

480888
48440

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

Centre de Droit des Obligations

Les "lettres d'intention"

dans les contrats internationaux

Doc.76/6

Le présent texte représente une synthèse provisoire des discussions d'un groupe de travail constitué de professeurs, de juristes d'entreprises et d'avocats anglais, allemands, belges, français, italiens et suisses. Une version définitive de ce texte sera publiée en 1977 dans la revue Droit et Pratique du Commerce International. Le groupe de travail est animé par le Professeur M. FONTAINE.

Sommaire

	<u>Pages</u>
Introduction	1
<u>I. Les lettres d'intention : études de cas</u>	
 <u>1ère série : contrats définitifs, éventuellement assortis de modalités</u>	
<u>Cas n°1</u> : acceptation d'une offre	5
<u>Cas n° 2</u> : déclaration de patronage	6
<u>Cas n°3</u> : instrumentum à rédiger	8
<u>Cas n° 4</u> : instrumentum à rédiger	8
<u>Cas n° 5</u> : déclaration d'engagement définitif, instrumentum provisoire, clause arbitrale	9
<u>Cas n° 6</u> : condition suspensive	10
<u>Cas n°7</u> : clause d'entrée en vigueur	12
 <u>2ème série : étapes de la négociation</u>	
<u>Cas n°8</u> : intention initiale	14
<u>Cas n°9</u> : protocole relatif aux conditions de contrats de licence et de coopération	15
<u>Cas n°10</u> : protocole relatif à la création d'une industrie automobile	17
<u>Cas n°11</u> : protocole relatif à un programme de production aéronautique intégrée	19
<u>Cas n°12</u> : commandes par tranches successives	20
<u>Cas n°13</u> : derniers détails à régler	21
 <u>3ème série : lettres sans engagement et clauses exonératoires de responsabilité</u>	
<u>Cas n°14</u> : clause "subject to contract"	22
<u>Cas n°15</u> : clause "sans être contractuel"	23
<u>Cas n°16</u> : fausse acceptation d'une offre, clause d'exonération de responsabilité	24
<u>Cas n°17</u> : absence d'engagement, exonération de responsabilité	24
<u>Cas n°18</u> : négociation fictive	26
<u>Cas n°19</u> : absence de pouvoir	26

4ème série : engagements fermes sur certains aspects particuliers de
la négociation

<u>Cas n°20 : engagement d'exclusivité</u>	27
<u>Cas n°21 : engagement de secret</u>	29
<u>Cas n°22 et 23 : engagements relatifs aux délais de négociation</u>	30
<u>Cas n°24 : organisation et remboursement du coût des études préalables</u>	30
<u>Cas n°25 : prise en charge du coût de la négociation</u>	32
<u>Cas n°26 : autorisation d'engager les travaux</u>	33

II. Essai de synthèse juridique

<u>1° Catégories juridiques traditionnelles</u>	36
a) Offre et acceptation	36
b) Promesse de contrat	37
c) Contrats définitifs	38
d) Condition suspensive	38
e) Clause d'entrée en vigueur	39
f) Problèmes des pouvoirs	39
<u>2° Lettres d'intention spécifiques</u>	40
a) Les contrats de négociation	40
b) Principaux problèmes juridiques	45
1) Contenu des contrats de négociation	45
2) Appréciation de la faute	47
3) Recours en cas de manquement fautif	48
1. Intervention de l'arbitre ou du juge	49
2. Evaluation des dommages et intérêts	50
4) Portée des lettres d'intention après la conclusion du contrat.	52

III. Conseils aux négociateurs

Conclusions	56
-------------	----

Projet de chronique sur les "lettres d'intention" dans la négociation des contrats internationaux

L'observation des relations économiques internationales révèle une tendance à la conclusion d'opérations de plus en plus complexes. L'évolution des besoins et des techniques engendre la réalisation de marchés et de travaux d'une ampleur inconnue dans le passé, qui impliquent souvent la collaboration de nombreuses entreprises et dont l'exécution pourra prendre de nombreuses années. On citera à titre d'exemples, les accords relatifs à la construction d'usines clef sur porte, à la production intégrée d'avions civils ou militaires, à la prospection ou à l'extraction de produits du sous-sol terrestre ou marin, à l'approvisionnement à long terme d'entreprises en matières premières, au transfert, à l'échange ou à l'exploitation en commun de technologies nouvelles.

La structure juridique de telles opérations est nécessairement très élaborée. Elle repose souvent sur un ensemble de contrats interdépendants, aux clauses multiples et complexes cherchant à combiner de manière adéquate les dispositions essentiellement "techniques" et les dispositions plus spécifiquement "juridiques".

La négociation de ces contrats est longue et difficile. Entre la première définition des objectifs communs et la signature des accords définitifs doit prendre place un lent processus d'élaboration : études préalables, obtention des concours nécessaires de la part de tiers, par exemple sur les plans du financement et de l'assurance, obtention des autorisations gouvernementales éventuellement requises, mise au point progressive des différents aspects de l'accord entre parties : spécifications, délais d'exécution et de livraison, établissement du prix, clauses de révision ou d'imprévision, garanties de bon fonctionnement, arbitrage des différends, etc... Une telle négociation, et les multiples démarches qui l'accompagnent, peuvent prendre des années. Il n'est même pas rare que les discussions se prolongent au-delà du début de l'exécution du contrat, l'urgence du projet incitant les

parties à entamer sa réalisation avant la mise au point finale des textes contractuels.

Au cours de cette gestation prolongée de leurs conventions, les négociateurs ressentent souvent le besoin de mettre au point une série de documents préparatoires, par exemple pour annoncer au départ les objectifs des pourparlers entrepris, pour faire en cours de route le bilan des résultats déjà acquis, pour préciser certains aspects de la procédure de négociation, pour consacrer l'accord sur l'essentiel une fois qu'il est obtenu, certains détails restant à régler, pour faire savoir à des tiers dont le concours est sollicité quels sont l'objet et les perspectives de la négociation en cours, etc... Parfois ce sont ces tiers, qui, à la demande de l'une des parties, fournissent l'assurance écrite de leur collaboration éventuelle, à l'intention de l'autre partie. Ces documents portent fréquemment le nom de "lettres d'intention", bien que d'autres expressions soient utilisées ("protocole", "letter of understanding", "accord de principe", etc...). La présente chronique a pour objet de s'interroger sur la portée juridique de tels documents, et de fournir quelques conseils aux négociateurs appelés à les rédiger.

Le statut juridique des lettres d'intention est en effet très incertain. Il semble que les auteurs de ces lettres estiment souvent qu'elles ne les obligent encore à rien (bien que l'arrière-pensée soit parfois perceptible d'arracher par contre un engagement du partenaire). A travers la très grande diversité des situations et des formules employées se dégage cependant l'impression que certaines lettres d'intention, ou certaines clauses contenues dans ces lettres, créent déjà des obligations juridiques dans le chef des signataires. La difficulté principale du problème réside dans le fait que quelle que soit la loi applicable, le phénomène de la lettre d'intention n'est guère aperçu par les règles classiques de la formation des contrats. Le droit traditionnel s'est construit à partir de l'observation des contrats très simples de la vie courante, dont la formation est le plus souvent instantanée. Certes, la science juridique a conçu certains raffinements, comme le régime du contrat "entre absents" ou celui des promesses de contrat, ou la théorie de la "culpa in contrahendo", mais

parties à entamer sa réalisation avant la mise au point finale des textes contractuels.

Au cours de cette gestation prolongée de leurs conventions, les négociateurs ressentent souvent le besoin de mettre au point une série de documents préparatoires, par exemple pour annoncer au départ les objectifs des pourparlers entrepris, pour faire en cours de route le bilan des résultats déjà acquis, pour préciser certains aspects de la procédure de négociation, pour consacrer l'accord sur l'essentiel une fois qu'il est obtenu, certains détails restant à régler, pour faire savoir à des tiers dont le concours est sollicité quels sont l'objet et les perspectives de la négociation en cours, etc... Parfois ce sont ces tiers, qui, à la demande de l'une des parties, fournissent l'assurance écrite de leur collaboration éventuelle, à l'intention de l'autre partie. Ces documents portent fréquemment le nom de "lettres d'intention", bien que d'autres expressions soient utilisées ("protocole", "letter of understanding", "accord de principe", etc...). La présente chronique a pour objet de s'interroger sur la portée juridique de tels documents, et de fournir quelques conseils aux négociateurs appelés à les rédiger.

Le statut juridique des lettres d'intention est en effet très incertain. Il semble que les auteurs de ces lettres estiment souvent qu'elles ne les obligent encore à rien (bien que l'arrière-pensée soit parfois perceptible d'arracher par contre un engagement du partenaire). A travers la très grande diversité des situations et des formules employées se dégage cependant l'impression que certaines lettres d'intention, ou certaines clauses contenues dans ces lettres, créent déjà des obligations juridiques dans le chef des signataires. La difficulté principale du problème réside dans le fait que quelle que soit la loi applicable, le phénomène de la lettre d'intention n'est guère aperçu par les règles classiques de la formation des contrats. Le droit traditionnel s'est construit à partir de l'observation des contrats très simples de la vie courante, dont la formation est le plus souvent instantanée. Certes, la science juridique a conçu certains raffinements, comme le régime du contrat "entre absents" ou celui des promesses de contrat, ou la théorie de la "culpa in contrahendo", mais

elle s'avère étonnamment désarmée en présence des multiples péripéties d'une négociation quelque peu complexe.

L'appréciation juridique des lettres d'intention représente donc pour une bonne part l'exploration de terres nouvelles. Elle implique un exercice de réflexion et d'imagination à partir des principes généraux, d'autant plus ardu que ces principes ne sont pas identiques d'un système juridique à l'autre. Les éléments de solution qui seront proposés doivent être accueillis avec un maximum de sens critique ; ils ne constituent que la première ébauche d'une construction juridique dont l'essentiel reste à faire.

x x

x

Quelle a été la méthode suivie par notre groupe de travail "contrats internationaux" dans l'étude des lettres d'intention ?

Une importante documentation concrète a été rassemblée : plus de cent lettres d'intention ou documents analogues. Afin de ne pas préjuger du résultat de nos discussions, aucune sélection n'est intervenue au stade de la collecte ^{de l'}information : tous les documents établis à un stade quelconque d'une négociation et paraissant constituer un jalon dans l'élaboration progressive du contrat définitif ont été retenus, quelle que fût la qualification que les parties leur avaient donnée.

Le travail du groupe a ensuite consisté à tenter de trier ces documents en deux groupes : d'une part ceux qui paraissaient pouvoir être rattachés à des figures juridiques connues (offres de contracter, contrats définitifs, malgré certaines apparences en sens contraire, contrats sous condition suspensive, etc...), d'autre part les "lettres d'intention plus spécifiques, véritable objet de nos recherches. Eclairé par les explications offertes par ceux de ses membres qui avaient fourni les documents - après avoir personnellement vécu les négociations en cause - , le groupe s'est alors interrogé sur les différentes circonstances où

de pareilles lettres étaient rédigées, sur les objectifs qu'elles pouvaient poursuivre, sur la portée juridique que l'on pouvait leur donner, et sur les enseignements concrets à en retirer pour la pratique de la négociation.

La discussion a été particulièrement complexe, en raison du fait que les analyses auxquelles le groupe a procédé ne pouvaient être les mêmes quel que soit le droit applicable. La composition de base du groupe l'a conduit à raisonner le plus souvent en droit français et belge. Mais l'on a tenté de recueillir également les principaux éléments d'une analyse fondée sur le droit anglais. D'une manière plus occasionnelle, les pages qui suivent comporteront aussi certaines allusions à d'autres systèmes juridiques, notamment aux droits allemand, italien et suisse.

x x

x

L'exposé des résultats de nos discussions sera présenté en trois étapes.

