

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 16
chambre commerciale internationale

ARRET DU 09 MARS 2021

(n° /2021, 15 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° **RG 18/21326 - N° Portalis 35L7-V-B7C-B6N26**

Décision déferée à la Cour : Sentence arbitrale (“première sentence partielle”) rendue le 26 Juin 2018 à Paris, sous l'égide de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, sous le numéro 22628/MHM, par le Tribunal arbitral composé de Sir Antony Edwards-Stuart, Président et de Messieurs Richard Fernyhough QC et Duncan Matthews QC, co-arbitres.

Par application du Protocole de procédure applicable devant la chambre commerciale internationale signé le 07 février 2018.

DEMANDERESSE AU RECOURS :

STATE ROAD AGENCY OF UKRAINE - UKRAVTODOR, agence étatique des routes de l'Ukraine agissant poursuites et diligences du Ministère de la Justice, Ayant ses bureaux: 9 Fizkultury ST, Kiev 03680 (UKRAINE)
Prise en la personne de ses représentants légaux,

Représentée par, et élisant domicile au cabinet de: Me Luca DE MARIA de la SELARL PÉLLERIN - DE MARIA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018 - Ayant pour avocat plaidant Me Benjamin SIINO et Me François BORDES du LLP SHEARMAN & STERLING LLP, avocats au barreau de PARIS, toque : J006

DEFENDERESSE AU RECOURS :

TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.P.A.
Société de droit italien,
Ayant son siège social: Via dei due Macelli 66, 00187 Rome (ITALIE)
Prise en la personne de ses représentants légaux,

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477 - Ayant pour avocat plaidant Me Lucille MONTAUT, SELARL ALTANA, avocat au barreau de PARIS, toque : R021

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 19 Janvier 2021, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. François ANCEL, Président
Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère
Mme Laure ALDEBERT, Conseillère

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

Greffière, lors des débats : Mme Clémentine GLEMET

ARRET :

- 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 Clémentine GLEMET, Greffière à qui la minute a été remise par le magistrat signataire.

I- FAITS et PROCEDURE

Faits :

1. La société Todini Costruzioni Generali S.p.A, ci-après Todini, est une société de génie civil de droit italien située à Rome, filiale de la société italienne Salini S.P.A (devenue Salini Impregilo en 2014), qui dispose d'un bureau de représentation en Ukraine.
2. L'Agence étatique des routes de l'Ukraine- State Road Agency of Ukraine- Ukravtodor (ci-après Ukravtodor) est une administration étatique du gouvernement de l'Ukraine chargée de la stratégie et du développement des routes en Ukraine, de leur entretien et de leur réparation.
3. Le 4 janvier 2013 la société Todini a signé avec Ukravtodor deux Contrats, désignés 2.1 et 2.2 aux termes desquels Ukravtodor a confié à Todini des travaux portant sur des réparations de la route M03 reliant Kiev, Kharkiv et Dovshansky.
4. Ces contrats rédigés en termes similaires prévoient que les différends entre les parties sont préalablement soumis à un « Dispute Board », ci-après DB, puis, le cas échéant, à un tribunal arbitral conformément à la procédure prévue aux articles 20.4 à 20.7 (CGC) desdits Contrats.
5. Ces Contrats désignent la chambre de commerce internationale de Paris en tant qu'institution administrant la procédure d'arbitrage, le droit ukrainien applicable et la langue de décision et de communication l'anglais.
6. Les Contrats prévoient également une disposition faisant interdiction à la société Todini de céder tout ou partie de ses droits au titre des Contrats à un tiers sans autorisation préalable d'Ukravtodor.
7. Des différends sont survenus entre les parties au sujet de sommes dues dans le cadre de l'exécution des Contrats qui ont donné lieu à plusieurs décisions du DB, saisi à la demande de Todini, au titre des deux contrats, condamnant Ukravtodor au paiement de diverses sommes, à compter du 22 septembre 2015.
8. Parallèlement en janvier 2016 dans le cadre de la réorganisation du groupe Salini, la société Todini a fait l'objet d'une restructuration ayant abouti à la cession de ses parts sociales au profit d'une société de droit kazakh, la société Prime System KZ Ltd à l'exclusion de certaines activités dont celle qui était située en Ukraine.
9. Pour ce faire les activités de la société Todini non cédées à la société Prime System KZ Ltd ont fait l'objet en amont d'un transfert à la société italienne HCE Costruzioni (ci-après HCE) filiale de la société Salini, selon acte de transfert dénommé « deed of contribution » en date du 10 mars 2016.
10. Estimant que dans le cadre de cette restructuration, les Contrats passés avec la société Todini avaient été cédés en violation des dispositions convenues à la société italienne HCE sans son accord, Ukravtodor a adressé le 4 août 2016 une notification de résiliation des deux contrats à la société Todini avec effet au 23 août 2016 ce que la société Todini a

contesté devant le DB.

11. Le 7 mars 2017 la société Todini a adressé à Ukravtodor la notification de la résiliation des Contrats lui reprochant différents manquements.

