

TEXTE INTÉGRAL

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 16

Chambre commerciale internationale

ARRÊT DU 01er DECEMBRE 2020 (n° /2020, 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 19/09347 - N° Portalis 35L7- V B7D B7374 et par jonction :N° RG 19/09352 - N° Portalis 35L7- V B7D B74AZ, N° RG 19/09554 - N° Portalis 35L7- V B7D B74TU et N° RG 19/09725 - N° Portalis 35L7- V B7D B75C4

Décision déferée à la Cour : sentence rendue le 23 Juillet 2018 à Paris sous l'égide de la cour permanente d'arbitrage par le tribunal arbitral composé de M. G C E F X Y, arbitre président, M. Le professeur I D et M. G C A K (cpa n°2016-09).

DEMANDERESSE AU RECOURS:

GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE ALGÉRIENNE DÉMOCRATIQUE ET POPULAIRE

Ayant son siège social: Ambassade d'Algérie en France, ...

Pris en la personne de ses représentants légaux,

Représenté par Me Rafik RABIA, avocat au barreau de PARIS

DÉFENDERESSE AU RECOURS:

STERLING MERCHANT FINANCE LTD

Société de droit américain

Ayant son siège social: Madison Square 1750K Street, NW, Suite 1100 -20006 Washington DC (ETATS UNIS)

Prise en la personne de ses représentants légaux,

Représentée par Me Corinne BAZEMO, avocat au barreau de PARIS, toque : G541

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 19 Octobre 2020, 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 Monsieur François ANCEL 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 PROCÉDURE

1- Le 8 octobre 2002, la société Sterling Merchant Finance Ltd (ci après « Sterling »), société de droit américain ayant une activité de banque d'affaires, investisseur en fonds propres, et de cabinet de conseil financier international, a conclu un contrat avec le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire (ci après la « République Algérienne »), portant sur la privatisation notamment de trois entreprises chimiques en Algérie, l'entreprise Nationale des Engrais et Production Phytosanitaires Spa (ci après « ASMIDAL »), l'entreprise nationale des peintures Spa (ENAP) et l'entreprise Nationale des Verres Abrasifs (ci après l'«ENAVA ») ainsi que de plusieurs de leurs filiales (les sociétés Kimial, B, L et Z).

2- Ce contrat devait être réalisé en deux phases. La première phase portait sur l'évaluation du projet de privatisation (dit « élaboration de scénarii de privatisation », soit l'analyse de l'environnement juridique, les diagnostics technico économiques, opérationnels et financiers, audit financier, analyse du marché, ') et la deuxième phase portait sur la préparation, l'exécution et la finalisation de l'opération de privatisation de chacune des trois entreprises.

3- Les conditions particulières du contrat prévoyaient que la République Algérienne verserait une rémunération fixe (la « Rémunération Fixe ») à la société Sterling et une rémunération variable (la « Rémunération Variable »), cette dernière étant versée selon l'article 6.1.2 « pour les services rendus au client dans le cadre de la mission définie au Contrat. Elle est liée à la réalisation effective de la vente des participations de capital dans les entreprises concernées ».

4- Le contrat prévoyait que l'ensemble des prestations de privatisation devait être finalisé dans un délai de 9 mois suivant la date de son entrée en vigueur (article 2.3). En cas de retards indépendants de la volonté des parties, il était convenu que les parties se concerteraient sur la suite à y donner.

5- A l'issue des 9 mois, la privatisation desdites entreprises n'a pu avoir lieu et les parties ne se sont pas accordées pour proroger le contrat.

6- La République Algérienne a confié la privatisation à d'autres prestataires, à savoir au cabinet de conseils KPMG et au Centre National d'Assistance Technique (ci après le « CNAT »).

7- Les sociétés KIMIAL, Z, L et B ont été privatisées postérieurement à leurs interventions.

8- La société Sterling a émis un certain nombre de factures au titre de la rémunération fixe et de la rémunération variable.

9- La République Algérienne n'ayant procédé à aucun des paiements sollicités, la société Sterling a initié une procédure arbitrale devant la Cour Permanente d'Arbitrage conformément au règlement CNUDCI de 1976, sur le fondement de l'article 7.2 des conditions particulières du contrat.

10- Le tribunal arbitral, composé de M. G C E F X Y (Président), du Pr. I D (co arbitre) et de M. le juge A J (co arbitre), siégeant à Paris, a rendu une sentence arbitrale le 23 juillet 2018 ayant :

(i) A l'unanimité, condamné la République Algérienne à payer à la société Sterling au titre de la rémunération fixe la somme de 522.980,90 US\$ augmentée des intérêts simples au taux H annuel en dollars américains, plus trois points, a' compter du 23 octobre 2018 jusqu'au jour du paiement, (ii) A l'unanimité, condamné la République Algérienne à payer à la société Sterling au titre de la rémunération variable relative a' la privatisation de la société KIMIAL la somme de 108 000 US\$ augmentée des intérêts simples au taux H annuel en dollars américains, plus trois points, a' compter du 23 octobre 2018 jusqu'au jour du paiement, (iii) A la majorité, condamné la République Algérienne à payer à la société Sterling au titre de la rémunération variable relative a' la privatisation des sociétés ALVER, L et B la somme de 2.205.091,30 US\$ augmentée des intérêts simples au taux H annuel en dollars américains, plus trois points, a' compter du 23 octobre 2018 jusqu'au jour du paiement ;

