

## **BGer 4A\_394/2017 vom 19. Dezember 2018**

Bundesgericht, 2018-12-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_394\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_394_2017)

FR: TF 4A\_394/2017 du 19 décembre 2018

IT: TF 4A\_394/2017 del 19 dicembre 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le différend qui a donné lieu au prononcé de la sentence entreprise oppose une société de droit espagnol et deux États souverains, la République française et le Royaume d'Espagne. Aucune des parties n'avait donc son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Quant au siège de l'arbitrage, il se trouve en Suisse, les parties l'ayant déplacé d'un commun accord de Bruxelles, ville mentionnée dans la clause compromissoire du contrat de concession, à Genève. Dès lors, en vertu de l' art. 176 al. 1 LDIP , l'arbitrage en cause est régi par les dispositions du chapitre 12 de la LDIP (art. 176 à 194).

#### **E. 2**

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable aux conditions prévues aux art. 190 à 192 LDIP conformément à l'art. 77 al. 1 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110).

#### **E. 2.1**

En dépit de sa dénomination (

sentence partielle ), la sentence attaquée ne porte pas sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ni sur l'une des diverses prétentions en cause et elle ne met pas davantage fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts. Il s'agit d'une décision incidente qui, sans clore pour autant la procédure d'arbitrage pendante, règle des questions préalables de procédure, telles que la compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur le désistement de la demanderesse ou la validité de cet acte de procédure unilatéral posé par l'intéressée. Selon l' art. 190 al. 3 LDIP , cette décision incidente peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral pour les motifs prévus à l' art. 190 al. 2 let. a et b LDIP ( ATF 143 III 462 consid. 2.2; 130 III 66 consid. 4.3 p. 75). De surcroît, la I re Cour de droit civil a indiqué, dans deux arrêts rendus en 2014, que les griefs visés à l' art. 190 al. 2 let. c à e LDIP peuvent aussi être soulevés contre les décisions incidentes au sens de l' art. 190 al. 3 LDIP , mais uniquement dans la mesure où ils se limitent strictement aux points concernant directement la compétence ou la composition du tribunal arbitral ( ATF 140 III 477 consid. 3.1, 520 consid. 2.2.3 auxquels se réfère l' ATF 143 III 462 , précité, consid. 2.2 p. 465).

Il y a contestation, en l'espèce, sur le point de savoir si la recourante peut ou non se prévaloir de cette précision jurisprudentielle relativement au second grief formulé par elle sur la base de l' art. 190 al. 2 let. c LDIP. La question sera traitée lors de l'examen ultérieur dudit grief.

#### **E. 2.2**

Le recours en matière civile prévu à l' art. 77 al. 1 LTF n'a généralement qu'un caractère cassatoire (cf. l' art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l' art. 107 al. 2 LTF dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire). Cependant, exception est faite à ce caractère-là lorsque le litige porte, comme en l'espèce, sur la compétence du Tribunal arbitral. En pareille hypothèse, le Tribunal fédéral, s'il admet le recours, peut constater lui-même la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral ( ATF 136 III 605 consid. 3.3.4 p. 616).

La conclusion n° 4 du mémoire de recours par laquelle la Cour de céans est invitée à constater elle-même l'incompétence du Tribunal arbitral "pour juger de l'admissibilité et des effets du retrait des demandes ainsi que du fond des demandes retirées" est, dès lors, recevable.

### **E. 2.3**

Pour qu'un grief admissible et dûment invoqué dans le recours en matière civile soit recevable, encore faut-il qu'il soit motivé, ainsi que le prescrit l' art. 77 al. 3 LTF . Cette disposition correspond à ce que prévoit l' art. 106 al. 2 LTF pour le grief tiré de la violation de droits fondamentaux ou de dispositions de droit cantonal et intercantonal. A l'instar de cet article, elle institue le principe d'allégation (

Rügeprinzip ) et exclut, par là même, la recevabilité des critiques appellatoires. De plus, le recourant ne peut se servir de la réplique ni pour invoquer des moyens, de fait ou de droit, qu'il n'avait pas présentés en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de recours non prolongeable ( art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l' art. 47 al. 1 LTF ), ni pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante (arrêt 4A\_322/2015 du 27 juin 2016 consid. 2.2.3).

### **E. 2.4**

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 ). Aussi bien, sa mission, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste-t-elle pas à statuer avec une pleine cognition, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non. Permettre aux parties d'alléguer d'autres faits que ceux qui ont été constatés par le tribunal arbitral, en dehors des cas exceptionnels réservés par la jurisprudence, ne serait plus compatible avec une telle mission, ces faits fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant au dossier de l'arbitrage. Cependant, 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 qu'il faille exceptionnellement prendre en considération des faits ou des moyens de preuve nouveaux dans le cadre de la procédure du recours en matière civile ( ATF 138 III 29 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

### **E. 2.5**

Sous les réserves ainsi formulées, il y a lieu d'entrer en matière sur le présent recours en matière civile que son auteur avait qualité pour déposer ( art. 76 al. 1 LTF ), qui satisfait aux exigences formelles fixées à l' art. 42 LTF et qui a été adressé au Tribunal fédéral en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ), compte tenu de la suspension du délai de recours pendant les

fériés d'été ( art. 46 al. 1 let. b LTF ).

### **E. 2.6**

Il s'agira, tout d'abord, d'exposer, en substance, les deux moyens soulevés par la recourante à l'encontre de la sentence attaquée. Pour ce faire, la Cour de céans, soucieuse de ne point déformer l'argumentation de l'intéressée, reprendra tel quel le résumé que celle-ci en a fait sous n. 4 à 17 de sa réplique, sauf à préciser qu'elle omettra les chiffres apposés en regard de chacun des paragraphes de ce résumé (cf. consid. 3). Puis elle examinera successivement la recevabilité et le fondement de chacun de ces deux moyens, basés sur l'art. 190 al. 2 let. b (cf. consid. 4) et c (cf. consid. 5) LDIP, en tenant compte des objections soulevées par les deux parties intimées.

### **E. 3**

Le passage précité de la réplique résume comme il suit les arguments développés dans l'acte de recours au soutien des deux griefs invoqués.

"

Dans un premier moyen, la Recourante reproche au Tribunal arbitral d'avoir à tort affirmé sa compétence sur des questions liées à l'admissibilité et aux conséquences du retrait de la demande.

Aux points iv et v du dispositif de la Sentence Attaquée, le Tribunal a décidé qu'il était de son ressort de statuer sur l'admissibilité et sur les effets du retrait des demandes de la recourante, intervenu le 23 janvier 2017. Par ailleurs, au point ii du dispositif de la Sentence Attaquée, le Tribunal arbitral a affirmé qu'il était compétent sur le fond des demandes retirées. En rendant un tel dispositif, le Tribunal arbitral a rendu une décision erronée sur sa compétence.

