Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 124/2014

Arrêt du 7 juillet 2014

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes et M. les Juges Klett, présidente,
Kolly, Hohl, Kiss et Niquille.
Greffier : M. Carruzzo.

Participants à la procédure
A._____ SA,
représentée par Mes Nicolas C. Ulmer et
Lionel P. Serex, avocats,
recourante,

contre

B._____ SA, représentée par Me Vanessa Liborio Garrido de Sousa, avocate,
intimée.

Objet
arbitrage international; compétence,

recours en matière civile contre la partial award rendue
le 21 janvier 2014 par le Tribunal arbitral CCI.

Faits :

A.

A.a. B._____ SA (ci-après: l'intimée) est une société de droit français spécialisée dans les travaux routiers.

A._____ SA (ci-après: la recourante) est une société d'État en charge des autoroutes et routes nationales de ... .

A.b. Le 6 juin 2006, la recourante et l'intimée ont conclu deux contrats, portant les nos 5R8 et 5R9, dont l'objet était la réalisation, par l'intimée, de travaux de réhabilitation sur un tronçon de 76 km d'une route nationale ... . Les deux contrats étaient régis par le droit ... . Au nombre des documents contractuels figuraient les conditions générales de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (ci-après: FIDIC) applicables aux contrats de construction, 1ère édition de 1999 (ci-après: les conditions générales). La FIDIC est une association de droit suisse dont le siège est à Meyrin.

La clause 20 des conditions générales, intitulée Claim, Dispute and Arbitration, comporte huit sous-clauses,

rédigées en anglais. Y figurent notamment les passages suivants:

20.2 - Appointment of the Dispute Adjudication Board

paragraphe 1:

"Disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with Sub-Clause 20.4 [...]...

paragraphe 5:

"The agreement between the Parties and either the sole member ("adjudicator") or each of the three members shall incorporate by reference the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement contained in the Appendix to these General Conditions, with such amendments as are agreed between them."

paragraphe 6:

"The terms of the remuneration of either the sole member or each of the three members, including the remuneration of any expert whom the DAB consults, shall be mutually agreed upon by the Parties rohen agreeing the terms of appointment. Each Party shall be responsible for paying one-half of this remuneration."

20.4 - Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision

"If a dispute (of any kind whatsoever) arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works, including any dispute as to any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Engineer, either Party may refer the dispute in writing to the DAB for its decision, with copies to the other Party and the Engineer. Such reference shall state that it is given under this Sub-Clause.

For a DAB of three persons, the DAB shall be deemed to have received such reference on the date when it is received by the chairman of the DAB.

Both Parties shall promptly make available to the DAB all such additional information, further access to the Site, and appropriate facilities, as the DAB may require for the purposes of making a decision on such dispute. The DAB shall be deemed to be not acting as arbitrator (s).

Within 84 days after receiving such reference, or within such other period as may be proposed by the DAB and approved by both Parties, the DAB shall give its decision, which shall be reasoned and shall state that it is given under this Sub-Clause. The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amicable settlement or an arbitral award as described below. Unless the Contract has already been abandoned, repudiated or terminated, the Contractor shall continue to proceed with the Works in accordance with the Contract.

If either Party is dissatisfied with the DAB's decision, then either Party may, within 28 days after receiving the decision, give notice to the other Party of its dissatisfaction. If the DAB fails to give its decision within the period of 84 days (or as otherwise approved) after receiving such reference, then either Party may, within 28 days after this period has expired, give notice to the other Party of its dissatisfaction.

In either event, this notice of dissatisfaction shall state that it is given under this Sub-Clause, and shall set out the matter in dispute and the reason (s) for dissatisfaction. Except as stated in Sub-Clause 20.7 [Failure to Comply with Dispute Adjudication Board's Decision]and Sub-Clause 20.8 [Expiry of Dispute Adjudication Board's Appointment], neither Party shall be entitled to commence arbitration of a dispute unless a notice of dissatisfaction has been given in accordance with this Sub-Clause."

20.5 - Amicable Settlement

"Where notice of dissatisfaction has been given under Sub-Clause 20.4 above, both Parties shall attempt to settle the dispute amicably before the commencement of arbitration. However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the fifty-sixth day after the day on which notice of dissatisfaction was given, even if no attempt at amicable settlement has been made."

20.6 - Arbitration

paragraphe 1:

"Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration. Unless otherwise agreed by both Parties:

a) the dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce,

b) the dispute shall be settled by three arbitrators appointed in accordance with these Rules, ..."

20.8 - Expiry of Dispute Adjudication Board's Appointment

"If a dispute arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise:

a) Sub-Clause 20.4 [Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision]and SubClause 20.5 [Amicable Settlement]shall not apply, and
b) the dispute may be referred directly to arbitration under Sub-Clause 20.6 [Arbitration]."

A.c. Le 10 mars 2011, l'intimée a signifié à la recourante son intention de dénoncer un différend au Dispute Adjudication Board (ci-après: le DAB) pour un montant de 21'086'612 euros, en proposant quatre candidats au poste de membre du DAB.

Par courrier du 22 mars 2011, la recourante a rejeté les quatre candidatures. L'intimée a renouvelé sa demande à deux reprises. Finalement, la recourante a fait savoir, par lettre du 11 avril 2011, qu'elle acceptait la nomination de C._____ en qualité de représentant de l'intimée au sein du DAB.

Invitée, le 15 avril 2011, par l'intimée à bien vouloir désigner son représentant au DAB, la recourante s'est exécutée quelque deux semaines plus tard en désignant D._____, nomination qui a été acceptée par l'intimée par lettre du 2 mai 2011.

Par la suite, la situation n'a pas évolué pendant deux mois environ. Après quoi, l'intimée, par lettre du 29 juin 2011, a rappelé à la recourante que les parties devaient consulter les deux membres du DAB en vue de la désignation du président de cet organe. Dans un premier temps, les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur le nom de la personne appelée à présider le DAB. Elles ont accepté ensuite de demander aux deux membres du DAB d'émettre un avis à ce sujet, ce qu'ils ont fait en indiquant, dans un courrier électronique du 25 octobre 2011, qu'ils considéraient que l'avocat E._____ possédait les qualités requises pour occuper ce poste. Dès le 3 novembre 2011, trois projets d'une convention relative à la désignation d'un DAB ont circulé entre les parties, à l'initiative de l'intimée, sans toutefois aboutir. Le 13 mars 2012, la recourante a finalement confirmé son accord quant à la désignation de Me E._____ comme président du DAB. Cependant, en raison d'un conflit d'intérêts révélé par cet avocat, l'intimée a indiqué à la recourante, par lettre du 23 mars 2012, qu'elle souhaitait nommer un autre président en la personne du dénommé F._____. Cette proposition n'a pas été acceptée par la recourante, laquelle a
proposé, pour sa part, les noms de trois personnes, dont celui de G._____. En date du 14 juin 2012, l'intimée

a fait savoir à la recourante qu'elle acceptait la candidature de cette personne afin d'accélérer la procédure de constitution du DAB. Par lettre du 2 juillet 2012, le président pressenti a informé les parties qu'il n'existait pas de conflit d'intérêts dans sa personne, leur a communiqué l'estimation de ses honoraires et a requis d'elles la production d'un projet d'accord quant aux conditions de sa mise en oeuvre.

