

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Chambre commerciale internationale

PÔLE 5 - CHAMBRE 16

ARRET DU 28 JUIN 2022

(n° 66 /2022 , 16 pages)

RENOI APRÈS CASSATION

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 20/05699 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CBWJF

Décisions déferées à la Cour :

- ordonnance du 22 octobre 2015 ayant conféré l'exéquatur à une sentence rendue à New Dehli sous l'égide de la CCI le 14 septembre 2015

APPELANTE

Société ANTRIX CORPORATION LIMITED

société de droit indien

ayant son siège social : [Adresse 1] (INDE)

prise en la personne de son représentant légal,

Représentée par Me Jean-Claude CHEVILLER, avocat postulant du barreau de PARIS, toque : D0945 et assistée par Me Olivier LOIZON de l'AARPI VIGUIE SCHMIDT & ASSOCIES, avocat plaidant du barreau de PARIS, toque : R0145

INTIMEE

Société DEVAS MULTIMEDIA PRIVATE LIMITED

société de droit indien à responsabilité limitée

ayant son siège social : [Adresse 2] (INDE)

prise en la personne de son Président,

Représentée par Me Luca DE MARIA de la SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE, avocat postulant du barreau de PARIS, toque : L0018 et assistée par Me Jacques BOUYSSOU de la SELARL ALERION SOCIETE D'AVOCATS, avocat plaidant du barreau de PARIS, toque : K0126

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 23 Mai 2022, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. François ANCEL, Président

Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère

Mme Marie-Catherine GAFFINEL, Conseillère

qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience par M. François ANCEL dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Najma EL FARISSI

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par François ANCEL, Président et par Najma EL FARISSI, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

I/ FAITS ET PROCÉDURE

1-La société Antrix Corporation Limited (ci-après 'Antrix ») est une société nationale de droit indien, créée en 1992, qui a pour objet la promotion et la commercialisation des produits et services de l'agence spatiale indienne (Indian Space Research Organisation, « ISRO »), elle-même rattachée au département de l'espace (Department of Space, « DOS »).

2-La société Devas Multimedia Private Limited (ci-après « Devas ») est une société de droit indien constituée en 2004 qui a notamment pour activité le développement de services de diffusion audiovisuelle et d'accès haut-débit sans fil pour le marché indien, constituée en 2004 par la société Deutsche Telecom Asia Pte Ltd et divers investisseurs mauriciens.

Faits

3-Le 28 janvier 2005, la société Antrix a conclu avec la société Devas un contrat dont l'objet était la location à la société Devas de capacités en transpondeur de deux satellites qui devaient être construits, lancés et opérés par l'agence spatiale ISRO.

4-Aux termes du contrat, la société Devas s'est vu octroyer par la société Antrix le bénéfice des droits d'exploitation à des fins commerciales d'un certain spectre de fréquences hertziennes, pour une durée de 24 ans (12 ans renouvelable), en contrepartie duquel la société Devas s'engageait à effectuer un versement initial de 20 millions de dollars par satellite (Upfront Capacity Reservation Fees) et à payer des redevances annuelles d'un montant de 9 à 11,25 millions de dollars, une fois les satellites devenus opérationnels.

5-Le 25 février 2011, la société Antrix a notifié la résiliation du contrat à la société Devas en se fondant sur les articles 7(c) et 11 (force majeure) du contrat, invoquant la décision du Gouvernement indien de réserver la fréquence hertzienne à des activités stratégiques.

6-Le 15 avril 2011, la société Antrix a restitué l'intégralité du versement initial perçu. La société Devas a cependant refusé ce paiement en soutenant que le contrat était toujours en vigueur.

7-La société Devas a déposé, en application de la clause d'arbitrage stipulée à l'article 20 du contrat, une demande d'arbitrage le 29 juin 2011 devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) aux fins d'être indemnisée des conséquences de la résiliation du contrat qu'elle estimait illicite.

8-Estimant que cette clause compromissaire organisait un arbitrage ad hoc dans lequel le règlement CCI ne devait intervenir qu'après désignation du tribunal arbitral et sans que les organes de la CCI aient été investis d'un pouvoir d'administration de l'arbitrage, la société Antrix a objecté à plusieurs reprises à la constitution d'un tribunal arbitral selon le règlement de la CCI et a informé la société Devas avoir désigné le nom de son arbitre pour la mise en place d'un arbitrage ad hoc (Mme [J] V. [K], ancien juge à la Cour suprême indienne). Elle a saisi le juge d'appui

indien aux fins de voir désigner un arbitre pour la société Devas. La Cour suprême de l'Inde a finalement rejeté cette requête le 10 mai 2013.

9-La CCI a estimé que cette difficulté devait être tranchée par la Cour d'arbitrage de la CCI.

10-Le 19 août 2011, la CCI a informé les parties de la décision, prise par la Cour de la CCI sur le fondement de l'article 6(2) du Règlement CCI, de poursuivre l'arbitrage.

11-Par courrier du 13 octobre 2011, la CCI a informé les parties que Monsieur [V] [C] avait accepté sa désignation en qualité d'arbitre par Devas tandis que Monsieur [H] avait été désigné, par la CCI, en qualité d'arbitre pour le compte d'Antrix.

12-Le Tribunal arbitral a été constitué le 10 novembre 2011, la CCI ayant nommé le président du tribunal arbitral.

13-Le 14 septembre 2015, le tribunal arbitral, composé de trois arbitres, Messieurs [C] et [H], arbitres et Monsieur [S], président, a rendu sa sentence à New Delhi, se déclarant compétent et jugeant la résiliation du contrat illicite, et condamnant la société Antrix à payer à la société Devas la somme de 562,5 millions USD outre intérêts (somme qui s'élève aujourd'hui à 1,5 milliards de USD) de dommages-intérêts pour avoir abusivement résilié le contrat.

14-S'agissant des frais, le tribunal arbitral a jugé que chaque partie devait supporter ses propres frais d'arbitrage (notamment les frais d'expert et de conseil juridique) et que les frais du Tribunal Arbitral et de la CCI devaient être partagés à parts égales par les parties, faisant application de la convention d'arbitrage.

Procédure

15-La sentence a été revêtue de l'exequatur en France par une ordonnance rendue le 22 octobre 2015 par le président du tribunal de grande instance de Paris, dont la société Antrix a interjeté appel le 9 février 2016. L'exequatur de cette sentence a également été accordé aux Etats-Unis par décision du 27 octobre 2020 rendue par la United States District Court for the Western District of Washington.

16-Par un arrêt en date du 27 mars 2018, la cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance du 22 octobre 2015 ayant conféré l'exequatur à la sentence rendue à New Delhi le 14 septembre 2015.

17-S'agissant du moyen invoqué par la société Antrix tiré de ce que le tribunal arbitral désigné par la Cour de la CCI était incompétent et irrégulièrement composé dès lors que le contrat prévoyait un arbitrage ad hoc, la cour d'appel a considéré que ce moyen était irrecevable, la société Antrix étant réputée y avoir renoncé à défaut d'avoir invoqué cette irrégularité devant le tribunal arbitral.