A toutes fins utiles, la Recourante rappelle également qu'elle n'a à aucun moment accepté la compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur l'admissibilité et les effets de son retrait. Après avoir signifié son retrait le 23 janvier 2017, la Recourante a rappelé dans ses écritures des 16 février 2017, 7 avril 2017 et 21 avril 2017 que le Tribunal arbitral pouvait uniquement prendre acte du retrait de ses demandes en tant que fait et constater qu'il revenait au second tribunal éventuellement saisi d'apprécier les conséquences d'un tel retrait. Par ailleurs, la Recourante s'est limitée à participer aux débats afin de faire valoir son droit d'être entendue sur la question du retrait de ses demandes, à l'exclusion de tout autre sujet.

En tout état de cause, la position de la Recourante est que la compétence que le Tribunal arbitral s'est à tort attribué (sic) ne se fonde sur aucune base contractuelle ou légale.

En ce qui concerne d'abord les dispositions contractuelles de l'Accord de Madrid et du Contrat de concession, en particulier l'art. 10 de l'Accord de Madrid et l'art. 30 du Contrat de concession, ils (sic) sont muets quant à une supposée compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur l'admissibilité du retrait des demandes et de ses conséquences.

En outre, aucune disposition du chapitre 12 de la LDIP et aucune jurisprudence du Tribunal fédéral ne règlent cette question. Ainsi, il sied de rechercher une solution dans la doctrine.

En ce qui concerne la doctrine du droit suisse de l'arbitrage international, elle est en règle générale d'accord sur deux principes: (i) il revient au deuxième tribunal de statuer sur les effets d'un retrait et (ii) il est possible de retirer une demande à tout moment sans perdre le

droit au fond avant que le mémoire en demande n'ait été déposé. De plus, aucun des auteurs n'exige que le demandeur ne démontre l'existence d'un intérêt pour retirer ses demandes et aucune autorisation du tribunal n'est nécessaire préalablement au retrait des demandes.

Bien qu'il n'ait pas vocation à s'appliquer en arbitrage international, le droit suisse de procédure civile corrobore la position de la Recourante. En effet, l'art. 65 CPC, auquel il est fait référence dans la Sentence Attaquée, prévoit que le retrait d'une demande se fait sans perte de droit au fond et que le deuxième tribunal hypothétiquement saisi statue sur les effets du retrait intervenu devant le premier tribunal.

Enfin, la pratique de l'arbitrage international, à la supposer pertinente, appuie également les solutions proposées par la doctrine relative au droit de l'arbitrage et judiciaire suisse.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent pour décider de l'admissibilité et des effets du retrait et, a fortiori, pour statuer sur le fond des demandes pourtant retirées. La seule décision que le Tribunal était amené à prendre consistait à faire le constat du retrait des demandes, de (sic) décider du sort d'éventuels frais de procédure, (sic) attribuer des dépens et de (sic) clore la procédure arbitrale par le biais d'une ordonnance.

Subsidiairement, à supposer que le premier tribunal soit compétent pour se prononcer sur un retrait de demandes et ses conséquences (

quod non), sa compétence n'est donnée qu'une fois que le mémoire en demande ("

Statement of Claim") est notifié au demandeur. Or, dans la procédure ayant mené à la Sentence Attaquée, seule une Requête d'arbitrage de deux pages a été déposée en date du 11 janvier 2016. Partant, le Tribunal arbitral n'était dans tous les cas pas compétent.

Dans un second moyen, la recourante fait grief au Tribunal arbitral d'avoir statué

ultra ou

extra petita. Ce dernier a en effet statué au-delà des conclusions qui lui étaient soumises lorsqu'il a inclus dans l'objet du litige au point iii du dispositif de la Sentence Attaquée les effets de la résiliation de (sic) Contrat de concession, alors qu'aucune des Parties ne l'avait saisi de cette question. Ce faisant, le Tribunal arbitral a décidé d'élargir l'objet du litige pour lequel il se déclarait compétent en y incluant les effets de la résiliation du Contrat de concession et a donc statué

extra ou

ultra petita.

En conclusion, la décision du Tribunal arbitral, par laquelle il impose au demandeur de procéder sur le fond pour des demandes pourtant retirées, a des conséquences pratiques extrêmement sévères pour un demandeur. A suivre sa thèse, un demandeur se verrait dans l'impossibilité de retirer ses demandes, sans le consentement du défendeur, même si ce retrait a lieu très tôt dans la procédure, et même si la procédure arbitrale a été initiée sur la base d'une requête d'arbitrage en la forme sommaire d'une page. Aussi absurde que cela puisse paraître, un demandeur ne pourrait donc jamais retirer ses demandes sans perdre ses droits au fond, bien que la procédure ne se trouve qu'à un stade embryonnaire. Telle est la conséquence de la décision du Tribunal arbitral.

La sévérité de la solution préconisée par le Tribunal arbitral devrait en toute logique avoir un fondement clair, précis et sans équivoque. Or, dans le cas d'espèce, tel n'est

manifestement pas le cas. Ni l'accord entre les Parties, ni le droit suisse, ni la doctrine n'octroient une quelconque compétence au Tribunal arbitral pour rendre une décision aussi inique que lourde de conséquences pour la Recourante. En conséquence, la Sentence Arbitrale doit être annulée. "

#### **E. 4.1**

Saisi du grief d'incompétence, fondé sur l' art. 190 al. 2 let. b LDIP , le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral ( ATF 133 III 139 consid. 5 p. 141 et les arrêts cités).

Le recours pour le motif prévu à l' art. 190 al. 2 let. b LDIP est ouvert lorsque le tribunal arbitral a statué sur des prétentions qu'il n'avait pas la compétence d'examiner, soit qu'il n'existât point (ou plus) de convention d'arbitrage, soit que celle-ci fût restreinte à certaines questions ne comprenant pas les prétentions en cause (

extra potestatem ) ( ATF 116 II 639 consid. 3 in fine p. 642). Un tribunal arbitral n'est en effet compétent, entre autres conditions, que si le litige entre dans les prévisions de la convention d'arbitrage et que lui-même n'excède pas les limites que lui assignent la requête d'arbitrage et, le cas échéant, l'acte de mission (arrêt 4A\_210/2008 du 29 octobre 2008 consid. 3.1 i.f. et l'arrêt cité).

En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit les constatations de fait que dans les limites usuelles, même lorsqu'il statue sur le moyen pris de l'incompétence du Tribunal arbitral ( ATF 142 III 239 consid. 3.1).

#### **E. 4.2**

Avant d'examiner, avec la cognition ainsi délimitée, la recevabilité et les mérites du moyen pris de l'incompétence du Tribunal arbitral, il sied de rappeler, au préalable, la définition des institutions de procédure qui entrent en ligne de compte dans la présente espèce.