12. Le 8 mars 2017 la société Todini a introduit une procédure d'arbitrage auprès de la CCI de Paris aux fins d'ordonner l'exécution forcée des décisions du DB portant sur quatre différends au titre des Contrats en application de la procédure prévue aux articles 20.4 à 20.7 (CGC) des Contrats.

13. Le 26 juin 2018, le tribunal arbitral, composé de MM. Richard Fernyhough et Duncan Matthews, co-arbitres, et M. Antony Edwards-Stuart, président, a rendu une Première Sentence Partielle (First Partial Award) ordonnant à Ukravtodor de payer à la société Todini les sommes mises à sa charge par les décisions du DB au moins en principal.

14. En résumé le tribunal a retenu que:

(a) Les décisions du Dispute Board aux termes desquelles celui-ci a décidé que certaines sommes étaient dues à la Demanderesse doivent être exécutées.

(b) Cette exécution doit, en pratique, être suspendue pour le montant au titre des intérêts attribué, à tort, par le Dispute Board.

(c) Chacune des demandes des parties relatives aux demandes formées ou à former au titre de la Garantie de bonne exécution doit être rejetée.

(d) Les décisions du Dispute Board en ce qui concerne les taux d'intérêts étaient erronées (excepté en matière de TVA) et le Tribunal a donc précisé les taux à appliquer pour les taux d'intérêt corrects (page 3 § 10 de la Sentence).

Procédure :

15. Par déclaration du 25 septembre 2018 Ukravtodor a saisi la cour d'appel de Paris d'un recours en annulation à l'encontre cette Première Sentence Partielle.

16. Depuis cette date la procédure devant le tribunal arbitral s'est poursuivie.

17. Le tribunal arbitral a rendu le 27 novembre 2019 une Troisième Sentence partielle puis une Quatrième Sentence le 5 juin 2020.

18. Ukravtodor a introduit des recours en annulation à l'encontre de toutes les sentences qui sont aussi pendants devant la présente Cour.

19. Le recours objet de la présente procédure concerne la Première Sentence Partielle.

20. L'ordonnance de clôture a été rendue le 12 janvier 2021.

II- PRÉTENTIONS DES PARTIES

21. Au terme de ses dernières conclusions n° 4 notifiées par voie électronique le 12 janvier 2021, Ukravtodor demande à la cour, au visa notamment de l'article 1520 du code de procédure civile, de bien vouloir :

- Rejeter la demande de la société Todini Costruzioni Generali S.p.A. tendant à déclarer irrecevable le recours en annulation introduit par l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (Ukravtodor) à l'encontre de la Première Sentence Partielle (« First Partial Award ») rendue le 26 juin 2018 par le Tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 22 628/MHM opposant l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (Ukravtodor) à la société

Todini Costruzioni Generali S.p.A. ;

- Rejeter la demande de la société Todini Costruzioni Generali S.p.A. tendant à rejeter la pièce n° 128 produite par Ukravtodor ;

- Annuler la Première Sentence Partielle (« First Partial Award ») rendue le 26 juin 2018 par le Tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 22 628/MHM opposant l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (Ukravtodor) à la société Todini Costruzioni Generali S.p.A. ;

- Rejeter l'ensemble des demandes, fins et prétentions de la société Todini Costruzioni Generali S.p.A. ;

- Condamner la société Todini Costruzioni Generali S.p.A. à payer à l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (Ukravtodor) la somme de 70 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- Condamner la société Todini Costruzioni Generali S.p.A. aux entiers dépens.

22. Au terme de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 12 janvier 2021 la société Todini demande à la cour, au visa notamment des articles 15, 16, 559, 700, 910-4, 1466, 1518 et 1520 du code de procédure civile, de bien vouloir :

À titre principal :

- Juger irrecevable le recours en annulation formé par UKRAVTODOR à l'encontre de la Première Sentence Partielle du 26 juin 2018 ;

À titre subsidiaire, si par extraordinaire le recours en annulation était jugé recevable

- Déclarer irrecevable la demande d'UKRAVTODOR tendant à voir annuler la première sentence partielle motif pris de la méconnaissance du droit à un procès équitable ;

- Constaté que les moyens d'annulation de la Première Sentence Partielle du 26 juin 2018 présentés par UKRAVTODOR sont dépourvus de sérieux et de fondement ;

- Rejeter les moyens d'annulation et, partant, le recours en annulation ;

En tout état de cause :

- Rejeter la pièce n°128 produite par UKRAVTODOR le 12 janvier 2021 le jour de l'ordonnance de clôture ;

- Condamner la société UKRAVTODOR à payer à la société TODINI la somme de 50.000,00 euros en application de l'article 559 du Code de procédure civile ;

- Condamner la société UKRAVTODOR au paiement de la somme de 50.000,00 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;

-Condamner la société UKRAVTODOR aux entiers dépens.

III - MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur l'irrecevabilité de la demande d' Ukravtodor relative à la méconnaissance du droit au procès équitable,

23. La société Todini soutient qu' Ukravtodor en ajoutant au §278 de ses conclusions n°2 que la première sentence méconnaîtrait le principe du procès équitable, la recourante émet

une prétention nouvelle qui est irrecevable en application de l'article 910-4 du code de procédure civile.

