



Arbitration Newsletter Switzerland

The Yukos Saga hits Switzerland - When to tackle Preliminary Awards on Jurisdiction

On 10 August 2017, the Swiss Federal Supreme Court (the "**Court**") published on its website a new decision in the field of international arbitration (the "**Decision**").¹ The Decision was rendered by all five members of the First Civil Chamber and will be added to its publication of leading cases.

In the Decision, the Court clarifies that decisions on jurisdiction of arbitral tribunals can be challenged only once the arbitral tribunal has made a final decision on its jurisdiction.

1 Facts

In 2013, the Luxemburg company Yukos Capital Sàrl ("**Yukos Capital**") initiated arbitration proceedings under the UNCITRAL Arbitration Rules against the Russian Federation ("**Russia**") for illegal expropriation of its investments and it requested, based on the Energy Charter Treaty ("**ECT**"), payment of USD 13 billion.

On 11 April 2014, Russia objected to the jurisdiction of the Geneva-seated arbitral tribunal comprising Campbell McLachlan QC as chair, J William Rowley QC, appointed by Yukos Capital, and Brigitte Stern, appointed by Russia.² Russia presented five alternative grounds for the arbitral tribunal's lack of jurisdiction, namely:

- (1) Russia never ratified the ECT;
- (2) the loans granted by Yukos Capital to Yukos Oil Company OSJ do not qualify as an investment in the sense of the ECT;
- (3) given the fiscal nature of the dispute, the parties' dispute does not fall within the scope of the ECT;
- (4) Yukos Capital is a corporation without substantial commercial activities in Luxemburg and is con-

trolled by nationals of a third country with the consequence that Russia is entitled to refuse Yukos Capital the benefits stipulated in Part III of the ECT;

- (5) the alleged investments have been effected in an illegal manner resulting in not being protected by the ECT.

In its procedural order no. 1, the arbitral tribunal decided to first hear and decide on grounds (1), (2) and (4) and then to decide grounds (3) and (5) in conjunction with the merits of the case.

After hearing the parties' arguments concerning the alleged lack of jurisdiction under grounds (1), (2) and (4), the arbitral tribunal rendered an interim award on jurisdiction on 18 January 2017 rejecting Russia's arguments. This was a majority decision with Brigitte Stern dissenting. Referring to its procedural order no. 1, the arbitral tribunal further held that all other objections of Russia regarding jurisdiction and admissibility would be dealt in conjunction with the merits of the case.

Within the statutory 30-day deadline, Russia filed an action for annulment with the Court and requested the Court, *inter alia*, to annul the interim award on jurisdiction and to declare that the arbitral tribunal did not have jurisdiction to decide this dispute.

2 Considerations

The Court considered whether the "interim award on jurisdiction" in question is a decision challengeable under the Swiss Federal Supreme Court Act ("**FSCA**") and the Swiss Private International Law Act ("**PILA**").

¹ BGE 4A_98/2017 of 20 July 2017, in French.

² See Sebastian Perry, "Second wave" Yukos case to resume after Swiss ruling, in: Global Arbitration Review (GAR), 8 August 2017.



Decisions open to an action for annulment are (i) final awards, which put an end to arbitral proceedings on substantive or procedural grounds, (ii) partial awards, which relate to a part of the claim or claims at issue, or even (iii) preliminary or interlocutory awards, which rule on one or more preliminary substantive or procedural issues. Mere procedural orders, capable of modification or cancellation during the arbitration, are not open to an action for annulment.

The Court further noted that, if an arbitral tribunal renders a separate decision wherein it rejects objections to its jurisdiction, it renders a preliminary award ("*Vorentscheid*" and "*décision incidente*"), irrespective of the labelling of the decision.

According to article 186(3) PILA, an arbitral tribunal shall, as a rule, decide on its jurisdiction by preliminary award but, given that this rule is neither absolute nor compulsory, an arbitral tribunal can deviate from it. An arbitral tribunal shall deviate from this rule if it considers the question of jurisdiction to be too closely linked to the facts of the case so that it can be decided separately from the merits of the case.

Pursuant to article 190(2)(b) PILA, the legal basis for the annulment of awards due to lack of jurisdiction, an award may be annulled if the arbitral tribunal "*wrongly accepted or declined jurisdiction*"³. The Court explained that a decision of an arbitral tribunal on jurisdiction is open to an application to the Court for annulment only if it decides the question of jurisdiction in a final way ("*de manière définitive*") - either by admitting or denying jurisdiction. A decision wherein the arbitral tribunal only provisionally or partially deals with the question of jurisdiction can, however, not be challenged.