18-Statuant sur le pourvoi formé par la société Antrix à l'encontre de cet arrêt, la Cour de cassation a, par un arrêt du 4 mars 2020, cassé et annulé en toutes les dispositions l'arrêt du 27 mars 2018, et renvoyé les parties devant la

cour d'appel de Paris autrement composée.

19-La Cour de cassation a énoncé qu'en statuant ainsi la cour d'appel avait violé les articles 1466 et 1506,3° du code de procédure civile « alors que l'invocation par la société Antrix, devant le tribunal arbitral, du caractère pathologique de la clause prévoyant une procédure d'arbitrage conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la CNUDCI emportait nécessairement contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCI, dès lors que l'option alternative du choix des règles de la CNUDCI offerte par la clause impliquait un arbitrage ad hoc, exclusif d'un arbitrage institutionnel, de sorte que l'argumentation soutenue devant le juge de l'exequatur, selon laquelle la clause d'arbitrage viserait un arbitrage ad hoc sans intervention de la CCI dans la désignation du tribunal arbitral, n'était pas contraire à celle développée devant celui-ci, (') ».

20-La société Antrix a saisi la Cour d'appel de renvoi par déclaration en date du 23 mars 2020.

21-La clôture a été prononcée le 26 janvier 2021. L'affaire devait être plaidée sur le fond, selon le calendrier fixé antérieurement, le 1er février 2021.

22-A l'audience du 1er février 2021, il a été porté à la connaissance de la cour que le 19 janvier 2021, à la demande de la société Antrix, un liquidateur temporaire (« Provisional Liquidator ») en la personne de Monsieur [B], avait été désigné dans le cadre d'une procédure de liquidation ouverte en Inde à l'égard de la société Devas. Eu égard à cette situation nouvelle, l'affaire a été renvoyée pour faire le point sur la situation de la société Devas au regard de la désignation de ce liquidateur.

23-Par des conclusions signifiées le 23 février 2021, les sociétés CC/Devas, Telcom Devas Mauritius Limited et Devas Employees Mauritius (ci-après « les actionnaires de la société Devas ») ont introduit devant la Cour une demande aux fins de révocation de l'ordonnance de clôture et d'intervention accessoire au soutien des prétentions existantes formulées par la société Devas.

24-Lors d'une conférence qui s'est tenue le 23 février 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 avril 2021 pour plaider sur la révocation de l'ordonnance de clôture, l'interruption de l'instance et l'intervention volontaire.

25-Par conclusions notifiées par voie électronique le 7 avril 2021, la société Devas Multimédia America Inc a également introduit une demande devant la Cour aux fins d'intervention volontaire principale et les actionnaires de la société Devas ont sollicité leur intervention volontaire à titre principal.

26-A l'audience du 8 avril 2021, l'affaire a été renvoyée à celle du 24 juin 2021. A cette date, un nouveau calendrier a été fixé pour une plaidoirie prévue le 8 février 2022.

27-Le 25 mai 2021, le National Company Law Tribunal de Bangalore en Inde a rendu un jugement plaçant la société Devas en liquidation judiciaire et désignant Monsieur [B] comme liquidateur, confirmé le 8 septembre

2021 par le National Company Law Appellate Tribunal de Chennai.

28-Le 23 septembre 2021, Monsieur [B] a régularisé, en sa qualité de liquidateur de la société Devas Multimedia, des conclusions d'intervention volontaire aux fins d'assister cette dernière et d'en représenter les intérêts conformément au jugement précité rendu le 25 mai 2021.

29-La Cour suprême de New Delhi a rejeté par décision du 17 janvier 2022 le recours formé contre cette décision.

30-Statuant sur les demandes d'interventions volontaires et de révocation de l'ordonnance de clôture, la Cour a, par arrêt du 22 mars 2022, déclaré irrecevables l'intervention volontaire de Monsieur [B] ès-qualités, l'intervention volontaire à titre accessoire et à titre principal des sociétés CC/Devas, Telcom Devas Mauritius Limited et Devas Employees Mauritius (ci-après « les actionnaires de la société Devas ») ainsi que l'intervention à titre principal de la société Devas Multimedia America Inc, rejeté la demande de révocation de l'ordonnance de clôture et renvoyé l'affaire pour être plaidée sur le fond à l'audience de plaidoirie du 23 mai 2022.

II/ PRÉTENTIONS DES PARTIES

31-Aux termes de ses dernières conclusions au fond notifiées par voie électronique en date du 7 janvier 2021 la société Antrix demande à la Cour de bien vouloir :

- Infirmer l'ordonnance entreprise ;
- Condamner la société Devas Multimedia Private Limited à lui verser la somme de 100 000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- Condamner la société Devas Multimedia Limited aux entiers dépens.

32-Aux termes de ses dernières conclusions au fond notifiées par voie électronique en date du 19 janvier 2021 la société Devas demande à la Cour, au visa de l'article 1520 CPC, de bien vouloir :

- Déclarer le moyen d'appel soumis par la société Antrix et tiré du caractère administré de l'arbitrage par la CCI irrecevable et, subsidiairement, mal fondé ;
- Juger mal fondé l'appel formé par la société Antrix à l'encontre de l'ordonnance d'exequatur du 22 octobre 2015 de la Sentence rendue dans l'affaire CCI n°18051/CYK le 14 septembre 2015 ;

- Confirmer l'ordonnance d'exequatur du 22 octobre 2015 ;

- Condamner la société Antrix à payer à la société Devas la somme de 500.000 euros au titre de l'article 700 du CPC ;

- Condamner la société Antrix aux entiers dépens.

III/ MOTIFS DE LA DECISION

Sur la recevabilité du moyen d'appel tenant à l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (arbitrage institutionnel au lieu d'un arbitrage ad hoc) (art. 1466 CPC)

33-La société Devas fait valoir que les griefs tenant à ce que le tribunal arbitral aurait été irrégulièrement constitué par la CCI, que la CCI serait intervenue en l'absence d'une convention d'organisation d'arbitrage et que la nomination du co-arbitre de la société Antrix et du président seraient irrégulières, sont irrecevables faute d'avoir été soulevés devant le tribunal arbitral, la société Antrix s'étant contentée de soulever le supposé caractère pathologique (i.e., incompétence de tout tribunal arbitral) de la clause compromissoire.

34-Elle précise que si le moyen pris du caractère nécessairement ad hoc de l'arbitrage a pu être effectivement soulevé par la société Antrix avant son recours devant le juge de l'exequatur, ce n'était que devant le Secrétariat et la Cour de la CCI, c'est-à-dire avant la constitution du Tribunal Arbitral étant précisé que devant le tribunal arbitral, elle n'a soutenu qu'un moyen distinct tiré du caractère pathologique de la clause compromissoire c'est-à-dire une clause dont la rédaction ne permet pas de déterminer la volonté commune des parties de soumettre le litige à l'arbitrage car se référant tant au règlement d'arbitrage de la CCI qu'au règlement CNUDCI.