24. Toutefois le paragraphe litigieux n'est pas une prétention nouvelle mais un élément de discussion supplémentaire qui vient au soutien du moyen en annulation fondé sur la violation de l'ordre public international.

25. La demande sera en conséquence rejetée.

Sur l'incident de communication de la pièce n° 128 produite par Ukravtodor,

26. Ukravtodor a communiquée le jour de la clôture la pièce n°128 intitulée « Rapport Annuel 2019 de Todini Costruzioni Limited (original en langue italienne) » composé de 110 pages.

27. La société Todini qui n'a pas disposé du temps utile pour en prendre connaissance est bien fondée à en demander le rejet.

28. La pièce n° 128 sera en conséquence écartée.

Sur le premier moyen d'annulation tiré de ce que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent (article 1520, 1° du code de procédure civile),

29. Au soutien de son recours en annulation Ukravtodor fait valoir que le tribunal n'était pas compétent pour connaître des demandes de la société Todini en raison de la cession des contrats par la société Todini à la société HCE Costruzioni et qu'il ne disposait pas du pouvoir pour trancher le différend opposant les parties et prononcer l'exécution des décisions non définitives du Dispute Board. Elle soutient qu'il s'agit dans les deux cas d'une question de compétence couverte par l'article 1520 1° du code de procédure civile.

30. Sur l'incompétence tirée de la cession des Contrats, elle fait valoir qu'en application de la règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la cession d'un contrat entraîne la transmission au cessionnaire du bénéfice de la clause d'arbitrage et la perte corrélative du cédant du droit de s'en prévaloir. Elle en déduit que la société Todini ayant cédé les Contrats à la société HCE avant le début de l'arbitrage par l'effet du « Deed of contribution » du 10 mars 2016, la transmission de la clause rend le tribunal incompétent pour connaître de la requête de la société Todini intervenue après la cession.

31. Sur l'incompétence ou défaut de pouvoir pour ordonner l'exécution des décisions non définitives du Dispute Board dans la Première Sentence Partielle, elle expose que le tribunal arbitral s'est estimé à tort compétent sans rechercher l'intention commune des parties et a étendu le champ de la clause de compétence sans juste motif en se fondant sur une décision rendue par les juridictions singapouriennes en 2015 inapplicable au cas d'espèce (affaire Persero); Elle soutient que le tribunal arbitral n'avait pas le pouvoir de statuer sur l'exécution des décisions du DB avant que ce débat ne soit soumis au préalable au DB.

32. En réponse à la fin de non recevoir du moyen opposé par la société Todini sur le fondement de l'article 1466 du code de procédure civile, elle prétend qu'elle est recevable à soutenir ce moyen d'annulation fondé sur la compétence dès lors qu'elle a contesté la compétence du tribunal arbitral au cours de l'instance procédurale et que la société Todini en dissimulant les informations utiles à la connaissance de la cession intervenue avant la saisine du tribunal arbitral, a manqué à son obligation de loyauté procédurale et partant au

principe de non-contradiction au détriment d'autrui.

33. En réponse, la société Todini soutient que les contrats litigieux n'ont pas été cédés à la société HCE, celle-ci ayant été chargée d'une mission de mandat faute d'avoir eu l'accord d'Ukravtodor pour opérer la cession et qu'en conséquence elle a valablement saisi le tribunal arbitral qui était compétent en vertu des conditions CGC figurant aux Contrats pour le règlement de leurs différends.

34. Elle fait valoir en toute hypothèse que cette contestation qui tend à remettre en cause sa qualité à agir ne relève pas de la compétence mais de la recevabilité à agir qui n'est pas couvert par le cas d'annulation prévu par l'article 1520- 1° du code de procédure civile et qu'il en est de même de la contestation concernant le défaut allégué de pouvoir du tribunal arbitral. A cet égard elle soutient que le pouvoir juridictionnel est une notion distincte de la compétence, qui a trait au pouvoir conféré à l'arbitre par l'acte de mission conclu entre les parties qui ne soulève pas une question de compétence.

35. Elle ajoute sur le fondement de l'article 1466 du code de procédure civile que la société Ukravtodor est irrecevable à se prévaloir d'une exception d'incompétence faute de l'avoir fait en temps utile et d'avoir respecté le principe de non contradiction au détriment d'autrui.

36. Elle fait notamment valoir comme le tribunal arbitral l'a retenu dans ses décisions ultérieures que l'objection de compétence a été présentée tardivement sans motif légitime dès lors qu' Ukravtodor a accepté en connaissance de cause que le tribunal arbitral statue à deux reprises sur leurs différends avant de soulever l'exception d'incompétence en février 2019.

37. A titre subsidiaire sur l'incompétence motivée par la cession alléguée des Contrats, elle soutient qu'en toute hypothèse la prétendue cession ne peut avoir eu pour effet de la délier de la clause compromissoire et n'a pas eu d'incidence sur la compétence du tribunal arbitral par application du règlement d'arbitrage de la CCI et du droit français de l'arbitrage.