B.
Le 27 juillet 2012, l'intimée a déposé une requête d'arbitrage auprès du Secrétariat de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Cette requête a été transmise à la recourante en date du 9 août 2012. Un Tribunal arbitral de trois membres a été constitué et son siège fixé à Genève.

En parallèle à la procédure arbitrale CCI, des échanges ont continué entre les parties au sujet de la constitution du DAB. Un projet de convention de règlement des différends (Dispute Adjudication Agreement, ci-après: DAA) a été envoyé le 13 septembre 2012 par G._____ aux parties. La recourante a suggéré d'y apporter quelques modifications. Le 18 octobre 2012, elle a informé l'intimée qu'elle n'avait pas reçu ses commentaires concernant ce projet et l'a invitée à signer le DAA. L'intimée lui a répondu, le lendemain, que, dans la mesure où, après presque une année et demie, le DAB n'avait toujours pas été mis en place, elle avait été contrainte d'initier la procédure d'arbitrage afin de protéger ses droits légitimes. La recourante s'est encore adressée au secrétariat de la FIDIC, en date du 16 novembre 2012, pour obtenir des renseignements, puis au président de cette association, les 21 novembre 2012 et 6 juin 2013, la première fois afin qu'il confirme la désignation des trois membres du DAB et finalise le DAA, la seconde pour qu'il procède à une nomination par substitution des membres du DAB, conformément aux conditions générales, faute d'accord des parties à ce sujet. Elle s'est vu répondre, le 25 juin 2013, que la FIDIC
n'était plus en mesure d'intervenir une fois la procédure d'arbitrage engagée.

Déférant à la requête commune des parties, le Tribunal arbitral a décidé de se prononcer, dans un premier temps, sur l'objection de la recourante tirée du non-respect, par l'intimée, du mode alternatif de règlement des litiges prévu par les conditions générales comme préalable à l'introduction d'une procédure arbitrale. Le 21 janvier 2014, il a rendu, à la majorité, une partial award dans le dispositif de laquelle il s'est reconnu compétent pour se prononcer sur la demande de l'intimée, a jugé cette demande recevable et a écarté les exceptions d'incompétence soulevées par la recourante.

C.
Le 26 février 2014, la recourante a formé un recours en matière civile en vue d'obtenir l'annulation de la sentence partielle du 21 janvier 2014. Elle y invite le Tribunal fédéral à constater que le Tribunal arbitral n'est pas compétent pour statuer sur la demande déposée par l'intimée et à déclarer irrecevables les conclusions prises par cette dernière. La recourante conclut, en outre, à ce que tous les frais et dépens, tant de la procédure d'arbitrage que de la procédure fédérale, soient mis à la charge de l'intimée. A titre subsidiaire, elle requiert la suspension de la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure initiée devant le DAB, avec fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer cette omission. Plus subsidiairement encore, la recourante propose le renvoi de la cause au Tribunal arbitral afin qu'il statue dans le sens des considérants de l'arrêt fédéral.

Dans sa réponse du 28 avril 2014, l'intimée conclut au rejet du recours.

Le Tribunal arbitral a renoncé à se déterminer sur le recours.

Considérant en droit :

1.
D'après l'art. 54 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires qu'elles ont adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé toutes deux le français. Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en

français.

2.

2.1. Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les art. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 LTF).

Le siège de l'arbitrage se trouve à Genève. L'une des parties au moins (en l'occurrence, les deux) n'avait pas son domicile, au sens de l'art. 21 al. 1 LDIP, en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont donc applicables (art. 176 al. 1 LDIP).

Lorsqu'un tribunal arbitral, par une sentence séparée, écarte une exception d'incompétence, il rend une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP). Tel est le cas en l'espèce, bien que la sentence entreprise soit qualifiée improprement de partielle. En vertu de l'art. 190 al. 3 LDIP, ladite sentence ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral que pour les motifs tirés de la composition irrégulière (art. 190 al. 2 let. a LDIP) ou de l'incompétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP) du Tribunal arbitral. La recourante invoque ce dernier motif, qui reproche au Tribunal arbitral de ne pas s'être déclaré incompétent ratione temporis.

Comme le Tribunal arbitral a écarté l'exception d'incompétence soulevée par elle, la recourante est particulièrement touchée par la sentence attaquée et a donc un intérêt digne de protection à l'annulation de celle-ci, ce qui lui confère la qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 45 al. 1 LTF), dans la forme prévue par la loi (art. 42 al. 1 LTF), le recours est recevable.

2.2. Le recours en matière d'arbitrage international reste purement cassatoire (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 107 al. 2 LTF). Toutefois, lorsque le litige porte sur la compétence d'un tribunal arbitral, le Tribunal fédéral peut constater lui-même la compétence ou l'incompétence (ATF 136 III 605 consid. 3.3.4 p. 616; 128 III 50 consid. 1 b).

La conclusion de la recourante visant à ce que le Tribunal fédéral constate lui-même l'incompétence du Tribunal arbitral pour connaître du différend l'opposant à l'intimée est ainsi recevable. Il en va de même, a maiore minus, de la conclusion subsidiaire par laquelle la recourante demande au Tribunal fédéral d'ordonner la suspension de la cause arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure à mener devant le DAB et la fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer l'omission de cette étape préalable.

2.3. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF). En revanche, comme c'était déjà le cas sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire (cf. ATF 129 III 727 consid. 5.2.2; 128 III 50 consid. 2a et les arrêts cités), le Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée si l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou si des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile (arrêt 4A 54/2012 du 27 juin 2012 consid. 1.6).

3.
La recourante reproche au Tribunal arbitral de s'être déclaré compétent en méconnaissance du mécanisme préalable et obligatoire de recours à un DAB prévu par la clause 20 des conditions générales insérées dans les deux contrats liant les parties. Avant d'analyser ce grief, fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, il est nécessaire de résumer les motifs sur lesquels repose la sentence (cf. consid. 3.1.1) et les arguments que les parties avancent, qui pour les critiquer (cf. consid. 3.1.2), qui pour les étayer (cf. consid. 3.1.3).

3.1.

3.1.1. En général, le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence par une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP; RS 291). Rien ne justifie, en l'espèce, de différer la décision sur la compétence jusqu'à la fin de la procédure arbitrale. La recourante s'est d'ailleurs pliée aux exigences de l'art. 186 al. 2 LDIP en soulevant l'exception d'incompétence préalablement à toute défense sur le fond.

