



Chapitre de livre

2013

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## L'arbitre du contentieux de droit public et l'égalité de traitement

---

Mcgregor, Eleanor

### How to cite

MCGREGOR, Eleanor. L'arbitre du contentieux de droit public et l'égalité de traitement. In: L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives. Rashid Bahar et Rita Trigo Trindade (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2013. p. 241–268. (Programme doctoral romand de droit)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:148574>

# L'ARBITRE DU CONTENTIEUX DE DROIT PUBLIC ET L'EGALITE DE TRAITEMENT

Par

ELEANOR MCGREGOR\*

*lic. iur., titulaire du brevet d'avocat, assistante à l'Université de Genève*

<b>Introduction</b>	242
<b>I. Définition</b>	243
<b>II. Le respect de l'égalité de traitement s'impose-t-il à l'arbitre du contentieux de droit public ?</b>	244
1. Problématique	244
a) Arbitrage commercial	244
b) Arbitrage sportif et arbitrage d'investissement	246
c) Arbitrage en droit public	249
2. Application de l'art. 35 al. 2 Cst. ?	250
a) Champ d'application personnel	250
b) Champ d'application matériel	251
c) Synthèse et appréciation	254
3. Application des principes constitutionnels régissant le droit administratif ?	255
4. Synthèse	256
<b>III. Application de l'égalité de traitement par les arbitres</b>	256
1. Conditions d'application de l'art. 8 Cst.	256
a) La conformité à la loi	257
b) L'identité de l'autorité	258
2. La publicité des sentences arbitrales	260
<b>IV. Voie de recours</b>	262
<b>Conclusion</b>	263
<b>Bibliographie</b>	265

---

\* L'auteure tient à remercier vivement le professeur Thierry Tanquerel ainsi que son collègue Olivier Gaillard pour leurs relectures attentives et précieux commentaires.

# Introduction

L'arbitrage en droit public apparaît comme une forme hybride de résolution de conflits qui se situe à côté des juridictions traditionnelles. Depuis de nombreuses années déjà, le paysage juridique suisse s'en accommode. En doctrine, les réactions sont variées : certains auteurs contestent sa légitimité<sup>1</sup>, d'autres l'acceptent moyennant conditions<sup>2</sup>. Personne ne nie toutefois son existence. Et pour cause : les exemples pratiques se reproduisent dans la jurisprudence à intervalles plus ou moins réguliers. On compte aussi un nombre non négligeable de clauses arbitrales insérées dans des contrats administratifs<sup>3</sup>. Le nombre potentiel d'arbitrages en droit public suisse est donc significatif.

Trouver un cadre juridique approprié n'est toutefois pas tâche aisée. Peu d'auteurs se sont penchés sur la question. On décèle même un certain malaise dans le fait de rapprocher le contentieux de droit public de l'arbitrage. La nature publique du litige dérange et soulève de nombreuses interrogations. Parmi les sujets récurrents, on peut évoquer les différences intrinsèques entre l'arbitrage et le contentieux de droit public.

---

<sup>1</sup> DASSER, Art. 354 § 17, in : OBERHAMMER (éd.), *Kurzkommentar ZPO*, Bâle 2010 ; FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung : Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976*, Zurich 1997, Art. 238-258 § 9.

<sup>2</sup> STACHER, Art. 354 § 2, in : BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zurich/St. Gall 2011 ; MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle*, Vol. II, Berne 2011, § 5.3.5 ; TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR, « L'arbitrage en droit public suisse », in : RENDERS/DELVOLVÉ/TANQUEREL (éd.), *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles 2010, p. 227-279 ; ABEGG ANDREAS, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten : Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge*, Zurich 2009, p. 60 ss ; BLANCHARD THIBAUT, *Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif : étude de droit vaudois, historique et comparé*, Lausanne 2005, p. 125 ; MÄCHLER AUGUST, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege : Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege*, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 592 ss ; RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, Zurich 1993, p. 3-4 ; POUURET JEAN-FRANÇOIS, « Concordat sur l'arbitrage », in : LALIVE/POURET/REYMOND (éd.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989, p. 23-253, Art. 1 § 1.2.

<sup>3</sup> Nous avons relevé plus d'une centaine d'accords intercantonaux contenant des clauses compromissaires. Les domaines de prédilection comprennent la formation, l'emploi des services de police sur les autoroutes, la construction et l'exploitation de centres d'épuration des eaux, la pêche ou encore la construction et l'exploitation de structures de recyclage des déchets urbains. Pour des exemples, voir TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR (note 2), notes 83-89.

D'un côté, le pouvoir de l'arbitre n'est limité que par la convention des parties. Les tribunaux arbitraux jouissent généralement d'une grande liberté dans le processus décisionnel menant à l'élaboration de sentences arbitrales. De l'autre, le juge administratif agit à l'intérieur d'un cadre strict dont les contours sont définis par la Constitution et par la loi. Parmi les limites constitutionnelles de l'exercice de la puissance publique, le devoir de respecter l'égalité de traitement occupe une place essentielle. Il impose aux tribunaux de traiter les situations identiques de manière égale.

En arbitrage, ce principe pose la question épineuse de la jurisprudence arbitrale. Or, on sait qu'en matière commerciale, l'arbitre n'est pas tenu de suivre les précédents. Les opinions sont plus nuancées s'agissant de l'arbitrage sportif et d'investissement. Qu'en est-il lorsque l'arbitre porte le chapeau de juge administratif ?

La présente contribution se propose de répondre à cette question. Pour ce faire, nous avons envisagé deux hypothèses permettant de rattacher le devoir de respecter l'égalité de traitement à l'arbitre du contentieux de droit public. Nous nous intéresserons ensuite aux implications pratiques que pourrait entraîner l'imposition de ce devoir constitutionnel aux arbitres. Mais, avant ces développements, il convient de définir la notion d'arbitrage en droit public.

## I. Définition

En droit privé, la doctrine propose des définitions diverses et variées de la notion d'arbitrage<sup>4</sup>. Il en va de même en droit public, où la notion d'arbitrage varie d'un auteur à l'autre : à titre d'exemple, le caractère définitif de la sentence arbitrale en constitue un aspect essentiel pour les uns et insignifiant pour les autres<sup>5</sup>.

Selon la définition usuelle retenue en droit privé, « l'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des litiges par des particuliers (les arbitres) choisis par les parties et investis de la mission de juger à la place des juridictions étatiques »<sup>6</sup>. Il convient, à notre sens, d'emprunter cette définition du droit privé pour qualifier l'arbitrage en droit public. On retiendra donc les trois critères suivants : 1) l'origine de l'arbitrage est conventionnelle, 2) les arbitres sont des particuliers et 3) leur mission est de rendre une sentence arbitrale à la place des juridictions étatiques. S'agissant du premier critère, il importe de relever que l'élément

---

<sup>4</sup> KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2e éd., Berne 2010, § 20.

<sup>5</sup> TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR (note 2), p. 235 ; MÄCHLER AUGUST (note 2), p. 567.

<sup>6</sup> KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO (note 4), § 20 ; PLOUDRET JEAN-FRANÇOIS (note 2), p. 27.

conventionnel fait défaut lorsque l'arbitre tire son pouvoir de la loi et non de l'accord des parties. C'est le cas lorsque la loi impose le recours à un tribunal « arbitral » sans que les parties y aient consenti<sup>7</sup>.

A ces critères s'ajoute encore celui de la nature publique du litige. Selon STAEHELIN, on peut parler d'arbitrage en droit public lorsque ce procédé s'applique à des contestations relatives à une relation de droit public<sup>8</sup>. Précisons à cet égard que l'arbitrage ne présente pas de spécificité propre par rapport à la théorie générale en matière de distinction entre droit public et droit privé. Sur cette problématique, nous renvoyons le lecteur aux ouvrages de référence en la matière<sup>9</sup>.

## **II. Le respect de l'égalité de traitement s'impose-t-il à l'arbitre du contentieux de droit public ?**

### **1. Problématique**

#### **a) Arbitrage commercial**

En matière commerciale, la pratique élaborée au cours des années par les différents panels d'arbitres ne s'impose pas obligatoirement aux tribunaux arbitraux. L'arbitre est roi et ses décisions souveraines. Hormis les directives des parties, l'arbitre n'a d'ordres à recevoir de personne. Il reste libre d'appliquer ou d'écarter à sa guise les sentences arbitrales rendues par ses pairs, cela même en l'absence de différences factuelles entre les affaires. Inversement, l'interprétation que l'arbitre fait des différents principes et règles juridiques reste circonscrite au différend qu'il a pour mission de trancher. C'est, en tout cas, l'approche de la doctrine majoritaire<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir *infra* § II.2.b.ba.

<sup>8</sup> STAEHELIN ADRIAN, « Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht », in : JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BASEL (éd.), *Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht : Grenzen und Grenzüberschreitungen : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle 1985, p. 381-395, p. 381.

<sup>9</sup> TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011, § 377 ss ; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif : les fondements*, Vol. I, 3e éd., Berne 2012, § 2.2 ; KNAPP BLAISE, *Précis de droit administratif*, Bâle 1991, § 68 ss ; GRISSEL ANDRÉ, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 104 ss.

