Urteilskopf

142 III 296

40. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. Ltd contre Y. S.p.A. (recours en matière civile) 4A_628/2015 du 16 mars 2016

Regeste (de):
Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; alternative Streitbeilegungsmethoden als zwingende Vorbedingung für ein Schiedsverfahren.

Das Bundesgericht behandelt die Rüge der Verletzung eines vertraglichen Streitbeilegungsmechanismus, der als Vorbedingung für ein Schiedsverfahren zwingend vorgesehen ist, unter dem Blickwinkel der Zuständigkeit nach Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG (E. 2.2).

Beurteilung der von der Internationalen Handelskammer (ICC) herausgegebenen Regeln für Parteien, die ihren Rechtsstreit mit Hilfe eines Mediators nach einem bestimmten Verfahren gütlich beilegen wollen (E. 2.3).

Auslegung einer Schiedsklausel, die auf dieses Regelwerk verweist (E. 2.4.1). Missachtung der zwingend vorgegebenen Streitschlichtung durch die Schiedsklägerin im konkreten Fall (E. 2.4.2). Kein Rechtsmissbrauch der Gegenpartei (E. 2.4.3). Sanktionierung einer entsprechenden Verletzung (E. 2.4.4).

Regeste (fr):
Arbitrage international; méthodes alternatives de règlement des litiges en tant que préalables obligatoires à l'arbitrage.

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 (consid. 2.2).

Examen des règles édictées par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) à l'usage des parties qui souhaitent résoudre leurs différends à l'amiable avec l'aide d'un médiateur suivant une procédure encadrée (consid. 2.3).

Interprétation d'une clause arbitrale comportant un renvoi à ces règles-là (consid. 2.4.1). Violation, en l'espèce, du préalable obligatoire de conciliation par la partie ayant déposé la requête d'arbitrage (consid. 2.4.2). Bonne foi de la partie adverse (consid. 2.4.3). Manière de sanctionner une telle violation (consid. 2.4.4).

Regesto (it):
Arbitrato internazionale; metodi alternativi di composizione dei litigi quale premessa obbligatoria all'arbitrato.

Il Tribunale federale esamina sotto l'angolo dell'art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP, relativo alla competenza del tribunale arbitrale, la censura fondata sulla violazione di un meccanismo contrattuale che costituisce una premessa obbligatoria all'arbitrato (consid. 2.2).

Esame delle regole emanate dalla Camera di Commercio Internazionale (CCI) per le parti che desiderano risolvere bonalmente le loro controversie con l'aiuto di un mediatore seguendo una procedura predefinita (consid. 2.3).

Interpretazione di una clausola arbitrale che rinvia a tali regole (consid. 2.4.1). Violazione della premessa obbligatoria di una conciliazione commessa nella fattispecie dalla parte che ha depositato la domanda di arbitrato

(consid. 2.4.2). Buona fede della controparte (consid. 2.4.3). Modo di sanzionare una tale violazione (consid. 2.4.4).

Sachverhalt ab Seite 297

BGE 142 III 296 S. 297

A.

A.a X. Ltd (ci-après: X.) est une société active dans l'exploration et la production d'hydrocarbures. Y. S.p.A. (ci-après: Y.) est une société qui intervient dans l'exploration, la production, le transport par canalisations, la transformation et la commercialisation d'hydrocarbures et de leurs dérivés.

A.b Le 10 juillet 2002, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres initiée par Y., cette dernière et X. ont signé deux contrats d'association pour la recherche et l'exploitation de gisements pétrolifères dans deux périmètres du territoire visé par ces contrats. Le 2 avril 2012, les mêmes parties ont signé deux contrats de groupement en vue de constituer une organisation opérationnelle conjointe pour la conduite et l'exécution des opérations pétrolières sur les gisements situés dans ces périmètres. L'art. 34.2 des contrats d'association, intitulé "Arbitrage", auquel renvoie l'art. 22 des contrats de groupement, prévoit notamment ce qui suit: "Tout différend survenant entre les Parties dans l'exécution ou dans l'interprétation du présent Contrat qui ne peut être résolu par les Parties,

BGE 142 III 296 S. 298

fera dans un premier temps, l'objet d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR (Alternative Disputes Resolution) de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Tout différend entre les Parties découlant de l'exécution ou de l'interprétation du présent Contrat non résolu par voie de conciliation sera tranché en dernier ressort par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI (UNCITRAL) par trois (3) arbitres nommés conformément à ce règlement. Le lieu de l'arbitrage sera Genève, Suisse."
L'art. 5 par. 1 du Règlement ADR de la CCI du 1 er juillet 2001 (ci-après: le Règlement ADR) a la teneur suivante: "Le Tiers et les parties doivent promptement discuter et rechercher un accord sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et doivent s'entretenir du processus ADR spécifique à suivre."

A.c Des différends étant survenus entre les parties, Y., se fondant sur l'art. 34.2 des contrats d'association et l'art. 22 des contrats de groupement, a déposé, le 8 septembre 2014, une demande de conciliation auprès du Centre international d'ADR de la CCI (ci-après: le Centre ADR) en application du Règlement ADR. Le Centre ADR a accusé réception de la demande de conciliation le 15 septembre 2014 et invité les parties à communiquer leurs éventuels commentaires concernant diverses questions procédurales dans les 15 jours. X. s'est exécutée le 3 octobre 2014 en précisant, notamment, qu'elle souhaitait voir la procédure de conciliation se dérouler conformément au Règlement ADR, et non au Règlement de médiation de la CCI en vigueur depuis le 1 er janvier 2014 (ci-après: le Règlement de médiation). Dans un courriel du même jour, le Centre ADR a noté que, selon l'accord des parties, le Règlement ADR s'appliquerait à cette procédure, que celle-ci serait conduite

en français et que Paris en serait "le lieu de réunion physique". Puis, en date du 16 octobre 2014, il a nommé une ressortissante espagnole en qualité de "Tiers", au sens du Règlement ADR, c'est-à-dire de conciliatrice. Par courrier du 14 novembre 2014, la conciliatrice a soumis aux parties une série de questions concernant la conduite de la procédure de conciliation et proposé la tenue d'une réunion. Le 20 novembre 2014, Y. a donné son accord à la tenue d'une première réunion en exprimant le souhait qu'elle se déroulât sous la forme d'une conférence téléphonique. Le même jour, X. a répondu aux questions de la conciliatrice et indiqué les dates auxquelles elle serait disponible