35-Elle ajoute que ces deux moyens sont en tout état de cause incompatibles et contradictoires puisque l'un vise à contester la mise en 'uvre concrète de la clause compromissoire et, plus particulièrement, l'intervention de la CCI dans ce cadre sur le fondement de l'article 1520, 2° du code de procédure civile, tandis que l'autre revient à contester, en amont, l'existence même de toute convention d'arbitrage entre les parties [clause pathologique] sur le fondement de l'article 1520, 1° du même code.

36-Elle fait valoir que la solution retenue par la cour d'appel qui a considéré que la société Antrix, avait abandonné le grief tenant à ce que le tribunal était mal constitué en raison du fait qu'il aurait dû s'agir d'un arbitrage ad hoc doit être confirmée, et reproche à la Cour de cassation d'avoir dénaturé les faits et adopté une interprétation excessivement souple de l'article 1466 CPC qui va à l'encontre de la jurisprudence de la présente cour en la matière.

37-Elle expose à ce titre que s'il n'est pas contesté que la société Antrix a soulevé, dès le début, le grief tiré de ce que la clause prévoirait uniquement un arbitrage ad hoc, celle-ci a ensuite décidé de l'abandonner, tel qu'il ressort notamment de son Statement of Defense du 15 novembre 2013 (§ 71-77), de son Rejoinder en date du 1er août 2014 (§ 47-58) et des transcripts d'audience, au profit de celui relatif à l'incompétence du tribunal en raison du

caractère pathologique de la clause. Elle soutient ainsi que le cas de l'espèce va au-delà de la simple abstention de soulever un moyen mais met en jeu la question de la renonciation d'une partie à soulever devant le tribunal un moyen.

38-Elle s'oppose également à l'argument retenu par la Cour de cassation selon lequel le fait d'invoquer devant le tribunal arbitral le caractère pathologique de la clause (art. 1520, 1°) emporterait nécessairement une contestation sur la constitution du tribunal arbitral (art. 1520, 2°) alors qu'il s'agit de deux principes distincts, et que si la société Antrix avait entendu le faire, elle n'aurait pas abandonné son moyen relatif à la constitution du tribunal.

39-Elle considère ainsi que la société Antrix qui a fait le choix délibéré de ne pas articuler devant le Tribunal Arbitral son moyen pris du caractère nécessairement ad hoc de l'arbitrage et, partant, de la constitution irrégulière du Tribunal Arbitral sous l'égide de la CCI, doit être réputée avoir renoncé à s'en prévaloir dans le cadre du présent recours contre l'ordonnance.

40-En réponse, la société Antrix soutient en premier lieu que la société Devas est elle-même irrecevable en son moyen dès lors que dans le cadre de ses conclusions déposées devant la Cour lors de la précédente instance la société Devas a reconnu que la société Antrix avait bien contesté dans ses mémoires tant les conditions de constitution que la compétence du tribunal. Elle considère que le fait d'affirmer désormais le contraire est constitutif d'un estoppel.

41-Elle ajoute que le fait de l'avoir reconnu constitue un aveu judiciaire qui doit pleinement faire foi et que dès lors qu'il est établi qu'elle avait contesté devant le tribunal arbitral « la manière dont le Tribunal Arbitral avait été constitué », pour reprendre les termes de la société Devas, elle s'estime recevable à invoquer ce cas d'ouverture devant la Cour par quelque moyen que ce soit, y compris un moyen ou argument non invoqué devant les arbitres.

42-La société Antrix expose qu'elle s'est vue imposer un arbitrage CCI contre sa volonté, et qu'elle n'a alors eu d'autre choix que de participer à l'instance. Elle soutient que ses objections sur la constitution du tribunal ayant été ignorées par l'organe ayant pris en charge ce processus, elle a devant les arbitres développé une seconde argumentation, subsidiaire, tenant à l'incompétence du tribunal arbitral en raison du caractère pathologique de la clause compromissaire, sans jamais renoncer à sa première objection ignorée par la CCI qu'elle a réitérée devant le tribunal arbitral (notamment dans un courrier du 29 septembre 2013 et son mémoire en duplique).

43-Elle précise que sa contestation a porté sur la légitimité de la CCI à administrer l'arbitrage, ce qui selon elle avait pour conséquence que le tribunal était irrégulièrement constitué et/ou incompétent (ce qu'elle considère comme étant la même chose).

44-Elle fait enfin valoir que, de manière surabondante, le moyen invoqué devant la Cour est identique à celui invoqué devant les arbitres, de sorte que son moyen est recevable.

SUR CE,

Sur la renonciation opposée à la société Antrix ;

45-Aux termes de l'article 1466 du code de procédure civile « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

46-S'il résulte de cet article que c'est au regard de l'argumentation développée devant les arbitres, et non des péripéties procédurales antérieures ou parallèles à l'instance arbitrale, qu'il convient d'apprécier si une partie est réputée avoir renoncé à se prévaloir d'une irrégularité, cette présomption ne peut résulter de la seule qualification retenue par le tribunal de l'argumentation faite devant lui. En outre, si une renonciation est alléguée, encore faut-il qu'elle ne soit pas équivoque.

47-En l'espèce, il n'est pas contesté que la société Antrix a contesté dès le départ le choix de la société Devas de recourir à un arbitrage placé sous l'égide de la CCI estimant que la clause compromissoire ne pouvait être interprétée en ce sens et supposait au contraire la mise en place d'un arbitrage ad hoc. Elle a ainsi engagé une action devant les juridictions indiennes afin de mettre en place un tel arbitrage ad hoc et adressé plusieurs courriers en ce sens au secrétariat de la CCI pour contester l'implication de celle-ci dans la désignation des arbitres et l'administration de l'arbitrage.

48-Si devant le tribunal arbitral, notamment dans son mémoire en défense déposé le 15 novembre 2013, la société Antrix a contesté la « compétence » du tribunal arbitral en considérant que la société Devas n'avait pas la possibilité de choisir le règlement de la CCI lorsqu'elle a engagé la procédure d'arbitrage (« Devas was not entitled to select the ICC rules when commencing this arbitration »), elle renvoyait dans une note en bas de page de son mémoire (page 56 note 145) à un exposé des faits relatifs à la question de la compétence présentés dans un courrier du 29 septembre 2013, dont le tribunal était donc saisi, et dans lequel elle exposait que « il s'ensuit que l'invocation du Règlement CCI par Devas et la décision de la CCI d'administrer l'affaire par application du Règlement, en dépit de nouveau de l'objection d'Antrix, ont résulté en (a) un Tribunal constitué en dérogation de l'accord des parties et (b) un arbitrage régi par un Règlement qui n'a pas fait l'objet d'un accord valable entre les parties ou choisi dans le cadre d'un processus judiciaire en vertu de l'Arbitration and Conciliation Act, 1996 ».