<sup>10</sup> WEIDEMAIER W. MARK C., « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », in : *William and Mary Law Review* 2010, p. 1895-1958, p. 1908 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », in : *Arbitration International* 2007/3, p. 357-378 et références à la note 1 ; COMMISSION JEFFERY P., « Precedent in Investment

Plusieurs facteurs expliquent cela. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous en avons dégagé quatre. D'abord, les sentences arbitrales sont rarement publiées. Ainsi, dans la plupart des cas, les arbitres n'ont pas réciproquement connaissance des sentences qu'ils rendent. A l'évidence, cela constitue un obstacle irrémédiable à l'application, par les arbitres, de précédents arbitraux<sup>11</sup>. Dans le même ordre d'idées, les sentences arbitrales ne sont pas systématiquement motivées. Or, on peut difficilement imaginer que le seul dispositif de la sentence puisse servir de référence pour de futures affaires<sup>12</sup>. Ensuite, contrairement à la juridiction étatique, l'arbitrage est dépourvu de hiérarchie. Or, l'absence de juridiction supérieure rend impossible la création d'une pratique uniforme sur une même question de droit<sup>13</sup>. Le recours devant les juridictions d'un Etat n'est pas non plus à même de consacrer une jurisprudence arbitrale, puisque celles-ci, à l'exception de l'ordre public pour l'arbitrage international et de l'arbitraire pour l'arbitrage domestique, ne contrôlent pas le fond des sentences<sup>14</sup>. Enfin, les parties peuvent autoriser l'arbitre à statuer en équité. Or, l'équité représente l'antithèse de la règle de droit. Comme le résume avec justesse JOLIDON, « [I]e jugement en équité ne veut pas devenir une règle. Il crée non pas une règle générale, mais une solution individuelle trouvée non pas en fonction de normes précises préétablies, ou de normes générales et abstraites qu'il aurait à établir s'il avait fait acte de législateur, mais grâce peut-être à [...] un sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste, en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et

---

Treaty Arbitration », in : Journal of International Arbitration 2007, p. 129-158, p. 135 ; LARROUMET CHRISTIAN, « A propos de la jurisprudence arbitrale », in : Gazette du palais 2006/novembre-décembre, p. 3750-3752 ; PINNA ANDREA/RIGOZZI ANTONIO, « Chronique de jurisprudence en matière d'arbitrage sportif », in : Gazette du palais 2006/septembre-octobre, p. 3053-3064 ; SCHÜTZE ROLF A., « The Precedential Effect of Arbitration Decisions », in : Journal of International Arbitration 1994/3, p. 69-76, p. 69 ; BERGER KLAUS PETER, « The International Arbitrators' Application of Precedents », in : Journal of International Arbitration 1992/4, p. 5-22, p. 19 ss ; ROBERT JEAN, Le phénomène transnational, Paris 1988, p. 20 s. ; KASSIS ANTOINE, Théorie générale des usages du commerce, Paris 1984, p. 501 ss.

<sup>11</sup> LARROUMET CHRISTIAN (note 10), p. 3751. L'auteur distingue toutefois l'arbitrage *ad hoc*, où les sentences ne sont jamais publiées, de l'arbitrage institutionnel, en particulier les arbitrages du CIRDI, qui donne lieu à de nombreuses publications. WEIDEMAIER met davantage l'accent sur l'accessibilité des sentences arbitrales que sur leur publication, WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1920-1923.

<sup>12</sup> WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1914.

<sup>13</sup> PINNA ANDREA/RIGOZZI ANTONIO (note 10), p. 3054 ; LARROUMET CHRISTIAN (note 10), p. 3750 ; ROBERT JEAN (note 10), Paris 1984, p. 509.

<sup>14</sup> JACQUET JEAN-MICHEL, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », in : Revue de l'arbitrage 2010/3, p. 445-467, p. 453.

particulier »<sup>15</sup>. Partant, l'emploi de l'équité exclut l'élaboration d'un précédent arbitral<sup>16</sup>.

Pour conclure, les sentences arbitrales ne constituent que de simples exemples. Si elles représentent d'importantes sources d'inspiration pour les arbitres subséquents, ces derniers demeurent libres de s'en évader.

## **b) Arbitrage sportif et arbitrage d'investissement**

L'approche de la doctrine majoritaire souffre cependant de quelques résistances, certains auteurs prônant l'existence d'une « juridiction arbitrale ». L'idée à la base de cette approche est qu'en prononçant des sentences, le tribunal arbitral contribue à la mise en œuvre de règles de droit<sup>17</sup>. C'est surtout dans les matières d'arbitrage sportif et d'investissement que la question du précédent arbitral génère le plus de débats<sup>18</sup>.

### **ba) Arbitrage sportif**

A l'heure actuelle, les tribunaux arbitraux appelés à trancher des litiges sportifs continuent de soutenir qu'ils demeurent libres de suivre ou non les précédents. Ils invoquent en particulier l'absence, en arbitrage, de *stare decisis*<sup>19</sup>. Reconnaisant néanmoins la valeur des précédents dans la pratique sportive, les tribunaux arbitraux recommandent à leurs pairs de s'y référer, même s'ils n'y sont pas juridiquement tenus<sup>20</sup>.

Vis-à-vis de l'arbitrage commercial, l'arbitrage sportif présente certaines particularités. D'abord, l'arbitre exerce ses compétences au sein d'une institution d'arbitrage, le Tribunal arbitral du sport (ci-après : TAS), qui publie, chaque année, de nombreuses sentences arbitrales<sup>21</sup>. Tombe ainsi l'obstacle lié à l'absence

---

<sup>15</sup> JOLIDON PIERRE, « La sentence en équité dans le Concordat suisse sur l'arbitrage », in : REYMOND/BUCHER (éd.), Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international à l'occasion du Congrès intérimaire du International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Zurich 1984, p. 259-268, p. 266.

<sup>16</sup> LARROUMET CHRISTIAN (note 10), p. 3752.

<sup>17</sup> FOUCHARD DOMINIQUE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, On International Commercial Arbitration, La Haye/Boston/Londres 1998, p. 183 ss.

<sup>18</sup> WEIDEMAIER ajoute encore l'arbitrage maritime et le « *class arbitration* », WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1911-1912.

<sup>19</sup> D'origine anglo-saxonne, la règle du *stare decisis* oblige les tribunaux inférieurs à appliquer les décisions des tribunaux supérieurs. La jurisprudence constitue ainsi une véritable source de droit.

<sup>20</sup> TAS 2008/A/1545 § 53 : « *In arbitration there is no stare decisis. Nevertheless, the Panel feels that CAS rulings form a valuable body of case law and can contribute to strengthen legal predictability in international sports law. Therefore, although not binding, previous CAS decisions can, and should, be taken into attentive consideration by subsequent CAS panels.* » ; voir aussi TAS 97/176.

<sup>21</sup> Selon l'art. R43 du Code TAS, les sentences ne sont pas publiées, sauf si toutes les parties y consentent ou si le président de la Chambre le décide.

de précédents connus. La problématique du consentement à l'arbitrage se pose ensuite en des termes différents. Pour mener à bien sa carrière sportive, l'athlète n'a souvent d'autre choix que d'accepter les clauses arbitrales insérées dans les statuts des différentes fédérations. Plus encore, la répétition de litiges identiques dans une même discipline sportive pose la question délicate de l'égalité entre compétiteurs<sup>22</sup>. Selon certains auteurs, ces caractéristiques inhérentes à l'arbitrage sportif entraînent l'obligation, à tout le moins morale, de suivre les précédents arbitraux<sup>23</sup>. Dans un commentaire relatif à une sentence arbitrale récente du TAS, MAISONNEUVE va même jusqu'à inférer une obligation juridique de se conformer aux décisions de cette institution. Le raisonnement suivi mérite que l'on s'y attarde. L'auteur questionne d'abord l'origine de l'investiture des arbitres. A son sens, contrairement à l'arbitrage commercial, la justice est rendue à la fois au nom des parties et au nom de l'institution sportive dont les statuts renferment la clause compromissoire. L'arbitre doit, de la sorte, prendre en compte non seulement l'intérêt individuel des parties au litige mais aussi « l'idée d'œuvre de l'institution sportive concernée ». Or, l'institution aspire à garantir la compétition sportive, laquelle « suppose fondamentalement l'égalité entre compétiteurs, sur le terrain du jeu comme sur le terrain juridictionnel ». L'auteur en conclut qu'en droit du sport, les arbitres ont l'obligation de suivre les précédents « eu égard à la nature et à la raison d'être de leur investiture »<sup>24</sup>.

#### **bb) Arbitrage d'investissement**

De la même manière qu'en arbitrage sportif, doctrine et tribunaux tiennent à rappeler qu'il n'existe pas, en arbitrage d'investissement, de *stare decisis*<sup>25</sup>. D'ailleurs, à l'origine, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après : le CIRDI) n'avait nullement été élaboré avec l'intention de créer un corpus de jurisprudence en matière d'investissement<sup>26</sup>. Cela dit, depuis sa création, le CIRDI a essuyé de lourdes critiques remettant en question la légitimité de l'institution. De nombreux auteurs s'opposent en particulier à la résolution des litiges d'investissement sur le modèle des arbitrages commerciaux, considérant que les deux types de contentieux procèdent fondamentalement d'origines différentes<sup>27</sup>. En arbitrage d'investissement, la

---

<sup>22</sup> MAISONNEUVE MATHIEU, « Note – 16 juillet 2010, CAS », in : Revue de l'arbitrage 2010/3, p. 629-632, p. 630 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE (note 10), p. 376.

<sup>23</sup> MAISONNEUVE MATHIEU (note 22), p. 630 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE (note 10), p. 74. *Contra* : PINNA ANDREA/RIGOZZI ANTONIO (note 10), p. 3053-3064.

<sup>24</sup> MAISONNEUVE MATHIEU (note 22), p. 630.

