LA NÉGOCIATION PRÉLIMINAIRE AUX ACCORDS

Elisabeth RELAVE-SVENDSEN
Avocat à la Cour
Grumberg & Partners

Plan

- La rupture abusive des pourparlers
- La lettre d’intention
- La *battle of forms*

La rupture abusive des pourparlers

Position traditionnelle en France et au Luxembourg

Jusqu'en 2003, la rupture abusive des pourparlers engageait la **responsabilité délictuelle** du fautif (ex. TAL, 12 novembre 2003, 80621, 934/2003) et conduisait à la **réparation de deux préjudices :**

- Le remboursement des frais engagés,

- l'indemnisation de la perte d'une chance de conclure le contrat,
  - à savoir concrètement un pourcentage du gain espéré
  - en fonction du stade d'avancement des négociations.

Position doctrinale
Causalité

Pour chaque dommage allégué, recherche d'**une causalité entre la faute et le dommage**:

- frais de rupture: liés à la rupture elle-même ⇨ pas indemnisables
- frais de négociation: liés à la négociation ⇨ pas indemnisables

  sauf si poursuite des négociations en sachant qu'elles n'allaient pas aboutir,
- perte de chance sur base du contrat envisagé: que les négociations aient été rompues de manière fautive ou non ⇨ pas indemnisable
- perte de chance de contracter avec un tiers: ⇨ indemnisable

  uniquement si la faute consiste :
  - à avoir fait perdre son temps à l'autre négociateur
  - en une atteinte à la réputation.

Revirement de jurisprudence : Arrêt Manoukian (Com, 26 novembre 2003)

- Faits :
  - négociations sur la cession des actions composant le capital de la société Stuck
  - pourparlers commencés au printemps 1997 et poursuivis jusqu'à l'automne
  - parallèlement, les actionnaires de la société Stuck concluent une cession avec un concurrent
  - information de la société Alain Manoukian 14 jours après la conclusion du contrat de cession
  - action de la société Alain Manoukian pour faire condamner les actionnaires à la réparation du préjudice résultant de la rupture abusive des négociations

Revirement de jurisprudence : Arrêt Manoukian (Com, 26 novembre 2003) (2)

- Décision

1. Constats de la Cour de cassation:

    - projet d'accord avancé et ayant aplani la plupart des difficultés
    - société Alain Manoukian pouvait penser que les actionnaires voulaient toujours lui céder leurs actions
    - d'autant que les actionnaires lui ont laissé croire, même après la signature de la cession avec des concurrents, qu'ils allaient contracter avec elle

Revirement de jurisprudence : Arrêt Manoukian (Com, 26 novembre 2003) (3)

- Décision

1. Conclusions de la Cour de cassation:

    - les pourparlers ont été rompus unilatéralement et de mauvaise foi
    - les actionnaires engagent leur responsabilité délictuelle

Revirement de jurisprudence : Arrêt Manoukian (Com, 26 novembre 2003) (4)

- Indemnisation

  « 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 … »

  ➪ le préjudice subi par la société Alain Manoukian:

  - les frais occasionnés par la négociation et les études préalables
  - et pas les gains qu'elle pouvait espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce
  - ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains

Position actuelle en France
(Civ 3e, 7 janvier 2009)

- Faits :
  - Le bailleur rompt brutalement rompu les pourparlers en cours entre deux sociétés pour une cession de droit au bail
  - le cessionnaire a:
    - prétendu subir un préjudice de notoriété puisque sa chaine de magasin était absente dans toute la région du Nord-Pas-de-Calais
    - demandé en plus l'indemnisation des frais de conseil et de recherche

Position actuelle en France
(Civ 3e, 7 janvier 2009)

- Décision Cour d'Appel (Douai)
  - refus d'indemniser pour le préjudice de notoriété mais requalification en perte de chance de réaliser les gains escomptés
  - refus également de compenser les frais de conseil parce qu'insuffisamment individualisés pour être évalués.

Position actuelle en France
(Civ 3e, 7 janvier 2009)

- Décision Cour de Cassation
  - requalification du préjudice de notoriété maintenue: pas de lien de causalité entre la rupture des pourparlers et le préjudice de notoriété
  - la Cour d'appel ne pouvait pas refuser d'évaluer le dommage résultant des frais engagés: si des frais sont exposés inutilement dans le cadre de pourparlers, le juge doit évaluer le préjudice

↳ unification de jurisprudence entre les chambres civile et commerciale de la Cour de Cassation

Position actuelle au Luxembourg

T.A.L., 15e chambre, 14 juillet 2010

- Les tribunaux luxembourgeois font directement application de l'arrêt Manoukian:

