


Revue des sociétés 2004 p.325

Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers

Note sous Cour de cassation (com.) 26 novembre 2003, Société Alain Manoukian c. Thierry Wajsfisz, D. 2004, Jur. p. 869, note S. Dupré-Dallemagne 

Nicolas Mathey, Professeur à la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université d'Auvergne

L'essentiel

Les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels dans le cadre d'une cession d'actions ne sont pas les causes du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat.

La Cour,

Donne acte aux consorts Wajsfisz et à M. et M^{me} Kritchmar de ce qu'ils se sont désistés de leur pourvoi n° B 00-10.949 en tant que dirigé contre la société Stuck, la société Les Complices et M. Lahmi ;

Joint les pourvois n° J 00-10.243, formé par la société Alain Manoukian, et n° B 00-10.949, formé par les consorts Wajsfisz, M. et M^{me} Kritchmar, qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Paris 29 octobre 1999), que la société Alain Manoukian a engagé avec les consorts Wajsfisz et Kritchmar (les consorts Wajsfisz), actionnaires de la société Stuck, des négociations en vue de la cession des actions composant le capital de cette société ; que les pourparlers entrepris au printemps de l'année 1997 ont, à l'issue de plusieurs rencontres et de divers échanges de courriers, conduit à l'établissement, le 24 septembre 1997, d'un projet d'accord stipulant notamment plusieurs conditions suspensives qui devaient être réalisées avant le 10 octobre de la même année, date ultérieurement reportée au 31 octobre ; qu'après de nouvelles discussions, la société Alain Manoukian a, le 16 octobre 1997, accepté les demandes de modification formulées par les cédants et proposé de reporter la date limite de réalisation des conditions au 15 novembre 1997 ; que les consorts Wajsfisz n'ayant formulé aucune observation, un nouveau projet de cession leur a été adressé le 13 novembre 1997 ; que le 24 novembre, la société Alain Manoukian a appris que les consorts Wajsfisz avaient, le 10 novembre, consenti à la société Les Complices une promesse de cession des actions de la société Stuck ; que la société Alain Manoukian a demandé que les consorts Wajsfisz et la société Les Complices soient condamnés à réparer le préjudice résultant de la rupture fautive des pourparlers ;

Sur le moyen unique du pourvoi formé par les consorts Wajsfisz, pris en ses deux branches :

Attendu que les consorts Wajsfisz font grief à l'arrêt de les avoir condamnés à payer à la société Alain Manoukian la somme de 400 000 francs à titre de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1° que la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, liberté qui n'est limitée que par l'abus du droit de rompre qui est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire ; que la Cour d'appel, qui n'a relevé aucun élément à la charge du cédant de nature à caractériser un tel comportement, contraire à la bonne foi contractuelle, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 1382 et 1383 du code civil ;

2° que celui qui prend l'initiative de pourparlers en établissant une proposition d'achat de la totalité des actions d'une société, soumise à plusieurs conditions suspensives affectées d'un délai de réalisation, et qui ne manifeste aucune diligence pour la réalisation de ces conditions, ne saurait imputer à faute la rupture par son partenaire des pourparlers, après l'expiration de ce délai, de sorte que la Cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, a violé les articles 1382 et 1383 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts Wajsfisz étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les Complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la Cour d'appel a retenu que les consorts Wajsfisz avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, d'autre part, que la Cour d'appel ayant relevé, par un motif non critiqué, que les parties avaient, d'un commun accord, prorogé la date de réalisation des conditions suspensives, le moyen pris de la circonstance que la rupture des pourparlers aurait été postérieure à cette date est inopérant ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

Sur le premier moyen du pourvoi formé par la société Alain Manoukian :

Attendu que la société Alain Manoukian fait grief à l'arrêt d'avoir limité à 400 000 francs la condamnation à dommages-intérêts prononcée à l'encontre des consorts Wajsfisz alors, selon le moyen, que celui qui rompt brutalement des pourparlers relatifs à la cession des actions d'une société exploitant un fonds de commerce doit indemniser la victime de cette rupture de la perte de la chance qu'avait cette dernière d'obtenir les gains espérés tirés de l'exploitation dudit fonds de commerce en cas de conclusion du contrat ; qu'il importe peu que les parties ne soient parvenues à aucun accord ferme et définitif ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que les consorts

Wajsfisz avaient engagé leur responsabilité délictuelle envers la société Alain Manoukian en rompant unilatéralement, brutalement et avec mauvaise foi les pourparlers qui avaient eu lieu entre eux au sujet de la cession des actions de la société Stuck exploitant un fonds de commerce dans le centre commercial Belle Epine ; qu'en estimant néanmoins que le préjudice subi par la société Alain Manoukian ne pouvait correspondre, du seul fait de l'absence d'accord ferme et définitif, à la perte de la chance qu'avait cette société d'obtenir les gains qu'elle pouvait espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce et en limitant la réparation du préjudice subi par la société Alain Manoukian aux frais occasionnés par la négociation et aux études préalables qu'elle avait engagées, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ;

