans la sentence<sup>140</sup>.

Une position moins souple est en revanche adoptée à l'encontre de l'arbitre étant investi du pouvoir de statuer en droit mais qui aurait statué en équité. Dans ce cas, jurisprudence<sup>141</sup> et doctrine concordent dans la possibilité de sanctionner la nullité de la sentence. En effet, si d'une telle volonté ressort explicitement de la convention d'arbitrage, source des pouvoirs de l'arbitre, force est de constater l'existence manifeste d'un excès de pouvoir.

Toutefois, la nature de ce vice demeure discutée en ce que selon certains il devrait se qualifier *d'error in procedendo*<sup>142</sup> alors que selon d'autres *d'error in iudicando*<sup>143</sup> au sens de l'article 829 §3 CPCI. La première position s'explique dans la volonté de privilégier le fait que la précision du critère de décision est comprise dans le mandat arbitral et doit pour autant faire impérativement l'objet d'un contrôle ; l'autre trouve sa justification dans l'idée de favoriser la stabilité de la sentence arbitrale. En effet, le choix de qualifier cette erreur *d'error in iudicando* peut limiter le contrôle du juge du recours. Comme nous l'avons vu *supra*, d'une telle distinction a un impact notable sur les pouvoirs de contrôle du juge étatique et sur la conséquente sanction d'un excès en ce que la sanction de nullité tirée d'un *error in iudicando* est uniquement possible lorsque la volonté de garantir un tel pouvoir au juge du recours est explicité par les parties. En revanche, la possibilité de sanctionner les *errores in procedendo* n'est pas soumise à la volonté des parties.

Considérant la centralité du principe de non-révision du fond dans le cadre du recours en annulation affirmé par la *Corte di Cassazione*<sup>144</sup>, il semble alors que le seul excès pouvant

---

<sup>140</sup> Cass. Civ. sez. I, 20 janvier 2006, n.1183; Cassazione civile sez. I, 13 juillet 2021 n.19949

<sup>141</sup> Cass. Civ. sez. I, 11 avril 1983, n.2550

<sup>142</sup> M. BENEDETTELLI, *op.cit.*, p. 409

<sup>143</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p.137;

<sup>144</sup> Cass. Civ. , Sez. I, 8 juin 2007, n. 13511

fonder la nullité de la sentence devrait avoir un caractère évident et flagrant, quel que soit le choix de qualification du grief en cause.

Le même débat ne se retrouve pas en France. Comme l'affirme Eric Loquin, il n'est pas opportun de sanctionner d'une telle violation comme mal jugé car « *la situation de l'arbitre, à l'égard du droit, est différente. Les obligations de l'arbitre, quant à l'application du droit, résultent non plus de sa fonction, mais de la mission qu'il a reçue des parties. S'il doit respecter telle règle de droit, c'est en raison de la volonté de ces dernières d'être soumises à la règle.*»<sup>145</sup>.

Sans surprise, la jurisprudence admet alors tant l'annulation d'une sentence rendue par un tribunal usurpant les pouvoirs d'amiable compositeur, que d'une sentence rendue par un amiable compositeur ne faisant pas usage de ses pouvoirs où la violation du critère de décision en droit est sanctionnée au sens de l'article 1520 n°3 portant sur la mission arbitrale.<sup>146</sup>

En revanche, ce qui fait objet de débat est l'opportunité de la sanction de nullité lorsque la décision prend en compte des considérations équitables alors que l'acte de mission arbitrale indiquait l'un ou l'autre critère de décision. Si la question ne semble pas se poser devant les juridictions italiennes, en revanche en France elle a été développée.

Afin de ne pas fragiliser la sentence même d'une part et de garantir le respect de la volonté des parties et de l'autre, il convient de partager l'opinion doctrinale qui préconise une interprétation stricte du grief, prenant appui sur une jurisprudence constante à partir d'un arrêt de la Cour de Cassation de 1980<sup>147</sup>.

Comme le considère Eric Loquin, la jurisprudence favorise une nuance dans l'interprétation du grief en considérant que la seule référence aux critères de l'équité ne saurait être la seule condition pour constituer le vice en cause. Ainsi, le grief devrait être limité aux seules hypothèses où le recours à l'équité aurait un impact concret sur la solution donnée, qui aurait pu

---

<sup>145</sup> E. LOQUIN, 'Note – 12 octobre 2011, Cour de cassation (1re Ch. civ.); 1er février 2012, Cour de cassation (1re Ch. civ.)', *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2012, pp. 95 - 107

<sup>146</sup> B. LE BARS, J. DALMASSO, *International Commercial Arbitration – Landmark decisions of French Arbitration Law*, Paris, LexisNexis, 2019;

<sup>147</sup> Cass. civ. 2e, 30 septembre 1981, n° 80-13.177

être différente en faisant application des critères de droit. Cette position est fondée notamment sur le constat que très souvent le contenu de l'équité et du droit conduit souvent aux mêmes solutions<sup>148</sup>. Cela ne signifie pas que la seule absence des termes exprès « équité » ou « amiable composition » doit conduire à rejeter une demande d'annulation. En effet, le recours à l'équité pourrait aussi bien ressortir de la motivation de la sentence en l'absence d'une référence expresse à l'équité, ce qui impose alors au juge d'annulation de vérifier scrupuleusement le raisonnement du tribunal, comme on peut le tirer à *contrario* d'un arrêt rendu par la Cour de Cassation en 2011<sup>149</sup>.

En revanche, concernant l'hypothèse inverse, à savoir celle d'un amiable compositeur statuant en droit, la Cour de Cassation<sup>150</sup> affirme que « (...) *le tribunal arbitral, auquel les parties avaient conféré mission de statuer comme amiable compositeur, devait faire ressortir dans sa sentence qu'il avait pris en compte l'équité* ». En affirmant que la prise en compte de l'équité doit ressortir clairement de la décision, elle adopte un critère formel.

Il se pose donc la question de comment contrôler cette éventuelle violation. Si la jurisprudence préconise un critère formel pour la constitution du vice, la doctrine décourage une approche également formelle lors du contrôle, à savoir limitée à la recherche des termes de l'équité et avance l'idée d'un contrôle de l'intention du tribunal qui peut aussi bien être dirigée vers une décision en équité même sans y faire référence expresse<sup>151</sup>. En ce qu'un contrôle formel pourrait limiter excessivement les hypothèses se qualifiant d'excès, l'option d'un contrôle de l'intention du tribunal nous semble plus pertinente encore une fois pour garantir les deux objectifs du recours en annulation, à savoir le respect de la volonté des parties et la légitimité de la sentence. Tout comme pour le cas de l'arbitre méconnaissant sa mission de statuer en droit, cela devrait passer pour un examen de la motivation.

---

<sup>148</sup> E. LOQUIN, 'Note – 12 octobre 2011, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.); 1<sup>er</sup> février 2012, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.)', *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2012, pp. 95 - 107

<sup>149</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 octobre 2011, n° 10-14.687

<sup>150</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1 février 2012, n. 11-11.084 ; la même position est adoptée dans un arrêt de 2014 : « *Attendu que, pour rejeter ce recours, l'arrêt retient que l'examen de la sentence arbitrale ne révèle à aucun moment que l'arbitre aurait fait application d'une règle de droit, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'est mentionnée dans le corps de la sentence et que celle-ci mentionne que l'arbitre statue en amiable composition* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2014, n. 13-18.596)

<sup>151</sup> J. JOURDAN-MARQUES, *op. cit.*, p.257

Il ressort de ce qui précède que tant dans le système italien que celui français, la notion d'excès de pouvoir tiré de la méconnaissance du critère de décision est bien admise en tant que violation du mandat arbitrale. En revanche, il s'agit d'un cas de figure fortement encadrée par le principe de non-révision du fond qui, tout comme pour l'hypothèse de la loi applicable, semble se limiter aux seules violations graves et flagrantes, où la méconnaissance du critère indiqué par les parties doit avoir un véritable impact sur la décision. Nous allons voir qu'il en va de même devant les comités *ad hoc* du CIRDI.

