

Un grand arrêt relatif aux pourparlers

(Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00.10-949, à paraître au Bulletin ; V. aussi, au soutien de ces observations, Com. 25 févr. 2003, n° 01-12.660, inédit ; Civ. 3^e, 12 nov. 2003, n° 02-10.352, inédit ; Com. 13 nov. 2003, n° 01-00.376, JCP 2004.éd.E. n° 1-2, pan.12)

Jacques Mestre, Doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
Bertrand Fages, Professeur à l'Université Paris-Val-de-Marne (Paris XII)

Ce n'est évidemment pas la première fois que ces colonnes s'ouvrent sur un arrêt de la Cour de cassation relatif à la rupture des pourparlers (cf. dernièrement RTD civ. 2003.282) : un domaine où le contrôle opéré par la Haute juridiction est suffisamment poussé pour donner à chaque fois un précieux aperçu des comportements que les juges du fond peuvent taxer de faute ou, au contraire, ranger parmi les manifestations acceptables de la liberté contractuelle, qui permet à chacun de ne pas donner suite au contrat projeté. Toutefois, il faut bien reconnaître que rares, et même très rares, sont les décisions de principe dans lesquelles la Cour de cassation trouve l'occasion d'imprimer sa propre doctrine. Elle l'avait fait en 1972, dans un arrêt de cassation affirmant brièvement, sous le visa des articles 1382 et 1383, qu'en cas d'échec des négociations « la responsabilité délictuelle prévue aux articles susvisés du code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire » (Civ. 3^e, 3 oct. 1972, Bull. civ. III, n° 491). C'était à bien des égards (nature de la responsabilité, caractère de la faute) un arrêt fondateur, ayant sans doute avec le recul une large part dans le contentieux qui n'a depuis cessé de croître (V. aussi la même année, Com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93, JCP 1973.éd.GII.17543, note J. Schmidt-Szalewski, RTD civ. 1972.779, obs. G. Durry, une cour d'appel retient à bon droit que « des négociations aussi laborieuses ne pouvaient être rompues par un simple coup de téléphone »). Or voici qu'elle apporte aujourd'hui, avec cet arrêt de rejet du 26 novembre 2003 rendu sous le rapport du conseiller Bruno Petit, une nouvelle contribution très importante. Ses enseignements concernent deux points majeurs : l'étendue du préjudice réparable et la responsabilité du tiers contractant (V. *infra*, n° 2).

Ces remarques étant faites, commençons par rappeler les faits en nous en tenant au strict nécessaire. Au printemps de l'année 1997, la société Alain Manoukian engage avec les conjoints Wajsfisz, actionnaires de la société Stuck, des négociations en vue de l'achat des actions composant le capital de cette société, laquelle exploitait un fonds de commerce dans un centre commercial. Ponctué par plusieurs rencontres et divers échanges de courrier, ainsi que par l'établissement successif de deux projets de cession, les pourparlers dureront près de six mois jusqu'à ce que la société Alain Manoukian n'apprenne que les cédants avaient conduit, à la même époque, des négociations parallèles avec une société Les Complices (ça ne s'invente pas !), puis conclu avec cette dernière une promesse de cession d'actions dont ils ne l'avaient informée que quatorze jours plus tard, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert comptable de la société Stuck retardait la signature de leur projet. Il n'est en outre pas indifférent de noter qu'aux termes de cette promesse, la société Les Complices s'engageait à garantir les conjoints Wajsfisz de toute indemnité que ceux-ci seraient éventuellement conduits à verser à un tiers pour rupture abusive des pourparlers.

Condamnant précisément la mauvaise foi des conjoints Wajsfisz, mais mettant la société Les Complices personnellement hors de cause, la Cour d'appel de Paris (25^e ch. B, 29 oct. 1999) octroie à la société Alain Manoukian 400 000 F de dommages-intérêts. Sa décision est attaquée par différents pourvois : celui formé par les conjoints Wajsfisz qui reprochent à la Cour d'appel de n'avoir relevé à leur charge aucun élément de nature à caractériser un comportement contraire à la bonne foi ; celui de la société Alain Manoukian qui lui fait grief,

d'une part d'avoir limité la réparation de son préjudice aux frais occasionnés par la négociation et aux études préalables qu'elle avait engagées, sans l'étendre aux gains qu'elle pouvait espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce, d'autre part d'avoir décidé que la société Les Complices n'avait pas commis de faute délictuelle à son égard.