Attendu que la Cour d'appel a décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen du même pourvoi :

Attendu que la société Alain Manoukian fait encore grief à l'arrêt d'avoir mis hors de cause la société Les Complices alors, selon le moyen, que le seul fait pour l'acquéreur de garantir par avance le vendeur de toute indemnité en cas de rupture des pourparlers auxquels ce dernier aurait pu se livrer avec un tiers antérieurement constitue une faute dont l'acquéreur doit réparation envers la victime de la rupture des pourparlers dès lors qu'une telle garantie constitue pour le vendeur, et pour le profit de l'acquéreur, une incitation à rompre brutalement des pourparlers, fussent-ils sur le point d'aboutir, sans risque pour lui ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté qu'aux termes de la convention de cession liant les consorts Wajsfisz à la société Les Complices, celle-ci s'était engagée à garantir les vendeurs de toute indemnité que ceux-ci seraient éventuellement amenés à verser à un tiers pour rupture abusive des pourparlers ; qu'en considérant néanmoins que la société Les Complices, dont les juges du fond ont constaté qu'elle avait profité des manoeuvres déloyales commises par les consorts Wajsfisz à l'encontre de la société Alain Manoukian, n'avait commis aucune faute envers la société Alain Manoukian, victime de la rupture brutale des pourparlers qu'elle avait engagés avec les consorts Wajsfisz, peu important qu'il n'ait pas été démontré que la société Les Complices avait eu connaissance de l'état d'avancement de ces pourparlers, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manoeuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ;

Attendu qu'ayant relevé que la clause de garantie insérée dans la promesse de cession ne suffisait pas à établir que la société Les Complices avait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions composant le capital de la société Stuck, ni même qu'elle avait une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations poursuivies entre la société Alain Manoukian et les cédants et du manque de loyauté de ceux-ci à l'égard de celle-là, la Cour d'appel a exactement décidé que cette société n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de la société Alain Manoukian, peu important qu'elle ait en définitive profité des manoeuvres déloyales des consorts Wajsfisz ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois ;

M. Tricot, prés. ; M. Petit, cons.-rapp. ; M. Métivet, M^{mes} Garnier, Tric, Favre, Betch, Cohen-Branche, cons. ; M. Boinot, M^{mes} Champalaune, Gueguen, MM. Sémériva, Truchot, cons.-référéndaires ; M. Lafortune, av. gén. ; SCP Gatineau, Me Luc-Thaler, SCP Piwnica et Molinié, av.

Note (1)

1. Au printemps 1997, la société Alain Manoukian est entrée en pourparlers avec les actionnaires de la société Stuck afin d'acquiescer les actions de cette société. Après négociation, les parties ont établi un projet d'accord stipulant plusieurs conditions suspensives. Sur la demande des cédants, la société Alain Manoukian a accepté des modifications du projet d'accord. Mais, alors que le nouveau projet d'accord avait été transmis aux cédants, la société Alain Manoukian apprit que les actions avaient été cédées à un tiers, une société Les Complices, la bien nommée. La société Alain Manoukian a alors assigné les cédants et son complice en responsabilité afin d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la rupture fautive des pourparlers.

La Cour d'appel de Paris a fait partiellement droit à la demande de la société Alain Manoukian. En effet, si elle a retenu la responsabilité des cédants, la Cour d'appel a, d'une part, limité les chefs de préjudice réparés, et, d'autre part, mis hors de cause la société Les Complices. Evidemment, une telle décision ne pouvait que laisser les deux parties insatisfaites. D'une part, les cédants ont contesté la décision sur le terrain de la faute : ils soutenaient principalement que la Cour d'appel n'avait relevé aucun élément caractérisant un abus dans le droit de rompre, seul de nature à limiter la liberté de rompre des pourparlers. D'autre part, la société Alain Manoukian se plaignait, quant à elle, de n'avoir pas été intégralement indemnisée de son préjudice. En effet, elle ne demandait pas seulement la réparation du préjudice subi en raison des frais exposés lors des négociations. Elle prétendait obtenir l'indemnisation de la perte d'une chance de tirer profit de l'exploitation du fonds de commerce détenu par la société dont elle souhaitait faire l'acquisition. Or la Cour d'appel avait refusé de réparer ce préjudice. La société Alain Manoukian reprochait également à la Cour d'appel d'avoir mis hors de cause la société Les Complices au motif que cette société n'avait commis aucune faute de nature à engager sa responsabilité.

