

Eleanor McGregor

L'arbitrage en droit public suisse

Une comparaison avec la France,
les États-Unis et l'arbitrage
d'investissement



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

LGDJ
lextenso éditions

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2015

Table des matières

Préface	VII
Remerciements	IX
Sommaire	XIII
Table des abréviations	XVII
Introduction générale	1
Chapitre premier Le concept de l'arbitrage en droit public	7
I. <i>Délimitations</i>	9
A. Un arbitrage	9
1. Une origine conventionnelle	10
1.1. Le cas de l'arbitrage obligatoire	11
1.2. Le cas de l'arbitrage forcé	13
2. Les arbitres sont des particuliers...	14
3. ... choisis par les parties	15
4. Une sentence arbitrale	16
4.1. La conciliation et la médiation	17
4.2. L'expertise arbitrale	19
B. Un litige de droit public	24
1. La qualification légale	26
2. Le critère de l'objet	26
3. Difficultés de délimitation	28
3.1. Le droit de la concurrence	29
3.1.1. Les contrats entre l'État et les personnes privées	29
3.1.2. Les accords entre agents économiques privés	30
3.2. Le droit du travail	31
C. Un contexte interne	33
II. <i>Paradoxe et justification de l'arbitrage en droit public</i>	37
A. Le « paradoxe » de l'arbitrage en droit public	37
1. Le déséquilibre des pouvoirs entre les acteurs	37
2. La compétence exclusive des autorités étatiques	39
3. La nature impérative du droit administratif	39
4. La protection de l'intérêt public	40

5.	Une marque de défiance à l'encontre de la justice étatique _____	40
6.	L'absence de souveraineté du tribunal arbitral _____	41
7.	L'absence de voie de recours _____	42
8.	L'absence de transparence _____	42
B.	La justification _____	43
1.	Les connaissances spécifiques des arbitres _____	44
2.	La confidentialité _____	45
3.	La souplesse _____	45
4.	La célérité _____	46
5.	La neutralité du forum _____	47
6.	Une solution pour faire face à la surcharge des tribunaux administratifs ? _____	48
C.	Conclusion _____	49
Chapitre deuxième La France _____		51
I.	<i>Délimitations</i> _____	55
A.	La définition du contrat administratif en droit français _____	55
B.	Arbitrage interne <i>versus</i> arbitrage international _____	57
II.	<i>L'arbitrabilité des litiges en droit public</i> _____	59
A.	L'arbitrage interne _____	59
1.	Le principe : interdiction de l'arbitrage _____	59
1.1.	Aperçu historique _____	59
1.2.	Le droit actuel _____	64
1.2.1.	L'applicabilité directe des articles 2059 à 2061 du Code civil et L.721-3 du Code de commerce en droit administratif _____	64
1.2.2.	Le champ d'application _____	66
a)	L'article 2060 alinéa 1 du Code civil _____	66
aa)	Les contestations intéressant les collectivités et les établissements publics _____	66
ab)	Toutes les matières qui intéressent l'ordre public _____	67
b)	L'article 2061 du Code civil _____	68
c)	L'article 2059 du Code civil _____	71
d)	L'article L.721-3 du Code de commerce _____	72
2.	Les dérogations _____	74
2.1.	Les dérogations <i>ratione materiae</i> _____	75
2.1.1.	Les marchés publics _____	75
2.1.2.	L'énergie hydraulique _____	77
2.1.3.	Le retour d'un bien culturel _____	77
2.1.4.	Les contrats conclus entre collectivités publiques et sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt national » _____	78
2.1.5.	Les litiges relatifs aux fouilles en matière d'archéologie préventive _____	79
2.1.6.	Les contrats de partenariat _____	79
2.1.7.	La construction ou la rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'UEFA Euro 2016 _____	81