## § 2) Une méconnaissance complète du critère de décision, l'approche les comités *ad hoc*

Comme nous l'avons anticipé *supra*, l'article 42 de la Convention de Washington détermine les critères pour établir la loi applicable au fond du litige. Ainsi, il attribue la priorité à l'autonomie des parties qui s'exprime dans le choix explicite de la loi. À défaut, il indique des critères supplétifs pour guider les arbitres. Par son troisième paragraphe, l'article précise que : « *Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono* ». À l'instar des Législateurs nationaux, les rédacteurs de la Convention ont voulu subordonner à l'autonomie des parties la possibilité de substituer une décision en équité et justice à la décision en droit de la même manière que les Législateurs nationaux.

La mention expresse de l'accord des parties est un premier indice du fait que la décision en équité représente une exception. Comme l'observe justement Schreuer<sup>152</sup>, la condition se justifie par la nécessité de garantir une certaine sécurité juridique, qui serait remise en cause lors d'une renonciation imprévue à l'application du droit.

Les décisions rendues en équité, partiellement ou intégralement, ne sont pas très fréquentes dans la pratique des comités. En revanche, il n'est pas rare de retrouver des arguments fondés sur une décision *ex aequo et bono* à l'occasion des recours en annulation. Dans ce cas, le motif d'annulation invoqué est celui de l'excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52 §1 *litt.*

---

<sup>152</sup> C.SCHREUER, "Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11, 1996, p. 41

b).<sup>153</sup> Il convient de constater que la pratique récente ne s'éloigne pas de ses précédentes. Pour cette raison notre analyse sera fondée sur les décisions qui ont ouvert la voie à la consécration de ce grief.

Chronologiquement, la décision *Klöckner*<sup>154</sup> est la première à consacrer formellement une annulation au motif d'une solution rendue *ex aequo et bono* et non pas en droit. Toutefois, il s'agit d'une décision très controversée. Selon la doctrine, elle serait fondée sur le constat d'une application erronée de la loi et plus précisément sur l'absence d'une identification claire du fondement du juridique du principe de loyauté et de l'obligation d'information<sup>155</sup>.

En tout état de cause, la possibilité de prendre en compte ce grief fait l'objet d'un consensus à partir notamment de l'affaire *MTC c. Chili* où l'existence d'un excès de pouvoir tiré d'une décision en équité était avancé par l'Etat partie au litige. Par sa réponse, le comité estime que le motif d'annulation dont à l'article 52 §1 *litt b)* ne doit pas être limité aux questions relatives à la compétence du tribunal mais inclure également celles relatives à l'application de la loi applicable au fond au sens de l'article 42 de la Convention. Or, considérant que la faculté de décider en équité est bien admise par l'article susvisé, le comité statue qu'une décision rendue *ex aequo et bono* en l'absence de l'attribution d'une telle possibilité par la loi applicable au fond pourrait à juste titre constituer un excès de pouvoir manifeste.<sup>156</sup>

Cependant, il convient de préciser que toute considération équitable par le tribunal ne constitue pas un excès de pouvoir au sens de l'article 52 §1 *litt. b)* de la Convention.

---

<sup>153</sup> C. LEBEN, *op. cit.*, p.842

<sup>154</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e.a. contre United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Affaire CIRDI No. ARB/81/2, DCAH du 3 mai 1985,

<sup>155</sup> E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p.195 ; C. LEBEN, *op. cit.*, p. 911

<sup>156</sup> *Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. contre République de Chili*, Affaire CIRDI No. ARB/01/7, DCAH du 21 mars 2007, §44 : "But the ground of manifest excess of powers is not limited to jurisdictional error; it is established that a complete failure to apply the law to which a Tribunal is directed by Article 42(1) of the ICSID Convention can constitute a manifest excess of powers, as also a decision given *ex aequo et bono* – that is to say, in the exercise of a general discretion not conferred by the applicable law – which is not authorised by the parties under Article 42(3) of the Convention".

En effet, les comités sont concordes dans la délimitation de ce motif d'annulation et ce depuis la première décision en annulation dans l'affaire *Amco contre Indonésie*<sup>157</sup>. À cette occasion, le comité prend appui sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice pour justifier la distinction entre la décision prise en équité et des simples considérations équitables dans le cadre d'une décision prise en droit. Ainsi, il affirme que seulement une décision prise en équité en l'absence d'un accord préalable des parties constitue un excès manifeste susceptible d'être sanctionné. Dès lors, les considérations équitables ne sauraient constituer motif d'annulation car elles peuvent être inhérentes au droit applicable. C'est pourquoi, en estimant que la prise en compte de l'équité était bien admise dans la pratique du droit international, à savoir le droit applicable en l'espèce, le comité rejette les arguments de l'Indonésie.

Cette position est mieux clarifiée dans *MTD c Chile*<sup>158</sup> où le comité met en exergue la substantielle différence entre les deux cas de figure en statuant que l'article 42 se réfère aux décisions *ex aequo et bono* qui permettent de trancher le fond d'un litige. En revanche, selon le comité les considérations équitables peuvent être nécessaires pour une correcte application du droit, notamment lorsque ce dernier requiert la mise en balance de plusieurs intérêts, comme c'est le cas lorsque le tribunal est appelé à apprécier le standard de traitement juste et équitable comme il l'était en l'espèce. Considérant cette nécessité comme avérée en l'espèce et constatant l'absence de toute affirmation du tribunal portant sur sa volonté de statuer en équité, le comité rejette les arguments du Chili.

Bien que rarement consacré par les décisions d'annulation, la possibilité de sanctionner comme forme d'excès de pouvoir manifeste du tribunal est admise dans la théorie jurisprudentielle des comités CIRDI. En ce, nous voyons que la pratique des recours en annulation ne s'éloigne pas de celle des juges étatiques. Toutefois, l'approche vers la prise en compte de l'équité à défaut d'une volonté des parties est nuancée, les comités encourageant une approche casuistique au motif du rôle que les considérations équitables jouent dans le domaine du droit des investissements internationaux et de l'arbitrage entre investisseur et État.

---

<sup>157</sup> *Amco Asia Corporation and others contre République d'Indonésie*, ICSID Case No. ARB/81/1, DCAH du 16 mai 1986

<sup>158</sup> *Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. contre République de Chili*, Affaire CIRDI No. ARB/01/7, DCAH du 21 mars 2007

## **Conclusion du Chapitre I**

Dans l'exercice de leur autonomie, les parties peuvent assortir la mission juridictionnelle de certains critères de décision. À partir de leur inclusion dans le mandat arbitral, il est donc naturel de constater un excès en correspondance de la violation d'une volonté expresse des parties, comme c'est notamment le cas de la violation du critère expresse de la loi applicable au fond du litige. En revanche, une approche plus nuancée est encouragée lorsque la violation semblerait porter sur le critère de décision en droit. À cet égard, en vertu du rôle que l'équité peut jouer dans une décision rendue en droit, toute prise en compte de l'équité ne saurait constituer un excès. Dès lors, l'excès est reconnu uniquement dans l'hypothèse d'une complète méconnaissance et substitution du critère de décision.

## **Chapitre II. L'*error in iudicando*, l'excès discuté**

Reconnu dans les trois systèmes comme fondement des recours en annulation, le principe de non-révision du fond est au cœur de tout discussion portant sur la possibilité de reconnaître un excès de pouvoir du tribunal arbitral lors d'une erreur dans la mise en œuvre du droit applicable au fond. À cet égard, si la position des juges étatiques est catégorique dans le sens d'un refus (Section I), il conviendra de constater qu'un élargissement à ce grief a été envisagée dans la pratique des comités du CIRDI (Section II).