(iv) à l'unanimité, décidé de mettre les frais de l'arbitrage (sauf les frais de représentation) à la charge de la République Algérienne et en conséquence ordonné à cette dernière de rembourser à la société Sterling les montants qu'elle a versés pour couvrir les frais de l'arbitrage à hauteur de la somme de 30.221,56 US\$.

(iv) à l'unanimité, décidé que chacune des parties aura la charge de ses propres frais de représentation.

11- Par ordonnance en date du 26 novembre 2018, le Président du tribunal de grande instance de Paris a déclaré la sentence exécutoire et la société Sterling a procédé à sa signification par acte du 1^{er} février 2019.

12- Les 28 avril 2019, 1^{er} et 2 mai, la République Algérienne a introduit des recours en annulation contre cette sentence, respectivement enrôlés sous les numéros de RG 19/09352, 19/09347, 19/09554 et 19/09725.

13- La clôture a été ordonnée pour chaque affaire le 6 octobre 2020.

II ' PRÉTENTIONS DES PARTIES

14- Aux termes de ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 13 mai 2020 (pour les dossiers enregistrés sous les numéros RG 19/09347, 19/09352 et RG 19/09554), et le 14 mai 2020 (pour le dossier enregistré sous le numéro RG 19/09725), la République Algérienne demande à la Cour, au visa des articles 1496 et 1520 du code de procédure civile, de :

- La déclarer recevable et bien fondée en son recours en annulation ;
- A titre principal: annuler la sentence arbitrale de la cour permanente d'Arbitrage du 23 juillet 2018 dans toutes ses dispositions ;
- A titre subsidiaire : annuler la sentence en ce qu'elle a condamné la République Algérienne au versement de la rémunération variable aux points (ii) et (iii) de son dispositif pour des montants de 108.000 US\$ et 2.205.091 US\$ relatifs à la privatisation des entreprises Kimial, B, L et Z, augmentés des intérêts simples aux taux H annuel en dollars américain, plus trois points ;
- A titre plus subsidiaire : annuler la sentence en ce qu'elle a condamné la République Algérienne au versement de la rémunération variable au point (iii) de son dispositif d'un montant de 2.205.091,30 US\$ relatif à la privatisation des entreprises Kimial, B, L et Z, augmentés des intérêts simples aux taux H annuel en dollars américain, plus trois points ;
- Condamner la société Sterling à lui payer la somme de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

15- Aux termes de ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 29 septembre 2020, la société Sterling demande à la Cour, au visa des articles 1520 et 700 du code de procédure civile, de :

- Juger que le tribunal arbitral n'a pas usurpé le pouvoir d'amiable compositeur et s'est conformé à la mission qui lui a été confiée,
- Juger que le tribunal arbitral n'a pas violé le principe du contradictoire,

En conséquence,

- Juger la République Algérienne mal fondée en l'ensemble de ses demandes,
- Rejeter le recours en annulation ;
- Condamner la République Algérienne à lui payer la somme de 50 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

III ' MOYENS DES PARTIES ET MOTIFS DE LA DECISION

Sur la jonction des procédures ;

16- Il est conforme à une bonne administration de la justice de joindre les affaires enregistrées sous les numéros RG 19/09347, 19/09352, 19/09554 et 19/09725.

Sur le moyen d'annulation tiré de la violation par le tribunal arbitral du principe de la contradiction (article 1520 4^o du code de procédure civile)

17- En application de l'article 1520, 4^o du code de procédure civile le recours en annulation est ouvert si le principe de la contradiction n'a pas été respecté.

Sur la violation du principe du contradictoire du fait du défaut de communication préalablement à l'audience par la société Sterling d'un document Powerpoint présenté à l'audience

18- La République Algérienne fait valoir que le déroulement de l'audience démontre une violation flagrante du principe du contradictoire dans la mesure où la société Sterling y a présenté un document PowerPoint qui ne lui a pas été communiqué avant l'audience et dont elle n'a pas eu connaissance, n'y ayant pas comparu et n'y étant pas représentée. Elle ajoute que le document PowerPoint étant un support visuel, le seul enregistrement audio de l'audience ne peut pallier le défaut de communication de ce document.

19- En réponse, la société Sterling fait valoir que le document PowerPoint n'était qu'une pièce illustrative se bornant à reprendre les arguments développés dans les mémoires déposés au cours de la procédure arbitrale, qu'il n'était accompagné d'aucune pièce, comme en atteste l'enregistrement audio, et qu'elle était autorisée à le produire en vertu de l'ordonnance de procédure n°1 du 30 juillet 2016. Elle ajoute que ce document a bien été transmis à la République Algérienne après l'audience, le 1er février 2017, qui disposait par ailleurs de l'enregistrement audio de l'audience et du pouvoir de présenter ses observations jusqu'au 27 février 2017, conformément à la lettre du secrétariat de la Cour Permanente d'Arbitrage du 10 février 2017.

Sur ce,

20- Le principe de la contradiction fait obstacle à ce qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter. Il interdit également que des écritures ou des documents soient portés à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqués à l'autre partie, et que des moyens de fait ou de droit soient soulevés d'office sans que les parties aient été appelées à les commenter.

21- En l'espèce, la clause compromissoire insérée à l'article 7.2 des conditions particulière du contrat conclu entre la République Algérienne et la société Sterling renvoie à un « arbitrage conformément aux règles de procédure d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial (CNUDCCI) en vigueur à la date du présent contrat ».

22- Conformément à l'article 22 du Règlement d'Arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en vigueur à la date du contrat litigieux (version de 1976) selon lequel « Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre la requête et la réponse, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter ; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées », le tribunal arbitral a, par ordonnance de procédure n°1 en date du 30 juillet 2016, indiqué que si « Aucune nouvelle preuve ne peut être présentée à l'audience, sauf avec l'autorisation du Tribunal (') des pièces illustratives peuvent être présentées en utilisant des documents déposés précédemment, conformément à la présente Ordonnance ».

23- Le document litigieux, qui est communiqué en pièce n°10 dans la présente procédure, dont il a été fait usage lors de l'audience à laquelle la République Algérienne n'a pas comparu, est un Powerpoint intitulé « Exposé oral des arguments par la demanderesse », qui précise que « cette présentation est uniquement fondée sur les informations contenues dans la requête et le mémoire en réplique soumis par le demanderesse » et qui contient plusieurs diapositives résumant la position de la société Sterling.

24- Il ne peut être tiré du seul usage de ce document une violation du principe de la contradiction alors d'une part, qu'il n'est pas contesté que la République Algérienne avait été régulièrement invitée à comparaître à cette audience du 30 janvier 2017 et qu'elle a fait le choix de ne pas s'y rendre.

25- D'autre part, au terme de son paragraphe 35, le tribunal précise dans sa sentence que « par lettre de la CPA du 10 février 2017, le tribunal a : i) transmis l'enregistrement audio de l'audience aux parties ; ii) invité les parties à présenter toute observation supplémentaire sur les questions soulevées à l'audience (...) » et par ailleurs invité les parties « à présenter toute observation supplémentaire sur les questions soulevées à l'audience au plus tard le lundi 27 février 2017 ».

26- Il en résulte que la République Algérienne, qui ne précise nullement en quoi le document illustratif litigieux, contiendrait des arguments qui ne figuraient pas dans le mémoire de la société

Sterling dont elle avait pu avoir connaissance antérieurement, a pu en tout état de cause avoir connaissance de celui ci par l'enregistrement audio de l'audience qui lui a été transmis après l'audience, ainsi que de la possibilité de faire valoir toutes observations au tribunal arbitral.

27- En l'état de ces éléments, le principe de la contradiction n'a pas été méconnu par le tribunal arbitral.

28- Ce grief sera en conséquence rejeté.

Sur la violation du contradictoire dans le cadre de la demande de production de documents postérieurement à l'audience

29- La République Algérienne expose qu'à la suite de l'audience, le tribunal arbitral lui a adressé par lettre du 10 février 2017 une liste de questions comprenant une demande de communication de pièces relatives aux modalités de recrutement des consultants KPMG et du CNAT et lui reproche d'avoir violé le principe du contradictoire en appliquant l'article 9 (5) des règles de l'IBA sans qu'aucune procédure contradictoire n'ait été respectée au préalable, contrairement à ce qu'exige l'article 3.5 de ces règles.

30- Elle explique, s'appuyant aussi sur l'opinion dissidente de l'un des arbitres, que suivant ces règles, si le tribunal arbitral demande à une partie de lui fournir des pièces, cette partie a le droit de le refuser selon une procédure contradictoire et que ce n'est qu'en cas de refus que le tribunal pourra ordonner cette production. Elle ajoute que ce n'est que dans la mesure où le tribunal « ordonne

» une production de pièce que l'article 9 (5) peut s'appliquer, et non, comme en l'espèce, pour une demande de communication de pièces accompagnant une liste de questions.

31- Elle en conclut que le tribunal arbitral qui s'est basé sur le défaut de production de documents, alors que cette production n'a pas été ordonnée et n'a pas fait l'objet d'un débat contradictoire, pour appliquer l'article 9 (5) des règles de l'IIBA, a violé le principe du contradictoire.