##### **E. 4.2.1**

En suivant l'ordre chronologique du déroulement d'un procès civil, on commencera par la litispendance (

Rechtshängigkeit ,

pendenza della causa ; en matière d'arbitrage, la langue allemande utilise aussi l'expression de

Schiedshängigkeit ). Ce terme désigne l'instance qui est pendante à partir d'un certain moment et jusqu'à un certain moment (FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2e éd. 2016, n. 518). Le droit de procédure détermine quel acte du demandeur marque le début de l'instance et quel acte en marque la fin. En procédure civile suisse, l'acte introductif d'instance qui crée la litispendance - dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice (cf. art. 62 al. 1 CPC ) - est fonction du type de procédure entrant en ligne de compte (procédure ordinaire ou procédure sommaire) et de la nécessité ou non d'effectuer une tentative de conciliation. La litispendance cesse en règle générale lorsque le jugement au fond passe en force de chose jugée formelle, mais certains actes unilatéraux ou bilatéraux des parties peuvent y mettre fin à un stade antérieur (HOHL, op. cit., n. 530-539, qui énumère les autres hypothèses de cessation de la litispendance). Dans certaines circonstances, telles que l'incompétence du

tribunal saisi ou le non-respect de la procédure prescrite, l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable en raison de tels vices pourra être réintroduit à certaines conditions et l'instance être réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte ( art. 63 al. 1 et 2 CPC ).

Entre autres effets, la litispendance exclut que la même cause, opposant les mêmes parties, puisse être portée en justice devant une autre autorité ( art. 64 al. 1 let. a CPC ). Encore faut-il, pour que l'exception de litispendance puisse être accueillie, qu'une action soit déjà pendante devant un tribunal compétent ( art. 59 al. 2 let. d CPC; HOHL, op. cit., n. 544 s.). Un autre effet de la litispendance est d'obliger le demandeur à poursuivre le procès (

Fortführungslast ; cf. ATF 141 III 376 consid. 3.3.2 p. 379) après que celui-ci aura atteint un certain stade - la notification de la demande au défendeur en procédure civile suisse -, faute de quoi le demandeur qui retire son action devant le tribunal compétent sans le consentement du défendeur ne pourra pas la réintroduire contre la même partie et sur le même objet ( art. 65 CPC ), ce retrait étant assimilé à un désistement d'action revêtu de l'autorité de la chose jugée (HOHL, op. cit., n. 582).

Le droit suisse de l'arbitrage international contient une disposition spécifique - l' art. 181 LDIP - qui règle en ces termes la question de la litispendance:

"L'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral."

#### **E. 4.2.2**

En principe, seul un jugement au fond définitif jouit de l'autorité de la chose jugée, tandis qu'un jugement de procédure en force ne peut en être revêtu, tout au plus, qu'en rapport avec la condition de recevabilité dont le tribunal a admis ou nié l'existence ( ATF 134 III 467 consid. 3.2 p. 469; 115 II 187 consid. 3a; FRANÇOIS BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 112 ad art. 59 CPC ; SIMON ZINGG, in Commentaire bernois, Schweizerische Zivilprozessordnung, vol. I, 2012, n° 107 ad art. 59 CPC ). Cependant, le droit de procédure civile suisse assimile certains actes unilatéraux des parties au jugement (BOHNET, op. cit., n° 120 ad art. 59 CPC ). Ainsi en va-t-il du désistement d'action (

Klagerückzug, desistenza ) au sens de l' art. 241 al. 2 CPC , par opposition au désistement d'action (

Klagerückzug ,

desistenza ) dont les conditions sont fixées à l' art. 65 CPC . Bien que le Code de procédure civile suisse ne fasse pas de distinction terminologique à cet égard, il ne faut pas confondre les deux institutions (DENIS TAPPY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 22 ad art. 241 CPC ; pour la situation antérieure à l'entrée en vigueur du CPC, voir l'arrêt 4A\_124/2010 du 4 octobre 2010 consid. 3.2 et les références). Le désistement d'action à proprement parler (il serait préférable de parler d'

Abstand et de

desistenza comme le fait l'art. 27 al. 1 et 3 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 [PCF; RS 273], voire de

Klageverzicht [arrêt 5A\_216/2018 du 11 septembre 2018 consid. 5.1.2]; en anglais:

withdrawal of a claim with prejudice ), qui constitue l'une des formes du passé-expédient, est l'acte par lequel le demandeur abandonne les conclusions qu'il a prises au procès; il porte sur l'action et bénéficie de l'autorité de la chose jugée (dernier arrêt cité, *ibid.*). Le désistement d'instance ou désistement d'action improprement dit (il serait préférable de parler de retrait de la demande,

Rücknahme der Klage et

ritiro della petizione ), comme le fait l' art. 27 al. 1 et 3 PCF ; en anglais:

withdrawal of a claim without prejudice ), en revanche, qui n'en est pas revêtu, est un acte qui met exclusivement fin à l'instance et qui ne fait pas obstacle à la réintroduction de l'action à certaines conditions (arrêt 4A\_374/2014 du 26 février 2015 consid. 4.3.2.2 et les références; pour la distinction terminologique opérée ci-dessus, voir aussi: HOHL, *op. cit.*, n. 2393-2395).

#### **E. 4.2.3**

L'autorité de la chose jugée interdit de remettre en cause, dans une nouvelle procédure, entre les mêmes parties, une prétention identique qui a été définitivement jugée. Il y a identité du litige quand, dans l'un et l'autre procès, les parties soumettent au tribunal la même prétention, en reprenant les mêmes conclusions et en se basant sur le même complexe de faits ( ATF 142 III 210 consid. 2.1; 139 III 126 consid. 3.2.3; 136 III 123 consid. 4.3.1).

Lorsque le défendeur soulève l'exception de litispendance, il oppose le fait qu'une action est pendante devant un autre tribunal. En revanche, si la première action a abouti à un jugement entré en force de chose jugée formelle, ce n'est pas l'exception de litispendance que le défendeur doit soulever, mais l'exception de chose jugée ( art. 59 al. 2 let . e CPC; HOHL, *op. cit.*, n. 557).

#### **E. 4.2.4**

Sur un plan plus général, il ne faut pas perdre de vue que la compétence à raison de la matière et du lieu du tribunal saisi ne constitue qu'une condition de recevabilité parmi d'autres, comme l'existence d'un intérêt digne de protection, la capacité d'être partie et d'ester en justice ou encore l'absence de litispendance et de force de chose jugée (cf. l' art. 59 al. 2 CPC , qui énumère, à titre exemplatif, six conditions de recevabilité, dont la compétence du tribunal [let. b], que l'on désigne communément, sous l'angle négatif, par le terme de fins de non-recevoir). Si une ou des conditions de recevabilité ne sont pas remplies, le tribunal n'entrera pas en matière sur le fond mais prononcera un jugement d'irrecevabilité (HOHL, *op. cit.*, n. 585).

On veillera donc à ne pas assimiler toutes les conditions de recevabilité à l'une d'entre elles - en l'occurrence, la compétence -, sauf à vouloir étendre indûment le pouvoir d'examen de l'autorité de recours dans l'hypothèse, qui se vérifie en droit suisse de l'arbitrage international, où la loi énonce limitativement les griefs susceptibles d'être invoqués dans un recours en matière civile visant une sentence et ne prévoit qu'un seul motif de recours tiré d'une fin de non-recevoir, à savoir le fait pour le tribunal arbitral de s'être déclaré à tort compétent ou incompétent ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ).