2. La Cour de cassation devait dans cette affaire répondre à deux séries de questions : d'une part, elle devait rappeler sa conception de la faute dans la rupture des pourparlers ; d'autre part, elle devait préciser les chefs de préjudice réparables en cas de rupture fautive. La Cour de cassation a rejeté l'ensemble des pourvois présentés devant elle dans cette affaire.

Tout d'abord, elle a rejeté le pourvoi des cédants condamnés. Elle affirme principalement à cette occasion que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision de retenir la responsabilité des cédants qui avaient rompu

unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement.

La Cour de cassation a rejeté le premier moyen du pourvoi de la société Alain Manoukian en relevant, ensuite, que, en l'absence d'accord ferme et définitif, les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat.

Elle a rejeté, enfin, le second moyen du pourvoi de la société Alain Manoukian au motif qu'il n'était pas établi que la société Les Complices avait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions, ni même qu'elle avait une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations entre la société Alain Manoukian et les cédants et du manque de loyauté de ceux-ci à l'égard de celle-là.

3. Si les questions abordées ici sont, *a priori*, des questions classiques du droit des contrats, leur étude mérite d'être reprise à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 novembre 2003. En matière de cession d'actions, notamment, les pourparlers sont une phase essentielle. La cession de contrôle est précédée d'opérations plus ou moins complexes selon les circonstances et de négociations parfois difficiles (2). Outre les parties, de nombreux professionnels interviennent en qualité de conseils ou d'experts au service de parties. Ces opérations sont, en outre, parfois essentielles pour l'une ou l'autre des parties. La pratique rend ainsi nécessaire l'instauration d'une certaine sécurité juridique dès la phase précontractuelle. La question est de savoir où se trouve, en matière de pourparlers, le point d'équilibre entre la liberté contractuelle, qui implique la liberté de rompre les pourparlers, et la sécurité juridique.

Les intérêts des parties sont ménagés de manière équilibrée par la Cour de cassation. L'équilibre est obtenu aussi bien au regard de la faute sanctionnée qu'au regard du préjudice réparé. L'intérêt de l'arrêt du 26 novembre 2003 est précisément d'illustrer dans une même décision cet équilibre jurisprudentiel atteint dans la définition de la faute et dans la délimitation du préjudice.

La faute dans la rupture des pourparlers

4. Les cédants ont rompu unilatéralement et avec mauvaise foi les pourparlers engageant de ce fait leur responsabilité. La faute dans la rupture des pourparlers est sanctionnée sur le terrain délictuel. La Cour de cassation rappelle dans sa décision les caractères de la faute de nature à engager la responsabilité de l'auteur de la rupture.

La nature délictuelle de la faute

5. La rupture fautive des pourparlers relève de la responsabilité civile délictuelle. Cette solution, discutée au XIX^e siècle ne l'est plus guère aujourd'hui (3), bien que ce point mériterait peut être d'être examiné à nouveau. En l'espèce, il est permis de se demander s'il n'y avait pas malgré tout place pour une responsabilité contractuelle dans la mesure où les obstacles étant levés, il y avait eu un projet d'accord contenant des conditions suspensives. En effet, la stipulation de conditions suspensives suppose un accord. Certes ce n'est pas le contrat définitif mais il devrait s'agir à tout le moins d'un avant-contrat. Cependant en présence d'une clause suspensive, la naissance des obligations est reportée à la date de réalisation de la dernière condition. La période *pendente conditione* crée une incertitude qui ouvre « la porte à une rupture extrêmement facile » (4). D'un point de vue pratique, quelle que soit la situation exacte de l'espèce, il faut mettre en garde les rédacteurs d'actes sur l'utilisation des conditions suspensives dans leurs conventions. On pourrait également souhaiter que la jurisprudence pense à tirer une conséquence nouvelle de la distinction mise en évidence par Pascal Ancel entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat (5). En effet, si les obligations ne sont pas encore nées, *pendente conditione*, le contrat, lui, est déjà conclu. Une rupture fautive des pourparlers pourrait être rattachée au contrat malgré le report de la naissance des obligations. La responsabilité serait alors soumise aux règles de la responsabilité contractuelle.

6. Si l'arrêt ne permet cependant pas de trancher définitivement la question de l'existence d'un avant-contrat en l'espèce, il faut tout de même relever que la pratique des contrats de négociation tend à relativiser la place de la responsabilité délictuelle dans la phase précontractuelle. Cette place est d'autant moins définitivement acquise que les enseignements tirés des droits étrangers conduisent à admettre l'existence d'autres voies afin d'encadrer la rupture de pourparlers (6).

Entrer en pourparlers, ce n'est déjà plus être tout à fait étranger l'un à l'autre. Le contrat tacite de Ihering est-il si fictif qu'on le soutient d'ordinaire ? Les parties sont déjà liées ; certes pas par le contrat qu'elles ont en projet mais par les négociations elles-mêmes. Cela ne conduit sans doute pas à faire basculer la responsabilité de l'auteur de la rupture dans le champ de la responsabilité contractuelle mais cela devrait permettre de s'interroger sur les caractères, voire l'originalité, de la faute dans la rupture des pourparlers.

Les caractères de la faute

7. La Cour de cassation en l'espèce se réfère à la notion de mauvaise foi (7). Elle rappelle que la Cour d'appel avait relevé, d'une part, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les cédants étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'autre part, que les cédants avaient conduit des négociations parallèles avec la société Les Complices et conclu avec cette dernière un accord dont il n'avait informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole.

8. Qu'est-ce que la mauvaise foi ? Il convient, d'une part, de rappeler que l'intention de nuire n'est pas exigée en matière de responsabilité précontractuelle (8). Il faut distinguer, d'autre part, la mauvaise foi de l'abus de droit. Certes, la notion d'abus de droit est parfois invoquée pour fonder la responsabilité de celui qui rompt des pourparlers (9). Cependant, il n'existe pas dans ce cas de droit dont on puisse abuser : il n'y a pas de droit, mais une liberté, de rompre (10). Surtout, il apparaît que la notion d'abus de droit n'apporte rien à l'analyse de la responsabilité encourue par celui qui rompt des pourparlers.

Qu'est-ce alors que la mauvaise foi ? La rupture de pourparlers serait fautive quand elle est contraire à la bonne foi contractuelle. Il est commun de relever que la bonne foi contractuelle devrait être restreinte au cas où un contrat est effectivement conclu. L'article 1134, alinéa 3, du code civil impose uniquement l'exécution de bonne foi des contrats. Il est tout autant ordinaire de relever que la jurisprudence a étendu l'exigence de bonne foi à la période précontractuelle (11).

9. La mauvaise foi est définie d'ordinaire comme la connaissance du préjudice causé à autrui. L'analyse de la jurisprudence rendue en matière de rupture de pourparlers fait cependant apparaître que la mauvaise foi n'est pas une notion subjective. Au contraire, elle est objectivée (12). Il est possible d'avancer que la rupture des pourparlers est sanctionnée aujourd'hui en raison des attentes de la victime de la rupture. La croyance créée implique la responsabilité en cas de violation de l'assurance que l'on avait contribué à faire naître (13). La référence à l'attente légitime est suffisamment fréquente pour que l'on puisse dire aujourd'hui qu'elle constitue un critère classique (14). La jurisprudence va sans doute au-delà d'une bonne foi objectivée. Il semble que ce soit là une évolution commune au droit français et à d'autres droits (15).

10. C'est précisément ce mouvement qu'illustre l'arrêt du 26 novembre 2003. La société Alain Manoukian, ou plutôt son dirigeant, avait la croyance, raisonnable en raison des circonstances, que le contrat serait conclu. En l'espèce les difficultés étaient aplanies, selon les termes de l'arrêt de la Cour d'appel. Les parties acceptent le risque de divergence d'intérêts lors de la négociation. Mais c'est le seul risque accepté (16). Il semblait donc ne plus y avoir de divergences d'intérêts. L'arrêt va peut-être au-delà des précédents arrêts.

Jusqu'à présent la jurisprudence accordait de l'importance à la justification de la rupture des pourparlers (17). Or l'arrêt du 26 novembre 2003 ne fait aucune référence à cet élément. Cette absence peut être interprétée comme un pas de plus vers l'objectivation du contrôle de la rupture. Dans une perspective objective, la justification de la rupture n'est plus qu'un élément parmi d'autres permettant d'apprécier le caractère raisonnable de la croyance du partenaire. En effet, si la rupture est justifiée, cette justification devait être connue des deux parties, ce qui implique que la croyance dans la conclusion du contrat n'était pas tout à fait raisonnable.

11. C'est au regard de ces observations que l'on peut apporter une précision sur les pourparlers parallèles. En l'espèce, les cédants avaient mené des pourparlers avec d'autres candidats à l'acquisition. La liberté qui règne dans les pourparlers implique la possibilité de mener des négociations parallèles (18). Cette liberté est même une nécessité dans une économie à tendance libérale où la concurrence est de principe. Cependant, si chaque partenaire se croit seul à négocier, la faute réside dans la dissimulation de l'existence de négociations. Elle consiste à laisser croire à chacun que le contrat sera conclu avec lui (19).

Cette liberté peut, en outre, être restreinte par des conventions encadrant les pourparlers. En particulier, les parties peuvent convenir d'une clause d'exclusivité, interdisant les négociations parallèles. Il sera donc, parfois, prudent d'encadrer contractuellement les pourparlers et notamment de stipuler une clause d'exclusivité. Il n'est cependant pas souhaitable qu'une telle clause se généralise. En effet, elle peut limiter de manière excessive la liberté d'une partie qui peut être privée d'une source d'information sur l'état du marché.

12. En conclusion, sur ce point, il apparaît que si jusqu'à présent la faute précontractuelle ne présentait pas de spécificité (20), la poursuite de l'objectivation de la mauvaise foi conduit à nuancer cette opinion. Il s'agit moins désormais de sanctionner un comportement que de protéger les anticipations légitimes du partenaire.

13. La responsabilité du cessionnaire complice. La société Alain Manoukian a, par ailleurs, tenté d'engager la responsabilité des complices des cédants (21). Cette demande n'a pas abouti. La Cour de cassation affirme que « le simple fait de contracter en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ».

En l'espèce, un élément de fait donnait à l'affaire une certaine originalité. En effet, la convention conclue entre les cédants et la société Les Complices comprenait une clause reportant sur les acquéreurs la charge de toute indemnité due en raison d'une rupture fautive des pourparlers. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir mis hors de cause le tiers acquéreur au motif que la clause insérée dans la convention ne suffisait pas à établir que la société Les Complices avait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions.

14. Deux observations peuvent être faites sur ce point. D'une part, la Cour de cassation admet ainsi implicitement, mais nécessairement la validité de la clause. Certains auteurs ont discuté ce point : ils reprochaient à la clause d'inciter à la rupture des pourparlers. Cependant, il n'y a là rien de choquant, dans la mesure où la clause constitue une garantie, comme un cautionnement, et non une clause de non responsabilité. D'autre part, la faute du tiers doit présenter des caractères précis, définis par la Cour de cassation. Négativement, la simple connaissance ne suffit pas à caractériser la faute, et c'est heureux. Il serait contradictoire d'affirmer la licéité des négociations parallèles tout en sanctionnant le tiers qui y participe. Positivement, il faut établir l'intention de nuire ou les manœuvres frauduleuses du tiers. La formule est très restrictive. Elle peut paraître même excessivement restrictive. Il reste à savoir quelle utilisation en sera faite par les juges chargés de sa mise en oeuvre. La Cour de cassation donne des pistes pour cela. Elle relève, dans sa décision, d'une part, qu'il n'était pas établi que la société Les Complices ait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions à son profit. La formule paraît déjà plus compréhensive que la référence faite un peu plus haut à l'intention de nuire ; elle est plus objective aussi, ce qui rend la preuve moins difficile à apporter. La Cour de cassation relève, d'autre part, qu'il n'est pas établi que la société ait eu une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations et du manque de loyauté du cédant. Ainsi, *a contrario*, si la société avait tenté d'obtenir, d'arracher, la conclusion du contrat alors qu'elle savait que des négociations étaient sur le point de se conclure, sa responsabilité aurait pu être engagée. Il est vrai cependant que la preuve de cette connaissance sera sans doute bien difficile à apporter.

Par comparaison avec la responsabilité du cédant, il apparaît clairement que la Cour de cassation n'entend pas sanctionner des comportements de manière subjective mais principalement protéger les attentes légitimes des agents économiques.

La réparation du préjudice

15. L'arrêt du 26 novembre 2003 est un arrêt important car il précise l'étendue du préjudice réparable. La Cour de cassation précise la mesure du préjudice réparable. Si l'intérêt négatif est réparable, l'intérêt positif ne l'est pas. Autrement dit, seul est réparé le préjudice résultant des frais exposés au cours de la négociation ; est exclue, en revanche, la perte des profits escomptés de la conclusion du contrat négocié.

La réparation de la perte subie

16. La réparation de l'intérêt négatif conduit à l'indemnisation de la perte subie. C'est le *damnum emergens* des manuels (22). Si les frais exposés par chaque partie restent, en principe, à leur charge (23), la faute dans la rupture entraîne, en revanche, leur remboursement. En effet, s'il est vrai que, pour un professionnel, la rupture de

pourparlers est un risque inhérent à son activité, il n'accepte d'ordinaire que le risque de perdre les sommes liées à la négociation commerciale. Cependant, le professionnel n'accepte pas les pertes résultant de la mauvaise foi de son partenaire.

Cela signifie-t-il que tous les frais exposés au cours des négociations sont systématiquement remboursés ? Ainsi que l'a relevé, récemment, M^{me} Muir-Watt, « sont protégés les seuls investissements ou dépenses qui, au moment où ils ont été effectués, étaient justifiés par la valorisation potentielle de la relation future » (24). Cette solution permet d'éviter les dépenses excessives que n'hésiterait pas à exposer la personne qui est assurée d'en obtenir le remboursement en cas d'échec des négociations. Elle permet également, inversement, d'éviter un « investissement sous-optimal qu'entraînerait nécessairement l'absence de toute protection du contractant prospectif contre un partenaire peu scrupuleux » (25).