49-Il ressort en outre de son mémoire en duplique du 1er août 2014 que la société Antrix a également soumis cet argument au tribunal arbitral. Contestant la thèse de la société Devas, elle expose dans ce mémoire que « en d'autres termes, la question de la constitution régulière du tribunal et de sa compétence sont désormais portées devant ce tribunal' » (« in other words, the issue of the appropriateness of the constitution of this tribunal and its jurisdiction is now properly before this Tribunal (') » (§49).

50-Elle expose en outre que « ' Dès l'origine, la position d'Antrix était que le tribunal arbitral devait être constitué par les parties suivant l'article 20(a) du Contrat et qu'aucune des parties n'avait le droit de choisir unilatéralement les règles applicables à l'arbitrage. En dépit de ces objections, et en dépit du fait que la CCI semblait avoir compris d'emblée qu'elle ne pouvait agir en l'absence d'accord des parties sur l'application du Règlement CCI, la CCI a agi,

en constituant le tribunal au mépris de l'objection d'Antrix » (§59).

51-La contestation de la régularité de la constitution du tribunal arbitral avait donc bien été soumise au tribunal quand bien même la société Antrix a ensuite articulé dans ce mémoire son argumentation principalement sur la question de l'inefficacité de la clause, à défaut pour celle-ci de prévoir que le choix entre un arbitrage CCI et un arbitrage CNUDCI peut résulter unilatéralement de l'une des parties ou d'un accord complémentaire entre les parties. Elle considérait ainsi qu'une « clause d'arbitrage qui ne permet pas d'identifier clairement le règlement de procédure applicable est assimilée à une clause pathologique » (« An arbitration clause that fails to clearly identify one set of applicable arbitral rules is commonly referred to as a « pathological clause ») (§73).

52-De même, la société Devas, dans son mémoire en réplique du 24 mars 2014, ne se contente pas de contester l'argumentation relative au choix entre un arbitrage ICC et un arbitrage CNUDCI mais aussi de soutenir que l'interprétation de la clause 20 du contrat doit conduire à considérer que « le règlement CCI (s'il est choisi ou alternativement avec le règlement CNUDCI) ne doit pas seulement régir l'audience mais aussi la désignation des arbitres, contredisant l'argument avancé par Antrix selon lequel le règlement devait être choisi après que le tribunal ait été constitué » (« ICC rules (if chosen, or alternatively, the UNCITRAL Rules) must govern not merely the hearing, but also the nomination and appointment of arbitrators, putting lie to the argument advanced by Antrix that that the rules would have to be selected after appointment of the tribunal » (§79), ajoutant que « les règles de désignation et de constitution de la CCI et de la CNUDCI s'appliquent depuis le début de la procédure et ne laissent aucune place à un processus de désignation par des juridictions nationales » « The appointment and constitution procedures in the ICC and UNCITRAL rules apply from the inception of the proceedings and leave no room for interference in the appointment process by the national courts of any courts (!) » (§81).

53-La société Devas y relate aussi le caractère contradictoire pour la société Antrix d'une part, de ne pas contester le fait que la clause compromissoire caractérise la volonté commune des parties de soumettre leur litige à un arbitrage et d'avoir sur le fondement de cette même clause agi devant les juridictions indiennes aux fins de voir désigner un arbitre pour la société Devas et d'autre part, de soutenir le caractère pathologique de la clause devant le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI « qui implique qu'il n'existe aucun consentement à l'arbitrage ou que la clause d'arbitrage est si confuse et défectueuse qu'aucune tentative pour justifier un tel consentement ne peut aboutir » (« Which implies that no agreement to arbitrate at all exists or that the clause is so confused and defective that no attempt at finding such an agreement could succeed ») (§82).

54-La société Devas ajoute que l'interprétation de la clause selon la société Antrix ignore le fait que « l'une des caractéristiques des règlements CCI et CNUDCI est qu'un tribunal arbitral n'existe pas tant qu'il n'a pas été désigné et constitué conformément à ces règlements. Si ces règles n'ont pas été respectées, aucun tribunal arbitral ne dispose du pouvoir d'émettre des décisions ou des sentences qui s'imposent en application de ces mêmes règlements » (« one of the threshold features of both ICC and UNCITRAL rules is that a tribunal does not even exist until it has been appointed and constituted pursuant to the rules. If the procedures are not followed, there is no arbitral tribunal with power to make binding rulings or awards pursuant to those same rules » (§ 86).

55-Il résulte de ces éléments que, sans qu'il puisse lui être opposé un quelconque estoppel ou même un aveu judiciaire, la société Devas a, elle-même, devant le tribunal arbitral, articulé sa réponse tant sur le caractère pathologique de la clause que sur la question de la constitution du tribunal arbitral de sorte que le tribunal arbitral était bien saisi sous la qualification d'un moyen tiré de la compétence de cette question sous ses deux aspects,

quand bien même elle était qualifiée par les parties comme relevant d'une question portant sur la compétence.

56-II ressort de ces éléments que l'invocation par la société Antrix devant le tribunal arbitral du caractère pathologique d'une clause compromissive emportait aussi contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral, ce dont le tribunal était aussi saisi.

57-A cet égard, le tribunal arbitral a aussi regroupé tous les arguments de la société Antrix comme relevant d'une question de « compétence », incluant sous cette qualification ceux-là même qu'elle avait formés devant le secrétariat de la CCI ou la Cour de la CCI puisque dans le paragraphe 10 de sa sentence il énonce que « A l'origine, Antrix n'a pas participé à cet arbitrage. Elle a nié la compétence du tribunal, a engagé un arbitrage distinct relatif au contrat Devas conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI ('.) ». De même dans son paragraphe 11 de sa sentence, le tribunal arbitral expose que « Depuis lors Antrix a participé au présent arbitrage, bien qu'elle soutienne que le tribunal n'est pas compétent ».

58-De même, au paragraphe 40 de sa sentence, le tribunal arbitral rappelle que « le 11 septembre 2013, Antrix a demandé à ce que certaines questions juridiques soient résolues à titre de questions préliminaires ' à savoir si le tribunal était compétent pour trancher sur les demandes de Devas (') ».

59-Lorsqu'il aborde cette question dans les paragraphes 139 et suivants, le tribunal arbitral continue de qualifier ces arguments comme étant des questions relevant de la « compétence » tout en expliquant en note en bas de page n°187 que plusieurs « arguments » sur la compétence ont été présentés par la société Antrix. Il indique ainsi que « Avant qu'Antrix ne participe dans le présent arbitrage, elle a présenté d'autres arguments sur la compétence, qui sont dans l'acte de mission. Aucun de ces arguments n'a été présenté dans le cadre du présent arbitrage. Comme indiqué dans l'argumentation sommaire d'Antrix 'en l'espèce, la question de compétence tourne autour de savoir si la clause d'arbitrage est une clause d'arbitrage CCI' ».