#### **E. 4.3**

Considérés dans le cadre des institutions de procédure évoquées ci-dessus et sur le vu des remarques formulées par les deux intimés, les arguments que la recourante avance pour

contester la compétence

ratione materiae du Tribunal arbitral ne résistent pas à l'examen.

#### **E. 4.3.1**

Dans l'espoir d'élargir autant que faire se peut la cognition du Tribunal fédéral, la recourante soutient que l'admissibilité et les effets du désistement litigieux ressortissent tous deux à la compétence du Tribunal arbitral. Il n'en est rien. Dire si pareil acte unilatéral équivaut à un désistement d'action ou à un désistement d'instance au regard de la règle de droit ou du principe juridique applicable, déterminer ensuite quels sont les effets

in concreto de cet acte dûment qualifié, en tirer finalement les conséquences pour la cause en litige sont autant de démarches dont aucune ne met en jeu la compétence du tribunal (étatique ou arbitral) qui y procède - quand bien même elles la présupposent -, mais qui ont trait à l'application des règles (écrites ou non écrites) pertinentes du droit de procédure entrant en ligne de compte. Dès lors, la mission de la Cour de céans consistera uniquement à rechercher s'il appartenait au Tribunal arbitral saisi par la recourante ou à un tribunal arbitral qui serait saisi en second lieu de trancher ces questions-là. En revanche, ce problème résolu, elle n'examinera pas, si tant est qu'elle confirme la compétence

ratione materiae du Tribunal arbitral, la manière dont celui-ci a répondu aux susdites questions, étant donné que l'application du droit de procédure, comme celle du droit de fond, ne correspond à aucun des griefs limitativement énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP, abstraction faite, à la rigueur et à des conditions plus que strictes, de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public procédural (art. 190 al. 2 let. e LDIP).

En bref, il est difficile de se défaire du sentiment que la recourante, sous le couvert du moyen pris de l'incompétence, cherche, en réalité, à remettre en cause l'application des règles spécifiques en matière de désistement, telle qu'elle a été faite par le Tribunal arbitral. Il va sans dire que, si tel était le cas, elle le ferait en pure perte.

#### **E. 4.3.2**

La recourante prétend n'avoir jamais reconnu formellement la compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur l'admissibilité et les effets de son désistement du 23 janvier 2017. A l'en croire, il ressortirait de ses écritures des 16 février 2017, 7 avril 2017 et 21 avril 2017 que le Tribunal arbitral n'était autorisé par elle qu'à prendre acte du retrait de sa demande en tant que fait et à constater qu'il appartiendrait au second tribunal éventuellement saisi d'apprécier les conséquences d'un tel retrait. Du reste, sa participation aux débats ne lui aurait été dictée que par le souci de faire valoir son droit d'être entendue sur la question de ce retrait.

Sur le vu des conclusions prises dans le mémoire du 21 avril 2017 (cf. let. A.b, in fine, ci-dessus), soit le dernier à avoir été versé au dossier de l'arbitrage par l'intéressée, force est d'admettre que la recourante a bel et bien restreint l'objet de la décision à rendre par le Tribunal arbitral aux deux constatations susmentionnées, partant qu'elle n'a pas invité formellement celui-ci à trancher les questions de la nature, de la validité et des effets de l'acte unilatéral posé par elle le 23 janvier 2017.

Cette constatation n'épuise de loin pas le sujet. En effet, il ne va pas de soi que l'une des parties, après avoir valablement saisi le tribunal arbitral constitué conformément à la clause compromissoire insérée dans le contrat la liant à l'autre partie, puisse, de son propre chef et

à sa guise, mettre un terme au procès arbitral pendant, en dépit du refus de son adverse partie d'accepter ce mode de faire.

### **E. 4.3.3**

Aux termes de l' art. 182 al. 2 LDIP , si les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

En l'espèce, le Tribunal arbitral a fait un double usage de cette disposition: en premier lieu, dans une argumentation principale, il a appliqué la règle générale posée par celle-ci en accordant - à juste titre - la priorité à la volonté des parties (

Le respect des dispositions contractuelles ; sentence, n. 112-121); en second lieu, dans une argumentation subsidiaire, il a appliqué la règle par défaut que prévoit la disposition citée en se référant à une règle procédurale de la loi du siège de l'arbitrage (l' art. 65 CPC ) ainsi qu'à la pratique des arbitrages internationaux et, plus précisément, à l'art. 32.2) a) de la loi type (

Les principes généraux de droit procédural ; sentence, n. 122-131). Le reproche réitéré que lui adresse la recourante d'avoir statué en l'absence de toute base légale, comme si elle se plaignait d'une restriction d'un droit fondamental (cf. art. 36 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101]), tombe, dès lors, à faux.

#### **E. 4.3.3.1**

Contestant l'argumentation principale du Tribunal arbitral, dont le résumé a été fait plus haut (cf. let. B.c.d, 5e par.), la recourante, après avoir énuméré l'ensemble des points traités à l'art. 10 de l'accord de Madrid et à l'art. 30 du contrat de concession, déclare n'y avoir strictement rien vu qui puisse être compris comme concernant la compétence respective du premier ou du second tribunal arbitral pour se prononcer sur l'admissibilité et les effets d'un retrait de demandes. Aussi, vouloir lire quoi que ce soit à ce sujet dans ces dispositions contractuelles relèverait, selon elle, de l'aruspicine.

Dans le même ordre d'idées, la recourante s'en prend encore à deux arguments du Tribunal arbitral. Le premier consiste en l'affirmation selon laquelle, une fois la procédure engagée conformément aux mécanismes convenus, elle ne saurait être remise en cause unilatéralement (

electa una via, non datur recursus ad alteram ). Pour la recourante, à suivre le raisonnement rendu par cet adage latin, une partie ne pourrait jamais, à quelque moment que ce soit, retirer des demandes, une fois l'arbitrage initié conformément à la clause compromissoire, ce qui serait inconcevable. Au demeurant, la force légale dudit adage serait inexistante et le fait de ne vouloir l'appliquer qu'au désistement d'instance, mais pas au désistement d'action, absurde. Le second argument se rapporte à l'interprétation qu'ont faite les arbitres des termes "tous différends". Cette expression ne concernerait tout simplement pas la question litigieuse, d'après la recourante, pour qui il ne serait venu à l'esprit d'aucun auteur s'étant penché sur cette question d'affirmer que pareille formulation contiendrait des réponses aux problèmes soulevés par le retrait des demandes pendantes.

#### **E. 4.3.3.2**

La recourante feint d'avoir mal compris le raisonnement du Tribunal arbitral. Aussi bien, ce dernier n'a jamais prétendu que la question de la compétence pour décider de l'admissibilité

et des effets du désistement litigieux serait réglée

expressément à l'art. 10 de l'accord de Madrid ou à l'art. 30 du contrat de concession. Il a cependant fondé sa compétence

ratione materiae sur ces deux dispositions au motif que celles-ci ne fixaient aucune limite à celle-là (sentence, n. 81). On ne peut que lui donner raison.