Il reste cependant à déterminer le niveau optimal d'investissement, d'une part, et à donner un fondement juridique à cette limitation, d'autre part. La détermination de l'investissement optimal est sans doute complexe à mettre en oeuvre, si l'on veut adopter une démarche réaliste du point de vue économique. Il sera souvent difficile aux juges d'obtenir des parties les données chiffrées nécessaires à cette évaluation. Cependant, si les plaideurs veulent voir prise en compte leur prétention à une jurisprudence réaliste et soucieuse des réalités économiques, il leur faudra remplir leur rôle en matière de preuve.

17. Une autre voie peut être envisagée, qui consiste à organiser contractuellement les négociations et à prévoir le sort des frais. Dans les cessions de contrôle, les parties peuvent prévoir, selon les cas, qu'en cas d'échec des négociations les frais exposés par le candidat à l'acquisition resteront à sa charge (26) ou qu'ils sont remboursés par le cédant (27). On peut observer que cette dernière clause exprime, au contraire de la première, la confiance du cédant dans la réalisation de l'opération. Ce qui est un signal important pour l'acquéreur.

Il faut que les frais aient été exposés sans imprudence, ni précipitation. Dans le cas contraire, la jurisprudence procède à un partage de responsabilité (28). Le fondement d'un tel partage se trouvera parfois dans la faute de la victime. Il est possible aussi de juger que les frais ont été exposés sans nécessité et que, par conséquent, les pourparlers et leur rupture ne sont pas la cause du préjudice subi. Autrement dit, le lien de causalité ferait défaut. Ainsi que le relevait Saleilles, « si les études préparatoires entreprises par celui qui offre d'entrer en pourparlers l'avaient été du consentement tacite de l'auteur du retrait arbitraire, il y aura lieu à responsabilité... c'est qu'il faut, en effet, qu'il y ait un lien de causalité effective entre le dommage causé et l'acquiescement préalable de la partie à laquelle est imputable le retrait arbitraire » (29).

Cette observation est l'occasion d'inviter les juges à prêter davantage attention à cette condition de la responsabilité civile qu'est la causalité. En effet, les arrêts relèvent rarement l'existence d'un lien de causalité, en matière de responsabilité précontractuelle (30). L'arrêt du 26 novembre 2003 fait exception et il n'est pas sans intérêt de remarquer que c'est afin d'écartier la réparation que l'existence du lien de causalité est examinée. La Cour de cassation écarte en effet, la réparation du gain manqué.

L'absence de réparation du gain manqué

18. Le gain manqué dont prétendait obtenir réparation la société Alain Manoukian résidait dans le profit escompté de l'exploitation du fonds de commerce de la société dont elle négociait l'acquisition. La Cour de cassation écarte fermement la réparation de ce préjudice, mais laisse ouvertes quelques questions.

Il est évident que la victime de la rupture des pourparlers ne peut demander l'équivalent de l'exécution, puisque le contrat ne s'est pas formé (31). Mais la Cour de cassation va plus loin en écartant la réparation de la simple perte d'une chance (32). La jurisprudence avait cependant admis par le passé que la victime de la rupture des pourparlers pouvait demander la réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat (33).

Sur ce point, la solution de la Cour de cassation paraît se démarquer de celle retenue dans certains droits étrangers. Mais il s'agit alors de solutions exceptionnelles ; le plus souvent, seul l'intérêt négatif est réparé (34). De fait, la solution adoptée par la Cour de cassation est en parfaite cohérence avec la conception objective de la bonne foi que retiennent les juges français et étrangers. En effet, seule la confiance trompée est prise en compte. La réparation des pertes, liées aux frais notamment, permet de faire comme si les pourparlers n'avaient jamais eu lieu. L'idée est ainsi tout à fait comparable à celle qui préside aux restitutions en cas de nullité d'un contrat conclu.