2.2. Les dérogations <i>ratione personae</i> _____	82
2.2.1. Les établissements publics à caractère industriel et commercial _____	82
a) EDF, GDF, les Charbonnages de France et les Houillères de bassin _____	84
b) La SNCF _____	85
c) La Poste et France Télécom _____	85
d) Le RFF _____	86
e) L'Oséo _____	87
2.2.2. Les établissements publics à caractère administratif _____	87
a) Les établissements à caractère scientifique et technologique _____	87
b) Les établissements publics d'enseignement _____	88
c) Les chambres de commerce et d'industrie _____	88
3. Synthèse _____	88
B. L'arbitrage international _____	90
1. Les conventions internationales _____	90
1.1. Les traités multilatéraux _____	91
1.1.1. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 _____	91
1.1.2. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 _____	91
1.1.3. La Convention de Washington du 18 mars 1965 _____	92
1.2. Les traités bilatéraux _____	92
2. La jurisprudence française _____	93
2.1. L'approche fondée sur la jurisprudence Galakis _____	93
2.2. L'approche fondée sur l'avis du Conseil d'État du 6 mars 1986 _____	96
3. Synthèse _____	99
C. Les propositions de réformes et les développements récents _____	99
1. Le rapport du Conseil d'État de 1993 _____	100
2. L'amendement sénatorial n° 354 du 9 octobre 2000 _____	101
3. Le texte proposé par le Comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage _____	101
4. La loi du 5 mars 2007 sur la protection des incapables majeurs _____	102
5. Le rapport LABETOULLE _____	103
5.1. L'arbitrabilité des litiges en matière administrative _____	103
5.1.1. Le champ d'application <i>ratione personae</i> _____	103
5.1.2. Le champ d'application <i>ratione materiae</i> _____	104
5.2. Les principales innovations proposées par le rapport _____	105
5.3. Critiques à l'encontre du rapport _____	105
6. Le colloque du 30 septembre 2009 _____	108
7. La proposition CLÉMENT _____	109
8. Le rapport PRADA _____	109
9. Synthèse _____	111
III. <i>La procédure arbitrale</i> _____	113

A. L'arbitrage interne	113
1. Questions préliminaires	113
1.1. La procédure applicable	113
1.1.1. L'application d'une procédure autonome	114
1.1.2. L'application du Code de procédure civile	115
1.1.3. Synthèse	116
1.2. Le juge d'appui	116
2. Le stade antérieur à la constitution du tribunal arbitral	119
2.1. Les conventions d'arbitrage	119
2.1.1. La clause compromissoire et le compromis arbitral	119
2.1.2. Les conditions de validité	122
2.1.3. Les conséquences de l'irrégularité du recours à l'arbitrage	123
2.2. Le choix et les honoraires des arbitres	123
2.3. Les décisions de l'administration	124
2.3.1. La conclusion d'une convention d'arbitrage	124
2.3.2. La mise en œuvre de la procédure arbitrale	126
2.4. Vers une plénitude de juridiction de l'arbitre ?	127
3. La procédure devant le tribunal arbitral	128
3.1. La procédure à suivre devant le tribunal arbitral	128
3.2. La publicité de l'audience arbitrale	129
3.3. L'accès aux documents de la procédure	129
4. La sentence arbitrale	130
4.1. Le droit applicable au fond par le tribunal arbitral	130
4.2. La question de l'effet suspensif	131
4.3. La publicité de la sentence arbitrale	132
5. La procédure postérieure à la sentence arbitrale	133
5.1. Le recours contre la sentence arbitrale	133
5.1.1. La juridiction compétente	133
5.1.2. La voie de recours	135
a) L'appel	135
b) Le recours en annulation	136
c) Le recours en cassation	137
d) Synthèse	138
5.1.3. Le pouvoir reconnu au juge de recours	139
5.1.4. La renonciation au recours	139
5.2. L'exécution de la sentence arbitrale	140
5.2.1. La juridiction compétente	140
5.2.2. Le droit applicable	141
6. Synthèse	142
B. L'arbitrage international	143
1. Questions préliminaires	143
1.1. Le régime autonome de l'arbitrage des litiges administratifs présentant une nature internationale	143