32- En réponse, la société Sterling explique que le tribunal arbitral a rendu une ordonnance de procédure n°3 statuant sur sa demande de production de documents, puis, postérieurement à l'audience des plaidoiries du 30 janvier 2017, adressé le 10 février 2017 à la République Algérienne une demande de production de documents complémentaires, avec une liste de question. Elle fait valoir que le tribunal arbitral avait bien ordonné - et non simplement demandé- à la République Algérienne de produire lesdits documents et que le tribunal arbitral n'étant pas une partie, la notion de production « demandée » par le tribunal n'existe pas, celui-ci ne pouvant qu'« ordonner ».

33- Elle ajoute que la distinction opérée par la République Algérienne entre « demander » et « ordonner » est de toute manière inopérante dans le cas d'espèce puisque la correspondance du tribunal en date du 10 février 2017 était claire en ce qui concerne l'injonction de produire des documents. Elle fait valoir que, si la République Algérienne considérait que le tribunal lui avait simplement demandé de produire des pièces elle aurait dû s'y opposer et tel n'a pas été le cas.

34- La société Sterling conclut en indiquant que le tribunal arbitral a valablement ordonné la production desdits documents selon les formes requises et conformément aux règles acceptées par les parties et que ces règles n'imposaient aucunement au tribunal d'attirer l'attention de la République Algérienne sur les conséquences de son refus de produire les documents requis.

Sur ce,

35- Il convient de relever en premier lieu que l'application des règles de l'IIBA à la procédure arbitrale n'est en l'espèce pas contestée, le litige portant sur les conditions de mise en 'uvre de ces règles dont la République Algérienne considère qu'elles n'ont pas été appliquées correctement par le tribunal arbitral, ce dont il résulterait une violation du principe de la contradiction.

36- A cet égard, il convient de rappeler qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge de l'annulation de sanctionner une mauvaise application des règles de procédure choisies par les parties, sauf à ce que l'application alléguée comme étant erronée emporte une violation du principe de la contradiction.

37- En l'espèce, il est constant qu'il a été demandé à la République Algérienne de produire plusieurs documents au cours de la procédure arbitrale.

38- Ainsi, d'une part, faisant suite à une demande émanant de la société Sterling, et sous réserve d'un engagement de confidentialité signé par cette dernière, le tribunal arbitral, après avoir pris en compte l'objection de la République Algérienne fondée sur le caractère confidentiel des documents, a ordonné à cette dernière aux termes d'une ordonnance de procédure n°3 du 10 février 2017 de produire « tout extrait de tout rapport du Conseil des Participations de l'État ou de tout autre organisme de l'État Algérien indiquant le montant des contreparties financières à payer par les investisseurs pour leur entrée dans le capital des entreprises publiques KIMIAL, B, SOMAIS et Z, y compris les engagements qui ont été faits en (i) augmentation de capital, souscription d'actions, primes d'émission, et tout autre engagement financier (investissement, dépenses de restructuration sociale etc.) ».

39- D'autre part, par lettre du 10 février 2017, à laquelle était jointe l'ordonnance de procédure n°3 précitée, le tribunal arbitral a également adressé à la République algérienne une « liste de questions que le tribunal [lui] aurait posées si [celle-ci] avait comparu à l'audience » et par laquelle il l'invite 'à y répondre dans le cadre de ses observations sur les questions soulevées à l'audience ».

40- Ce document intitulé « Liste de questions au défendeur » précise à son point 4 que « à la page 21 de son Mémoire en défense, le Défendeur porte à la connaissance du tribunal que les filiales B, L, KIMIAL et Z ont été privatisées « avec l'assistance d'autres consultants internationaux ». Le Défendeur est prié de fournir au tribunal de plus amples informations, avec pièce à l'appui, sur les modalités de recrutement de ces consultants internationaux, et notamment les copies des contrats et des termes de référence du mandat de ces consultants. Le Défendeur est également prié de préciser, avec pièces à l'appui, si les investisseurs participants au capital des filiales privatisées sont ceux que la Demanderesse avait suggérés dans ses rapports ».

41- S'il est exact que cette seconde demande de communication de pièces à la République Algérienne ne recouvre pas exactement le champ des documents dont la production a été expressément ordonnée aux termes de l'ordonnance n°3 de sorte que la société Sterling ne peut feindre de considérer que ces deux demandes n'en feraient qu'une, il est néanmoins constant que la République Algérienne ne pouvait ignorer que, conformément à l'ordonnance de procédure n°1 rendue le 30 juillet 2016, le tribunal arbitral

avait indiqué aux parties, sans que ce point ne fût contesté, d'une part, que le « tribunal peut également ordonner d'office la production de documents » et d'autre part, que « Outre les dispositions relatives à la production de documents ci dessus, le tribunal peut utiliser, comme lignes directrices supplémentaires, les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international de 2010 lors de l'examen des questions de preuve », et donc, en ce compris le mécanisme de déduction défavorable, que ce soit en lien avec l'absence de production de pièces en conséquence de l'ordonnance de procédure n°3 et/ou de sa demande formée par lettre du 10 février 2017.

42- Ainsi, ce mécanisme était nécessairement dans les débats sans qu'il soit nécessaire que l'une ou l'autre des parties s'en prévale expressément ni que le tribunal invite l'une d'elle à s'expliquer sur son application.