19. Deux questions, relatives à la portée de l'arrêt, restent cependant sans solution. La Cour de cassation reprend la remarque de la Cour d'appel selon laquelle il n'y avait aucun *accord ferme et définitif*. Que signifie cette référence à un accord ferme et définitif ? *A contrario*, il est possible de penser qu'en présence d'un accord ferme et définitif, il serait possible d'obtenir la réparation de la perte d'une chance de tirer profit du contrat projeté. Cependant, qu'est-ce qu'un accord ferme et définitif ? Est-ce le contrat négocié ? Mais alors il s'agira d'une inexécution du contrat et non plus d'une question de responsabilité précontractuelle. Est-ce un avant-contrat préparatoire, telle qu'une promesse de vente ? Cette seconde solution a la préférence de la doctrine (35). Autrement dit, la réparation du gain manqué (ou plus exactement la perte d'une chance de gain) résultant de la non conclusion du contrat négocié n'est possible qu'en présence de négociation contractuellement et étroitement organisée. Faut-il aller jusqu'à admettre que l'*accord ferme et définitif* peut être un contrat de négociation ? La réponse semble devoir être négative. En effet, malgré l'ambiguïté de la notion de contrat définitif (36), il ne paraît pas possible de faire entrer dans cette catégorie des conventions qui ne contiennent pas les éléments essentiels du contrat à conclure. En toute hypothèse, la question sort du domaine de la responsabilité précontractuelle. Elle entre dans celui de la responsabilité contractuelle, donc sous l'empire de l'article 1149 du code civil.







Enfin, dans la conception stricte de l'intérêt négatif, toute perte d'une chance de conclure une convention n'est cependant pas exclue (37). Mais il s'agit alors plutôt de la perte d'une chance de conclure une convention autre que celle négociée entre les parties (38). Cette voie ne paraît pas fermée par l'arrêt du 26 novembre 2003. On peut non seulement penser, mais aussi souhaiter, que la Cour de cassation n'ait pas entendu remettre en cause la réparation du préjudice né de la perte d'une chance de ne pas conclure un contrat avec un tiers (39). Emprunter cette voie suppose, à nouveau, que le demandeur assume la charge de la preuve. Il lui faudra prouver qu'il a manqué des occasions de conclure d'autres contrats. Les juges ne peuvent se contenter, en cette matière, de présomptions trop fragiles (40).

20. En définitive, la Cour de cassation a rendu le 26 novembre 2003, une décision ménageant les intérêts des parties à la négociation. Son arrêt devrait, en conséquence, être bien accueilli. Si la solution ne convenait pas dans certains cas particuliers, les parties auront toujours la liberté d'encadrer conventionnellement leurs pourparlers

notamment en réglant la question des négociations parallèles et le sort des frais exposés en cours de négociations.

Mots clés :

CESSION DE DROITS SOCIAUX * Négociation * Pourparlers * Rupture

- (1) Cass. com. 26 novembre 2003, Bull. civ., IV, n° 186 ; RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre, B. Fages  ; Dr. soc. 2004, comm. 37, note F.-G. Trébulle ; D. 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne  ; Droit et Patrimoine, mars 2004, p. 103, obs. D. Poracchia ; JCP E 2004, I, 601, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker ; Revue Lamy Droit civil (RLDC) 2004, n° 2, obs. S. Doireau.
- (2) V. J.-M. Loncle, J.-Y. Trochon, *Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises*, préface E. Loquin, EFE 1997 ; A. Couret, *Accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux*, J.-Cl. Sociétés Formulaire, Fasc. Q-10.
- (3) Cass. com. 12 février 2002, *Contrats conc. consom.* 2002, comm. 90, note L. Leveneur.
- (4) V. A. Couret, *Accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux*, précité, n° 5.
- (5) P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 , spécialement n° 43 sur la situation *pendente conditione*.
- (6) V. les notes sous l'article 2:301 des Principes du droit européen du contrat (à comparer avec l'article 2.15 des Principes UNIDROIT) ; v. également H. Muir-Watt, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européens des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz 2003, p. 53 ; E. A. Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair dealing and failed negotiation*, *Columbia Law Review* 1987, p. 217. Pourquoi ne pas envisager par exemple le recours à la notion moderne et renouvelée de quasi contrat ?
- (7) V., par le passé, Cass. com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, note G. Durry.
- (8) Cass. 3^e civ. 3 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 491.
- (9) V., par exemple en doctrine, J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd. par J. Ghestin, LGDJ 1993, n° 330 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 8^e éd., Dalloz 2002, n° 185, qui présentent cependant l'abus comme caractérisé par la mauvaise foi de l'auteur de la rupture.
- (10) En ce sens, P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, *Droit et Patrimoine* novembre 1996, p. 36, n° 19.
- (11) Pour l'expression d'une obligation de négocier de bonne foi, Cass. com. 21 janvier 2004, BRDA 5/04, n° 3.
- (12) En ce sens, P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, art. préc., n° 21.
- (13) V. J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 ; v. déjà, R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière*, RTD civ. 1907, p. 697, spécialement p. 736.
- (14) En ce sens, J. Mestre, B. Fages, obs. sous l'arrêt, RTD civ. 2004, p. 80  ; v., également, B. De Coninck, *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles in Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la direction de M. Fontaine, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris 2002, p. 17, notamment n° 222 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface H. Muir-Watt, t. II, PUAM. 2001, n° 935, qui jugeait déjà, avant l'arrêt du 26 novembre 2003, qu'« il ne s'agit donc pas même d'une bonne foi appréciée objectivement mais d'une prise en compte de l'attitude du créancier à travers le prisme du point de vue des débiteurs ».
- (15) V. H. Muir-Watt, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance*, art. préc., n° 5 ; v., également, E. A. Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, préc.
- (16) V. R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, art. préc., spécialement p. 741.
- (17) V. P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, art. préc. ; v., notamment, Cass. com. 7 janvier 1997, D. 1998, p. 45, note P. Chauvel  ; Cass. com. 7 avril 1998, D. 1999, p. 514, note P. Chauvel  ; Cass. com. 11 juillet 2000, *Contrats conc. consom.* 2000, comm. 174, note L. Leveneur.
- (18) V. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 185 ; v. CA Versailles 5 mars 1992, Bull. Joly 1992, § 209, note J.