pour une telle conférence. Le 16 décembre 2014, la conciliatrice a adressé un courriel aux conseils des parties et fixé une conférence téléphonique commune au lendemain, à 15 h 30. Le 17 décembre 2014, à 15 h 20, l'avocat de Y. a envoyé à la conciliatrice et au conseil de X. un courriel dans lequel il leur indiquait que, pour faciliter la tenue de la conférence téléphonique prévue à 15 h 30, de même que la participation des représentants de sa mandante, il leur proposait d'utiliser son service de conférence téléphonique. Le conseil de X. s'est opposé à ce mode de faire au motif que la conférence téléphonique avait été prévue entre les seuls conseils des parties et la conciliatrice, ajoutant que lui-même n'avait pas pris de dispositions pour que les représentants de X. participent à cette conférence; et l'avocat de suggérer à la conciliatrice soit de s'en tenir à la configuration initialement prévue, soit de repousser la réunion à une date ultérieure, auquel cas il demanderait, vu le nombre de participants, que la réunion soit tenue physiquement à Paris. Y. a rétorqué qu'il n'avait jamais été décidé que seuls les conseils participeraient à la conférence téléphonique, tout en exprimant son accord quant au report de celle-ci. Le 8 janvier 2015, la conciliatrice a repris contact avec les conseils des parties concernant la suite de la procédure de conciliation. Le 16 janvier 2015, Y. a adressé une notification d'arbitrage à X. Dans un courrier du même jour envoyé à la conciliatrice, elle a constaté l'échec de la conciliation, imputé par elle à sa cocontractante, lui a fait part de son intention de ne pas poursuivre la procédure ad hoc et lui a indiqué avoir déposé une notification d'arbitrage. Par courrier du 20 janvier 2015, X. a fait savoir à la conciliatrice qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la fin d'une procédure de conciliation qui n'avait pas commencé pour des raisons indépendantes de sa volonté. Dans un courrier du 21 janvier 2015, la conciliatrice a informé les parties qu'elle ne pouvait pas notifier la clôture de la procédure à la CCI sans que la discussion prévue à l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR ait eu lieu, partant qu'elle leur proposait de nouvelles dates pour la tenue d'une réunion à Paris en présence des conseils et des représentants des deux parties. Cependant, Y. a maintenu, dans un courrier du 26 janvier 2015, que la procédure de conciliation avait pris fin. Sur quoi la conciliatrice a informé les parties, en date du 30 janvier 2015, qu'elle interprétait le comportement de Y. comme un retrait

du dossier par l'intéressée, ce dont elle a informé le Centre ADR par courrier du 3 février 2015. Dans un courrier du 5 février 2015, le Centre ADR a constaté que Y. entendait retirer la demande de conciliation et invité les parties à lui adresser leurs commentaires. Suite à un échange supplémentaire entre les parties, il a confirmé, dans un courrier du 16 février 2015, qu'il considérait que Y. entendait retirer la demande de conciliation. Enfin, par lettre du 8 avril 2015, relevant que la part de l'avance de frais afférente à Y. n'avait pas été payée, il a constaté que la procédure d'ADR s'achevait conformément à l'art. 6 par. 1 let. f du Règlement ADR.

B. Le 16 janvier 2015, Y. a engagé une procédure d'arbitrage contre X. en application du Règlement d'arbitrage

de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), conformément à l'art. 34.2 des contrats d'association et à l'art. 22 des contrats de groupement. Par la même occasion, elle a désigné son arbitre. Par lettre du 26 janvier 2015, l'avocate représentant X. dans la procédure d'arbitrage a indiqué au conseil de Y. que la notification d'arbitrage était sans objet, la procédure de conciliation de la CCI étant toujours pendante. Puis, dans sa lettre du 19 février 2015 portant à la connaissance du conseil de l'adverse partie le nom de l'arbitre choisi par sa mandante, elle a précisé qu'elle entendait soulever l'exception d'incompétence du Tribunal arbitral selon le droit suisse de l'arbitrage applicable. Durant les mois suivants, les parties ont discuté des modalités de la désignation du président du Tribunal arbitral, X. persistant à réserver son droit de soulever l'exception d'incompétence de celui-ci en rapport avec le problème de la conciliation. Le 22 mai 2015, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage a procédé à cette nomination. Le Tribunal arbitral a décidé, le 31 juillet 2015, de se prononcer uniquement sur sa compétence dans la première phase de la procédure arbitrale. Deux échanges d'écritures ont eu lieu sur cette question. Cela fait, par sentence sur compétence du 13 octobre 2015, le Tribunal arbitral a retenu sa compétence pour connaître du litige divisant les parties, rejeté l'exception d'incompétence soulevée par X. et déclaré la demande de Y. recevable.

C. Le 16 novembre 2015, X. (ci-après: la recourante) a formé un recours en matière civile en vue d'obtenir l'annulation de la sentence précitée et la constatation de l'incompétence ratione temporis du Tribunal arbitral dans cette affaire. Dans sa réponse du 22 décembre 2015, Y. (ci-après: l'intimée) a conclu au rejet du recours. La recourante, dans sa réplique du 6 janvier 2016, et l'intimée, dans sa duplique du 22 janvier 2016, ont persisté dans leurs conclusions respectives. Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé la sentence attaquée et dit que la procédure arbitrale pendante entre les parties est suspendue jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation conformément au Règlement ADR de la CCI. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. (...)

2.2 Le Tribunal fédéral envisage sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP (RS 291), 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 qu'elle 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_124/2014 du 7 juillet 2014 consid. 3.2 et les précédents cités). 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 (dernier arrêt cité, ibid.).

2.3

2.3.1 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_124/2014, précité, consid. 3.4.2 et les références). Le caractère non contraignant de la solution proposée à l'adoption des parties distingue ces méthodes de la procédure étatique ou de l'arbitrage. Plusieurs institutions ont édicté des règles au sujet de ces méthodes alternatives de résolution des litiges (arrêt 4A_18/2007 du 6 juin 2007 consid. 4.3.1). Tel est le cas de la CCI qui a adopté le Règlement ADR, en vigueur depuis le 1 er juillet 2001, assorti du Guide ADR (voir la brochure publiée sous n°809 en 2001 par la CCI, qui contient le règlement et le guide; ci-après: brochure), puis le Règlement de médiation, entré en vigueur le 1 er janvier 2014, accompagné d'une Note d'orientation sur la médiation, lequel a remplacé le précédent règlement, tous documents consultables sur le site internet de la CCI (www.iccwbo.org ; pour des références plus précises, cf. VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, ICC Arbitration in Practice, 2 e éd. 2016, p. 246).

2.3.2 La CCI a élaboré le Règlement ADR à l'usage des parties qui souhaitent résoudre leurs différends à l'amiable avec l'aide d'un médiateur (le "Tiers", selon la terminologie du règlement) suivant une procédure encadrée. La nature amiable de cette procédure explique que, pour la CCI, la lettre A du sigle ADR remplace Amicable et non pas Alternative (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, op. cit., p. 248). Ladite procédure, réglée en sept articles seulement, se caractérise par sa souplesse, sa rapidité, son coût raisonnable et sa confidentialité. Elle ne conduit pas à une sentence ou décision du Tiers ayant un caractère exécutoire, mais peut déboucher, dans l'hypothèse la plus favorable, sur un accord entre les parties mettant fin à leur différend et qui a force obligatoire à leur égard en vertu du droit applicable à cet accord (Guide ADR, Introduction, brochure p. 17 s.). Lorsqu'un accord préalable de recourir au Règlement ADR existe, la procédure ADR est introduite par une demande écrite adressée à la CCI (art. 2 let. A du Règlement ADR). Il s'agit ensuite de choisir le Tiers selon les modalités fixées à l'art. 3 du Règlement ADR.