60-II résulte de ces éléments que le tribunal arbitral a lui-même regroupé sous la question de la « compétence » l'ensemble des arguments présentés par la société Antrix, en ce compris celui qui portait sur la constitution du tribunal sous l'égide du Règlement de la CCI. Le fait que le tribunal n'ait finalement abordé dans sa sentence et répondu que sur le caractère pathologique de la clause, sans revenir sur la question plus spécifique de la faculté de recourir à un arbitrage CCI pour constituer le tribunal, ne suffit pas à considérer que la société Antrix avait renoncé en connaissance de cause à ces arguments.

61-A cet égard, contrairement à ce que soutient la société Devas, il ne résulte pas des extraits des transcripts de l'audience qui s'est tenu le 19 décembre 2014 une telle renonciation de la société Antrix.

62-II ressort de ces transcriptions que le conseil de la société Antrix répond à une interrogation du président du tribunal sur la contradiction entre les différents moyens soulevés à différentes étapes de la procédure par la société Antrix en ce sens :

« J'ai pris note du problème et honnêtement, je comprends l'apparente incohérence d'essayer d'appliquer une clause d'arbitrage CNUDCI alors que le motif porte sur le fait que le demandeur n'aurait pas dû essayer

d'appliquer une clause d'arbitrage CCI. Cela est probablement un peu « donnant-donnant », et je ne sais pas, je n'étais pas impliqué dans la stratégie derrière cette décision. Ce que la juridiction a dit c'est que non, ce n'est pas une clause d'arbitrage CNUDCI, tout comme de notre point de vue ce n'est pas une clause d'arbitrage CCI.

Ce qui nous ramène au début. Si les parties ont toutes deux eu tort de recourir unilatéralement à l'arbitrage sans accord, ceci ne rend pas une clause d'arbitrage opérationnelle. De ce fait je pense que cela nous renvoie à une clause « pathologique » qui nécessite, comme cela était expliqué de manière très claire d'ailleurs, autant au Liban qu'en Chine, afin d'être efficace, un accord supplémentaire entre les deux parties sur l'une des deux institutions à choisir ou à sélectionner. Cela reste la meilleure réponse que je puisse fournir sur ce que constitue l'incohérence de mon point de vue en l'espèce. »

[version anglaise : « I've noted the argument and, frankly, I understand the apparent inconsistency of trying to enforce an UNCITRAL arbitration clause when the argument is that the Claimant should not have tried to enforce the ICC arbitration clause. This could be a little bit of a tit-for-tat perhaps, and I don't know, I was not involved in the strategy behind that decision. What the court said is that no, it's not an UNCITRAL arbitration clause just like this, in our view, is not an ICC arbitration clause. That brings us back to the beginning. If both parties were wrong in unilaterally invoking arbitration without an agreement, that does not make this an operative arbitration clause, so I think that brings us back to a pathological clause that required, as was explained, very clearly actually, in both Lebanon and China, in order to be effective, a further agreement of the parties as to which of the two institutions to choose or to select. That's the best I can do in terms of answering what I see is the inconsistency there »].

63-Ces seuls propos, qui visent essentiellement à répondre à une potentielle inconciliabilité entre un argument consistant à contester le caractère pathologique d'une clause et l'attitude parallèle de la société Antrix de s'appuyer sur cette clause pour solliciter la mise en place d'un arbitrage ad hoc (CNUDCI), ne permettent pas d'en déduire une renonciation expresse de la société Antrix à son argument sur la constitution irrégulière du tribunal arbitral qu'elle avait rappelé dans son mémoire en duplique comme indiqué ci-dessus et qui était indistinctement lié et qualifié comme une question de compétence.

64-En tout état de cause, ces propos ne caractérisent pas une renonciation de la société Antrix au caractère ad hoc de l'arbitrage, lequel argument impliquait à lui seul une contestation de la régularité de la constitution du tribunal arbitral.

65-Ainsi, au regard de circonstances de l'espèce, il ne peut être considéré que la société Antrix ait renoncé à son argument tiré de l'impossibilité de mettre en 'uvre un arbitrage sous l'égide du règlement CCI, quand bien même cet argument a été qualifié par le tribunal arbitral comme relevant de la compétence, et que la société Antrix devant le juge du recours, estime que cet argument relève d'une question de constitution irrégulière du tribunal arbitral.

66-Il convient en conséquence de rejeter la fin de non-recevoir soulevée par la société Devas et de considérer que la société Antrix est recevable à présenter devant la Cour un moyen tiré de la constitution irrégulière du tribunal arbitral.

Sur le bien-fondé du moyen tiré de ce que le tribunal arbitral s'est à tort déclaré compétent et a été

irrégulièrement constitué ;

67-La société Antrix soutient en premier lieu que le tribunal arbitral s'est à tort déclaré compétent et a été irrégulièrement constitué dès lors qu'une lecture raisonnable de la clause litigieuse, le cas échéant selon le « Reasonable Business Person Test » invoqué par la société Devas, conduit à y voir la volonté de recourir à un arbitrage ad hoc plutôt que celle de mettre en place une option entre arbitrage (institutionnel) CCI et (ad hoc) CNUDCI.

68-Elle considère que la clause d'arbitrage doit s'interpréter comme permettant le recours à un arbitrage ad hoc uniquement et non pas institutionnel et qu'aucune option n'est prévue entre les deux types d'arbitrage de sorte que la CCI n'aurait jamais dû se reconnaître compétente pour traiter du litige, celui-ci devant obligatoirement se faire devant un arbitrage ad hoc.

69-Elle ajoute que s'il est fait référence à la CNUDCI ou à la CCI, la clause ne doit pas être interprétée comme ayant conféré à la Cour d'arbitrage de la CCI le pouvoir d'organiser l'arbitrage mais que seules la constitution et la procédure à appliquer seraient régies par le règlement de la CCI.

70-Elle soutient qu'il revient à la présente Cour d'interpréter la clause d'arbitrage et qu'à ce titre, il ressort de nombreux indices que la volonté des parties était de recourir uniquement à un arbitrage ad hoc. Ainsi, elle fait tout d'abord valoir que la structure de la clause d'arbitrage prévue à l'article 20 fait ressortir la volonté des parties d'encadrer elles-mêmes chaque étape de la procédure puisque l'alinéa (a) prévoit le recours à l'arbitrage et le mode de désignation des arbitres et ensuite, soit tardivement, que l'alinéa (c) fait état de l'application par les arbitres d'un corpus de règles dans le cadre de la procédure d'arbitrage, soit celui de la CCI, soit celui de la CNUDCI.

71-Elle fait ensuite valoir que la summa divisio repose dans l'opposition arbitrage ad hoc/arbitrage institutionnel, et que si on peut éventuellement comprendre l'option entre deux arbitrages institutionnels ou celle entre deux arbitrages ad hoc, on comprend moins celle entre deux arbitrages de nature différente. Elle estime en outre que sa lecture de la clause est la plus efficace dès lors qu'en laissant à un tribunal arbitral ad hoc le choix entre deux corpus de règles pour gérer l'instance arbitrale, les parties ont en effet conclu une clause qui ne nécessite aucun nouvel accord des parties et est insusceptible de contestation.