### **Section I. L'exclusion de l'erreur dans l'application du droit par les juges étatiques**

Si le Code de Procédure italien ouvre à un contrôle de l'*error in iudicando*, ce n'est que d'une façon encadrée (1). En effet, quant à la qualification de l'erreur dans l'application de la loi en tant qu'excès de pouvoir, la position des juges étatiques est claire. : d'une telle sanction ne saurait être admise sans méconnaître le principe de non-révision au fond et la nature même du recours en annulation (2)

#### **§ 1) La sanction conditionnée de la violation fondamentale du droit par le droit italien**

Comme nous l'avons anticipé lors de l'introduction de cette étude, dans la formulation des motifs d'annulation d'une sentence arbitrale les Législateurs italien et français ont fait deux

choix différents. À premier vue, on peut constater que si l'article 1520 CPCF se rapproche clairement à la Convention de New York sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales, l'article 829 §1 CPCI fait le choix d'une formulation très détaillé, englobant douze motifs d'annulation. Cependant, la véritable distinction entre les deux codifications réside dans le fait que le Législateur italien a également ajouté la discipline de *l'error in iudicando*. Ainsi, une distinction est faite en droit italien entre les erreurs qui tiennent à la procédure (article 829 §1 CPCI) et les erreurs qui tiennent à la décision, disciplinés à l'article 829 §3 CPCI. Par ailleurs, la même disposition distingue entre les violations des règles de droit et la contrariété de la sentence à l'ordre public, cette dernière étant invocable sans conditions.<sup>159</sup>

Donc, en vertu du troisième paragraphe de l'article 829 CPCI, le contrôle des erreurs portant sur la décision devient possible. Avec une précision : l'article dispose que cette possibilité est admise uniquement lorsqu'elle est imposée par la loi ou en présence d'une volonté expresse des parties en tel sens. Concernant la volonté des parties, la *Corte di Cassazione* a ultérieurement précisée qu'elle doit résulter de façon univoque de la clause compromissoire ou d'un acte antérieur à l'instauration de la procédure arbitrale et elle ne saurait être présumée par la simple attribution au tribunal arbitral d'un pouvoir de statuer en droit.<sup>160</sup>

Or, à première vue d'une telle prévision législative pourrait faire supposer que, sur la base d'une volonté expresse des parties, le droit italien admette une dérogation à l'application du principe de non-révision ainsi qu'une potentielle dénaturation du recours en annulation. D'une

---

<sup>159</sup> Article 829 §3 CPCI : *“L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. E' ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.”*

<sup>160</sup> Cass. Civ. sez. I, 25 septembre 2015, n.19075 : *“ La mera previsione di una decisione secondo diritto (...) non può infatti considerarsi sufficiente ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto, consentita dall'art. 829 c.p.c., comma 3, oltre che in presenza di una disposizione di legge, soltanto a fronte di un'espressa dichiarazione delle parti, la quale, pur non richiedendo l'adozione di formule sacramentali, postula tuttavia che dalla clausola compromissoria o da altri atti anteriori all'instaurazione del procedimento arbitrale emerga univocamente la concorde volontà delle parti di consentire, in sede d'impugnazione, anche la deduzione di errores in iudicando che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela d'interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti e non suscettibili di formare oggetto di compromesso”.*

telle lecture aurait donc pour effet de permettre de considérer la disposition en cause comme étant le fondement de la possibilité de sanctionner le tribunal arbitral dans n'importe quelle hypothèse d'un mal-jugé.

Toutefois, d'une telle considération est erronée, la jurisprudence étant constante dans la délimitation précise de ce motif d'annulation. En effet, la Cour de Cassation est claire dans l'affirmer que l'expression « *impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia* » à l'article 829 §3 CPCI doit être comprise dans le même sens que le pourvoi en Cassation pour violation ou application erronée des règles de droit en vertu de l'article 360 §1 n.3 du Code de procédure civile, à savoir un moyen caractérisé par un contrôle restreint.<sup>161</sup> Dès lors, il s'impose aux parties de préciser attentivement dans leur instance au juge d'annulation quelles sont les règles de droit prétendument violés, qui peuvent être des règles de droit interne, national ou étranger, y compris des règles de conflit de loi, ainsi que les règles du droit européen et international. La violation devrait ressortir à premier vue de la comparaison entre la règle de droit alléguée et la décision arbitrale.

Cependant, à aucun moment il serait admis un réexamen de l'appréciation des faits avancée par le tribunal en ce que: « *l'impugnazione del lodo arbitrale davanti alla corte d'appello da luogo ad un giudizio di legittimità, nel quale il giudice esamina il lodo per verificare la fondatezza delle censure che ad esso sono state mosse, ma in sede di giudizio rescindente non procede ad accertamenti di fatto, nè ad un autonomo giudizio sul merito della controversia* »<sup>162</sup>.

Nonobstant cette condition claire à niveaux législatif, l'invocation du grief lors de recours en annulation est fréquente. Cependant, les juges du recours font une interprétation stricte de ce critère, comme le témoigne la pratique récente de la Cour d'Appel de Milan. Saisie d'une

---

<sup>161</sup> Cass. Civ., Sez. I, 25 juillet 2008, n. 20468 : « *A questo riguardo occorre premettere che l'impugnazione ex art. 829 c.p.c., può essere avvicinata e, per la sua stessa struttura e in quanto tende al iudicium rescindens, assoggettata alla disciplina del ricorso per cassazione; sicchè, ove il lodo sia impugnato per inosservanza delle regole di diritto, baie censura va intesa nello stesso senso della violazione e falsa applicazione delle norme di diritto di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3* »

<sup>162</sup> Cass. civ., Sez. I, Sent., 25 juillet 2008, n. 20468 ; la contestation de la sentence arbitrale devant la cour d'appel donne lieu à un jugement de légitimité, dans lequel le juge examine la sentence pour vérifier le bien-fondé des objections soulevées à son encontre, mais dans le jugement d'annulation, il ne procède pas à des constatations de fait, ni à un jugement autonome sur le fond du litige ;

demande d'annulation dans le cadre d'un litige entre une société roumaine et une italienne portant sur la construction d'un système photovoltaïque, la Cour rejetait les arguments de la société roumaine tirés d'une *error in iudicando*.<sup>163</sup> Par sa demande, la société soutenait notamment que la volonté univoque des parties ressortait d'une clause contractuelle qui, si d'une part consacré la nature définitive et obligatoire d'une éventuelle sentence arbitrale elle ajoutait « *except for the refutations that may be allowed by the law* ». Renvoyant à l'interprétation consacré par la Cour de Cassation, la Cour de Milan affirmait que les mots utilisés dans la clause ainsi que la référence à la finalité de la sentence étaient l'emblème d'une possibilité générique de recours, se référant au sens large aux moyens de recours prévus par les règles codifiées.<sup>164</sup> De la même manière, saisie d'un recours portant sur une sentence rendue devant la Chambre du Commerce International, la Cour déclarait la demande inadmissible au motif de l'absence d'un consentement des parties à une telle dérogation. Elle considère que, en vertu de la clause de renonciation à tout recours ultérieur prévue dans le règlement d'arbitrage de la CCI applicable à la procédure, la condition d'une volonté univoque des parties n'était pas remplie.<sup>165</sup>

Il nous semble que la prise en compte de cette approche dans la recherche d'une volonté univoque des parties soit pertinente en tant que démonstration d'une plus générale prudence de la jurisprudence italienne face à la possibilité de consacrer un excès portant sur l'application de la loi. Comme l'explique la doctrine, il en ressort alors un motif d'annulation visant l'erreur manifeste dans la détermination du contenu d'une règle de droit (*violazione di norme di diritto*) ainsi que l'erreur dans l'application d'une règle de droit, quand bien même correctement interprétée, aux faits pertinents (*falsa applicazione di norme di diritto*)<sup>166</sup>, à savoir une erreur fondamentale, dont le contrôle, nous le rappelons, reste subordonné à la volonté des parties.

---

<sup>163</sup> Cour d'Appel de Milan, arrêt du 10 juin 2019, n. 2528/2019

<sup>164</sup> *Ibidem*, nous traduisons: "Inoltre, occorre rilevare che verbo "to allow" viene tradotto con "consentire", "permettere", "concedere", "ammettere", "dare". Peraltro, quand'anche si volesse ritenere che il verbo "to allow" possa essere tradotto nel senso di "proporre appello", ciò comunque non consentirebbe di affermare che nel caso di specie la clausola compromissoria, per come redatta, consenta di promuovere un'impugnazione per violazione di regole di diritto. Si ravvisa, piuttosto, una generica possibilità di impugnativa, riferita in senso ampio ai mezzi di impugnazione previsti dalle norme codicistiche"

<sup>165</sup> Cour d'Appel de Milan, 12 juillet 2019, n. 3123/2019

<sup>166</sup> M. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p.423

## § 2) Le rejet catégorique de l'excès en tant qu'application discutable de la loi

La limitation du champ d'application de l'article 829 §3 CPCI aux seules erreurs fondamentales ainsi que la nécessité d'un consentement des parties nous permettent de constater que les ordres juridiques français et italien s'alignent quant à la volonté de limiter, voir exclure, ce cas d'ouverture. Le motif est simple : une approche large remettrait en discussion la nature et l'autonomie de l'arbitrage.<sup>167</sup> De surcroît, comme le souligne Luca Radicati Di Brozolo, le faible recours à la possibilité offerte par l'article 829 §3 CPCI témoigne d'un désintérêt des opérateurs du commerce international face à cet instrument, pour la simple raison qu'il reviendrait à donner une « deuxième chance » à la partie insatisfaite par le résultat de la procédure arbitrale.<sup>168</sup>

Toutefois, il s'avère difficile d'envisager une forme d'erreur dans l'application de la loi qui n'entraînerait pas nécessairement une appréciation *de novo* des faits et des preuves originellement soumis au tribunal arbitral. Autrement dit, on ne saurait admettre un tel excès de pouvoir sans entraîner un exercice du pouvoir de juger sur le fond par le juge étatique, ce qui est l'exact contraire de la volonté sous-jacente au choix de soumettre un litige à l'arbitrage.