C'est alors que débute le processus ADR, sous la conduite du Tiers désigné, conformément à l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, précité. Les formules susceptibles d'être utilisées dans le cadre du Règlement ADR sont la médiation, la consultation d'un Tiers, le mini-trial, toute autre formule ou une combinaison de formules (pour plus de détails, cf. Guide ADR, ad art. 5 du Règlement ADR, brochure p. 27 ss.). Au demeurant, rien n'empêche les parties de faire appel à l'ADR en cours d'arbitrage (Guide ADR, Introduction, brochure p. 18). En vertu de l'art. 5 par. 2 du Règlement ADR, à défaut d'accord des parties sur la formule à utiliser, celle-ci sera la médiation. Selon le Guide ADR, lorsque les parties ont passé un accord de soumettre leur différend au Règlement ADR, elles ne peuvent se retirer de la procédure avant qu'ait eu lieu la première discussion avec le Tiers prévue à l'art. 5 par. 1. dudit règlement. Cette disposition permet de préserver le sens de l'accord passé entre les parties, en obligeant celles-ci à apprécier ensemble les possibilités qu'offre la procédure ADR (ad art.

2 let. A du Règlement ADR, brochure p. 22). A teneur de l'art. 6 par. 1 let. b du Règlement ADR, la procédure ADR s'achève, entre autres circonstances, par la notification écrite au Tiers par une ou plusieurs parties, à tout moment après que la discussion mentionnée à l'art. 5 par. 1 a eu lieu, d'une décision de ne pas poursuivre plus avant la procédure ADR. Le caractère obligatoire de cette discussion est destiné à permettre à l'ADR de prospérer dans les meilleures conditions; en effet, avant la première discussion avec le Tiers, les parties peuvent difficilement apprécier les possibilités offertes par le processus (Guide ADR, ad art. 6 du Règlement ADR, brochure p. 30 let. b). Il est donc important qu'il y ait, à tout le moins, une discussion entre les parties et le Tiers, que celle-ci conduise ou non à un accord (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, ICC Arbitration in Practice, 1 ère éd. 2005, p. 180). Le 1 er janvier 2014, le Règlement de médiation, qui comprend dix articles, est entré en vigueur. Il remplace le Règlement ADR. Le titre du règlement a été modifié pour tenir compte du fait que dans 90 % des cas soumis au processus ADR, c'est la médiation que les parties choisissent comme formule (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, op. cit., p. 248). Selon la disposition transitoire figurant à l'art. 10 par. 1 du Règlement de médiation, les parties qui sont convenues avant la date d'entrée en vigueur du présent Règlement de soumettre leur différend au Règlement ADR sont réputées avoir soumis leur différend au Règlement de médiation, sauf si l'une d'elles s'y oppose,

auquel cas le Règlement ADR s'appliquera. Cette exception trouve à s'appliquer en l'espèce, comme on l'a noté plus haut (cf. let. A.c, 2 e §), si bien que seul entre en ligne de compte le Règlement ADR. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait aucun enseignement à tirer de la nouvelle réglementation actuellement en vigueur pour résoudre le présent litige. Au contraire, il est intéressant de relever, en ce qui concerne la durée minimale et la fin du processus de médiation, que, selon l'art. 7 du Règlement de médiation, le médiateur et les parties doivent promptement discuter de la manière dont la médiation sera conduite (par. 1) et qu'après cette discussion, le médiateur doit fournir promptement aux parties une note écrite les informant de la manière dont la médiation sera conduite; en outre, chacune des parties, en convenant de soumettre un différend au Règlement de médiation, convient de participer à la procédure au moins jusqu'à la réception de cette note du médiateur (par. 2). Or, selon ses commentateurs, l'art. 7 par. 2 du Règlement de médiation a été inspiré par l'art. 5 par. 1, précité, du Règlement ADR (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, op. cit., p. 254). C'est dire que le rapprochement des deux dispositions n'est pas sans intérêt pour interpréter la plus ancienne, seule applicable en l'espèce. Pour le reste, l'art. 8 par. 1 let. b du Règlement de médiation énonce, dans le prolongement de l'art. 6 par. 1 let. b du Règlement ADR, que le processus de médiation prend fin avec la confirmation écrite, par le Centre aux parties, de sa fin en raison de la notification par une partie au médiateur, par écrit, à tout moment après réception de la note du médiateur visée à l'art. 7 par. 2, de sa décision de ne pas poursuivre la médiation.

2.4 Il s'agit de déterminer, en premier lieu, la méthode alternative de résolution des litiges pour laquelle les parties ont opté, si tant est qu'elles l'aient fait, en vue de régler leur différend à l'amiable. A cet effet, il faudra interpréter l'accord des parties sur ce point conformément aux principes généraux gouvernant l'interprétation des manifestations de volonté (cf. consid. 2.4.1). Il conviendra d'examiner, ensuite, si la méthode retenue par les cocontractantes a été correctement appliquée ou non in casu (cf. consid. 2.4.2). Dans la négative, il s'imposera de vérifier, encore, si la recourante pouvait s'en plaindre devant le Tribunal arbitral sans commettre un abus de droit (cf. consid. 2.4.3). Si tel devait être le cas, il y aura lieu de rechercher, enfin, la sanction adéquate qu'appelle, en l'espèce, le non-respect du préalable obligatoire à la mise en oeuvre de l'arbitrage (cf. consid. 2.4.4).

2.4.1

2.4.1.1 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 (ATF 140 III 134 consid. 3.2; ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302 et les arrêts cités).

2.4.1.2 En l'espèce, le Tribunal arbitral s'est attaché, pour l'essentiel, à démontrer le caractère obligatoire du mécanisme préalable à l'arbitrage prévu à l'art. 34.2 des contrats d'association. Il ne semble pas s'être interrogé plus avant sur le choix, fait par les parties dans cette clause, de la méthode alternative susceptible de favoriser le règlement de leurs futurs différends éventuels. Sans vouloir apparemment remettre en cause ce caractère-là, l'intimée propose une interprétation de la clause en question par laquelle elle cherche à dissocier l'expression "tentative de conciliation", qui y figure, de la référence au Règlement ADR, qui la suit. Cette disjonction intellectuelle lui permet de soutenir que le respect des modalités prévues par la CCI pour le processus de conciliation n'était pas déterminant dans le cas concret et que seul était décisif le sens à attribuer à ladite expression. Et l'intéressée d'opposer la tentative de conciliation à la conciliation pour en déduire qu'il suffisait, en l'occurrence, que la conciliation fût tentée de bonne foi, sans égard au sort qui lui serait réservé et, surtout, à la procédure qui lui serait appliquée. Semblable raisonnement, qui résulte d'une dichotomie artificielle des termes utilisés par les cocontractantes dans la clause litigieuse, relève du sophisme. Cela n'a pas échappé à la recourante qui en conteste à juste titre le bien-fondé dans sa réplique, sans violer d'ailleurs l'interdiction de compléter son recours dans une telle écriture (arrêt 4A_520/2015 du 16 décembre 2015 consid. 3.3.1) contrairement au reproche que lui fait l'intimée dans sa duplique. Il va, en effet, de soi que, si on l'interprète objectivement selon les règles de la bonne foi, le membre de phrase suivant: "fera dans un premier temps l'objet