72-Elle ajoute que le fait que les parties aient fait des références à la sentence arbitrale, notamment qu'elle soit écrite ou qu'elle soit rendue dans un délai de 30 jours et que les arbitres l'envoient eux-mêmes aux parties, sont des indices supplémentaires, ces précisions n'ayant aucun sens si les parties avaient entendu soumettre leur arbitrage à une procédure institutionnelle.

73-Elle soutient également que la clause relative aux frais d'arbitrage est aussi un indice puisqu'elle déroge clairement au Règlement CCI sur ce point en ce qu'il est prévu que chacune des parties réglerait les frais de l'arbitre qu'elle a choisi alors que le Règlement CCI prévoit que c'est la CCI qui détermine les frais d'arbitrage à régler. Elle considère donc que lorsque la CCI, le 13 octobre 2011, a fixé la provision sur frais d'arbitrage à payer à parts égales entre les parties, elle a dérogé à la convention des parties. Elle ajoute que le fait que cette clause ne prenne pas en considération les frais de l'institution d'arbitrage démontre que les parties n'ont jamais entendu soumettre leur arbitrage à une institution. Ainsi, elle considère que tous ces éléments démontrent la volonté et

l'intention des parties que leur arbitrage soit ad hoc en se référant soit au règlement CCI, soit à celui de la CNUDCI.

74-En réponse à la société Devas, elle fait valoir qu'il est tout à fait possible de faire référence à des règles institutionnelles tout en administrant un arbitrage ad hoc, ce qui est reconnu dans la pratique. Elle ajoute que le Règlement CCI de 2012 sur lequel la société Devas se fonde ne leur est pas applicable puisqu'au moment de la rédaction de la clause, celui-ci n'était pas encore entré en vigueur.

75-A titre subsidiaire, elle fait valoir qu'à supposer que les parties aient entendu recourir à l'arbitrage institutionnel CCI, la clause n'est à l'origine pas conforme au règlement CCI et ne permet pas de former une convention d'organisation de l'arbitrage avec la CCI puisqu'en application du droit commun, le règlement de la CCI n'a jamais fait l'objet d'une acceptation pure et simple de la part des parties. A ce titre, elle soutient qu'elles ont notamment prévu à l'alinéa (g) un mécanisme de rémunération des arbitres qui est incompatible avec le règlement CCI alors que ces dispositions constituent un élément essentiel dudit Règlement auxquelles les parties ne peuvent pas déroger.

76-Outre qu'elle soutient être recevable à invoquer ce grief, elle précise qu'en s'étant opposée à la mise en 'uvre d'un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCI en soutenant n'avoir pas consenti à l'application de son règlement, comme elle a incontestablement invoqué ce grief, puisque cela revient très précisément à contester l'existence d'une acceptation de l'offre de la CCI, et donc d'une convention d'organisation d'arbitrage valablement formée.

77-Elle souligne qu'elle a toujours fait valoir qu'elle n'a jamais accepté la modification opérée par la CCI relativement au paiement des frais de sorte qu'elle n'a jamais renoncé comme le soutient la société Devas au bénéfice de l'article 20 (g) du contrat.

78-La société Antrix expose en conséquence qu'à supposer même que la clause d'arbitrage conclue entre les parties ne prévoirait pas un arbitrage ad hoc, il resterait que cette clause n'est pas conforme au règlement CCI de sorte qu'en l'absence de convention d'organisation de l'arbitrage valablement formée, le tribunal reste irrégulièrement constitué et incompétent.

79-A titre infiniment subsidiaire, elle fait valoir que si la clause avait entendu prévoir un choix entre un arbitrage ad hoc ou institutionnel, elle serait nécessairement pathologique puisqu'il aurait fallu un accord des parties pour ratifier l'option mise en 'uvre.

80-La société Antrix précise que cet argument n'est pas contraire avec ceux développés avant dès lors qu'elle ne prétend pas que la clause est pathologique mais seulement qu'elle le devient si elle devait être interprétée dans le sens soutenu par la société Devas (à savoir comme prévoyant une option) puisqu'en l'absence de ratification du choix fait par l'une partie de l'une ou l'autre option, la clause ne fonctionne pas.

81-En second lieu, la société Antrix expose qu'en tout état de cause, la désignation du président du tribunal dans des termes contraires à la clause d'arbitrage rend le tribunal irrégulièrement constitué et incompétent dès lors que dans tous les cas de figure, l'intervention de la CCI a conduit à la constitution du tribunal dans des termes

contraires à la clause d'arbitrage.

82-Elle précise qu'à supposer pour les besoins de la discussion que la clause d'arbitrage autorise le recours à un arbitrage institutionnel CCI, il reste que l'article 20(a) du Contrat prévoyait une désignation du président par les co-arbitres et qu'en l'espèce, c'est la CCI qui a procédé à cette nomination et que cette irrégularité supplémentaire dans la constitution du tribunal entraîne l'infirmité de l'ordonnance d'exequatur.

83-En réponse, la société Devas fait valoir que la clause compromissoire de l'espèce est une clause optionnelle, dont la validité a déjà été admise par la pratique et qui permet au choix du demandeur à l'arbitrage de soumettre le litige à un arbitrage institutionnel, sous l'égide de la CCI, ou un arbitrage ad hoc sous l'égide de la CNUDCI. Elle soutient que la clause doit s'interpréter dans son ensemble, au regard du Reasonable Business Person Test, et non pas alinéa par alinéa.

84-Elle ajoute qu'en l'espèce, la clause compromissoire organise, dans son ensemble, la « procédure d'arbitrage » (« Arbitration proceedings ») et stipule expressément que celle-ci « shall be held in accordance with the rules and procedures of the ICC ['] » de sorte qu'en visant les « rules and procedures » de la CCI, les parties ont nécessairement accepté de placer l'arbitrage sous l'égide de la CCI (« règlement » se traduisant en effet par le terme anglais « rules »).

85-Elle précise que si elles avaient entendu se soumettre à un arbitrage ad hoc elles l'auraient expressément mentionné et auraient apporté des éléments supplémentaires d'autant que les aménagements prévus dans la clause n'ont vocation qu'à compléter ou déroger au Règlement CCI. Elle estime que la référence par la clause compromissoire aux « Arbitration proceedings » ne peut être interprétée comme visant la seule « instance arbitrale », c'est-à-dire la procédure devant un tribunal arbitral déjà constitué alors que les parties ont visé dans la clause compromissoire l'ensemble des « rules and procedures » de la CCI, sans exclusion ou limitation particulière.