An arbitral tribunal which rejects one or more alleged grounds for its purported lack of jurisdiction but postpones the decision on further alleged grounds in this respect to a later stage in the proceedings does not render a final decision as to its jurisdiction and, consequently, its decision cannot be challenged.

In the case at hand, the arbitral tribunal had in its interim award on jurisdiction of 18 January 2017 decided only on three of the five alleged grounds for the arbitral tribunal's lack of jurisdiction in a final way. The other two grounds alleged by Russia, grounds (3) and (5), had not yet been decided and would, as announced by

the arbitral tribunal, be ruled on in conjunction with the merits of the case. Accordingly, the arbitral tribunal had not accepted or declined jurisdiction in the sense of article 190(2)(b) PILA and, therefore, it had not rendered a final decision on its jurisdiction.

For that reason, the Court declared the action for annulment to be inadmissible.

In terms of costs and compensation for the proceedings in front of the Court, Russia had to bear only the court fees. As the Court had not invited Yukos Capital to submit a brief as to Russia's action for annulment, no compensation for costs was awarded to Yukos Capital.

3 Conclusions

As stated by Russia's lead counsel Elliott Geisinger in GAR of 8 August 2017, the Decision has presently no impact on the ongoing dispute between Yukos Capital and Russia since the five jurisdictional issues can be reviewed by the Court only once the two remaining, so far open jurisdictional issues - namely grounds (3) and (5) - have been decided by the arbitral tribunal as well. But the Decision is certainly to be welcomed for its general relevance, because it brings clarity into a thorny legal issue: the Court has now made clear that decisions on jurisdiction are final only once all issues raised in this respect were decided by the arbitral tribunal - only then the path to the Court is open.

Our second conclusion relates to the Court's practice of anonymizing its decision. At the outset, unsurprisingly, the Decision was published in anonymized format as this is the general rule under Art. 27(2) FSCA (the header, *i.e.* the names of the parties, and the operative part of decisions of the Court, however, are accessible to the public at the Secretariat of the Court within 30 days after the decision has been rendered, see Art. 60 of the Regulations of the Federal Supreme Court). There are, however, exceptions to this rule, in particular, if (i) the case involves persons being part of contemporary history, such as Michel Platini in 4A_600/2016 and Alejandro Valverde in 4A_420/2010, (ii) the case is already generally known to the public or if (iii) the bearing of the case can be understood only once the names of the parties are disclosed. Under this perspective it is difficult to understand why the Court

³ Article 190(2)(b) PILA: German wording: "*wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzustän-*

dig erklärt hat"; French wording: "*s'est déclaré à tort compétent ou incompétent*".



did not disclose the names of the two parties in the Decision. The Yukos Saga is certainly of general interest and well known at least in the arbitration community. In addition, Russia's lead counsel (see above) commented on the Decision in GAR, not only disclosing the names of the parties and those of the arbitrators and counsel, but his comments were also made two days *before* the Decision was published on the Court's website. Finally, certain facts of the case disclosed in the Decision, such as the USD 13 billion in dispute and the fact that the 'Federation', as Russia is referred to in the anonymized version, never ratified its signing of the ECT and applied the terms of the ECT only up to 18 October 2008, are so clearly linked to the big Yukos case that the conclusion is obvious: the 'Federation' must be Russia. Then, why not spell it out? What is the difference to the West Bank Casino case referred to in our last newsletter of 26 June 2017, where the State of Palestine is explicitly mentioned? It is difficult to detect a consistency by the Court in this matter.

Finally, it is noteworthy that Yukos Capital was not involved in the proceedings at the Court at all and was therefore also not awarded any compensation for its

costs. The Decision does not, unfortunately, set out the reasons why the Court converted the typically contradictory challenge proceedings into a one-sided "academic conversation" on the admissibility of Russia's challenge. Yet, even this one-sided "conversation" had its price, namely CHF 100'000 for Russia, but it saved Russia at least from paying a similar amount to Yukos Capital for compensation of costs since Yukos Capital had no role in this "conversation".

21 August 2017

Hansjörg Stutzer
Michael Bösch
Simon Hohler

Enclosure: BGE 4A_98/2017 of 20 July 2017

This newsletter is available on our website
www.thouvenin.com.