38. Sur l'incompétence tirée du défaut de pouvoir du tribunal arbitral, la société Todini fait valoir que la société Ukravtodor fait une interprétation restrictive et contraire à l'esprit des contrats et des rédacteurs des contrats FIDIC en invoquant le caractère non-contraignant des décisions du Dispute Board. Elle expose que les parties doivent exécuter les décisions du Dispute Board, quand bien même ces décisions ne seraient pas définitives parce que frappées d'un Avis de Désaccord et que tout refus par une partie d'exécuter la décision du Dispute Board justifie que l'autre saisisse directement un Tribunal arbitral afin d'obtenir l'exécution forcée. Elle précise qu'il est indifférent que la question de l'exécution des décisions du Dispute Board ait elle-même «été soumise au préalable au Dispute Board» et que les parties peuvent aller directement devant le Tribunal arbitral, solution consacrée dans l'édition 2017 des livres de la FIDIC.

Sur ce,

Sur la qualification du moyen,

39. Dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1520, 1° du code de procédure civile, il appartient au juge de l'annulation de contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention

d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée à l'arbitre.

40. Selon une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est juridiquement indépendante du contrat principal qui la contient ou s'y réfère. A condition qu'aucune disposition impérative du droit français ou d'ordre public international ne soit affectée, son existence ou sa validité dépend uniquement de l'intention commune des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à un droit national.

41. Ainsi, indépendamment du fait que le contrat contenant la clause d'arbitrage ait été cédé ou non avant l'introduction de la procédure arbitrale, il convient de vérifier l'existence et la portée du consentement des parties à l'arbitrage pour permettre au tribunal arbitral de connaître du différend et ce faisant l'aptitude du tribunal arbitral à connaître de l'affaire, ce qui revient à en apprécier la compétence.

42. En effet en soutenant que la société Todini avait cédé avant l'introduction du litige les contrats à la société HCE par l'effet de l'acte « Deed of contribution » en date du 10 mars 2016 emportant selon elle transmission par le cédant Todini au cessionnaire HCE du bénéfice de la clause d'arbitrage, Ukravtodor remet en cause la portée du consentement des parties à ce que le tribunal arbitral exerce son pouvoir juridictionnel à leur égard.

43. Il en est de même lorsque Ukravtodor conteste le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner à titre provisoire l'exécution des décisions du Dispute Board ce qui revient à déterminer l'intention des parties quant à l'étendue de la compétence et des pouvoirs qu'elles ont entendu conférer au tribunal arbitral pour trancher leurs différends.

44. Il résulte ainsi de ce qui précède que l'objection soulevée par Ukravtodor motivée par la prétendue cession des Contrats ou le défaut de pouvoir du tribunal arbitral concerne bien la compétence du tribunal arbitral de sorte que la cour est saisie d'un moyen qui peut être contesté à l'occasion du présent recours en annulation sur le fondement de l'article 1520.1° du code de procédure civile.

Sur la recevabilité du moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral ;

Sur l'irrecevabilité par application du principe de l'estoppel ;

45. La fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions.

46. En l'espèce Ukravtodor soutient que la société Todini a de manière mensongère soutenu que les contrats n'avaient pas été cédés à la société HCE et qu'elle lui a dissimulé des informations pertinentes qui la rendent irrecevable à se prévaloir de l'article 1466 du code de procédure civile en application de ce principe.

47. Toutefois il ressort de la procédure que la société Todini a de manière constante soutenu que les contrats n'avaient pas été cédés à la société HCE qui a été selon elle seulement chargée d'un mandat.

48. Cette position juridique, au demeurant constante, ne se confond avec la mauvaise foi procédurale de sorte que Ukravtodor n'établit à l'encontre de la société Todini aucune atteinte au principe de non-contradiction au détriment d'autrui.

49. Ce moyen d'irrecevabilité sera en conséquence rejeté et la cour examinera la recevabilité du moyen soulevé au regard des dispositions de l'article 1466 du code de procédure civile.

Sur la fin de non recevoir tirée de l'article 1466 du code de procédure civile ;

50. Aux termes de l'article 1466 du code de procédure civile applicable en matière internationale par renvoi de l'article 1506 du même code, 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.

51. Lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve.

52. En l'espèce, il est établi et non contesté que durant la première phase de procédure la société Todini a demandé au Tribunal arbitral d'ordonner à Ukravtodor, à titre provisoire et dans une sentence partielle, de lui payer les montants dont le Dispute Board avait ordonné le paiement dans ses décisions DB 2.1/1; DB 2.2/1; DB 2.1/2; DB 2.2/2; DB 2.1/6. DB 2.1/7; DB 2.2/5 avant de statuer au fond.

53. Il ressort de la sentence qu'Ukravtodor a contesté la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes en faisant valoir différents arguments sur son pouvoir d'exécuter les différentes décisions du DB.

54. Le tribunal a tranché en faveur de la société Todini en retenant sa compétence.

55. Il ressort de ce qui précède que la compétence ayant été débattue devant les arbitres, Ukravtodor, qui ne change pas de position procédurale, est recevable, à soutenir le moyen d'annulation tiré de l'incompétence du tribunal arbitral devant le juge de l'annulation en faisant valoir des faits et des moyens nouveaux.