La chambre commerciale commence par écarter le moyen des consorts Wajsfisz. En l'espèce, il était justifié de considérer que ceux-ci avaient « rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ». Et cela, pour deux raisons principales. D'abord parce 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 ». C'est le critère classique de l'attente légitime, sur lequel on reviendra. Ensuite parce 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 lui laissant croire que seule l'absence de l'expert comptable de la société retardait la signature du protocole ». C'est montrer d'une certaine manière que les négociations parallèles, même si elles ne sont pas en elles-mêmes condamnables (V. RTD civ. 1992.752¹, 1993. 577²), peuvent constituer un indice parmi d'autres dans le faisceau permettant de caractériser la faute de déloyauté. Mais disons tout de suite que l'essentiel de l'arrêt n'est pas là.

La faute des cédants étant admise, il se posait en effet la question - autrement délicate - du préjudice réparable. Car si l'unanimité s'est toujours faite, en cette matière, pour écarter la réparation en nature, à savoir la conclusion forcée du contrat projeté, la désignation du préjudice réparable sous forme de dommages-intérêts a régulièrement posé problème. On a d'ailleurs fait observer, dans une précédente chronique (RTD civ. 2000.104³), que sa détermination faisait l'objet d'une appréciation assez contrastée de la part des juges du fond, qui allouent des montants pour le moins divers, parfois conditionnés par la plus ou moins grande déloyauté de la rupture. Or sur ce préjudice, la chambre commerciale prend clairement position. Estimant non fondé le moyen de la victime, elle approuve la Cour d'appel d'avoir « 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 ». Elle ajoute en termes plus généraux, placés en chapeau de sa décision, 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 ».

C'est la première fois qu'un arrêt se prononce de façon aussi décisive sur les chefs de préjudice à prendre en compte en cas de rupture fautive des pourparlers. Avec comme résultat notable, ici, une ligne de démarcation des plus appuyées entre la perte subie - réparée - et le gain manqué - non causé. Examinons ces deux points.

S'agissant du « passé précontractuel » que l'échec des négociations a rétrospectivement fait naître, l'arrêt commenté se montre plutôt généreux pour la victime. Il y est admis que la société Alain Manoukian, sans que sa qualité de professionnel n'ait été soulevée, obtienne réparation de la perte qu'elle a éprouvée au cours des pourparlers. Bien que la question se soit prêtée à des débats (V. en particulier J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd. 1993, n° 330 ; comp. P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patrimoine*, 1996, n° 43, p. 36, spéc. n° 28), et que certaines décisions des juges du fond inclinent parfois en sens contraire (V. par ex. Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly 1999.470 ; note A. Laude, RJDA 1999, n° 372, laissant à la charge de chacune des parties les frais occasionnés par des pourparlers de cession d'actions), il est permis de voir là la confirmation d'une jurisprudence majoritaire qui n'opère aucune distinction entre les victimes et, sauf imprudence de ces dernières (Com. 15 oct. 2002, RTD civ. 2003.282⁴), répare toutes formes de pertes. En l'occurrence, la Cour de cassation vise « les frais

occasionnés par la négociation et les études préalables », ce en quoi elle n'a évidemment pas tort dans la mesure où l'abandon des pourparlers les prive de cause et les rend donc, après coup, inutiles par la faute de celui qui rompt. Mais il faut y ajouter le dommage résultant d'une atteinte à l'image (V. par ex. Versailles, 1^{er} avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285) ou d'un fait de concurrence déloyale (V. par ex. Com. 3 oct. 1978, Bull. civ. IV, n° 208).

S'agissant de l'« avenir contractuel » auquel la rupture des pourparlers a brutalement mis fin, la chambre commerciale se montre en revanche beaucoup moins accueillante. Par deux attendus dénués d'équivoque, elle exclut toute possibilité d'indemnisation des gains manqués du fait de la non-conclusion du contrat. Pour elle, en l'absence d'accord ferme et définitif, la société Alain Manoukian ne pouvait réclamer ni les gains qu'elle espérait tirer, en cas de succès des pourparlers, de l'acte de cession, « ni même » la perte d'une chance d'obtenir ces gains.

