



Genève, le 24 mai 2017

**Le Conseil d'Etat**

2446-2017

Madame Simonetta Sommaruga  
Conseillère fédérale  
Département fédéral de justice et police  
Office fédéral de la justice  
3003 Berne

**Concerne : Consultation fédérale relative à la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)**

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat vous remercie d'avoir consulté la République et canton de Genève au sujet de la modification des dispositions de la loi fédérale sur le droit international privé (ci-après : Projet - LDIP) relatives à l'arbitrage international.

De manière générale, le canton de Genève accueille favorablement les modifications proposées. Nous considérons que celles-ci réalisent l'objectif poursuivi et contribuent à renforcer l'attrait et la réputation de la place arbitrale suisse. Nous saluons tout particulièrement le fait que la révision ne modifie pas fondamentalement la structure et le contenu du chapitre 12 LDIP, mais apporte les précisions et clarifications nécessaires en matière d'arbitrage international.

Les présentes déterminations comportent deux volets. Le premier a trait aux domaines que le Projet – LDIP a renoncé à traiter (ci-après : ch. 1), tandis que le second comporte des commentaires et suggestions sur certaines dispositions particulières (ci-après : ch. 2).

1. Domaines que le projet de loi a renoncé à régler

Le canton de Genève regrette la renonciation à légiférer sur les modalités de jugement en matière d'exception d'arbitrage selon que le tribunal arbitral est situé en Suisse ou à l'étranger.

Nous sommes favorables à une modification de l'article 7 LDIP actuel et à la suppression de la distinction entre les clauses arbitrales prévoyant un siège en Suisse et celles prévoyant un siège à l'étranger et estimons que la distinction actuellement faite par le Tribunal fédéral en la matière ne se justifie pas en pratique et est une source de complications inutiles.

## 2. Commentaires des dispositions

- 2.1 Le canton de Genève n'est pas favorable à l'ajout du critère de "l'établissement" d'une société, en sus de celui du siège (articles 176 al. 1 et 192 al. 1 Projet - LDIP), pour des motifs de sécurité juridique et en raison des difficultés à définir la notion "d'établissement". Il suggère en conséquence de supprimer le terme "établissement".
- 2.2 S'agissant de l'article 179 alinéa 2 Projet - LDIP, nous approuvons le processus de nomination des arbitres par le juge d'appui. S'agissant de la suppression du renvoi aux règles du CPC, nous n'y sommes, sur le principe, pas opposés. Dans la mesure toutefois où le CPC comporte, notamment en son article 356, des dispositions d'organisation judiciaire relatives au juge d'appui, il semblerait judicieux, en cas de suppression du renvoi aux règles du CPC, d'introduire une disposition similaire dans le Projet - LDIP.

Par ailleurs, en dehors des cas d'intervention du juge d'appui, nous relevons que la LDIP ne prévoit en l'état aucune règle relative à la constitution du Tribunal arbitral hormis celle visée à l'art. 179 alinéa 1 LDIP. Compte tenu de la suppression du renvoi au CPC, il serait dès lors nécessaire de régir cette matière dans le Projet - LDIP, en s'inspirant notamment des articles 360 à 361 et 364 à 366 CPC.

- 2.3 L'article 179 al. 4 Projet - LDIP codifie l'obligation faite à l'arbitre de déclarer ses intérêts. Il semble toutefois que l'obligation de déclarer ses intérêts se confonde largement avec les règles de récusation prévues par l'article 180 al. 1 let c Projet - LDIP. Or, le devoir de déclarer ses intérêts devrait être plus large et aller au-delà des éléments qui justifieraient une éventuelle récusation, dès lors que la révélation de ces intérêts ne devrait précisément pas être considérée comme la reconnaissance de l'existence d'un motif de récusation. L'obligation de déclarer ses intérêts devrait donc être étendue au-delà de ce que l'arbitre devrait pouvoir considérer comme un motif de récusation. Ainsi, l'obligation de déclarer devrait notamment être prévue dans la situation dans laquelle l'arbitre a déjà été désigné, à plusieurs reprises, par la même partie, pour traiter la même question juridique.
- 2.4 S'agissant de la procédure de récusation prévue par l'article 180 al. 3 Projet - LDIP, il nous semble que certaines règles prévues par le CPC en la matière devraient être partiellement reprises. Il en va ainsi des différentes règles contenues à l'article 369 CPC. Il est en effet souhaitable, pour des motifs de cohérence et d'économie de procédure, de soumettre la demande de récusation en premier lieu à l'arbitre lui-même, afin qu'il puisse se déterminer, avant de saisir la voie judiciaire (article 369 al. 2 et 3 CPC). De même, la décision rendue en matière de récusation devrait pouvoir être revue à l'occasion d'un recours contre la sentence arbitrale (article 369 al. 5 CPC). Les parties devraient en effet pouvoir invoquer le manque d'impartialité et d'indépendance dans le cadre d'un recours auprès du Tribunal fédéral contre une sentence arbitrale et cela, même si l'autorité judiciaire avait, en son temps, écarté une demande de récusation fondée sur les mêmes motifs.