43- A cet égard, il ressort du paragraphe n°38 de la sentence que la République Algérienne en avait parfaitement conscience dès lors que le tribunal mentionne que le 27 février 2017 (date à laquelle les réponses des parties étaient attendues), « le Défendeur a déposé ses réponses aux questions du Tribunal en date du 10 février 2017 (*) ainsi que dix sept documents communiqués à la fois en réponse aux questions du tribunal et conformément à l'ordonnance de procédure n°3 ».

44- En outre, contrairement à ce que soutient la République Algérienne, le tribunal arbitral ne s'est pas uniquement fondé sur l'application de la déduction défavorable pour condamner cette dernière au paiement d'une rémunération variable.

45- En effet, s'interrogeant sur le fait de savoir si les quatre filiales privatisées l'avaient été sur la base des travaux et services rendus par la société Sterling (§ 271), le tribunal arbitral prend soin de détailler dans les paragraphes 272 à 278 de sa sentence les raisons pour lesquelles il considère que cette preuve est rapportée et ce en considération notamment des éléments suivants :

- s'agissant de la privatisation de l'entreprise KIMIAL, le tribunal constate que « le rapport du CNAT de novembre 2014 reconnaissait que ce dossier avait déjà connu plusieurs rounds de négociations avec les repreneurs potentiels » et qu'il existait ainsi, avec d'autres éléments détaillées dans les paragraphes 273, 277, 279 et 280 à 283, « une forte présomption que les travaux de la Demanderesse, y compris ses recherches d'acquéreurs potentiels, ont été utilisés dans le cadre de la privatisation de la filiale KIMIAL » (§ 274).

- s'agissant des autres filiales (B, L et Z), le tribunal indique que si « rien n'indique que la demanderesse ait identifié ou entamé des négociations avec les acheteurs éventuels (*). Néanmoins d'autres éléments de fait suggèrent que les travaux de la demanderesse ont été utilisés aux fins de privatisation de ces trois filiales » et le tribunal de relever « en particulier » des « éléments de fait suivants » qu'il détaille dans son paragraphe 277 et qui portent notamment sur les nombreux rapports remis effectivement par la société Sterling à la République Algérienne dont le défendeur « n'a pu apporter ni preuve, ni argument pouvant mettre en cause leur qualité » ; le fait que les « nouveaux consultants du défendeur ' KPMG et le CNAT ' précisent dans leurs correspondances et rapports, qu'ils ont consulté les documents préexistants se rapportant à B (et KIMIAL) » ; le fait que les rapports produit par KPMG et le CNAT « témoignent du fait que leur mandat était moins large que celui de la demanderesse » ; que les délais applicables aux travaux de KPMG « semblent avoir été ostensiblement plus courts que ceux imposés par le contrat avec la demanderesse » et qu'ainsi le délai total convenu de 4 semaines pour les travaux portant sur la filiale B à KPMG « ne permettait pas à ce dernier d'identifier un repreneur et de finaliser la privatisation de ladite entreprise sans tirer parti des travaux de la demanderesse » ; ou encore le fait que « KPMG et le CNAT n'ont effectué aucun travail en lien avec la privatisation de la filiale L ».

46- Ainsi, le tribunal arbitral en déduit en son paragraphe 278 que les « éléments de fait énumérés ci dessus, pris dans leur ensemble, établissent la présomption que les filiales B, L et Z ont été privatisées sur la base des services rendus par la Demanderesse au Défendeur ».

47- Ce n'est qu'après avoir procédé à l'analyse de ces éléments que le tribunal arbitral s'appuie, au surplus, sur l'absence de réponse à sa demande de production de documents complémentaires par la République Algérienne pour conforter sa position et constater que si la République Algérienne lui avait fournis des « informations sur les modalités de recrutement de KPMG et le CNAT, notamment les copies de leurs contrats avec le défendeur et des termes de référence encadrant leurs prestations », ces documents lui aurait « notamment permis de vérifier l'étendue du mandat des nouveaux consultants et donc de déterminer s'il leur avait été demandé de refaire tout ou partie des travaux déjà accomplis par la demanderesse » et pouvaient « renforcer ou affaiblir la présomption selon laquelle le défendeur aurait utilisé les travaux de la demanderesse pour la privatisation des entreprises concernées » (§ 279).

48- Ayant constaté que « le défendeur [avait] manqué de fournir les documents et informations demandés au tribunal, et ce, sans expliquer clairement les raisons de ce défaut », le tribunal indique, en application de l'article 9 (5) des règles de l'IBA, qu'en « l'espèce, le Défendeur n'ayant donné aucune raison satisfaisante pour la non production des contrats et des termes de référence de

KPMG et du CNAT, le Tribunal en déduit que le contenu de ces documents serait contraire aux intérêts du défendeur » (§ 280), non sans avoir pris soin de rappeler que la règle de la conclusion défavorable ne « s'impose pas, mais doit être librement appréciée sur la base de toutes les preuves et éléments du dossier soumis au tribunal » et considéré que « A l'analyse, un faisceau d'indices concordants, pris séparément ou ensemble, conforte la conviction qu'il est raisonnable de conclure à un manque de diligence due de la part du défendeur pour n'avoir pas produit les documents requis par le tribunal, sans doute parce qu'ils lui seraient potentiellement nuisibles » (§ 282).

