

République Tunisienne

Cour de cassation

4<sup>ème</sup> chambre civile

Affaire N° 43671.2016

Date : 30/03/2017

Mots clés : Annulation d'une sentence arbitrale - définition de l'arbitrage - Rôle de la volonté des parties - Renonciation à l'arbitrage - Caractère obligatoire de la phase de conciliation - délai d'arbitrage-cassation

Faits

Il s'agit, dans cette affaire, d'un contrat de promotion immobilière qu'une société, la défenderesse au pourvoi, a conclu avec une société de promotion immobilière, la demanderesse au pourvoi en date du 29/09/2010 avec pour objet l'approvisionnement, la construction et la mise en fonctionnement d'un complexe résidentiel d'une valeur de 2530.151.234 dinars qu'il a été convenu de payer en tranches proportionnellement à l'avancement des travaux et en se fiant à des relevés de compte s'étalant sur une période de 14 mois s'étendant du 04/10/2010 au 03/12/2011.

Suite au manquement de la défenderesse à son obligation de payer, attesté en cela par le relevé N° 13, et en dépit de l'appel qui lui a été fait de payer, sa co-contractante a soumis le litige à l'arbitrage où une autorité arbitrale a rendu une sentence en date du 10/04/2015. Se déclarant compétente pour connaître du litige, l'autorité arbitrale a décidé, quant au fond, de résilier le contrat conclu les 29 et 30 septembre 2010 et enregistré le 1er octobre 2010 à la recette des finances entre la société de promotion immobilière « » et sa co-contractante et ce à cause des fautes que la première a commises ayant causé des préjudices à sa contractante. En conséquence, et en dédommagement de ces préjudices, la société immobilière a également été condamnée à payer les sommes suivantes :

- 1- La somme de 38.099.880 dinars en dédommagement de la perte causée par le non achèvement des travaux.
- 2- La somme de 170.495.928 dinars au titre des créances dues des relevés provisoires N° 13, 14 et 15 majorée de l'intérêt légal courant sur cette

somme calculé au taux commercial à partir de la date de l'avertissement fait le 6 Septembre 2012 jusqu'au paiement de ce qui est du.

- 3- La somme de 208.774.880 dinars au titre des créances dues aux travaux ultérieurs au relevé de compte provisoire N° 15 majorée de l'intérêt légal courant sur cette somme au taux commercial à partir de la date du prononcé de cette sentence arbitrale jusqu'au paiement du dû.

Pour ce qui est des sommes prévues au 2<sup>ème</sup>ment et 3<sup>ème</sup>ment ci-dessus dont la somme atteint les 379.270.770 en plus des intérêts, il a été spécifié par l'autorité arbitrale que la société immobilière paiera à sa co-contractante les sommes prévues pour ce qui dépasse les sommes arrêtées au titre des trois saisies arrêts ayant été faites par trois huissiers notaires différents, une le 18 juin 2012, la seconde le 28 novembre 2012, la dernière en date étant celle du 21/02/2013.

L'autorité arbitrale a entre autres spécifié dans ce cadre-là que du moment qu'il a été prouvé, lors de l'exécution, la levée de l'une de ces saisies arrêts par accord des parties ou suite à une décision judiciaire ou en vertu d'un jugement ayant autorité de chose jugée ayant statué en annulation, la société de promotion immobilière doit payer à sa contractante ce qui dépasse les sommes arrêtées pour les saisies autres qu'indiquées. Cet ordre des choses vaut pour le reste des saisies arrêts jusqu'à épuisement de leur effet et jusqu'à paiement du montant total précédemment indiqué.

- 4- La somme de 6.160.000 dinars au titre des honoraires d'expertise tels que révisés par l'autorité arbitrale.

- 5- La somme de 8.000.000 dinars au titre des honoraires d'avocat et des frais de justice.

L'autorité arbitrale a, par ailleurs, statué dans le sens du refus du reste des demandes de la demanderesse à l'arbitrage et de la recevabilité de l'action reconventionnelle intentée par la société immobilière en la forme mais de son rejet quant au fond.

En complément de cette première sentence, l'autorité arbitrale aura également rendu une seconde sentence le 9/05/2015 laquelle sentence a statué dans le sens de l'obligation de la société de promotion immobilière, en la personne de son représentant juridique, de payer, à sa co-contractante, en

plus des sommes prévues à la sentence originelle, une somme de la valeur de 50.490.000 en dédommagement de l'immobilisation de la machine pour les besoins du chantier durant la période s'étalant entre le 15 mars 2012 et le 19 septembre de la même année, et telle qu'attestée par huissier notaire en date du 11/06/2015.