d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR..." manifeste clairement la volonté des parties, ainsi que le souligne également le Tribunal arbitral, d'enfermer la tentative de conciliation dans un cadre institutionnel structuré et une procédure qui couvre toutes les étapes du processus, depuis le dépôt de la demande jusqu'au terme de l'ADR. Le second paragraphe de l'art. 34.2 des contrats d'association, qui subordonne le recours à l'arbitrage à la condition que le différend n'ait pas été "résolu par voie de conciliation", confirme indirectement cette interprétation basée sur le principe de la confiance. D'autre part, il est assez vain de vouloir opposer les notions de tentative de conciliation et de conciliation proprement dite, à l'instar de l'intimée. Il faut, en effet, donner raison au Tribunal arbitral quand il explique que la notion de tentative est, dans une certaine mesure, inhérente à celle de conciliation, car le résultat d'une conciliation est toujours incertain. Autrement dit, les deux notions sont peu ou prou interchangeables, tant il est vrai qu'il ne viendrait à personne l'idée saugrenue de subordonner le droit des parties d'ouvrir action devant un tribunal étatique ou arbitral au fait que la tentative de conciliation ait abouti et se soit transformée en une véritable conciliation puisqu'il n'y aurait plus alors de différend à soumettre à ce tribunal. C'est le lieu d'observer, entre parenthèses, que l'art. 197 du Code de procédure civile suisse (CPC; RS 272), qui introduit les dispositions régissant la conciliation obligatoire en la matière, parle lui-même d'une "tentative de conciliation" devant précéder la procédure au fond. On relèvera, enfin, que la thèse soutenue par l'intimée, poussée dans ses extrémités, permettrait à une partie demanderesse

d'introduire action devant un tribunal arbitral le lendemain de la saisine du Centre ADR, quand bien même elle aurait la ferme intention de ne participer d'aucune manière au processus de conciliation, sous prétexte que la seule mise en branle de ce dernier constituerait déjà une tentative de conciliation. La procédure ad hoc prévue par le Règlement ADR, dont le Tribunal arbitral lui-même met en évidence le caractère obligatoire, deviendrait ainsi lettre morte. Ce n'est certes pas le résultat que les parties ont envisagé lorsqu'elles ont inséré l'art. 34.2 dans leurs contrats d'association, ni celui auquel eût pu s'attendre objectivement un tiers de bonne foi placé dans la même situation qu'elles. Force est, dès lors, d'interpréter cette clause en ce sens que les cocontractantes ont subordonné la validité du recours à l'arbitrage de la CNUDCI à l'obligation d'effectuer, au préalable, une tentative de

conciliation conforme en tous points au processus établi par le Règlement ADR.

2.4.2 Sur le vu des considérations qui précèdent, il n'est pas possible d'admettre que l'intimée a respecté le préalable obligatoire de conciliation avant d'introduire sa demande d'arbitrage, quoi qu'en disent l'intéressée et les arbitres. C'est ce qui ressort du libre examen - effectué par la Cour de céans sur la base des faits retenus par le Tribunal arbitral - des arguments de droit développés dans la sentence, la réponse et la duplique. Peu importe, dès lors, que la recourante affirme incidemment que le Tribunal arbitral a "constaté de manière arbitraire que la conciliation a eu lieu". L'intention des parties, telle qu'elle a été déduite plus haut de l'interprétation objective de l'art. 34.2 des contrats d'association, était, d'une part, d'ériger la tentative de conciliation en préalable obligatoire à une éventuelle procédure d'arbitrage subséquente et, d'autre part, d'enfermer cette démarche dans le cadre institutionnel structuré que leur offrait le Règlement ADR établi par la CCI. La logique voulait donc que les parties, qui s'étaient engagées à respecter ce règlement, s'y conformassent avant de soumettre leur cause à l'arbitrage, autrement dit qu'elles attendissent pour ce faire d'avoir parcouru toutes les étapes du processus de conciliation imposées par le Règlement ADR. Or, tel ne fut pas le cas. Comme on l'a déjà noté, en vertu de l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, les parties ne peuvent pas se retirer de la procédure de conciliation avant d'avoir discuté avec le Tiers de la manière dont la médiation sera conduite (cf. consid. 2.3.2). A cet égard, le Tribunal arbitral a sans doute raison lorsqu'il observe que les parties et le médiateur, s'ils ont une obligation de s'entretenir au sujet du processus ADR spécifique à suivre, ne sont toutefois pas tenus de parvenir à un accord sur ce point. Encore faut-il que cet entretien ou cette discussion ait eu lieu. Selon le Guide ADR (ad art. 5 du Règlement ADR, brochure p. 26), "[a]lors qu'il est normalement préférable que cette discussion ait lieu par la voie d'une rencontre entre les parties et le Tiers, elle peut également l'être sous la forme d'une conférence téléphonique, d'une vidéoconférence ou toute autre forme adéquate ". Tirant argument de ce dernier membre de phrase souligné par lui, le Tribunal arbitral affirme, sur le vu de cet extrait reproduit dans sa sentence, que la discussion requise peut donc, comme dans le cas présent, prendre la forme de plusieurs échanges de courriers et courriels

ainsi que d'entretiens téléphoniques entre les parties et la conciliatrice. Pareille affirmation est par trop absolue. Hormis le fait que le Guide ADR n'a pas force de loi, l'expression "toute autre forme adéquate" doit être replacée dans le contexte de la phrase dont elle a été tirée. Or, cette phrase laisse entendre qu'une réunion physique entre le médiateur et les parties constitue la solution la plus adéquate, mais que, par exception à la règle, une telle réunion peut être remplacée par une conférence téléphonique, une vidéoconférence ou tout autre moyen adéquat. La notion de conférence (visuelle ou téléphonique) donne à penser que, si, pour l'entretien en

