

COUR DE CASSATION

Audience publique du **19 décembre 2012**

Rejet

M. CHARRUAULT, président

Arrêt n° 1493 F-P+B+I

Pourvoi n° E 11-10.973

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,
a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Apax partners, dont
le siège est 45 avenue Kléber, 75116 Paris,

contre l'arrêt rendu le 9 novembre 2010 par la cour d'appel de Paris (pôle 1,
chambre 1), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Marsa fashion company, société à
responsabilité limitée, dont le siège est zone industrielle Sidi Daoud, km 12,
route de La Marsa, 2046 La Marsa (Tunisie),

2^o/ à la société Fino, société anonyme, dont le siège est 17 rue
de la Parfumerie, zone industrielle Ksar Saïd, 34400 La Manouba (Tunisie),

3^o/ à la société Partner textile, société à responsabilité limitée,
dont le siège est 17 rue de la Parfumerie, zone industrielle Ksar Saïd,
La Manouba, 2086 Ariana (Tunisie),

défenderesses à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 20 novembre 2012, où étaient présents : M. Charruault, président, Mme Maitrepierre, conseiller référendaire rapporteur, M. Pluyette, conseiller doyen, M. Sarcelet, avocat général, Mme Nguyen, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Maitrepierre, conseiller référendaire, les observations de la SCP Ortscheidt, avocat de la société Apax partners, de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat des sociétés Marsa fashion company, Fino et Partner textile, l'avis de M. Sarcelet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 novembre 2010), qu'estimant être victimes d'une rupture abusive des relations commerciales établies avec la société de droit français Morgan du fait d'une brusque chute des ses commandes en 2007, les sociétés de droit tunisien Marsa fashion company, Fino et Partner textile (les sociétés tunisiennes) l'ont assignée devant des juridictions tunisiennes, en indemnisation de leur préjudice ; qu'au cours de cette procédure, des négociations ont été engagées entre les parties, auxquelles ont participé, d'un côté, M. Noura, principal actionnaire et dirigeant des sociétés tunisiennes, et de l'autre, M. Tchenio, président directeur général de la société Apax partners (la société Apax), ayant pour activité l'administration d'un fonds d'investissement gérant des fonds communs de placement détenteurs de droits de vote au sein de la société Morgan international participation (la société MIP), détenant elle-même la totalité du capital social de la société Morgan ; que ces négociations ont abouti à la conclusion, le 25 janvier 2008, d'un protocole transactionnel, prévoyant la renonciation des sociétés tunisiennes à leur action en justice en contrepartie de l'engagement de la société Morgan d'assurer un certain volume de commandes pendant trois ans ; qu'estimant que cette dernière avait manqué à ses engagements, les sociétés tunisiennes ont, d'abord, mis en oeuvre la procédure d'arbitrage prévue par la clause compromissoire stipulée au protocole transactionnel, puis, à la suite du placement de la société Morgan en redressement judiciaire, ont conclu avec la société Apax une convention d'arbitrage, sur laquelle elles se sont fondées pour engager une nouvelle procédure arbitrale en indemnisation de leurs préjudices ; que le tribunal arbitral, par sentence rendue en France, a retenu la responsabilité de la société Apax, prise en la personne de M. Tchenio, pour avoir dissimulé à M. Noura des informations essentielles lors des négociations ayant abouti successivement à la conclusion du protocole transactionnel et au désistement des sociétés tunisiennes de leur action en justice et, en

conséquence, a condamné la société Apax à payer certaines sommes aux sociétés tunisiennes à titre de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Apax fait grief à l'arrêt de rejeter son recours en annulation contre cette sentence, alors, selon le moyen :

1^o que la juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; qu'elle ne peut soulever d'office aucun moyen, de fait ou de droit, sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations ; qu'en écartant le moyen d'annulation de la sentence arbitrale tiré de ce que le tribunal arbitral avait méconnu le principe de la contradiction en se fondant sur un fait non débattu, qui aurait consisté dans une dissimulation par M. Tchenio à M. Nouira, au cours des négociations transactionnelles, de la demande des banquiers de la société Morgan, sollicités en vue du rééchelonnement de sa dette, d'une recapitalisation de celle-ci par les actionnaires, au motif inopérant que le rapport du conseil d'administration de MIP dans lequel le tribunal arbitral avait puisé ce fait avait été régulièrement versé aux débats, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1502-4^o et 1504 du code de procédure civile, dans leur rédaction applicable ;

2^o que la juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; qu'elle ne peut soulever d'office aucun moyen, de fait ou de droit, sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations ; qu'en écartant le moyen d'annulation de la sentence arbitrale tiré de ce que le tribunal arbitral avait méconnu le principe de la contradiction en se fondant sur un fait non débattu, qui aurait consisté dans une dissimulation par M. Tchenio à M. Nouira, au cours des négociations transactionnelles, de la demande des banquiers de la société Morgan, sollicités en vue du rééchelonnement de sa dette, d'une recapitalisation de celle-ci par les actionnaires, après avoir pourtant constaté que les sociétés tunisiennes avaient soutenu, devant les arbitres, que M. Tchenio « dans les négociations ayant abouti à la conclusion du protocole transactionnel, avait dissimulé la situation financière obérée de Morgan ainsi que la volonté d'Apax de céder rapidement ses participations dans cette société », ce dont il résultait que ces derniers s'étaient fondés sur un moyen de fait qui n'avait pas été discuté par les parties, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1502-4^o et 1504 du code de procédure civile, dans leur rédaction applicable ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que l'allégation, dont avaient été saisis les arbitres, de dissimulation de deux circonstances susceptibles d'affecter les négociations, à savoir la situation financière compromise de la société Morgan et la volonté de la société Apax de se

désengager du capital de cette dernière, avait été contradictoirement débattue, l'arrêt relève que le rapport du conseil d'administration de la société MIP, faisant état des difficultés de restructuration de la dette de la société Morgan, avait été régulièrement versé aux débats ; qu'ayant ainsi constaté que les arbitres ne s'étaient fondés sur aucun fait distinct de ceux invoqués par les parties demanderesse, dont la société Apax n'aurait pas été à même de débattre, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ces derniers, qui n'avaient pas à soumettre aux parties la motivation de leur sentence avant son prononcé, n'avaient pas méconnu les exigences de la contradiction ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Apax adresse le même grief à l'arrêt ;

Et attendu que c'est par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, rendue nécessaire par l'ambiguïté des termes de la sentence arbitrale, que la cour d'appel a retenu qu'en indiquant que le montant des réparations était assorti de justifications comptables et a été attesté par les commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes, le tribunal arbitral avait entendu viser les rapports techniques d'évaluation des pertes subies par ces dernières, ainsi que les états financiers de ces sociétés pour certains exercices, accompagnés des rapports des commissaires aux comptes, et en a exactement déduit, sans dénaturer ces états financiers, que les arbitres ne s'étaient pas fondés sur des pièces qui n'avaient pas été versées aux débats ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Apax aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer aux sociétés Marsa fashion company, Fino et Partner textile la somme globale de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf décembre deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Ortscheidt, avocat aux Conseils, pour la société Apax partners.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Apax Partners de son recours en annulation formé contre la sentence arbitrale rendue le 30 juillet 2009 par le tribunal arbitral composé de Mme Geneviève Augendre, de M. Michel Rouger et de Me Jean-Louis Delvolvé ;