Compte tenu de la suppression du renvoi aux règles du CPC, il serait en outre opportun de régler les conséquences de la récusation du tribunal arbitral ou d'un arbitre, respectivement des modalités de leur remplacement, en transposant notamment l'article 268 alinéa 2 et 3 ainsi que l'article 371 CPC dans le Projet - LDIP.

- 2.5 L'art. 189 al. 3 Projet - LDIP donne la compétence au Tribunal arbitral de statuer de manière contraignante sur les frais de la procédure arbitrale et les dépens. La LDIP

actuelle ne contenant aucune disposition spécifique en la matière, le Tribunal fédéral considère, dans sa jurisprudence actuelle, que le Tribunal arbitral ne dispose pas de la base légale nécessaire pour rendre des décisions contraignantes sur cette question et que les honoraires fixés dans sa décision arbitrale sont de simples factures dont le paiement doit, en cas de contestation, être sollicité par la voie d'une procédure civile ordinaire.

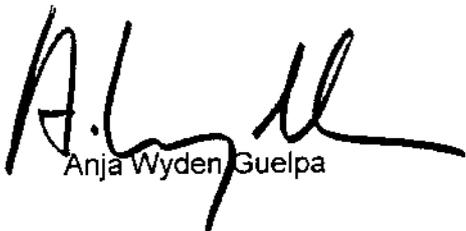
La modification proposée paraît problématique car il appartiendrait au seul Tribunal arbitral de fixer ses honoraires, sans aucun contrôle possible. Il suffirait ainsi de quelques sentences fixant des honoraires particulièrement élevés pour porter atteinte à la réputation de la place arbitrale suisse. Dans la mesure où le système actuel ne pose pas de problèmes particuliers, il devrait être maintenu. Alternativement, en cas de maintien de cette disposition, il conviendrait d'étendre la liste des griefs prévus par l'article 190 al. 2 Projet - LDIP pour que la question des honoraires excessifs puisse faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral ou de prévoir une autre voie de recours spécifique.

- 2.6 S'agissant de la modification projetée de l'article 77 al 2 bis LTF, soit la possibilité de rédiger ses écritures en anglais, le canton de Genève soutiendra la position que le Tribunal fédéral adoptera en la matière.
- 2.7 En dernier lieu, le pouvoir judiciaire de la République et du canton de Genève a manifesté son désaccord avec le libellé de l'article 184 al. 3 Projet - LDIP. En résumé, il s'oppose à la modification suggérée et considère que l'analogie effectuée entre les règles relatives à l'entraide internationale et l'arbitrage n'est pas justifiée. Il estime que, contrairement à ce qui prévaut en matière d'entraide internationale, le Tribunal arbitral ne se trouve jamais dans une relation de réciprocité avec une autorité judiciaire d'appui et que les risques relatifs à la validité de la preuve recueillie, susceptibles d'exister en matière d'entraide internationale, n'existent pas dans le domaine de l'arbitrage. Le pouvoir judiciaire requiert donc la suppression de cette disposition, voire sa reformulation. En cas de maintien de la disposition, il souhaiterait qu'elle soit formulée de manière à permettre au juge de décider, en opportunité et sans avoir besoin de motiver son éventuel refus, d'appliquer, ou non, le droit étranger dont la prise en compte est sollicitée.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces observations, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp