

Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ?

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université de Paris II

1 - Si l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, le 28 juin 2006⁽¹⁾, retient l'attention, c'est moins pour la solution qu'il apporte, laquelle n'est pas vraiment nouvelle, qu'en raison de la portée potentielle de celle-ci qui risque d'entraver la réparation des préjudices subis à l'occasion de la rupture d'une négociation contractuelle⁽²⁾. En effet, en affirmant « *qu'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* », la troisième Chambre civile ne suscitera point la surprise des observateurs attentifs de la jurisprudence relative à la responsabilité précontractuelle. Moins de trois ans auparavant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait rendu un arrêt dont l'attendu principal était libellé en des termes voisins et qui avait tranché la même question que celle qui était posée à la troisième Chambre dans un sens identique.

2 - Alors qu'une société réclamait la réparation de la perte d'une chance d'obtenir les gains inhérents à la conclusion d'un contrat, dont la négociation avait été fautivement rompue, la Chambre commerciale avait décidé, pour approuver les juges du fond qui avaient refusé d'accorder cette réparation, 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* »⁽³⁾. Ainsi, on doit relever que, sur la question de la réparation du préjudice consistant dans la perte d'une chance de conclure le contrat négocié, la troisième Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation sont à l'unisson, sous réserve, cependant, d'une très improbable jurisprudence dissidente des autres chambres de la Cour.

3 - Cette solution, dont on peut donc considérer qu'elle est désormais fermement établie en droit positif, tranche donc par la négative la question de la réparation d'un préjudice spécifique causé par la rupture d'une négociation précontractuelle. Cantonné à cette seule catégorie de préjudice, l'arrêt commenté n'est pas dénué d'intérêt car, avant l'arrêt de 2003, et même depuis celui-ci, la solution ne s'imposait pas avec la force de l'évidence, à tel point que certaines grandes plumes du droit de la responsabilité se prononçaient même en sens contraire. Mais, outre le rappel de la règle selon laquelle la perte de chance précontractuelle n'est pas un préjudice réparable (I), l'arrêt commenté, tout comme son prédécesseur, se révèle particulièrement stimulant en raison de la portée dont il peut légitimement être doté à l'avenir. En effet, si on le prend au pied de la lettre, on peut se demander s'il ne réduit pas la réparation des préjudices précontractuels à une peau de chagrin (II).

I - La perte de chance précontractuelle : préjudice irréparable

4 - Avant l'arrêt de la Chambre commerciale et même depuis ce dernier, la réparation du préjudice en question était débattue en doctrine, sans doute parce qu'elle est sous-tendue par la question fondamentale de la portée de la liberté contractuelle au stade de la négociation du contrat.

Certains auteurs affirmaient que la liste des préjudices réparables, en cas de rupture fautive d'une négociation précontractuelle, ne pouvait pas inclure le profit que le négociateur aurait

pu retirer de la conclusion effective et de l'exécution du contrat négocié, dont la négociation avait été fautivement rompue, car, d'une part, même menée de bonne foi, la négociation n'aurait pas nécessairement conduit à la formation du contrat négocié et, d'autre part, une solution contraire aurait conduit à donner « *indirectement [...] effet à un contrat qui n'a pas été conclu* » (4).

D'autres, plus nuancés, soutenaient qu'il convenait de tenir compte, pour identifier le préjudice réparable, du « *degré d'avancement des pourparlers* » et, par conséquent, que « *c'est en fonction des circonstances concrètes que le juge peut décider si la perspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pour évaluer l'indemnité qui compense une perte de chance* » (5). Aussi, ces auteurs admettaient-ils le principe de la réparation du dommage consistant dans la perte d'une chance de tirer profit de la conclusion et de l'exécution du contrat négocié, provoquée par la rupture fautive de la négociation contractuelle. Et c'est dans cette voie que, naguère, quelques juges du fond (6), ainsi que la Cour de cassation (7), s'étaient engagés, jusqu'à ce que la Chambre commerciale opère, le 26 novembre 2003, un « *changement de cap* » (8) remarquable.

5 - Cap nouveau que la troisième Chambre civile a résolument suivi avec son arrêt et dont il lui était manifestement difficile de dévier tant la motivation retenue par la Chambre commerciale en 2003, et reprise (9) dans l'arrêt commenté, semble s'imposer avec la force de l'évidence.

Si le négociateur, victime d'une rupture fautive des pourparlers, ne peut pas obtenir la réparation du préjudice résidant dans la perte d'une chance de tirer profit de la conclusion et de l'exécution du contrat négocié, c'est tout simplement parce que ce préjudice n'a pas été causé par la rupture fautive de la négociation. Il procède exclusivement de la rupture de la négociation, laquelle, en raison du principe de liberté précontractuelle qui domine cette phase du processus contractuel, ne constitue pas une faute. Autrement dit, ce préjudice n'est pas réparable, faute de faute causale et faute de faute.

« *Faute de faute causale* », d'une part, parce que la perte de chance de tirer profit du contrat négocié découle de la seule rupture de la négociation. Peu importe que cette rupture ait été fautive ou non, déloyale ou non ! La faute commise dans la rupture de la négociation, avérée dans les espèces qui ont donné lieu aux arrêts de 2003 et de 2006, n'y change rien ; c'est uniquement en raison de la rupture, et indépendamment du point de savoir si elle a été fautive, que le négociateur a perdu la chance en question. La faute dans la rupture n'a donc pas causé un tel préjudice que la victime aurait subi du seul fait de la rupture de la négociation.

« *Faute de faute* », d'autre part, parce que, selon une jurisprudence constante, non seulement l'initiative et le déroulement d'une négociation contractuelle, mais encore sa rupture sont libres. Dès lors, le simple fait de rompre une négociation contractuelle ne saurait constituer une faute précontractuelle dont pourrait se prévaloir la victime de la perte d'une chance de conclure le contrat négocié pour en réclamer la réparation à son auteur.

6 - En définitive, la mise en jeu de la responsabilité du négociateur fautif n'est pas envisageable, non seulement faute d'un lien de causalité entre la faute qui lui est imputable et le dommage subi par son partenaire, mais encore parce que le fait qui a provoqué le dommage en question, à savoir la rupture de la négociation, ne constitue pas une faute.

Reste alors, si on s'en tient à la réparation de la perte de chance, à se demander si la règle ciselée par la Cour de cassation exclut aussi la réparation du préjudice consistant dans la perte de chance de conclure le contrat négocié avec un tiers. La victime de la rupture fautive de la négociation contractuelle peut-elle demander la réparation de la chance perdue de négocier et de contracter avec un autre contractant, « *étant entendu que le temps perdu pour arriver à la conclusion d'un contrat avec un tiers est autant de temps perdu pour arriver à la conclusion d'un contrat satisfaisant avec un autre partenaire* » (10) ? Doctrine et jurisprudence (11) répondent à cette question par l'affirmative : « *Les occasions ratées de conclure avec un tiers, pourvu qu'elles apparaissent suffisamment certaines, peuvent*

constituer pour la victime un préjudice indemnisable » (12). La jurisprudence inaugurée en 2003 et réitérée dans l'arrêt commenté impose-t-elle d'apporter une réponse différente à cette question ? Probablement ! Si le négociateur, victime de la rupture fautive de la négociation, n'apporte pas la preuve que la faute commise par son partenaire a seule été la cause de la perte de chance de conclure le contrat négocié avec un tiers, et qu'il apparaît donc que cette chance a simplement été perdue en raison de la rupture, il ne pourra pas, en toute logique, obtenir la moindre indemnisation, faute de faute causale et faute de faute.

Dans le prolongement de cette dernière observation, il convient de rechercher si la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas susceptible, d'une manière générale, de réduire à une peau de chagrin la réparation des préjudices précontractuels.

II - La réparation des préjudices précontractuels : une peau de chagrin ?

7 - Si l'on suit à la lettre les arrêts rendus en 2003 et en 2006, il apparaît donc que, désormais, seuls les préjudices qui procèdent d'une faute commise par un négociateur dans la rupture des pourparlers sont réparables, à condition qu'ils aient bien été causés par cette faute, mais que, en revanche, les préjudices qui résultent de la seule rupture de la négociation sont irréparables, faute de faute imputable à son auteur.

L'exigence d'une faute et d'une faute causale pour obtenir la réparation des préjudices précontractuels nous semble alors susceptible de bouleverser sensiblement la donne et de compliquer singulièrement la tâche des victimes de préjudices subis à l'occasion de la rupture d'une négociation contractuelle. En clair, nombre des préjudices dont la réparation était aisément admise auparavant seront désormais irréparables, ou en tout cas moins aisément réparables, en raison de la règle susvisée.