En se prononçant de cette manière, la chambre commerciale adopte une position nouvelle. De fait, elle n'écarte pas seulement les dommages-intérêts qui viendraient correspondre à la totalité des profits, à l'avantage même que le contrat abandonné était censé directement faire naître (l'équivalent de l'exécution), mais aussi ceux qui pourraient compenser la perspective de gains, par hypothèse moindre car aléatoire, que la chance désormais perdue de conclure avait représentée (la perte d'une chance). Or, jusqu'à présent, si l'on s'accordait assez logiquement à refuser l'exécution par équivalent en présence d'un contrat n'ayant jamais vu le jour (rapp. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 2004, n° 464), il était à l'inverse devenu habituel de réparer le préjudice résultant de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé. A s'en tenir strictement à ce cas de figure, plusieurs arrêts allaient en tout cas dans ce sens, émanant certes principalement des juridictions du fond (V. par ex. Versailles, 1^{er} avr. 1999, préc., réparation du préjudice tenant « à la perte de chance de la conclusion d'un accord définitif auquel l'intérêt manifesté par la société [auteur de la rupture] pour l'entrée sur le marché hollandais donne une probabilité sérieuse » ; ou encore Paris, 10 mars 2000, JCP 2001.éd.E, p. 422, note F. Violet, société indemnisée de « la perte d'une chance de mener les quatre phases à leur terme, puis de signer le contrat de licence et, partant, de voir développer sa notoriété »), mais aussi de la Cour de cassation elle-même (V. récemment Civ. 3^e, 12 nov. 2003, n° 02-10.352, inédit, réparation du préjudice subi par la victime « du fait des démarches accomplies vainement en vue de la vente et de la perte de chance de réaliser une opération envisagée pour loger sa famille et percevoir des revenus locatifs intéressants »), et en particulier de la chambre commerciale (V. par ex. Com. 4 déc. 1990, n° 89-16.338, inédit, approuvant une cour d'appel d'avoir « tenu compte de l'aléa subsistant alors sur la réalisation de ces projets, en affectant d'un coefficient de minoration le préjudice considéré de façon à manifester qu'il ne consistait qu'en une perte de chance »).

Aussi n'est-il pas faux de dire, à ce stade de nos observations, que l'arrêt du 26 novembre 2003 prend de sérieuses distances avec la jurisprudence dominante. Cette impression est encore renforcée par la motivation déployée par les Hauts conseillers qui ne raisonnent pas ici en termes de certitude du dommage, autrement dit de probabilités, comme c'est souvent le cas s'agissant de la perte d'une chance, mais en termes de causalité (« les circonstances constitutives d'une faute... ne sont pas la cause du préjudice... »). Or, dans cette affaire, le refus d'indemniser la perte d'une chance aurait pu tout aussi bien s'appuyer sur son caractère hypothétique. En effet, l'indemnisation réclamée par la société Alain Manoukian allait au-delà de la perte de chance de conclure le contrat projeté (la cession d'actions) : sautant l'écran de la personne morale et anticipant largement sur l'avenir, celle-ci ne demandait rien moins que la réparation de la perte de chance d'obtenir les gains tirés de l'exploitation du fonds de commerce détenu par la société cédée. Il aurait alors suffi de lui rappeler que les pourparlers ne portaient pas, en l'occurrence, sur la cession du fonds de commerce et, qu'en toute hypothèse, les gains attendus de l'exploitation de ce fonds (à bref délai ? sur une longue période ?) dépendaient de facteurs pour le moins incertains. Pourtant, telle n'est pas la voie choisie par la chambre commerciale qui décide d'appréhender le débat sur un plan strictement causal. L'impression de revirement est alors d'autant plus nette que, tout récemment encore, dans une espèce relative à la rupture de négociations entreprises en vue de la conclusion d'un contrat-cadre, cette même chambre estimait qu'une cour d'appel, après avoir « relevé que la