1.2. Le juge d'appui _____	145
2. Le contentieux arbitral des litiges internationaux _____	145
2.1. Le droit applicable au fond _____	145
2.2. Le recours contre la sentence arbitrale _____	146
2.2.1. La compétence de principe du juge judiciaire assortie d'exceptions _____	146
2.2.2. Critiques de la doctrine _____	147
2.3. La renonciation au recours _____	150
2.4. L'exécution de la sentence arbitrale _____	151
3. Synthèse _____	152
IV. Conclusion _____	153
Chapitre troisième Les États-Unis _____	155
I. <i>Aperçu de la procédure administrative en droit américain</i> _____	159
II. <i>Le recours à l'arbitrage par les agences fédérales</i> _____	161
A. <i>Aperçu historique</i> _____	161
1. Les limites constitutionnelles _____	161
1.1. La Vesting clause (art. 3 para. 1 Cst.-US) _____	162
1.2. L'Appointments clause (art. 2 para. 2 Cst.-US) _____	166
1.3. La Take care clause (art. 2 para. 3 Cst.-US) _____	169
1.4. La Due Process clause (5 ^e amendement Cst.-US) _____	169
1.5. Le Memorandum de 1995 _____	170
1.6. Synthèse et jurisprudence ultérieure _____	171
2. Les limites législatives _____	171
2.1. Une autorisation expresse de la loi ? _____	171
2.2. Les législations interdisant expressément le recours à l'arbitrage _____	172
2.2.1. Le Tucker Act de 1887 _____	172
2.2.2. Les législations en matière de dépenses et de budget de l'État _____	173
2.2.3. Le Contract Disputes Act de 1978 _____	175
2.3. Synthèse _____	175
B. Le cadre juridique actuel _____	176
1. <i>L'Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)</i> _____	176
1.1. L'ADRA de 1990 _____	176
1.1.1. Les travaux législatifs _____	177
1.1.2. Le compromis parlementaire _____	179
a) L'admission du recours à l'arbitrage par l'administration _____	179
b) Une sentence arbitrale soumise au contrôle de l'État _____	180
c) Les cas dans lesquels le recours aux méthodes alternatives n'était pas recommandé _____	181
d) La confidentialité de l'arbitrage _____	182
e) Autres dispositions _____	183
1.1.3. Un succès mitigé _____	184
1.2. L'ADRA de 1996 _____	184

1.2.1.	L'abrogation du contrôle par le directeur de l'agency et le recours en annulation _____	185
1.2.2.	Le renforcement de la confidentialité _____	187
1.2.3.	Autres dispositions _____	188
1.2.4.	Évaluation de la loi et les perspectives d'évolution _____	189
1.3.	Critiques à l'encontre de l'ADRA _____	191
1.3.1.	Les difficultés d'application des cas d'exclusion de l'ADRA _____	191
1.3.2.	L'absence de qualification des arbitres _____	192
1.3.3.	L'absence de règles procédurales _____	192
1.3.4.	L'absence de contrôle judiciaire approprié _____	193
1.3.5.	La poursuite de l'intérêt privé _____	193
1.3.6.	Le manque de transparence _____	194
2.	Le <i>Federal Arbitration Act</i> (FAA) _____	196
2.1.	Le champ d'application _____	196
2.1.1.	Le champ d'application matériel _____	197
2.1.2.	Le champ d'application personnel _____	199
2.1.3.	Le champ d'application territorial _____	199
2.2.	Les dispositions principales du FAA _____	201
2.2.1.	La présomption en faveur de l'arbitrage _____	201
2.2.2.	Les motifs de recours _____	202
2.2.3.	La question de l'arbitrabilité _____	203
2.2.4.	Autres dispositions _____	204
3.	Synthèse _____	204
III.	<i>Le recours à l'arbitrage par les autorités publiques des États</i> _____	207
A.	L'application du FAA _____	208
B.	L'application des lois des États en matière d'arbitrage _____	210
1.	Le cas d'application _____	210
2.	Les lois des États en matière d'arbitrage – Aperçu général _____	213
3.	Les moyens de défense des autorités _____	214
3.1.	L'immunité souveraine _____	215
3.2.	L'absence du pouvoir de compromettre _____	216
3.3.	Le budget de l'État _____	217
3.4.	La nature publique de la tâche étatique _____	218
3.5.	Le droit des parties à un procès devant un jury _____	218
C.	Synthèse _____	219
IV.	<i>Conclusion</i> _____	221
Chapitre quatrième	L'arbitrage d'investissement _____	223
I.	<i>Remarques préliminaires</i> _____	225
II.	<i>Les critiques à l'encontre de l'arbitrage d'investissement</i> _____	229
A.	L'asymétrie des rapports de force _____	230
B.	Un système opaque _____	231
C.	L'absence de représentation de la population de l'État d'accueil _____	233
D.	Un système incohérent et imprévisible _____	233