La sous-clause 20.6 des conditions générales constitue une convention d'arbitrage valable. Conformément à l'art. 178 al. 2 LDIP, le Tribunal arbitral appliquera le droit suisse pour déterminer le but et les effets de la convention d'arbitrage. De ce fait, il n'examinera pas plus avant l'avis de droit du professeur H._____, qui se base sur l'application de l'art. 341 du Code de procédure civile ... .

Il s'agit de déterminer si la phase préalable à l'arbitrage prévue dans les conditions générales est impérative et, si tel est le cas, quelles sont les conséquences légales du non-respect de ce devoir procédural. A cet égard, le concept de DAB est assez récent, puisqu'il a été introduit en 1999 dans le Red Book de la FIDIC. Il existe deux types de DAB: le Standing DAB, qui constitue la règle, est nommé au début de la relation contractuelle et demeure en place jusqu'à la fin des travaux; le DAB ad hoc, qui constitue l'exception, dont la constitution n'intervient que lorsqu'un différend surgit entre les parties. Dans le cas concret, c'est la seconde forme de DAB qui entre en ligne de compte.

La majorité du Tribunal arbitral considère que la procédure de règlement des différends par le DAB, telle que prévue à l'art. 20 des conditions générales, n'est pas impérative en ce sens qu'elle formerait une condition préalable au droit d'une partie d'initier l'arbitrage et que son inobservation entraînerait une fin de non-recevoir. En effet, le terme shall, utilisé au paragraphe 1 de la sous-clause 20.2 des conditions générales, ne doit pas être lu isolément, mais dans le contexte plus large du mécanisme de résolution des litiges institué par l'art. 20 des conditions générales. Or, le paragraphe 1 de la sous-clause 20.4 de celles-ci, auquel renvoie le paragraphe 1 de la sous-clause 20.2 et qui a valeur de lex specialis, donne à penser, du fait de l'utilisation du verbe may, que la procédure du DAB n'est qu'une option, offerte à chaque partie, de soumettre le cas au DAB. Cette interprétation est soutenue par la sous-clause 20.4, paragraphe 6, seconde phrase, des conditions générales, qui mentionne deux exceptions au principe selon lequel aucune des parties ne peut introduire une requête d'arbitrage sans avoir notifié à l'autre une notice of dissatisfaction après avoir reçu la décision du DAB. L'une de ces deux exceptions, la
seule à avoir été invoquée par l'intimée, est exprimée par la clause 20.8 des conditions générales. Dûment interprétée, cette dernière permet le recours direct à l'arbitrage, sans passer par la procédure du DAB, lorsque ses conditions d'application sont réalisées. Cinq motifs étayent cette conclusion: premièrement, quoi qu'en dise la recourante pour qui le titre de la sous-clause 20.8 (Expiry of Dispute Adjudication Board's Appointment) présuppose qu'un DAB ait déjà été mis en oeuvre, condition nécessaire pour que sa mission puisse expirer, pareil argument de texte n'est pas déterminant car la sous-clause 1.2 des conditions générales prévoit que les titres et notes marginales ne doivent pas être pris en considération pour l'interprétation de ces mêmes conditions; deuxièmement, l'expression or otherwise, utilisée à la fin du premier paragraphe de la sous-clause 20.8 serait dénuée de sens si l'avis de la recourante devait être suivi, ce qui a du reste conduit la doctrine à en déduire la possibilité pour une partie ayant tenté sans succès de soumettre le cas à un DAB d'engager une procédure d'arbitrage; troisièmement, une décision récente, rendue le 11 octobre 2013 par la High Court of England and Wales dans la cause Doosan
Babcock Ltd contre Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada ([2013]EWHC 3010/TCC), vient confirmer cette opinion doctrinale; quatrièmement, une sentence arbitrale partielle rendue dans un arbitrage CCI et versée au dossier de la cause par la recourante qualifie la sous-clause litigieuse de general exception à la procédure préalable du DAB; cinquièmement enfin, selon le texte même du commentaire ad hoc (The FIDIC Contracts Guide), le fait qu'il n'y ait pas de DAB à disposition peut résulter de l'intransigeance des parties, ce qui indique clairement qu'il n'existe pas d'obligation généralisée de constituer un tel organe.

Le Tribunal arbitral relèvera encore, à titre d' obiter dictum, que les conditions générales ne prévoient pas de limite de temps pour la constitution du DAB, circonstance qui plaide contre le caractère impératif de la procé-

dure préalable de règlement des différends établie par la FIDIC. Pareille circonstance, qui constitue un défaut relevé par la doctrine, explique les difficultés inhérentes à une procédure de DAB ad hoc, lorsqu'il n'existe pas de délai dans lequel le DAB doit être constitué. Les quelque quinze mois (mars 2011 à juillet 2012) qu'il a fallu en l'espèce pour que les parties réussissent à mettre en place un tel organe, sans que l'on puisse en imputer la responsabilité entière à l'une ou l'autre, en sont la preuve irréfutable.

En l'espèce, il n'est pas possible de suivre l'argumentation de la recourante selon laquelle un DAB avait été nommé dès le 2 juillet 2012, après que les parties s'étaient mises d'accord sur la personne de son président. Aussi bien, les parties n'ont signé aucun DAA incluant les modalités de la rémunération des trois membres du DAB, tel que le requiert la sous-clause 20.2, paragraphe 6, des conditions générales. Or, il ne suffit pas qu'un DAB existe pour que l'on puisse dire qu'il est in place, au sens de la clause 20.8 des conditions générales. Encore faut-il qu'il soit opérationnel, ce qui suppose l'existence d'un DAA. Cette dernière condition fait défaut en l'occurrence et l'on ne voit pas comment en imputer la responsabilité à l'intimée sous l'angle des règles de la bonne foi. En effet, ni les contrats signés par les parties ni les conditions générales ne contiennent une clause dont on pourrait inférer un devoir de l'intimée de signer le DAA. Quant à l'argument selon lequel l'intimée avait gardé le silence durant les trois mois qui s'étaient écoulés entre l'acceptation par elle de la désignation de G._____ comme président du DAB, en juillet 2012, et l'envoi de la lettre du 19 octobre 2012 dans laquelle elle reprochait à la
recourante d'avoir omis d'informer le prénommé du dépôt de la requête d'arbitrage, il tombe à faux car il est établi que la recourante a eu connaissance de la requête d'arbitrage de l'intimée dès le 9 août 2012.

En conclusion, la compétence du Tribunal arbitral pour connaître du litige divisant les parties n'est pas contestable, même en l'absence d'une décision du DAB.