Sur le bien fondé du moyen d'annulation tiré de l'incompétence du tribunal arbitral ;

56. Ukravtodor soutient en premier lieu que le tribunal arbitral n'était pas compétent car selon son analyse, la société Todini a cédé les Contrats contenant la clause d'arbitrage à la société HCE avant d'initier l'arbitrage et que la cession a entraîné la transmission au cessionnaire de la clause d'arbitrage et la perte corrélative du cédant du droit de s'en prévaloir ce que la société Todini conteste en fait et en droit.

57. La clause d'arbitrage, particulièrement en matière internationale lorsqu'elle est insérée dans un contrat mettant en jeu les intérêts du commerce international, présente une autonomie juridique excluant qu'elle puisse être affectée tant par une éventuelle invalidité du contrat que par la transmission de ce contrat.

58. En l'espèce, il est constant que la clause d'arbitrage fondant la compétence du tribunal arbitral est insérée dans les contrats conclus le 4 janvier 2013 entre la société Todini et Ukravtodor aux termes desquels Ukravtodor a confié à Todini des travaux portant sur des réparations de la route M03 reliant Kiev, Kharkiv et Dovshansky.

59. Selon les stipulations contractuelles qui figurent aux contrats sous l'intitulé « Contractors'claims » il a été convenu entre les parties que:

Article 20.4 (« Obtention d'une décision du Dispute Board ») : « Si un différend (de quelque type que ce soit) naît entre les Parties en relation avec ou résultant du Contrat ou survenant lors de la réalisation des Travaux, y compris tout différend concernant les certificats, les déterminations, les instructions, les opinions ou les évaluations du Maître d'œuvre, chaque Partie peut soumettre le différend par écrit au Dispute Board pour qu'il le tranche, en adressant des copies à l'autre Partie et au Maître d'œuvre. Cet acte introductif doit préciser qu'il est soumis conformément à la présente Sous-clause.

Lorsque le Dispute Board est constitué de trois personnes, le Dispute Board doit être considéré comme ayant reçu l'acte introductif à la date à laquelle le président du Dispute Board l'a reçu.

Les deux Parties doivent immédiatement mettre à la disposition du Dispute Board toute information supplémentaire, ainsi que l'accès au Chantier, et à toutes les installations pertinentes que le Dispute Board peut exiger afin de rendre une décision concernant ce différend. Le Dispute Board ne doit pas être considéré comme agissant à titre d'arbitre(s).

Dans un délai de 84 jours après avoir reçu l'acte introductif, ou pendant toute autre période qui a été proposée par le Dispute Board et approuvée par les deux Parties, le Dispute Board doit rendre une décision, qui doit être motivée et dans laquelle il doit être mentionné qu'elle a été rendue conformément à la présente Sous-clause. La décision est obligatoire à l'égard des deux Parties, qui doivent immédiatement lui donner effet, à moins et jusqu'à ce qu'elle ait été révisée par accord amiable ou en vertu d'une sentence arbitrale, tel que prévu ci-dessous. A moins que le Contrat ait déjà été abandonné, rejeté ou résilié, l'Entrepreneur doit continuer à réaliser les Travaux conformément au Contrat.

Si l'une des Parties n'est pas satisfaite de la décision du Dispute Board, elle peut notifier à l'autre Partie son désaccord et son intention d'introduire une procédure d'arbitrage dans un délai de 28 jours après réception de la décision. Si le Dispute Board ne rend pas sa décision dans un délai de 84 jours (ou tout autre délai qui aurait été accepté) après avoir reçu l'acte introductif, l'une des Parties peut, dans un délai de 28 jours après expiration de ce délai, informer l'autre Partie de son désaccord et de son intention d'introduire une procédure d'arbitrage.

Dans tous les cas, cette notification de l'existence d'un désaccord doit mentionner qu'elle est soumise conformément à la présente Sous-clause, et doit présenter l'objet du différend et les raisons du désaccord. A l'exception de ce qui est prévue dans la Sous-clause 20.7 [Non-respect de la décision du Dispute Board] et dans la Sous-clause 20.8 [Expiration de la désignation du Dispute Board], aucune Partie n'aura le droit de soumettre un différend à l'arbitrage à moins qu'une notification de l'existence d'un désaccord n'ait été soumise conformément à la présente Sous-clause ».

Article 20.5 (« Règlement à l'amiable ») :

Lorsqu'une notification de l'existence d'un désaccord a été soumise selon la Sous-clause susmentionnée, les deux Parties doivent tenter de régler le litige à l'amiable avant d'initier la procédure d'arbitrage. Toutefois, à moins que les deux Parties

n'en conviennent autrement, l'arbitrage peut commencer le ou après le cinquante-sixième jour suivant la date à laquelle la notification de l'existence d'un désaccord et de l'intention d'introduire une procédure d'arbitrage a été soumise, même si aucune tentative de règlement l'amiable n'a été entreprise ».