Cela est clair au Législateur français. Il n'ouvre à aucune possibilité, même encadrée, d'un contrôle de l'application du droit, comme il ressort par la liste limitée et exhaustive offerte par l'article 1520 CPCF. De même, nonobstant l'existence d'un grief susceptible d'interprétation large tel que celui de la violation de la mission de l'arbitre (article 1520 n°3 CPCF), le rejet d'un élargissement est un élément constant devant les juges de recours. Comme le résume un ancien arrêt de la Cour de Cassation, il ne doit pas appartenir à la Cour d'appel de « *contrôler les conditions de détermination et de mise en oeuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue* ». <sup>169</sup>

C'est ainsi alors que la nécessité du respect du principe de non-révision au fond devient un élément récurrent dans les arrêts des juges étatiques pour justifier l'inadmissibilité des

---

<sup>167</sup> F. P. LUISO, "Dopo il lodo – il controllo", *Rivista dell'arbitrato*, fasc.1, 1 mars 2019, pag. 1

<sup>168</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, "Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno", *Rivista dell'arbitrato*, 2016, p. 1

<sup>169</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1991, n° 89-21.528

demandes qui, plus ou moins directement, visent à reprocher une interprétation discutable d'une règle des droits. Ainsi, les juges du recours font en sorte que la nature exhaustive des articles relatifs aux recours en annulation soit respectée, car comme le rappelle la *Corte di Cassazione*, l'objet du recours contre la sentence arbitrale est uniquement de vérifier la légalité de la décision rendue par les arbitres, et non de revoir les questions de fond qui leur ont été soumises.<sup>170</sup>

L'exclusion de l'erreur dans l'application de la loi devient alors un constat nécessaire par les juges étatique car, comme l'affirme Vincent Chantebout, « *si nul ne conteste le principe d'une intervention judiciaire dans la phase post-arbitrale, c'est à la condition que le juge n'empiète pas sur la compétence de l'arbitre en se saisissant du fond* ». <sup>171</sup>

D'une telle approche stricte se retrouve également devant les comités ad hoc, comme on le verra par la suite. Cependant, il a été nuancé par la jurisprudence la plus récente du Centre. En effet, on ne saurait nier qu'une grave méconnaissance de la loi puisse affecter la légitimité d'une sentence arbitrale et constituer donc un excès du pouvoir des arbitres. La volonté des parties de voir leur litige correctement tranché est implicite dans toute choix de juridiction, soit-elle arbitrale ou étatique. En d'autres termes, la nécessité d'une correcte application de la loi pourrait être considéré comme inhérente à la mission arbitrale à partir de la stipulation de la convention d'arbitrage. Nous allons voir par la suite que c'est autour de cet aspect que la question se pose dans le cadre des recours portées devant les comités du CIRDI.

## **Section II. L'opportunité abstraite de l'excès en tant que mal-jugé selon les comités *ad hoc***

Comme nous l'avons anticipé dans le chapitre qui précède, la jurisprudence des comités CIRDI a toujours été très attentive face à la distinction entre le grief tiré d'une erreur dans le choix de la loi applicable au fond et d'une erreur grossière dans la mise en œuvre de cette dernière. Toutefois, moins constante est son orientation au long des années concernant la possibilité de

---

<sup>170</sup> Nous traduisons, Cass. Civ., Sez. I, arrêt du 8 juin 2007, n. 13511/2007 : «*Il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale ha ad oggetto unicamente la verifica della legittimità della decisione resa dagli arbitri, non il riesame delle questioni di merito ad essi sottoposte*»,

<sup>171</sup> V. CHANTEBOUT, *op.cit.*, p.195

sanction du mal jugé. Si la pratique la moins récente des comités semble témoigner d'une tentative d'élargissement du champ d'application de l'article 52 *litt. b)* de la Convention de Washington (1), la plus récente révèle qu'il ne s'agit que d'une tentative destinée à rester confiné dans la théorie jurisprudentielle (2).

### § 1) La sanction critiquée

Chronologiquement, la doctrine reconduit l'ouverture à la qualification de l'erreur grossière de droit en tant qu'excès de pouvoir manifeste à la décision du comité ad hoc dans l'affaire *Klöckner I*, dans laquelle le tribunal statue que « *From the few known precedents, to which may be added that of the Trail Smelter (with respect to the award's revision), it is at least possible to conclude that an error in law, even an essential one, does not generally constitute an excess of powers, at least if it is not 'manifest'* »<sup>172</sup>. Ainsi, prenant appui sur les précédents jurisprudentiels de la Cour Internationale de Justice, le comité statue qu'un *error in iudicando* ne saurait constituer un excès de pouvoir, ou du moins il ne saurait se qualifier de tel en l'absence d'un caractère manifeste de l'erreur. Toutefois, comme nous l'avons vu *supra* la décision d'annuler la sentence arbitrale est prise au motif d'un *ultra petita* et non pas en raison d'une erreur de droit.

La nécessité d'une erreur incontestable dans l'application de la loi d'une part et l'insuffisance d'une simple mésinterprétation sont également avancées par le comité dans *MTD contre Chili* alors que l'Etat contestait une erreur grossière dans l'application du droit international et de la loi chilienne<sup>173</sup>. Le comité estime ici que quand bien même des critiques puissent être soulevés sur l'interprétation du Traitement Juste et Équitable faite par le Tribunal, cette dernière est défendable.<sup>174</sup> Dès lors, elle ne peut pas se qualifier d'erreur incontestable.

L'erreur grossière dans l'application de la loi est également au cœur de la décision d'annulation dans l'affaire *Soufraki*. Dans son raisonnement, le comité rappelle avant tout la constance de

---

<sup>172</sup>*Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, aff. CIRDI ARB/81/2, DCAH du 3 mai 1985, § 61.

<sup>173</sup> *Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. contre République de Chili*, Affaire CIRDI No. ARB/01/7, DCAH du 21 mars 2007, §58

<sup>174</sup> *Ibidem* §71

la jurisprudence du CIRDI dans le refus de reconnaître *l'error in iudicando* comme motif d'annulation. Cependant, il ajoute une considération ultérieure en statuant comme suit: “*Misinterpretation or misapplication of the proper law may, in particular cases, be so gross or egregious as substantially to amount to failure to apply the proper law*”.<sup>175</sup>

En ce disant, le comité envisage cette forme d'excès, à condition que l'erreur soit fondamentale, à savoir grossière et grave. De surcroît, le comité invite à distinguer cette erreur grossière d'une part d'une simple mésinterprétation de la loi et de l'autre de l'erreur dans l'interprétation des faits soumis aux tribunaux<sup>176</sup>.

Néanmoins, il convient de noter que si la décision ouvre à la consécration de ce motif d'annulation, elle ne le fait que dans l'abstrait. En effet, tout en affirmant l'existence en l'espèce d'une mésinterprétation du droit italien, le comité n'y accorde pas le caractère d'erreur grossière nécessaire pour constituer un excès de pouvoir manifeste.<sup>177</sup> Pour cette raison, l'argument de l'investisseur est rejeté.