3.1.2. A titre liminaire, la recourante fait grief au Tribunal arbitral d'avoir appliqué le droit suisse, conformément à l'art. 178 al. 2 LDIP, pour trancher la question du caractère impératif ou facultatif de la phase préalable de la médiation. A son avis, cette question ne tombe pas sous le coup de la disposition citée, mais relève du droit ..., lequel régit les deux contrats. En effet, selon ce droit, la question litigieuse intéresse la naissance même du droit d'agir tiré de ceux-ci. Quoi qu'il en soit, d'après la recourante, même au regard de l'art. 178 al. 2 LDIP, le choix du droit suisse s'avère arbitraire en l'espèce, étant donné que la fixation du siège de l'arbitrage en Suisse ne résulte pas d'un accord des parties, mais d'une décision de la CCI. Or, comme cela ressort de l'avis de droit du Professeur H._____, que les arbitres ont ignoré, l'art. 341 (2) du Code de procédure civile ..., qui prescrit le respect d'une éventuelle procédure de conciliation préalable, est une disposition impérative dont la violation entraîne l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage.

Au demeurant, même sous l'angle du droit suisse, l'interprétation des dispositions pertinentes de la clause 20 des conditions générales, telle qu'elle a été faite par la majorité du Tribunal arbitral, apparaît critiquable à plus d'un titre aux yeux de la recourante. Elle négligerait, en effet, les éléments suivants du mécanisme de résolution des litiges examiné ici: d'abord, le recours à l'arbitrage, prévu par la sous-clause 20.6 des conditions générales, ne peut intervenir que lorsqu'une partie, non seulement a signifié à l'autre un avis d'insatisfaction (notice of dissatisfaction) dans les 28 jours dès la réception de la décision du DAB ou dès la fin d'une période de 84 jours durant laquelle le DAB aurait dû rendre sa décision (sous-clause 20.4), mais encore a tenté d'aboutir à un arrangement à l'amiable (amicable settlement) avec l'autre partie à réception de cet avis, voire, à ce défaut, a laissé s'écouler un délai de 56 jours depuis lors (sous-clause 20.5). Ensuite, le terme shall, utilisé dans la sous-clause 20.2 des conditions générales, révèle assurément la nature obligatoire du régime de résolution des litiges à plusieurs niveaux adopté par la FIDIC, tandis que le verbe may figurant au premier paragraphe de la sous-
clause 20.4 n'est pas en contradiction avec le terme en question puisque la sous-clause dans laquelle il apparaît présuppose qu'un DAB est déjà opérationnel. L'analyse systématique suggère d'ailleurs que le terme shall a davantage de poids dans les dispositions pertinentes de la clause 20 que le terme may. S'agissant, enfin, de la sous-clause 20.8, la recourante déduit de son titre qu'elle ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où les pouvoirs d'un DAB en fonction ont expiré. Quant à l'expression or otherwise, figurant à la fin du premier paragraphe de cette sous-clause, la recourante y voit une référence à des circonstances de nature objective,

indépendantes de la volonté des parties. Elle conteste, en tout état de cause, que la sous-clause 20.8 puisse être interprétée en ce sens qu'une partie serait en droit d'introduire une requête d'arbitrage de sa propre initiative et sans égard à l'accord passé avec l'autre partie au sujet de la nomination d'un DAB, à plus forte raison si cet organe n'a pas pu fonctionner en raison d'une faute propre de cette partie.

3.1.3. Dans sa réponse, l'intimée s'emploie à démontrer, tout d'abord, que le choix du droit suisse, effectué par le Tribunal arbitral, n'est pas contestable. Selon elle, la faculté d'opter pour ce droit découle directement de l'art. 178 al. 2 LDIP, qui prévoit un rattachement alternatif in favorem validitatis incluant le droit suisse en tant que droit du siège de l'arbitrage. Pour ce qui est du droit ..., l'intimée relève que le Tribunal arbitral en a écarté expressément l'application au n°108 de la sentence attaquée, de sorte que la recourante lui reproche à tort de ne point s'être prononcé sur son contenu. Elle juge, par ailleurs, artificielle et sans aucun fondement juridique la volonté de la recourante d'exclure du champ d'application de l'art. 178 al. 2 LDIP les effets de la clause compromissoire pour n'y introduire que la question de la validité de la convention d'arbitrage.

En second lieu, l'intimée cherche à réfuter l'argument de la recourante selon lequel la procédure relative au DAB serait impérative. Dans cet exercice, elle reprend à son compte les motifs retenus par les arbitres majoritaires. A cet égard, elle insiste sur le fait que, si la mauvaise foi d'une partie devait jouer un rôle dans l'application de la sous-clause 20.8 des conditions générales, ce qu'elle conteste, il faudrait alors en décerner la palme à la seule recourante, laquelle n'aurait cessé de s'opposer à la constitution du DAB, 461 jours durant, par des méthodes plus que discutables et des tactiques dilatoires évidentes. L'intimée se réfère, enfin, à la jurisprudence fédérale pour en déduire, d'une part, que l'absence de limite temporelle à la constitution d'un DAB en l'espèce confirme le caractère facultatif de la procédure ad hoc et, d'autre part, que toute recherche d'une solution transactionnelle en l'occurrence serait vaine et le recours à une procédure d'arbitrage inévitable. En somme, pour elle, lui refuser l'accès à l'arbitrage à l'heure actuelle reviendrait à commettre un déni de justice à son en-droit et à entériner les manoeuvres dilatoires de la recourante.

3.2. Le Tribunal fédéral envisage sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, relatif à la compétence du tribunal arbitral, le grief tiré de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage (tentative de conciliation, mise en oeuvre d'un expert, médiation, etc.). Il le fait en quelque sorte par défaut, dans l'impossibilité où il se trouve de rattacher semblable grief à un autre motif de recours, au sens de cette disposition, admettant ainsi de manière implicite que pareille violation n'est certes pas suffisamment grave pour relever de l'ordre public procédural visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (sur cette notion, cf. ATF 132 III 389 consid. 2.2.1), mais doit néanmoins être sanctionnée d'une façon ou d'une autre. Cela ne signifie pas, dans son esprit, qu'un tel rattachement dicterait nécessairement la solution à adopter pour sanctionner le fait de déposer une requête d'arbitrage sans avoir accompli la démarche préalable obligatoire convenue par les parties (arrêt 4A 46/2011 du 16 mai 2011 consid. 3.4; arrêt 4A 18/2007 du 6 juin 2007 consid. 4.2).

Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral. Le cas échéant, il reverra aussi l'application du droit étranger pertinent; il le fera également avec une pleine cognition, mais se ralliera à l'avis majoritaire exprimé sur le point considéré, voire, en cas de controverse entre la doctrine et la jurisprudence, à l'opinion émise par la juridiction suprême du pays ayant édicté la règle de droit applicable (arrêt 4A 538/2012 du 17 janvier 2013 consid. 4.2).

3.3. II n'est pas contesté, ni contestable d'ailleurs, que la sous-clause 20.6 des conditions générales, insérée dans les deux contrats liant les parties, constitue une convention d'arbitrage valable quant à la forme (art. 178 al. 1 LDIP).