<sup>25</sup> SHEFFER MEGAN WELLS, « Bilateral Investment Treaties : A Friend or Foe to Human Rights ? », in : Denver Journal of International Law and Policy 2011, p. 483-520, p. 490 ; WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1908 ; GRISEL FLORIAN/VINUALES JORGE E., « *L'amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », in : ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 2007/2, p. 380-432, p. 417. Pour les tribunaux, voir références de COMMISSION JEFFERY P. (note 10), p. 144 ss.

<sup>26</sup> WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1908.

<sup>27</sup> DE BRABANDERE ERIC, « NGOs and the « Public Interest » : The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes », in :

juridiction du CIRDI repose généralement sur le consentement des Etats, tel qu'exprimé dans un traité bilatéral d'investissement. Ainsi, contrairement à l'arbitrage commercial, l'investisseur n'a pour ainsi dire pas signé la clause compromissoire, mais tire le droit de recourir à l'arbitrage de l'accord liant son Etat d'origine à l'Etat d'accueil. A cela s'ajoute que, contrairement aux litiges commerciaux, l'arbitrage d'investissement est susceptible d'affecter de manière significative des tiers non parties à la procédure, appelés dans la terminologie anglaise les « *impacted non-State actors* »<sup>28</sup>. Ainsi, à la différence de l'arbitrage commercial, les effets d'une sentence arbitrale rendue en matière d'investissement s'étendent au-delà des seules parties au litige. Arbitrage d'investissement et arbitrage commercial diffèrent encore sur deux points : l'objet matériel de l'arbitrage et le droit applicable. Contrairement à l'arbitrage commercial, l'arbitrage d'investissement porte nécessairement sur un investissement et les litiges sont généralement soumis au droit international public, au droit des traités ainsi qu'au droit coutumier.

De par ces différences, l'arbitrage d'investissement soulève de nouvelles problématiques qui, faute d'avoir été posées, ne trouvent aucune résolution dans le mécanisme de l'arbitrage commercial. Reviennent ainsi régulièrement sur le devant de la scène les questions de légitimité, de transparence, de partialité, de compétence des arbitres et de prise en compte de l'intérêt public. Pour remédier à ces critiques, les acteurs de l'arbitrage d'investissement (Etats, doctrine, arbitres) ont procédé par divers moyens. Le règlement d'arbitrage du CIRDI a été modifié en 2006 pour renforcer la publication des sentences arbitrales, encourager l'ouverture des audiences au public et permettre à des tiers intervenants de soumettre des mémoires *amici curiae*. Des propositions émanant de la doctrine ont animé des débats sur l'établissement d'une cour internationale permanente d'investissement<sup>29</sup> ou sur la création d'un mécanisme de contrôle du fond de la sentence arbitrale<sup>30</sup>. Enfin, les arbitres ont façonné, au fil des sentences, un

---

Chicago Journal of International Law 2011/12, p. 85-113, p. 103 ; WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1945 ; CORNEL MARIAN, « Balancing Transparency: The Value of Administrative Law and Mathews-Balancing to Investment Treaty Arbitrations », in : Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 2010/10, p. 275-301, p. 282. Certains auteurs relativisent cette différence, voir par exemple WILSKE, RAIBLE ET MARKET, selon lesquels « *international commercial arbitration and investment treaty arbitration are close relatives* », WILSKE STEPHAN/RAIBLE MARTIN/MARKERT LARS, « International Investment Treaty Arbitration and International Commercial Arbitration : Conceptual Difference or Only a « Status Thing » ? », in : Contemporary Asia Arbitration Journal 2008/1(2), p. 213-233, p. 213.

<sup>28</sup> SHEFFER MEGAN WELLS (note 25), p. 487.

<sup>29</sup> BROWER CHARLES N./SCHILL STEPHAN W., « Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law ? », in : Chicago Journal of International Law 2009/2, p. 471-498, p. 475.

<sup>30</sup> WILSKE STEPHAN/RAIBLE MARTIN/MARKERT LARS (note 27), voir références à la note 36.

mécanisme de résolution à la fois prévisible et cohérent<sup>31</sup>. Ce développement a en particulier été rendu possible par deux règles essentielles de la Convention CIRDI : l'obligation de motiver<sup>32</sup> et de publier<sup>33</sup>, à tout le moins en extraits, les sentences arbitrales. Depuis plusieurs années, on assiste à l'émergence d'un véritable corpus de règles en matière d'investissement<sup>34</sup>. A tel point que certains auteurs n'hésitent pas à parler de « jurisprudence persuasive » (« *persuasive precedent* »)<sup>35</sup>. Ainsi, de la même manière qu'en arbitrage sportif, les arbitres s'estiment tenus par une obligation morale de contribuer à l'élaboration d'une jurisprudence cohérente et prévisible<sup>36</sup>. Une partie de la doctrine va même jusqu'à poser que l'absence de prise en compte par les arbitres de la jurisprudence CIRDI constitue, c'est selon, un excès de pouvoir manifeste du tribunal, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ou encore un défaut de motifs. Dans les trois cas, les parties peuvent demander l'annulation de la sentence arbitrale au sens de l'art. 52 de la Convention CIRDI<sup>37</sup>.

Sur ce point, l'arbitrage d'investissement diffère ainsi sensiblement de l'arbitrage commercial en ce que, contrairement à ce dernier, il tient compte des intérêts d'une troisième partie au litige : le public<sup>38</sup>.

### c) Arbitrage en droit public

A notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais été amenée à se prononcer sur la question du précédent arbitral en arbitrage de droit public. La problématique n'a pas non plus été abordée dans la doctrine. Posons ainsi la question : comment l'égalité de traitement pourrait-elle venir à s'appliquer dans le cadre d'un arbitrage portant sur des litiges de droit public ?

Dans un article paru en 2010, VOGEL lance une première piste de réflexion. Sans approfondir davantage, l'auteur avance l'idée que l'arbitre appelé à statuer sur un différend relevant du droit public est tenu de respecter les droits fondamentaux

---

<sup>31</sup> MARKERT LARS, « Improving Efficiency in Investment Arbitration », in : *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2011/2, p. 216-246, p. 220 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE (note 10), p. 368.

<sup>32</sup> Art. 48 al. 3 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends opposant des Etats et des ressortissants d'autres Etats (Convention CIRDI).

<sup>33</sup> Art. 48 al. 4 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage CIRDI).

<sup>34</sup> *Contra* : WILSKE STEPHAN/RAIBLE MARTIN/MARKERT LARS (note 27), p. 217.

<sup>35</sup> COMMISSION JEFFERY P. (note 10), p. 132 et références citées à la note 25. Selon l'auteur, « [t]he role that precedent has come to play in investment treaty arbitration today resembles the common law doctrine of stare decisis [...] » (p. 158).

<sup>36</sup> SHEFFER MEGAN WELLS (note 25), p. 506 ; WEIDEMAIER W. MARK C. (note 10), p. 1950 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE (note 10), p. 374.

<sup>37</sup> COMMISSION JEFFERY P. (note 10), p. 129-158, p. 156.

<sup>38</sup> MAGRAW DANIEL BARSTOW/AMERASINGHE NIRANJALI MANEL, « Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration », in : *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2009, p. 337-360, p. 350.

conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. Cette thèse repose sur la prémisse qu'en tranchant des litiges de droit public, l'arbitre assume une tâche de l'Etat<sup>39</sup>. A suivre ce raisonnement, le respect de l'ensemble des droits fondamentaux, y compris l'égalité de traitement, s'impose à l'arbitre du contentieux de droit public.

Parallèlement à cela, les rapports de droit public sont régis par un nombre déterminé de principes constitutionnels. La doctrine range parmi ces derniers les principes de légalité, d'intérêt public, de proportionnalité et d'égalité de traitement dans et devant la loi. La question se pose donc de savoir si l'arbitre du contentieux de droit public est, par ce biais, tenu d'appliquer le principe de l'égalité de traitement.

## **2. Application de l'art. 35 al. 2 Cst. ?**

Une première piste consiste à faire découler l'application de l'égalité de traitement du respect des droits fondamentaux. Soutenue avec réserve par VOGEL, cette thèse séduit d'emblée : elle permet d'imposer à l'arbitre le respect de l'ensemble des droits fondamentaux.

Selon l'art. 35 al. 2 Cst., quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Dans le cadre de cette contribution, nous chercherons à déterminer si cette disposition couvre le cas des tribunaux arbitraux appelés à trancher des litiges de droit public. La question s'articule en deux volets. D'abord, les arbitres entrent-ils dans le champ d'application personnel de l'art. 35 al. 2 Cst. ? Ensuite, que faut-il entendre par « tâche de l'Etat » ? En particulier, peut-on qualifier de la sorte les activités des tribunaux arbitraux ? C'est la question du champ d'application matériel de l'art. 35 al. 2 Cst.

### **a) Champ d'application personnel**

L'art. 35 al. 2 Cst. vise « quiconque » assume une tâche de l'Etat. La disposition s'adresse ainsi à tout un chacun, indépendamment de sa nature publique ou privée, physique ou morale. Ainsi, contrairement au régime prévu sous l'empire de l'ancienne Constitution<sup>40</sup>, l'identité de la personne concernée par l'art. 35 al. 2 Cst. ne constitue pas un critère d'application<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> VOGEL STEFAN, « Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht », in : ZBl 2010, p. 670-683.

<sup>40</sup> MÜLLER JÖRG PAUL, « Introduction aux droits fondamentaux », in : AUBERT/EICHENBERGER ET AL. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Berne 1996, § 40.

<sup>41</sup> SCHWEIZER, Art. 35 § 25, in : EHRENZELLER/SCHWEIZER ET AL. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar, Zurich/Bâle/Genève/St-Gall 2008 ; HÄSLER PHILIPP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Berne 2005, p. 67.