For further information, please contact Hansjörg Stutzer, Michael Bösch or Simon Hohler.



Dr. Hansjörg Stutzer
Partner, Attorney at Law
h.stutzer@thouvenin.com



Michael Bösch, LL.M., FCI Arb
Partner, Attorney at Law
m.boesch@thouvenin.com



Simon M. Hohler, LL.M., ArbP
Associate, Attorney at Law
s.hohler@thouvenin.com

THOUVENIN rechtsanwälte compact

THOUVENIN rechtsanwälte is an innovative and partner-driven law firm with more than three decades of experience in business law. Members of our arbitration team represent clients in commercial and investment treaty as well as in sports-related disputes and act also regularly as chairmen, party-appointed arbitrators and sole arbitrators. Members of our dispute resolution team have been ranked by Chambers & Partners and legal 500.



Arrêt du 20 juillet 2017 Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes les Juges Kiss, présidente, Klett, Hohl, Niquille et May Canellas.
Greffier: M. Carruzzo.

Participants à la procédure

Fédération de Russie, au nom de qui agit le Ministère de la Justice de dite Fédération, 14 rue Gitnaya, 103097 Moscou, Russie, représentée par Mes Elliott Geisinger et Nathalie Voser, avocats, Löwenstrasse 19, 8001 Zurich, recourante,

contre

Yukos Capital Sàrl, avenue J.F. Kennedy 46A, 1855 Luxembourg, Grand-Duché de Luxembourg, représentée par Mes Matthias Scherer, Pierre-Olivier Allaz et Domitille Baizeau, avocats, rue de la Mairie 35, 1207 Genève, intimée.

Objet

arbitrage international; compétence,

recours en matière civile contre la sentence incidente sur compétence rendue le 18 janvier 2017 par un Tribunal arbitral, avec siège à Genève, constitué conformément au Traité sur la Charte de l'énergie et au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et statuant sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA).

Faits:

A.

Le 15 février 2013, Yukos Capital Sàrl (ci-après: Yukos Capital), société de droit luxembourgeois, se fondant sur l'art. 26 par. 4 point b) du Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie (TCE; RS 0.730.0), a introduit une procédure d'arbitrage contre la Fédération de Russie en vue d'obtenir le paiement d'un peu plus de 13 milliards de dollars états-uniens à titre de dommages-intérêts dérivant d'une prétendue expropriation illégale des investissements effectués par elle en Russie. Un Tribunal arbitral de trois membres a été constitué, conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), et son siège fixé à Genève. L'anglais a été désigné comme langue de l'arbitrage.

Par lettre du 11 avril 2014, la Fédération de Russie, invoquant l'art. 21 al. 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version 1976, a soulevé l'exception d'incompétence, qu'elle a fondée sur les cinq motifs alternatifs suivants:

(1) la Fédération de Russie n'a jamais ratifié le TCE, qu'elle n'a appliqué à titre provisoire, conformément à l'art. 45 par. 1 TCE, jusqu'au 18 octobre 2009 que dans la mesure où cette application provisoire n'était pas incompatible avec sa Constitution ou ses lois et règlements;

(2) les prêts consentis par Yukos Capital à la société russe Yukos Oil Company OSJ ne peuvent pas être considérés comme des "investissements" au sens de l'art. 1 par. 6 TCE;

(3) le contentieux, étant donné sa nature fiscale, est exclu du champ d'application du traité en vertu de l'art. 21 TCE;

(4) Yukos Capital est une société qui n'exerce pas d'activités commerciales substantielles au Luxembourg et qui est contrôlée par des ressortissants d'un Etat tiers, si bien que la Fédération de Russie peut lui refuser le bénéfice de la partie III du traité ("Promotion et protection des investissements") sur la base de l'art. 17 TCE;

(5) les investissements allégués ont été effectués de manière illégale, si bien qu'ils ne sont pas protégés par le TCE.

Le Tribunal arbitral, après avoir consulté les parties, a rendu, le 24 avril 2014, une ordonnance de procédure n° 1 dans laquelle il a, notamment, décidé de scinder la procédure et d'examiner préliminairement les motifs (1), (2) et (4), susmentionnés, étayant l'exception d'incompétence, les autres objections, y compris les motifs (3) et (5) censés justifier ladite exception, devant être traitées avec le fond de la cause.

