Texte de la **décision**

COMM.

DB

COUR DE CASSATION

_____

Audience publique du 18 janvier 2023

Rejet

M. VIGNEAU, président

Arrêt n° 63 F-B

Pourvoi n° T 22-19.539

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

_____

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

_____

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 18 JANVIER 2023

La société Fintake Group, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2], a formé le pourvoi n° T 22-19.539 contre l'arrêt rendu le 10 juin 2022 par la cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 8), dans le litige l'opposant à la société Crédit mutuel Arkea, société coopérative à forme anonyme, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Guillou, conseiller, les observations de la SAS Hannotin Avocats, avocat de la société Fintake Group, de la SCP Alain Bénabent, avocat de la société Crédit mutuel Arkea, après débats en l'audience publique du 22 novembre 2022 où étaient présents M. Vigneau, président, Mme Guillou, conseiller rapporteur, Mme Vaissette, conseiller

doyen, et Mme Mamou, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 10 juin 2022), à la suite de négociations engagées entre la société Crédit mutuel Arkea (le CMA) et la société NBB Lease, dirigée par MM. [L] et [V], cette dernière s'est engagée, par une promesse unilatérale d'achat du 6 novembre 2018, à acquérir au prix de 70 millions d'euros l'intégralité des actions de la société Leasecom détenues par le CMA. Le 21 mars 2019, la société Fintake Group, se substituant à sa filiale, la société NBB Lease, et le CMA ont conclu un contrat de cession au même prix.

2. Soutenant avoir découvert, postérieurement à la cession, que le budget 2018 transmis lors des pourparlers avait été sciemment surestimé par rapport à celui en vigueur en mars 2018, la société Fintake Group a, le 9 mars 2021, déposé une requête aux fins d'obtenir des mesures d'investigation sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

3. La requête a été accueillie le 15 mars 2021 et les mesures d'instruction ont été diligentées le 26 mars 2021.

4. Le CMA a assigné la société Fintake Group en rétractation.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses troisième et quatrième branches, ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen, pris en ses première et deuxième branches

6. La société Fintake Group fait grief à l'arrêt de rétracter l'ordonnance du 15 mars 2021, alors :

« 1°/ que le juge de la mesure in futurum ordonne celle-ci dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ; que le juge de la mesure in futurum, comme le juge de la rétractation, ne peut retenir l'absence de motif légitime, faisant échec à la mesure demandée, qu'en présence d'une demande qui est soit manifestement irrecevable soit vouée à un échec certain au point d'apparaître comme téméraire ; qu'il n'entre en revanche pas dans l'office du juge de l'expertise in futurum d'apprécier le caractère fondé, ou non, du procès envisagé, au point de procéder à une analyse des pièces d'ores et déjà en possession du demandeur et de les confronter à une norme juridique précise mobilisée dans le cadre d'une argumentation d'ores et déjà figée ; qu'au cas présent, tout en affirmant qu'elle devrait se cantonner à l'appréciation de "l'existence d'un procès en germe possible et non manifestement voué à l'échec [ ] sans qu'il revienne au juge des référés de se prononcer sur le fond", et en indiquant apprécier la "plausibilité du litige éventuel", la cour d'appel a "recherch[é] si les allégations de manoeuvres dolosives [ ] sont ou non vraisemblables", pour finalement retenir, après un examen approfondi des "pièces produites", qu'il "n'apparaît pas" que la société Fintake Group, demanderesse à la mesure in futurum, "a pu être trompée" et que "les documents financiers internes à la société Leasecom ainsi que les échanges intervenus entre son contrôleur de gestion et son directeur commercial et les dirigeants de la société CMA ne constituent pas des indices suffisants pour justifier l'existence d'un dol" ; que la cour retient encore que le rejet de l'action envisagée par la société Fintake Group serait d'ores et déjà assuré dans la mesure où "la société Fintake Group ne démontre pas l'incidence qu'auraient pu avoir les données du budget 2018 sur la valeur de la société Leasecom" ; qu'en déduisant le caractère, selon elle, "manifestement voué à l'échec" de l'action envisagée d'une analyse approfondie d'un litige qui n'était pourtant que potentiel à ce stade, la cour d'appel, qui a méconnu la circonstance que le demandeur d'une mesure in futurum n'a pas à établir d'emblée le bien-fondé de l'action projetée, a violé l'article 145 du code de procédure civile et méconnu l'office du juge de la mesure in futurum ainsi que du juge de la rétractation ;