Si dans les deux affaires susvisées les comités rejettent les arguments des parties, refusant donc de déclarer la nullité de la sentence, les comités dans les décisions *Sempra contre Argentine*<sup>178</sup> et *Enron contre Argentine*<sup>179</sup> parviennent au résultat contraire. Rendues en 2010, elles trouvent leur origine dans des procédures d'arbitrage fondées sur le TBI entre les États-Unis et l'Argentine. Elles sont par ailleurs précédées par l'affaire *CMS contre Argentine*<sup>180</sup>, qui avait pu être fortement critiqué par la doctrine car, tout en refusant d'annuler la sentence au motif d'un erreur dans l'application de la loi, le comité avait effectué une analyse très approfondie

---

<sup>175</sup> *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, aff. CIRDI n. ARB/02/7, DCAH 5 juin 2007, §86

<sup>176</sup> *Ibidem*, §86

<sup>177</sup> *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, aff. CIRDI n. ARB/02/7, DCAH 5 juin 2007, §101

<sup>178</sup> *Sempra Energy International contre République d'Argentine*. Affaire CIRDI No. ARB/02/16, DCAH du 29 juin 2010, (ci-après *Sempra*)

<sup>179</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/3, DCAH du 30 juillet 2010, (ci-après *Enron*)

<sup>180</sup> *CMS Gas Transmission Company contre République d'Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/8, DCAH du 25 septembre 2007

de la sentence arbitrale, ce qui faisait craindre un dépassement de la frontière entre recours en appel et annulation<sup>181</sup>.

Dans *Sempra*, la République d'Argentine contestait un excès de pouvoir manifeste du tribunal tiré de la mésinterprétation de l'article XI du TBI conclu avec les États-Unis et du conséquent erreur dans son application. L'Etat reprochait notamment le choix du tribunal de considérer les conditions posées par l'article XI pour l'état de nécessité comme exactement correspondantes à celles posées par le droit international coutumier<sup>182</sup>. Ce raisonnement était à la base de l'exclusion par le tribunal de l'application de l'article du TBI et d'un constat de l'inexistence des conditions suffisantes pour déclarer l'état de nécessité au sens du droit international coutumier. Par sa réponse, le comité prend ses distances du tribunal arbitral en mettant en exergue une différence significative entre d'une part la clause d'exception à l'article XI du TBI et de l'autre l'état de nécessité au sens du droit international coutumier tel que codifié par l'article 25 des Articles sur la Responsabilité Internationale des États par la Commission de Droit International. Il considère notamment que l'article du TBI constitue une règle spéciale et primaire, alors que l'état de nécessité est une règle générale de droit coutumier et par conséquent secondaire. Alors que le premier délimiterait le champ d'application des obligations du TBI, le second viserait à exclure la responsabilité d'un État lors d'un comportement contraire à ses obligations internationales<sup>183</sup>. En outre, le comité prend en compte la différence des effets découlant des deux articles : si l'existence d'un état de nécessité au sens du droit international coutumier ne peut exclure l'indemnisation du préjudice subi, en revanche l'existence des conditions posées par une clause d'exception exclut d'une telle nécessité au motif qu'elle rend inapplicables les dispositions du TBI. À l'aune de ces raisonnements, le comité reconnaît l'existence d'une erreur de droit qu'il qualifié comme suffisamment sérieux pour constituer un excès de pouvoir<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> S. TONOVA, "Compliance and Enforcement of Awards: Is there a Practical Difference between ICSID and Non-ICSID Awards?", in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, I. A. Laird & T. J. Weiler (ed.), New York, 2009, p. 257

<sup>182</sup> *Sempra Energy International contre République d'Argentine*. Affaire CIRDI No. ARB/02/16, DCAH du 29 juin 2010, §§106-108

<sup>183</sup> *Ibidem* §§115-116

<sup>184</sup> *Ibidem* §125

À l'instar des décisions que nous venons d'analyser, le comité garde la nécessité d'un caractère sérieux de l'erreur de droit pour constituer un excès de pouvoir manifeste du tribunal. Toutefois, il semble ici que la connotation attribuée au terme soit celle d'une erreur déterminant le résultat de la sentence plutôt que, comme l'observent les autres comités, une erreur incontestable identifiable par le « bon père de famille »<sup>185</sup>. Comme nous l'avons constaté dans notre première partie, le choix d'une telle interprétation du terme manifeste importe logiquement une analyse plus invasive de la part du comité. Cela est corroborée par cette décision, où le comité aboutit finalement à une substitution complète de l'interprétation faite par le tribunal.

Le même article du TBI entre les États-Unis et l'Argentine était au cœur de la décision du comité dans le cadre de l'affaire *Enron*. En l'espèce, la République demandait l'annulation au motif que en choisissant d'appliquer le concept de force majeure au sens du droit international coutumier, le Tribunal n'avait pas respectée la loi argentine en sa qualité de loi applicable au fond. En ce que par son raisonnement le comité conclut dans le sens de l'applicabilité du droit international coutumier pour définir l'hypothèse d'état de nécessité, la décision *Enron* part d'une prémisse différente par rapport à *Sempra*. De même, contrairement à la décision que nous venons de voir, le comité est à cet occasion très clair dans l'affirmer que même une erreur de droit manifeste ne saurait se qualifier d'excès au sens de l'article 52 §1 *litt b*) de la Convention sans remettre en discussion la distinction entre recours en appel et annulation. Néanmoins, il ne semble ici qu'une déclaration d'intentions, contredite par le raisonnement suivi et la solution qui est donnée dans le sens de l'annulation de la sentence. En effet, le comité reproche au Tribunal la non-application du droit applicable, à savoir le droit international coutumier. Il motive cette décision par l'absence d'une analyse visant à vérifier si les conditions posées par ledit droit pour l'hypothèse d'état de nécessité étaient remplies. C'est donc en raison d'une justification sommaire fondé en large mesure sur l'opinion d'un expert que le comité reconnaît l'existence d'un excès au sens de l'article 52 §1 *litt b*).<sup>186</sup>

Or, si le comité prononce la nullité de la sentence pour inapplication de la loi applicable au fond, en réalité sa décision se fonde sur un réexamen de l'appréciation faite par le tribunal des

---

<sup>185</sup> *Hussein Nuaman Soufraki contre Émirats Arabes Unis*, aff. CIRDI n. ARB/02/7, DCAH 5 juin 2007, §86

<sup>186</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/3, DCAH du 30 juillet 2010, §376 -377

éléments probatoires et d'une réinterprétation de ces derniers. Force est de constater alors que la parenté entre les décisions *Sempra et Enron* n'est pas uniquement liée à la source de la procédure d'arbitrage à l'origine des affaires mais elle va au-delà.

Même si cette intention n'est explicitée que dans *Sempra*, les deux décisions consacrent dans la pratique la possibilité d'une annulation tirée d'une erreur dans la mise en œuvre de la règle de droit, qui avait été uniquement envisagée comme une rare possibilité par la jurisprudence précédente. Mais s'il est vrai qu'elles arrivent à ce résultat, il est intéressant de se pencher sur comment les comités y parviennent. À bien voir, l'admissibilité du grief est possible uniquement par une analyse très approfondie, voire une révision, de la sentence arbitrale. Dans *Sempra*, cela se manifeste dans une substitution de l'interprétation du comité à celle du tribunal, ce qui est en soi l'indice du fait que l'excès ne saurait être manifeste si tant l'une que l'autre décision s'avaient raisonnables ou tenables comme en l'espèce. Dans *Enron*, la révision passe pour une appréciation différente des éléments probatoires soumis au tribunal.

Le contrôle large effectué par les comités est à la base de la plupart des critiques avancées à l'encontre de ces décisions<sup>187</sup>. Comme l'observe la doctrine<sup>188</sup>, il semble que en réalité ces décisions ne soient que la preuve de la difficulté de distinguer la non-application de la loi applicable de l'erreur dans son application au fait en l'espèce. En effet, nous allons voir qu'elles restent des cas isolés dans la jurisprudence des comités au motif d'une volonté très claire de garantir le principe de non-révision et l'exceptionnalité des recours en annulation.

## § 2) Un motif d'annulation consacré dans l'abstrait

Depuis les décisions *Sempra et Enron*, la pratique des comités CIRDI témoigne d'une interprétation plus stricte et précise de l'excès de pouvoir manifeste en tant qu'erreur concernant la loi applicable au fond.

---

<sup>187</sup> K. BONDAR, Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment awards: Differences in the extent of the review", *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.6, Kluwer Law International, p.656

<sup>188</sup> C. LEBEN, *op.cit.*, p. 912

Dans *El Paso c. Argentine*<sup>189</sup>, le comité arrive à exclure tout cours la qualification d'un excès de pouvoir tiré d'un *error in iudicando*. La motivation offerte par le comité est très pertinente car elle prend appui sur la fonction du recours en annulation et sur la nature du système du CIRDI. En effet, le comité considère que toute recherche d'une erreur de droit, indépendamment de la gravité de ce dernier, importe un réexamen de l'application et interprétation du droit et ne peut pas avoir lieu sans une appréciation *de novo* des faits et des preuves soumis au tribunal. Dès lors, il ne saurait être possible de reconnaître ce grief sans méconnaître la nature exceptionnelle du recours en annulation et le transformer en un recours en appel.