En premier lieu, les principales situations rencontrées dans la documentation ^{réunie} seront présentées sous la forme d'études de cas.

La deuxième étape du travail tentera de dégager de l'étude des cas une synthèse théorique de la nature et de la portée juridique des lettres d'intention.

La chronique s'achèvera par un ensemble de conseils pratiques aux négociateurs.

I. Les lettres d'intention : études de cas

Vingt-trois lettres d'intention extraites de notre dossier vont faire l'objet d'autant d'études de cas. Elles paraissent refléter les principales situations dégagées par les discussions du groupe. Après l'exposé de chaque cas (1), un bref commentaire reprendra l'essentiel de nos appréciations. C'est à partir de ces diagnostics partiels que l'on tentera ultérieurement de dégager du sujet une synthèse juridique. Les cas sont regroupés en quatre séries, pour la clarté de l'exposé, mais on n'attachera pas une importance absolue à cette classification : le caractère extrêmement nuancé de la matière s'oppose à trop de rigueur.

1ère série : contrats définitifs, éventuellement assortis de modalités

Les premiers cas discutés ci-dessous illustrent d'abord la constatation qu'une formulation vague ou ambiguë dissimule parfois l'existence d'un accord parfait de volontés, que l'interprète se doit de mettre à jour. On a également repris dans cette première série deux exemples de modalités grevant fréquemment des accords pour le reste définitifs, la condition suspensive et la clause d'entrée en vigueur.

Cas n° 1 : acceptation d'une offre

Exposé. Une lettre intitulée "lettre de commande" est adressée par un ministère à une entreprise de travaux publics. "Nous avons

(1) La longueur de la plupart des lettres d'intention examinées par le groupe fait obstacle à ce que les exemples qui vont être commentés soient intégralement reproduits. On cherchera néanmoins à en fournir une description aussi concrète que possible, fréquemment assortie des citations des passages les plus caractéristiques. Le lecteur désireux de prendre connaissance de diverses lettres d'intention dans leur texte intégral consultera la série d'exemples que nous avons déjà publiés dans Droit et Pratique du Commerce International, 1976, pp. 499 - 509. Lorsqu'un cas commenté ici correspond à l'un de ces exemples publiés, mention en est faite en note.

l'honneur, écrit l'auteur de la lettre, de vous confirmer que vous êtes déclarés adjudicataires des marchés... relatifs à la construction, la fourniture, le montage, les essais et la mise en service de L'adjudication est faite sur la base des prescriptions et des spécifications contenues dans les documents de l'appel d'offres, à savoir..., et aux conditions de votre offre du ..., modifiée et mise à jour conformément au texte du procès verbal de la réunion du ...". La lettre rappelle ensuite le détail des prix convenus, avant d'exposer les conditions du financement. Elle s'achève dans les termes suivants : "Nous vous prions de nous faire parvenir dans un délai de quinze jours un accusé de réception, dûment signé et daté, pour acceptation sans réserves, de la présente commande".

Commentaire. Cette lettre paraît bien constituer l'acceptation d'une offre, c'est-à-dire l'événement qui provoque la formation du contrat définitif. Une négociation a eu lieu, résultant dans une offre finale de la part du soumissionnaire, à laquelle il est fait référence avec précision. La "lettre de commande" accepte purement et simplement cette offre. Il existe cependant une raison d'hésiter : la lettre demande un accusé de réception, "pour acceptation sans réserves". Il s'agit peut-être d'une tentative de transformer en offre ce qui est déjà une acceptation, en vue de reculer la formation du contrat ; une telle tentative, non conforme aux faits, est inopérante. Plus simplement, l'auteur de la lettre souhaite peut-être avoir tous ses apaisements sur les conditions du marché, qui ont évolué au cours des négociations.

Cas n° 2 : déclaration de patronage

Exposé. La société F contracte un emprunt auprès d'une banque. Cette dernière demande et obtient de la société M. qui détient une participation dominante dans F, l'envoi de la lettre suivante : "Nous déclarons par la présente avoir parfaite connaissance des clauses et conditions d'ouverture de crédit conclues entre F et votre banque. Nous vous confirmons notre intention de conserver notre influence au sein de F et de veiller, par tous moyens appropriés, à ce que la situation financière de cette société lui permette de faire honneur à ces engagements qu'elle assume vis-à-vis de votre banque. Il va de soi que nous vous informerons au cas où notre point de vue à ce propos devrait se modifier" (1).

Commentaire. On est en présence d'un document communément appelé "déclaration de patronage", par lequel une société mère manifeste

(1) Compar. l'exemple n° 18 publié dans D.P.C.I., 1976, p. 509.

au profit d'un co-contractant de sa filiale son intention de maintenir son contrôle et son soutien. De l'expérience de plusieurs membres du groupe, l'expression délibérément floue des engagements énoncés ne traduit que le souci de ne pas faire apparaître ces engagements dans les comptes d'ordre de la société mère : cette ambiguïté formelle ne fait pas obstacle à la réalité juridique des obligations assumées. Quelles obligations ? La société mère ne cautionne pas à proprement parler une dette précise, mais elle garantit d'une manière générale la solvabilité de sa filiale. L'engagement est bien contractuel : si la déclaration de patronage s'exprime sous une forme unilatérale, on peut supposer qu'elle fait l'objet d'une acceptation au moins tacite de son destinataire, d'autant plus que ce dernier l'a généralement sollicitée. Que penser de la dernière phrase de la lettre ? Certains ont estimé qu'une telle notification de changement d'attitude ne pourrait intervenir de bonne foi sans le respect d'un certain préavis.

L'analyse qui précède^{de} l'apportée d'une déclaration de patronage, met en évidence un important principe d'interprétation : la terminologie utilisée par les parties est sans incidence, lorsqu'elle est démentie par les éléments de fait (1) (2).

(1) La déclaration de patronage a fait récemment en France l'objet d'un parère du Président de l'Association professionnelle des banques, d'après lequel, constituant "un engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit", elle serait considérée "comme présentant en pratique une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution", du moins lorsqu'elle émane d'une société de renom. L'opinion du groupe va plus loin : l'on y voit un véritable engagement juridique. Le texte de ce parère est reproduit dans le Bulletin de la Caisse Nationale des marchés de l'Etat, 1975, n° 68, pages vertes 85 à 88, avec un commentaire qui paraît concerner la lettre d'intention en général, mais ne traite en fait que de la déclaration de patronage. Le parère est également évoqué par , dans sa chronique parue à la Semaine Juridique, 1976, I, n° 2301 ; on trouvera dans cette chronique quelques suggestions intéressantes de nature à affiner l'analyse juridique de la déclaration de patronage en fonction des circonstances (notamment le recours éventuel à la notion d'obligation naturelle).

(2) Les garanties offertes par une société mère à un co-contractant de sa filiale peuvent s'exprimer de manière beaucoup plus précise, par exemple sous la forme d'un "working capital agreement". Il s'agit d'un contrat revêtu des signatures de la société mère et du co-contractant, par lequel la première, en ordre principal, certifie l'exactitude de la situation financière de la filiale, s'engage à maintenir sa participation et garantit la bonne exécution des obligations de la filiale. L'expression de l'accord n'est cette fois affectée d'aucune ambiguïté.

Cas n° 3 : instrumentum à rédiger

Exposé. Une lettre confirme avec précision l'accord de son signataire sur les différents éléments d'une offre, et se termine par la phrase : "Nous demandons à notre ingénieur - conseil de prendre contact avec vous, dans les meilleurs délais, en vue de la mise au point des documents définitifs des marchés".

Commentaire. Comme dans le cas n° 1, l'on se trouve en présence de l'acceptation d'une offre, c'est-à-dire de la conclusion ferme du contrat. La dernière phrase permet-elle d'en douter ? Certes non. Il ne s'agit plus ici que de dresser l'instrumentum, opération sans incidence sur la formation d'un contrat consensuel. Mais cet exemple permet d'attirer l'attention sur le fait que bien des négociateurs non-juristes s'imaginent à tort que rien n'est vraiment conclu tant qu'un contrat "en bonne et due forme" n'a pas été dressé et signé, et que tout ce qui précède ne peut qu'exprimer des "intentions", même si les partenaires sont bien décidés à y donner suite. Parfois, aussi, les négociateurs sont conscients du fait que l'accord est parfait, mais ils veulent ménager la susceptibilité de leurs conseillers juridiques attitrés chargés d'établir l'instrumentum. Cette méprise, ou cette délicatesse, sont à l'origine d'un certain nombre de documents appelés "lettres d'intention". Bien qu'elles ne revêtent pas encore la forme du document probatoire définitif, ces lettres constatent l'accord complet des parties sur les termes de leur convention, et malgré la qualification qui leur est donnée, elles traduisent la conclusion d'un contrat parfait.

Cas n° 4 : instrumentum à rédiger

Exposé. Une organisme ministériel écrit à une "joint venture" : "this letter is to notify you of the Ministry's intent to award your firm the project for...". sont reprises avec précision les références aux documents antérieurs où s'est progressivement dégagé l'accord des parties sur les conditions du marché. La lettre s'achève par la formule : "Considering this as a letter of intent to start your preparation for commencing the works, we request you to delegate an authorized representative to sign the contract documents which are now being prepared ; and to submit the contract final guarantee in accordance with the provisions of the Contract documents".

Commentaire. Comme dans le cas n° 3, on est probablement en présence d'une acceptation donnant naissance à un contrat définitif, seule la mise au point d'un instrumentum restant à régler. Le destinataire de la lettre est déjà invité à fournir la garantie prévue au contrat. Le doute peut cependant surgir du fait qu'il n'est question que d'une "intention" du Ministre, et que le document se qualifie lui-même de "letter of intent". Le groupe estime cependant que les termes employés ne sont pas déterminants, si le contexte révèle clairement une situation différente (compar. le cas n° 2). L'"intention" du Ministre équivaut en réalité à un consentement, et cette prétendue lettre d'intention constitue l'acceptation définitive du contrat.

Cas n° 5 : déclaration d'engagement définitif, clause arbitrale

Exposé. Une société écrit à une autre pour "confirmer les agréables entretiens... au cours desquels ont été négociées diverses conventions", dont l'énumération est rappelée. La lettre poursuit : "Il nous reste à matérialiser par divers contrats les modalités définitives de nos accords qui forment un tout, et nous attendons vos propositions de textes telles qu'elles résulteront de l'avant-projet que nous vous avons remis et des divers documents déjà échangés. Cependant, ainsi qu'il a été convenu de commun accord, la présente lettre constitue notre accord sur les conditions essentielles des contrats restant à spécifier, et de part et d'autre, nous sommes définitivement engagés et passons dès à présent à l'exécution, nous, en vous faisant effectuer les premiers paiements et vous, en commençant vos études". Vient alors un rappel des principaux éléments des accords intervenus. Ensuite, "les divers documents échangés au cours de nos entretiens constituent l'esprit des contrats qui seront précisés à bref délai. Au cas où des difficultés surgiraient entre nous pour la mise au point définitive des contrats, nous vous proposons, au cas où nous ne pourrions nous mettre d'accord, de nous référer à l'arbitrage de la C.C.I. à Paris". L'auteur de la lettre demande finalement au destinataire de lui en renvoyer le double signé pour accord.