2° que le juge de la rétractation d'une mesure in futurum ne peut retenir l'absence de motif légitime en présence d'une situation litigieuse établie et d'une demande non manifestement vouée à l'échec ; qu'il n'entre pas dans son office, une fois cette plausibilité de la demande constatée, d'apprécier par avance tous les moyens de défense qui pourraient, in fine, conduire au rejet par le juge du fond de ladite demande ; qu'au cas présent, la cour d'appel a relevé elle-même qu'il n'était "pas contesté" qu'une pièce déterminante pour la fixation du prix de la société cédée (son budget 2018) avait été "découverte" par hasard par la société acquéreur et qu'elle avait été remplacée par un "business plan 2018" dont la société cédante savait qu'il ne correspondait pas à ce qui serait réalisé en 2018, et pas même à ce qu'il était demandé aux équipes de la société cédée de réaliser en 2018 (autrement dit à son budget) ; que la cour d'appel a néanmoins écarté ce dol apparent, ayant consisté à substituer au budget 2018 demandé aux équipes de Leasecom un business plan 2018 qui ne correspondait à rien, au motif que "au regard de l'accès à une information exhaustive, portant sur l'ensemble des données sociales, fiscales, juridiques, comptables et financières de la société acquise, de l'analyse de celles-ci tant par les dirigeants de la société NBB Lease, particulièrement avertis, que par les experts qu'ils s'étaient adjoints, et de l'exclusion de garantie portant sur les projections financières, l'action que l'appelante pourrait engager à l'encontre de la société Crédit Mutuel Arkea au titre d'un prétendu dol apparaît manifestement vouée à l'échec" ; qu'en statuant ainsi, cependant que la cour avait pour seule mission de vérifier si ne préparait pas un procès téméraire l'allégation de l'exposante selon laquelle une recherche des emails internes échangés entre Leasecom et sa société mère, Crédit Mutuel Arkea, la cédante, aurait fait apparaître que la substitution du business plan 2018 au budget 2018, dans la data room, caractérisait une manoeuvre dolosive, la cour d'appel, qui a excédé son office, a violé l'article 145 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

7. L'arrêt relève qu'il n'est pas contesté que le budget 2018 litigieux, découvert le 5 mars 2018 par la société NBB Lease, dont MM. [L] et [V] sont les dirigeants, faisait état de chiffres différents de ceux mentionnés sur la plate-forme électronique mais identiques au plan budgétaire validé au sein de la société Leasecom et que par courriel du même jour, M. [L] a fait part de ses interrogations « susceptibles pour lui et M. [V] de sérieusement compromettre leur intérêt pour la transaction ». Il retient que, cependant, la société Fintake Group n'a pu être trompée par le CMA, au cours de la période précontractuelle qui a duré plus de dix-huit mois pendant lesquels la société NBB Lease, dont elle a repris les engagements, a eu accès à l'ensemble des éléments notamment financiers et comptables de la société Leasecom. L'arrêt ajoute que, deux mois avant la cession des titres, M. [V] a adressé au CMA un courriel démontrant de façon évidente que, préalablement à la cession de la société Leasecom, la société Fintake Group avait une parfaite connaissance des résultats de l'exercice 2018.