8 - Il en va, d'abord, ainsi du préjudice consistant dans la perte subie par le négociateur déçu en raison des diverses dépenses inhérentes à la négociation rompue, par exemple les frais engendrés par l'intervention d'avocats, d'experts et de spécialistes, le transport et l'hébergement des négociateurs, la rédaction des accords précontractuels, ainsi que les études préalables. En général, on admettait, sans trop de difficultés, qu'un tel préjudice était réparable, car « *l'abandon des pourparlers les prive de cause et les rend donc, après coup, inutiles par la faute de celui qui les rompt* » (13). Et, d'ailleurs, dans son arrêt rendu le 26 novembre 2003, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait décidé, à l'instar d'une jurisprudence très fournie (14), que le préjudice réparable incluait « *les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles [la société victime de la rupture] avait fait procéder* ». Pourtant, des raisons de douter de la réparation de principe de ce type de préjudice peuvent être induites de la motivation de ce dernier arrêt et de l'arrêt commenté. En effet, ce préjudice ne procède pas fatalement de l'existence d'une faute dans l'exercice du droit de rupture unilatérale et peut simplement découler de la seule rupture de la négociation ; la fin de la négociation contractuelle, qu'elle ait été provoquée par une rupture délibérée, mais non fautive, ou par une faute dans l'exercice du droit de rupture, causera nécessairement une perte patrimoniale pour la victime qui consistera, concrètement, dans les frais que celle-ci avait engagés en raison du déroulement de la négociation. Par conséquent, à s'en tenir à la règle jurisprudentielle inaugurée en 2003 et réitérée en 2006, « *l'indemnisation des frais de négociations n'est en définitive concevable que lorsqu'il est établi que ces frais ont été engagés en conséquence* » (15) de la faute commise dans la rupture de la négociation. Aussi, en principe, faute de lien de causalité entre la faute dans la rupture et cette perte éprouvée, la réparation d'un tel préjudice ne peut-elle pas être accordée. Elle ne pourra l'être que si la victime de la rupture démontre que l'autre négociateur avait entamé ou poursuivi la négociation sans aucune intention de la mener à terme ou en sachant pertinemment qu'elle n'avait aucune chance d'aboutir. Dans ce cas, il sera établi que c'est bien une telle faute dans l'initiative ou dans la poursuite de la négociation commise par le négociateur, auquel est imputable la rupture, qui a été à l'origine des frais engagés pour les besoins de cette négociation, et, dans cette mesure, la réparation de la perte éprouvée par la victime pourra être admise. Dès lors, soit la victime apportera la preuve que son partenaire avait entamé la négociation sans avoir l'intention de parvenir à un accord et elle obtiendra une indemnisation égale au montant total des frais engagés à l'occasion de la négociation, soit elle démontrera

qu'il l'a poursuivie dans le même esprit et elle pourra réclamer une réparation équivalente aux frais « *qui n'auraient pas été engagés si la rupture était intervenue plus tôt* » (16).

9 - C'est un raisonnement identique, ensuite, qui doit être mené en ce qui concerne le préjudice représenté par la perte éprouvée en raison des frais, à la charge du négociateur victime, engendrés par la rupture de la négociation, à savoir les dépenses qu'il doit engager pour pallier l'échec de la négociation. En principe, si sa réparation doit être exclue, c'est parce que même « *lorsqu'une faute est commise dans la rupture, celle-ci ne cause pas le préjudice correspondant [à ces] frais : ce préjudice aurait existé en l'absence même de faute car il est un risque inhérent à toute négociation contractuelle* » (17). Un tel préjudice n'est donc pas réparable parce qu'il est subi du seul fait de la rupture de la négociation et, par conséquent, indépendamment de l'existence d'une faute dans l'exercice du droit de rompre unilatéralement les pourparlers.

Pour espérer en obtenir la réparation, le négociateur victime devra donc apporter la preuve que la rupture est fautive et que cette faute est bien la cause de son préjudice. Ce qui supposera, concrètement, qu'il démontre que son partenaire avait fautivement entamé ou prolongé une négociation qu'il n'avait pas ou plus l'intention de mener à terme.