Commentaire. Ici également, il ne reste plus qu'à dresser un instrumentum de conventions déjà conclues. L'existence d'un engagement définitif est explicitement affirmée et l'exécution des contrats commencera sans plus attendre. La lettre en cause constitue une invitation à confirmer l'accord sur les éléments essentiels de ces conventions, afin de constituer un instrumentum provisoire. On

relèvera l'intéressante clause d'arbitrage relative aux divergences éventuelles lors de la mise au point des textes définitifs (1).

Cas n° 6 : condition suspensive

Exposé. Les sociétés A et B établissent un document reprenant les différents éléments de l'accord intervenu au terme des négociations. Elles précisent que "les engagements découlant de la présente lettre d'intention sont sujets à l'approbation des autorités compétentes (des deux pays en cause)" (2).

Commentaire. Il s'agit en principe d'un contrat conclu sous condition suspensive. En droit français, un tel contrat est réputé exister "en germe" tant que la condition ne se réalise pas. Si la condition se réalise, le contrat produit ses effets rétroactivement à la date de sa conclusion. Si la condition ne se réalise pas, rien n'est censé avoir jamais eu lieu. L'événement constitutif de la condition doit être un événement futur et incertain ; la condition suspensive ne peut être purement potestative, c'est-à-dire dépendre de la seule volonté de celui qui s'oblige (art. 1174 C.Civ.). Un document qui constaterait l'accord sur certains points d'une négociation, subordonné à l'accord ultérieur des mêmes parties sur d'autres points, ne pourrait pour cette raison être analysé comme un contrat sous condition suspensive (3).

Le cas n° 6 fournit un exemple d'une situation très fréquente. De nombreux contrats internationaux doivent être approuvés en tout ou en partie par les pouvoirs publics des pays intéressés. La nécessité d'obtenir ces autorisations met une condition suspensive à la pleine efficacité de l'accord intervenu entre les parties. Il s'agit bien en principe d'événements futurs et incertains, et ne dépendent pas exclusivement

répondant à la notion de condition suspensive, puisqu'ils sont

(1) L'intervention d'arbitres à l'occasion de la formation de contrats a fait l'objet d'une communication de E. Baglioni et G. d'Amely Melodia au IVème Congrès international de l'arbitrage (Moscou, 1972) ; elle retient actuellement l'attention de la Chambre de Commerce Internationale. On fera le rapprochement avec l'évolution du rôle de l'arbitrage relevée dans notre chronique sur les "clauses de hardship", D.P.C.I., 1976, pp.36-40 (pp.76-80 de la trad. anglaise).

(2) Compar. l'exemple n° 17 publié dans D.P.C.I., 1976, p.509.

(3) L'analyse n'est pas absolument la même dans chaque droit, notamment en ce qui concerne l'effet rétroactif de la condition réalisée. Mais l'institution même de la condition suspensive constitue partout une figure juridique bien connue. C'est la "condition precedent" du droit anglais et la "aufschiebende Bedingung" du droit allemand. On notera cependant que le droit allemand fait un régime spécial, distinct de celui de l'acte sous condition suspensive, à l'acte soumis à autorisation (Einwilligung) ou à approbation (Genehmigung) (BGB §§ 182 - 185)

de la volonté de celui qui s'oblige.

On nuancera cependant cette affirmation.

En premier lieu, lorsque l'autorisation doit être obtenue auprès des autorités d'un pays dont le co-contractant en cause est lui-même une entreprise publique, il ne paraît pas toujours évident que les volontés de l'entreprise et de l'organisme gouvernemental soient absolument distinctes.

Ensuite, d'une manière générale, les chances d'obtenir les autorisations requises dépendent en partie de la manière dont les demandes sont introduites, et le groupe s'est demandé si les signataires d'un contrat grevé d'une telle condition suspensive n'assumaient pas à cet égard l'obligation d'agir avec diligence en vue d'obtenir ces autorisations (respect des délais, des formalités, etc...). On a évoqué des expériences de co-contractants peu scrupuleux trouvant dans le refus d'approbation, qu'ils avaient eux-mêmes suscité, le moyen de provoquer la renégociation du contrat, ou la rupture des relations contractuelles. En vue de prévenir pareille situation, certains contrats soumis à autorisation énoncent explicitement l'obligation des partenaires en cause de mettre tout en oeuvre pour obtenir les approbations requises (1) ; la stipulation d'une clause pénale serait même concevable dans certains cas. Le refus de l'autorisation empêcherait de toute façon la réalisation de l'affaire, mais la responsabilité du co-contractant négligent serait engagée envers son partenaire.

Enfin, les réglementations applicables peuvent traiter l'autorisation requise comme une exigence essentielle de la formation du contrat, de manière à en faire un contrat solennel. Dans ce cas le contrat n'est formé qu'au moment de l'autorisation ; auparavant, il n'existe même pas "en germe". Mais on peut également estimer ici que l'engagement existe déjà à charge des parties de mettre tout en oeuvre en vue d'obtenir l'autorisation requise.

(1) Voir l'exemple n° 6 publié dans D.P.C.I., 1976, pp.502-503, clause n° 6.

Les autorisations gouvernementales ne sont évidemment pas les seuls exemples possibles de conditions suspensives pouvant grever la pleine efficacité de contrats internationaux. Celle-ci peut encore dépendre, par exemple, de l'obtention du financement adéquat, ou de la conclusion d'un contrat complémentaire avec un tiers (compar. infra, cas n° 11).

Cas n° 7 : clause d'entrée en vigueur

Enoncé. "The contract will only come into force when following conditions have been fulfilled : a) Approval of the contract by the competent (governmental) authorities... not later than 60 days after the date of signature of this contract ; b) Receipt by the supplier of the down payments mentioned throughout article 13 not later than 60 days after the date of signature of this contract ; c) Receipt by the investor of the performance bond as mentioned in article III, within 60 days after the date of signature of this contract... Each postponement of one of the dates mentioned in paragraphs a, b and c will result in a postponement , with at least the same period, of the dates of putting into successful trial operation of the exchange ordered" (1).

Commentaire. Comment analyser cette clause dite d'"entrée en vigueur" ("coming into force") ?

Le littéra a reprend une condition suspensive analogue à celle du cas n° 6. Mais un terme est prévu pour la réalisation de cette condition. Qu'en est-il si la condition n'est pas réalisée au terme prévu ? On pourrait en d'autres circonstances l'assimiler alors à une condition défaillante, anéantissant le contrat dès l'origine. Certains contrats internationaux adoptent un tel mécanisme. Ici, l'effet prévu est moins radical : l'échéancier prévu pour l'exécution du contrat subira un retard correspondant à celui de l'obtention de l'autorisation. Mais pour le surplus, lorsque l'autorisation sera obtenue ou refusée, on appliquera le régime normal de la condition suspensive.

(1) Cette lettre a été publiée dans D.P.C.I., 1976, p. 508 (exemple n° 14).

Quant aux événements visés aux littera b et c, ils ne constituent plus des conditions suspensives. En effet, ces événements consistent en l'exécution de certaines des obligations contractuelles ; or, l'objet même du contrat ne peut être mis in conditione. Il s'agit plutôt de clauses organisant l'interdépendance entre les obligations réciproques, certains effets du contrat étant suspendus tant que les obligations prévues en b et c ne sont pas exécutées, comme le précise la dernière phrase du texte. Bien que cette dernière phrase organise un régime identique en cas de retard dans la réalisation de la condition ou dans le paiement de l'acompte ou le dépôt de la garantie, la différence entre le premier littera et les deux derniers apparaît lorsque les événements en cause, au lieu d'être simplement différés, ne se produisent pas : la défaillance de la condition met fin au contrat, sans ouvrir de recours entre les parties (sauf dans la situation évoquée au cas n° 6 où l'un des partenaires aurait provoqué la défaillance de la condition), tandis que l'inexécution des obligations prévues en b et c peut déclencher la mise en oeuvre des actions en responsabilité contractuelle (1).

Les clauses d'entrée en vigueur peuvent être construites selon de nombreuses variantes. Certaines d'entre elles, par exemple, recourent au mécanisme de la condition résolutoire : le contrat entre en vigueur au jour de sa signature, sous réserve que tels ou tels événements (l'obtention d'une autorisation, la fourniture d'une garantie, etc...) soient réalisés endéans un certain délai après la signature. Une analyse attentive du mécanisme mis en place est toujours nécessaire.

(1) Au sujet des conditions suspensives d'autorisations étatiques et des clauses d'entrée en vigueur, cf. d'autres exemples et le commentaire de Philippe KAHN, dans Le Contrat économique international (travaux des VIIèmes Journées d'études juridiques Jean Dabin de l'Université de Louvain), Bruxelles et Paris, 1975, pp. 189-193.

2ème série : étapes de la négociation

Les cas qui vont être à présent décrits permettent d'aborder le domaine le plus caractéristique des lettres d'intention, celui du jalonnement progressif d'une longue négociation, depuis la déclaration initiale de principe jusqu'au bilan détaillé des résultats acquis de pourparlers presque achevés. Quelle peut être la portée juridique de tels documents ?

Cas n° 8 : intention initiale

Enoncé. La firme A écrit à la firme B : "Après examen des documents que vous nous avez communiqués et suite aux différents entretiens que vous avez eus avec notre ingénieur des télécommunications..., nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande d'un commutateur téléphonique de type... Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne constitue en aucune façon une commande " (1).

Commentaire. A première vue, on est en présence d'une pure déclaration d'intention, exclusive de tout engagement juridique. La seconde phrase paraît même le confirmer expressément. Pourquoi écrire une telle lettre ? La petite histoire révèle qu'elle a été envoyée à la demande du négociateur de la firme B, soucieux de faire valoir auprès de ses dirigeants l'intérêt qu'il avait réussi à susciter dans le chef de ses interlocuteurs de la firme A.

Plusieurs membres du groupe, raisonnant en droit français, ont néanmoins estimé que l'envoi d'une telle lettre pouvait avoir des conséquences juridiques si A ne devait finalement pas passer la commande avec B. Malgré l'ambiguïté des termes employés, certains ont cru déceler dans la lettre une affirmation du sérieux des négociations entreprises, de nature à faciliter la preuve d'une faute au moins délictuelle en cas de rupture ultérieure non justifiée. D'autre part, cette lettre n'implique-t-elle pas au moins l'approbation des qualités techniques

(1) Cette lettre a été publiée dans D.P.C.I., 1976, p. 500 (exemple n° 1).

du matériel ? De l'avis de ces membres, la rédaction d'une telle lettre aurait dû être plus prudente, en se bornant par exemple à confirmer l'intérêt ressenti à l'égard du matériel, sans parler d'"intention de passer éventuellement commande" (compar. infra, le cas n° 15). De l'avis des membres anglais du groupe, il semble par contre que sous l'empire de leur droit, une telle lettre n'aurait vraiment aucune portée juridique.

Cas n° 9 : protocole relatif aux conditions de contrats de licence et de coopération.

Enoncé. Les matériels X et Y sont les composantes d'un ensemble Z. La firme A est spécialisée dans la fabrication du matériel X, et la firme B dans celle du matériel Y. Des négociations sont engagées, en vue de la conclusion d'accords de licence réciproques, ainsi que de conventions de collaboration relatives à la fabrication, au montage et à la fourniture de l'ensemble Z. Quelque temps après le début des pourparlers, les parties font le point dans un "protocole relatif aux matériels X et Y entre les sociétés A et B". Y sont précisées "les conditions d'une participation de B à l'accès aux informations de conception et fabrication du matériel X (conception A)". Ces conditions consistent d'abord dans l'accord de B de signer les quatre accords dont la conclusion devra intervenir : deux accords de licence et deux accords de coopération. Le protocole précise ensuite quelles seront les participations de A et B en ce qui concerne le matériel Y. L'article 5 pose enfin le principe selon lequel les accords respectivement relatifs aux matériels X et Y devront être équilibrés, c'est-à-dire que :

- a) les quote-parts des fournitures cédées par chaque firme à l'autre seront en principe les mêmes pour les deux types de matériels ; b)
- les redevances de licence seront les mêmes et les autres conditions similaires ; c) les dates de début et de fin de chaque contrat seront les mêmes (1).