D'abord, l'étonnement dont la recourante fait part de n'avoir trouvé dans aucune de ces deux dispositions contractuelles une règle spécifique touchant "la compétence respective des premier ou second tribunaux arbitraux pour se prononcer sur l'admissibilité et les effets d'un retrait de demandes " (recours, n. 114 ss) n'est pas de mise. A vrai dire, il serait peu commun qu'une clause compromissoire traitât, en sus de la compétence du tribunal arbitral visé par elle, de celle d'un tribunal arbitral à venir et à l'existence encore purement hypothétique.

Ensuite, il faut bien voir que, dans l'ordre normal des choses, toute instance judiciaire, qu'elle soit étatique ou arbitrale, a pour vocation de se terminer par une décision d'irrecevabilité, de rejet ou d'admission des conclusions de la partie demanderesse, qu'il appartient au tribunal saisi de ces conclusions de rendre incidemment ou

in fine litis . La litispendance a pour effet, faut-il le rappeler, d'obliger le demandeur à poursuivre le procès jusqu'à son terme (

Fortführungslast ; en anglais:

burden to proceed ). Quant aux succédanés ou ersatz de décision que sont les actes des parties mettant fin à la procédure sans décision, tels la transaction, l'acquiescement ou le désistement, ils constituent l'exception à la règle. Aussi, dans le silence de la loi, autrement dit lorsque, comme c'est ici le cas, la procédure établie par les parties est muette à ce sujet, serait-ce plutôt le désistement d'instance qui devrait être exclu, à la rigueur, faute d'une base légale expresse fixant les conditions de son admissibilité, ses modalités et ses effets, notamment le tribunal appelé à prendre acte de cette démarche unilatérale dérogeant au cours ordinaire de la procédure. Cela est d'autant plus vrai en matière d'arbitrage que le lien procédural découle ici d'un accord spécifique passé par les cocontractants - la convention d'arbitrage (arrêt 4A\_ 676/2014 du 3 juin 2015 consid. 3.2.2) -, accord qui implique, lorsqu'il revêt la forme d'une clause compromissoire, l'acceptation des deux futures parties litigantes de mener un éventuel procès jusqu'à son terme, sauf dérogation réservée dans le règlement de procédure adopté par elles ou décision ultérieure contraire résultant d'une manifestation de volonté concordante de leur part.

En outre, on ne saurait dénier au tribunal arbitral saisi de la cause au fond la compétence pour statuer sur les incidents susceptibles d'émailler la procédure conduite par lui. Par conséquent, si,

pendente lite , la partie demanderesse entend se désister de l'instance sans préjudice et demande au tribunal arbitral d'en prendre acte, mais que la partie défenderesse s'y oppose, il en résulte, sur ce point, un différend entre les deux protagonistes, c'est-à-dire un incident qui est couvert par la convention d'arbitrage et doit, dès lors, être tranché par le Tribunal arbitral. Ainsi en va-t-il dans la cause en litige.

Au demeurant, l'intimé a raison quand il souligne, dans son mémoire de réponse (n. 62), qu'en l'absence de règle spécifique applicable préconisant une autre solution, la compétence

d'un tribunal arbitral pour statuer sur le retrait des demandes d'une partie en cas d'opposition d'une autre partie n'est que le corollaire de sa compétence pour connaître de ces demandes, telle qu'elle découle de la convention d'arbitrage. Effectivement, c'est au tribunal saisi qu'il appartient de qualifier tel ou tel acte de procédure posé par l'une ou l'autre des parties en cours d'instance et d'en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent.

#### **E. 4.3.4**

La thèse de la recourante, selon laquelle seul le second tribunal saisi serait compétent pour se prononcer sur l'admissibilité et les effets d'un retrait de la demande, est dénuée de fondement sur le vu des considérations qui viennent d'être émises. Du reste, l'intéressée cherche en vain de quoi l'étayer dans la doctrine relative au droit suisse de l'arbitrage international (cf. consid. 4.3.4.1), le droit suisse de procédure civile (cf. consid. 4.3.4.2) ou encore la pratique de l'arbitrage international (cf. consid. 4.3.4.3).

##### **E. 4.3.4.1**

Contrairement à ce qu'insinue la recourante, aucun des auteurs cités par elle dans son mémoire de recours n'enseigne qu'un hypothétique tribunal mis en oeuvre en second lieu serait compétent pour se prononcer sur l'admissibilité et les effets d'un retrait de la demande soumise au tribunal arbitral saisi en premier lieu.

La recourante fait, tout d'abord, grand cas de l'opinion ainsi exprimée par STACHER/FEIT (Art. 181 PILS, in *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Manuel Arroyo [éd.], 2013, n° 11 ad art. 181 LDIP) :

" The arbitral tribunal cannot bindingly decide whether a decision it renders after the claimant has withdrawn its claim or ceased to participate entails

res judicata . This is a decision that the tribunal or state court must take with which the claimant files a second suit. "

Le passage cité n'a pourtant rien à voir avec la question de la compétence du tribunal arbitral premier saisi pour statuer sur un retrait de la demande. Il traite, en effet, du problème de la chose jugée, lequel ne doit pas être confondu avec celui de la litispendance (cf. consid. 4.2.3 ci-dessus). L'autorité de la chose jugée, par définition, suppose l'existence d'une décision définitive (ou d'un succédané de décision ayant le même caractère) prise par un premier tribunal et l'introduction ultérieure, dans le cadre d'une nouvelle procédure, d'une action divisant les mêmes parties et ayant pour objet une prétention identique à celle qui a été jugée définitivement. Dire si la seconde action est paralysée par l'autorité de la chose jugée est bien entendu l'apanage du tribunal saisi de cette action et non pas de celui qui a statué définitivement sur la première demande (dans ce sens, cf. TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2014, n. 1775, p. 541

in limine ). Au demeurant, il ressort d'un autre passage du commentaire de STACHER/FEIT (op. cit., n° 12 i.f. ad art. 181 LDIP ), ainsi que des précisions apportées par ces deux auteurs dans la seconde édition de celui-ci (STACHER/FEIT, Art. 181 PILS, in *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Manuel Arroyo [éd.], 2e éd. 2018, n° 10 et 11 ad art. 181 LDIP ), que l'accent y est mis avant tout sur le fait que c'est au défendeur d'avoir le dernier mot et de décider soit que l'arbitrage doit se poursuivre jusqu'à la reddition d'une sentence au fond, soit qu'il peut prendre fin par une décision de procédure.

La recourante invoque ensuite le soutien de plusieurs commentateurs du Règlement suisse d'arbitrage international (Swiss Rules), à savoir RADJAI/OETIKER (in *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*, Zuberbühler/Müller/Habegger [éd.], 2e éd. 2013, n° 15 ad art. 28), VEIT/MASSER (in dernier op. cit., n° 22 ad art. 34) et ANNA MASSER (in *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Manuel Arroyo [éd.], 2013, n° 63 ad art. 28). Selon elle, il résulterait des avis concordants émis par ces auteurs que le demandeur pourrait toujours retirer

ad libitum sa demande jusqu'à un certain stade de la procédure sans perdre ses droits au fond. Toutefois, elle ne peut rien en déduire en sa faveur. En effet, ledit règlement, non seulement n'est pas applicable en l'espèce, faute pour les parties de s'y être référées (cf. art. 1er al. 1 Swiss Rules), mais, qui plus est, son art. 28 concerne le défaut et non pas le retrait de la demande.