En vertu de l'art. 178 al. 2 LDIP, la convention d'arbitrage est valable, s'agissant du fond, si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. La disposition citée consacre trois rattachements alternatifs in favorem validitatis, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l'objet du litige (lex causae)et le droit suisse en tant que droit du siège de l'arbitrage (ATF 129 III 727

consid. 5.3.2 p. 736). Quoi qu'en dise la recourante, peu importe, relativement à ce dernier droit, que le siège suisse de l'arbitrage ait été choisi par les parties elles-mêmes, par une institution d'arbitrage ou par le tribunal arbitral (Dieter Gränicher, in Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht, 3e éd. 2013, n°29 ad art. 178 LDIP). Que la cause au fond ait un lien suffisant avec la Suisse quant aux parties qu'elle oppose ou à l'objet sur lequel elle porte n'est pas non plus décisif. Ce n'est pas le critère qui a été retenu par le législateur pour l'applicabilité des dispositions du chapitre 12 de la LDIP. Dans la très grande majorité des cas, d'ailleurs, les arbitrages commerciaux de caractère international divisent des parties dont aucune n'est domiciliée en Suisse et ont trait à des contrats n'ayant aucun rapport avec ce pays.

En l'espèce, le Tribunal arbitral a opté souverainement pour l'application du droit suisse à la convention d'arbitrage, écartant ainsi la lex causae, à savoir le droit ... . Seule demeure en suspens la question de l'applicabilité de l'art. 178 al. 2 LDIP aux modes alternatifs de règlement des différends en général et, singulièrement, au système du DAB mis en place par la FIDIC. En dépit des objections soulevées par la recourante, cette question doit être tranchée par l'affirmative. Il paraît, en effet, artificiel de vouloir traiter de manière distincte, sous le rapport considéré, la procédure d'arbitrage proprement dite, d'une part, et la procédure de médiation lato sensu qui la précède, d'autre part, à plus forte raison lorsqu'il s'agit de déterminer si celle-ci constitue un préalable obligatoire à l'ouverture de celle-là. Du reste, jurisprudence et doctrine ne font pas non plus le départ entre ces deux procédures, pour ce qui est de l'application de la disposition citée (cf. les arrêts cités au consid. 3.2; voir aussi, parmi d'autres: Gränicher, in op. cit., n°44 ad art. 178 LDIP). Il en va également ainsi des conditions générales de la FIDIC incluses dans les deux contrats litigieux, lesquelles rangent sous la même clause 20 la procédure du DAB (sous-clauses 20.2 à 20.4), la procédure de conciliation (sous-clause 20.5) et la procédure d'arbitrage (sous-clause 20.6). Soumettre la phase préalable et l'arbitrage subséquent à deux droits distincts serait sans doute peu opportun, voire propre à compliquer inutilement la liquidation des litiges entre parties, dans la mesure où le tribunal arbitral perdrait le bénéfice du choix prévu à l'art. 178 al. 2 LDIP s'il était contraint de tenir compte, en statuant sur sa propre compétence, de dispositions procédurales impératives de la lex causae relatives à l'étape préliminaire de la médiation. Le faire serait d'autant plus discutable lorsque, comme en l'espèce, le tribunal arbitral se voit forcé d'appliquer une disposition tirée du code de procédure civile du pays dont le droit régit l'objet du litige - pays qui est de surcroît celui où l'une des parties a son siège social - pour décider du caractère impératif ou facultatif d'un mode alternatif de règlement des différends à vocation universelle établi par une fédération internationale. On y renoncera donc.

3.4.

3.4.1. En droit suisse, l'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. Le juge s'attachera, tout d'abord, à mettre au jour la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. S'il n'y parvient pas, il recherchera alors, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances. Même s'il est apparemment clair, le sens d'un texte souscrit par les parties n'est pas forcément déterminant, l'interprétation purement littérale étant prohibée (art. 18 al. 1 CO). Lorsque la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants s'il n'existe aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne correspond pas à leur volonté (ATF 140 III 134 consid. 3.2; 135 III 295 consid. 5.2 p. 302 et les arrêts cités).

Cette jurisprudence peut être appliquée mutatis mutandis pour décider du caractère impératif ou non de la procédure du DAB instituée par la FIDIC. Les conditions générales établies par cette association s'apparentent, il est vrai, à des règles de droit, ce qui pourra justifier, le cas échéant, d'en objectiver l'interprétation et de prendre en considération l'opinion émise par leur auteur quant au sens des mots qui y figurent. Cependant, comme elles ont été édictées par une personne morale de droit privé, c'est le juge chargé de les appliquer qui aura le dernier mot et qui, dans la mesure du possible, devra en faire une interprétation individualisée en fonction des circonstances de la cause en litige. En cela, elles sont comparables, s'agissant du droit interne, à la norme SIA-118 élaborée

par la Société suisse des ingénieurs et des architectes (cf. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5e éd. 2011, n. 291 s.).

3.4.2. Sous l'influence des milieux économiques et juridiques américains et anglais, des méthodes alternatives de règlement des litiges (Alternative Dispute Resolution ou ADR) ont rencontré un très vif succès en Europe et plus particulièrement en Suisse au cours de ces dernières années. La conciliation et la médiation constituent de telles méthodes (arrêt 4A 18/2007, précité, consid. 4.3.1 et les auteurs cités; voir aussi: Liatowitsch/Menz, Alternative Dispute Resolution, in International Arbitration in Switzerland, Geisinger/Voser [éd.], 2e éd. 2013, p. 311 ss).

La construction est l'un des domaines les plus propices à la survenance de différends. C'est dans le contexte de la globalisation de ce secteur que se sont développés des processus de règlement de ces différends. Ils constituent une alternative à la voie judiciaire ou arbitrale, notamment sur le plan international, et sont censés permettre aux parties de gérer d'une manière efficace, économique et rapide les conflits qui jalonnent l'exécution de leurs obligations respectives, sans mettre pour autant en péril la poursuite de leur relation contractuelle (Brown-Berset/Scherer, Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction, in Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2007, p. 265 ss, 266).