Article 20.6 (« Arbitrage ») :

« Sauf indication contraire dans les Conditions particulières, tout différend qui n'a pu être réglé à l'amiable et à l'égard duquel la décision (le cas échéant) du Dispute Board n'est pas devenue définitive et obligatoire, sera réglé par la voie de l'arbitrage. A moins que les Parties n'en conviennent autrement,

(a) pour les contrats avec des entrepreneurs étrangers, la procédure d'arbitrage international administrée par l'institution désignée dans les Données Contractuelles, sera conduite suivant le règlement d'arbitrage de l'institution désignée ou, le cas échéant, suivant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, au choix de l'institution désignée,

(b) le lieu de l'arbitrage est la ville où se situe le siège de l'institution d'arbitrage désignée,

(c) l'arbitrage est conduit dans la langue de communication prévue à l'article 1.4 [Législation et Langues], et

(d) pour les contrats avec des entrepreneurs nationaux, la procédure d'arbitrage est conduite conformément à la législation du pays du Maître de l'ouvrage.

Les arbitres auront tous pouvoirs pour consulter, examiner et réviser tout certificat, détermination, instruction, avis ou évaluation du Maître d'œuvre ; et toute décision du Dispute Board se rapportant au différend. Rien n'empêchera les représentants des Parties et le Maître d'œuvre d'être cités comme témoins et de comparaître devant les arbitres sur toute question en lien avec le différend.

Aucune des Parties ne sera limitée, dans le cadre de la procédure d'arbitrage par les moyens de preuve ou arguments précédemment soumis au Dispute Board pour parvenir à sa décision, ni aux motifs de désaccord soulevés dans sa notification de l'existence d'un différend. Toute décision du Dispute Board pourra être versée aux débats dans l'arbitrage.

La procédure d'arbitrage peut être introduite avant ou après l'achèvement des Travaux. Les obligations des Parties, du Maître d'oeuvre et du Dispute Board ne seront pas affectées par le fait que la procédure d'arbitrage se déroule pendant que les Travaux se poursuivent ».

Article 20.7 (“Non respect d'une décision Dispute Board”) :

« Dans le cas où une Partie ne respecte pas une décision finale et obligatoire du Dispute Board, l'autre Partie peut, sans préjudice de tout autre droit qu'elle peut avoir, soumettre ce manquement à l'arbitrage en application de la Sous-clause 20.6 [Arbitrage]. Les Sous-clauses 20.4 [Obtention d'une décision du Dispute Board] et 20.5 [Règlement à l'amiable] ne sont pas applicables dans ce cas ».

60. Il résulte des pièces versées que le litige qui a donné lieu à la sentence qui fait l'objet du présent recours en annulation portait précisément sur des différends survenus entre les parties qui ont donné lieu à plusieurs décisions du DB, qui avait été saisi à la demande de Todini, au titre des deux contrats, sur le fondement de cette clause d'arbitrage, à compter du 22 septembre 2015 et condamnant Ukravtodor au paiement de diverses sommes.

61. Il en résulte que la volonté commune des parties au contrat, la société Todini et Ukravtodor, était de confier tous les litiges résultant de ces contrats à un tribunal arbitral

après examen de leurs différends par un « Dispute Board ».

62. En conséquence, le tribunal arbitral a bien compétence pour connaître du litige opposant ces deux sociétés, nonobstant la question de la cession des contrats à la société HCE par la société Todini, qui au demeurant est contestée en l'espèce et relève d'un débat au fond qu'il appartient au tribunal arbitral de trancher pour apprécier si la société Todini est recevable en sa demande, et qui en tout état de cause n'efface pas la volonté commune de Ukravtdor et de la société Todini de soumettre tous les litiges liés aux contrats à l'arbitrage.

63. En l'état de ces éléments, le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral basé sur le grief de la prétendue cession des contrats sera rejeté.

64. En second lieu Ukravtdor fait valoir au soutien de son moyen fondé sur l'incompétence que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour ordonner l'exécution des décisions non définitives du Dispute Board dans la Première Sentence Partielle.

65. Elle reproche au tribunal arbitral, qu'elle a saisi de cette contestation d'avoir rejeté son objection en se fondant sur une décision de justice singapourienne rendue en 2015- PT Perusahaan Gits Negara (Persero)TBK c. CR W Joint Operation (2015) SG CA30 BLR 595- dite l'affaire Persero, sans rechercher l'intention des parties quant aux pouvoirs conférés au tribunal arbitral au moment de la conclusion des contrats notamment en cas de résiliation des contrats soumis au droit ukrainien.

66. Dans cette décision Persero, la cour d'appel de Singapour en 2015 a reconnu, dans un contrat type FIDIC (Fédération Nationale des Ingénieurs Conseils) prévoyant comme en l'espèce le règlement de litige en premier par le Dispute Board et en cas de contestation par le tribunal arbitral, le pouvoir du tribunal d'ordonner dans une sentence partielle l'exécution d'une décision non définitive d'un Dispute Board dans l'attente du prononcé d'une sentence finale sur le différend opposant les parties.