question, l'unité de lieu est souhaitable, la forme susceptible de remplacer la réunion physique des protagonistes doit au moins pourvoir au respect de l'unité de temps, c'est-à-dire permettre une véritable discussion en direct entre ceux-ci, ce qui suppose que les parties et le médiateur puissent débattre et échanger simultanément en dépit de leur éloignement physique. En effet, l'idée est que le Tiers, en sa qualité de spécialiste des méthodes alternatives de règlement des litiges, puisse éclairer les parties et exercer son pouvoir de persuasion à leur égard de manière à ce qu'elles trouvent, avec son aide, un terrain d'entente quant à la formule à utiliser pour tenter de régler le litige à l'amiable ou, si elles en sont déjà convenues, quant aux modalités du processus ADR spécifique à suivre. Considérée dans cette optique, l'expression "toute autre forme adéquate" ne viserait que les autres moyens de communication modernes, actuels ou futurs, autorisant les parties et le médiateur à échanger leurs vues en direct, tels les différents outils informatiques en constant développement. Il est vrai, cela étant, qu'à la rigueur de son texte, l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR ne paraît pas imposer à tout prix une discussion simultanée entre les protagonistes, fût-ce par téléphone ou tout autre moyen de communication adéquat. Il n'est donc pas exclu que cette disposition autorise une discussion échelonnée dans le temps, faite d'entretiens séparés entre les parties elles-mêmes, d'un côté, et entre le médiateur et l'une de celles-ci, de l'autre, et ce, quelle que soit la forme de ces entretiens. Toujours est-il que discussion il doit y avoir et que cette discussion doit porter sur la conduite de la procédure ADR, i.e. sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et/ou sur le processus ADR spécifique à suivre. Or, en l'espèce, semblable discussion n'a pas eu lieu, étant précisé, pour abonder dans le sens de l'intimée, qu'elle ne devait pas avoir pour objet la recherche d'une solution sur le fond du litige. Aussi bien, il appert clairement du résumé chronologique des démarches entreprises par les

protagonistes après l'introduction de la demande de conciliation, tel qu'il a été fait plus haut (cf. let. A.c), que ces démarches, exécutées sous la houlette de la conciliatrice fraîchement nommée, ont porté, dans leur quasi-intégralité, sur la recherche d'une date disponible pour la tenue d'une conférence téléphonique devant permettre aux parties et à la conciliatrice de s'entretenir du processus ADR spécifique à suivre. En d'autres termes, toutes ces démarches ne constituaient qu'un préalable à l'entretien prévu par l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, lequel n'a donc jamais eu lieu car elles ont été interrompues avant qu'une date eût été arrêtée à cette fin, lorsque l'intimée a pris l'initiative d'engager une procédure d'arbitrage contre la recourante. C'est du reste ce que la conciliatrice et le Centre ADR ont constaté avec raison dans leurs courriers respectifs adressés aux parties en indiquant à ces dernières que la première réunion au sens de l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR n'avait jamais eu lieu et qu'il fallait assimiler l'initiative prise par l'intimée à un retrait de la demande de conciliation. Au demeurant, le fait que, par lettre du 8 avril 2015, le Centre ADR a constaté que la procédure d'ADR s'achevait conformément à l'art. 6 par. 1 let. f du Règlement ADR, au motif que la part de l'avance de frais afférente à l'intimée n'avait pas été payée, ne change rien à l'affaire de ce point de vue, étant donné que cette partie avait d'ores et déjà manifesté sans ambages qu'elle n'entendait pas poursuivre la procédure de conciliation en cours. On retiendra dès lors, à titre de conclusion intermédiaire et contrairement à l'avis du Tribunal arbitral, qu'il n'y a pas eu, in casu , de tentative de conciliation conforme à l'art. 34.2 des contrats d'association en liaison avec l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR.

2.4.3 Dans son argumentation principale, l'intimée soutient, toutefois, que la recourante invoque de manière abusive le non-respect, par le Tribunal arbitral, du préalable obligatoire de conciliation dont les cocontractantes étaient convenues.

2.4.3.1 En vertu de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Ce principe vaut également dans le domaine de la procédure. Il peut y avoir abus de droit, notamment, lorsque l'exercice d'un droit ne répond à aucun intérêt. En outre, le principe de la bonne foi s'oppose à ce qu'une partie qui constate un prétendu vice de procédure ne le signale pas immédiatement, à un moment où il pourrait encore être le cas échéant corrigé, mais attende l'issue de la procédure pour l'invoquer ultérieurement si celle-ci lui a été

défavorable. Agit, dès lors, de manière abusive la partie qui invoque le non-épuisement du préalable obligatoire de conciliation dans son recours contre la sentence, alors qu'elle ne l'avait pas proposé à l'autre partie avant l'arbitrage (arrêt 4A_18/2007, précité, consid. 4.3.3.1 et les références). Dans l'affaire liquidée par cet arrêt, il n'y avait déjà plus guère d'espoir de concilier les parties, même avec l'intervention d'un tiers, au moment où la procédure arbitrale avait été introduite. En outre et surtout, la recourante avait préféré participer à l'arbitrage, tout en se ménageant la possibilité d'invoquer ultérieurement le moyen pris du défaut de conciliation préalable, ce qu'elle avait fait en formant un recours en matière civile fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP contre la sentence finale rendue plus d'une année après le dépôt de la requête d'arbitrage. Aussi, comme elle soutenait devant lui qu'elle avait eu, à l'époque, la ferme intention de régler le différend à l'amiable, le Tribunal fédéral lui a-t-il répondu que, si telle avait bien été son intention, il eût fallu la traduire dans les faits, ce qu'elle aurait pu faire en prenant les devants et en mettant en oeuvre la procédure de médiation tout en invitant le Tribunal arbitral à suspendre temporairement la procédure conduite par lui. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral a indiqué qu'il aurait écarté le grief d'incompétence pour cause d'abus de droit, si, contrairement à ce qu'il avait retenu au préalable, la procédure de conciliation/médiation réservée dans le contrat liant les parties avait revêtu un caractère obligatoire (arrêt cité, consid. 4.3.3.2).

2.4.3.2 Cette jurisprudence n'est pas incontestée. Ainsi, deux auteurs considèrent qu'il serait inapproprié d'ériger en règle générale que la simple inaction du défendeur suffit à remédier à la violation par le demandeur d'une clause de conciliation. Pour eux, il convient de s'en tenir au principe selon lequel c'est toujours au demandeur qu'il appartient de démontrer qu'il a invité le défendeur à procéder à la conciliation, si bien que ce dernier devrait normalement être autorisé à soulever l'exception d'incompétence ratione temporis devant le tribunal arbitral, pour autant qu'il le fasse avant toute défense au fond (BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3 e éd. 2015, n. 583). Point n'est besoin d'examiner plus avant la pertinence de cette opinion doctrinale. En effet, quoi qu'en dise l'intimée, il n'y a aucune commune mesure entre les circonstances de la présente cause et celles de l'affaire qui a donné lieu au prononcé de l'arrêt susmentionné. Outre le caractère obligatoire du

préalable de conciliation, la cause pendante se singularise, de fait, par les éléments relevés ci-après. L'intimée, qui entendait assigner la recourante devant un tribunal arbitral, a logiquement pris l'initiative de mettre en oeuvre la procédure de conciliation. La recourante a participé activement à la première phase de cette procédure en répondant aux demandes formulées d'abord par le Centre ADR, puis par la conciliatrice, en vue de l'organisation du premier entretien, au sens de l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, qui devait prendre la forme d'une conférence téléphonique, voire d'une réunion physique de tous les intéressés à Paris. Puis, contre toute attente, alors que les parties avaient été relancées par la conciliatrice pour aller de l'avant, l'intimée a introduit une procédure d'arbitrage - ce dont la recourante s'est immédiatement plainte -, démarche que la conciliatrice et le Centre ADR ont assimilée à un retrait de la demande de conciliation. Une fois la procédure arbitrale engagée, la recourante a aussitôt manifesté l'intention de soulever l'exception d'incompétence ratione temporis du Tribunal arbitral, ce qu'elle a fait en temps utile, ensuite de quoi les arbitres ont accepté de trancher la question à titre préliminaire et l'ont fait en rendant la sentence incidente présentement attaquée par elle. On peine à discerner, au regard de ces éléments de fait, en quoi le comportement adopté par la recourante, tant dans la