La FIDIC a élaboré de longue date un système particulier de règlement alternatif des différends constituant une phase préalable à l'arbitrage. Dans les versions antérieures à 1999, les conditions générales prévoyaient que les parties désirant saisir le tribunal arbitral étaient obligées de faire appel au préalable à l'ingénieur, le tribunal arbitral n'étant conçu que comme une sorte de deuxième instance. Dans la pratique internationale, ce modèle n'a pas réussi à s'imposer car il plaçait l'ingénieur, représentant rémunéré du maître de l'ouvrage, dans le double rôle de juge et partie (BROWN-BERSET/SCHERER, op. cit., p. 277; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, 1996, n. 22 à 24; ROGER PHILIPPE BUDIN, Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction, 1998, p. 27 ss). Pour répondre à cette critique, la FIDIC a édicté, en 1999, de nouvelles conditions générales, dénommées Red Book, qu'elle a complétées et diversifiées par la suite (pour un aperçu historique de ces conditions générales, cf. parmi d'autres: BAKER/MELLORS/CHALMERS/ LAVERS, FIDIC Contracts: Law and Practice, 2009, p. 19 ss; au sujet du Red Book, cf. notamment: GLOVER/HUGUES QC, Understanding the FIDIC Red
Book, 2 e éd. 2011, passim; NAEL G. BUNNI, The FIDIC Forms of Contract, 3 e éd. 2005, passim). Elle a établi, de la sorte, un système de règlement des différends par étapes ou à étages (multi-tiered proceedings; au sujet de ce système, cf. JAN-MICHAEL AHRENS, Escalation Clauses - Stairway to Heaven or Highway to Hell?, in New Developments in International Commercial Arbitration, Müller/Rigozzi [éd.], 2010, p. 173 ss), qu'il sied de décrire brièvement dans ses grandes lignes.

Les litiges qui surviennent entre les parties en relation avec le contrat ou l'exécution des travaux sont soumis par la partie demanderesse à un DAB permanent ou ad hoc composé d'une ou de trois personne (s) qualifiée (s), à savoir un spécialiste ou un panel de spécialistes, dont les conditions d'engagement sont fixées dans un DAA. Dans un délai de 84 jours après sa saisine, le DAB doit rendre une décision motivée qui lie les parties, à moins que et, le cas échéant, jusqu'à ce que cette décision soit révisée dans le cadre d'un accord amiable ou à la suite du prononcé d'une sentence arbitrale. Pendant ce laps de temps, l'entrepreneur doit poursuivre l'exécution des travaux, pour autant qu'il n'ait pas été mis fin au contrat. Si l'une des parties n'est pas satisfaite de la décision du DAB, elle doit signifier à l'autre un avis d'insatisfaction dans les 28 jours dès la réception de cette décision ou dès l'expiration de la période de 84 jours durant laquelle le DAB aurait dû se prononcer. Lorsqu'un tel avis a été donné, les parties doivent tenter de s'arranger à l'amiable avant d'emprunter la voie arbitrale. Cependant, la procédure d'arbitrage peut être initiée 56 jours après la réception dudit avis, même en l'absence d'une tentative d'arrangement. Elle est soumise aux règles d'arbitrage édictées par la CCI. Le tribunal arbitral a le pouvoir de juger l'affaire de novo, sans être lié par aucune décision antérieure, qu'elle émane de l'ingénieur ou du DAB. La mise en oeuvre d'une procédure d'arbitrage durant l'exécution des travaux ne modifie pas les obligations contractuelles des parties. Une telle procédure peut également être engagée directement si une partie n'exécute pas une décision rendue par le DAB qui est entrée en force. Enfin, si un litige en rapport avec le contrat ou l'exécution des travaux survient entre les parties alors qu'aucun DAB n'est en place du fait de l'expiration de sa mission ou pour une autre raison, il peut être soumis directement à l'arbitrage, sans devoir faire l'objet d'une

décision préalable du DAB ni d'une tentative d'arrangement à l'amiable.

3.4.3. Confrontés aux critiques formulées par la recourante (cf. consid. 3.1.2, 2 e par.), les motifs retenus par le Tribunal arbitral pour écarter, à la majorité, l'argument pris du caractère impératif de la procédure préalable relative au DAB (cf. consid. 3.1.1) appellent les remarques faites ci-après.

3.4.3.1. Pour ce qui est de la terminologie, il n'est pas douteux que le verbe anglais shall - traduit en français par devra -, qui figure au premier paragraphe de la sous-clause 20.2 des conditions générales, correspond à une obligation, à un devoir, par opposition au verbe may - traduit en français par peut -, qui équivaut à une autorisation, à une permission, du moins dans une approche volontairement simplificatrice des deux vocables en question (pour une distinction plus nuancée, cf. Le Robert & Collins super senior, 2e éd. 2003, p. 579 et 867; Black's Law Dictionary, 8e éd. 2004, p. 1000 et 1407). La doctrine considère, elle aussi, que l'utilisation du terme shall signifie que l'action ou la démarche à laquelle ce terme s'applique n'est pas laissée au bon vouloir des parties, mais doit être entreprise (cf., par ex.: Ahrens, op. cit., p. 190 s.; Glover/Hugues QC, op. cit., p. 15; Didem Kayali, Enforceability of Multi-Tired Dispute Resolution Clauses, in Journal of International Arbitration, 2010, p. 551 ss, 572 i.f.). De surcroît, la FIDIC elle-même, dans un document publié en 2008 et intitulé Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (aussi appelé Gold Book), a ajouté la définition des deux
termes litigieux à la liste de ses définitions: ainsi, selon la sous-clause 1.2 let. e et f du Gold Book, "shall" means that the Party or person referred to has an obligation under the Contract to perform the duty referred to, tandis que "may" means that the Party or person referred to has the choice of whether act or not in the matter referred to.

3.4.3.2. Contrairement à l'avis des arbitres majoritaires, l'interprétation systématique des dispositions utilisant les termes shallet may ne conduit pas à un résultat différent. A cet égard, on ne voit pas en quoi le premier paragraphe de la sous-clause 20.4 constituerait une lex specialis par rapport au premier paragraphe de la sous-clause 20.2, au seul motif que celui-ci donnerait une définition moins détaillée du terme dispute que celui-là, ni pour quelle raison l'expression either Party "may" (terme mis en évidence par le Tribunal fédéral) refer the dispute in writing to the DAB for its decision, qui y figure, ferait de la mise en oeuvre du DAB une simple option. Aussi bien, replacée dans son contexte, c'est-à-dire dans la situation où un DAB a déjà été constitué, l'expression précitée signifie simplement que lorsqu'un litige survient entre les parties, chacune d'elles peut saisir le DAB; elle ne dit pas autre chose, et en tout cas pas qu'une telle saisine serait facultative. De plus, le texte du premier paragraphe de la sous-clause 20.6 établit clairement que l'existence d'une décision du DAB est une condition sine qua non de l'ouverture d'une procédure d'arbitrage, sous réserve du cas particulier, traité au paragraphe
5 de la sous-clause 20.4, de l'absence de décision du DAB dans les 84 jours suivant sa mise en oeuvre. Cet état de choses est confirmé de manière indirecte par la seconde phrase du paragraphe 6 de la sous-clause 20.4, lequel réserve l'accès direct à l'arbitrage dans deux cas exceptionnels visés par les sous-clauses 20.7 (inexécution d'une décision du DAB en force) et 20.8 (expiration de la durée de la mission du DAB).