En troisième lieu, la recourante fait référence à MARKUS WIRTH (in *Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht*, 3e éd. 2013, n° 55 ad art. 189 LDIP), qu'elle qualifie d'"auteur majeur de la doctrine suisse", pour en déduire que, s'il admet certes que le premier tribunal arbitral puisse décider que le retrait de la demande entraîne la perte des droits substantiels, il cantonne cette compétence au seul cas de figure où le retrait intervient après que le mémoire-demande complet a été communiqué à la partie défenderesse. En réalité, contrairement à ce que l'intéressée soutient de manière incorrecte, les passages du commentaire de WIRTH cités ci-après établissent clairement la compétence absolue du premier tribunal arbitral en la matière:

" Ob Klageverzicht oder Klagerückzug gemeint ist, hat das Schiedsgericht durch Auslegung der klägerischen Parteierklärung zu ermitteln." (n. 54 ad art. 189 LDIP)

" Fehlt es an einer Regelung, hat das Schiedsgericht, gestützt auf Art. 182, selbst zu entscheiden, wie es den Klagerückzug behandeln will (...). Dabei ist den Interessen des Beklagten Rechnung zu tragen: Er verdient Schutz gegen einen Klagerückzug nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Dem Kläger muss verwehrt sein, die Klage, z.B. wenn sich ein negativer Verfahrensausgang für ihn abzuzeichnen beginnt, nach Belieben zurückziehen zu können, um vor einem neu zusammengesetzten Schiedsgericht wieder einen Anlauf zu nehmen - möglicherweise zu wiederholten Malen. Andererseits stellt sich auch die Frage nach dem unter diesen Aspekten angemessenen

Fixationszeitpunkt der Schiedsklage. Als zielführende Regelung empfiehlt sich, in Anlehnung an die in ZPO Art. 65 vorgesehene Ordnung, einen einfachen Klagerückzug (mit der Möglichkeit der Wiedereinbringung) ohne Zustimmung des Beklagten nach Einreichung der Einleitungsanzeige (Notice of Arbitration, Request for Arbitration) und der Einleitungsantwort (Answer) nur bis zur Zustellung der

detaillierten Klageschrift (Statement of Claim) an den Beklagten zuzulassen - später nur noch

mit Zustimmung des Beklagten (...). Verweigert der Beklagte in letzterem Fall die Zustimmung, ist der Schiedskläger aufzufordern, mitzuteilen, ob er am Rückzug festhalte - unter Hinweis, dass in diesem Falle Klageverzicht angenommen würde. Hält der Schiedskläger am Klagerückzug fest, ist durch Schiedsspruch der Klageverzicht festzustellen (...)"

L'opinion de WIRTH est partagée, notamment, par GÖKSU (op. cit., n. 1775), BERGER/KELLERHALS (International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3e éd. 2015, n. 1558, dernière phrase) et CHRISTIAN OETIKER (Eintritt und Wirkungen der Rechtshängigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2003, n. 335).

Quant à POUDRET/BESSON (Comparative Law of International Arbitration, 2e éd. 2007, n. 591), ils traitent exclusivement des conséquences d'un désistement sans examiner la question du tribunal arbitral compétent pour statuer sur ces conséquences.

#### **E. 4.3.4.2**

La recourante invoque, par ailleurs, l' art. 65 CPC , ainsi que la jurisprudence et la doctrine y relatives, pour étayer sa thèse.

Semblable démarche apparaît pour le moins contradictoire alors que son auteur vient d'affirmer que "le Code de procédure civile ("CPC") est inapplicable en l'espèce" (recours, n. 98).

Sans doute le Tribunal arbitral s'est-il lui-même référé à la disposition citée (sentence, n. 127). Cependant, il convient de ne pas perdre de vue le cadre juridique dans lequel cette référence est intervenue. S'agissant de sa propre compétence, le Tribunal arbitral l'a déduite directement de l'art. 10 de l'accord de Madrid et de l'art. 30 du contrat de concession (sentence, n. 81). Ayant constaté sa compétence

ratione materiae pour se saisir du litige, il a examiné ensuite le point de savoir si, comme elle le soutenait, la demanderesse pouvait se désister de l'instance, malgré l'opposition des deux parties défenderesses, tout en conservant ses droits substantiels qu'elle pourrait faire valoir dans une procédure ultérieure (sentence, n. 82-131). Au terme d'une argumentation principale fondée sur les dispositions contractuelles liant les parties, il a abouti à la conclusion que la demanderesse n'avait pas le droit de se désister de l'instance, compte tenu de l'opposition des deux États défendeurs (sentence, chap. VIII.F.1, n. 112-121). Ce n'est que par surabondance qu'il a indiqué que l'on parviendrait à la même conclusion en appliquant l' art. 65 CPC et l'art. 32.2) a) de la loi type, en ce sens que le retrait de la demande sans préjudice n'était pas admissible, faute d'un accord des parties défenderesses (sentence, chap. VIII.F.2, n. 122-131). L'analyse systématique de la sentence révèle donc que le Tribunal arbitral n'a pas eu recours à l'application analogique de l' art. 65 CPC pour établir sa compétence matérielle, mais uniquement pour confirmer son argumentation principale relative aux conséquences du désistement de la demanderesse. En d'autres termes, on a affaire ici à un tribunal arbitral qui, après avoir admis sa compétence sur la base des clauses contractuelles liant les parties, procède à l'examen, au regard d'une règle procédurale de la loi du siège (l' art. 65 CPC ), de la validité d'une démarche unilatérale effectuée par la demanderesse (le retrait de la demande ou le désistement d'instance). Or, le Tribunal fédéral, lorsqu'il statue sur un recours en matière d'arbitrage international, n'est pas compétent pour vérifier le respect des règles ou principes procéduraux exorbitants des motifs énumérés limitativement à l' art. 190 al. 2 LDIP , étant précisé que l'application manifestement erronée d'une règle de procédure n'est pas constitutive d'une violation de l'ordre public procédural au sens de l' art. 190 al. 2 let . e LDIP et de la jurisprudence y relative (arrêt 4A\_612/2009 du 10 février 2010 consid. 6.3.1). Aussi ne saurait-il revoir l'application que le Tribunal arbitral a faite en l'espèce de l' art. 65 CPC , qu'il s'agisse de l'applicabilité même (par analogie) de cette disposition

in casu ou de la manière dont elle a été appliquée aux circonstances retenues dans la sentence attaquée.

#### **E. 4.3.4.3**

Les mêmes remarques s'imposent en ce qui concerne la référence faite par le Tribunal arbitral à la pratique touchant l'arbitrage international et, singulièrement, à l'art. 32.2) a) de la loi type en vertu duquel "le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé".