société [victime] avait subi une perte de chance d'obtenir les gains qu'elle pensait obtenir par la formalisation de la convention de partenariat comportant exclusivité à son profit », avait « pu décider que ce préjudice résultait de la faute commise par la société [auteur] en rompant abusivement les pourparlers ». D'où le rejet d'un pourvoi pris de la violation de l'article 1382 du code civil qui faisait grief aux juges du fond d'avoir ainsi statué alors que « nul n'ayant l'obligation de contracter, la perte de bénéfice qui aurait pu être retiré du contrat qui n'a pas été conclu ne se trouve pas en relation de cause à effet avec la faute commise lors de la rupture des pourparlers » (Com. 25 févr. 2003, n° 01-12.660, inédit) !

Il s'agit donc bien, avec notre arrêt, d'un changement de cap. Et l'on en vient à présent à s'interroger sur sa logique et sa portée.

La solution a pour elle une certaine logique. Comme la rupture unilatérale des pourparlers précontractuels relève du droit de chacun de ne pas conclure, la faute ne peut être recherchée que dans les « circonstances » ayant entouré l'exercice de ce droit ; or ce ne sont pas ces circonstances qui en elles-mêmes provoquent la rupture et, partant, causent le préjudice consistant dans la perte d'une chance. Le lien de causalité est rompu. A cet endroit, on ne peut manquer de rapprocher notre arrêt d'une autre décision rendue le 13 novembre 2003 par la chambre commerciale qui, sous le visa de l'article 1382 du code civil et après avoir rappelé qu'il résulte de ce texte que « seul peut être réparé le préjudice trouvant sa cause dans le fait qui donne lieu à responsabilité », reproche à des juges du fond d'avoir indemnisé un président de conseil d'administration abusivement révoqué (du fait de « circonstances portant atteinte à sa réputation ») de la perte d'une chance de mener son mandat social à son terme : « le préjudice constitué par la perte d'une chance de conserver les fonctions est sans lien avec les fautes commises lors de la révocation » (Com. 13 nov. 2003, n° 01-00.376, JCP 2004.éd.E. n° 1-2, pan.12). Seulement, ce qui est valable pour le dirigeant social révoqué l'est-il forcément pour le négociateur délaissé ? Nous n'en sommes pas si sûrs. Car autant un président de conseil d'administration, du fait de son statut légal éjectable (art. L. 225-47 c. com., également visé dans l'arrêt du 13 nov. 2003), ne peut légitimement espérer se maintenir en fonctions, autant un participant à des pourparlers, en raison du comportement de son interlocuteur, peut se trouver comme ici « en droit de penser » que le contrat allait être conclu. En effet, chacun sait qu'en matière de pourparlers précontractuels, et notre arrêt en fournit lui aussi l'illustration, les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rompre se déduisent le plus souvent de l'attente légitime de la victime (V. pour de nombreux exemples Lamy, Droit du contrat, n° 117-33). Ce critère est d'ailleurs suivi, comme un « fil d'Ariane », par la plupart des systèmes juridiques (B. De Coninck, Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles, *in* M. Fontaine (dir.), Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruylant-LGDJ, 2002, p. 15 et s. spéc. n° 222 ; V. pour un très intéressant compte-rendu de cet ouvrage, B. Bourdelois, RTD civ. 2003.777). Aussi, dans la grande majorité des cas, c'est parce que l'auteur de la rupture avait laissé espérer la conclusion du contrat et, comme ici, continué à entretenir cette croyance, que les circonstances de sa décision peuvent être rétrospectivement regardées comme constitutives d'une faute. En elles-mêmes, ces circonstances comportent donc nécessairement un lien avec la perspective, la chance de conclure le contrat. Elles n'en sont pas détachables.

En bref, au-delà de sa logique interne, l'arrêt s'articule assez difficilement avec la jurisprudence élaborée depuis quelques décennies sur le plan de la faute. On se demande s'il est bien cohérent, d'un côté, d'admettre que la faute commise dans l'exercice du droit de rompre résulte de constatations tenant à l'espérance légitime d'une partie en la conclusion du contrat et, d'un autre, d'affirmer que cette espérance légitime, lorsqu'elle est déçue et se traduit par un préjudice consistant dans la perte d'une chance de bénéficier de la conclusion de ce contrat, ne résulte pas de la faute.