Connaissant d'un recours en annulation de la sentence, la Cour d'appel de Tunis a, dans un arrêt N° 83938 en date du 28/06/2016, statué dans le sens de l'acceptation du recours en annulation en la forme mais de son rejet quant au fond et ce sur la base de l'absence d'une décision judiciaire finale tranchant la question de l'identification des éléments de la sentence arbitrale contenant une entrave au paragraphe 3 de l'article 42. A cela s'ajoute le fait que les autres moyens ne constituent pas des questions touchant à l'ordre public.

La demanderesse s'est pourvue en cassation contre cet arrêt redemandant l'annulation de la sentence arbitrale.

Moyens du pourvoi

- 1- La dénaturation des faits à travers la non invocation de la non rédaction par les parties d'une convention d'arbitrage.
- 2- Dénaturation des faits également du fait de la non invocation de l'accord des parties autour de la constitution de deux autorités arbitrales la première constituée d'un arbitre unique et compétente pour connaître des litiges relatifs à l'exécution des travaux, et la seconde tripartite pour connaître du reste des litiges, et par conséquent incompétence de l'autorité arbitrale avec composition tripartite pour connaître du litige et dépassement par l'autorité arbitrale du domaine de l'arbitrage.
- 3- Désintérêt de la Cour par rapport à la renonciation par les parties à l'arbitrage.
- 4- La non réponse au grief de l'absence de toute phase de conciliation laquelle doit se faire dans le cadre de l'arbitrage et non en dehors.

La Cour,

**1- Sur le moyen tiré de la non rédaction de la convention d'arbitrage**

Attendu que la demanderesse au pourvoi a fondé son pourvoi sur le fait que la Cour de l'arrêt attaqué a dénaturé les faits en ne soulevant pas l'exception de la non rédaction de la convention d'arbitrage.

Attendu qu'il est connu que l'arbitrage, et conformément aux exigences de l'article 2 du code de l'arbitrage, est l'engagement par les parties à régler par l'arbitrage toutes ou certaines contestations, que l'accord entre les parties sur le recours à l'arbitrage peut prendre soit la forme d'une clause compromissoire, ce qui est le cas du litige actuel, soit la forme d'un compromis lequel constitue un contrat en vertu duquel les parties à un litige déjà né entre elles s'engagent à le soumettre à une autorité arbitrale. Le compromis, en ce sens, a trait à un litige déjà et effectivement né, alors que la clause compromissoire consiste, tel que ce qui a été convenu entre les parties dans le litige actuel, pour deux parties à un contrat, à soumettre le litige pouvant naître du contrat à l'arbitrage et concerne, de ce fait, un litige non encore né.

Attendu qu'il appert des titres de l'arrêt attaqué et des documents sur lesquels il s'est basé que le contrat conclu entre les parties a contenu d'une façon expresse en son article 17 une clause compromissoire dont l'objet est de soumettre les contestations pouvant naître à l'arbitrage. L'article indiqué a également contenu la convenance que le domaine d'intervention de l'autorité arbitrale comme la précision des moyens de désignation des tribunaux et autres parmi les questions essentielles sont reléguées à la saisine, ce dont la Cour de l'arrêt attaqué s'est assurée et elle a été dans la justesse quand elle a rejeté l'exception de la non rédaction de la convention d'arbitrage pour preuve du contraire ce qui amène, donc, à rejeter le pourvoi.

## **2- Sur le moyen tiré de la renonciation à l'arbitrage**

Attendu que la demanderesse au pourvoi reproche à la Cour de l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception de la renonciation à l'arbitrage sans avoir accompagné le rejet d'une motivation plausible.

Attendu qu'il est établi que l'arbitrage demeure volontaire pour ce qui est de son origine en ce sens que sa mission ne s'établit que du moment où elle s'est fondée sur la volonté des parties et il est soumis, de ce fait, à la théorie générale des obligations et des contrats et constitue, en conséquence, un contrat dans ses conditions et ses effets. Ceci permet aux parties de renoncer

volontairement à l'arbitrage du moment où c'est la volonté qui fonde le recours à l'arbitrage et c'est, donc, elle, qui légitime pareillement la renonciation à y recourir. La renonciation se manifeste tacitement par la non invocation de l'incompétence devant la justice du fait de la clause compromissoire.