Commentaires. Ce "protocole" a été signé par des partenaires bien décidés à faire aboutir leurs négociations. Les contrats envisagés

(1) D'autres dispositions de ce protocole, non reprises ici afin de décanter la présentation du cas, exprimaient les engagements pris par les parties quant à l'obtention des autorisations nécessaires (voir plus haut, cas n° 6) et quant au caractère confidentiel des informations échangées (voir plus bas, cas n° 21). Le texte intégral du protocole a été publié dans D.P.C.I., 1976, pp. 502 - 503 (exemple n° 6).

ont d'ailleurs été conclus dans la suite. Le but poursuivi était de consacrer l'accord déjà intervenu sur l'interdépendance des conventions futures et sur le principe de leur équilibre nécessaire (art. 5). Le protocole fixe également un autre point déjà acquis, celui des pourcentages des participations respectives en ce qui concerne le matériel Y.

Quelle peut être la portée juridique d'un tel "protocole" ? Il ne constate manifestement pas la conclusion des contrats de licence et de coopération, dont seuls le principe et l'esprit général sont prévus à ce stade. La négociation de ces contrats est sérieusement entamée, ce qui distingue d'une manière nette ce cas n° 9 du précédent, mais presque toutes les clauses sont encore indéterminées.

Dans l'analyse classique de la formation des contrats, qui ne donne en principe aucune portée juridique à toutes les phases des pourparlers antérieures à l'offre, une rupture de la négociation ne peut donner lieu à indemnité que si elle survient dans des circonstances spéciales révélant une faute aquilienne (1). Ce serait par exemple le cas s'il était démontré que le partenaire ayant rompu n'avait jamais eu l'intention sérieuse de déboucher sur un accord, et qu'il avait néanmoins, par son attitude trompeuse, incité sa contrepartie à consacrer à la négociation d'importants et coûteux efforts. Dans cette perspective, l'on peut estimer que le fait d'avoir signé le protocole ci-dessus pourrait contribuer à l'établissement d'une faute délictuelle dans le chef de celui des partenaires qui, ultérieurement, viendrait à se dérober à la légère.

Mais en présence d'un tel document, consacrant aussi nettement l'accord des parties sur certains éléments importants de leurs futurs accords déjà acquis au terme d'une première phase des négociations, ne peut-on faire un pas de plus et considérer que l'on est déjà en présence d'un engagement contractuel ?

(1) Telle est tout au moins la solution applicable en droit français et en droit belge ; pour un aperçu plus large du droit comparé, cf. la synthèse juridique infra.

L'objet de ce contrat ne serait évidemment pas celui des contrats à venir, dont la plupart des clauses restent à construire. Ce contrat aurait précisément pour contenu d'obliger les négociateurs, dans la suite des pourparlers, à ne plus remettre en cause les premiers éléments d'accord déjà intervenus. Peut-on ajouter que les parties assumeraient aussi l'engagement implicite de poursuivre de bonne foi leur négociation en vue d'aboutir à un accord sur les points restant à régler ? Mais comment apprécier la "faute" à cet égard ? D'autre part, quels seraient les critères de calcul des dommages et intérêts ? On cherchera à dégager progressivement des éléments de réponse à ces questions, à travers les cas suivants, puis dans l'essai de synthèse juridique qui sera ensuite proposé.

Cas n° 10 : protocole relatif à la création d'une industrie automobile

Enoncé. Un constructeur d'automobiles conclut avec un Etat étranger un "protocole d'accord cadre". Le préambule de ce document constate le souhait de l'Etat de promouvoir la création et le développement d'une industrie automobile sur son territoire, et celui du constructeur de produire ses véhicules dans le pays en cause. "Les deux parties se sont mises d'accord sur la nécessité d'atteindre les plus hauts volumes de production et de valeur ajoutée locale, le constructeur développant les installations nécessaires et l'Etat accordant, dans le cadre des conventions internationales de commerce, les protections nécessaires pour donner aux véhicules produits localement un avantage de prix décisif sur les véhicules importés. Les deux parties, à la suite de négociations, sont convenues d'établir un accord définitif, dont le cadre est résumé par les dispositions suivantes qui engagent les deux parties".

La suite du protocole comporte une dizaine de pages, dont l'essentiel du contenu peut être résumé comme suit. L'objet de l'accord définitif sera la création et le fonctionnement d'un complexe industriel pour la production de voitures, à l'aide de pièces importées du pays du constructeur, et ensuite progressivement à l'aide de pièces fabriquées sur place, sous licence, ou achetées à des fournisseurs locaux. Une société anonyme locale sera constituée en vue notamment d'acquérir les pièces, d'assembler les véhicules et de les vendre. Le montant du capital est prévu, ainsi que les pourcentages respectifs des participations locales (dont celle de l'Etat) et étrangères (dont celle du constructeur). Des dispositions prévoient déjà les grandes lignes de l'accord définitif en ce qui concerne les volumes de production et les pourcentages de valeur ajoutée locale. Les modalités selon lesquelles sera favorisé le développement de la fabrication des pièces locales sont précisées. En rémunération de la concession par le constructeur d'une licence exclusive et de l'apport de son assistance technique pour la fabrication progressive des pièces, la nouvelle société lui paiera une

redevance qui sera définie dans l'accord définitif ; le protocole précise déjà quelques éléments de calcul. Le financement de la nouvelle société fait l'objet de quelques dispositions, qui comprennent notamment une estimation du montant nécessaire à la construction de l'usine, et des parts de ce montant qui seront financées respectivement par la nouvelle société, par un emprunt étranger et par un emprunt local. Il est ensuite stipulé qu'un accord définitif devra être signé dans les quatre mois pour établir les engagements du constructeur, qui font dans le protocole l'objet d'une simple énumération de têtes de chapitres (par exemple "licences et know how", "sélection des pièces locales", "formation du personnel", "prix", etc...). L'Etat s'engage de son côté à accorder à la nouvelle société diverses protections, également énumérées ("exclusivité de la coproduction", "expropriation du terrain", "exonération de droits de douane", etc...). Le protocole s'achève sur un calendrier de la suite des opérations : études, signature de l'accord définitif, constitution de la nouvelle société, signature des contrats de licence.

Commentaire. Les signataires du protocole voyaient dans celui-ci la consécration de leur accord sur l'"enveloppe économique" de l'opération envisagée, dont il restait à établir le "contenu juridique". Il fallait également encore obtenir certains concours financiers extérieurs, dont le protocole, publié dans le journal officiel du pays du constructeur, allait d'ailleurs faciliter la recherche. L'"accord définitif", auquel le protocole fait constamment allusion, a été signé dans la suite ; certaines circonstances en ont cependant empêché l'exécution.

Malgré cette opposition apparemment ressentie entre le caractère "économique" du protocole et le caractère "juridique" des conventions restant à établir, il semble bien que ce protocole comportât déjà des engagements juridiques à charge des deux parties. Le préambule dit d'ailleurs expressément que "les dispositions suivantes... engagent les deux parties". Sur le plan formel, le protocole a été dressé en deux exemplaires et signé par chacune des parties.

Comme dans l'exemple précédent, l'accord intervenu ne se confond pas avec l'accord définitif, dont bien des stipulations sont encore indéterminées. Mais on peut estimer que ce document, qui fait d'une manière très précise le point des négociations, en reprenant le détail des résultats acquis, et en prévoyant le calendrier de la mise au point définitive des actes juridiques nécessaires, engage au moins les parties à ne plus remettre en cause ce qui fait déjà l'objet de l'accord, à respecter l'échéancier des négociations à

venir, et à agir de bonne foi afin que ces négociations aboutissent. L'analyse proposée est la même qu'à propos du cas précédent : elle paraît s'imposer a fortiori, en présence d'un stade apparemment plus avancé des négociations : l'exemple n° 13 est déjà très détaillé sur les différents points du contenu futur de l'accord en voie d'élaboration (1).

Cas n° 11 : protocole relatif à un programme de production aéronautique intégrée

Enoncé. Plusieurs firmes de divers pays décident de collaborer en vue de réaliser un programme de production intégrée en matière aéronautique. L'une d'entre elles négocie les conditions du marché global avec un Etat, lui-même mandataire d'un groupe d'Etats désireux de passer la commande. Entre les différentes firmes interviennent une série de "protocoles" (l'expression "memorandum of understanding" est aussi fréquente), qui jettent les bases de leur coopération éventuelle si la négociation principale aboutit. Les protocoles prévoient les grandes lignes des obligations qui seront réciproquement assumées, mais de nombreux éléments restent indéterminés, car ils seront fonction du contenu de l'accord à intervenir entre l'Etat négociateur et la firme "maître de l'ouvrage".

Commentaire. Cet exemple illustre une autre situation donnant lieu à l'établissement de documents constatant l'accord des parties sur les grandes lignes de leurs futurs contrats, dont le contenu précis reste cependant à établir en de nombreux points. Mais ici, l'achèvement de la construction contractuelle ne dépend pas en premier lieu de la suite des négociations entre parties ; elle est principalement subordonnée au résultat d'une autre négociation, menée par l'un d'elles avec un tiers. On peut estimer que les engagements impliqués par ces protocoles sont ceux de ne pas remettre en cause les bases convenues, sauf dans la mesure qui serait rendue nécessaire par le contenu final de l'accord entre l'Etat et le maître de l'ouvrage, et de mener à leurs termes les négociations particulières en fonction des résultats de la négociation principale.

(1) Un rapprochement est sans doute possible entre des accords tels que ceux exposés aux cas n° 9 et 10 et les "protocoles" souvent conclus lors de la négociation de fusions de sociétés (cf. G. BAUDIEU, Protocoles et traités de fusion, Paris, 1968).

L'hypothèse ne se confond pas avec celle d'un accord qui serait conclu sous la condition suspensive de la conclusion d'un autre accord avec un tiers (compar. supra le cas n° 6, où il s'agissait de la condition suspensive d'une autorisation gouvernementale). Un contrat sous condition suspensive est parfait dans tous ses éléments, sous réserve de la condition. Ici de nombreux aspects des futurs rapports contractuels restent indéterminés au stade du protocole, car ils ne pourront être précisés qu'après la conclusion du contrat principal.

Les protocoles marquent ici une étape de la mise en place progressive d'un réseau de contrats, qui s'élaborent les uns en fonction des autres, et ne pourront atteindre tous leur plein épanouissement qu'après la conclusion du principal d'entre eux.

Cas n° 12 : commandes par tranches successives

Enoncé. Dans le cadre de la réalisation d'un vaste programme de production aéronautique, une firme adresse à un sous-traitant une "commande" libellée comme suit : "La présente commande a pour objet l'exécution d'une première tranche de 30 ensembles... dont la commande vous a été passée par notre lettre du ..., et d'une seconde tranche de 55 ensembles ... destinés aux avions... commandés à notre société par (tel pays). Seule la première tranche est commandée ferme. La réalisation de la seconde tranche est subordonnée à une commande de notre société qui fera l'objet, soit d'un avenant à la présente commande, soit d'une commande séparée".