procédure de conciliation que dans la procédure arbitrale subséquente, pourrait être qualifié d'obstructionniste, pour reprendre l'adjectif utilisé par l'intimée, ni, partant, pour quelle raison le fait d'entreprendre la sentence ayant rejeté l'exception d'incompétence constituerait un abus de droit dans le cas concret. Du reste, les arguments avancés par l'intimée à l'appui de la thèse inverse ne sont pas propres à emporter la conviction de la Cour de céans.
Selon cette partie, la recourante se serait d'abord opposée à la procédure de conciliation initiée par l'intimée au motif que les dirigeants des parties ne s'étaient pas réunis comme l'exigeait prétendument l'art. 34.2 des contrats d'association. Or, rien de tel ne ressort du paragraphe 12 de la sentence auquel l'intimée se réfère. Il en appert seulement que, dans une lettre du 30 septembre 2014 adressée au directeur central de l'intimée, le président de la recourante s'est étonné que l'intimée ait entrepris la démarche formelle que constituait le dépôt de la demande de conciliation auprès du Centre ADR, alors qu'elle n'avait jamais pris l'initiative de tenter de réunir les parties pour leur permettre de s'entretenir directement de leurs problèmes

sans a priori et sans l'intervention d'un tiers, dans un esprit de loyauté et de bonne foi. Ce à quoi l'intimée a répondu, par courrier du 16 octobre 2014, que la conciliation initiée sous l'égide de la CCI fournirait également aux parties l'occasion de discuter des actions à entreprendre. Il y a là de quoi relativiser, à tout le moins, la prétendue opposition de la recourante à la procédure de conciliation. L'intimée reproche, en outre, à la recourante d'avoir refusé que ses représentants légaux à elle, l'intimée, participent à la conférence téléphonique du 17 décembre 2014 et d'avoir, de ce fait, imposé le report de la réunion, alors qu'elle, la recourante, avait indiqué auparavant à la conciliatrice qu'il était inconcevable qu'une tentative de conciliation se déroulât sans la participation active des dirigeants des deux parties. Force est, toutefois, de constater que l'intimée, derechef, sort le fait imputé à la recourante de son contexte pour lui donner une importance qu'il n'a pas. En réalité, comme on peut s'en convaincre à la lecture du résumé des circonstances pertinentes (cf. let. A.c, 4 e § ci-dessus), tout porte à croire que la recourante a été prise au dépourvu par la proposition que le conseil de l'intimée lui avait faite in extremis d'utiliser son propre service téléphonique pour permettre la participation des représentants de sa mandante à la conférence devant commencer dix minutes plus tard, alors qu'elle même, la recourante, n'avait pas fait venir les siens, estimant, à tort ou à raison, que seuls les avocats des parties devaient participer à la conférence téléphonique lors de laquelle il ne devait être question que du processus ADR spécifique à suivre. Quant au souhait, exprimé antérieurement par la recourante, de voir les dirigeants des deux parties s'impliquer activement dans la procédure de conciliation, l'intimée y décèle à tort une incompatibilité avec le comportement adopté par la recourante lors de la préparation de la conférence téléphonique, car ce souhait, exprimé en réponse à des questions d'ordre général posées aux parties par la conciliatrice, se rapportait, de toute évidence, non pas à ladite conférence, dont le but était d'organiser la procédure de conciliation, mais à la conciliation elle-même que la conciliatrice serait amenée à tenter, une fois les problèmes de procédure résolus. Au demeurant, la recourante avait immédiatement proposé à la conciliatrice de s'en tenir à la configuration qu'elle estimait être celle qui avait été initialement prévue ou d'organiser ultérieurement une réunion physique de tous les protagonistes à Paris. Il va de soi qu'une telle proposition ne s'apparentait guère à de l'obstruction, malgré qu'en ait l'intimée.

Cette dernière fait encore grief à la recourante d'être restée totalement passive après le report de la conférence téléphonique, alors qu'un comportement proactif eût été de mise. Formuler pareil grief, c'est inverser les rôles. L'intimée oublie, ce faisant, que c'est elle, et non l'adverse partie, qui avait déposé la demande de conciliation-

tion et que c'était donc à elle, au premier chef, de faire le nécessaire pour que la procédure ad hoc allât de l'avant. L'intimée soutient également en pure perte, sur la base d'allégations de fait ne trouvant aucun écho dans les constatations du Tribunal arbitral, que la recourante aurait continué à bloquer le projet tout au long de la procédure de conciliation, démontrant ainsi son absence de réelle volonté de trouver une solution amiable au différend opposant les parties. Quant aux critiques formulées par l'intimée au sujet de l'attitude adoptée par la recourante après l'introduction de la procédure d'arbitrage, elles tombent également à faux. Ainsi en va-t-il du reproche fait à la recourante de ne pas avoir cherché à soumettre à la conciliation les demandes reconventionnelles qu'elle avait manifesté l'intention de former dans la procédure arbitrale. En effet, comme l'intéressée le souligne avec raison, si la demande de conciliation n'avait pas été retirée par l'intimée, les demandes reconventionnelles auraient naturellement été abordées dans le cadre de la procédure de conciliation puisqu'elles ne constituaient que l'un des éléments du différend opposant les parties. Il est tout aussi vain de vouloir reprocher à la recourante de ne pas avoir mis en oeuvre une nouvelle procédure de conciliation alors qu'elle avait soulevé d'emblée l'exception d'incompétence ratione temporis du Tribunal arbitral, que celui-ci avait décidé de traiter cette question à titre préliminaire et qu'il avait rendu sa sentence incidente quelque trois mois seulement après avoir pris cette décision. Enfin, affirmer, à l'instar de l'intimée, que le ton des mémoires sur la compétence présentés par la recourante était pour le moins virulent et ne procédait nullement d'une approche conciliatrice, sans plus ample démonstration, n'est pas un argument qui puisse être retenu. Pour le surplus, l'intimée ne saurait être suivie lorsqu'elle prétend que, dans les circonstances actuelles, les chances de succès d'une nouvelle conciliation apparaissent encore plus improbables qu'à l'époque où la demande ad hoc a été déposée. Hormis le fait que son adverse partie soutient le contraire, semblable argument relève de la pétition