86-Enfin, elle soutient qu'il s'agit nécessairement d'un arbitrage institutionnel puisque, la solution proposée par la société Antrix selon laquelle seuls les articles 13 et suivants du Règlement CCI auraient dû être appliqués, sans implication de la CCI en tant qu'institution, débouche sur une impasse en ce qu'elle rend impossible l'application de certaines de ses dispositions qui rendent pourtant nécessaire l'intervention de l'institution et notamment les articles 13 et 22 (le secrétariat de la CCI), et les articles 18 et 24 (la Cour de la CCI). Elle considère qu'un arbitrage prétendument conduit conformément au Règlement mais qui ne serait pas administré par la Cour n'est, tout simplement, pas un arbitrage CCI de sorte que le Règlement CCI ne peut donc pas être utilisé de manière « autonome » pour encadrer la conduite d'un arbitrage ad hoc.

87-Elle fait ensuite valoir que la société Antrix n'est pas fondée à se prévaloir de l'argument tiré de ce que la clause relative aux frais d'arbitrage démontrerait la volonté de recourir à un arbitrage ad hoc puisque lors de la procédure d'arbitrage, en demandant que ses frais et honoraires soient mis à la charge de la société Devas, elle a renoncé à la clause de répartition des frais. Elle ajoute que cette clause ne démontre aucunement la volonté d'un arbitrage ad hoc puisqu'elle ne contredit absolument pas le Règlement CCI car, s'il appartient à la CCI de fixer le quantum des frais d'arbitrage, les parties sont libres de fixer elles-mêmes la répartition du paiement des frais et que la clause relative aux frais précise bien « en ce compris mais sans s'y limiter », de sorte qu'elle peut très bien inclure les frais de l'institution.

88-Elle considère que dès l'instant où la clause d'arbitrage lui permettait de solliciter un arbitrage sous l'égide de la CCI, une convention d'organisation d'arbitrage a nécessairement été conclue puisqu'elle s'inscrit dans le respect de la volonté des parties qui ont contractuellement rédigé une clause d'arbitrage valide permettant de recourir à un arbitrage CCI.

89-Elle soutient que l'arbitrage ait été institutionnel ou non, que le tribunal arbitral a été constitué conformément à la clause d'arbitrage et au Règlement CCI que ce soit pour la désignation de l'arbitre ou du président puisque la clause faisant référence à l'application du Règlement CCI prévoit que si l'une des parties n'arrive pas à nommer son arbitre, c'est à la CCI que revient cette désignation. Elle ajoute que pour la nomination du président, la CCI a également fait application du Règlement CCI, auquel la clause compromissoire fait référence, et laissé un délai aux arbitres pour le désigner, et que celui-ci ayant expiré, la CCI a procédé à la nomination conformément à l'article 8(4) du Règlement.

90-Elle fait valoir qu'en tout état de cause, dès lors que la clause compromissoire autorisait le demandeur à commencer un arbitrage sous l'égide de la CCI, une convention d'organisation d'arbitrage a incontestablement été formée avec cette dernière de sorte que cela autorisait le demandeur à commencer un arbitrage sous l'égide de la CCI, et que cette dernière était habilitée à désigner un arbitre au nom de la société Antrix ainsi que le Président du Tribunal Arbitral.

91-La société Devas soutient que pour la première fois devant la Cour, la société Antrix soulève « à titre infiniment subsidiaire » un moyen pris de la pathologie de la clause compromissoire, c'est-à-dire précisément le moyen qu'elle avait ' à l'exclusion de tout autre ' soutenu devant le Tribunal Arbitral, ce qui démontre que ce grief est contradictoire avec le moyen tiré de l'arbitrage ad hoc. Elle ajoute que l'argument selon lequel une clause optionnelle serait pathologique est infondé alors qu'il convient de donner un effet utile à celle-ci.

SUR CE,

92-Selon l'article 1520 du code de procédure civile, « le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou (') ».

93-Devant la Cour, la société Antrix articule son argument essentiellement sous l'angle de la constitution irrégulière du tribunal arbitral, estimant que la clause compromissoire insérée à l'article 20 du contrat conclu le 28 janvier 2005 avec la société Devas, impliquait la mise en place d'un arbitrage ad hoc et ne permettait pas la constitution de ce tribunal sous l'égide de la CCI.

94-Il appartient à la cour de vérifier que s'agissant de la constitution du tribunal arbitral, la volonté des parties,

telle qu'elle résulte de la clause compromissoire, a été respectée.

95-En l'espèce l'article 20 précité est ainsi rédigé :

« Arbitrage.

a) En cas de litige ou de différend entre les Parties concernant toute clause ou disposition du présent Contrat ou quant à l'interprétation de celles-ci, ou quant à tout compte ou évaluation, ou quant aux droits, responsabilités, actes ou abstentions d'une Partie nés de l'application des présentes ou de quelque manière que ce soit en lien avec le présent Contrat, ce litige ou différend sera porté devant les organes de direction des deux Parties aux fins de résolution dans un délai de trois (3) semaines, à défaut de quoi il sera soumis à un Tribunal Arbitral composé de trois arbitres, un nommé par chaque partie (i.e. DEVAS et ANTRIX) et les arbitres ainsi désignés nommeront le troisième arbitre.

b) Le siège de l'Arbitrage est situé à NEW DELHI en Inde.

c) La procédure d'arbitrage sera conduite conformément aux règles et procédures (rules and procedures) de la C.C.I. (Chambre de commerce internationale) ou de la CNUDCI.

d) Le Tribunal Arbitral rendra une décision ou une sentence par écrit (laquelle sera adoptée par une majorité des membres du Tribunal Arbitral en ce qui concerne la sentence appropriée) ou toute compensation accordée conséquemment au litige, (incluant le montant que la Partie qui indemnise doit à la Partie à indemniser relativement à une demande déposée par la Partie à indemniser).

e) Dans la mesure du possible, toutes les décisions du panel arbitral seront rendues au plus tard dans un délai de 30 (trente) jours à compter du commencement de la procédure y relative. Le Tribunal Arbitral rendra compte de sa décision par sentence écrite et s'assurera de sa remise aux Parties.

f) Toute décision ou sentence rendue par le panel arbitral sera définitive, exécutoire et irrévocable à l'égard des Parties, et sera susceptible d'être exécutée par tout tribunal compétent dans les limites fixées par les Lois.

g) Chaque Partie à l'Arbitrage supportera ses propres coûts et dépenses y relatifs, en ce compris mais sans s'y limiter ses honoraires d'avocats, le cas échéant, et les frais et honoraires du membre du Tribunal Arbitral qu'elle aura désigné, étant toutefois précisé que les frais et honoraires du troisième membre du tribunal arbitral et toutes autres dépenses du Tribunal Arbitral non susceptibles d'être attribuées à un des membres seront supportés à parts égales par les Parties . »

96-II résulte en outre des éléments produits et non contestés qu'à la suite du dépôt de la requête d'arbitrage par

la société Devas le 29 juin 2011, et face au refus de la société Antrix de désigner son arbitre, celui-ci a été désigné par la Cour de la CCI conformément à l'article 8 (4) de son Règlement le 14 septembre 2011. De même, les deux arbitres ayant indiqué à la Cour d'arbitrage de la CCI qu'ils n'étaient pas en mesure de désigner un président, ce dernier a été désigné par la Cour de la CCI par décision du 10 novembre 2011 conformément à l'article 9 (3) de son Règlement.