Commentaires. Le cas est d'abord présenté en vue d'illustrer l'existence fréquente de documents précontractuels mal rédigés au point d'en devenir incompréhensibles. La lettre ci-dessus contient manifestement une contradiction en ce qui concerne la seconde tranche, d'abord présentée comme faisant aussi l'objet de la "présente commande", ensuite décrite comme devant faire l'objet d'une commande ultérieure éventuelle. On ne saurait trop insister sur l'importance qu'il y a, dans des documents dont la portée est déjà tellement délicate, à éviter de pareilles confusions.

Si l'on fait abstraction de la rédaction défailante de cette lettre, on se trouve en présence, d'après les explications fournies

au groupe de travail, d'une demande ferme concernant la première tranche de travaux, et de l'annonce de la commande probable de la seconde tranche. Les conditions de la seconde commande ne seront pas nécessairement les mêmes que celles de la première ; des modifications pourront être négociées en cas de changement de certaines circonstances, par exemple du niveau des salaires.

Ce cas fournit un exemple d'une autre situation fréquente où se manifeste le phénomène de la lettre d'intention. Dans le cadre de relations à long terme, l'envoi d'une commande ferme est souvent accompagné d'une déclaration d'intention relative aux tranches suivantes dont l'exécution dépendra des marchés que conclura lui-même dans l'avenir l'auteur de la première commande (1). Parfois, aussi, l'ensemble fait l'objet d'une commande globale, mais il est convenu que les conditions des livraisons successives seront négociées à des intervalles périodiques. L'indétermination de conditions essentielles de ces commandes à venir empêche qu'elles puissent déjà être considérées comme conclues. Le groupe estime cependant que les intentions exprimées quant aux tranches futures entraînent ici encore l'obligation d'en négocier de bonne foi les conditions.

Cas n° 13 : derniers détails à régler

Enoncé. La firme A adresse à la firme B le telex suivant: "Thank you for your telex of 13 th August. We have the intention to award the ... project to you and thus request you to send authorized representatives immediately to discuss and finalize details and consequently sign the contract. Best regards".

Commentaires. Par rapport aux cas précédents, on atteint ici un stade encore plus avancé des négociations. L'essentiel du contrat est acquis. Il ne reste plus que des détails à régler, et les parties ne doutent plus de la possibilité d'un accord rapide.

(1) On rapprochera de cette situation la pratique des "contrats-cadres", fréquents notamment en matière d'approvisionnement en produits sidérurgiques, où les parties conviennent d'organiser sur une base contractuelle des relations d'affaires de longue durée (exclusivité ou priorités, informations réciproques, principes régissant l'établissement des prix, ordres de grandeur, ou minima de fournitures, qualités, délais de livraison, etc...), chaque fourniture individuelle devant cependant faire l'objet d'une négociation particulière (afin d'en déterminer notamment les quantités et prix), en conformité avec les règles établies dans le contrat-cadre. Les contrats à venir ne sont évidemment pas formés au stade de la conclusion du contrat-cadre, mais celui-ci impose des obligations précises qui lieront les parties lors de la négociation de ces futurs contrats. Comp. aussi les accords de spécialisation et d'achat et de vente en commun autorisés sous condition par la Haute Autorité de la CECA le 15 juin 1967 (Journ. Off. Comm. Eur., 1967, pp. 2512-2517).

Par l'échange de ces téléx, les parties s'engagent sans doute à ne plus remettre en cause les résultats acquis, et à mettre tout en oeuvre pour régler de commun accord les derniers détails afin d'aboutir à la conclusion du contrat définitif.

On peut même se demander si, à ce stade ^{où} toutes les clauses essentielles ont déjà l'objet d'accords, et malgré l'emploi de l'expression "we have the intention to award the ... project to you", le contrat définitif n'est pas déjà conclu. Le cas n'est pas très différent des n° 3 et 4, où ils ne restait plus qu'à rédiger l'instrumentum. La seule différence résiderait dans le fait que quelques derniers détails sont encore en suspens. Mais certains systèmes juridiques considèrent que le contrat est réputé conclu dès que l'accord est acquis sur les points essentiels ; on y reviendra dans notre essai de synthèse.

3ème série : lettres sans engagement et clauses exonératoires de responsabilité

Dans la deuxième série de cas, la plupart des documents examinés ont paru au groupe de travail engager contractuellement les signataires à poursuivre la négociation de bonne foi, sans remettre indûment en cause les résultats acquis. Il arrive cependant que des documents d'un contenu analogue appellent une analyse différente, soit parce que la lettre écarte expressément tout engagement contractuel, soit parce qu'en raison de circonstances spéciales ou de l'absence de pouvoirs d'un des auteurs du document, aucune obligation contractuelle ne soit concevable.

Cas n° 14 : clause "subject to contract"

Exposé. Le mandataire de l'acquéreur éventuel d'un immeuble écrit au propriétaire pour lui confirmer les bases de l'accord intervenu lors d'une conversation téléphonique. Différentes conditions sont énumérées, dont la principale est la suivante : "The freehold of the entire property is to be purchased at a price of £ 185,000, subject to contract" (1).

(1) compar. l'exemple n° 8, publié dans D.P.C.I., 1976, pp.503-504.

Commentaire. La clause "subject to contract", en droit anglais, a pour objet de priver le texte qu'elle accompagne de toute portée juridique. Son efficacité est reconnue. Aucun engagement contractuel ne peut naître d'un document comportant cette clause. Les termes sont consacrés (on rencontre parfois l'expression plus complète "subject to contract and survey"), mais le même effet peut être obtenu par l'emploi d'une locution traduisant expressément l'intention de n'assumer aucun engagement juridique, de se situer en dehors du droit. En droit anglais, l'insertion de telles formules écarte donc tout doute quant à la portée des documents rédigés au cours de la négociation. En est-il de même dans d'autres systèmes juridiques ? Plusieurs membres du groupe estiment que sur le continent, tout comme les tribunaux rectifient les qualifications juridiques inexactes des parties, la tendance serait de négliger la volonté exprimée de se situer en dehors du droit si la situation créée présente toutes les caractéristiques d'une situation juridique. Ne doit-on cependant pas distinguer les cas où l'absence apparente de tout engagement juridique résulte d'une formulation maladroite, ambiguë ou erronée de la volonté des parties (cf. supra, les cas n° 1 à 4), de ceux où le rédacteur du document se situe délibérément et expressément en dehors du droit ?

Cas n° 15 : clause "sans être contractuel"

Exposé. Une négociation est engagée relativement à l'achat d'une participation majoritaire dans plusieurs sociétés. L'acquéreur éventuel écrit à son partenaire : "Nous avons l'honneur de vous confirmer que nous sommes intéressés par la possibilité d'acheter une participation majoritaire qui pourrait aller jusqu'à un maximum de ...% dans les sociétés suivantes : ...". La lettre évoque le prix global de l'opération, mais "comme nous ne connaissons pas encore bien les sociétés en question", aucun achat n'est envisagé avant la fin de l'année. Toutefois pourraient intervenir directement une prise en location-gérance et une promesse de vente. "Nous aurions, bien sûr, à discuter les détails de tous ces documents... ; mais si notre proposition vous semble être une base pour des négociations, nous vous prions de bien vouloir nous retourner le double de la présente lettre revêtue de votre signature, qui doit être précédée de la mention "Bon pour lettre d'intention seulement, sans être contractuel".

Commentaires. Ce cas illustre un essai de transposition dans un texte régi par le droit français de la clause "subject to contract", dont il a été question au cas n° 14. Tel est l'objet de la formule finale "Bon pour lettre d'intention seulement, sans être contractuel". L'efficacité d'une clause paraît ici confirmée par la rédaction très prudente du reste de la lettre, et la grande indétermination qui pèse encore sur de nombreux aspects de l'opération envisagée.

On comparera cette formulation étudiée avec celle du cas n° 8, discutée plus haut ("Nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande...").

Cas n° 16 : fausse acceptation d'une offre, clause d'exonération de responsabilité

Exposé. Une "letter of award" est rédigée dans les termes suivants : "We hereby inform you that your company has been awarded by our organisation with an order for equipment, as described in your tender. As some inconsistencies exist between your proposal and our requirements, we kindly invite you to review the technical aspects and contract terms with us. In case no agreement is reached on all terms and no contract is signed before ..., we reserve the right to cancel this award, without any right for indemnisation from your part" (1).

Commentaires. Dans les cas n° 1 et 3, en dépit d'apparences contraires, le groupe a chaque fois estimé se trouver en présence d'acceptations d'offres, et par conséquent d'assister à la conclusion de contrats définitifs. Ici la situation est inverse. La première phrase de la lettre ci-dessus semble bien constituer l'acceptation de l'offre. Mais le démenti apparaît à la phrase suivante : la rencontre des volontés n'est pas parfaite, et par conséquent le contrat ne peut encore être conclu. Les pourparlers sont donc toujours en cours.

La netteté de la première phrase n'en entraîne-t-elle pas cependant certaines obligations à charge de l'auteur de la lettre ? La clause d'exonération de responsabilité de la finale mérite ici d'être mise

(1) Cette lettre a été publiée dans D.P.C.I., 1976, p.508 (exemple n°15).

en évidence. Cette clause illustre une autre technique possible pour affecter la portée juridique d'un document précontractuel. A côté des clauses rejetant l'application même du droit (cf. les cas n° 14 et 15), d'autres stipulations peuvent se borner à limiter ou écarter la responsabilité de l'une ou l'autre des parties en cas de rupture des négociations. On notera qu'ici la clause ne peut être invoquée qu'en cas de rupture après un certain délai. Le groupe estime d'autre part, conformément au droit commun, une telle clause ne pourrait jouer en cas de rupture dolosive des négociations.

Cas n° 17 : absence d'engagement , exonération de responsabilité

Exposé. A écrit à B : "Comme suite à nos précédents entretiens, nous vous confirmons que nous envisageons d'examiner vos propositions concernant la vente des participations majoritaires que vous détenez dans les sociétés suivantes ...". Les bases de l'opération sont rappelées : prix, réalisation en trois étapes. "Il est bien entendu qu'en ce qui concerne notre société, aucune décision n'a été prise relativement à cette acquisition, une telle décision étant subordonnée à diverses considérations d'opportunité... Il est en outre entendu que dans l'hypothèse où nous ne donnerions pas suite à ces propositions ..., nous serions libres de tous engagements à votre égard, étant précisé que vous renoncez d'ores et déjà à toute indemnité". B accuse réception et confirme.

Commentaires. Cette lettre combine les deux procédés évoqués précédemment pour affecter la portée juridique d'un document précontractuel : l'affirmation de l'absence de tout engagement est renforcée par une clause d'exonération de responsabilité. Cette clause n'est pas surabondante, car le rejet de tout lien contractuel ne ferait pas obstacle à une action en dommages et intérêts sur le plan délictuel en cas de rupture abusive. On rappellera néanmoins qu'une clause d'exonération de responsabilité ne permet pas de s'affranchir des conséquences d'un comportement dolosif. Par ailleurs, le texte de la lettre est soigneusement étudié en vue de mettre en évidence l'absence d'engagement : la référence aux "considérations d'opportunité" est significative à cet égard.

Cas n° 18 : négociation fictive

Exposé. Deux sociétés engagent des négociations en vue de la réalisation d'une opération très complexe. A un stade avancé des pourparlers, les partenaires conviennent d'abandonner le projet. Mais ils décident de commun accord de poursuivre quand même les négociations, en vue de découvrir des solutions aux difficiles problèmes qu'ils avaient rencontrés. L'expérience ainsi acquise pourra leur être mutuellement utile, par exemple si le projet devait être repris plus tard.