Cette position est une réaffirmation de ce qui avait été préconisé lors des travaux préparatoires à la convention de Washington. Selon Aron Broches, l'exclusion du motif d'annulation est opportune dans le cadre d'un système qui ne vise pas à proposer des organes d'appel. Dès lors, les erreurs de droit ou de fait deviennent des risques inhérents à la procédure mais qui ne rentrent pas dans le champ du contrôle de légitimité exercé par les comités.<sup>190</sup> Ainsi, le recours pour erreur de droit a été rejeté en pleine connaissance de la probabilité que différents tribunaux puissent arriver à des conclusions différentes, évitable uniquement par la création d'un tribunal permanent.<sup>191</sup>

D'une telle approche se distingue pour sa rigidité, que nous avons déjà rencontré dans le cadre de l'examen de la pratique des juges étatiques. On le sait, le recours en annulation doit viser uniquement à garantir la légitimité de la procédure arbitrale, permettant ainsi de le distinguer d'un recours en appel.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> *El Paso Energy International Co. contre République d'Argentine*, aff. CIRDI n. ARB/03/15, DCAH 22 septembre 2014, §143-144

<sup>190</sup> *Procès-verbal sommaire de la réunion du comité juridique du 20 juillet 1964*, Historique de la Convention CIRDI, Washington, CIRDI, 1970, vol. II-1, p. 458, p.518

<sup>191</sup> J. C. THOMAS & H. K. DHILLON, 'The Foundations of Investment Treaty Arbitration: The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards', in M. Kinneer and C. McLachlan (eds), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press 2017, Volume 32 n. 3), p. 480

<sup>192</sup> F. BAETENS, 'Judicial Review of International Adjudicatory Decisions: A Cross-Regime Comparison of Annulment and Appellate Mechanisms', in T. Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press 2017, Volume 8 n.3), p. 441

Toutefois, il nous semble implicite dans l'attribution d'un pouvoir juridictionnel que les parties s'attendent une décision correcte ou du moins tenable. Ainsi, une grave méconnaissance de la loi aurait un impact sur la légitimité d'une sentence arbitrale. En ce sens, elle pourrait alors être envisagée comme excès de pouvoir de l'arbitre. Il se pose alors la question de comment garantir le principe de non-révision et la nature exceptionnelle du recours. Le choix de limiter la sanction aux seuls erreurs graves - à savoir évidents et ayant un impact sur le résultat – pourrait être opportune pour garantir l'équilibre entre d'une part l'exigence de véritablement garantir la légitimité de la sentence et de l'autre l'interdiction de toute révision au fond. D'une telle application gravement erronée de la loi devrait être sanctionné en tant qu'excès de pouvoir car elle intègre d'une part le caractère « manifeste » imposé par l'article 52 de la Convention et de l'autre une violation d'un pouvoir inhérent à l'engagement juridictionnel.

En ce sens, il est intéressant de noter que la pratique jurisprudentielle plus récente ne partage pas l'interprétation rigide du comité dans *El Paso contre Argentine* et adoptent une approche plus mitigée. Un exemple de cette tendance est la décision *Malicorp contre Egypte*<sup>193</sup>. Par sa requête, l'investisseur contestait notamment l'erreur de droit du tribunal résultant de la décision d'une part de rescinder le contrat et de l'autre d'attribuer à la République le droit de résilier le contrat pour inexécution. En l'espèce, le demandeur considérait qu'il s'agissait de pouvoirs exerçables uniquement par les juridictions égyptiennes au sens de la loi dudit pays, reconnue comme applicable au fond par le tribunal<sup>194</sup>.

Le comité commence son analyse en délimitant sa mission, qui ne saurait être celle de vérifier la correcte application de la loi égyptienne mais de voir uniquement si cette dernière a été appliqué. En ce sens, il rappelle la jurisprudence *Soufraki* selon laquelle cette condition serait remplie lorsque le tribunal s'efforce de bonne foi d'appliquer la loi comme le feraient les relatives juridictions étatiques<sup>195</sup>. Ainsi il reprend cette décision pour constater l'absence d'une erreur si flagrante au motif que le tribunal avait en effet appliqué la loi égyptienne, d'autant plus en exerçant son pouvoir discrétionnaire de prendre appui sur les conclusions d'une autre

---

<sup>193</sup> *Malicorp Limited contre République Arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI Case No. ARB/08/18, DCAH du 3 juillet 2013

<sup>194</sup> *Ibidem* §§ 144-145

<sup>195</sup> *Ibidem* §155

sentence arbitrale rendue entre les mêmes parties devant le Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International.

De la même manière, le comité dans *Caratube contre Kazakhstan* propose une liste des griefs pouvant constituer en excès au sens de l'article 52 §1 *litt b*). Ainsi, il statue que: « (...) *only in exceptional circumstances a gross or egregious error of law, acknowledged as such by any reasonable person, could be construed to amount to failure to apply the proper law* »<sup>196</sup>.

En vertu de cette considération, le comité rejette les arguments de l'investisseur, tout comme le fait le comité dans *UAB c. Lettonie* en affirmant que « *What matters is that the Tribunal did not misinterpret or misapply the proper applicable law or that it did so in a gross or egregious manner* »<sup>197</sup>.

Il semble alors que jurisprudence plus récente témoigne non pas d'un refus tout court vers ce motif d'annulation quant plutôt d'un retour à une approche qui le relègue à des circonstances exceptionnelles, comme préconisée dans *Soufraki*. Comme le souligne le Professeur Santulli, la jurisprudence semble indiquer vers les types d'erreurs qui permettraient la réouverture d'une procédure judiciaire.<sup>198</sup> Néanmoins, force est de constater que les critères exigeants posés affectent les chances de succès de ce motif d'annulation. À ce jour, il s'agit d'un motif d'annulation consacré uniquement dans l'abstrait des raisonnements des comités mais qui ne se trouve pas reflété dans les décisions d'annulation proprement dites.

## Conclusion du Chapitre II

L'approche des juges étatiques et des comités ad hoc face à la sanction d'un excès tiré d'une application erronée du droit n'est pas le même. Devant les juges du recours, la nécessité du respect du principe de non-révision représente l'élément clé pour rejeter la sanction d'une application discutable du droit au fond et d'y reconnaître ainsi une forme d'excès de pouvoir arbitral. Ce choix est motivé par l'intention de garantir l'exceptionnalité du recours et de sauvegarder la volonté des parties de soumettre leur litige à une procédure « à un coup ». Les

---

<sup>196</sup> *Caratube International Oil Company LLP contre République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI No. ARB/08/12, DCAH du 21 février 2014, §237

<sup>197</sup> *UAB E. Energija contre République de Lettonie*, aff. CIRDI n° ARB/12/33, DCAH 8 avril 2020, §154

<sup>198</sup> C. SANTULLI, *op.cit.*, p. 407

mêmes raisons sont à la base du refus de tout contrôle de l'application de la loi par l'arbitre ainsi que du contrôle restreint lorsque le contrôle de *l'error in iudicando* est prévu par la volonté des parties en droit italien. En revanche, la possibilité de reconnaître un excès de pouvoir manifeste dans une erreur évidente d'application de la loi ne saurait être exclue lors d'un recours devant des comités *ad hoc*. Cependant, il s'agit d'un motif d'annulation admis uniquement à l'issue d'un contrôle superficiel, toute analyse plus invasive étant interdite en vertu de l'applicabilité du principe de non-révision. C'est pourquoi il s'agit d'une possibilité qui pour l'instant n'est qu'envisagée dans l'abstrait de la théorie jurisprudentielle.