Attendu que la Cour de l'arrêt attaqué a contredit la volonté des parties lorsqu'elle a rejeté l'exception de la renonciation à l'arbitrage. Le fait est que l'intention des parties est lue à travers le recours préalable aux juridictions d'Etat sur demande de la défenderesse au pourvoi auprès du juge des référés dans un certain nombre d'affaires et aussi dans l'affaire commerciale N° 30710 et N° 31218 en examen des procédures de la saisie-arrêt et du paiement de la valeur des travaux objet du contrat ce qui dénote la renonciation implicite, par les parties, à la clause compromissoire surtout devant le non attachement de la recourante, durant le litige indiqué, devant les juridictions d'Etat, à la clause compromissoire. Pareil silence des parties révèle, en effet, que la volonté des parties s'est dirigée vers la renonciation à l'arbitrage. Le fait est que la compétence des juridictions d'Etat dans l'examen des litiges exclue l'autorité d'arbitrage laquelle autorité ne peut se saisir qu'après renvoi des parties par les tribunaux judiciaires et ce conformément à ce qu'a exigé l'article 52 du code de l'arbitrage lequel article a imposé l'invocation par l'une des parties de la question de l'arbitrage dans un délai ne dépassant pas la date de la présentation des remarques écrites. Or, vu la non invocation de l'arbitrage par les deux parties devant les juridictions d'Etat, l'intention est réputée dans ce cas s'être dirigée vers la renonciation à l'arbitrage contrairement au sens dans lequel est allée la Cour de l'arrêt critiqué laquelle Cour a manqué de justesse et a exposé, en cela, son jugement à la cassation.

### **3- Sur le motif tiré de la méconnaissance de la phase de la conciliation**

Attendu que la demanderesse au pourvoi reproche à la Cour de l'arrêt attaqué sa non réponse au grief de l'absence de la phase de conciliation.

Attendu qu'il est incontestable que la clause compromissoire contenue à l'article 17 du contrat a indiqué de façon expresse que toutes les contestations pouvant naître entre les parties sont résolues à l'amiable avant tout recours à l'arbitrage ce qui signifie l'obligation de passer par la phase conciliatrice avant

l'enclenchement de l'arbitrage comme faisant partie des règles fondamentales de procédure. Ceci est contraire à la conclusion à laquelle est parvenue la Cour de l'arrêt attaqué et dont le non-respect entraîne l'annulation de la sentence arbitrale conformément à ce qu'ont permis les dispositions du paragraphe 6 de l'article 42 du code de l'arbitrage. La Cour de l'arrêt attaqué a, donc, été dans l'erreur dans l'application de la loi et a exposé son jugement à la cassation.

#### **4- Sur le motif tiré du non-respect des délais de l'arbitrage**

Attendu que la demanderesse au pourvoi reproche à la Cour de l'arrêt attaqué le rejet de son grief relatif au non-respect, par l'autorité arbitrale, des délais de la résolution du litige.

Attendu qu'il est établi que la prorogation du délai d'arbitrage relève du paragraphe 1 de l'article 24 du code de l'arbitrage, et lorsqu'aucun délai n'a été fixé, le délai considéré est le délai de six mois susceptible de prorogation. Il appert de cela que le délai est quelque chose qui touche à l'intérêt des parties et n'a pas de lien avec l'ordre public. Le fait est que sa prorogation relève des prérogatives des parties, d'une part, et est susceptible de prorogation, d'autre part et que la contravention aux délais conventionnels d'arbitrage constitue un motif de recours en annulation contre la sentence de l'autorité d'arbitrage conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 du code de l'arbitrage. Ceci est contraire à la position adoptée par la Cour de l'arrêt attaqué, laquelle Cour, et même si elle a eu raison de considérer que la question ne touche pas à l'ordre public, a contredit la volonté des parties s'étant dirigée vers une prorogation du délai d'arbitrage conformément à l'article 17 du contrat et délimité à trois mois susceptibles de prorogation deux fois pour la même période à compter de l'acceptation de la mission d'arbitrage. La Cour de l'arrêt critiqué ne s'est pas livrée à une analyse et examen approfondis de l'exception au regard de la date de l'acceptation de la mission de l'arbitrage et à la date du prononcé de la sentence surtout qu'il s'est avéré que l'autorité arbitrale a prononcé une sentence arbitrale complémentaire sans que la Cour de l'arrêt critiqué n'ait traité cette exception négativement ou positivement ce qui a exposé son arrêt à la cassation.

Pour ces motifs,

la Cour a décidé l'acceptation de la demande de cassation en la forme et, quant au fond, la cassation de l'arrêt attaqué avec renvoi de l'affaire devant la Cour d'appel de Tunis avec une autre formation pour réexamen et l'exonération de la demanderesse du paiement de l'amende et de lui en rendre le montant consigné.