AUX MOTIFS QUE Apax soutient que les arbitres ont fondé leur décision sur un fait non débattu par les parties, à savoir la circonstance que M. Tchenio aurait dissimulé une demande de recapitalisation de Morgan, formulée par les banquiers de cette dernière à titre de condition de rééchelonnement de sa dette ; que les sociétés tunisiennes ont soutenu devant le tribunal arbitral que M. Tchenio, intervenant ès qualités de président d'Apax, dans les négociations ayant abouti à la conclusion du protocole transactionnel, avait dissimulé la situation financière obérée de Morgan ainsi que la volonté d'Apax de céder rapidement ses participations dans cette société, que ce manquement au devoir de loyauté les avait amenées à se désister de leur action devant les juridictions tunisiennes en contrepartie d'engagements illusoires de Morgan et les avait ainsi privées d'une chance d'obtenir dans l'instance judiciaire la réparation du préjudice causé par la rupture des relations commerciales établies ; qu'Apax a répliqué sur ces différents points ; que pour accueillir les prétentions des sociétés tunisiennes et caractériser la déloyauté d'Apax, la sentence (§ 37) énonce que, « tandis que M. Tchenio, ès qualités faisait tous ses efforts pour amener M. Nouira et les « sociétés tunisiennes » à transiger, c'est-à-dire à renoncer à leur action judiciaire en Tunisie moyennant la promesse de l'effort « exceptionnel » de Morgan décrit dans le mémorandum précité du 30 octobre 2007, lui-même dissimulait à son interlocuteur deux informations essentielles. Tout d'abord un rapport du conseil d'administration de MIP du 19 décembre 2007 indiquait que les banquiers de Morgan, sollicités en vue d'un rééchelonnement de sa dette, avaient demandé la recapitalisation de celle-ci par ses actionnaires. Membre de ce conseil d'administration, M. Tchenio aurait dû loyalement communiquer cette information à M. Nouira, alors que la négociation transactionnelle était en cours, et que les efforts « exceptionnels » demandés à Morgan auraient probablement du mal à être soutenus. Enfin et surtout, il s'est avéré que loin de se préparer à soutenir Morgan, M. Tchenio s'efforçait de s'en désinvestir, au moyen d'une cession aussi rapide que possible par des fonds Apax et leurs actions Morgan à un tiers, ce à quoi l'existence et la persistance des procédures judiciaires pendantes en Tunisie, dont l'impact financier paraissait redoutable, faisaient

obstacle ; que le principe de la contradiction n'implique pas que les parties soient invitées à débattre de la motivation de la sentence préalablement à son prononcé » ; que, dès lors qu'ils étaient saisis de l'allégation, contradictoirement débattue, de dissimulation par M. Tchenio de deux circonstances susceptibles d'affecter les négociations - la situation financière compromise de Morgan et la volonté d'Apax de se désengager du capital de cette société - les arbitres n'ont pas méconnu les exigences de la contradiction en retenant notamment, sans provoquer d'explication particulière des parties sur ce point, un rapport du conseil d'administration de MIP relatif aux difficultés de restructuration de la dette de Morgan, dont il est constant qu'il avait été régulièrement versé aux débats ;

1°) ALORS QUE la juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; qu'elle ne peut soulever d'office aucun moyen, de fait ou de droit, sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations ; qu'en écartant le moyen d'annulation de la sentence arbitrale tiré de ce que le tribunal arbitral avait méconnu le principe de la contradiction en se fondant sur un fait non débattu, qui aurait consisté dans une dissimulation par M. Tchenio à M. Nouria, au cours des négociations transactionnelles, de la demande des banquiers de la société Morgan, sollicités en vue du rééchelonnement de sa dette, d'une recapitalisation de celle-ci par les actionnaires, au motif inopérant que le rapport du conseil d'administration de MIP dans lequel le tribunal arbitral avait puisé ce fait avait été régulièrement versé aux débats, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1502-4° et 1504 du code de procédure civile, dans leur rédaction applicable ;

2°) ALORS QUE la juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; qu'elle ne peut soulever d'office aucun moyen, de fait ou de droit, sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations ; qu'en écartant le moyen d'annulation de la sentence arbitrale tiré de ce que le tribunal arbitral avait méconnu le principe de la contradiction en se fondant sur un fait non débattu, qui aurait consisté dans une dissimulation par M. Tchenio à M. Nouria, au cours des négociations transactionnelles, de la demande des banquiers de la société Morgan, sollicités en vue du rééchelonnement de sa dette, d'une recapitalisation de celle-ci par les actionnaires, après avoir pourtant constaté que les sociétés tunisiennes avaient soutenu, devant les arbitres, que M. Tchenio « dans les négociations ayant abouti à la conclusion du protocole transactionnel, avait dissimulé la situation financière obérée de Morgan ainsi que la volonté d'Apax de céder rapidement ses participations dans cette société », ce dont il résultait que ces derniers s'étaient fondés sur un moyen de fait qui n'avait pas été discuté par les parties, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1502-4° et 1504 du code de procédure civile, dans leur rédaction applicable.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Apax Partners de son recours en annulation formé contre la sentence arbitrale rendue le 30 juillet 2009 par le tribunal arbitral composé de Mme Geneviève Augendre, de M. Michel Rouger et de Me Jean-Louis Delvolvé ;