Commentaire. Dans cette situation étonnante (mais vécue), les documents qui vont constater les étapes ultérieures, puis éventuellement l'issue de cette négociation platonique n'auront évidemment aucune valeur juridique. C'est un exercice de style, un jeu d'entreprises, qui est désormais en cause et non la négociation d'un véritable contrat. Toute volonté de contracter a disparu. Encore faudra-t-il être très prudent pour lever toute équivoque entre les parties quant au sens de la poursuite des pourparlers après leur rupture (en l'espèce, des lettres explicites avaient été échangées). Des membres du groupe se sont cependant demandé si, une fois la nouvelle phase de la "négociation" achevée, les partenaires avaient toute liberté pour en utiliser les résultats en contractant avec des tiers. D'autre part, si les partenaires décidaient plus tard de tenter à nouveau de réaliser ensemble le projet, ne seraient-ils pas tenus de prendre les résultats de la négociation fictive comme base de leurs nouveaux pourparlers ?

Cas n° 19 : absence de pouvoirs

Énoncé. Un administrateur de la société A négocie longuement avec le groupe Z les conditions de la cession d'une participation importante que la société A détient dans une autre société B. Par une lettre à Z, l'administrateur expose le détail des résultats auxquels la négociation a abouti. Avant de signer cette lettre, il ajoute la mention manuscrite "sous réserve de l'approbation du conseil d'administration de la société A". Lorsque le groupe Z répond à la lettre et confirme son accord, la société A prétend ne pas l'exécuter. Le groupe Z assigne en exécution forcée.

Commentaire. Un tribunal belge a privé de tout effet juridique l'accord intervenu entre l'administrateur et le groupe Z, estimant que cet accord était affecté d'une condition purement potestative l'approbation du conseil d'administration de la société A). Plusieurs membres du groupe de travail estiment cependant qu'il s'agit plutôt d'une question de pouvoirs. L'administrateur seul n'a pas le pouvoir d'engager sa société en ce qui concerne la cession de participation en cause ; les "engagements" qu'il prétendrait prendre n'ont aucune portée juridique (compar. supra, le cas n° 6).

Ce cas met en évidence une question préalable à résoudre avant de porter tout jugement sur un document précontractuel : émane-t-il des signataires dotés des pouvoirs nécessaires pour engager les sociétés ou organismes qu'ils représentent ? L'attention est attirée sur cette exigence essentielle, sans négliger, évidemment, les règles qui dans tous les systèmes juridiques protègent en certaines circonstances les tiers qui contractent de bonne foi avec un "représentant" sans pouvoirs. La discussion de tous les autres cas part du postulat que le problème des pouvoirs ne se pose pas.

4. ème série : engagements fermes sur certains aspects particuliers de la négociation.

Cette dernière série de cas regroupe des situations révélées par des lettres d'intention où, sur certains aspects particuliers de la négociation, les parties assument de manière indiscutable des engagements contractuels précis.

Cas n° 20 : engagement d'exclusivité

Énoncé. Une première prise de contact a lieu entre deux groupes en vue de la cession de participations diverses et de marques de commerce. L'un des groupes écrit à l'autre : "Nous... avons pris note que votre groupe envisage la possibilité d'acheter ... des actions des sociétés... ainsi que les marques ... Afin de vous permettre d'étudier cette possibilité, nous prenons conjointement et solidairement l'engagement irrévocable vis-à-vis de votre groupe de ne procéder à aucune négociation

quelle qu'elle soit ni de vendre à un acheteur éventuel tout ou partie des titres des sociétés ou marques énumérées ci-dessus, et ce jusqu'au ...".

Commentaire. A un stade apparemment peu avancé des négociations, l'une des parties prend un engagement précis envers l'autre, celui de ne pas entreprendre de négociation parallèle avec des tiers pendant un certain délai. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse se faire concernant la portée juridique de la première phrase de la lettre, il paraît incontestable que la seconde phrase met à charge de son auteur une obligation contractuelle d'exclusivité (contractuelle par l'acceptation au moins tacite de son bénéficiaire). L'engagement unilatéral ou réciproque de ne pas traiter avec des tiers pendant le déroulement de la négociation fournit un premier exemple de divers types de "pré-contrats" à objet bien délimité susceptibles d'intervenir au cours des pourparlers. On découvrira d'autres exemples dans les cas suivants.

Le groupe s'est demandé si, en l'absence d'une convention expresse d'exclusivité, l'obligation de s'abstenir de négocier avec des tiers n'existait pas de façon implicite. On ne peut certainement pas l'affirmer de manière générale. Les négociations parallèles sont monnaie courante, même jusqu'à un stade très avancé des pourparlers. Elles sont même indispensables au jeu normal de la concurrence, et leur légitimité ne peut être contestée en principe. Mais la situation peut se modifier si les parties donnent à leur négociation les bases contractuelles que l'on a cru pouvoir dégager dans certains des exemples précédents (cas n° 9 à 13). L'obligation de négocier "de bonne foi" n'implique-t-elle pas alors un engagement d'exclusivité ? La réponse doit s'apprécier cas par cas ; elle semble dépendre du degré d'avancement de la négociation, et du point de savoir si le partenaire est ou non tenu au courant de la poursuite des négociations parallèles.

La clause expresse, illustrée par le présent cas, a le mérite de lever toute équivoque.

Cas n° 21 : engagement de secret

Enoncé. Une "letter of understanding", relative à la mise en route d'études de faisabilité préalables à la conclusion éventuelle d'un contrat, comporte un article 15 d'après lequel "Any proprietary information, including but not limited to technical and financial information disclosed by either party to the other hereunder and designated as confidential shall be kept secret and confidential and not used by the receiving party other than in the course of the feasibility studies or other evaluation contemplated hereunder nor disclosed by such party other than to its employees requiring same for performance of their duties hereunder, unless and to the extent such information was known to the receiving party prior to disclosure hereunder, is subsequently disclosed to the receiving party by a third party or become public knowledge. The obligations of this paragraph 15 shall survive termination of the letter of understanding and continue in effect for a period of seven years thereafter" (1).

Commentaire. Ce deuxième exemple d'accord contractuel limité conclu au cours d'une négociation concerne cette fois l'obligation de traiter comme secrètes les informations communiquées. On relèvera la minutie de la clause citée, et notamment la limitation temporelle de l'obligation au secret en cas d'échec final des négociations. Des préoccupations relatives au droit de la concurrence n'y sont sans doute pas étrangères.

Comme à propos des clauses d'exclusivité, on peut se demander si en l'absence d'une clause expresse relative au secret des informations échangées, l'obligation de respecter leur caractère confidentiel n'existe pas de manière implicite lorsqu'est reconnue l'obligation de poursuivre la négociation de bonne foi.

(1) Voir l'article 15 de l'exemple n° 11, publié dans D.P.C.I., 1976, p. 506.

Cas n° 22 et 23 : engagements relatifs aux délais de négociation

Enoncé. Une lettre d'intention expose que "considering the urgency of this project... the contract will be signed as soon as possible after the initial discussions, and every effort will be made to make this possible within 30 days of the beginning of the initial discussions". Une autre lettre prévoit que "Within 120 days after completion of the ... feasibility study, each party shall inform the other as to whether it wishes to implement the project. In the event either party fails to so inform the other or decides not to implement the project, this letter of understanding shall be thereupon deemed terminated and neither party shall have any obligation thereafter to the other (subject to surviving secrecy obligations)..." (1).

Commentaires. Un autre aspect du déroulement des négociations fait fréquemment l'objet d'accords contractuels spécifiques : la fixation de délais pour l'aboutissement des différentes étapes des pourparlers, et principalement pour la conclusion du contrat définitif. Les deux exemples ci-dessus illustrent deux manières différentes de formuler les obligations assumées en matière de délais. Dans le premier cas, la rédaction de la clause impose aux parties une simple obligation de moyens de respecter l'échéance prévue. Dans le second cas, le dépassement du terme joue le rôle d'une condition résolutoire des engagements résultant de la lettre d'intention (2).

Cas n° 24 : organisation et remboursement du coût des études préalables

Exposé. Une entreprise du secteur chimique et un organisme public d'un pays en voie de développement constatent, dans une "letter of understanding", leur accord en vue d'établir un complexe pétrochimique dans le pays en cause. La lettre prévoit cependant la réalisation d'études préparatoires : "Within sixty days following the date hereof the parties shall appoint a team comprised of a mutually agreed number of representatives of each party to undertake feasibility studies for the establishment in ... of a facility to produce the aforesaid products... The costs of the study agreed to by the parties in advance shall be shared equally by the parties with a net billing settlement between the parties at the conclusion of the study. If the project is implemented the agreed costs will be borne by the ... If the project is not implemented the agreed cost, after the net billing settlements, will be borne equally by the parties".

(1) Voir l'article 3 du même exemple, *ibid.*.

(2) On relèvera au passage la reconnaissance implicite d'obligations créées par la lettre d'intention.

Commentaires. Très fréquemment, les négociateurs d'une opération d'une certaine envergure constatent la nécessité de procéder à des études préalables, en vue d'apprécier la "faisabilité" du projet. L'organisation de ces études peut faire l'objet d'un accord contractuel, les deux parties convenant de qui sera chargé du travail (dans l'exemple cité, c'est un groupe de représentants des deux partenaires, mais ce peut aussi être l'une seule des parties, ou un tiers), des délais à respecter, et de la charge du coût des études, tant dans l'hypothèse où elles débouchent sur la réalisation du projet que dans l'hypothèse contraire. La clause relative au coût précisera de préférence quelles dépenses sont susceptibles d'être prises en considération, soit que l'on ne prévoit le remboursement que des dépenses engagées de commun accord, soit qu'on recoure à des critères tels que celui de "frais raisonnables", ou encore que l'on procède à une énumération préalable des types de dépenses admissibles.

La clause relative aux études de faisabilité constitue encore un engagement contractuel précis assumé au cours de la négociation du futur contrat principal.

Quelle est la situation en l'absence d'une telle clause, si l'une des parties a procédé à des études coûteuses, et que la négociation échoue? Le remboursement de ces frais constitue un élément important du dommage dont la réparation serait réclamée, soit sur une base délictuelle, dans les cas exceptionnels où le droit commun considère comme abusive la rupture des pourparlers, soit sur une base contractuelle, si les parties ont concrétisé dans une lettre d'intention le sérieux de leurs pourparlers et si l'on voit dans ce document la base d'une obligation contractuelle de poursuivre de bonne foi leur négociation. La stipulation d'une clause expresse relative au remboursement des frais est évidemment de nature à clarifier la situation.

Cas n° 25 : prise en charge du coût de la négociation

Enoncé. Une lettre d'intention expose les termes auxquels la société X serait disposée à acquérir le capital de la société Z. Parmi des termes figurent certaines conditions suspensives, relatives notamment aux résultats d'une expertise comptable, ainsi qu'à l'obtention des autorisations nécessaires en matière de contrôle des changes. La lettre comporte le passage suivant : "If, having accepted the terms of this letter in principle, and if a formal agreement is not entered into because a condition fails to be satisfied, then each party should bear its own costs. If however shareholders of Z should determine not to proceed for any reason then we feel it is appropriate that shareholders should bear the costs of X incurred in connection with the negotiations and investigations. Equally if X withdraws from negotiations otherwise than through a failure of a condition to be satisfied, then it would expect to bear costs incurred by shareholders".