## **Conclusion de la Partie II**

La possibilité accordée aux parties d'assortir la mission juridictionnelle de critères de décision est le point de départ de toute analyse portant sur l'excès de pouvoir du tribunal arbitral. La pratique des organes juridictionnels pris en cause par cette étude témoigne qu'un excès doit être reconnu dans le dépassement des critères de décision déterminés par les parties, dont notamment la loi applicable au fond ou le critère de statuer en droit ou en équité. Cependant, les juridictions ne sont pas favorables à une interprétation large de l'idée de dépassement, qui devient alors le résultat d'une analyse *prima facie* de la sentence et qui ne doit pas s'apparenter à la substitution de l'interprétation de l'organe de recours à celle du tribunal arbitral. La même motivation est à l'origine de la discussion sur la possibilité d'une sanction de *l'error in iudicando*. Le débat à ce sujet se conclut dans le sens d'un rejet catégorique de tout excès en tant que désaccord sur l'application de la loi, alors qu'un consensus ne semble pas se former autour de l'erreur grossière. Admis pour expresse volonté des parties devant le juge italien, rejeté par les juges français, l'hypothèse d'un mal-jugé manifeste est un cas d'ouverture consacré et limité à la théorie jurisprudentielle des comités CIRDI.

## CONCLUSION

Le tribunal arbitral est, on le sait, un organe investi d'une fonction juridictionnelle en vertu de la volonté des parties. Cette volonté est inscrite dans son mandat, lequel peut être complété de tout élément qu'elles estiment pertinent afin de voir leur litige, actuel ou futur, correctement tranché. Le mandat est donc la source des pouvoirs du tribunal et tout pouvoir juridictionnel découlant de ce dernier peut être légitimement exercé par les arbitres. Ainsi, l'activité juridictionnelle d'un tribunal arbitrale s'explique en un premier temps dans la détermination de sa compétence et par la suite dans l'application des règles de droit ou de l'équité au fond de l'affaire.

Toutefois, à l'inverse, aucun pouvoir ne saurait être reconnu au-delà des limites du mandat. C'est ici alors qui intervient l'idée d'un excès en tant que motif d'annulation d'une sentence arbitrale. Finalement, il s'avère un instrument pour la sauvegarde de la volonté des parties.

L'idée de la sanction de l'excès comme visant à sauvegarder la volonté des parties émerge dans la pratique des juridictions étatiques et des comités *ad hoc* dans l'examen de tous les griefs relatifs à la violation du mandat de l'arbitre. Nous avons constaté, lors du contrôle de la compétence, que toutes les trois juridictions de recours adoptent comme point de départ les termes de la convention d'arbitrage, reconnaissant la possibilité d'un excès tant dans l'hypothèse d'un exercice illégitime de ce pouvoir que dans celle d'une abstention. La seule

différence entre les juridictions étatiques et les comités *ad hoc* se manifeste dans l'intensité du contrôle exercée, qui s'apparente à une éviction du principe de non-révision devant les juges étatiques. Motivée par la nécessité de vérifier l'existence d'une véritable volonté des parties à l'arbitrage, cette position semble toutefois ouvrir la voie à la possibilité d'une réattribution de la maîtrise du litige aux juges étatiques en l'absence d'une autolimitation de la part de ces derniers. Il n'en va pas de même devant les comités, où le fait de sanctionner uniquement les dépassements graves et évidents de la compétence attribué témoigne de l'interprétation stricte de la notion d'excès de pouvoir à ce stade.

L'ancrage de la notion d'excès de pouvoir à la volonté des parties est beaucoup plus évident au moment du contrôle de l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de statuer sur le fond selon les critères de décisions déterminés par les parties ou par la loi. Ainsi, il ressort de la jurisprudence analysée que constitue excès de pouvoir la violation flagrante des critères de décision, à savoir la loi applicable au fond du litige ou le critère de statuer en droit ou en fait. La nécessité du respect de la volonté des parties est également à la base de la réticence des juridictions face à la possibilité de reconnaître un excès de pouvoir dans une mauvaise application de la loi aux faits en l'espèce. Les juridictions du recours sont constantes dans leur refus de qualifier une interprétation discutable, mais tenable, de la loi en tant qu'excès de pouvoir manifeste. En effet, cela reviendrait à ne pas respecter la volonté des parties de soumettre leur litige à un mode de règlement de différends qui se caractérise par la nature définitive de la décision rendue. En revanche, la théorie jurisprudentielle des comités CIRDI envisage une ouverture à la possibilité de la sanction d'une erreur grossière dans l'application de la loi, même si pour l'instant il ne s'agit que d'une consécration dans l'abstrait.

Or, nous avons abordé cette étude en mettant en exergue la difficulté que les textes normatifs posent dans la définition immédiate de la notion de excès de pouvoir. Force est de constater, au moment de la conclusion, que la réponse ne peut être recherché que partiellement dans les codifications textuelles. La notion d'excès est étroitement liée à la pratique des juridictions mais mais plus encore à la nature même de l'arbitrage et à la figure de l'arbitre, un organe juridictionnel qui trouve la source de sa légitimité et de ses pouvoirs dans la volonté des parties.



## BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

### I. Manuels et ouvrages généraux

- BANIFATEMI (Y.), “The Law Applicable to Investment Treaty Arbitration”, in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, K. Yannaca-Small (ed), Oxford, OUP, 2010
- BENEDETTELLI (M), *International Arbitration in Italy*, Kluwer Law International, 2020,
- CONSOLO (C.), *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Turin, Giappichelli editore, 2019
- CONSOLO (C.) *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, Turin, Giappichelli editore, 2019
- KAUFMANN-KOHLER (G), “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?”, in *Annulment of ICSID Awards*, 189, 196, E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds), New York, Juris, 2004
- GAILLARD (E), *La Jurisprudence du CIRDI*, Vol. I, Paris, Pedone, 2004
- GAILLARD (E) *La Jurisprudence du CIRDI*, Vol. II, Paris, Pedone, 2010,
- MAYER (P), “To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual Findings of an Arbitral Tribunal”, in *Annulment of ICSID Awards*, 248–250, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds), Juris, New York 2004.
- LE BARS (B), DALMASSO (J). *International Commercial Arbitration – Landmark decisions of French Arbitration Law*, Paris, LexisNexis, 2019;
- LEBEN (Ch), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Paris, Pedone , 2015,
- POUDRET (J-F), BESSON (S), *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002
- RACINE (J-B), *Droit de l’arbitrage*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016
- RACINE (J-B) « L’affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », *Cahiers de l’Arbitrage*, Vol. V, Paris, Pedone, 2011
- ROWLEY QC (J.W.), *Global Arbitration Review - The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, 2e édition, Law Business Research, 2021
- SABAHI (B), RUBINS (N) e.a., *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2019,

- SANTULLI (C.) *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2e édition, 2015
- SASSON (M) 'Chapter 10: The Applicable Law and the ICSID Convention', in C. BALTAG , *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International 2016, pp. 273 - 300
- SCHREUER (Ch) *e.a.*, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, CUP, 2ème edition, 2009
- SERAGLINI (C.), ORTSCHIDT (J), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, LGDJ, 2013
- TONOVA (S), “Compliance and Enforcement of Awards: Is there a Practical Difference between ICSID and Non-ICSID Awards?”, in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, I. A. Laird & T. J. Weiler (ed.), New York, 2009,
- VERHOOSSEL (G.J) “Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID”, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009,
- WILINSKI (P.) *Excess of Powers in International Commercial Arbitration: Compliance with the Arbitral Tribunal's Mandate in a Comparative Perspective*, Eleven International Publishing, 2021
- ZUCCONI GALLI FONSECA (E), *Arbitration law in Italy*, Milan, CEDAM, 2020

## II. Thèses

- BOUCARON NARDETTO (M), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013
- CHANTEBOUT (V), *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse sous la direction de C. Jarrosson, Paris Panthéon Assas, 2007
- GIRAUD (P), *La conformité de l'arbitre à sa mission*, thèse, sous la direction de C. Jarrosson, Université Paris Panthéon Assas, 2014, p. 52
- JOURDAN-MARQUES (J). *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, Paris, LGDJ , 2017