49- C'est ainsi que le tribunal arbitral indique dans le paragraphe 283 de sa sentence que « En définitive, la conclusion défavorable de la non production des documents demandés par le tribunal n'est pas seulement liée au contenu même des documents que le défendeur est requis de fournir ; elle est aussi cohérente avec la présomption initiale qui naissait déjà des preuves disponibles, même en l'absence des documents produits » et dans son paragraphe 284 que « La non production de ces documents par le défendeur renforce donc la présomption en faveur de l'utilisation par le défendeur des travaux de la demanderesse dans le cadre de la privatisation des filiales B, L et Z ».

50- Au regard de l'ensemble de ces éléments, rien de ce qui a servi à fonder la décision du tribunal arbitral n'a pu échapper au débat contradictoire, dès lors d'une part, que les parties avaient consenti à l'application potentielle de la règle de la déduction défavorable, d'autre part que le tribunal a pu constater que le refus de la République Algérienne de produire certains documents n'était fondé sur « aucune raison satisfaisante » et qu'enfin ce tribunal ne s'est pas uniquement fondé sur ce mécanisme pour faire droit aux demandes de la société Sterling puisqu'il s'est aussi appuyé sur les documents effectivement produits et versés aux débats pour statuer en ce sens.

51- Le moyen tiré de la violation du principe de la contradiction sera en conséquence rejeté.

Sur le moyen tiré du non respect par le tribunal arbitral de sa mission pour avoir statué en amiable compositeur (art. 1520 3° du code de procédure civile)

... fait valoir que le tribunal arbitral n'a pas respecté sa mission et a statué en amiable compositeur, au lieu de se prononcer sur la base du droit algérien applicable en vertu de l'article 1.2 des conditions particulières du contrat, et notamment des articles 106 et 111 du code civil algérien qui imposent une application stricte des termes du contrat lorsqu'ils sont clairs.

53- Elle fait ainsi grief au tribunal arbitral d'avoir jugé que la société Sterling avait droit à la « Rémunération Variable » prévue dans le contrat après avoir pourtant constaté que les conditions de son octroi n'étaient pas réunies, tel qu'il ressort du paragraphe 285 de la sentence.

54- La République Algérienne expose que le contrat prévoyait clairement que la Rémunération Variable était une prime de succès dont l'octroi dépendait de la réalisation d'une obligation de résultat consistant dans la réalisation effective des privatisations des sociétés ou de celle de les mettre en état de l'être, la réalisation de la phase 2 étant déterminante, au regard de l'article 3.6 des conditions contractuelles, selon lequel la prime de succès « sera payée chaque fois lorsque l'ouverture de capital ou la privatisation de chacune des entreprises identifiées sera réalisée et terminée ».

55- Elle souligne à cet égard que les articles 6.1.1 et 6.1.2 des conditions particulières du contrat relatifs au montant et à la nature de la rémunération variable ne prévoient rien à cet égard et que leur interprétation à l'aune des articles 2.6.3 et 3.7 de ces conditions révèle au contraire que la volonté des parties n'était pas de prévoir une Rémunération Variable au prorata des efforts fournis par la société

Sterling mais à l'accomplissement des privatisations. Elle conclut que rien dans le contrat ni la loi ne justifiait le paiement d'une Rémunération Variable en fonction des efforts fournis.

56- Elle ajoute que le tribunal s'est fondé sur le fait que la République Algérienne se serait servi des rapports réalisés par la société Sterling pour finaliser les privatisations ultérieures alors même que la propriété de ces travaux lui avait déjà été transmise en vertu de l'article 3.7 des conditions générales du contrat qui prévoit que les rapports deviendraient et demeureraient sa propriété.

57- Elle souligne que l'arbitre A J a relevé dans son opinion partiellement dissidente que cette rémunération au prorata n'était justifiée que par des considérations d'équité et que le tribunal a relevé lui même dans sa sentence qu'il « privilégie (ait) l'équité » et fixait « un barème de l'équité » (paragraphe 289 de la sentence).

58- En réponse, la société Sterling fait valoir que la nature et le contenu de ses obligations sont définies à l'Annexe A du contrat, prévoyant deux phases, sans que le contrat ne mette à sa charge l'obligation d'une privatisation effective des sociétés concernées. Elle fait valoir que c'est donc par la stricte application du droit algérien et du contrat que le tribunal arbitral a pu conclure que celui

ci ne mettait pas à la charge de la société Sterling une obligation de résultat quant à la privatisation des sociétés concernées, mais une obligation de mettre en état de privatisation ces sociétés et que c'est sans modifier la nature de ses obligations qu'il a recherché si, et dans quelle mesure, elle mis la République Algérienne en état de lancer les privatisations, avant de juger fondé son droit à rémunération.