III. Les solutions propres à renforcer l'arbitrage d'investissement	235
A. Une transparence accrue	235
1. Le dossier de l'arbitrage	236
1.1. Les requêtes d'arbitrage	236
1.2. Les documents versés à la procédure	237
1.3. Les sentences arbitrales	238
2. Les audiences arbitrales	240
B. La participation d' <i>amici curiae</i>	241
C. L'élaboration d'une jurisprudence stable et cohérente	248
D. Autres propositions	249
IV. Conclusion	251
Chapitre cinquième L'arbitrabilité des litiges en droit public suisse	253
I. Quelques remarques préliminaires	255
A. La notion d'arbitrabilité	255
B. L'autonomie de la convention d'arbitrage	255
C. Le principe de la compétence-compétence et de l'examen d'office par le tribunal arbitral	257
D. L'arbitrage international	259
II. L'arbitrabilité objective	261
A. Les critères dégagés pour le contrat en droit administratif	263
1. Généralités	263
2. Une place pour un arrangement contractuel sur la résolution des litiges	264
2.1. Les contrats entre plusieurs personnes publiques	265
2.2. Les contrats entre personnes publiques et administrés	266
2.2.1. Le pouvoir de libre disposition des administrés	269
a) La renonciation	270
b) Le transfert	272
2.2.2. Le pouvoir d'appréciation de l'administration	273
2.2.3. L'obligation de rendre une décision	275
2.2.4. Synthèse	276
3. La compétence exclusive d'une autorité étatique	276
3.1. Les clauses spéciales d'attribution de compétence	279
3.1.1. Le tribunal arbitral cantonal prévu par la LAMal	280
3.1.2. La Chambre des affaires arbitrales du canton de Neuchâtel	281
3.2. Les clauses générales attributives de compétence	281
3.2.1. Les règles fédérales d'attribution de compétence	281
a) Le Tribunal administratif fédéral (TAF)	281
b) Le Tribunal fédéral (TF)	282
3.2.2. Les règles cantonales d'attribution de compétence	284
a) Le contentieux contractuel soumis à la juridiction administrative	284
aa) L'article 132 alinéa 3 LOJ-GE	285
ab) L'article 81 lettre b VRG-ZH	287
ac) L'article 88 lettre d LPJA-BE	288

b) Le contentieux contractuel soumis à la juridiction civile _____	289
4. Une habilitation légale _____	291
4.1. Le droit fédéral _____	292
4.1.1. L'article 71 alinéa 1 LFH ? _____	292
4.1.2. L'article 38 alinéa 4 lettre a LPers ? _____	292
4.1.3. Les articles 33 lettre g LTAF et 102 chiffre 5 aCst. ? _____	293
4.1.4. L'article 34 alinéa 2 aLSu ? _____	293
4.2. Le droit cantonal _____	294
B. L'article 354 CPC _____	295
1. Les critères _____	295
2. La libre disposition des parties _____	299
III. <i>L'arbitrabilité subjective</i> _____	301
IV. <i>La pratique de l'arbitrage en droit public suisse</i> _____	303
A. Les contrats de droit public entre personnes publiques _____	304
B. Les contrats de droit public entre personnes publiques et administrés _____	310
1. L'admission de l'arbitrage en droit public _____	311
1.1. L'expropriation _____	311
1.2. Les concessions _____	311
1.3. Les servitudes _____	312
1.4. Les transports publics _____	313
1.5. La concurrence _____	313
1.6. Autres domaines _____	314
2. Les domaines du droit public exclus de l'arbitrage _____	314
2.1. Les impôts _____	315
2.2. La fonction publique _____	317
2.3. La lutte contre le blanchiment d'argent _____	322
2.4. L'aménagement du territoire _____	323
2.5. L'assurance-maladie sociale _____	323
2.6. Le service des eaux _____	324
V. <i>Conclusion</i> _____	325
Chapitre sixième La procédure arbitrale _____	329
I. <i>Quelle est la loi applicable à l'arbitrage ?</i> _____	331
A. La PA, la PCF et la LTAF _____	332
B. Le CPC _____	333
C. Le droit cantonal _____	340
D. Le respect des droits fondamentaux selon l'article 35 alinéa 2 Cst. _____	340
II. <i>Le stade antérieur à la constitution du tribunal arbitral</i> _____	345
A. La convention d'arbitrage _____	345
B. Recours des tiers contre la décision de l'administration de conclure une clause arbitrale ? _____	346
C. La nomination du tribunal arbitral _____	349
1. La nomination des arbitres par les parties _____	349