Dans ce contexte, la recourante mentionne encore l'ouvrage de GARY B. BORN (International Commercial Arbitration, 2e éd. 2014, p. 3029 s.) qui corroborerait la position de la doctrine suisse et sa propre position à elle. Or, non seulement la position de la recourante n'est pas conforme à celle de la doctrine suisse en matière d'arbitrage international dont elle se prévaut, mais, qui plus est, l'auteur anglo-saxon sur lequel elle s'appuie ne lui est d'aucun secours car il ne traite pas de la compétence du tribunal arbitral saisi en premier lieu pour statuer sur le retrait d'une demande.

#### **E. 4.3.4.4**

Ni les parties ni le Tribunal arbitral n'ont évoqué la manière dont le droit allemand a tranché le point controversé. Pourtant, le parallèle à tirer entre le droit de l'arbitrage allemand et la doctrine relative au droit suisse de l'arbitrage international (cf. consid. 4.3.4.1 ci-dessus) n'est pas inintéressant, puisqu'il confirme que celui-là apporte la même réponse que celle-ci à la question litigieuse. On rappellera pour mémoire, à titre préalable, que, contrairement à la Suisse, l'Allemagne a opté, en 1997, pour une législation unique en matière d'arbitrage interne et international (POUDRET/BESSON, op. cit., n. 22, p. 24, et n. 27), législation dont le siège se trouve aux § 1025 ss de la

Zivilprozessordnung (ZPO).

Sous le titre

Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens, le § 1056 (2) 1.b) ZPO énonce ce qui suit:

"Das Schiedsgericht stellt durch Beschluss die Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens fest, wenn der Kläger seine Klage zurücknimmt, es sei denn, dass der Beklagte dem widerspricht und das Schiedsgericht ein berechtigtes Interesse des Beklagten an der endgültigen Beilegung der Streitigkeit anerkennt; "

Selon un commentateur ayant approfondi le sens de cette norme, lorsque le défendeur s'oppose au retrait de la demande et que son intérêt légitime à obtenir la liquidation définitive du différend est litigieux, il appartient au tribunal arbitral saisi de l'affaire de décider s'il convient de clore ou de poursuivre la procédure pendante. Dans la première hypothèse, il rendra un

Beendigungsbeschluss au sens du § 1056 ZPO, tandis que, dans la seconde, il ordonnera la poursuite de la procédure arbitrale jusqu'à reddition de la sentence finale (KLAUS-A. GERSTENMAIER, Beendigung des Schiedsverfahrens durch Beschluss nach § 1056 ZPO, in SchiedsVZ 6/2010, p. 281 ss, 284).

Semblable opinion confirme, si besoin est, que l'on ne saurait abandonner à un hypothétique tribunal arbitral saisi en second lieu le soin de se prononcer sur la validité, contestée par le

défendeur, du désistement d'instance dont le demandeur a pris l'initiative dans une procédure arbitrale antérieure.

#### **E. 4.3.5**

La recourante fait encore grief au Tribunal arbitral de s'être arrogé à tort la compétence de décider du sort, au fond, des demandes retirées. Selon elle, en l'absence d'une demande sur le fond pendante entre les parties, le Tribunal arbitral n'avait aucune compétence pour poursuivre l'arbitrage ni pour se réserver le droit de se prononcer dans la sentence finale sur les demandes principales et reconventionnelles des parties (recours, n. 120-144). L'intimée objecte qu'il ne ressortirait ni du dispositif ni des considérants de la sentence attaquée que le Tribunal arbitral se serait prononcé sur sa compétence pour connaître du fond des prétentions des parties (réponse, n. 37-41). L'intimé en fait de même (réponse, n. 32-46).

Les parties s'achoppent à l'interprétation du verbe "se réserve" utilisé par le Tribunal arbitral dans le dispositif de sa sentence: la recourante y voit l'intention fermement exprimée par le Tribunal arbitral de se prononcer sur les demandes principales et reconventionnelles que lui ont soumises les parties; les intimés, en revanche, n'y décèlent que la simple possibilité que le Tribunal arbitral se serait ménagée de statuer sur lesdites demandes. A considérer les motifs qui sous-tendent le point du dispositif introduit par ce verbe, et singulièrement ceux qu'énonce le n. 81 de la sentence, on serait tenté de donner raison à la recourante, car il en appert, à tout le moins, que le Tribunal arbitral n'exclut pas, en l'état, de statuer ultérieurement sur le fond sans solliciter à nouveau l'autorisation des parties à cette fin, voire sans même les interpellier derechef avant de ce faire.

En réalité, la solution du problème est ailleurs. Il faut bien voir, en effet, que, si l'on retient, comme la Cour de céans l'a fait ci-dessus, que le Tribunal arbitral était compétent pour se prononcer sur l'admissibilité et les conséquences du désistement qui lui avait été communiqué le 23 janvier 2017 par la demanderesse, le fait, pour lui, de refuser d'entériner le retrait de la demande sans préjudice impliquait forcément la nécessité de poursuivre l'instruction de la cause jusqu'à droit jugé, sauf désistement d'action de la part de la demanderesse qui interviendrait d'ici là. En d'autres termes, l'éventualité qu'il soit amené un jour à statuer sur les demandes principales et reconventionnelles des parties n'était que la conséquence logique de la décision prise par lui sur la validité du retrait des conclusions au fond de la demande. En se prononçant sur ce dernier point, le Tribunal arbitral a rendu une décision qu'il avait la compétence de rendre et dont la conséquence automatique était de l'amener à trancher le différend au fond, sous la réserve sus-indiquée. Il n'y a pas là matière à intervention du Tribunal fédéral sous l'angle de l' art. 190 al. 2 let. b LDIP .

Du reste, la recourante est d'autant plus malvenue à remettre en cause la compétence du Tribunal arbitral sur le fond qu'elle admet elle-même "qu'il n'est pas contesté qu'à part la question de la compétence du Tribunal arbitral de statuer sur l'admissibilité et les effets du retrait des demandes (...), les parties n'ont pas formulé d'autres objections à la compétence du Tribunal arbitral " (réplique, n. 41).

#### **E. 4.3.6**

Dans une argumentation subsidiaire, la recourante explique que le premier tribunal arbitral ne serait compétent que lorsque le désistement d'instance intervient après la notification du mémoire-demande complet au défendeur, d'une part, et qu'un intérêt légitime du défendeur s'opposerait au retrait de la demande, d'autre part (recours, n. 145-159).

Pareille argumentation ne saurait prospérer. La recourante confond, de toute évidence, la question du tribunal compétent pour statuer sur la nature et les effets d'un désistement et celle des conditions auxquelles est soumis un retrait de la demande sans préjudice. Elle ne démontre nullement pourquoi la compétence du tribunal arbitral saisi dépendrait du stade de la procédure auquel le désistement intervient, voire des effets que cet acte unilatéral est susceptible d'entraîner pour la partie défenderesse. Elle soumet ainsi la compétence de la juridiction arbitrale pour régler une question de procédure à l'application matérielle de la règle de droit pertinente ou du principe juridique non écrit entrant en ligne de compte. Cela n'est pas possible.