59- Elle ajoute que la décision de privatisation des sociétés ne tenait qu'à la République Algérienne et que c'est de son fait qu'elle n'a pas été lancée immédiatement après la réalisation des prestations de la société Sterling et qu'en tout état de cause, le montant de la rémunération variable ne pouvait dépendre du lancement des privatisations puisque cet événement étant le fait des autorités algériennes, cette condition aurait été potestative donc nulle.

60- La société Sterling fait ensuite valoir qu'elle a réalisé ses obligations conformément aux obligations contractuellement mises à sa charge dans le cadre des deux phases de travaux, et soutient que le tribunal arbitral a justifié son droit à Rémunération Fixe par l'analyse des travaux réalisés dans le cadre du contrat et des stipulations contractuelles.

61- Elle ajoute que c'est au regard de l'article 6.1.1 des Conditions Particulières du Contrat et de l'analyse par le tribunal arbitral des conséquences financières de la réalisation de ses prestations que le tribunal arbitral a jugé justifié son droit à une Rémunération Variable. Elle souligne qu'il a notamment retenu que c'est bien sur la base de ses prestations et de ses rapports, et non sur la seule base des travaux réalisés par KPMG et le CNAT que les privatisations ont été effectuées.

62- Elle conclut qu'elle a fourni toutes les prestations qui lui incombait dans le délai contractuel de 9 mois et précise que même si la République Algérienne ne conteste pas la Rémunération Fixe, elle n'a pas pour autant procédé à son règlement ce qui traduit qu'elle n'a jamais eu l'intention de s'acquitter des sommes dont elle est débitrice, à quelque titre que ce soit.

Sur ce,

63- En application de l'article 1520, 3° du code de procédure civile le recours en annulation est ouvert si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.

64- Aux termes de l'accord sur les modalités de désignation du tribunal signé par les parties les 27 juin et 10 juillet 2016, à la rubrique « droit applicable » il est renvoyé à l'article 1.2 des Conditions Générales du Contrat qui stipule que « le Contrat, sa signification, son interprétation, et les relations entre les parties seront soumis au Droit Applicable » et à l'article 1.2 des Conditions Particulières du

Contrat prévoit que « le droit applicable est le droit algérien des marchés publics ainsi que les lois et règlements requis en Algérie ».

65- Le siège de l'arbitrage a été fixé à Paris.

66- Aucune mission d'amiable composition n'a été confiée au tribunal arbitral.

67- Pour fonder sa décision de faire droit en partie à la demande de la société Sterling au paiement d'une rémunération variable, le tribunal arbitral mentionne dans sa sentence qu'il a « d'abord examiné si, en principe, le consultant pouvait, aux termes du contrat, avoir droit à une rémunération variable pour des transactions de privatisation pour lesquelles il aurait effectué un travail préalable dans le cadre du contrat, mais qui auraient été finalisées après la fin du contrat » (§ 268) et a considéré que cela était possible aux motifs que « aucune clause contractuelle ne stipulait que, pour donner droit à la rémunération variable, les privatisations devaient être finalisées pendant la durée du contrat » et que le « contraire eut été illogique, puisque la finalisation des privatisations allait nécessairement dépendre de décisions gouvernementales » (§ 268). Le tribunal arbitral en conclut que « Il était envisageable que les éléments nécessaires aux privatisations soient mis en place pendant la durée du contrat, mais que ces dernières soient réalisées après sa fin. Cela ne devait pas priver le consultant de sa rémunération » (§ 268).

68- Il est constant que le tribunal arbitral a considéré dans le paragraphe 285 de sa sentence que « les services prévus au contrat n'ont pas été rendus dans leur totalité par [la société Sterling]. Notamment s'agissant des filiales B, L et Z (et contrairement au cas de KIMIAL), la [société Sterling] n'a pas fourni les services relatifs à l'identification et aux négociations avec les repreneurs potentiels (...). La question se pose donc de savoir si malgré ce caractère non complètement exécuté des travaux, tels que définis dans le contrat, [la société Sterling] a pourtant droit à la Rémunération Variable ».

69- Pour répondre favorablement à cette question, le tribunal arbitral considère que « la réponse est fournie par l'article 6.1.2 du contrat, deuxième alinéa qui dispose : « La Rémunération Variable est la partie qui rémunère le Consultant pour les services rendus au client dans le cadre de la mission définie au Contrat. Elle est liée à la réalisation effective de la vente des participations de capital dans les entreprises concernées. » (§ 286).

70- Analysant cette clause, le tribunal arbitral considère que la Rémunération Variable est « non pas une prime de résultat, mais plutôt une prime de services rendus par le consultant (*) pour aboutir à la vente des participations de capital, c'est à dire à la privatisation effective » (§ 286).