Il reste que les droits fondamentaux sont avant tout dirigés contre l'Etat, compris dans un sens large. Ils visent l'ensemble des organes législatifs, exécutifs ou judiciaires exerçant la puissance publique au niveau fédéral, cantonal ou communal. Mais l'art. 35 al. 2 Cst. s'adresse aussi aux personnes privées, fût-ce de manière exceptionnelle<sup>42</sup>. C'est le cas des tribunaux arbitraux, à qui les parties confient le pouvoir de trancher des litiges relevant du droit public.

## **b) Champ d'application matériel**

Par « tâche de l'Etat », il faut entendre l'ensemble des activités conférées à l'Etat par la loi ou la Constitution<sup>43</sup>. Pour reprendre la formule consacrée dans la jurisprudence, « c'est l'interprétation de la loi qui détermine ce qui est une tâche publique, qui assume cette tâche et comment elle doit être menée à bien »<sup>44</sup>. Deux critères se dégagent de cette définition lorsque l'activité est confiée à un privé : il s'agit a) d'une activité de l'Etat b) déléguée par ce dernier ou par l'un de ses organes conformément à la loi ou la Constitution.

### **ba) Une activité de l'Etat**

L'application de l'art. 35 al. 2 Cst. suppose la réalisation d'une activité de l'Etat. Cela implique qu'à défaut de délégation, c'est l'Etat qui, en dernier lieu, assume la responsabilité de l'accomplissement de ce devoir<sup>45</sup>. Il peut s'agir de tâches administratives, réglementaires ou décisionnelles<sup>46</sup>. La mission conférée à un tribunal arbitral est à ranger dans cette dernière catégorie. En effet, d'une part, les parties sollicitent l'arbitre afin qu'il tranche le litige qui lui est soumis. D'autre part, si les parties n'avaient pas opté pour l'arbitrage, il appartiendrait aux juridictions étatiques de statuer.

Ensuite, pour constituer une activité de l'Etat, la tâche décisionnelle doit porter sur un litige de nature publique<sup>47</sup>. C'est ainsi que la doctrine dénie la qualité d'« activité de l'Etat » à la mission de tribunaux arbitraux chargés de statuer sur des affaires purement privées<sup>48</sup>.

En revanche, les affaires soumises à des tribunaux arbitraux légaux tombent dans la définition des activités de l'Etat<sup>49</sup>. Ces autorités, aussi appelées tribunaux

---

<sup>42</sup> AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 35 § 8.

<sup>43</sup> KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2e éd., Berne 2013.

<sup>44</sup> ATF 138 II 134, 140.

<sup>45</sup> HÄNER ISABELLE, « Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private », in : PJA 2002, p. 1144-1153, p. 1148.

<sup>46</sup> SCHWEIZER (note 41), Art. 35 § 24.

<sup>47</sup> VOGEL STEFAN (note 39), p. 681 ; HÄSLER PHILIPP (note 41), p. 74.

<sup>48</sup> REHM FLORIAN NIKOLAUS, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, Baden-Baden 2009, § 446 ; HÄSLER PHILIPP (note 41), p. 76.

<sup>49</sup> HÄSLER PHILIPP (note 41), p. 76.

arbitraux étatiques<sup>50</sup>, constituent en réalité des instances légales de la juridiction administrative. Si ces tribunaux tranchent des litiges de droit public, ils tirent leur pouvoir de la loi et non de l'accord des parties. Or, dès l'instant où la composante conventionnelle de l'institution fait défaut, il ne s'agit pas d'un cas d'arbitrage au sens retenu dans la présente contribution. On peut citer dans ce contexte les « tribunaux arbitraux » prévus aux art. 54 al. 3 LAVS<sup>51</sup>, 57 LAA<sup>52</sup> et 27 LAM<sup>53</sup>, le « tribunal arbitral cantonal » prévu à l'art. 89 LAMal<sup>54</sup> ainsi que les « juridictions d'arbitrage » obligatoirement prévues dans les contrats de prestation conclus entre la Confédération et les organisations de droit privé dans le domaine de l'encouragement au cinéma (art. 9 al. 3 LCin<sup>55</sup>)<sup>56</sup>.

Le même raisonnement vaut pour les tribunaux arbitraux constitués sur la base d'un contrat lorsque leur mission consiste à trancher des différends de droit public. Il s'agit bien, dans ce cas, d'une tâche décisionnelle portant sur une cause de droit public. Partant, il convient d'admettre avec VOGEL que, dans un tel cas de figure, l'arbitre assume une « activité de l'Etat » au sens de l'art. 35 al. 2 Cst<sup>57</sup>.

### ***bb) Délégation par l'Etat ou par l'un de ses organes***

Selon une partie de la doctrine, l'art. 35 al. 2 Cst. a une portée plus restreinte qu'il n'apparaît de prime abord. Il ne faudrait pas comprendre cette disposition comme imposant une obligation générale de respecter les droits fondamentaux à toute personne morale ou physique exerçant une tâche publique. Encore faut-il que l'Etat délègue effectivement ses pouvoirs<sup>58</sup>. Le Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale indique d'ailleurs bien que l'art. 35 al. 2 Cst. s'adresse aux « délégués de tâches publiques »<sup>59</sup>.

Faut-il, pour autant, que la délégation soit prévue par la loi ou la Constitution ? Selon la doctrine, la condition ressort implicitement de l'art. 35 al. 2 Cst., dans la mesure où les activités de l'Etat reposent toujours sur une disposition légale ou constitutionnelle (art. 5 Cst.)<sup>60</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral apporte à cette question une réponse plus nuancée. Dans un arrêt rendu en juin 2001, le Tribunal fédéral a remis en question la nécessité de l'exigence d'une base légale stricte, considérant que le respect des droits fondamentaux ne devait « pas pouvoir

---

<sup>50</sup> STAEHELIN ADRIAN (note 8), p. 389.

<sup>51</sup> Loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.10.

<sup>52</sup> Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20.

<sup>53</sup> Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, RS 833.1.

<sup>54</sup> Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994, RS 832.10.

<sup>55</sup> Loi fédérale sur la culture et la production cinématographiques du 14 décembre 2001, RS 443.1.

<sup>56</sup> ZUFFEREY NATHALIE/AUBRY PATRICE, Loi sur le cinéma : loi fédérale du 14 décembre 2001 sur la culture et la production cinématographiques (loi sur le cinéma, LCin), Commentaire Stämpfli, Berne 2006, Art. 9 LCin.

<sup>57</sup> VOGEL STEFAN (note 39), note 81.

<sup>58</sup> SCHWEIZER (note 41), Art. 35 § 21.

<sup>59</sup> FF 1997 I 194.

<sup>60</sup> SCHWEIZER (note 41), Art. 35 § 22.

être supprimé par une cession temporaire à une personne privée »<sup>61</sup>. L'affaire portait sur la facturation d'emplacements sur le domaine public de La Chauv-de-Fonds par l'association organisatrice d'une braderie, l'association Braderie et Fête de la Montre (ci-après : la Braderie). Pour mener à bien cette activité, le Conseil communal avait octroyé gracieusement à la Braderie, personne morale de droit privé, l'autorisation d'utiliser les rues et les places du centre-ville de La Chauv-de-Fonds de manière accrue pendant trois jours. Selon le Tribunal fédéral, la Braderie assumait une tâche de l'Etat quand même aucune disposition légale ne prévoyait la possibilité pour le Conseil communal de lui déléguer la charge de percevoir un émolument d'utilisation du domaine public. Dans ces conditions, il convenait d'admettre que « lorsqu'un particulier accompli[ssait] des tâches publiques, il [était] tenu d'observer la Constitution, notamment les droits fondamentaux »<sup>62</sup>. A la lumière de cette jurisprudence, on peut conclure que la condition de la base légale paraît trop restrictive et ne permet pas de tenir compte de tous les cas de figure susceptibles de se présenter. Partant, une délégation sans base légale suffit pour que l'activité entre dans la définition de « tâche de l'Etat » au sens de l'art. 35 al. 2 Cst.

En arbitrage, la question d'une éventuelle délégation du pouvoir de l'Etat aux arbitres occupe juristes et philosophes. Le débat a trait à la source du pouvoir juridictionnel de l'arbitre. La question consiste à déterminer si l'arbitre tire son pouvoir de l'accord des parties, ou si, au contraire, il bénéficie d'une délégation de pouvoir de la part de la puissance publique. En France, la doctrine se prononce en faveur de la première hypothèse. Ainsi, sous la plume de OPPETIT, auteur d'un ouvrage de référence sur la théorie de l'arbitrage, « la juridiction arbitrale [...] de caractère privé et sans lien organique avec le détenteur de la souveraineté, ne s'insère dans aucun ordre préétabli et jouit d'une parfaite autonomie dans le cadre des règles contractuelles, statutaires ou légales qui la gouvernent ». Nous nous rallions à ce point de vue en matière d'arbitrage « privé »<sup>63</sup>.

La question prend une tournure différente lorsque le litige relève du droit public. Le recours à l'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis arbitral. Dans les deux hypothèses, le recours à des arbitres procède fondamentalement d'un contrat de droit administratif. Or, selon une jurisprudence désormais ancienne, l'autorité peut recourir au contrat de droit administratif non seulement lorsque la loi l'autorise expressément, mais également lorsqu'elle ne l'exclut pas. Encore faut-il s'assurer que la loi laisse une place à un arrangement contractuel<sup>64</sup>. A notre sens, il y a bien, dans ce cas, délégation. Elle s'articule en deux étapes. La loi aménage d'abord un espace pour la conclusion de contrats de droit administratif. Elle délègue, ce faisant, aux parties

---

<sup>61</sup> Arrêt du Tribunal fédéral, 2P.96/2000 du 8 juin 2001, consid. 5b).