8. En l'état de ces énonciations, constations et appréciations, dont il résulte que les dirigeants particulièrement avertis de la société NBB Lease et leurs experts avaient eu accès à une information exhaustive portant sur l'ensemble des données sociales, fiscales, juridiques, comptables et financières de la société acquise, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui n'a pas fait peser sur la société Fintake Group l'obligation d'établir le bien fondé de son action, a jugé que l'action que cette société pourrait engager à l'encontre du CMA, au titre d'un prétendu dol, apparaissait manifestement vouée à l'échec, caractérisant, par ces seuls motifs, l'absence de motif légitime justifiant la mesure d'instruction demandée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

9. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Fintake Group aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Fintake Group et la condamne à payer à la société Crédit mutuel Arkea la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président

en son audience publique du dix-huit janvier deux mille vingt-trois. MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SAS Hannotin Avocats, avocat aux Conseils, pour la société Fintake Group.

La SAS Fintake Group fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé en toutes ses dispositions l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui avait rétracté l'ordonnance du 15 mars 2021 en toutes ses dispositions ;

1° Alors que le juge de la mesure in futurum ordonne celle-ci dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ; que le juge de la mesure in futurum, comme le juge de la rétractation, ne peut retenir l'absence de motif légitime, faisant échec à la mesure demandée, qu'en présence d'une demande qui est soit manifestement irrecevable soit vouée à un échec certain au point d'apparaître comme téméraire ; qu'il n'entre en revanche pas dans l'office du juge de l'expertise in futurum d'apprécier le caractère fondé, ou non, du procès envisagé, au point de procéder à une analyse des pièces d'ores et déjà en possession du demandeur et de les confronter à une norme juridique précise mobilisée dans le cadre d'une argumentation d'ores et déjà figée ; qu'au cas présent, tout en affirmant qu'elle devrait se cantonner à l'appréciation de « l'existence d'un procès en germe possible et non manifestement voué à l'échec [ ] sans qu'il revienne au juge des référés de se prononcer sur le fond » (arrêt p. 4, al. 4), et en indiquant apprécier la « plausibilité du litige éventuel » (arrêt p. 5, al. 4), la cour d'appel a « recherch[é] si les allégations de manoeuvres dolosives [ ] sont ou non vraisemblables » (arrêt p. 5, al. 5), pour finalement retenir, après un examen approfondi des « pièces produites » (arrêt p. 5, al. 5), qu'il « n'apparaît pas » que la société Fintake Group, demanderesse à la mesure in futurum, « a pu être trompée » (arrêt p. 5, al. 7) et que « les documents financiers internes à la société Leasecom ainsi que les échanges intervenus entre son contrôleur de gestion et son directeur commercial et les dirigeants de la société CMA ne constituent pas des indices suffisants pour justifier l'existence d'un dol » (arrêt p. 6, al. 6) ; que la cour retient encore que le rejet de l'action envisagée par la société Fintake Group serait d'ores et déjà assuré dans la mesure où « la société Fintake Group ne démontre pas l'incidence qu'auraient pu avoir les données du budget 2018 sur la valeur de la société Leasecom » (arrêt p. 6, avant-dernier al.) ; qu'en déduisant le caractère, selon elle, « manifestement voué à l'échec » (arrêt p. 7, al. 1er) de l'action envisagée d'une analyse approfondie d'un litige qui n'était pourtant que potentiel à ce stade, la cour d'appel, qui a méconnu la circonstance que le demandeur d'une mesure in futurum n'a pas à établir d'emblée le bien-fondé de l'action projetée, a violé l'article 145 du code de procédure civile et méconnu l'office du juge de la mesure in futurum ainsi que du juge de la rétractation ;