10 - En outre, c'est toujours la même règle, selon laquelle seuls sont réparables les préjudices qui n'auraient pas été subis du seul fait de la rupture de la négociation, qui conduit à exclure, en principe, la réparation des atteintes à l'image ou à la réputation de la victime de la rupture (18). L'échec de la négociation peut, en effet, laisser à penser aux concurrents du négociateur qu'il est dû au manque de compétence, de fiabilité ou de performance de ce dernier. Mais, une fois encore, il en ira ainsi même si la rupture de la négociation n'est pas fautive. Dès lors, faute de preuve d'une faute spécifique ayant provoqué ces préjudices particuliers, tout espoir d'indemnisation paraît vain désormais.

11 - Enfin, comme on l'a suggéré ci-dessus, ce n'est que si cette preuve d'une faute causale dans l'initiative ou dans la poursuite de la négociation est apportée que la victime de la rupture de la négociation pourra envisager obtenir la réparation du préjudice consistant dans la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers. En effet, si elle parvient à démontrer que « *si elle ne s'était pas engagée avec le partenaire défaillant, elle aurait pu conclure avec un tiers* » (19) et que cette chance a bien été perdue en raison de la faute commise par le négociateur qui a mis fin aux pourparlers, elle pourra obtenir l'indemnisation de cette perte de chance de réaliser un gain. Tel sera le cas lorsque l'initiative ou la durée de la négociation auront constitué une manœuvre, de la part du négociateur qui la rompt, destinée à détourner son partenaire d'une autre négociation. Reste que, comme certains auteurs l'ont finement relevé, « *il y a quelque paradoxe à admettre de réparer la perte d'une chance de conclure les contrats autrement envisageables et de refuser d'indemniser celle afférente au contrat indemnisé* » (20).

Mots clés :

RESPONSABILITE CIVILE * Responsabilité du fait personnel * Faute * Négociation contractuelle * Pourparlers * Rupture

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Contrat * Formation du contrat * Pourparlers * Comportement fautif * Rupture

(1) D. 2006, Pan. p. 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2006, II, 10130, obs. O. Deshayes.

(2) Sur cette question, V., entre autres, O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187 s. ; B. Fages, *Droit du contrat*, Lamy, spéc. n° 205 s. ; D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637 ; S. Menu, Réflexions sur le préjudice précontractuel, LPA, 1er févr. 2006, p. 6 s. ; J. Mestre, La période précontractuelle et la formation du contrat, *ibid.*, 5 mai 2000, p. 9 s. ; P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD com. 1998, p. 243 s.

(3) Cass. com., 26 nov. 2003, D. 2004, Jur. p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne  ; JCP 2004, I, 163, obs. G. Viney ; *ibid.* E 2004, p. 738, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2006, p. 257, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages .

(4) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Cujas, 2006, n° 464.

(5) G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 1995, n° 198. Adde J. Mestre, obs. sous Cass. 2e civ., 12 juin 1987, RTD civ. 1988, p. 107.

(6) Sur ce point, V. O. Deshayes, obs. préc., spéc. p. 1510 ; J. Mestre et B. Fages, obs. préc., spéc. p. 82.

(7) En ce sens, V. Cass. 3e civ., 12 nov. 2003, Cass. com., 4 déc. 1990 et 25 févr. 2003, cités par J. Mestre et B. Fages, obs. préc., spéc. p. 83, et O. Deshayes, obs. préc.

(8) J. Mestre et B. Fages, obs. préc.

(9) A quelques nuances près (sur lesquelles V. O. Deshayes, obs. préc.).

(10) O. Deshayes, art. préc., spéc. n° 11.

(11) En ce sens, V., entre autres, Cass. com., 7 avr. 1998, D. 1999, Jur. p. 514, note P. Chauvel ; Somm. p. 127, obs. J. Schmidt-Szalewski  ; JCP E 1999, p. 169, obs. P. Mousseron ; 18 juin 2002, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages .

(12) J. Mestre et B. Fages, obs. préc., p. 85.

(13) *Ibid.*, spéc. p. 82.

(14) Pour un panorama, V. B. Fages, art. préc., spéc. n° 117-48.

(15) O. Deshayes, art. préc., spéc. n° 18.

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*, spéc. n° 4.

(18) Pour des illustrations, V., par ex., CA Versailles, 1er avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285 ; CA Paris, 17 janv. 2003, cité par O. Deshayes, art. préc., spéc. n° 3.

(19) B. Fages, art. préc., spéc. n° 117-49.

(20) P. le Tourneau et coll., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2006-2007, spéc. n° 845.