#### **E. 4.3.7**

Force est d'admettre, en conclusion, qu'à défaut d'une règle spécifique prévoyant le contraire, la compétence pour statuer sur le retrait d'une demande revient toujours au tribunal arbitral qui est saisi de la cause et devant qui le retrait est formulé. Aussi, le Tribunal arbitral n'a-t-il pas rendu en l'espèce une décision incompatible avec l' art. 190 al. 2 let. b LDIP en examinant lui-même la question de la nature et des effets du désistement litigieux.

Il s'agit, en définitive, d'éviter qu'une partie demanderesse ne puisse se désister de l'instance à sa guise, sans tenir compte de l'intérêt de la partie défenderesse à la résolution du différend dans des délais raisonnables, et qu'elle ne puisse réitérer à la chaîne semblable manoeuvre à des fins dilatoires ou tactiques sans qu'aucun tribunal saisi ultérieurement soit en mesure de lui opposer l'existence d'une décision antérieure touchant les effets d'un tel acte unilatéral. On peut aussi évoquer ici le cas dans lequel la partie demanderesse, après avoir retiré sa demande, renoncerait à engager une nouvelle procédure arbitrale, si bien qu'aucun tribunal arbitral ne serait finalement compétent pour statuer sur les conséquences de ce retrait, en dépit d'une possible opposition de la partie défenderesse à un désistement sans préjudice. Quant à la crainte exprimée par la recourante qu'une partie demanderesse s'étant désistée correctement de l'instance doive néanmoins s'attendre à perdre ses droits au fond selon le bon vouloir de son adverse partie, laquelle refuserait sans raison valable de consentir au retrait de la demande, elle est assurément exagérée car elle fait fi de l'intervention du tribunal arbitral saisi de ladite demande auquel il revient de sanctionner une éventuelle opposition abusive à un désistement d'instance. Au demeurant et en tout état de cause, il paraît plus normal de faire supporter, en principe, à la partie qui a déposé une demande, avant de la retirer pour telle ou telle raison, les conséquences de ce dernier acte, qui provient de sa sphère d'influence, plutôt qu'à la partie adverse qui a été assignée à tort, du moins en l'état.

D'où il suit que le grief tiré de l'incompétence du Tribunal arbitral se révèle infondé.

#### **E. 5.1**

Dans un second moyen, la recourante, invoquant l' art. 190 al. 2 let . c LDIP, reproche au Tribunal arbitral d'avoir statué au-delà des conclusions (

ultra petita ) dont il était saisi ou d'avoir alloué autre chose que ce que lui demandaient les parties (

extra petita ) en incluant la question des effets de la résiliation du contrat de concession dans le dispositif de sa sentence (recours, n. 164-189).

Les deux parties intimées concluent à juste titre à l'irrecevabilité de ce moyen (réponse intimé, n. 101-108; réponse intimée, n. 21-34).

### **E. 5.2**

Selon la jurisprudence rappelée plus haut (cf. consid. 2.1 et les arrêts cités), il ne peut être fait exception à l'irrecevabilité des motifs prévus à l' art. 190 let . c-e LDIP, déduite a contrario de l' art. 190 al. 3 LDIP , lorsque le recours en matière civile vise une décision incidente que dans la mesure où les griefs fondés sur ces motifs-là se limitent strictement aux points qui concernent la composition ou la compétence du tribunal arbitral ( ATF 143 III 462 consid. 2.2 p. 465; 140 III 477 consid. 3.1, 520 consid. 2.2.3). En réservant cette exception, la I re Cour de droit civil avait principalement en vue les cas dans lesquels le tribunal arbitral aurait rendu sa décision incidente touchant sa composition ou sa compétence sur la base de constatations de fait qu'il aurait posées sans respecter l'égalité des parties ou le droit d'être entendu de l'une d'entre elles ( ATF 140 III 477 consid. 3.1 p. 479 s.). Aussi n'a-t-elle pas dérogé à la règle générale dans une affaire où le recourant s'en était pris à une décision incidente en invoquant l'incompétence du tribunal arbitral ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ), grief recevable en vertu de l' art. 190 al. 3 LDIP , et en reprochant, en sus, au tribunal arbitral d'avoir statué

ultra petita ( art. 190 al. 2 let . c LDIP) et d'avoir rendu une sentence incompatible avec l'ordre public ( art. 190 al. 2 let . e LDIP), ces deux derniers moyens n'ayant été soulevés, non pas dans le cadre de l' art. 190 al. 2 let. b LDIP , mais séparément, pour eux-mêmes ( ATF 140 III 520 consid. 2.2.3, 2e par.).

La situation, telle qu'elle se présente en l'espèce, s'apparente à celle de la cause ayant donné lieu au prononcé du dernier arrêt cité. En effet, la recourante, bien qu'elle s'en défende, n'a pas soulevé le grief tiré de l' art. 190 al. 2 let . c LDIP dans le cadre de son autre moyen, pris de l'incompétence du Tribunal arbitral ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ), mais de manière séparée. Concrètement, elle a invoqué ce moyen-ci à l'effet de dénier au Tribunal arbitral la compétence pour statuer sur l'admissibilité et les conséquences du retrait de sa demande, tandis qu'elle lui reproche, par son second grief, d'avoir alloué aux intimés plus ou autre chose que ce qui faisait l'objet du litige, ce qui présuppose l'admission par elle de la compétence du Tribunal arbitral pour statuer sur le fond.

Au demeurant, la recourante était sans doute consciente de l'irrecevabilité de son second moyen, puisqu'elle "concède", dans sa réplique (n. 23), que ce dernier aurait également pu être qualifié de décision erronée sur la compétence et qu'elle tente de le présenter également à ce titre dans le mémoire en question (n. 24: "... qu'il soit fondé sur le grief d'extra et ultra petita ou sur le grief sur compétence,... "). Cependant, pareille tentative d'introduire par la bande un nouveau grief alternatif est d'emblée vouée à l'échec en ce qu'elle heurte de front une jurisprudence solidement établie (cf. consid. 2.3 ci-dessus).

Dès lors, la Cour de céans n'entrera pas en matière sur ce second grief.

### **E. 6**

Les longues explications fournies de part et d'autre sur le point de savoir s'il y a identité de l'objet du litige entre la procédure arbitrale visée par le présent recours et la procédure arbitrale mise en oeuvre le 14 août 2017 par la recourante (cf. let. D. ci-dessus; réplique, n. 67-86; duplique intimé, n. 84-99; duplique intimée, n. 65-82) sont sans intérêt pour la solution du litige, telle qu'elle ressort des considérations émises ci-devant par le Tribunal

fédéral. Il est donc superflu de s'y arrêter.

#### **E. 7**

Au terme de cet examen, il y a lieu de rejeter le recours dans la mesure de sa recevabilité. La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ) et verser des dépens aux deux intimés ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). L'indemnité allouée de ce chef à ceux-ci sera prélevée sur les sûretés fournies par la recourante.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.