Les parties ayant fait valoir leurs arguments sur les trois motifs d'incompétence formant l'objet de son examen préalable, le Tribunal arbitral a rendu, le 18 janvier 2017, une sentence incidente sur compétence (*Interim Award on Jurisdiction*) dans le dispositif de laquelle il a écarté ces trois motifs, à la majorité s'agissant des deux premiers, dit que toutes les autres objections concernant la compétence et la recevabilité seraient traitées avec le fond, conformément à l'ordonnance de procédure n° 1, et ordonné la reprise de l'instruction 28 jours après la notification de cette sentence.

B.

Le 17 février 2017, la Fédération de Russie (ci-après: la recourante) a interjeté un recours en matière civile pour violation de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. Elle y invite le Tribunal fédéral à lui donner acte qu'elle s'en remet à justice quant à la recevabilité dudit recours; à accorder l'effet suspensif à ce dernier et à suspendre la procédure arbitrale jusqu'à droit connu sur le recours, ceci à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles; puis, sur le fond, dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral entrerait en matière, à annuler la sentence attaquée et à déclarer que le Tribunal arbitral n'est pas compétent pour connaître des demandes formées par Yukos Capital (ci-après: l'intimée).

La procédure arbitrale a été suspendue, par ordonnance présidentielle du 23 février 2017, jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Le 16 mars 2017, les conseils de l'intimée ont adressé à la présidente de la I^{re} Cour de droit civil (ci-après: la présidente) une lettre, contresignée par ceux de la recourante, dans laquelle ils indiquaient que les parties étaient tombées d'accord sur les conditions dont serait assortie la suspension de la procédure arbitrale jusqu'à droit jugé sur le recours. Sur quoi, la présidente, constatant la caducité des demandes d'effet suspensif et de mesures provisionnelles, a rapporté son ordonnance du 23 février 2017 en date du 20 mars 2017.

En réponse à une demande de renseignements que les conseils de l'intimée lui avaient adressée le 4 mai 2017, la présidente a informé les parties, par lettre du 9 mai 2017, que la I^{re} Cour de droit civil entendait se prononcer d'emblée sur la recevabilité du recours, par souci d'économie de la procédure et pour tenir compte de ce que la recourante elle-même avait exprimé de sérieux doutes à cet égard. Elle a ajouté que, si la Cour devait conclure à la recevabilité du recours ou ne s'estimait pas en mesure de trancher cette question dans un sens ou dans l'autre en l'état, la procédure irait son cours et un échange d'écritures serait ordonné.

Considérant en droit:

1.

D'après l'art. 54 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans le mémoire qu'elle a adressé au Tribunal fédéral, la recourante a employé le français, respectant ainsi l'art. 42 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 70 al. 1 Cst. (ATF 142 III 521 consid. 1). Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral adoptera la langue du recours et rendra, par conséquent, son arrêt en français.

2.

2.1 Le recours en matière civile visé par l'art. 77 al. 1 let. a LTF en liaison avec les art. 190 à 192 LDIP n'est recevable qu'à l'encontre d'une *sentence*. L'acte attaqué peut être une sentence *finale*, qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure, une sentence *partielle*, qui porte sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ou sur l'une des diverses prétentions en cause ou encore qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (arrêt 4A_222/2015 du 28 janvier 2016 consid. 3.1.1 avec une référence à l'ATF 116 II 80 consid. 2b p. 83), voire une sentence *préjudicielle* ou *incidente*, qui règle une ou plusieurs questions préalables de fond ou de procédure (sur ces notions, cf. l'ATF 130 III 755 consid. 1.2.1 p. 757). En revanche, une simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance n'est pas susceptible de recours (ATF 136 III 200 consid. 2.3.1 p. 203, 597 consid. 4.2; arrêt 4A_596/2012 du 15 avril

2013 consid. 3.3). Il en va de même d'une décision sur mesures provisionnelles visée par l'art. 183 LDIP (ATF 136 III 200 consid. 2.3 et les références).

Pour juger de la recevabilité du recours, ce qui est déterminant n'est pas la dénomination du prononcé entrepris, mais le contenu de celui-ci (ATF 142 III 284 consid. 1.1.1; arrêt 4A_222/2015, précité, consid. 3.1.1).