  « *Quant au dommage réclamé consistant dans le manque à gagner, il faut préciser que le gain manqué par la perte de chance de voir le contrat conclu n'est pas indemnisable en raison d'une faute commise dans la rupture des pourparlers. […] La victime d'une rupture abusive des pourparlers ne peut ainsi demander que la réparation de son préjudice effectif, soit, en réalité l'équivalent de l'intérêt qu'elle aurait eu à ce que les pourparlers n'eussent pas été engagés avec l'auteur de la rupture. C'est ce qu'on appelle parfois l'intérêt négatif.* »

Position actuelle au Royaume-Uni
Walford v. Miles (1992)

- Faits
  - Walford veut acquérir l'activité de Miles pour la somme de 2 M£
  - Miles s'engage à arrêter toutes les négociations en cours avec des tiers en contrepartie du dépôt d'une garantie bancaire pour le 20 mars
  - Walford dépose la lettre de garantie dans les délais
  - le 25 mars, Miles écrit qu'il accepte de vendre son activité pour le prix convenu
  - le 30 mars, Miles vend son activité à un tiers

Position actuelle au Royaume-Uni
Walford v. Miles (1992)

- Décision

  “'If the law does not recognize a contract to enter into a contract (when there is a fundamental term yet to be agreed) it seems to me it cannot recognize a contract to negotiate. The reason is because it is too uncertain to have any binding force . . . It seems to me that a contract to negotiate, like a contract to enter into a contract, is not a contract known to the law . . . I think we must apply the general principle that when there is a fundamental matter left undecided and to be the subject of negotiation, there is no contract.'...”

Position actuelle au Royaume-Uni
Walford v. Miles (1992)

- Nuances
  - Si un négociateur fait usage de violence ou trompe l'autre *(misrepresentation*), il engage quand même sa responsabilité sur base de la responsabilité délictuelle et de l'Equity.
  - Ex: Les demandeurs ont obtenu des D&I basés sur le dol du défendeur qui a fait croire qu'il n'avait pas l'intention de négocier avec des tiers.
  - « ***Under English law there is no general duty to negotiate in good faith****, but there are plenty of other ways of dealing with particular problems of unacceptable conduct occurring in the course of negotiations [...] »*

Position actuelle au Royaume-Uni
Yeoman's Row Management v. Cobbe (2008)

- Faits
  - accord de principe convenu sur la vente d'un terrain, dont l'utilisation était soumise à une autorisation administrative
  - le vendeur encourage l'acheteur à obtenir cette autorisation
  - une fois l'autorisation obtenue, le vendeur augmente le prix de vente de 12 M£ à 20M£
  - les parties arrêtent les négociations
  - l'acheteur demande l'application d'un principe issu de l'Equity (*proprietary estoppel)*: si une personne s'appauvrit en améliorant le bien d'autrui, elle peut être dédommagée si elle prouve avoir agi sur la base des encouragements du propriétaire qui avait exprimé de manière non-équivoque son intention de lui conférer un droit.

Position actuelle au Royaume-Uni
Yeoman's Row Management v. Cobbe (2008)

- Décision Court of appeal
  - l'accord oral couvrait tous les points importants et l'acheteur a commencé à exécuter ses obligations considérant les engagements comme pris de manière ferme et la confirmation du contrat formelle
  - reconnaissance d'un *proprietary estoppel* et indemnisation à hauteur de la moitié de la plus-value du terrain créée par l'obtention de l'autorisation administrative

Position actuelle au Royaume-Uni

Yeoman's Row Management v. Cobbe (2008)

- Décision House of Lords
  - si une partie commence l'exécution d'un contrat qui n'a pas été formellement conclu, elle en supporte les risques
  - l'acheteur a droit à un dédommagement pour ses services et ses dépenses sur base de l'enrichissement sans cause.

La lettre d’intention

Position actuelle en France
Cour d'appel Versailles, 30 juin 2011

- Faits
  - BNP agit comme un fonds d'investissement de proximité, à savoir qu'elle investissait dans des sociétés non cotées
  - signature avec le Groupe Acta d'une lettre d'intention en vue d'un investissement
  - cependant Groupe Acta conclut un contrat d'investissement avec un tiers
  - BNP cherche à engager la responsabilité contractuelle du Groupe Acta au motif du caractère contraignant de la lettre d'intention.

Position traditionnelle en France
Cour d'appel Versailles, 30 juin 2011

- Décision
  - interprétation de la lettre d'intention en fonction du contexte
  - renvoi aux règles d'usage dans le secteur économique concerné, à savoir un guide des bonnes pratiques de « l'Association française des investisseurs en capital » qui ne donne pas de force contraignante à la lettre d'intention

  ↳ aucune faute de part du Groupe Acta

Position actuelle en France
Cour Cassation 6 novembre 2012

- Faits
  - Deux particuliers vendent à la société Baudry Dutour l'intégralité du capital d'une société civile d'exploitation agricole
  - la société du Roi Albert se prétend propriétaire desdites parts ayant signé une convention dans laquelle elle exprimait « son intention d'acquérir l'intégralité des parts composant le capital »
  - cette convention n'est signée que par un des deux associés et la fixation du prix était subordonnée à un nouvel accord de volonté