2° Alors que le juge de la rétractation d'une mesure in futurum ne peut retenir l'absence de motif légitime en présence d'une situation litigieuse établie et d'une demande non manifestement vouée à l'échec ; qu'il n'entre pas dans son office, une fois cette plausibilité de la demande constatée, d'apprécier par avance tous les moyens de défense qui pourraient, in fine, conduire au rejet par le juge du fond de ladite demande ; qu'au cas présent, la cour d'appel a relevé elle-même qu'il n'était « pas contesté » qu'une pièce déterminante pour la fixation du prix de la société cédée (son budget 2018) avait été « découverte » par hasard par la société acquéreur et qu'elle avait été remplacée par un « business plan 2018 » dont la société cédante savait qu'il ne correspondait pas à ce qui serait réalisé en 2018, et pas même à ce qu'il était demandé aux équipes de la société cédée de réaliser en 2018 (autrement dit à son budget) (arrêt p. 5, al. 6 et 7) ; que la cour d'appel a néanmoins écarté ce dol apparent, ayant consisté à substituer au budget 2018 demandé aux équipes de Leasecom un business plan 2018 qui ne correspondait à rien, au motif que « au regard de l'accès à une information exhaustive, portant sur l'ensemble des données sociales, fiscales, juridiques, comptables et financières de la société acquise, de l'analyse de celles-ci tant par les dirigeants de la société NBB Lease, particulièrement avertis, que par les experts qu'ils s'étaient adjoints, et de l'exclusion de garantie portant sur les projections financières, l'action que l'appelante pourrait engager à l'encontre de la société Crédit Mutuel Arkéa au titre d'un prétendu dol apparaît manifestement vouée à l'échec » (arrêt p. 7, al. 1er) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la cour avait pour seule mission de vérifier si ne préparait pas un procès téméraire l'allégation de l'exposante selon laquelle une recherche des emails internes échangés entre Leasecom et sa société mère, Crédit Mutuel Arkéa, la cédante, aurait fait apparaître que la substitution du business plan 2018 au budget 2018, dans la data room, caractérisait une manoeuvre dolosive, la cour d'appel, qui a excédé son office, a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

3° Alors que, lorsqu'il apprécie l'utilité d'une mesure tendant à l'obtention de pièces internes à une entreprise, le juge de la rétractation doit respecter les termes du litige potentiel que ces éléments de preuve sont destinés à conforter ; qu'au

cas présent, la société Fintake Group alléguait avoir été victime de manoeuvres dolosives ayant consisté, pour la société cédante Crédit Mutuel Arkéa, à avoir substitué, dans la data room, au budget 2018 alors en cours de réalisation, un business plan 2018 excessivement optimiste et sans lien avec les objectifs communiqués aux équipes de la société cédée (Leasecom) ; que la société Fintake Group exposait que, si elle avait établi que, matériellement, la substitution critiquée avait bien eu lieu, Crédit Mutuel Arkéa lui ayant donné pour excuse, quand elle a été découverte, qu'une erreur de manipulation informatique avait été commise, l'ayant conduit à « charger » sur la plateforme de la data room un document dépourvu de toute pertinence, la société Fintake Group soulignait que l'élément intentionnel du dol, à savoir la préméditation et l'intention ayant présidé à cette manoeuvre matériellement établie, demeurait, lui, à établir ; qu'en réponse, la cour d'appel a retenu que « la société appelante dispose d'ores et déjà des éléments lui permettant d'affirmer le caractère contradictoire du budget 2018 et des projections internes à la société Leasecom avec les chiffres et projections mentionnés dans le "teaser" et les données communiquées confirmant ce document, éléments qu'elle a d'ailleurs soumis à un expert en vue d'établir un préjudice ainsi qu'il résulte du rapport du 30 décembre 2021 de M. [N] » (arrêt attaqué, p. 7) ; qu'en statuant ainsi, cependant que les éléments ainsi « d'ores et déjà » établis, afférents à l'aspect matériel du dol, ne disaient rien de son aspect intentionnel, la cour d'appel, qui a méconnu les termes du litige envisagé par l'exposante, a violé l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 4 et 5 dudit code ;

4° Alors enfin qu'en retenant, d'un côté, que la production des éléments de preuve recherchés ne serait pas utile dans le cadre d'une action fondée sur le dol dont les éléments matériels étaient, selon elle, parfaitement établis, et, d'un autre côté, que cette même action pour dol, dont l'aspect matériel, seul considéré par la cour d'appel, était jugé avéré, la cour d'appel s'est contredite, violant ainsi l'article 145 du code de procédure civile.