3.4.3.3. L'interprétation large, faite par la majorité du Tribunal arbitral, de la sous-clause 20.8 des conditions générales ne convainc pas davantage. A la suivre et autant qu'elle revête effectivement une telle signification, il suffirait qu'un DAB ne soit pas opérationnel au moment de l'ouverture de la procédure d'arbitrage, quelle qu'en soit la raison, pour que l'on puisse se passer d'une décision de cet organe. Semblable conclusion, poussée dans ses extrémités, reviendrait à faire du mode alternatif de règlement des litiges élaboré par la FIDIC une coquille vide. Les motifs qui l'étayent n'ont du reste guère de poids.

D'abord, s'il est vrai qu'en vertu de l'art. 1.2 des conditions générales, les titres ne doivent pas être pris en considération pour l'interprétation desdites conditions, il n'en demeure pas moins que le rapprochement de leur texte avec celui de la sous-clause qu'ils chapeautent n'est pas sans intérêt pour la bonne compréhension de celle-ci. Il en appert, pour ce qui est de la sous-clause 20.8, que l'on envisage ici, au premier chef, la situation exceptionnelle dans laquelle la mission d'un Standing DAB prend fin, du fait de l'expiration de la durée qui lui était assignée, avant la survenance d'un litige entre les parties. Quant à la raison d'être de cette sous-clause,

certains commentateurs du Red Book soulignent qu'en son absence, il existerait une incertitude sur le point de savoir si le différend pourrait néanmoins être soumis à l'arbitrage ou s'il devrait, bien plutôt, être porté devant le tribunal étatique compétent (Baker/Mellors /Chalmers/Lavers, op. cit., p. 552, n. 9.222), d'autres auteurs allant même jusqu'à exclure toute voie de droit au profit du seul arrangement à l'amiable en pareille situation (Glover/Hugues QC, op. cit., p. 409, n. 20-080).

Ensuite, les arbitres majoritaires font certes grand cas de l'expression or otherwise apparaissant au premier paragraphe de la sous-clause 20.8. Sans doute cette expression, des plus vagues, ne facilite-t-elle pas la compréhension de la sous-clause en question. De fait, l'interpréter à la lettre et extensivement reviendrait à court-circuiter le mode alternatif de règlement des différends à étages imaginé par la FIDIC, s'agissant d'une procédure de DAB ad hoc, étant donné que, par définition, un litige survient toujours avant que le DAB ad hoc ait été constitué, autrement dit à un moment où there is no DAB in place; semblable interprétation irait toutefois clairement à l'encontre du but poursuivi par les concepteurs du système (Baker/Mellors /Chalmers/Lavers, op. cit., p. 553, n. 9.224). En réalité, l'expression or otherwise doit permettre d'embrasser d'autres hypothèses que le seul écoulement de la mission du DAB, sans que celles-ci soient limitées à des circonstances objectives, indépendantes de la volonté des parties, comme le voudrait la recourante dont l'opinion à cet égard n'est nullement étayée par le texte de la sous-clause 20.8. D'après le guide publié par la FIDIC et cité dans la sentence attaquée, on pourra inclure,
dans ces autres hypothèses, l'impossibilité de constituer un DAB en raison de l'intransigeance de l'une des parties (The FIDIC Contracts Guide, 2000, p. 317 i.f.). En somme, la finalité de la sous-clause en question est de préserver la faculté des parties de se prévaloir en tout état de cause de l'un des modes de règlement des différends dont elles sont convenues, et singulièrement du plus important d'entre-eux, à savoir l'arbitrage (Baker/Mellors /Chalmers/Lavers, op. cit., p. 553, n. 9.223).

L'extrait de l'arrêt anglais, précité (cf. consid. 3.1.1., 4e par. i.f.), ne constitue pas un argument en faveur de la thèse du caractère facultatif de la saisine du DAB, quoi qu'en pensent les arbitres majoritaires. Comme on peut s'en convaincre, en effet, à la lecture du paragraphe 11 de cette décision, les parties étaient convenues, dans un amendement aux conditions générales, que le DAB devait être constitué dans les 42 jours à compter de la date du début du contrat, condition qui ne s'était pas accomplie, de sorte que la sous-clause 20.8 trouvait effectivement à s'appliquer.

N'apparaît pas non plus déterminante l'extrapolation à laquelle la majorité du Tribunal arbitral se livre sur la base de l'expression general exception figurant dans le bref passage d'une sentence partielle CCI reproduit dans la sentence déférée, expression censée qualifier la sous-clause 20.8.

Il en va de même, enfin, du passage susmentionné du guide de la FIDIC où l'intransigeance d'une partie est fournie comme exemple d'une situation dans laquelle l'étape de la mise en oeuvre du DAB peut être sautée. Que le passage obligé devant le DAB souffre certaines exceptions n'est pas un indice du caractère prétendument facultatif du recours à cet organe, mais la confirmation de la règle générale établissant le devoir d'user de cette procédure alternative de règlement des litiges avant de pouvoir introduire une demande d'arbitrage.

3.4.3.4. Dans l'arrêt 4A 18/2007 du 6 juin 2007, le Tribunal fédéral, confirmant l'interprétation du Tribunal arbitral voulant que la clause contractuelle litigieuse ne prévît pas un préalable obligatoire de conciliation, avait ajouté ceci (consid. 4.3.2, 3e par.) :

"Semblable impression est encore renforcée par l'absence de toute indication d'un délai pendant lequel la procédure de médiation devait être introduite ou même aboutir, alors que la mention d'un tel délai est usuelle dans le domaine des contrats internationaux, selon une constatation souveraine du Tribunal arbitral."

Prenant appui sur ce précédent, les arbitres majoritaires constatent que, si les conditions générales fixent au DAB un délai strict de 84 jours pour rendre sa décision, elles ne prévoient pas de délai pour la constitution d'un DAB ad hoc. Et d'en déduire que la phase préalable ne serait pas obligatoire lorsque les parties ne se sont pas accordées pour soumettre à un délai la mise en oeuvre du processus du DAB.

Outre qu'il a été avancé à titre de simple obiter dictum, pareil argument n'apparaît pas non plus décisif. La comparaison sur laquelle il repose doit déjà être relativisée. En effet, l'arrêt fédéral précité avait trait à une procédure de conciliation/médiation beaucoup moins contraignante que la procédure, dûment codifiée, du DAB. Au demeurant, l'absence de délai pour la saisine du DAB constitue certes une faille du système, mais elle n'implique pas pour autant que la procédure préalable confiée à cet organe ne serait qu'une faculté laissée à la discrétion des parties.

3.4.4. Les auteurs qui se sont penchés sur la question considèrent que la procédure de règlement des différends par le DAB, telle que prévue à l'art. 20 des conditions générales, est impérative en ce sens qu'elle doit avoir été terminée pour qu'une procédure d'arbitrage puisse commencer (AHRENS, op. cit., p. 192 s.; BROWN-BERSET/SCHERER, op. cit., p. 283; BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS, op. cit., p. 552 s., n. 9.222 et 9.224 i.f.; GLOVER/HUGUES QC, op. cit., p. 388, n. 20-026, p. 394, n. 20-041, p. 399, n. 20-053 et p. 405, n. 20-068). Il convient de leur emboîter le pas pour les motifs sus-indiqués.

