Texte de la **décision**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant : Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 29 janvier 2009), que MM. X..., Y... et Z... (ci-après, ensemble, les consorts X...) ont été salariés et membres du directoire de la société de gestion de fonds communs de placement à risques (FCPR) CDC Entreprise Capital (la société CDC EC), filiale à 100 % de la société CDC Entreprises Capital Investissements (la société CDC ECI), elle-même filiale de la Caisse des dépôts et consignations (la CDC) ; que la société CDC EC a créé, en 1999 et 2001, deux FCPR (I et II) qui ont procédé à des opérations d'investissements, la société CDC ECI étant le promoteur et le principal porteur de parts du fonds II ; que conformément à son règlement, ce fonds a émis trois catégories de parts, A, B et C, la souscription des parts C, qui ouvraient droit à 20 % de la plus-value globale réalisée par les porteurs de parts, étant réservée, selon le mécanisme dit du " carried interest ", aux sociétés CDC ECI, CDE EC et aux membres de l'équipe de gestion du fonds, dont faisaient partie les consorts X... ; que le 27 avril 2001, ces derniers ont, chacun, conclu avec la société CDC ECI un contrat dit de " vesting " prévoyant, notamment, que dans le cas où un investissement serait étudié et réalisé par l'équipe de gestion du fonds mais ne pourrait être porté par celui-ci, un système de carried interest équivalent à celui décrit par le contrat serait mis en place pour les membres de l'équipe de gestion ; que la société France Télécom ayant décidé, en 2001, de céder une partie du capital de la société TDF, puis, en 2004, après modification de la législation, le solde de sa participation dans cette société, la CDC qui, par lettre du 6 mars 2002, avait chargé la société CDC EC d'une mission de conseil et d'assistance relativement à cette opération, et le fonds II, ont acquis, en deux temps, des titres TDF qu'ils ont revendus en 2007 avec une plus value ; que soutenant qu'il y avait lieu d'appliquer le système du " carried interest équivalent " à l'investissement de la CDC dans TDF, les consorts X... ont assigné la société CDC ECI ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt de les débouter cette demande alors, selon le moyen :

1° / que selon la lettre de vesting signée par chacun des exposants et la société CDC ECI, le 27 avril 2001, " dans le cas où un investissement serait étudié et réalisé par l'équipe de gestion du FCPR mais ne pourrait, pour quelque raison que ce soit, et notamment pour des raisons de réglementation, être porté par le FCPR, un système de carried interest équivalent à celui décrit précédemment serait mis en place pour les membres de l'équipe de gestion du FCPR " ; qu'ainsi, en décidant que la mise en oeuvre du système de " carried interest équivalent " supposait que l'équipe de gestion dispose d'un pouvoir décisionnel dans l'investissement réalisé dans TDF, aucune condition de cette nature ne ressortant pourtant de la lettre de vesting de chacun des exposants, en date du 27 avril 2001, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cette lettre, en violation de l'article 1134 du code civil ;

2° / qu'en statuant comme elle l'a fait, motifs pris que l'équipe de gestion n'avaient jamais eu de " pouvoir décisionnel dans l'investissement réalisé dans TDF par la CDC aux côtés du fonds et d'autres coinvestisseurs " et que " la réalisation de l'opération dépendait donc du seul pouvoir de la CDC ", la cour d'appel s'est prononcée par des motifs inopérants et, partant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

3° / que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 du code civil ; qu'ainsi, en se fondant sur la lettre du 6 janvier 2002, signée par la CDC et par la société CDC EC, pour débouter MM. X..., Y... et Z... de leur demande de condamnation de la société CDC ECI à leur verser le " carried interest equivalent " en application des lettres de vesting du 27 avril 2001 signées par cette société et par chacun des demandeurs, la cour d'appel a violé les dispositions des articles 1134 et 1165 du code civil ;

4° / qu'en s'abstenant de rechercher si, en fait, comme cela était soutenu et prouvé, l'équipe de gestion n'avait pas " réalisé " l'investissement en cause au sens de lettre de vesting signée par chacun des exposants et la société CDC ECI, le 27 avril 2001, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