Commentaires. Si Z marque son accord sur le contenu de cette lettre, le passage cité formera un autre type d'engagement contractuel défini antérieur à la conclusion éventuelle du contrat principal : un accord sur la prise en charge des frais de la négociation par l'auteur de la rupture. L'hypothèse ressemble à celle du cas n° 24, sauf qu'il ne s'agit plus ici des coûts d'une étude préalable, mais des coûts de la négociation en général. La présence d'une telle clause dans certaines lettres d'intention est de nature à confirmer l'interprétation selon laquelle des documents de ce genre peuvent créer des obligations contractuelles relatives à la poursuite de la négociation, dont l'inexécution est susceptible d'ouvrir un droit à l'indemnisation. L'établissement du montant des dommages et intérêts dus en l'absence de toute clause suscite cependant de graves problèmes, qui seront discutés dans l'essai de synthèse. La lettre opte ici explicitement pour la solution minimale : le remboursement des frais supportés à l'occasion de la négociation. On notera que ce remboursement est dû en cas de rupture "for any reason" (sauf si la rupture résulte de la défaillance d'une condition), sans qu'il soit besoin d'établir le caractère fautif de cette rupture.

On opposera cette clause à celles discutées plus haut (supra, cas n° 16 et 17), où au contraire, l'on stipulait que la rupture des négociations ne pourrait donner lieu à aucune indemnité.

Cas n°26 : autorisation d'engager les travaux

Enoncé. La société A écrit à la société B : "Nous avons l'intention de vous commander les travaux complémentaires prévus pour déterminer la faisabilité d'un moteur à gaz léger suite à votre télex du ... concernant votre proposition technique et financière répondant à notre consultation, et qui a reçu l'accord des services techniques. La commande définitive ... vous sera adressée dès que l'avenant I au contrat n° 600.330 en cours de finition vous sera notifié. Vous êtes autorisés par la présente lettre à engager un montant plafond de 1.175.325 FB ... couvrant les travaux ci-dessous (suit une énumération chiffrée des travaux à entreprendre). Nous vous demandons de bien vouloir confirmer votre accord en nous renvoyant un double de la présente lettre signé par vos soins" (1).

Commentaires. La négociation est très avancée, mais il reste une série de points à régler. Néanmoins, compte tenu de la quasi - certitude d'aboutir à un accord final et de l'urgence du projet, les parties décident d'entamer déjà l'exécution du contrat, bien qu'il ne soit pas encore conclu. Cette situation, déconcertante par rapport à la théorie classique du contrat, est loin d'être exceptionnelle. La pratique des contrats internationaux révèle qu'assez fréquemment, l'exécution de vastes opérations est mise en route jusqu'à un stade très avancé avant même que les documents conventionnels qui vont leur servir de structure juridique ne soient complètement mis au point (2). C'est ici que la lettre d'intention joue l'un de ses rôles les plus importants. Affirmant la détermination des négociateurs d'aboutir, elle rassure celles des parties qui vont passer sans plus attendre à l'exécution du projet. L'autorisation de commencer ("Authority to proceed") est souvent expresse, et parfois, comme dans ce cas n°26, délimitée avec plus ou moins de précision. Elle constitue un autre de ces contrats spécifiques, antérieurs à la conclusion du contrat définitif. Une première phase des travaux est détachée de l'ensemble pour déjà faire l'objet d'un accord.

(1) Cette lettre a été publiée dans D.P.C.I., 1976, p.507 (exemple n°12).

(2) Cf. Ph. KAHN, op.cit., pp.186-187.

L'autorisation de commencer est sans doute le phénomène le plus remarquable rencontré dans le domaine des lettres d'intention, par la manière dont elle remet en cause la distinction apparemment si naturelle entre les phases de la formation et de l'exécution des contrats.

II. Essai de synthèse juridique

Les cas qui viennent d'être présentés ont révélé autant de situations différentes traitées par des documents précontractuels. S'agissait-il chaque fois de "lettres d'intention" ? Donner à cette question une réponse précise supposerait qu'il existe un concept bien défini de la lettre d'intention. Or l'expérience réunie par le groupe de travail démontre que ce n'est pas le cas. L'expression est utilisée par les praticiens dans des hypothèses extrêmement diverses, en concurrence d'ailleurs avec d'autres expressions analogues (accord de principe, protocole d'accord, letter of understanding, etc...). Les termes utilisés ne peuvent préjuger de la portée réelle du document.

Devant cette anarchie terminologique, la méthode suivie par le groupe a consisté, on l'a dit, à rassembler au départ l'échantillonnage le plus large possible de documents précontractuels. La discussion des cas a ensuite permis de procéder à une répartition en deux groupes. En premier lieu, une série de documents, malgré leur formulation souvent équivoque, semblaient pouvoir se rattacher à des catégories juridiques consacrées : offre ou acceptation, contrat parfait, contrat sous condition suspensive, etc... Les autres documents, "inclassables", mettaient en évidence l'existence, dans le cours des pourparlers, de diverses formes d'accords inconnus des catégories traditionnelles, accords dont la portée juridique devait retenir toute notre attention.

Les "commentaires" accompagnant l'énoncé des différents cas ont déjà exprimé les principaux résultats des réflexions du groupe. On cherchera à en présenter ici un tableau synthétique et à les replacer dans un cadre d'ensemble. Mais on rappellera la très grande difficulté de donner du sujet un exposé de portée générale, compte tenu des sérieuses divergences qui peuvent exister entre les différents droits dans la matière de la formation des contrats. Une situation déterminée n'a pas nécessairement les mêmes effets juridiques sous l'empire de chaque système. On relèvera un certain nombre de

nuances et de divergences, mais le lecteur restera attentif au fait que le groupe, par sa composition de base, a principalement raisonné en droit français, tout en faisant un effort particulier en direction du droit anglais.

Après un rappel des différentes situations réductibles à des catégories juridiques généralement reconnues par le droit positif (1°), on fera le bilan des réflexions du groupe concernant les lettres d'intention proprement dites (2°).

X X
X

1° Catégories juridiques traditionnelles

L'analyse des documents très divers échangés lors d'une longue négociation révèle la présence de plusieurs figures juridiques connues, une fois levées les équivoques résultant souvent d'une formulation défectueuse.

a) L'offre et l'acceptation de l'offre sont des déclarations unilatérales de volonté qui concourent à la conclusion du contrat définitif. L'offre constitue une proposition contractuelle complète, à laquelle il suffit d'ajouter l'adhésion du destinataire (c'est l'objet de l'acceptation) pour que le contrat soit conclu. L'offre est généralement considérée comme irrévocable sur le continent, pendant le délai fixé, ou, à défaut, pendant un délai raisonnable (1).

(1) En droit français, cf. notamment A. WEILL, Les obligations, 1971, n° 137-138. En droit belge, cf. notamment H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, II, 3ème éd., 1964, n° 516-520. La solution est explicite en droit allemand : BGB §§ 145 et 147; cf. K. LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2ème éd., 1972, pp. 433-438. Il en est de même en droit suisse : C.O. art. 3 et 5; cf. P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1973, n° 42. Comp. par contre l'art. 1328 du Code civil italien (mais cf. l'art. 1329).

En droit anglais par contre, l'offre n'engage à rien, faute de consideration (1). L'acceptation sans réserve a pour effet de conclure le contrat et d'engager définitivement les partenaires (cf. le cas n° 1; compar. le cas n° 16). Cette solution est admise partout (2), mais des divergences existent quant à la détermination du moment précis où, entre "absents", l'acceptation est censée rencontrer l'offre (3) (4).

b) La promesse de contrat constitue elle-même un engagement contractuel à part entière. Son objet est d'obliger à la conclusion d'un contrat définitif, dont tous les éléments ont déjà fait l'objet d'un accord. La promesse bilatérale oblige les deux parties à contracter. Compte tenu du principe du consensualisme, elle se confond souvent avec le contrat lui-même et elle "vaut contrat". La promesse unilatérale n'engage que l'une des parties à contracter, si l'autre "lève l'option" (5).

(1) Cf. ANSON'S Law of Contract, 23ème éd., 1971, pp. 58-64.

(2) A. WEILL, op. cit., n° 144; H. DE PAGE, op. cit., II, n° 523; ANSON, op. cit., pp. 27-28, 51; K. LARENZ, op. cit., pp. 438-439 (B.G.B. § 151).

(3) A. WEILL, op. cit., n° 147-152; H. DE PAGE, op. cit., II, 532-533; ANSON, op. cit., p. 49; K. LARENZ, op. cit., pp. 349-354 (BGB § 130).

(4) Sur ces différents aspects de la formation du contrat, cf. la Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels. Cf. d'autre part F. KESSLER et E. FINE, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract : A comparative Study, 77 Harvard Law Review (1964), 420-424, et surtout le magistral ouvrage édité sous la direction de R.B. SCHLESINGER, Formation of contracts. A study of the Common Core of Legal Systems, 1968, 2 vol.

(5) Cf. A. WEILL, op. cit., n° 104-110; H. DE PAGE, op. cit., ^{II} 505-513. En droit anglais, l'absence de considération prive une nouvelle fois de force obligatoire la promesse unilatérale; la pratique y remédie en faisant payer une somme nominale (p. ex. £ 1) par le bénéficiaire de l'option : cf. P. ELLINGTON, La conception anglaise des contrats, D.P.C.I., 1976, p. 484.

Plusieurs des documents examinés ont été considérés comme des contrats définitifs, malgré l'ambiguïté éventuelle des termes employés. Tantôt on assiste à l'acceptation pure et simple d'une offre (cas n°1), malgré la demande d'une "acceptation" du destinataire. Tantôt l'une des parties cherche à camoufler la réalité de son engagement sous une terminologie incertaine (cas n°2). Tantôt enfin les parties doivent encore dresser l'instrumentum de leur convention, et se méprennent sur le moment de la naissance de leurs engagements, perdant de vue le principe du consensualisme (cas n° 3 et 4) (1).

Certaines nuances sont cependant nécessaires. En premier lieu, on distinguera le cas de l'engagement dissimulé sous une expression imprécise (cas n°2) du cas où les parties énoncent clairement leur intention de n'assumer aucune obligation juridique (cas n° 14 et 15, 16 et 17). Ensuite, il est possible que les parties entendent sciemment déroger au principe du consensualisme et faire de la rédaction du contrat une condition de fond de la naissance de leurs engagements. En cas de doute sur ce point, le problème d'interprétation connaît des solutions très variables en droit comparé(2).

d) Le contrat définitif peut être conclu sous condition suspensive.

Les parties ont échangé des consentements complets, mais le plein accès à la vie juridique de leur accord dépend de la réalisation d'un événement futur et incertain, par exemple l'obtention des autorisations nécessaires des pouvoirs publics (cas n°6). Si l'événement se réalise, le contrat devient pleinement efficace. Dans le cas contraire, rien n'est censé avoir jamais existé. La condition suspensive doit être un événement au moins partiellement étranger à la volonté des parties. Lorsque l'un des co-contractants est en mesure

(1) Sur ce principe en droit français, cfr. A. WEILL, op. cit., n°114-131; en droit belge, H. DE PAGE, op. cit., II, n°464 et 465; en droit anglais, ANSON, op. cit., pp.67-68.

(2) Cf. R.B. SCHLESINGER, op. cit., I, pp. 177-182; CHITTY on Contracts, 23^{ème} édition, 1968, n° 78; F. KESSLER et E. FINE, op. cit., p.414. Une disposition expresse du B.G.B. présume l'intention de faire de la rédaction d'un document une condition de formation du contrat (§ 154 al. 2); cf. K. LARENZ, op. cit., pp. 345-347.

d'exercer une certaine influence sur la réalisation de la condition (par exemple en introduisant la demande d'autorisation), il est tenu de le faire avec diligence (1). Il peut être opportun de le préciser dans le contrat.