2.2 Lorsqu'un tribunal arbitral, par une sentence séparée, écarte une exception d'incompétence, il rend une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP), quel que soit le nom qu'il lui donne (arrêt 4A_414/2012 du 11 décembre 2012 consid. 1.1). En vertu de l'art. 190 al. 3 LDIP, cette décision, que la partie défenderesse doit entreprendre immédiatement (ATF 130 III 66 consid. 4.3), ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral que pour les motifs tirés de la composition irrégulière (art. 190 al. 2 let. a LDIP) ou de l'incompétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP) du tribunal arbitral. Dans deux arrêts rendus en 2014, la I^{re} Cour de droit civil a indiqué que les griefs visés à l'art. 190 al. 2 let. c à e LDIP peuvent être aussi 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 composition ou la compétence du tribunal arbitral (ATF 140 III 477 consid. 1, 520 consid. 2.2.3), condition non réalisée dans le dernier arrêt cité (ibid.).

L'art. 186 al. 3 LDIP prévoit qu'en général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente. Cette disposition exprime certes une règle, mais celle-ci ne présente aucun caractère impératif et absolu, sa violation étant d'ailleurs dépourvue de sanction (arrêt 4A_222/2015, précité, consid. 3.1.2 et les références). Le tribunal arbitral y dérogera s'il estime que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément du fond (ATF 121 III 495 consid. 6d p. 503). En effet, comme il est tenu d'examiner sans réserve toutes les questions dont dépend sa compétence, lorsque celle-ci est contestée, il ne saurait faire application de la théorie de la double pertinence, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux qui ne seraient pas couverts par une convention d'arbitrage valable (ATF 141 III 294 consid. 5.3 et les arrêts cités).

2.3 Aux termes de l'art. 186 al. 2 LDIP, l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. Il s'agit là d'un cas d'application du principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2

al. 1 CC, qui régit l'ensemble des domaines du droit, y compris la procédure civile (cf. art. 52 du Code de procédure civile [CPC] du 19 décembre 2008; RS 272). Enoncée différemment, la règle posée à l'art. 186 al. 2 LDIP, à l'instar de celle, plus générale, de l'art. 6 de la même loi, implique que le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait. Dès lors, celui qui entre en matière sans réserve sur le fond (*vorbehaltlose Einlassung*) dans une procédure arbitrale contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal. Toutefois, le défendeur peut se déterminer à titre éventuel sur le fond, pour le cas où l'exception d'incompétence ne serait pas admise, sans que pareil comportement vaille acceptation tacite de la compétence du tribunal arbitral (ATF 128 III 50 consid. 2c/aa et les références).

3.

3.1 En vertu de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international peut être attaquée "lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompetent". Du texte de cette disposition, lu en parallèle avec celui de l'art. 190 al. 3 LDIP et considéré à la lumière des principes jurisprudentiels qui viennent d'être rappelés, il est possible de tirer les déductions indiquées ci-après.

Si le tribunal arbitral, examinant la question de la compétence à titre préalable, se déclare incompetent, mettant ainsi un terme à la procédure, il rend une sentence *finale* (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, 2015, n. 8.20; BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3^e éd. 2015, n. 704; pour un cas d'application en matière d'arbitrage d'investissement, cf. arrêt 4A_616/2015 du 20 septembre 2016). C'est dire que l'expression "statue sur sa compétence", qui figure à l'art. 186 al. 3 LDIP, est trop large en ce qu'elle paraît admettre la possibilité de constater l'incompétence du tribunal arbitral au moyen d'une décision incidente; aussi cette expression ne peut-elle viser que la décision incidente par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent (BERGER/KELLERHALS, *ibid.*).

La sentence partielle proprement dite, mentionnée à l'art. 188 LDIP, peut faire l'objet d'un recours immédiat aux mêmes conditions qu'une sentence finale. L'incompétence du tribunal arbitral qui l'a rendue est

ainsi l'un des griefs permettant de l'attaquer (art. 190 al. 2 let. b LDIP). En réalité, cette sentence non seulement peut, mais, qui plus est, doit être entreprise dans les trente jours suivant sa communication, sous peine de forclusion (arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008 consid. 2.3.1 et les références).

Le prononcé, rendu en cours de procédure, par lequel le tribunal arbitral se déclare expressément compétent, ce qui signifie que l'arbitrage se poursuivra, est une décision incidente, au sens de l'art. 190 al. 3 LDIP, contre laquelle un recours doit être intenté immédiatement, sous la même sanction (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *ibid.*). Il faut lui assimiler la sentence incidente ou préjudicielle dans laquelle le tribunal arbitral, sans se prononcer directement sur sa compétence, admet néanmoins celle-ci de manière implicite et reconnaissable par le fait même de régler une ou plusieurs questions préalables de procédure ou de fond (ATF 130 III 76 consid. 3.2.1 p. 80, 2^{ème} tiret et le précédent cité; arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008 consid. 2.3.1 et les références).