67. La cour relève qu'il ressort de la sentence que le tribunal arbitral ne s'est pas exclusivement fondé sur la décision singapourienne pour fonder sa décision précisant bien qu'il n'était pas lié par celle-ci mais a recherché l'intention commune des parties et la compréhension de la clause d'arbitrage en s'inspirant de cette affaire.

68. Le tribunal arbitral en effet, après avoir relevé que dans cette affaire les principales dispositions avaient exactement le même effet que les articles CGC 20.4, 20.5, 20.6, et 20.7 des présents contrats, a considéré qu'il n'y avait pas de raison convaincante de s'abstenir de reprendre cette solution, relevant au passage que « *les décisions des DB seraient dépourvues de valeur pratique si la simple notification d'un avis de contestation valide était susceptible de leur faire échec* » (§92 à § 95).

69. A cet égard il convient de rappeler que la clause prévoyant le règlement de litige en deux temps telle qu'elle figure dans les Contrats précités est un mode de règlement bien connu dans les contrats internationaux de construction qui s'inspire du modèle de contrat FIDIC et qui a pour objectif de mettre à la disposition des parties par le DB un mécanisme efficace et rapide de la décision.

70. En l'occurrence si aujourd'hui devant le juge de l'annulation Ukravtdor renouvelle son

objection, elle conteste cette analyse sans indiquer en quoi les sous clauses 20.4, 20.5, 20.6 et 20.7 du règlement des différends des Contrats seraient susceptibles d'une interprétation différente et ne correspondraient pas à l'intention présumée des parties de pouvoir saisir le tribunal arbitral en vue d'obtenir une décision provisoire avant de statuer au fond comme retenu par le tribunal arbitral.

71. Aucun élément n'établit que les parties aient limité la compétence du tribunal arbitral dans le sens restrictif donné par Ukraftodor et qu'elles aient voulu le priver de la possibilité d'examiner l'exécution forcée d'une décision du DB avant de revoir ou de réviser au fond la décision par une sentence finale, étant relevé que les parties ont donné un large pouvoir tribunal arbitral pour statuer sur les demandes en paiement dans l'acte de mission du tribunal arbitral signé le 3 août 2017.

72. Par ailleurs selon les dispositions contractuelles précitées, si les décisions du Dispute Board sont provisoires dès lors qu'elles peuvent être modifiées et révisées par le tribunal arbitral, elles doivent être exécutées quand bien même elles seraient frappées d'un avis de contestation, leur caractère obligatoire n'étant d'ailleurs pas contesté par Ukraftodor.

73. Il ressort ainsi de ce qui précède que rien n'empêchait la société Todini de saisir le tribunal arbitral d'une demande d'exécution forcée des décisions du DB à titre provisoire par une sentence partielle jusqu'à ce que les litiges soient définitivement tranchés, conformément à ce que le tribunal arbitral a retenu.

74. Il s'ensuit que le moyen d'incompétence sera entièrement rejeté.

Sur le deuxième moyen d'annulation tiré de la violation de sa mission par le tribunal arbitral (article 1520 (3°) du code de procédure civile)

75. Ukraftodor demande « dans la mesure où la Cour considérerait que le défaut de pouvoir du Tribunal arbitral pour ordonner l'exécution des décisions du Dispute Board dans la Première Sentence Partielle ne soulève pas une question de compétence, que soit ordonnée l'annulation de la Première Sentence Partielle en application de l'article 1520.3° du code de procédure civile au motif que le tribunal arbitral a statué sans se conformer à sa mission.

76. Ce moyen est présenté par Ukraftodor à titre subsidiaire au cas où l'examen de la compétence ne serait pas retenu, et non au cas où son moyen tiré de l'incompétence serait rejeté.

77. La cour ayant considéré qu'il s'agissait bien d'un moyen de compétence et non de recevabilité, il n'y a pas lieu à répondre à ce moyen.

Sur le moyen d'annulation tiré de la méconnaissance de l'ordre public international (article 1520, 5° du code de procédure civile) ;

78. Ukraftodor soutient que la reconnaissance ou l'exécution de la Première sentence partielle est contraire à l'ordre public international au motif qu'elle a été obtenue de manière frauduleuse par la société Todini qui a volontairement dissimulé la cession des Contrats et le véritable bénéficiaire des droits en découlant.

79. Elle fait valoir que le comportement frauduleux de la société Todini lui a permis ainsi d'obtenir une sentence arbitrale condamnant Ukravtodor en sa faveur alors que la société Todini est dépourvue de tout droit au titre des Contrats y compris la clause compromissoire et qu'en réalité c'est le groupe Salini via sa filiale HCE qui est le véritable bénéficiaire des condamnations prononcées par le DB puis par le tribunal arbitral.

80. Elle ajoute que par la Première sentence partielle, le tribunal arbitral a ordonné l'exécution de décisions du Dispute Board ordonnant à Ukravtodor de lui payer des sommes qu'elle avait cependant déjà demandées et obtenues auprès des autorités fiscales ukrainiennes, ce qu'elle avait dissimulé au Dispute Board et au tribunal arbitral. Elle en déduit que l'exécution de cette sentence donnerait effet au comportement frauduleux de la société Todini.