5° / que dans leurs dernières conclusions d'appel, déposées et signifiées le 30 octobre 2008, MM. X..., Y... et Z... faisaient valoir que l'équipe de gestion avait été à l'origine du projet, qu'elle l'avait structuré, conçu et négocié, les préparations et

la réalisation du premier investissement s'étant déroulées sur une période de plus de dix-huit mois au cours de laquelle l'équipe avait étudié seule l'opération en sa globalité, négocié avec France Télécom et l'Etat et réalisé l'opération en ses aspects juridiques, financiers et fiscaux (concl. p. 20) ; que les exposants ajoutaient qu'il avait été ainsi opéré en stricte conformité avec la procédure ISO 9001, que la CDC n'avait participé à aucune des étapes prévues par cette procédure et que le paiement du prix n'était que la dernière étape du processus d'investissement, l'opération étant réputée finalisée et réalisée avant même le closing et ce paiement, de sorte que l'équipe de gestion avait incontestablement " étudié et réalisé " l'investissement dans TDF, au sens des lettres de vesting du 27 avril 2001 (concl. d'app., pp. 21 et 22) ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, sans répondre à ces conclusions pertinentes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt retient que, par la lettre de mission du 6 mars 2002, la CDC a pris soin de préciser que son investissement dans TDF dépendait de son seul pouvoir et que la société CDC EC ne pourrait pas agir en son nom ni pour son compte, qu'elle a confié à cette dernière une simple mission de conseil et d'assistance et que cette prestation de services était rémunérée par une commission dont une partie avait été rétrocédée par la société CDC EC aux consorts X... dans les termes de leur contrat de travail ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas étendu à des tiers l'effet obligatoire du contrat conclu le 6 mars 2002 entre la CDC et la société CDC EC, a, hors toute dénaturation, souverainement retenu, répondant par là-même aux conclusions prétendument délaissées, que l'équipe de gestion du fonds II n'avait pas réalisé l'investissement litigieux de sorte que les consorts X... n'avaient pas vocation à se voir appliquer, au titre de cette opération, le système de " carried interest équivalent " ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt de les condamner solidairement au paiement d'une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile alors, selon le moyen, que la condamnation aux frais irrépétibles ne peut constituer ni la sanction d'un recours qui apparaît infondé au juge, ni un obstacle à l'accès au juge, de sorte que lorsque son montant est important, elle doit être motivée ; qu'en condamnant les exposants à verser une indemnité de 45 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, sans motiver cette condamnation, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que c'est dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle tient des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile que la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les exigences de la convention invoquée par le moyen, a fixé le montant de la somme allouée à la société CDC EC au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne MM. X..., Y... et Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société CDC ECI la somme globale de 2 500 euros ; rejette leur demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois mars deux mille dix.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Ortscheidt, avocat aux Conseils, pour M. X..., et autres

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté MM. X..., Y... et Z... de leur demande tendant à obtenir la condamnation de la société CDC ECI à leur payer une somme représentant pour chacun 1, 5 % sauf à parfaire de la plus value réalisée par la CDC à l'occasion de l'investissement dans la société IDF, valorisée au 31 janvier 2007 et de les avoir condamné aux dépens et au paiement d'une somme de 45. 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE si la clause litigieuse ne nécessite pas en effet d'interprétation c'est tout simplement parce qu'elle ne s'applique pas au coinvestissement réalisé par la Caisse des dépôts et Consignations dans TDF ; que les intimés qui reconnaissent qu'ils " disposaient de l'autonomie de décision la plus complète quant aux décisions d'investissement et que rien ne devait les empêcher de réaliser pour le compte du fonds un investissement qu'ils auraient étudié et estimé propice " n'ont jamais eu un tel pouvoir décisionnel dans l'investissement réalisé dans TDF par la CDC aux côté du fonds et d'autres co-investisseurs ; que c'est à dessein que la Cour déjà reproduit en son entier la lettre du 6 janvier 2002 par laquelle la CDC a confié à la société de gestion une simple mission de conseil et d'assistance ; que la CDC a pris soin de préciser que CDC CE ne serait ni son mandataire, ni son représentant, ne pourrait agir ni pour son nom, ni pour son compte ; que la réalisation de l'opération dépendait donc du seul pouvoir de la CDC qui avait pris encore le soin de prévenir toute idée d'association entre elle-même et la société de gestion puisqu'étaient écartées dans le contrat lui-même toute notion d'affection societatis ou possibilité d'une société de fait entre elle-même et la société de gestion ; que cette prestation de services a d'ailleurs été rémunérée par une commission de montage, dont une partie a été rétrocédée par CDC CE aux intimés dans les termes de leur contrat de travail ; que la Cour entend encore reproduire dans son intégralité le point 2 Etendue de la mission qui définit les prestations devant être réalisées par CDC CE :

« (a) l'organisation et la conduite des travaux destinés à cerner les principaux enjeux de l'opération, entre autre l'identification des principaux schémas permettant de réaliser la (les) prise (s) de participation envisagée (s) ;

(b) l'analyse de l'environnement réglementaire français pour les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications ;

(c) l'analyse des fondamentaux de l'industrie et des données de marché ainsi que des informations et documents qui pourraient être remis dans le cadre du projet ;