Quant à la simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance, elle n'est pas susceptible de recours, sauf circonstances exceptionnelles (arrêt 4A_596/2012, précité, consid. 3.3 - 3.7). En effet, la *ratio legis* de la réglementation touchant les décisions incidentes n'est pas d'obliger la partie défenderesse à attaquer n'importe quelle directive de procédure du tribunal arbitral dans le seul but de contester les pouvoirs de celui-ci (cf., au sujet des décisions émanant de la justice étatique, arrêt 4A_697/2016 du 14 mars 2017 consid. 1.6 et les références).

3.2 Le dénominateur commun de toutes ces décisions, hormis celles entrant dans la dernière catégorie citée, est qu'elles règlent une fois pour toutes la question de la compétence du tribunal arbitral, dans un sens ou dans l'autre. En d'autres termes, dans chacune d'entre elles, qu'il s'agisse d'une sentence finale, d'une sentence partielle ou d'une sentence incidente ou préjudicielle, le tribunal arbitral tranche définitivement cette question, en admettant ou en excluant sa compétence par une décision explicite ou un comportement procédural dont le caractère définitif s'imposera à lui ainsi qu'aux parties. Semblable caractère apparaît ainsi comme l'élément consubstantiel à l'ensemble de ces décisions, quels que soient l'objet et la forme de celles-ci. Dès lors, comme le Tribunal fédéral l'a déjà souligné relativement à l'art. 92 LTF, dans le cadre d'une procédure pénale, en exigeant qu'une décision séparée portant sur la compétence internationale tranche la

question de manière définitive pour pouvoir faire l'objet du recours prévu par cette disposition (ATF 133 IV 288 consid. 2.2), il n'est pas non plus possible de recourir devant lui contre une décision ne réglant que provisoirement le problème de la compétence d'un tribunal arbitral international (arrêt 4A_222/2015, précité, consid. 3.4).

3.2.1 Sans doute le devoir, qui est fait à la partie défenderesse, d'attaquer dès que possible la décision par laquelle le tribunal arbitral, statuant sur sa propre compétence conformément à l'art. 186 al. 1 LDIP, écarte l'exception d'incompétence soulevée par elle répond-il à des motifs d'économie de la procédure, s'agissant d'une question qui doit être tranchée, autant que faire se peut, sans attendre l'issue de la cause au fond. Cependant, il faut bien voir, sur un plan plus général, que la réglementation touchant les recours au Tribunal fédéral contre les décisions préjudicielles ou incidentes prises par les autorités cantonales de dernière instance obéit aux mêmes motifs: en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 1^{er} al. 1 LTF), le Tribunal fédéral ne devrait en principe connaître qu'une seule fois de la même affaire, à la fin de la procédure, à moins que l'on se trouve dans un cas où la loi autorise exceptionnellement, précisément pour des raisons d'économie de la procédure, un recours immédiat contre de telles décisions (ATF 133 III 629 consid. 2.1 p. 631). Qu'il puisse y avoir un certain antagonisme, en dépit de cette identité de motifs, entre, d'une part, l'intérêt des parties et/ou du tribunal arbitral à ne pas poursuivre l'instruction d'une cause dont l'autorité de recours pourrait sceller le sort en admettant le recours dirigé contre une décision incidente, même si la décision attaquée ne règle pas définitivement la question de la compétence du tribunal arbitral, et, d'autre part, celui de l'autorité de recours à ne pas devoir connaître d'une affaire à répétées reprises, en fonction des multiples questions relatives à la compétence pouvant être soumises successivement à l'examen du tribunal arbitral, n'est pas contestable. Pour arbitrer ce conflit d'intérêts, on mettra tout d'abord en évidence, d'un point de vue purement factuel, le risque d'abus que comporterait l'entrée en matière sur des décisions incidentes ne réglant pas définitivement la question de la compétence, tant il est vrai que, dans des arbitrages internationaux aux enjeux financiers considérables, comme celui dont il est ici question, la tentation serait grande, pour les parties défenderesses, de recourir systématiquement à la tactique dite du saucissonnage (*Salamitaktik*), afin de bloquer l'avancement normal de la procédure arbitrale par des manoeuvres consistant à invoquer successivement de multiples motifs d'incompétence préalablement à toute défense sur le fond, à tenter d'obtenir des décisions distinctes à