AUX MOTIFS QUE Apax prétend que les arbitres ont violé le principe de la contradiction en fondant leur décision sur une attestation des commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes relative au montant des réparations dont elle n'a pas eu connaissance ; qu'Apax vise le paragraphe 46 de la sentence arbitrale qui énonce que « le montant des réparations était assorti de justifications comptables et a été entre autres attesté par les commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes et par la société d'audit Horwath, que le tribunal arbitral tient pour plausibles et n'appelant pas le concours de l'expertise sollicitée à titre subsidiaire par l'une et l'autre des parties » ; qu'il résulte du contexte de cette citation, ainsi que de son rapprochement avec les pièces produites à l'instance arbitrale, que le tribunal arbitral a ainsi entendu viser, d'une part, les rapports techniques d'évaluation des pertes subies par MFC et Fino, établies par Horwath (pièces produites par les sociétés tunisiennes à l'instance arbitrale sous les n° 28 et 29), d'autre part, les états financiers de MFC pour les exercices 2003 à 2006 et les états financiers de Fino pour les exercices 2005 à 2007 accompagnés des rapports des commissaires aux comptes (pièces 19 et 27) ; qu'il s'en déduit que, contrairement aux allégations d'Apax, les arbitres ne se sont pas fondés sur des pièces qui n'auraient pas été versées aux débats ;

1°) ALORS QUE dans sa sentence arbitrale rendue le 30 juillet 2009, le tribunal arbitral avait expressément constaté, ce que rappelle la cour d'appel, que « le montant des réparations était assorti de justifications comptables et a été entre autres attesté par les commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes » (sentence arbitrale, § 46, p. 35) ; qu'en écartant le moyen d'annulation tiré de ce que le tribunal arbitral s'était ainsi fondé sur une attestation des commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes, relative au montant des réparations, qui n'avait pas été soumis à la discussion contradictoire des parties, qu'il résulte du contexte de cette citation et de son rapprochement avec les pièces produites à l'instance arbitrale que le tribunal arbitral a « ainsi entendu viser d'une part, les rapports techniques d'évaluation des pertes subies par MFC et Fino, établis par Horwath (pièces produites par les sociétés tunisiennes à l'instance arbitrale sous les n° 28 et 29), d'autre part, les états financiers de MFC pour les exercices 2003 à 2006 et les états financiers de Fino pour les exercices 2005 à 2007 accompagnés des rapports des commissaires aux comptes (pièces 19 et 27) », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la sentence arbitrale, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE les états financiers de la société MFC pour les exercices 2003 à 2006 (pièce 19) et les états financiers de la société Fino pour les exercices 2005 à 2007, accompagnés des rapports des commissaires aux comptes (pièce 27) ne font état d'aucun montant de réparation ; qu'en écartant le moyen d'annulation tiré de ce que le tribunal arbitral s'était fondé sur une attestation des commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes, relative au montant des réparations, qui n'avait pas été soumis à la discussion contradictoire des parties, motif pris qu'en énonçant que « le montant des réparations était assorti de justifications comptables et a été entre autres attesté par les commissaires aux comptes des sociétés tunisiennes », le tribunal arbitral avait entendu viser « les états financiers de MFC pour les exercices 2003 à 2006 et les états financiers de Fino pour les exercices 2005 à 2007 accompagnés des rapports des commissaires aux comptes (pièces 19 et 27) », la cour d'appel a dénaturé par omission les termes clairs et précis des états financiers de la société MFC pour les exercices 2003 à 2006 et de la société Fino pour les exercices 2005 à 2007, en violation de l'article 1134 du code civil.