2.	Le nombre des arbitres _____	350
3.	L'organe de nomination et le juge d'appui _____	350
4.	Les honoraires des arbitres _____	352
D.	L'assistance judiciaire ? _____	354
III.	<i>La procédure devant le tribunal arbitral</i> _____	357
A.	Les règles générales de procédure _____	357
1.	Les règles de procédure choisies par les parties _____	357
1.1.	La procédure fédérale _____	357
1.1.1.	La PA _____	357
1.1.2.	La PCF _____	358
1.1.3.	Le CPC _____	358
1.2.	La procédure cantonale _____	359
1.2.1.	Le concordat _____	359
1.2.2.	La loi de procédure civile cantonale _____	360
1.2.3.	La loi de procédure administrative cantonale _____	360
2.	L'absence de choix des parties _____	361
B.	La procédure de constatation des faits _____	362
C.	Le juge d'appui _____	365
D.	La publicité de la procédure arbitrale _____	366
1.	Le droit à des débats oraux et la publicité de l'audience arbitrale _____	367
1.1.	Droit à des débats oraux _____	367
1.2.	Publicité de l'audience arbitrale _____	370
2.	L'accès aux documents de la procédure _____	373
E.	Observations de tiers intéressés ? _____	376
IV.	<i>La sentence arbitrale</i> _____	381
A.	Le droit de fond appliqué par l'arbitre _____	381
1.	Les principes fondamentaux du droit public _____	381
2.	Le régime de l'article 381 alinéa 1 CPC _____	382
2.1.	Les règles de droit choisies par les parties ? _____	382
2.2.	L'arbitrage en équité ? _____	385
2.3.	Appréciation _____	386
B.	Une obligation de motiver ? _____	387
C.	La publication de la sentence arbitrale et l'accès à la sentence _____	392
1.	La publication de la sentence arbitrale _____	392
2.	L'accès à la sentence arbitrale _____	396
3.	Synthèse _____	397
V.	<i>La procédure postérieure à la sentence arbitrale</i> _____	399
A.	La voie de recours contre la sentence arbitrale _____	399
1.	L'arbitrage impliquant une autorité publique fédérale _____	399
2.	Les autres cas d'arbitrage en droit public suisse _____	401
2.1.	Le recours au tribunal cantonal ? _____	405
2.2.	Le recours au Tribunal administratif fédéral ? _____	408
2.3.	L'action devant le Tribunal fédéral ? _____	408

2.4. Le recours au Tribunal fédéral ? _____	410
2.4.1. Le recours selon l'article 120 alinéa 2 LTF ? _____	411
2.4.2. Le recours en matière civile ? _____	412
a) La nature civile de la prétention _____	414
b) La qualité pour recourir _____	416
c) La valeur litigieuse _____	417
d) Les motifs de recours _____	418
e) Synthèse _____	420
2.4.3. Le recours en matière de droit public ? _____	420
a) L'objet du recours _____	420
b) Les autorités précédentes _____	421
c) La qualité pour recourir _____	424
d) Les exceptions de l'article 83 LTF ? _____	429
e) Les motifs de recours _____	431
f) Synthèse _____	431
2.5. Une solution de lege ferenda ? _____	431
B. L'effet suspensif _____	434
C. La question de la renonciation au recours _____	435
D. La rectification, l'interprétation et la sentence additionnelle _____	437
E. La révision de la sentence arbitrale _____	439
F. L'exécution de la sentence arbitrale _____	439
1. La condamnation au paiement d'une somme d'argent _____	439
2. La condamnation à faire ou à s'abstenir _____	441
2.1. L'arbitrage entre deux ou plusieurs cantons ou entre la Confédération et un ou plusieurs cantons _____	441
2.2. Les autres cas d'arbitrage en droit public _____	442
VI. Conclusion et développements _____	443
Conclusion générale _____	449
Bibliographie _____	455
I. <i>Bibliographie : la Suisse</i> _____	455
II. <i>Bibliographie : la France</i> _____	469
III. <i>Bibliographie : les États-Unis</i> _____	475
IV. <i>Bibliographie : l'arbitrage d'investissement</i> _____	481
Table des matières _____	487
Index alphabétique _____	497