### III. Articles et contributions doctrinales

- BAETENS (F), 'Judicial Review of International Adjudicatory Decisions: A Cross-Regime Comparison of Annulment and Appellate Mechanisms', *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, Volume 8 n. 3, pp. 432 – 459
- BONDAR (K), “Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment awards: Differences in the extent of the review”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.6
- BOVE (M) “L’impugnazione per nullità del lodo rituale”, *Rivista dell’Arbitrato*, fasc. 1, 2009, p. 19
- DE SANCTIS (M), “Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires”, *Rivista dell’Arbitrato*, 2015, pag. 89;
- GIOVANNINI (T), « Qui contrôle les pouvoirs des arbitres : les parties, l’arbitre ou la cour d’arbitrage ? » dans *Les arbitres internationaux*, Collection du centre français de droit comparé vol. 8, Paris, Société de législation comparée, 2005
- GOUIFFES (L) & CHATELAIN (L), ‘L’annulation en France des sentences arbitrales rendues sur le fondement de traités d’investissement’, *Revue de l’Arbitrage*, vol. 2017, n. 3, pp. 839-865
- LUISO (F.P.), “Dopo il lodo – il controllo”, *Rivista dell’arbitrato*, fasc.1, 1 mars 2019, pag. 1
- MARINUCCI (E), “Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d’Appello”, *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 1 janvier 2015, p. 172
- MOURRE (A) & RADICATI DI BROZOLO (L.G.)« Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back », *Journal of International Arbitration*, 2006, p. 171
- RADICATI DI BROZOLO (L.G.), “Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell’arbitrato internazionale e interno”, *Rivista dell’arbitrato*, 2016, p. 1
- RADICATI DI BROZOLO (L. G.) “L’arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno”, dans *Rivista dell’Arbitrato*, fasc.1, 1 mars 2020, pag. 1
- THOMAS (J. C.) & DHILLON (H K), 'The Foundations of Investment Treaty Arbitration: The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards', *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press 2017, Volume 32 n. 3), p. 480

## TABLE DE JURISPRUDENCE

### I. CIRDI

- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, aff. CIRDI ARB/81/2, DCAH du 3 mai 1985
- *Maritime International Nominees Establishment contre République de Guinée*, Aff. CIRDI No. ARB/84/4, DCAH du 22 décembre 1989
- *Wena Hotels Ltd. contre République Arabe d’Égypte*, Affaire CIRDI No. ARB/98/4, DCAH 5 février 2002
- *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. République d’Argentine*, aff. CIRDI No. ARB/97/3, DCAH du 28 mai 2003
- *CDC Group PLC contre République de Seychelles*, Affaire CIRDI n. ARB/05/10, DCAH du 29 Juin 2005
- *Patrick Mitchell contre République Démocratique du Congo*, aff. CIRDI n. ARB/99/7, DCAH du 1 novembre 2006
- *Repsol YPF Ecuador, S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, aff. CIRDI ARB/01/10, DCAH 8 janvier 2007
- *Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. contre République de Chili*, Affaire CIRDI No. ARB/01/7, DCAH du 21 mars 2007
- *Hussein Nuaman Soufraki contre Émirats Arabes Unis*, aff. CIRDI n. ARB/02/7, DCAH 5 juin 2007
- *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. c. République du Pérou (formerly Empresas Lucchetti S.A. et Lucchetti Perù S.A. c. République du Pérou)*, aff. CIRDI n° ARB/03/4, DCAH 5 septembre 2007
- *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. République de l’Équateur*, aff. CIRDI ARB/03/6, DCAH 19 octobre 2009
- *Sempra Energy International contre République d’Argentine*. Affaire CIRDI No. ARB/02/16, DCAH du 29 juin 2010, (ci-après *Sempra*)
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre République d’Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/3, DCAH du 30 juillet 2010
- *Malicorp Limited contre République Arabe d’Égypte*, Affaire CIRDI Case No. ARB/08/18, DCAH du 3 juillet 2013

- *El Paso Energy International Co. contre République Argentine*, aff. CIRDI n. ARB/03/15, DCAH 22 septembre 2014
- *Occidental Petroleum et al. contre République d'Équateur* , Affaire CIRDI No. ARB/06/18, DCAH 2 Novembre 2015
- *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. République Démocratique du Congo*, aff. CIRDI ARB/10/4 , DCAH du 29 mars 2016
- *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda contre République Bolivarienne de Venezuela*, aff. CIRDI n. ARB/11/26, DCAH 8 aout 2018
- *Teinver S.A. Transportes de Cernaias S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. contre République d'Argentine*, aff. CIRIDI n. ARB/09/1, DCAH 29 mai 2019
- *UAB E. Energija contre République de Lettonie*, aff. CIRDI n° ARB/12/33, DCAH 8 avril 2020

## II. FRANCE

### - Cour d'Appel de Paris

- Paris, Ch. 1., 25 septembre 2008, , n. 07/04675
- Paris, Ch.1, 18 novembre 2010, , n. 09/19535
- Paris, Pôle 05 ch. 16, 15 septembre 2020, n° 19/09058

### - Cour de Cassation

- Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 septembre 1981, n° 80-13.177
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987 , n. 84-17.274
- Civ. 1<sup>ère</sup> , 22 octobre 1991, n° 89-21.528
- Civ. 1<sup>ère</sup> , 6 mars 1996, n° 94-13.092
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 décembre 2003, n°02-13.410
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2010, n. 08-20.563
- Civ, 1<sup>ère</sup> , 12 octobre 2011, n° 10-14.687
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 1 février 2012, n. 11-11.084
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2014, n. 13-18.596
- Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2020, n° 19-15.396,

### **III. ITALIE**

#### **- Cour d'Appel de Milan**

- Cour d'Appel de Milan, 1 juillet 2014, n. 2518/2019
- Cour d'Appel de Milan, 12 juillet 2019, n. 3123/2019

#### **- Cour de Cassation**

- Cass. Civ. sez. I, 11 avril 1983, n.2550
- Cass. Civ. sez. I, 20 janvier 2006, n.1183
- Cass. Civ. I, 28 mars 2007, n. 7649
- Cass. Civ., Sez. I, 8 juin 2007, n. 13511
- Cass. Civ., Sez. I, 25 juillet 2008, n. 20468
- Cass. Civ. sez. I, 25 septembre 2015, n.19075
- Cass. civ, Sez. I, 23 février 2016, n. 3481
- Cass. Civ. sez. I, 13 juillet 2021, n.19949
- Cass. Civ. I, 26 août 2021, n. 23495

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>2</b>
<b>Partie I : L'excès de pouvoir comme non-respect de la compétence attribuée</b>	<b>13</b>
<b>Chapitre I. Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence</b>	<b>13</b>
Section I. Les fondements du pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence	13
§ 1) La convention d'arbitrage comme engagement juridictionnel	14
§ 2) Le principe compétence-compétence	16
Section 2) Les cas d'ouverture pertinents	19
§ 1) L'excès positif	19
§ 2) L'excès négatif	20
<b>Chapitre II. Le contrôle de la compétence</b>	<b>21</b>
Section I. L'approche stricte des comités <i>ad hoc</i>	22
§ 1) La difficile interprétation du terme « manifeste »	22
A) Un excès évident	22
B) Un excès grave	24
§ 2) La nécessité d'un excès grave et évident	26
Section II. Le contrôle plein et extrinsèque des juges étatiques	30
§ 1) Un contrôle entier et extrinsèque	30
A) L'examen plein du fait « endo-procédural » par le juge italien	30
B) Le contrôle élargi aux nouveaux éléments du juge français	34
§ 2) L'éviction du principe de non-révision devant les juges étatiques	38
<b>Partie II : L'excès de pouvoir comme non-respect des critères de décision</b>	<b>43</b>
<b>Chapitre I. L'excès sanctionné</b>	<b>43</b>
Section I. L'excès en tant que non-application de la loi applicable au fond	43
§ 1) Une violation flagrante d'une volonté expresse	44
§ 2) Une violation flagrante de l'article 42 de la Convention de Washington	49
Section II. L'excès en tant que violation du critère de décision en droit ou en équité	55
§ 1) Une grave méconnaissance du critère de décision, l'approche des juges étatiques	55
§ 2) Une méconnaissance complète du critère de décision, l'approche des comités <i>ad hoc</i>	59
<b>Chapitre II. L'<i>error in iudicando</i>, l'excès discuté</b>	<b>62</b>
Section I. L'exclusion de l'erreur dans l'application du droit par les juges étatiques	62
§ 1) La sanction conditionnée de la violation fondamentale du droit par le droit italien	62
§ 2) Le rejet catégorique de l'excès en tant qu'application discutée de la loi	66
Section II. L'opportunité abstraite de l'excès en tant que mal-jugé selon les comités <i>ad hoc</i>	67
§ 1) La sanction critiquée	68
§ 2) Un motif d'annulation consacré dans l'abstrait	72
<b>CONCLUSION</b>	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE</b>	<b>80</b>
<b>TABLE DE JURISPRUDENCE</b>	<b>83</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b>	<b>86</b>