... tribunal poursuit en précisant que « cette conception du succès, synonyme de résultat, comme aboutissement de services rendus au défendeur par la demanderesse est confirmé par l'intention des parties elles mêmes, telle que traduite dans les termes du contrat (...) » et notamment à l'article 6.2.1 qui fixe les pourcentages pour la réalisation des travaux par la société Sterling. Ainsi le tribunal considère que « si les services rendus par le consultant sont proches de la privatisation, mais que celle ci n'a jamais eu lieu, le consultant ne peut prétendre à la rémunération variable (*). Par contre, si les services rendus par le consultant au client sont loin du résultat de vente des participations de capital, mais que cette vente (c'est à dire, la privatisation), a finalement lieu, le consultant a droit à une rémunération variable pour les services rendus (article 6.1.2, deuxième alinéa, première phrase) ».

72- C'est sur le fondement de cette interprétation des clauses du contrat que le tribunal a considéré que « ce qui importe en l'occurrence est moins la présence du consultant lors de cette vente, ici [la société Sterling], que les services [qu'elle] a rendus au client et le degré d'utilité de ces services pour l'obtention dudit succès ».

73- Il ressort de ces éléments, que loin de statuer en équité pour examiner le principe d'une rémunération variable due, le tribunal arbitral s'est appuyé sur le contrat dont il a interprété les clauses contractuelles pour admettre le droit de la société Sterling au bénéfice d'une telle rémunération, sans nullement modifier l'économie du contrat en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties.

74- A cet égard, la République Algérienne, ne saurait considérer que le tribunal arbitral s'est ainsi comporté en amiable compositeur alors que ce comportement ne saurait à lui seul résulter d'une interprétation du contrat dont elle considère qu'elle n'est pas conforme à sa thèse au risque de sanctionner sous couvert du non respect de la mission par l'arbitre, une mauvaise appréciation des termes du contrat et donc un mal jugé par le tribunal arbitral.

75- En revanche, si sur le principe de l'attribution d'une rémunération variable, le tribunal arbitral ne s'est pas comporté en amiable compositeur, il a manifestement endossé une telle mission pour évaluer le montant de la rémunération due.

76- En effet, au paragraphe 289 de sa sentence le tribunal arbitral indique que « dans la mesure où [la société Sterling] a effectué seulement une partie des travaux définis dans le contrat, le tribunal estime qu'il serait inique vis à vis du défendeur d'accorder à [la société Sterling] l'intégralité de la rémunération variable pour les quatre entreprises. Dès lors le tribunal privilégie l'équité, car il serait illogique et injuste d'accorder à la demanderesse la totalité de la rémunération variable pour un résultat qui n'a pas été atteint uniquement grâce à sa contribution ».

77- La sentence mentionne ensuite que « pour fixer le barème de l'équité, en l'occurrence, le tribunal s'est fondé sur l'esprit du contrat et l'intention des parties, tels que consignés dans le contrat lui même, qui permettent de mesurer les proportions dans lesquels les services rendus au défendeur par la demanderesse, et non pas les efforts de cette dernière, ont pu contribuer à l'obtention du résultat ou du succès de la privatisation des quatre entreprises ».

78- Il ressort de ces paragraphes que le tribunal s'est délibérément et expressément fondé sur l'équité pour évaluer le montant de la rémunération variable dont il a admis précédemment le principe en faveur de la société Sterling et qu'il a dès lors méconnu sa mission.

79- En conséquence, la sentence encourt l'annulation en ce qu'elle a condamné la République Algérienne au versement de la rémunération variable aux points (ii) et (iii) de son dispositif pour des montants de 108.000 US\$ et 2.205.091 US\$ relatifs à la privatisation des entreprises Kinial, B, L et Z, augmentés des intérêts simples aux taux H annuel en dollars américain, plus trois points.

Sur les frais et dépens ;

80- Les parties succombant partiellement, chacune d'elle conservera la charge de ses propres dépens.

81- Pour les mêmes motifs, l'équité commande de débouter les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile.

IV PAR CES MOTIFS

La cour,

1- Ordonne la jonction des dossiers enregistrés sous les numéros RG 19/09347, 19/09352 et RG 19/09554, et RG 19/09725 ;

2- Annule la sentence arbitrale du 23 juillet 2018 uniquement en ce qu'elle a condamné la République

Algérienne au versement de la rémunération variable aux points (ii) et (iii) de son dispositif pour des montants de 108.000 US\$ et 2.205.091 US\$ relatifs à la privatisation des entreprises Kimial, B, L et Z, augmentés des intérêts simples aux taux H annuel en dollars américain, plus trois points ;

3- Rejette le recours en annulation pour le surplus ;

4- Déboute les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile ;

5- Dit que chaque partie conservera les dépens par elle exposés.

La greffière Le Président

C. GLEMET F. ANCEL

Composition de la juridiction : François ANCEL, Laure ALDEBERT, Clémentine GLEMET, Me Corinne BAZEMO, Rafik RABIA
Décision attaquée : Tribunal de grande instance Paris 2016-07-30