de principe. Aussi bien, s'il suffisait de l'avancer pour exclure tout contrôle a posteriori du respect du préalable obligatoire de conciliation, cela reviendrait à faire fi du principe pacta sunt servanda (cf. PATOCCHI/FAVRE-BULLE, RSDIE 2012 p. 554) et à permettre à une partie de se délier de l'engagement souscrit par elle à cet égard sur la foi d'une simple assertion de sa part quant à l'inutilité d'un tel préalable, lequel n'aurait dès lors plus d'obligatoire que le nom. C'est d'ailleurs le lieu de rappeler que, pour le Tribunal arbitral, la procédure de conciliation entre les parties n'était pas vouée à l'échec. Sur un plan plus général, on aurait tort, au demeurant, de sous-estimer le rôle dévolu à un médiateur dans la liquidation d'un différend et l'influence bénéfique que peut avoir sur des parties en conflit la force de persuasion d'une personne rompue à l'emploi des méthodes alternatives de règlement des litiges. Comme le notent, au surplus, deux commentateurs, il est difficile de soutenir qu'une médiation aurait échoué du seul fait qu'un arbitrage est en cours, car l'expérience et la statistique montrent que lorsqu'une médiation a effectivement lieu en cours de procédure arbitrale, elle a de fortes chances d'aboutir (TSCHANZ/FELLRATH GAZZINI, Revue de l'arbitrage 2008 p. 768). Cela étant, la recourante n'abuse pas de son droit en reprochant au Tribunal arbitral d'avoir admis à tort que la procédure de conciliation obligatoire a été respectée en l'espèce.

2.4.4

2.4.4.1 Comme le Tribunal fédéral le relevait déjà dans son premier arrêt en la matière, la manière de sanctionner la violation d'une convention de médiation imposant aux parties de ne pas procéder devant un tribunal arbitral sans avoir recouru préalablement à ce mode alternatif de résolution des litiges est une question fort controversée, qui peut être formulée en ces termes: celui qui viole une convention de médiation ne s'expose-t-il qu'à l'obligation de payer d'éventuels dommages-intérêts à son adverse partie ou court-il le risque que sa demande soit déclarée irrecevable, voire rejetée (en l'état) par l'arbitre? (arrêt 4A_18/2007, précité, consid. 4.3.1). Dans son deuxième arrêt traitant du même problème, le Tribunal fédéral a rappelé, à titre liminaire, que l'examen par lui sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP du grief tiré de la violation d'un mécanisme contrac-

tuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage ne signifiait 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

BGE 142 III 296 S. 315

convenue par les parties. Soulignant derechef le caractère fort controversé de la question, il a avancé, comme l'une des explications à cette absence de consensus, le fait que les diverses solutions proposées pour sanctionner semblable violation émanaient de tribunaux ou d'auteurs provenant d'horizons juridiques différents et ne donnant pas tous la même signification aux notions de base qui entrent en ligne de compte dans ce contexte (compétence de jugement, recevabilité de la demande, exception de procédure, fin de non-recevoir, etc.). D'ailleurs, a-t-il encore noté, la formulation même de la question litigieuse, telle qu'elle a été faite dans l'arrêt précité, peut déjà prêter à discussion car elle semble vouloir opposer de manière irréductible la sanction matérielle (dommages-intérêts à payer à l'adverse partie) et la sanction procédurale (irrecevabilité ou rejet, en l'état, de la demande). Or, il n'est pas certain que les deux types de sanction ne puissent se combiner. Cela étant, a-t-il ajouté, il n'est guère possible d'affirmer qu'il existerait une tendance marquée à sanctionner la violation d'un mécanisme obligatoire préalable à l'arbitrage par une décision d'irrecevabilité ratione temporis de la demande au fond. Il semblerait plutôt qu'un courant doctrinal majoritaire se dessine, du moins en Suisse, en faveur de la suspension de la procédure arbitrale et de la fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer cette omission (arrêt 4A_46/2011 du 16 mai 2011 consid. 3.4 citant POUDRET/BESSON, Comparative law of international arbitration, 2 e éd. 2007, n. 13 in fine; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, 2 e éd. 2010, n. 32a; CHRISTOPHER BOOG, How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses, Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage [Bulletin ASA]2008 p. 103 ss, spéc. 109). Cependant, dans l'un et l'autre cas, le Tribunal fédéral a pu laisser ouverte la question examinée ici: dans le premier, parce que la clause litigieuse n'instituait pas un mécanisme de conciliation obligatoire;dans le second, parce que ce mécanisme-là n'avait pas été violé, comme dans l'affaire jugée ultérieurement (arrêt 4A_124/2014, précité, consid. 3.5), et que, même dans le cas contraire, la partie qui se fût prévalue de la prétendue violation, eût commis un abus de droit. En revanche, la Cour de céans ne saurait faire l'économie de l'examen de cette question en l'espèce, puisqu'elle a conclu à la violation du préalable obligatoire de conciliation et à la bonne foi de la partie ayant dénoncé cette violation. Le principe selon lequel la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage doit être

BGE 142 III 296 S. 316

sanctionnée a déjà été posé dans les trois arrêts susmentionnés et peut donc être tenu pour acquis (contra : TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, n. 76-79, qui exclut à tort toute sanction, tant matérielle que procédurale). Tel n'est pas le cas de la manière de sanctionner semblable violation (sur les différentes sanctions envisageables, cf. parmi d'autres: BAIZEAU/LOONG, Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses, in Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide, Arroyo [éd.], n. 46-50). Il sied d'ailleurs de rappeler, dans ce contexte, la remarque, toujours d'actualité, faite au consid. 3.4 in fine de l'arrêt 4A_46/2011, précité, d'après laquelle on peut raisonnablement douter que la question controversée puisse recevoir une réponse adaptée à tous les cas de figure envisageables. Cela étant, sanctionner par des dommages-intérêts la partie qui refuse de se soumettre à l'obligation de recourir à un préalable obligatoire à l'arbitrage ou de poursuivre jusqu'au bout la procédure spécifique en cours visant à favoriser un règlement du différend à l'amiable n'est pas une solution satisfaisante. Premièrement, cette sanction viendra trop tard, vidant de tout son sens l'obligation de recourir à

la médiation avant d'introduire une procédure d'arbitrage. Secondement, il sera difficile, sinon impossible, à la partie victime de la violation de la clause de médiation de justifier le montant du dommage subi. Il ne devrait certes pas être facile de prouver que le fait de ne pas avoir mené le processus de médiation à son terme est constitutif d'un dommage, puisque l'un des principes de la médiation est qu'il n'y a aucune obligation d'aboutir à un accord. C'est pourquoi les seules sanctions potentiellement efficaces - déclarer la demande irrecevable, la rejeter en l'état ou suspendre la cause arbitrale jusqu'à ce que le processus de médiation ait été mené à terme - sont de nature procédurale, et non pas contractuelle (DOMINIQUE BROWN-BERSET, La médiation commerciale: le géant s'éveille, RDS 121/2002 II p. 319 ss, 368 s.; SAMUEL MONBARON, La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France, RSPC 2008 p. 425 ss, 433). Déclarer la demande irrecevable, voire la rejeter en l'état, et clore la procédure arbitrale n'est sans doute pas la solution la plus appropriée pour diverses raisons: d'abord et surtout, la clôture de la procédure met un terme à la mission des arbitres, si bien que le tribunal arbitral devra être reconstitué au cas où la procédure préalable de conciliation, qui devra être mise en oeuvre ou poursuivie, n'aboutirait pas à la conclusion d'un accord; ensuite, la question pourrait se poser, dans