Schmidt ; CA Bordeaux 11 juin 1996, JCP E 1997, I, 617, n° 1, obs. P. Mousseron.

(19) J. M. Mousseron et autres, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre 1999, n° 50 ; v. Cass. com. 4 juin 1997, RTD civ. 1997, p. 921, obs. J. Mestre (négociations parallèles à un prix bien inférieur). Le contenu exact de ces négociations n'a, cependant, pas à être révélé.

(20) V. P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, art. préc. ; P. Mousseron, *Négociations contractuelles et responsabilité délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243.

(21) Certains penseront à faire la comparaison avec l'affaire *Texaco* dans les années 1980 : CA Texas, *Texaco v. Pennzoil*, 729 S.W. 2d 768. Dans cette affaire, les juges texans avaient cependant dû considérer (malgré la présence d'une clause *subject to contract*, pourtant destinée à priver d'effet contraignant le contrat de négociation) que le contrat avait effectivement été conclu pour condamner à des dommages intérêts, par ailleurs colossaux, le tiers complice.

(22) Sur l'évaluation des dommages intérêts, v. Y.-M. Laithier, *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse dactylographiée, Paris I, 2002, n° 106.

(23) Cass. com. 22 mai 1978, D. 1978, IR. 408, obs. Chr. Larroumet.

(24) H. Muir-Watt, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance*, art. préc., n° 2.

(25) *Ibid.* L'auteur reprend sur ce point la démonstration d'auteurs américains : L. A. Bechuk, O. ben-Shahar, *Precontractual Reliance*, *Journal of Legal Studies* 2001.423.

(26) C'est le seul type de clause que paraît envisager la doctrine française : A. Couret, *Accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux*, préc., n° 23 sqq. et n° 44.

(27) V. L. A. Bechuk, O. ben-Shahar, *Precontractual Reliance*, art. préc., spécialement p. 427. Sur les clauses, v. B. Beignier, *La conduite des négociations*, RTD com. 1998, p. 463.

(28) Cass. com. 15 octobre 2002, RTD civ. 2003, p. 382, obs. J. Mestre, B. Fages.

(29) R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, art. préc., spécialement p. 721.

(30) En effet, la doctrine relève que les tribunaux examinent rarement cette condition, pourtant essentielle, de la responsabilité, en matière de rupture de pourparlers, « matière dans laquelle il semble régner une sorte de présomption de causalité » : P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, art. préc., n° 40.

(31) V. notamment Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2003, n° 379 ; P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, art. préc., n° 33.

(32) Sur ce point l'arrêt illustre, sans doute, un nouveau recul de la notion.

(33) CA Paris 16 décembre 1998, Bull. Joly 1999, § 98, note A. Laude ; Cass. 3^e civ. 12 novembre 2003, inédit, pourvoi n° 02-10-352 ; v., également, X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, avant-propos de J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, préface de P. Jourdain, *Bibliothèque de droit privé*, t. 415, LGDJ 2004, n° 87 sqq.

(34) H. Muir-Watt, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance*, art. préc., n° 7.

(35) V. J. Mestre et B. Fages, obs. sous l'arrêt, RTD civ. 2004, p. 80.

(36) V. M.-L. Izorche, *Contrats conditionnels et définitifs*, RTD com. 1998, p. 521.

(37) V. Cass. com. 7 avril 1998, préc. ; Cass. com. 25 février 2003, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre, B. Fages.

(38) V. P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, art. préc., n° 36.

(39) En ce sens, D. Poracchia, obs. préc. ; F.-G. Trébulle, note préc. ; v. cependant, R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, art. préc., spécialement p. 722.

(40) V. pour une approche, à juste titre, exigeante en matière de preuve du préjudice, CA Rennes 29 avril 1992, Bull. Joly, 1993, § 132, note J.-J. Daigre.