Position actuelle en France
Cour Cassation 6 novembre 2012

- Décision
  - interprétation de la clause sur le prix des parts sociales
  - le prix n'était, d'après la Cour, ni déterminé ni déterminable
  - pas d'accord définitif ayant la force contraignante d'un contrat
    - ↳ donc il était possible de vendre les parts à un tiers
  - lecture *a contrario*: si le prix avait été déterminable, effet contraignant de la lettre d'intention au même titre qu'un acte de vente
  - les lettres d'intention ne reflètent pas le consentement des parties à la cession projetée

Position actuelle au Royaume-Uni
Charles Shaker v. Vistajet Group Holding SA (2012)

- Faits (concernent la vente d'un avion)

Lettre d'intention:

Seller:	*Airchallenge SA, a VistaJet Group company*
Guarantor:	*VistaJet Group Holding SA*
Purchase Price:	*USD 23,700,000*
Deposit:	*USD 3,550,000*
Final Payment:	*USD 20,150,000*
Cut-Off Date:	*23:59 CET on Thursday 26 August 2010*
Closing:	*Buyer agrees to proceed in good faith and to use reasonable endeavors to agree, execute and deliver the following documents by no later than the Cut-Off Date*

Position actuelle au Royaume-Uni

Charles Shaker v. Vistajet Group Holding SA (2012) - faits (2)

	Seller agrees to refrain from selling the Aircraft to another buyer until the Cut-Off Date, subject to any extension of such date by written agreement of the parties.
Governing law:	*[…]*
Expiry:	*[…]*
Non-binding:	*Other than the provisions relating to the application, payment, refund of the Deposit and the confidentiality provisions hereunder, it is specifically understood and agreed that this Letter of Intent does not constitute a binding agreement upon the Guarantor, Seller and Buyer to enter into the Transaction Documents. Accordingly, the Guarantor, Seller, Buyer shall not be bound to each other or to any third party by any legal or equitable commitment whatsoever, other than as specifically set forth herein. »*

Position actuelle au Royaume-Uni
Charles Shaker v. Vistajet Group Holding SA (2012)

- Demandes
  - la date limite ayant été repoussée à cinq reprises pour permettre de trouver un financement, l'acheteur a voulu récupérer la somme versée à titre de dépôt, invoquant qu'il avait agi de bonne foi et s'était efforcé de trouver un financement et de conclure le contrat final
  - subsidiairement, il a fait valoir qu'il n'avait pas d'obligation d'agir de bonne foi et qu'un accord portant sur le fait de s'efforcer à conclure un contrat n'était pas exécutoire.

Position actuelle au Royaume-Uni
Charles Shaker v. Vistajet Group Holding SA (2012)

- Décision
  - renvoi à l'arrêt *Walford v. Miles* : ce type d'engagement n'est pas exécutoire
  - en plus, la clause de « *non binding* » prévoit expressément qu'il ne peut pas être considéré comme liant les partie
  - la clause obligeant le demandeur à agir de bonne foi n'a dès lors pas de force exécutoire
  - le dépôt de USD 3,550,000 est rendu au demandeur

The Battle of forms

Position actuelle aux Etats-Unis

Marlene Industries Corp. V. Carnac Inc. (1978)

- Faits
  - accord oral portant sur la vente de textiles d'une couleur spécifique, pour une date de livraison fixée et pour un prix convenu.
  - avant la livraison mais après la conclusion du contrat, Marlene (acheteur) a envoyé un « *purchase order* » consistant en une page pré-imprimée avec des espaces blancs remplis avec les caractéristiques spécifiques du contrat
  - stipulation finale qui indiquait que « *this purchase order cannot be superseded by an unsigned contract notwithstanding retention: unsigned contracts, if any, shall be deemed an acknowledgement only.* »
  - simultanément, Carnac a adressé son « *acknowledgement order* » qui incluait une clause d'arbitrage.
  - aucune partie n'a signé le formulaire de l'autre
  - les marchandises ont été livrées, acceptées et partiellement payées
  - un litige est survenu ; Carnac a argumenté que la clause d'arbitrage était applicable, ce que réfutait Marlene.

Position actuelle aux Etats-Unis
Marlene Industries Corp. V. Carnac Inc. (1978)

- Décision en 1ère instance
  - Application de l'Uniform Commercial Code (art. 2-201): entre commerçants, les objections doivent faire l'objet de contestations écrites dans les 10 jours après réception

- Décision de la Cour d'Appel
  - réfute l'applicabilité de l'article 2-201 UCC (problème d'existence d'un contrat)
  - cas de « *battle of forms* »
  - l'article 2-207 UCC doit s'appliquer au cas d'espèce
  - une clause d'arbitrage constitue une modification essentielle qui doit être expressément acceptée