leur sujet, puis à attaquer chaque décision devant le Tribunal fédéral. On fera également observer que les motifs d'économie de la procédure seront souvent largement tempérés par les retards liés à d'éventuels recours immédiats (cf. déjà, *mutatis mutandis*: ATF 117 IA 88 consid. 3b p. 90), d'autant plus qu'en ce domaine, la procédure de recours fédérale devra souvent être suspendue en raison du dépôt, par la partie adverse, d'une requête tendant à la fourniture de sûretés en garantie de ses dépens, notamment lorsque la partie recourante n'aura pas de domicile fixe en Suisse et qu'elle ne pourra pas se prévaloir des dispositions d'un traité bilatéral ou multilatéral interdisant à son adversaire de lui réclamer pareille garantie (art. 62 al. 2 LTF). C'est sans compter, par ailleurs, que, dans les procédures de recours ayant pour objet des sentences arbitrales internationales, un double échange d'écritures (cf. art. 102 al. 3 LTF), souvent interrompu du reste par les fêtes judiciaires (art. 46 LTF), est de règle en pratique, sinon en droit. Il appert donc de ces remarques que le bénéfice escompté par les parties et/ou le tribunal arbitral d'un assouplissement de la jurisprudence en matière de saisine du Tribunal fédéral relativement à des décisions sur compétence ne réglant pas cette question une fois pour toutes reste à démontrer.

3.2.2 Ces considérations d'opportunité mises à part, des motifs d'ordre juridique s'opposent, quoi qu'il en soit, à l'adoption d'une telle solution, laquelle, faut-il le préciser, n'a apparemment pas fait l'objet de discussions au sein de la doctrine.

D'abord et surtout, le texte de la disposition topique, i.e. l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, constitue un argument incontournable en tant qu'il subordonne le droit de former un recours en matière civile au Tribunal fédéral à l'existence d'une décision (expresse ou implicite) par laquelle le tribunal arbitral n'a pas seulement réglé une ou plusieurs questions afférentes à sa compétence, mais encore "s'est déclaré (...) compétent ou incompétent". Or, le tribunal arbitral qui prend position sur l'un ou l'autre des différents moyens invoqués par la partie défenderesse pour étayer son exception d'incompétence, en renvoyant l'examen des moyens résiduels à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, ne rend aucune décision – positive ou négative – sur sa compétence à juger au fond les prétentions que la partie demanderesse a élevées devant lui. Qu'il écarte l'ensemble des moyens examinés par lui à titre préalable n'y change rien, puisqu'il n'est pas possible de dire, à ce stade de la procédure, s'il entrera finalement en matière sur le fond ou si l'analyse à venir de l'un ou l'autre des moyens non encore traités par lui le convaincra de se déclarer incompétent.

Ensuite, si l'on voulait tenter une comparaison, un tel prononcé s'apparenterait davantage à une décision préjudicielle, au sens de l'art. 93 al. 1 let. b LTF, qu'à une décision concernant la compétence, visée à l'art. 92 al. 1 LTF, car, si ce prononcé ne constate pas directement la compétence du tribunal arbitral saisi, l'admission d'un recours dirigé contre lui pourrait conduire immédiatement à une décision finale d'incompétence, pour autant que chacun des moyens alternatifs sous-tendant l'exception d'incompétence qui ont été écartés par le tribunal arbitral mène à ce résultat-là, et permettre d'éviter, le cas échéant, une procédure probatoire longue et coûteuse. Toutefois, la possibilité de recourir contre une sentence incidente ou préjudicielle ne dépend pas des conditions posées à l'art. 93 al. 1 LTF puisqu'aussi bien le texte de l'art. 77 al. 2 LTF, modifié à l'occasion de l'entrée en vigueur du CPC, le 1er janvier 2011, exclut, dans le recours en matière d'arbitrage (international ou interne), l'application des art. 90 à 98 LTF (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n^{os} 56/57 ad art. 77 LTF).