Enfin, la portée de l'arrêt mérite d'être précisée sur deux points.

Le premier concerne la référence, par la chambre commerciale, à l'« absence d'accord ferme et définitif » ayant permis à la Cour d'appel de décider que le préjudice de la victime ne pouvait inclure la perte d'une chance. Cette expression vise-t-elle uniquement le contrat

projeté, voulant par là signifier qu'aussi longtemps que celui-ci ne sera pas fermement et définitivement conclu, il demeurera toujours impossible de prendre en compte les bénéfices espérés ? La question est importante car, en cas de réponse positive, il faudrait estimer que même la signature préalable d'un avant-contrat (du type pacte de préférence ou promesse unilatérale) ne serait pas susceptible d'ouvrir droit, en cas d'inexécution, à l'indemnisation de la perte d'une chance de conclure. Le changement serait alors total. En effet, s'il est certain que la Cour de cassation, dans ces hypothèses, privilégie les dommages intérêts au détriment de l'exécution forcée, il est certain aussi que ces dommages-intérêts, tout en ayant une nature contractuelle, incluent souvent l'empêchement de la victime de faire valoir ses droits au contrat définitif et d'en retirer les gains escomptés (V. par ex., en cas de violation d'un pacte de préférence, Civ. 1^{re}, 18 avr. 2000, n° 98-13.620, inédit, qui casse sous le visa de l'article 1147 un arrêt ayant débouté le bénéficiaire de sa demande d'indemnisation envers le promettant, « alors que la perte d'une chance, à la supposer certaine et en relation directe avec la faute commise, constitue en soi un élément de préjudice indemnisable dont il appartient aux juges du fond d'apprécier l'étendue » ; ou bien encore, en cas d'inexécution d'une promesse, Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 94-12.716, inédit, qui après avoir constaté qu'il était établi que la non-réalisation de la vente était imputable au refus de la promettante de vendre l'immeuble aux bénéficiaires de la promesse, estime que la cour d'appel a pu en déduire que cette dernière, « était tenue d'indemniser [ses cocontractants] de la perte d'une chance de réaliser un bénéfice »). Toutefois, il est permis d'espérer que la portée de l'arrêt du 26 novembre 2003 ne s'étend pas jusque-là. Et en visant « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels », la chambre commerciale cantonne probablement sa solution à la responsabilité délictuelle encourue en l'absence d'avant-contrat.

Le second point, dans les limites de cette responsabilité délictuelle, a trait aux différentes hypothèses de perte de chance susceptibles d'être touchées par l'arrêt. La chambre commerciale exclut-elle l'indemnisation de toute occasion manquée de passer un contrat, y compris avec un tiers, ou seulement celle de conclure avec l'auteur de la rupture le contrat qui était l'objet même des négociations ? La question, là aussi, n'est pas superflue dans la mesure où les dommages-intérêts correspondant à la perte d'une chance visent aussi bien souvent, sinon principalement, la chance perdue par la victime de s'adresser à un autre cocontractant. On se souvient, par exemple, que la Cour de cassation a admis que soit réparé le fait, pour une société, d'avoir « immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période » (Com. 7 avr. 1998, JCP 1999.éd.E. n° 4, p. 169, obs. P. Mousseron ; sur pourvoi contre Versailles, 21 sept. 1995, RTD civ. 1996.145) ou encore d'avoir perdu « une chance, fût-elle ténue, de trouver un autre repreneur » (Com. 18 juin 2002, RTD civ. 2003.282). Ces solutions ont-elles vocation à être remises en cause ? Il faut souhaiter que non. D'ailleurs, à s'en tenir au texte, l'arrêt ne vise ici que les gains que permettait d'espérer la conclusion « du » contrat. C'est suggérer très implicitement que les occasions ratées de conclure avec un tiers, pourvu qu'elles apparaissent suffisamment certaines, peuvent constituer pour la victime un préjudice indemnisable.

Mais *quid* de la responsabilité du tiers qui a effectivement contracté avec l'auteur de la rupture ? On le verra après la pause.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Formation du contrat * Pourparlers * Négociation parallèle