<sup>62</sup> Arrêt du Tribunal fédéral, 2P.96/2000 du 8 juin 2001, consid. 5b).

<sup>63</sup> OPPETIT BRUNO, *Théorie de l'arbitrage*, Paris 1998, p. 30, note 1 ; PATRIKIOS APOSTOLOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris 1997, p. 201 ; MANN FRANCIS A., « Lex facit arbitrum », in : SANDERS (éd.), *International Arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye 1967, p. 157-183.

<sup>64</sup> ATF 103 Ia 505, consid. 3a ; TANQUEREL THIERRY (note 9), § 989 et références citées.

l'accomplissement de tâches publiques. Ensuite, avec la clause compromissoire, les parties délèguent à leur tour l'exécution de ces tâches au tribunal arbitral. Partant, la délégation résulte de la possibilité, en droit public, de conclure des contrats de droit administratif.

### c) Synthèse et appréciation

En résumé, l'arbitre saisi d'un litige relevant du droit public se présente comme un substitut de l'Etat. A ce titre, et à l'instar de tout organe étatique, l'arbitre est tenu de respecter les droits fondamentaux. Admettre le contraire aurait pour effet de permettre à l'Etat de se soustraire à ses obligations constitutionnelles. Or, la voie arbitrale ne constitue pas une échappatoire permettant à l'Etat de contourner le respect des droits fondamentaux.

Cela étant dit, il conviendrait de ne pas conférer à ce résultat une portée plus large qu'elle ne l'est vraiment. En réalité, l'impact de cette conclusion n'est que limité. Les droits fondamentaux regroupent quatre catégories différentes : les libertés, les droits sociaux, les droits politiques et les garanties de l'Etat de droit. Parmi ces dernières, on peut ranger le principe d'égalité, l'interdiction de l'arbitraire, la protection de la bonne foi et les garanties de procédure. En parcourant ces différents droits fondamentaux, on comprend vite que, hormis la garantie de l'égalité de traitement, seules les garanties de procédure sont susceptibles de poser des problèmes particuliers à l'arbitre du contentieux de droit public. Ces dernières s'adressent en effet directement à l'Etat et visent à garantir un certain comportement. La Constitution veille notamment à ce que les organes décisionnels respectent un certain nombre de prescriptions formelles et matérielles dans le cadre de leur activité. Les garanties de procédure s'imposent ainsi directement aux arbitres du contentieux de droit public, que ce soit lors du déroulement du procès ou de la prise de décision. Mais, là encore, toutes ne sont pas concernées. Si la jurisprudence reconnaît l'application en arbitrage de certaines garanties, il la nie pour d'autres. Ainsi, le Tribunal fédéral admet-il l'application en arbitrage du droit constitutionnel à un tribunal indépendant et impartial, du procès équitable et de l'égalité entre les parties<sup>65</sup>. Partant, ces garanties s'imposent à l'arbitre que la contestation relève du droit public ou du droit privé. Dans ces cas, l'application à l'arbitre de l'art. 35 al. 2 Cst. n'est donc pas déterminante. Il ne reste donc qu'une poignée de droits susceptibles d'entraîner des obligations à l'égard de tribunaux arbitraux saisis de litiges de droit public. Viennent en particulier à l'esprit le droit d'obtenir une décision motivée et l'assistance judiciaire gratuite. Quant au principe de la publicité, il est, comme nous le verrons, déjà suffisamment garanti par les lois spécifiques en matière de transparence.

---

<sup>65</sup> Voir, pour une revue détaillée des garanties de procédure en arbitrage, BOVAY BENOÎT/ZEITER LIONEL, « Les garanties fondamentales de procédure en droit suisse de l'arbitrage », in : JdT 2002/I, p. 36-54.

### 3. Application des principes constitutionnels régissant le droit administratif ?

Les principes constitutionnels régissant le droit administratif ont été en bonne partie dégagés de l'art. 4 aCst.<sup>66</sup>. Parmi ceux-ci figurent les principes de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité. Un certain nombre d'entre eux, dont le principe de l'égalité de traitement dans et devant la loi, figuraient déjà dans la Constitution. Ces principes lient tant les autorités exécutives que le législateur et le juge<sup>67</sup>.

La question rebondit aussitôt : l'arbitre du contentieux de droit public est-il tenu de respecter ces principes constitutionnels ? La réponse à cette question semble aller de soi. Les principes constitutionnels s'imposent incontestablement à l'autorité publique au stade de la conclusion du contrat<sup>68</sup>. Il n'existe, à notre sens, aucune raison pour que ces principes cessent de s'imposer en aval pour la résolution du litige. Dès l'instant où l'arbitre tranche des questions qui relèvent du droit public, il ne peut faire abstraction des principes constitutionnels régissant le droit administratif. Il n'est pas, dans ce cas, libre d'agir comme bon lui semble. Il est intéressant de constater que, dans ce raisonnement, on retrouve le critère de la tâche publique. L'application des principes constitutionnels suppose que l'objet du litige relève du droit public. Or, le contrat est régi par le droit public lorsque son contenu tend directement à l'accomplissement d'une tâche publique<sup>69</sup>. On retombe ainsi dans la problématique de l'application de l'art. 35 al. 2 Cst.

Plus généralement, la thèse de l'application des principes constitutionnels fait écho au raisonnement proposé par MAISONNEUVE en arbitrage sportif<sup>70</sup>. En droit public, l'origine de l'investiture de l'arbitre dépasse la sphère des seules parties au litige. La justice est rendue non seulement au nom des parties mais également au nom de l'intérêt général. Sur ce point, l'arbitrage en droit public est également comparable à l'arbitrage d'investissement où la question de l'intérêt public acquiert une importance centrale<sup>71</sup>. Dans ces conditions, les arbitres doivent prendre en considération à la fois l'intérêt individuel des parties et les principes

---

<sup>66</sup> TANQUEREL THIERRY (note 9), § 43 ss ; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2010, § 363 ss ; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (note 9), § 2.1.2.4 ; KNAPP BLAISE, « Les principes constitutionnels et leurs relations », in : HÄFELIN/MÜLLER/HALLER/SCHINDLER (éd.), Festschrift zum 70. Geburtstag von HANS NEF, Zurich 1981, p. 167-190.

<sup>67</sup> KNAPP BLAISE (note 9), § 444.

<sup>68</sup> MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (note 9), § 2.1.2.4.

<sup>69</sup> TANQUEREL THIERRY, « La nature juridique des contrats de prestations », in : BELLANGER/TANQUEREL (éd.), Les contrats de prestations : actes de la IIIe Journée de droit administratif organisée à Genève le 9 mars 2000, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 9-31, p. 22 ; NGUYEN MINH SON, Le contrat de collaboration en droit administratif, thèse, Berne 1998, p. 12 ss ; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (note 9), § 2.2.2.2.

<sup>70</sup> Voir *supra* § II.1.b)ba).

<sup>71</sup> Voir *supra* § II.1.b)bb).

constitutionnels « qui forment l'ossature du droit public »<sup>72</sup>. Or, on l'a vu, ces principes comprennent celui de l'égalité de traitement.

## 4. Synthèse

L'arbitre du contentieux de droit public est tenu de respecter le principe de l'égalité de traitement. La conclusion s'impose que ce soit par l'application de l'art. 35 al. 2 Cst. ou par celle des principes constitutionnels régissant le droit administratif. Sur ce point, l'arbitre de droit public se distingue de l'arbitre saisi de litiges purement privés.

# III. Application de l'égalité de traitement par les arbitres

## 1. Conditions d'application de l'art. 8 Cst.

Une fois admise la nécessité de respecter l'égalité de traitement, reste à déterminer les conditions d'application de ce principe. Selon l'art. 8 Cst., tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Cette disposition garantit tant l'égalité *dans* la loi que l'égalité *devant* la loi. Ces deux principes se distinguent par leur destinataire : alors que l'égalité dans la loi s'adresse au législateur, l'égalité devant la loi s'adresse à l'ensemble des organes d'application du droit, y compris les tribunaux arbitraux. Dans le cadre de cette contribution, nous nous intéresserons ainsi uniquement à ce deuxième cas de figure.

Selon la jurisprudence, l'autorité viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente<sup>73</sup>. La violation de l'égalité de traitement suppose la réunion de quatre conditions : la pluralité de décisions, l'identité de l'autorité, la conformité à la loi et la contrariété des décisions<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (note 9), § 2.1.2.4.

<sup>73</sup> ATF 131 I 394, consid. 4 ; ATF 129 I 346, consid. 6 ; ATF 129 I 113, consid. 5.

<sup>74</sup> AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. 2, 3e éd., Berne 2013, § 1068.

Si les conditions de la pluralité de décisions et de la contrariété des décisions ne posent en pratique pas de problèmes particuliers, les conditions de la conformité à la loi ainsi que l'identité de l'autorité méritent quelques développements.

### a) La conformité à la loi

Il ne peut être question d'inégalité de traitement que lorsque les deux décisions sont conformes à la loi. Conformément à l'adage « pas d'égalité dans l'illégalité », une décision illégale ne peut être attaquée pour violation du principe d'égalité de traitement. Dans ces cas, seul peut être invoqué le principe de la légalité. Autrement dit, le principe de la légalité l'emporte sur celui de l'égalité de traitement<sup>75</sup>.