Cependant, la règle posée souffre des exceptions, comme cela ressort du texte de la sous-clause 20.8. Il faut, en effet, réserver la prise en compte de circonstances particulières, objectives ou non, dans lesquelles le recours à la procédure préalable du DAB ne saurait être imposé à la partie désireuse de soumettre à l'arbitrage le différend qui l'oppose à son cocontractant. Considérée sous l'angle opposé, cette exception constitue un cas d'application du principe de la bonne foi, lequel régit aussi le comportement procédural des parties. Suivant les circonstances, ce principe interdira donc à l'une d'elles d'opposer à l'autre une fin de non-recevoir tirée de l'absence de décision rendue par un DAB. Cela étant, dire d'avance et une fois pour toutes quand il trouvera à s'appliquer n'est pas possible puisque la réponse à cette question dépend de la prise en compte des faits propres à la cause en litige.

3.5. Appliqués aux circonstances spécifiques de la présente espèce, les principes énoncés plus haut conduisent la Cour de céans à confirmer, sinon dans tous les motifs qui la sous-tendent, du moins dans son résultat, la décision du Tribunal arbitral de se déclarer compétent ratione temporis pour connaître de la demande déposée par l'intimée.

Il sied de souligner d'abord, sur un plan général, que le système du DAB établi par la FIDIC a été conçu avant tout en vue de la constitution d'un DAB permanent, et non d'un DAB ad hoc, l'idée étant de favoriser la résolution rapide des différends survenant en cours d'exécution du projet, sans mettre en péril la poursuite de celui-ci, en les faisant trancher par des spécialistes désignés au commencement du contrat et qui accompagnent la mise en oeuvre du projet du début à la fin. Or, dans le cas concret, le bénéfice escompté d'une telle procédure n'a jamais été à l'ordre du jour. On a affaire à un DAB ad hoc, pour la constitution duquel aucun délai n'avait d'ailleurs été stipulé et dont la mise sur pied a débuté le 10 mars 2011, soit après l'achèvement des travaux formant l'objet des contrats 5R8 et 5R9 à en juger par le fait que les certificats de réception y relatifs ont été délivrés respectivement les 23 juin et 15 décembre 2010. Intervenant à un stade aussi tardif du développement des rapports contractuels, voire après l'extinction de ceux-ci, alors que les positions respectives des parties étaient déjà figées et les adversaires sans doute irréconciliables, le DAB envisagé s'apparentait davantage à un tribunal arbitral de
première instance qu'à un DAB proprement dit. Dès lors, bien qu'elle fût en principe prescrite par les conditions générales, sa mise en oeuvre ne répondait peut-être déjà plus à une nécessité absolue au regard de l'économie du système, car il était peu probable qu'elle permît d'éviter l'ouverture de la procédure arbitrale réservée par la sous-clause 20.6 des conditions générales. Aussi, mesurée à cette aune, la volonté de la recourante d'obtenir coûte que coûte une décision du DAB apparaît à tout le moins discutable.

Force est, ensuite, de relever, s'agissant de la procédure de constitution du DAB, qu'elle avait débuté quinze mois avant que l'intimée ne déposât sa requête d'arbitrage (10 mars 2011 - 27 juillet 2012), ce qui représente une durée importante dans le contexte d'une procédure de règlement des différends censée être expéditive. Le Tribunal arbitral note du reste, au sujet de ce laps de temps, qu'il équivaut au quintuple du délai de 84 jours dans lequel la procédure du DAB doit normalement être liquidée. Et s'il refuse d'en imputer la responsabilité à l'une

des deux parties, les constatations faites par lui dans la sentence attaquée quant au déroulement du processus devant mener à la constitution du DAB ad hoc, telles qu'elles ont été résumées plus haut (cf. let. A.c et let. B, 2e par.), ne permettent en tout cas pas de rendre l'intimée responsable de cet atermoiement. Il en appert bien plutôt que c'est cette partie qui, après avoir mis en branle le processus en question, est revenue à la charge à diverses reprises pour le relancer, devant la passivité de la recourante, cette dernière n'ayant joué un rôle plus actif à cet égard qu'après le dépôt de la requête d'arbitrage. On peine à discerner, au demeurant, l'intérêt que l'intimée,
qui réclame à la recourante le paiement de quelque 21 millions d'euros, aurait bien pu avoir à faire durer la procédure de constitution du DAB initiée par elle.

On observera, enfin, que le paragraphe 5 de la sous-clause 20.2 des conditions générales prescrit aux parties de conclure avec chacun des trois membres du DAB un DAA incorporant par référence les General Conditions of Dispute Adjudication Agreement contenues dans l'annexe auxdites conditions générales. Selon la clause 2, premier paragraphe, de ces General Conditions, le DAA prend effet lorsque le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et chacun des membres du DAB l'ont signé. A ce défaut, la doctrine considère qu'il n'existe pas de DAB valablement constitué et que le seul remède à disposition d'une partie confrontée au refus de l'autre de signer le DAA consiste à recourir directement à l'arbitrage, en application de la sous-clause 20.8 (BAKER/ MELLORS/CHALMERS/LAVERS, op. cit., p. 520, n. 9.71). C'est dire qu'en l'espèce, les arbitres majoritaires ont admis à juste titre que le DAB n'était pas in place au moment du dépôt de la requête d'arbitrage, faute pour les parties d'avoir signé un DAA avec chacun de ses membres désignés. De surcroît, ils notent, sans être contredits par la recourante, n'avoir trouvé, ni dans les deux contrats litigieux ni dans les conditions générales, une clause qui eût obligé l'intimée à signer le DAA. A
cet égard, on ne saurait leur faire grief, étant donné les circonstances propres à la cause en litige, telles qu'elles ont été mises en exergue dans ce même considérant, de n'avoir pas stigmatisé, sous l'angle des règles de la bonne foi, l'absence de signature du DAA par l'intimée. Au regard de ces règles-là et sur le vu du déroulement du processus de constitution du DAB, il n'est, en effet, pas possible de reprocher à cette partie d'avoir perdu patience et de s'être résolue, de guerre lasse, à sauter l'étape du DAB, nonobstant son caractère obligatoire, pour soumettre le cas à l'arbitrage.

Cela étant, l'unique moyen pris de la violation de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP se révèle infondé, ce qui entraîne le rejet du recours.

4.
La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et indemniser son adverse partie (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 20'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.
La recourante versera à l'intimée une indemnité de 22'000 fr. à titre de dépens.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au Président du Tribunal arbitral CCI.

Lausanne, le 7 juillet 2014

Au nom de la Ire Cour de droit civil

du Tribunal fédéral suisse
La Présidente : Le Greffier :

Klett Carruzzo