(d) l'analyse du modèle opérationnel et l'élaboration du modèle global de financement de l'opération ;

(e) la recherche de partenaires financiers dans le cadre du financement de l'opération ainsi que la structuration et le montage de ce financement ;

(f) la coordination des analyses et travaux de tous conseils, notamment comptables, juridiques ou fiscaux qui pourraient être requis dans le cadre de l'opération ainsi que des conseils juridiques chargés de la rédaction des documents nécessaires à sa réalisation

(g) les négociations avec le ou les vendeur (s) et leurs conseils » ;

que de ce qui précède et sauf à ce que les mots n'aient plus de sens il résulte que l'équipe de gestion n'a pas « réalisé » le co-investissement de la CDC dans TDF ; que MM. X..., Y... et Z... n'ont ainsi aucune vocation à se voir appliquer en l'espèce le système du carried interest équivalent ; que la clause litigieuse n'a pas davantage à être interprétée, ni en elle-même, ni par référence soit à la phrase qui la précède soit aux règlement successifs du FCPR ; qu'il s'ensuit que le jugement sera infirmé et MM. X..., Y... et Z... débouté de leurs demandes,

1°) ALORS QUE selon la lettre de vesting signée par chacun des exposants et la société CDC ECI, le 27 avril 2001, « dans le cas où un investissement serait étudié et réalisé par l'équipe de gestion du FCPR mais ne pourrait, pour quelque raison que ce soit, et notamment pour des raisons de réglementation, être porté par le FCPR, un système de carried interest équivalent à celui décrit précédemment serait mis en place pour les membres de l'équipe de gestion du FCPR » ; qu'ainsi, en décidant que la mise en oeuvre du système de « carried interest équivalent » supposait que l'équipe de gestion dispose d'un pouvoir décisionnel dans l'investissement réalisé dans TDF, aucune condition de cette nature ne ressortant pourtant de la lettre de vesting de chacun des exposants, en date du 27 avril 2001, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cette lettre, en violation de l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, motifs pris que l'équipe de gestion n'avaient jamais eu de « pouvoir décisionnel dans l'investissement réalisé dans TDF par la CDC aux côtés du fonds et d'autres coinvestisseurs » et que « la réalisation de l'opération dépendait donc du seul pouvoir de la CDC », la cour d'appel s'est prononcée par des motifs inopérants et, partant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

3°) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 du code civil ; qu'ainsi, en se fondant sur la lettre du 6 janvier 2002, signée par la CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS et par la société CDC EC, pour débouter MM. X..., Y... et Z... de leur demande de condamnation de la société CDC ECI à leur verser le « carried interest equivalent » en application des lettres de vesting du 27 avril 2001 signées par cette société et par chacun des demandeurs, la cour d'appel a violé les dispositions des articles 1134 et 1165 du code civil ;

4°) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QU'en s'abstenant de rechercher si, en fait, comme cela était soutenu et prouvé, l'équipe de gestion n'avait pas « réalisé » l'investissement en cause au sens de lettre de vesting signée par chacun des exposants et la société CDC ECI, le 27 avril 2001, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

5°) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE dans leurs dernières conclusions d'appel, déposées et signifiées le 30 octobre 2008, MM. X..., Y... et Z... faisaient valoir que l'équipe de gestion avait été à l'origine du projet, qu'elle l'avait structuré, conçu et négocié, les préparations et la réalisation du premier investissement s'étant déroulées sur une période de plus de dix-huit mois au cours de laquelle l'équipe avait étudié seule l'opération en sa globalité, négocié avec France Télécom et l'Etat et réalisé l'opération en ses aspects juridiques, financiers et fiscaux (concl. p. 20) ; que les exposants ajoutaient qu'il avait été ainsi opéré en stricte conformité avec la procédure ISO 9001, que la CDC n'avait participé à aucune des étapes prévues par cette procédure et que le paiement du prix n'était que la dernière étape du processus d'investissement, l'opération étant réputée finalisée et réalisée avant même le closing et ce paiement, de sorte que l'équipe de gestion avait incontestablement « étudié et réalisé » l'investissement dans TDF, au sens des lettres de vesting du 27 avril 2001 (concl. d'app., pp. 21 et 22) ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, sans répondre à ces conclusions pertinentes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné solidairement MM. X..., Y... et Z... au paiement d'une somme de 45. 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile à la Société CDC EC ;

ALORS QUE la condamnation aux frais irrépétibles ne peut constituer ni la sanction d'un recours qui apparaît infondé au juge, ni un obstacle à l'accès au juge, de sorte que lorsque son montant est important, elle doit être motivée ; qu'en condamnant les exposants à verser une indemnité de 45. 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, sans motiver cette condamnation, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 455 du code de procédure civile.