A priori, la condition de la conformité à la loi se concilie mal avec l'arbitrage où les sentences en équité sont, sinon monnaie courante, du moins assez répandues. Bien souvent, les parties autorisent, voire obligent, l'arbitre à statuer en équité. Cette possibilité est prévue par l'art. 187 al. 2 LDIP pour l'arbitrage international et par l'art. 381 al. 1 let. b CPC pour l'arbitrage interne. Dans ces cas, l'arbitre s'affranchit des règles de l'ordre juridique au profit d'une solution « juste et équitable »<sup>76</sup>, tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. L'arbitre est, certes, libre de s'inspirer des règles de droit, mais il n'y est pas tenu<sup>77</sup>. Son objectif reste celui de prononcer une sentence équitable, que celle-ci émane d'une règle juridique, d'« une loi morale qui parle en lui, [ou d']un préjugé de classe, de caste, ou de profession »<sup>78</sup>. L'équité exclut ainsi le grief de l'égalité de traitement.

Ce constat appelle toutefois une réserve importante. L'arbitre saisi d'un litige relevant du droit public entre dans la sphère publique. Or, on a vu qu'en droit public, les autorités exercent leurs fonctions dans le respect des principes constitutionnels régissant le droit administratif, au nombre desquels figure le principe de la légalité. Ce principe oblige l'ensemble des organes de l'Etat à se soumettre à la loi<sup>79</sup>. Il s'ensuit que l'arbitrage en équité n'a pas sa place dans les litiges relevant du droit public<sup>80</sup>.

Partant, au vu du respect par l'arbitre du principe de la légalité, la condition de la conformité à la loi ne devrait pas poser de problèmes particuliers en cas

---

<sup>75</sup> Arrêt du Tribunal fédéral, 1C\_426/2007 du 8 mai 2008 ; arrêt du Tribunal fédéral, 2A.647/2005 du 7 juin 2007 ; arrêt du Tribunal fédéral, 2P.69/2004 du 4 octobre 2004 ; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, § 770 ss.

<sup>76</sup> JOLIDON PIERRE, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 456.

<sup>77</sup> PLOUDRET JEAN-FRANÇOIS (note 2), p. 173.

<sup>78</sup> JOLIDON PIERRE (note 15), p. 266.

<sup>79</sup> MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (note 9), § 4.1.1 ; GRISEL ANDRÉ (note 9), p. 305 ss.

<sup>80</sup> TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR (note 2), p. 247 ; VOGEL STEFAN (note 39), p. 681 ; MÄCHLER AUGUST (note 2), p. 588.

d'arbitrage de droit public. Dans ces cas en effet, et contrairement à l'arbitrage de droit privé, les parties ne peuvent librement se dérober à la règle de droit.

## b) L'identité de l'autorité

Pour qu'il y ait inégalité de traitement, les décisions contradictoires doivent émaner d'une seule et même autorité. Autrement dit, l'autorité doit se contredire elle-même<sup>81</sup>.

Cela implique, d'abord, qu'une juridiction supérieure n'est pas liée par les décisions rendues par une juridiction inférieure. La solution paraît d'ailleurs s'imposer d'elle-même, le recours ayant précisément pour but de remettre en cause la décision de l'instance précédente. Un tempérament à cette règle existe cependant. Il peut, en effet, y avoir inégalité de traitement lorsque deux autorités de degrés différents statuent en sens contraire alors que l'une d'entre elles se trouve dans la même situation que si elle avait pris les deux décisions. Les deux autorités doivent, ainsi, avoir statué sur la même base et avec la même cognition<sup>82</sup>. Cette jurisprudence a été initiée à l'occasion de l'arrêt *La Placette SA* du 12 juillet 1965<sup>83</sup>. Le Tribunal fédéral était amené à comparer la situation de la recourante, la société La Placette SA, à celle des Grands Magasins Innovation SA, une société concurrente. Alors que le Conseil d'Etat genevois avait rejeté la demande de patente de la première, le Département de justice et police l'avait admise à l'égard de la seconde. D'emblée, le Tribunal fédéral a considéré que l'absence d'identité entre le Conseil d'Etat et le Département de justice et police, ne justifiait pas à lui seul le rejet du grief tiré de l'égalité de traitement. Selon la Haute Cour, le Conseil d'Etat ne s'était pas placé sur un terrain différent de celui qu'avait choisi le Département lors de la délivrance de la patente à la société Innovation. Bien au contraire, le Conseil d'Etat avait fait sienne les appréciations du Département, reconnaissant ainsi implicitement leur bien-fondé. Au vu des circonstances, le Tribunal fédéral a considéré que le Conseil d'Etat était dans « une situation analogue à celle dans laquelle il se trouverait s'il avait pris les deux décisions lui-même ». L'identité de l'autorité pouvait donc être admise.

---

<sup>81</sup> ATF 115 Ia 85, consid. 3c) = JdT 1991 IV p. 2, p. 5 ; ATF 111 V 81, consid. 6 ; ATF 101 Ia 205, consid. 3a) ; ATF 93 I 305, consid. 4 ; ATF 91 I 169, consid. 1 ; ATF 90 I 8, consid. 2 ; ATA du 1er décembre 1971, *X AG. c. Département de justice et police* = SJ 1972 I p. 395, p. 398 ; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (note 66), § 508 ; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN (note 75), § 766 ; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3e éd., Berne 2009, § 23 (12) ; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL (note 74), § 1070 ; KNAPP BLAISE (note 9), p. 103.

<sup>82</sup> ATF 102 Ia 81, consid. 3 ; ATF 93 I 305, consid. 4 ; ATF 91 I 169, consid. 1.

<sup>83</sup> ATF 91 I 169.

L'exigence de contradiction signifie, ensuite, que l'inégalité de traitement ne peut provenir de deux ou plusieurs autorités de cantons différents<sup>84</sup>. Un tribunal cantonal n'est, en particulier, pas tenu de suivre les décisions rendues par un tribunal de même instance situé dans un canton différent. Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine, selon nous à juste titre<sup>85</sup>. Il paraît en effet insoutenable qu'une même loi fédérale fasse l'objet d'interprétations diverses et variées en fonction du canton dans lequel le litige se situe<sup>86</sup>. En se retranchant derrière le critère formel de l'identité de l'autorité, le Tribunal fédéral n'offre aucun remède au recourant qui se plaint d'une application fort différente d'une même loi fédérale<sup>87</sup>. Comme le souligne avec raison ARIOLI, il conviendrait dans ces cas de privilégier la solution la plus juste au détriment du critère de l'identité de l'autorité<sup>88</sup>.

En arbitrage, la question de l'identité de l'autorité paraît se résoudre d'elle-même : chaque formation arbitrale est composée de membres différents. On pourrait arguer que la situation n'est pas différente de celle des tribunaux étatiques, où la composition peut différer d'une affaire à l'autre. A Genève par exemple, le Tribunal civil est doté de vingt-cinq postes de juges titulaires et d'un nombre équivalent de juges suppléants<sup>89</sup>. Or, contrairement aux arbitres, le Tribunal civil acquiert, de par la loi, son statut d'autorité. Les tribunaux arbitraux constituent pour leur part des autorités *sui generis* dans la mesure où ils ne sont institués par aucune loi d'organisation judiciaire fédérale ou cantonale. Observons au passage que, contrairement par exemple à l'arbitrage sportif, il n'existe aucune liste d'arbitres spécialisés en arbitrage de droit public. Chaque panel d'arbitres tire sa légitimité d'un contrat différent qui définit tant les compétences qui lui sont attribuées que sa composition. Les différentes formations arbitrales ont donc toutes des caractéristiques propres et individuelles. Contrairement à la justice étatique, l'arbitrage est une justice ponctuelle, non permanente. Dans ces circonstances, on peut difficilement parler d'identité de l'autorité.

---

<sup>84</sup> ATF 124 IV 44, consid. 2c) ; ATF 115 Ia 85, consid. 3c) = JdT 1991 IV p. 2, p. 5 ; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL (note 74), § 1070.

<sup>85</sup> WEBER-DÜRLER BEATRICE, « Rechtsgleichheit », in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 657-676, p. 667 et références citées à la note 77.

<sup>86</sup> BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat : Rechtsfragen der « vollzugsföderalistischen » Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 219 : « *Die einheitsstiftende Kraft des Rechtsgleichheitssatzes wird dadurch entscheidend geschwächt* ».

<sup>87</sup> BIAGGINI GIOVANNI/SCHÜRER STEFAN, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007, Art. 8 § 15 ; ATF 124 IV 44, consid. 2c.

<sup>88</sup> ARIOLI SILVIO, Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Bâle/Stuttgart 1968, p. 110 : « *Möglich müsste es indessen auch hier bleiben, wie bei der Praxisänderung, unter gewissen Voraussetzungen die bessere Lösung gegenüber der blossen Gleichheit der Behandlung durchzusetzen*. »

<sup>89</sup> Art. 83 LOJ, RS/GE E 2 05. Le Tribunal de première instance siège dans la composition d'un juge unique (art. 85 LOJ).

Doit-on, pour autant, en déduire que l'égalité de traitement ne s'applique pas aux arbitres ? Pas nécessairement. Il convient selon nous de s'inspirer de la jurisprudence La Placette SA. Lorsque, dans deux situations de fait analogues, un arbitre se laisse guider par les mêmes principes qu'un arbitre ayant statué avant lui, il ne saurait, sans motifs légitimes, s'écarter de la solution retenue dans la sentence précédente. Dans une telle hypothèse, la condition de l'identité de l'autorité nous paraît trop rigide.

Elle l'est même, à plus forte raison, lorsque le litige met en jeu l'application du droit fédéral. En droit public, les arbitres se penchent régulièrement sur l'application de lois fédérales. Il en va ainsi, pour ne citer que quelques exemples, de l'application par les tribunaux arbitraux de dispositions tirées de la LApEI<sup>90</sup>, de la LAT<sup>91</sup> ou de la LEx<sup>92</sup>. On pourrait même esquisser un raisonnement analogue s'agissant de litiges se déroulant à l'intérieur d'un canton, lorsque plusieurs arbitres appliquent une même loi cantonale. A notre sens, dans des complexes de faits analogues, les arbitres ont l'obligation d'adopter une interprétation uniforme des lois tant fédérales que cantonales.

Reste enfin l'hypothèse de la désignation systématique du même arbitre. En droit public, ce cas de figure se présente occasionnellement. La raison à cela tient au fait que peu de candidats réunissent les qualités précises recherchées chez l'arbitre, dont, en particulier, une connaissance technique approfondie de la matière administrative et une expérience solide dans le domaine de l'arbitrage. En pratique, les parties sollicitent typiquement des professeurs de renom du droit constitutionnel ou administratif. Dans ces cas, la condition de l'identité de l'autorité s'avère à l'évidence remplie.

## 2. La publicité des sentences arbitrales

En arbitrage, l'égalité de traitement est mise à mal par la rareté des sentences publiées. Le nombre total d'affaires recensées, fédérales et cantonales confondues, ne dépasse guère la trentaine. C'est même là que réside l'un des avantages incomparables du recours à l'arbitrage, celui de conserver les litiges à l'abri des médias. Or, lorsque entrent en jeu des questions de droit public, tant la

---

<sup>90</sup> Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007, RS 743.7 ; Sentence arbitrale de 2010, reproduite in Bull. ASA 2011 2, p. 338-349.

<sup>91</sup> Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979, RS 700 ; Sentence arbitrale du 26 juin 2007 (Vaud), reproduite in RDAF 2008 I, p. 361-396.

<sup>92</sup> Loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930, RS 711 ; ATF 112 Ib 538 ; arrêt de l'Obergericht du 26 juin 1999 (Bâle-Ville), reproduit in BJM 2000, p. 202-204 ; arrêt du président de l'Obergericht du 13 mai 1996 (Bâle-Campagne), reproduit in BJM 1997, p. 240-244 et Bull. ASA 1997 2, p. 289-290 ; arrêt de la Chambre des affaires arbitrales du 3 février 1995 (Valais), reproduit in RVJ 1995, p. 282-287.

Constitution (art. 30 al. 3 Cst. appliqué par le biais de l'art. 35 al. 2 Cst.) que la LTrans<sup>93</sup> imposent le principe de la transparence.

Le droit au prononcé public du jugement constitue l'un des pendants du principe de publicité garanti à l'art. 30 al. 3 Cst. Ce droit porte uniquement sur le prononcé du jugement ; il ne vise ni la délibération ni le vote des juges<sup>94</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le prononcé public du jugement revêt un caractère absolu. Cette caractéristique le démarque nettement du droit à la publicité de l'audience. Contrairement à ce dernier, le droit au prononcé public du jugement est de nature impérative et les parties ne peuvent y renoncer<sup>95</sup>. Il est vrai que le Tribunal fédéral autorise des dérogations lorsque la protection de la jeunesse l'exige ou si le procès porte sur des délits à caractère sexuel<sup>96</sup>. Or, ces exceptions au droit à un prononcé public du jugement ne trouvent, à l'évidence, pas application en arbitrage. Partant, il convient de s'en tenir au principe absolu de la publicité de la sentence arbitrale.

L'application de la LTrans aboutit du reste au même résultat<sup>97</sup>. La loi fédérale vise à promouvoir la transparence en garantissant l'accès du public aux documents officiels. La loi s'applique notamment à l'administration fédérale. D'où la question : les sentences arbitrales sont-elles couvertes par cette loi ? Une simple lecture de la loi ne permet pas de répondre à cette question. Il n'est, en effet, jamais fait mention des sentences arbitrales. Les travaux préparatoires ne sont pas plus explicites. Dans son Message, le Conseil fédéral mentionne toutefois le cas de la jurisprudence non publiée. Il a estimé, en substance, qu'à défaut de réglementation spéciale et lorsque celle-ci était détenue dans le cadre d'une tâche publique par une autorité, elle était accessible aux conditions de la LTrans. De notre point de vue, les sentences arbitrales sont à ranger dans cette catégorie. Le Conseil fédéral avait sans doute pour intention d'éviter que les décisions non soumises au régime de publication réservé aux arrêts du Tribunal fédéral échappent à l'application de la LTrans. Il s'ensuit que les sentences arbitrales détenues par l'administration fédérale constituent des documents officiels au sens de la LTrans et sont, à ce titre, accessibles au public.

Ainsi, que le devoir incombe à l'arbitre par le biais de l'art. 30 al. 3 Cst. ou à l'autorité publique impliquée dans l'arbitrage en application de la LTrans, les sentences arbitrales doivent être rendues publiques. Au-delà des obligations légales, la publication des sentences arbitrales constitue une mesure indispensable pour garantir l'égalité de traitement. Dans la mesure où il n'existe, à l'heure actuelle, aucune base de données recensant les sentences arbitrales, il appartient

---

<sup>93</sup> Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004, RS 152.3.

<sup>94</sup> AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL (note 42), p. 284-285.

<sup>95</sup> STEINMANN, Art. 30 § 40, in : EHRENZELLER/SCHWEIZER ET AL. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar, Zurich/Bâle/Genève/St-Gall 2008.

<sup>96</sup> ATF 133 I 106 = JdT 2008 I p. 429, p. 432.

<sup>97</sup> TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR (note 2), p. 270 ss.

aux arbitres, de même qu'aux autorités publiques, de s'assurer de la publication des sentences dans une revue juridique.

## IV. Voie de recours

Se pose enfin la question d'un éventuel recours contre la sentence arbitrale pour violation de l'égalité de traitement. La question est d'importance : le mandat confié à l'arbitre de respecter les droits fondamentaux n'aurait aucun sens en l'absence de moyen de recours efficace à l'encontre des sentences arbitrales. Comme on le verra, le grief de l'égalité de traitement ne s'impose toutefois pas à l'évidence.

Il convient d'opérer une première distinction en fonction de la nature des parties. Lorsque l'arbitrage implique la Confédération, les sentences arbitrales peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral<sup>98</sup>, puis devant le Tribunal fédéral<sup>99</sup>. Dans les deux cas, la mauvaise application du droit figure parmi les griefs que les parties peuvent invoquer à l'appui de leur recours<sup>100</sup>. Partant, dans cette hypothèse, l'égalité de traitement prévu à l'art. 8 Cst. constitue bien un motif de recours.

La question se complique sérieusement lorsque la Confédération n'est pas partie à l'arbitrage. A la première distinction en fonction de la nature des parties s'ajoute une deuxième distinction entre arbitrage interne et arbitrage international.

Pour attaquer une sentence arbitrale rendue en matière interne, les parties ont la possibilité de saisir le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public. La sentence arbitrale a en effet été rendue dans une cause de droit public conformément à l'art. 82 let. a LTF<sup>101</sup>. La question des motifs de recours s'avère toutefois des plus délicates. Il existe, à notre sens, deux solutions envisageables.

La première consiste à s'en tenir au système du recours prévu à l'art. 95 LTF. Parmi les griefs énumérés par cette disposition, se trouve en première place la violation du droit fédéral. Selon ce raisonnement, et à l'instar des arbitrages impliquant la Confédération, la violation par l'arbitre du principe de l'égalité de traitement constitue sans conteste un motif de recours à disposition des parties.

---

<sup>98</sup> Art. 33 let. g de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAf), RS 173.32.

<sup>99</sup> Art. 82 let. a LTF.

<sup>100</sup> On applique les art. 49 PA pour le recours devant le Tribunal administratif fédéral et 95 LTF pour le recours devant le Tribunal fédéral.

<sup>101</sup> MCGREGOR ELEANOR, « L'arbitrage en droit public : un orphelin au sein de la LTF ? », in : MEIER/PAPAUX (éd.), *Risque(s) et droit*, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 103-122.

L'alternative consiste à appliquer, en tant que *lex specialis*, l'art. 393 CPC qui constitue la disposition topique sur les motifs de recours en matière d'arbitrage. Cette disposition énumère de manière exhaustive les griefs qui peuvent être invoqués à l'encontre d'une sentence arbitrale. Parmi les sept motifs de recours énumérés, seul le grief de l'arbitraire prévu à l'art. 393 let. d CPC suppose un contrôle du fond de la décision. Savoir si ce grief couvre la violation de l'égalité de traitement dépend de la portée que le Tribunal fédéral veut bien lui conférer.

Cette deuxième solution emporte notre préférence. Elle permet d'associer la nature publique du litige aux particularités propres à l'arbitrage<sup>102</sup>. Elle présente cependant l'inconvénient de reconnaître avec moins d'évidence le grief de la violation de l'égalité de traitement.

Cette solution n'est d'ailleurs pas différente de celle qui prévaut en arbitrage international. Dans ce domaine, l'art. 393 let. d CPC trouve son équivalent à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP selon lequel la sentence arbitrale peut être attaquée en cas de contrariété avec l'ordre public. A nouveau, la violation de l'égalité de traitement ne figure pas parmi les motifs de recours susceptibles d'être invoqués dans un recours en matière civile contre une sentence arbitrale internationale. Selon la jurisprudence, le grief de l'ordre public couvre la violation de principes fondamentaux tels que le respect du contrat, la bonne foi, la prohibition de l'abus de droit ou des mesures discriminatoires<sup>103</sup>. Le Tribunal fédéral accorde toutefois à cette notion une acception encore plus restrictive que l'arbitraire<sup>104</sup>.

Cela dit, dans la mesure où l'égalité de traitement compte parmi les principes constitutionnels régissant le droit administratif, il conviendrait, en arbitrage interne comme en arbitrage international, que le Tribunal fédéral module la conception de l'arbitraire et de l'ordre public pour tenir compte du principe de l'égalité de traitement.

## Conclusion

En définitive, la question du respect de l'égalité de traitement par l'arbitre reste éminemment théorique. L'application de ce principe suppose en effet que deux ou plusieurs arbitres se prononcent sur des états de fait analogues. Déjà, on mesure la rareté d'une telle situation. L'application de l'art. 8 Cst. implique ensuite que l'un

---

<sup>102</sup> MCGREGOR ELEANOR (note 101), p. 122.

<sup>103</sup> LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, « Le droit de l'arbitrage international en Suisse », in : LALIVE/POUDRET/REYMOND (éd.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989, p. 255-475, Art. 190 § 6.

<sup>104</sup> KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO (note 4), § 646.

des arbitres se place sur le même terrain que celui qu'avait choisi un autre arbitre ; l'arbitre subséquent doit adopter le raisonnement suivi dans la sentence précédente. Or, cela suppose que les sentences arbitrales soient communiquées aux arbitres. A l'heure actuelle, ce n'est qu'à titre exceptionnel que les sentences arbitrales sont publiées. Dans ces conditions, il faut bien reconnaître que de tels cas de figure se présenteront rarement en pratique.

La question de l'égalité de traitement illustre à la perfection le malaise qui réside dans l'imbrication de l'arbitrage en droit public. D'un côté, le droit administratif est régi par un certain nombre de principes contraignants, de l'autre, l'arbitrage fait la part belle à la liberté des parties. Dans ces conditions, il paraît évident que, pour mener à bien l'arbitrage, la nature publique de l'objet appelle certains aménagements. L'application, par l'arbitre, des principes constitutionnels régissant le droit administratif, assortie du devoir de respecter les droits fondamentaux, permet, à notre sens, et sous réserve des limites du contrôle opéré par le Tribunal fédéral, d'atténuer ce malaise en conciliant les intérêts individuels des parties au litige avec l'intérêt, plus général, du public.

# Bibliographie

- ABEGG ANDREAS, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten : Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge, Zurich 2009.
- ARIOLI SILVIO, Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Bâle/Stuttgart 1968.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. 2, 3e éd., Berne 2013.
- BERGER KLAUS PETER, « The International Arbitrators' Application of Precedents », in : Journal of International Arbitration 1992/4, p. 5-22.
- BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat : Rechtsfragen der « vollzugsföderalistischen » Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996.
- BIAGGINI GIOVANNI/SCHÜRER STEFAN, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007.
- BLANCHARD THIBAUT, Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif : étude de droit vaudois, historique et comparé, Lausanne 2005.
- BOVAY BENOÎT/ZEITER LIONEL, « Les garanties fondamentales de procédure en droit suisse de l'arbitrage », in : JdT 2002/I, p. 36-54.
- BROWER CHARLES N./SCHILL STEPHAN W., « Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law ? », in : Chicago Journal of International Law 2009/2, p. 471-498.
- COMMISSION JEFFERY P., « Precedent in Investment Treaty Arbitration », in : Journal of International Arbitration 2007, p. 129-158.
- CORNEL MARIAN, « Balancing Transparency : The Value of Administrative Law and Mathews-Balancing to Investment Treaty Arbitrations », in : Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 2010/10, p. 275-301.
- DASSER, Art. 354, in : OBERHAMMER (éd.), Kurzkomentar ZPO, Bâle 2010.
- DE BRABANDERE ERIC, « NGOs and the < Public Interest > : The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes », in : Chicago Journal of International Law 2011/12, p. 85-113.
- FOUCHARD DOMINIQUE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, On International Commercial Arbitration, La Haye/Boston/Londres 1998.
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung : Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Zurich 1997.

- GRISEL ANDRÉ, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984.
- GRISEL FLORIAN/VINUALES JORGE E., *L'amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement, in : *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2007/2, p. 380-432.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2010.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.
- HÄNER ISABELLE, « Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private », in : *PJA* 2002, p. 1144-1153.
- HÄSLER PHILIPP, *Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen*, Berne 2005.
- JACQUET JEAN-MICHEL, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », in : *Revue de l'arbitrage* 2010/3, p. 445-467.
- JOLIDON PIERRE, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984.
- JOLIDON PIERRE, « La sentence en équité dans le Concordat suisse sur l'arbitrage », in : REYMOND/BUCHER (éd.), *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international à l'occasion du Congrès intérimaire du International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, Zurich 1984, p. 259-268.
- KASSIS ANTOINE, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris 1984.
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », in : *Arbitration International* 2007/3, p. 357-378.
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2e éd., Berne 2010.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, 2e éd., Berne 2013.
- KNAPP BLAISE, *Précis de droit administratif*, Bâle 1991.
- KNAPP BLAISE, « Les principes constitutionnels et leurs relations », in : HÄFELIN/MÜLLER/HALLER/SCHINDLER (éd.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich 1981, p. 167-190.
- LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, « Le droit de l'arbitrage international en Suisse », in : LALIVE/POUDRET/REYMOND (éd.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989, p. 255-475.
- LARROUMET CHRISTIAN, « A propos de la jurisprudence arbitrale », in : *Gazette du palais* 2006/novembre-décembre, p. 3750-3752.
- MÄCHLER AUGUST, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege : Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege*, Zurich/Bâle/Genève 2005.
- MAGRAW DANIEL BARSTOW/AMERASINGHE NIRANJALI MANEL, « Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration », in : *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2009, p. 337-360.

- MAISONNEUVE MATHIEU, « Note – 16 juillet 2010, CAS », in : *Revue de l'arbitrage* 2010/3, p. 629-632.
- MANN FRANCIS A., « Lex facit arbitrum », in : SANDERS (éd.), *International Arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye 1967.
- MARKERT LARS, « Improving Efficiency in Investment Arbitration », in : *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2011/2, p. 216-246.
- MCGREGOR ELEANOR, « L'arbitrage en droit public : un orphelin au sein de la LTF ? », in : MEIER/PAPAUX (éd.), *Risque(s) et droit*, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 103-122.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif : les fondements*, Vol. I, 3e éd., Berne 2012.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle*, Vol. II, Berne 2011.
- MÜLLER JÖRG PAUL, « Introduction aux droits fondamentaux », in : AUBERT/EICHENBERGER ET AL. (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Bâle/Zurich/Berne 1996.
- NGUYEN MINH SON, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, thèse, Berne 1998.
- OPPETIT BRUNO, *Théorie de l'arbitrage*, Paris 1998.
- PATRIKIOS APOSTOLOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris 1997.
- PINNA ANDREA/RIGOZZI ANTONIO, « Chronique de jurisprudence en matière d'arbitrage sportif », in : *Gazette du palais* 2006/septembre-octobre, p. 3053-3064.
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, « Concordat sur l'arbitrage », in : LALIVE/POUDRET/REYMOND (éd.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989, p. 23-253.
- REHM FLORIAN NIKOLAUS, *Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem*, Baden-Baden 2009.
- ROBERT JEAN, *Le phénomène transnational*, Paris 1988.
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, Zurich 1993.
- SCHÜTZE ROLF A., « The Precedential Effect of Arbitration Decisions », in : *Journal of International Arbitration* 1994/3, p. 69-76.
- SCHWEIZER, Art. 35, in : EHRENZELLER/SCHWEIZER ET AL. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar*, Zurich/Bâle/Genève/St-Gall 2008.
- SHEFFER MEGAN WELLS, « Bilateral Investment Treaties : A Friend or Foe to Human Rights ? », in : *Denver Journal of International Law and Policy* 2011, p. 483-520.
- STACHER, Art. 354, in : BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zurich/St. Gall 2011.
- STAEHELIN ADRIAN, « Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht », in : JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BASEL (éd.), *Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht : Grenzen und Grenzüberschreitungen : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle 1985, p. 381-395.

- STEINMANN, Art. 30, in : EHRENZELLER/SCHWEIZER ET AL. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar, Zurich/Bâle/Genève/St-Gall 2008.
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011.
- TANQUEREL THIERRY, « La nature juridique des contrats de prestations », in : BELLANGER/TANQUEREL (éd.), Les contrats de prestations : actes de la IIIe Journée de droit administratif organisée à Genève le 9 mars 2000, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 9-31.
- TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR, « L'arbitrage en droit public suisse », in : RENDERS/DELVOLVÉ/TANQUEREL (éd.), L'arbitrage en droit public, Bruxelles 2010, p. 227-279.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Berne 2009.
- VOGEL STEFAN, « Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht », in : ZBl 2010, p. 670-683.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, « Rechtsgleichheit », in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 657-676.
- WEIDEMAIER W. MARK C., « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », in : William and Mary Law Review 2010, p. 1895-1958.
- WILSKE STEPHAN/RAIBLE MARTIN/MARKERT LARS, « International Investment Treaty Arbitration and International Commercial Arbitration : Conceptual Difference or Only a < Status Thing > ? », in : Contemporary Asia Arbitration Journal 2008/1(2), p. 213-233.
- ZUFFEREY NATHALIE/AUBRY PATRICE, Loi sur le cinéma : loi fédérale du 14 décembre 2001 sur la culture et la production cinématographiques (loi sur le cinéma, LCin), Commentaire Stämpfli, Berne 2006.