Au demeurant, sous l'angle de la sécurité du droit et, plus généralement, au regard du rôle dévolu à une cour suprême, la possibilité ne saurait être offerte aux parties et/ou au tribunal arbitral d'imposer au Tribunal fédéral, pour des raisons tactiques notamment, de connaître, à plusieurs reprises, d'une même affaire par le simple fait de conduire la procédure arbitrale de telle ou telle manière.

Enfin, s'agissant du principe de l'économie de la procédure, ce serait aller à l'encontre de l'objectif assigné au pouvoir judiciaire par le pouvoir législatif que de privilégier l'application dudit principe dans la procédure arbitrale par rapport à son application dans la procédure de recours fédérale, quitte à tolérer qu'une méthode privée de règlement des conflits à caractère international, n'intéressant de surcroît qu'un nombre restreint d'initiés en Suisse, puisse interférer avec la mission première du Tribunal fédéral qui consiste à assurer l'application uniforme du droit fédéral et à garantir le respect des droits fondamentaux (ALAIN WURZBURGER, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n^o 13 ad art. 1^{er} LTF).

3.3 En l'espèce, le Tribunal arbitral, dans son *Interim Award on Jurisdiction* du 18 janvier 2017, a certes écarté de manière définitive trois des cinq motifs alternatifs avancés par la recourante à l'appui de son exception d'incompétence. Il ne s'est, toutefois, pas prononcé sur les deux autres, qu'il a décidé de traiter avec la cause au fond (ch. 5 du dispositif de la sentence incidente sur compétence). Force est ainsi

de constater qu'il ne s'est pas encore déclaré compétent ou incompétent au sens de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. On ne peut donc pas exclure, en l'état, que, nonobstant la décision incidente favorable à la demanderesse et intimée au recours qu'il a rendue sur les points examinés par lui, le tribunal arbitral en vienne finalement à se déclarer incompétent, après avoir analysé les deux derniers motifs étayant l'exception d'incompétence, et refuse, partant, d'entrer en matière. Dans cette hypothèse, et sous réserve que cette décision finale d'incompétence ne soit pas erronée, la Cour de céans, si elle était entrée en matière sur le présent recours et l'avait rejeté, aurait effectué en vain un important travail consistant à examiner les délicates questions que soulèvent les griefs articulés par la recourante à l'encontre de la mise à l'écart de trois des cinq motifs d'incompétence invoqués par elle.

Il suit de là que le présent recours n'est pas recevable.

La recourante évoque incidemment la possibilité d'une suspension de la procédure de recours jusqu'au moment où le Tribunal arbitral aura statué définitivement sur sa propre compétence. Cependant, le précédent qu'elle cite à ce propos – une ordonnance présidentielle rendue le 29 novembre 2007 dans la cause 4A_306/2007 – n'est pas topique et celui qui l'est – une ordonnance de la 1^{re} Cour de droit civil du 23 juillet 2014 dans la cause 4A_118/2014 – vise la situation bien différente dans laquelle le point de savoir si le tribunal arbitral était compétent ou non dépendait de la réponse à donner à une question préjudicielle de droit étranger qui se posait dans une affaire pendante devant le tribunal étranger compétent pour l'application de ce droit. Il n'y a donc aucune raison qui justifierait de suspendre la procédure fédérale de recours, semblable mesure ne devant d'ailleurs être prise qu'à titre exceptionnel afin d'éviter qu'un dossier ne reste ouvert devant le Tribunal fédéral durant une période pouvant s'avérer longue.

Il va sans dire que, lorsque le Tribunal arbitral aura statué définitivement sur sa compétence, sa décision pourra être attaquée par la recourante, y compris à l'égard des trois motifs d'incompétence ayant été écartés dans la sentence incidente sur compétence du 18 janvier 2017, sans que l'intéressée puisse se voir imputer un comportement contraire aux règles de la bonne foi (cf. consid. 2.3 ci-dessus).

4.

La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Pour fixer le montant de l'émolument judiciaire, le Tribunal fédéral tiendra compte, d'une part, des énormes intérêts financiers en jeu, mais aussi, d'autre part, du fait que la sentence attaquée ne constitue qu'une décision incidente ne mettant pas un terme au litige sur le fond et de ce que la question de compétence réglée ici n'avait pas encore été examinée à ce jour par le Tribunal fédéral.

L'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer sur le recours, n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est irrecevable.

2.

Un émolument judiciaire de 100'000 fr. est mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au président du Tribunal arbitral.

Lausanne, le 20 juillet 2017

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente:



Kiss

Le Greffier:



Carruzzo