97-Il convient de rappeler qu'il appartient à la Cour d'interpréter la clause, guidée par un principe de cohérence et d'utilité et privilégier une interprétation qui confère un effet à la clause dont l'objet est de tendre à la mise en place effective d'un arbitrage, afin d'éviter qu'une partie ne puisse se soustraire à ses engagements et remettre en cause son consentement à l'arbitrage.

98-En l'espèce, il convient de relever en premier lieu que les parties ne contestent pas leur volonté commune de résoudre leur litige par la voie arbitrale, seules les modalités de celle-ci font l'objet de leur divergence.

99-A cet égard, l'alinéa c) de cette clause selon lequel « La procédure d'arbitrage sera conduite conformément aux règles et procédures (rules and procedures) de la C.C.I. (Chambre de commerce internationale) ou de la CNUDCI » a vocation à décliner cette volonté commune acquise des parties en précisant qu'elles pourront soumettre leur litige à l'une ou l'autre des options prévues et donc possiblement à un arbitrage institutionnel régis par le Règlement de la CCI.

100-En outre, ce renvoi aux « règles et procédures » (« rules and procedures ») de la CCI ou de la CNUDCI n'est pas cantonné aux seules modalités de déroulement de l'arbitrage après désignation des arbitres.

101-Ainsi, à la lumière de cet alinéa, la société Devas, qui a pris l'initiative de la procédure d'arbitrage, était fondée à adresser sa requête au secrétariat de la CCI, ayant ce faisant opté pour l'une des options offertes par la convention d'arbitrage, sans préjudice de la faculté pour la société Antrix de contester ce choix.

102-Dès lors considérer que cet alinéa doit être lu, au regard notamment de son emplacement, comme cantonnant l'application du Règlement CCI à la seule conduite de la procédure d'arbitrage, après seulement la désignation des arbitres par les seules parties, conduit à privilégier une interprétation restrictive de la clause qui ne permet pas d'en donner une pleine efficacité, et ce d'autant que les parties en l'espèce ne se sont pas accordées sur la désignation de leurs arbitres, ni du président et que particulièrement la société Antrix a refusé de désigner son arbitre alors que la possibilité lui en était offerte par la CCI.

103-En outre, l'interprétation proposée par la société Antrix conduirait à ajouter une condition pour mettre en œuvre la clause d'arbitrage, qu'elle ne prévoit pas. Le fait que cette clause n'impose pas qu'un accord soit conclu entre les parties préalablement à l'exercice de l'option, ne signifie pas que celle-ci ne serait pas efficace, mais conduit à considérer que les parties ont considéré que cette clause impliquait qu'à défaut de précision sur ce point, le choix était laissé à la partie la plus diligente, l'autre partie consentant à s'y soumettre ayant dès le départ accepté l'une ou l'autre des modalités.

104-Ainsi, l'interprétation de la clause selon laquelle l'alinéa c) autorise l'une ou l'autre des parties à choisir l'une ou l'autre des options (CCI ou CNUDCI) dès l'introduction de la requête d'arbitrage et que ce choix pouvait

emporter aussi les conditions de désignation des arbitres en l'absence d'accord entre les parties, est conforme à la volonté commune des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage dès lors que cette désignation est faite conformément aux règles prévus par l'une ou l'autre des options.

105-II convient en outre d'observer que le fait que l'alinéa g) stipule des modalités spécifiques pour la répartition des frais de l'arbitrage ne suffit pas à exclure une telle interprétation de la clause dès lors que le Règlement CCI n'interdit pas aux parties de décider de la répartition des frais de l'arbitrage, mais prévoit seulement que le quantum des frais sera déterminé par la Cour de la CCI, ce que la stipulation précitée n'interdisait pas dès lors que les parties ont fait le choix de soumettre leur arbitrage à la CCI.

106-A cet égard, en précisant que « chaque Partie à l'Arbitrage supportera ses propres coûts et dépenses y relatifs, en ce compris mais sans s'y limiter ses honoraires d'avocats (!) », cette clause laisse ouverte la possibilité d'inclure les frais de l'institution d'arbitrage, sans que l'absence de référence expresse dans la clause à ceux-ci puisse conduire à une interprétation visant à prohiber la soumission au Règlement CCI. Si le secrétariat de la CCI a pu dans un premier courrier émettre des doutes sur la compatibilité de l'alinéa g) sur les frais d'arbitrage avec le Règlement de la CCI, force est de constater que cette crainte a été levée par la Cour de la CCI puisque celle-ci a accepté d'administrer l'arbitrage.

107-Enfin, il ressort du Règlement CCI et notamment de son article 8 (4) que lorsque les parties ont fait le choix de soumettre le litige à un tribunal arbitral constitué de trois arbitres, chacune des parties nomme un arbitre et que si l'une des parties est défaillante, la nomination est faite par la Cour de la CCI. De même, cet article stipule que « le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure pour cette désignation (!) ».

108-II n'est pas contesté en l'espèce que la société Antrix a refusé, malgré plusieurs demandes en ce sens qui lui ont été adressées par le secrétariat de la CCI (courriers du 5 juillet 2011, 18 juillet 2011 et 3 août 2011) de désigner son arbitre et que les deux arbitres désignés par la Cour de la CCI n'ont pas pu désigner un président de sorte que ces désignations ont été faites par la Cour de la CCI, par décisions respectives du 13 octobre 2011 et 10 novembre 2011, conformément à l'article 8 précité de son Règlement, adopté par les parties par renvoi dans la clause compromissoire.

109-II ressort de ces éléments que la clause d'arbitrage renvoyant au Règlement de la CCI, dont l'application a été sollicitée par la société Devas à l'occasion de sa requête d'arbitrage, comme la clause le lui permettait, le tribunal arbitral qui a été constitué, conformément à ce Règlement, l'a donc été régulièrement.

110-En conséquence, l'appel interjeté contre l'ordonnance ayant conféré l'exéquatur à la sentence rendue par ce tribunal sera rejeté.

Sur les frais et dépens ;

111-II y a lieu de condamner la société Antrix, partie perdante, aux dépens.

112-En outre, elle doit être condamnée à verser à la société Devas, qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme de 200 000 euros.

IV/ DISPOSITIF

Par ces motifs la Cour :

1- Rejette la fin de non-recevoir soulevée par la société DEVAS MULTIMEDIA PRIVATE LIMITED ;

2- Rejette le recours contre l'ordonnance d'exequatur rendue le 22 octobre 2015 portant sur la sentence rendue à New Dehli sous l'égide de la chambre de commerce internationale (CCI) le 14 septembre 2015 (affaire CCI n°18051/CYK) ;

3- Condamne la société ANTRIX CORPORATION LIMITED à payer à la société DEVAS MULTIMEDIA PRIVATE LIMITED la somme de 200 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

4- Condamne la société ANTRIX CORPORATION LIMITED aux dépens.

La greffière Le Président

Najma EL FARISSI François ANCEL