cette hypothèse, de savoir si les arbitres désignés initialement par les parties sont toujours éligibles pour connaître du différend opposant celles-ci; en outre, le fait de mettre un terme au procès originaire occasionnera un rallongement de la procédure et un surcroît de coûts au détriment potentiel des deux parties; enfin, comme le dépôt d'une requête de médiation n'est pas propre à interrompre un délai de prescription, à supposer qu'une demande au fond, déposée à l'extrême fin de ce délai, soit déclarée irrecevable par le Tribunal arbitral pour cause de non-respect du préalable obligatoire de médiation, il se pourrait que la partie demanderesse, tenue de réparer cette omission, n'ait pas le temps de terminer la procédure préalable avant l'expiration du délai dont elle dispose pour réintroduire sa demande devant un tribunal étatique ou arbitral - un mois après la déclaration d'irrecevabilité, si la demande doit être réintroduite en Suisse (art. 63 al. 1 et 2 CPC) - et que, faute d'une disposition comparable à l'art. 372 al. 1 let. b in fine CPC faisant partir la litispendance dès le moment où une partie engage la procédure de conciliation préalable convenue, elle voie sa demande écartée définitivement comme étant prescrite, sauf à avoir pris la précaution de la réintroduire au moment d'engager ou de poursuivre la procédure de médiation et d'en requérir la suspension jusqu'à l'achèvement de cette procédure-ci (cf. BOOG, op. cit., p. 109). Force est, dès lors, d'admettre que la solution préférable est la suspension de l'arbitrage conjuguée avec la fixation d'un délai qui permettra aux parties de procéder à la conciliation, si la partie demanderesse avait introduit la procédure arbitrale sans respecter ce préalable, ou de reprendre et terminer une procédure de conciliation valablement engagée mais à laquelle il avait été mis fin indûment. Telle est aussi, on l'a vu, l'opinion majoritaire au sein de la doctrine (en plus des références précitées, voir également: BERGER/KELLERHALS, op. cit., n. 584; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 2015, n. 5.23; BROWN-BERSET, op. cit., p. 373; GEISINGER/VOSER, International Arbitration in Switzerland, 2 e éd. 2013, p. 327 i.l.; MARCO STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n. 264). Il va de soi que la suspension devra être requise in limine litis (BROWN-BERSET, ibid.). Au demeurant, le tribunal arbitral, en l'ordonnant, devra indiquer à quelles conditions la procédure pendante devant lui sera reprise et fixer aux parties un délai dans lequel le processus de conciliation devra être achevé, sauf circonstances exceptionnelles,

sous peine de voir une partie récalcitrante priver sans aucune justification son adversaire de son droit d'obtenir une sentence arbitrale sur le fond dans un délai raisonnable en faisant durer le plus longtemps possible la procédure de conciliation (BOOG, ibid.).

2.4.4.2 Dans la cause en litige, l'intimée a engagé sans droit la procédure d'arbitrage contre la recourante alors que la procédure de conciliation de la CCI était toujours pendante. En se réservant d'emblée le droit de soulever une exception d'incompétence de ce chef, la recourante a néanmoins participé à la constitution du Tribunal arbitral. Celui-ci, désormais opérationnel, a rendu la décision présentement attaquée sans que la régularité de sa composition ait été remise en cause dans le recours en matière civile soumis à l'examen du Tribunal fédéral. Le principe de l'économie de la procédure s'oppose, dès lors, à ce que la violation, par l'intimée, du préalable obligatoire à l'arbitrage soit sanctionnée, en l'espèce, par une décision d'irrecevabilité pour cause d'incompétence ratione temporis du Tribunal arbitral, étant donné qu'une telle décision mettrait fin à la litispendance et contraindrait les parties à répéter le processus de désignation des arbitres appelés à statuer sur le fond du différend les opposant. Par conséquent, la suspension de la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation est la solution qu'il convient d'adopter ici et qu'il est du reste possible d'adopter comme on l'a déjà indiqué. Pour le surplus, l'arbitrage étant une forme de justice privée à l'égard de laquelle l'intervention de l'Etat ne vise qu'à encadrer la mise en oeuvre de l'autonomie des parties, le rôle du tribunal étatique chargé de veiller au bon fonctionnement de cette justice-là consiste à laisser celle-ci aller son cours dans toute la mesure du possible. De ce point de vue, il paraît plus expédient d'abandonner au Tribunal arbitral, qui a la maîtrise de la procédure arbitrale pendante et une meilleure connaissance que quiconque de tous les tenants et aboutissants de l'affaire soumise à son examen, le soin d'arrêter les modalités de la suspension, puis de la reprise de la procédure arbitrale et, singulièrement, celui de fixer une limite temporelle convenable à cette suspension. Il pourra, par exemple, s'inspirer, à cette fin, des prescriptions figurant dans les clauses ADR proposées par la CCI (cf. brochure p. 5 s. et les "Clauses de médiation" publiées sur le site internet de la CCI). Sous n. 167 de sa sentence, le Tribunal arbitral, formulant le dispositif de sa décision:

- retient sa compétence pour connaître du litige entre les Parties et rejette l'exception d'incompétence soulevée par la Défenderesse; - déclare la demande de la Demanderesse recevable; et
- conclut que la question des frais et honoraires relatifs à la présente sentence sur la compétence sera déterminée à l'occasion de la sentence sur le fond du litige." A considérer sa seule teneur, ce dispositif pourrait correspondre à la réalité puisqu'aussi bien tant la compétence du Tribunal arbitral que la recevabilité de la demande formée par l'intimée sont acquises. Cependant, si on le rapproche des considérants de la sentence attaquée, il apparaît clairement que ces deux points n'ont été traités qu'en relation avec "la question de la satisfaction de la procédure de conciliation", pour reprendre le titre du consid. 5.3 de la sentence, et qu'ils l'ont été erronément pour les motifs sus-indiqués. Par conséquent, il se justifie d'annuler formellement les deux premiers chefs de ce dispositif. Quant au troisième chef, il y a lieu de l'annuler également. En effet, au cas où la procédure de conciliation à poursuivre déboucherait sur la conclusion d'un accord entre les parties, il n'y aurait plus de sentence à rendre sur le fond du litige et la question du sort des frais de la procédure d'arbitrage devrait être réglée spécifiquement d'entente entre les litigants ou, sinon, au moyen d'une décision ad hoc du Tribunal arbitral. Dans le cas contraire, le Tribunal arbitral devra décider s'il entend régler par une telle décision le sort des frais relatifs à sa sentence sur compétence du 13 octobre 2015 ou, comme il l'a déjà fait dans cette sentence, ne traiter cette question qu'avec sa sentence sur le fond. (...)