81. Elle fait également valoir que la Première sentence partielle porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe d'impartialité.

82. A ce titre elle considère que la possibilité pour le tribunal arbitral de se prononcer de manière provisoire dans l'attente des sentences finales à intervenir le place dans une position similaire à celle où une même personne exerce différentes fonctions dans le cadre d'un processus judiciaire, ce qui suscite des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité.

83. En réponse, la société Todini fait valoir que son comportement n'est pas frauduleux dès lors qu'elle a informé la société Ukravtodor de sa restructuration et que la recourante en avait parfaitement connaissance bien avant la procédure d'arbitrage comme en témoigne sa lettre de résiliation fondée sur ce motif le 4 août 1996.

84. S'agissant du grief tiré de la condamnation de la société Ukravtodor à lui payer des sommes qu'elle aurait déjà perçues par ailleurs, elle fait valoir qu'il s'agit d'une question au fond que la preuve d'un comportement frauduleux n'est pas établie et qu'en tout état de cause le non-respect des règles ukrainiennes en matière fiscale ne saurait constituer une non-conformité à l'ordre public international français au sens de l'article 1520 5° du Code de procédure civile.

85. Sur le moyen tiré de la violation du droit au procès équitable et d'impartialité, elle soutient que le Tribunal arbitral s'est conformé à sa mission, ce qui n'est pas de nature à porter atteinte au principe du procès équitable et qu'aucun principe de droit international n'interdit au Tribunal arbitral de rendre des mesures provisoires.

Sur ce,

86. Il résulte de l'article 1520, 5° du code de procédure civile que le recours en annulation est ouvert contre une sentence internationale rendue en France si la reconnaissance ou l'exécution de cette décision sont contraires à l'ordre public international.

87. L'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international.

88. Le contrôle exercé par le juge de l'annulation pour la défense de l'ordre public international s'attache seulement à examiner si l'exécution des dispositions prises par le tribunal arbitral heurte de manière manifeste, effective et concrète les principes et valeurs compris dans l'ordre public international.

89. La fraude procédurale commise dans le cadre d'un arbitrage peut être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure. Elle suppose que des faux documents aient été produits, que des témoignages mensongers aient été recueillis ou que des pièces

intéressant la solution du litige aient été frauduleusement dissimulées aux arbitres, de sorte que la décision de ceux-ci a été surprise.

90. En l'espèce Ukravtodor ne peut soutenir que la société Todini s'est substituée de manière frauduleuse à la société HCE en prenant sa place dans la procédure arbitrale à son insu et celle du tribunal arbitral dès lors que selon les motifs retenus précédemment, la cour a retenu que la société Todini était en droit de se prévaloir de la convention d'arbitrage selon la volonté des parties, et que les effets de la cession font actuellement l'objet d'un débat au fond devant le tribunal arbitral.

91. Aucun comportement constitutif d'une fraude n'étant établi à l'appui du recours contre cette première sentence, le moyen en annulation fondé sur ce grief ne peut aboutir.

92. Il en est de même des deux autres griefs soutenus par Ukravtodor qui ont trait au fond des décisions du DB que le tribunal arbitral n'a pas encore tranché, puis à la mission du tribunal arbitral et plus précisément à son pouvoir de rendre des décisions provisoires qui pour les raisons déjà évoquées résulte de la commune intention des parties telle qu'identifiée dans la convention d'arbitrage et l'acte de mission du tribunal arbitral dont Ukravtodor ne démontre pas en quoi cette volonté heurterait l'ordre public international.

93. Il convient en conséquence de rejeter ce moyen d'annulation.

Sur la demande au titre de l'article 559 :

94. La société Todini forme dans son dispositif une demande paiement de la somme de 50 000 euros sur le fondement de l'article 559 du code de procédure civile sans formuler dans ses écritures les moyens sur lesquels sa prétention est fondée.

95. Cette demande à l'appui de laquelle aucun moyen n'est invoqué dans la discussion sera en conséquence rejetée en application de l'article 954 du code de procédure civile.

Sur les autres demandes :

96. Il y a lieu de condamner Ukravtodor, partie perdante, aux dépens.

97. En outre, elle doit être condamnée à verser à la société Todini, 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 50 000 euros.

IV- DISPOSITIF

La cour, par ces motifs :

1- Rejette toutes les fins de non recevoir opposées entre les parties ;

2- Écarte la pièce n°128 produite le jour de la clôture par l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (State Road Agency of Ukraine - Ukravtodor) ;

3- Rejette le recours en annulation de la Première Sentence Partielle CCI 22628/MHM

rendue entre les parties par le tribunal arbitral le 26 juin 2018 ;

4- Déboute la société Todini Costruzioni General S.P.A de sa demande en procédure abusive ;

5- Condamne l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (State Road Agency of Ukraine - Ukravtodor) à payer à la société Todini Costruzioni General S.P.A la somme de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

6- Condamne l'Agence étatique des routes de l'Ukraine (State Road Agency of Ukraine - Ukravtodor) aux dépens.

La Greffière

Le Président

C. Glémet

F. Ancel