Le régime juridique de la condition suspensive n'est pas partout identique, notamment en ce qui concerne les effets de la réalisation de la condition (2). D'autre part, certains droits peuvent faire un sort à part à la situation où l'événement dont dépend l'efficacité du contrat consiste dans l'obtention d'une autorisation ou d'une approbation (3), voire même faire de cette obtention une condition essentielle de la formation du contrat.

e) Les clauses d'"entrée en vigueur", fréquentes dans les documents échangés par des négociateurs, peuvent avoir des portées variables, que seule une analyse attentive est susceptible de révéler dans chaque cas d'espèce : terme suspensif, condition suspensive, condition résolutoire, suspension de obligations de l'une des parties en attendant l'exécution de certaines prestations promises par l'autre, etc... En général, il semble que ces clauses n'empêchent pas la naissance du contrat, mais qu'elles consistent en des modalités affectant le début de son exécution (cas n° 7).

f) Des "accords " sont parfois "conclus" par des personnes non dotées des pouvoirs nécessaires.

Une personne morale ne peut agir que par la voie d'organes ou de représentants dotés des pouvoirs nécessaires. Celui qui prétend être le mandataire d'une personne physique ne peut non plus en principe engager

(1) Telle est du moins l'opinion du groupe ; c'est aller plus loin que l'article 1178 du Code civil français, qui se borne à sanctionner le débiteur qui a empêché l'accomplissement de la condition (cf. A. WEILL, op.cit., n°872). Pour une opinion analogue en droit allemand, à propos d'une autorisation (Genehmigung), cf. J. ESSER, Schuldrecht, 1970, p.375 et la jurisprudence citée.

(2) Rétroactivité en France (C.Civ., Art. 1179 ; cf. A. WEILL, op. cit., n° 874-878) et en Belgique (même texte ; cf. H. DE PAGE, op.cit., I, n°164-168), non rétroactivité de principe en Allemagne (arg. B.G.B. § 139 ; cf. K. LARENZ, op. cit., pp.417-418)

(3) C'est le cas du droit allemand : cf. les §§ 182 - 185 du B.G.B. (cf. K. LARENZ, op. cit., pp.405-410).

son mandant que dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés. On sait que les problèmes juridiques en cause sont extrêmement complexes et que les solutions varient de pays à pays, notamment en ce qui concerne le degré de protection des tiers ayant traité avec un représentant sans pouvoirs (1). On se bornera à relever ici l'incidence de la question en matière de lettres d'intention. Un projet d'accord établi par un négociateur non doté des pouvoirs nécessaires n'engage en principe pas le représenté. Il ne pourrait qu'engager la responsabilité du négociateur, délictuelle envers le cocontractant, contractuelle envers le représenté (cas n°10).

2° Lettres d'intention spécifiques

a) Les contrats de négociation

Les différentes situations qui précèdent, identifiées et mises à part, le dossier rassemblé par le groupe comportait encore un grand nombre de documents unilatéraux ou bilatéraux relatifs à l'élaboration du futur contrat. Quelle portée juridique leur attribuer ?

La théorie juridique de la formation des contrats leur réserve souvent un régime sommaire et non différencié. En France et en Belgique, notamment, en dehors des figures juridiques précitées, telles que l'offre ou la promesse de contrat, tout ce qui précède la conclusion du contrat n'est que "pourparlers", sans valeur contraignante. Par conséquent, la rupture des négociations reste entièrement libre ; elle n'est de nature à entraîner aucune responsabilité. Il n'en va différemment que lorsque cette rupture intervient dans des circonstances particulières, susceptibles d'engager la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture : par exemple, lorsque la rupture s'accompagne de déclarations préjudiciables à la réputation du partenaire, ou lorsqu'il est démontré que l'une des parties est entrée dans la négociation avec le seul but d'arracher des secrets d'affaires, sans

(1) Pour un exposé comparatif, cf. Clive M. SCHMITHOFF, Agency in International Trade. A study in Comparative Law, Recueil des Cours de l'Académie Internationale de La Haye, 1970, I, pp. 107-203. En ce qui concerne la représentation des sociétés commerciales, on rappellera l'incidence de la directive de la C.E.E. du 9 mars 1968 (J.O.C.E., 1968, n°L65, pp. 8-12).

avoir jamais eu l'intention de rechercher la conclusion d'un accord (1). Cette analyse est trop frustrée. Elle ne paraît pas suffire à rendre compte de la richesse et de la complexité des relations juridiques créées au cours des pourparlers. La principale conclusion des travaux du groupe est que la négociation d'un contrat quelque peu élaboré donne lieu à la conclusion de divers accords contractuels préparatoires à la conclusion du contrat définitif.

Ces accords, qui constituent le domaine spécifique des "lettres d'intention", portent soit sur l'aménagement de certains aspects précis de la négociation, soit sur la construction progressive du futur contrat. Parmi les premiers figurent les accords relatifs à l'exclusivité des négociations (cas n°20), au secret des informations échangées (cas n°21), aux délais à respecter (cas n° 22 et 23), à l'accomplissement d'études préalables et au remboursement des frais consécutifs (cas n°24). Quant aux accords portant sur la mise en place progressive des éléments du futur contrat, ils sont susceptibles d'intervenir à différentes étapes des pourparlers, sous la forme soit de la formulation initiale et très générale d'une intention de contracter (cas n° 8) (2), soit de l'énumération des bases générales du futur contrat et des différents aspects à négocier (cas n°9), soit d'un bilan des résultats acquis à mi-chemin de la négociation (cas n°10), ou des résultats partiels provisoirement acquis en attendant le résultat d'une négociation parallèle menée avec un tiers (cas n°11), soit encore de la mise en forme d'un état pratiquement achevé du contrat, quelques détails à peine restant à régler pour le parfaire

(1) Pour un exposé de cette théorie classique, cf. H. DE PAGE, op.cit., II, n°501 et 502, 559. Le droit italien a donné un fondement légal à l'obligation de négocier de bonne foi (art. 1337 C.Civ.), mais la base en reste délictuelle (Cass.it., 23 juin 1964, Giust.civ., Mass. 1964, 755).

(2) En l'espèce, compte tenu des réserves assez nettes contenues dans la formulation du cas n°8, le groupe hésitait cependant à voir dans cet exemple la présence d'un engagement contractuel (cf. supra).

(cas n° 13). Occupe une place particulière l'accord par lequel, à un stade avancé des négociations, l'une ou l'autre des parties est autorisée à entamer déjà l'exécution du contrat (cas n° 26).

L'idée générale d'un "contrat de négociation" n'est pas nouvelle en droit comparé. Depuis qu'Ihering a jeté les bases du concept de la "culpa in contrahendo" (1), la doctrine allemande a souvent donné une base contractuelle, et non délictuelle, à l'obligation reconnue de négocier de bonne foi (2). La même tendance se manifeste parfois en droit suisse (3). Il semble cependant que ces analyses, surtout soucieuses de faire bénéficier le négociateur lésé de certains avantages de la responsabilité contractuelle (4), ne soient pas non plus toujours conscientes de la diversité des situations contractuelles que peut engendrer une négociation de grande envergure, et que révèle le phénomène des lettres d'intention.

Toute négociation, même importante, ne donne évidemment pas lieu à la conclusion de tels "pré-contrats". Les propositions et contre-propositions échangées lors des pourparlers font souvent l'objet de consentements réciproques conditionnels et provisoires ("les prix que vous proposez nous conviendraient. Mais quels seraient vos délais de livraison?"), sans entraîner la formation d'autant de contrats. Le principe de la liberté de contracter, ainsi que le libre jeu de la concurrence, essentiels au bon fonctionnement d'une économie de marché, impliquent d'ailleurs une large faculté de négocier sans engagement, de comparer des offres, et de rompre des pourparlers même très avancés avec des partenaires dont les conditions ne se révéleraient pas avantageuses (5).

(1) VON IHERING, Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfektion gelangten Verträgen, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, vol. 4, 1861, pp. 1 et suiv.

(2) cf. R. SERICK, La responsabilité civile en droit allemand, Rev. Int. Dr. Comp., 1955, pp. 168-569 ; comp. J. ESSER, op.cit., pp. 372-374.

(3) Cf. R. ENGEL, op. cit., pp. 503-507. Comp. supra, note (1), p. 41. à propos du droit italien.

(4) Cf. R. SERICK, op.cit., p. 569 ; H. DE PAGE, op. cit., II, n° 558 ; F. KESSLER et E. FINE, op. cit., p. 406.

(5) cf. F. KESSLER et E. FINE, op. cit., p. 412.

Mais l'examen de nombreuses situations révélées par le dossier des lettres d'intention incite le groupe à estimer qu'en diverses circonstances, la complexité de la négociation, sa durée, les coûts qu'elle entraîne, la nécessité de coordonner plusieurs négociations complémentaires, conduisent les parties à doter leurs pourparlers de l'élément de sécurité que constitue l'insertion dans un cadre contractuel de différentes obligations relatives à la procédure des négociations, ou de certains résultats déjà acquis quant au contenu du futur contrat.

Comment déceler ce passage du "non-droit" au droit ? Si le contrat se définit comme un "accord de volontés en vue de créer des effets juridiques" (1), le critère est à rechercher dans la volonté de se situer sur le plan juridique. Apprécier l'existence de cette volonté est une question d'interprétation. Dans bien des cas, il est apparu au groupe de travail que la rédaction d'un document spécial, reprenant les termes de l'accord, et signé des deux parties (ou d'une lettre adressée au partenaire, l'invitant à en approuver expressément le contenu), démontrait l'existence d'une telle volonté de se placer sur un plan contractuel (2). C'est ici qu'apparaît la portée majeure de nombreuses "lettres d'intention" et d'autres documents analogues.

La volonté de se situer dans un cadre juridique est parfois expressément confirmée par les parties (cas n° 5). Parfois, au contraire, elle est expressément écartée (cas n° 14, 15 et 17), ou manifestement exclue en raison des circonstances (cas n° 18) (3). Parfois aussi, les parties insèrent une clause les exonérant de toute responsabilité en cas de rupture des pourparlers (cas n° 16 et 17).

(1) Comp. A. WEILL, op. cit., n°23,; H. DE PAGE, op. cit., II, n° 447 ; ANSON, op. cit., p.31.

(2) Certains membres du groupe ont souligné la différence de portée ressentie par les parties entre de tels documents et de simples procès-verbaux de discussion.

(3) Cf. cependant les questions que le groupe s'est posées dans le commentaire de ce cas n° 18 supra.

La clause excluant tout engagement juridique ("subject to contract"), ou toute autre formule manifestant la volonté des parties de se situer en dehors du droit, sont reconnues comme pleinement efficaces en droit anglais (1). Le groupe a émis quelques doutes sur sa validité en droit français (supra, commentaires du cas n°14) ; l'opinion a cependant été formulée que le nouvel article 12 al. 4 du Code français de procédure civile, qui permet aux parties de lier le juge par leurs qualifications, devrait également les autoriser à faire prévaloir une déclaration déniait tout caractère contractuel aux accords intervenus (2). On a par ailleurs suggéré de distinguer la situation où l'absence apparente de tout engagement juridique ne résulte que de la maladresse ou de l'ambiguïté de l'expression donnée à la volonté des parties (cas n° 1 à 4), de la situation où c'est en toute clarté que les rédacteurs de la lettre d'intention déclarent se placer en dehors du droit (3).

Quant à la clause d'exonération de responsabilité, sa validité devrait être reconnue en principe, mais sous les réserves que les différents systèmes juridiques peuvent y apporter. La clause ne semble en tout cas pas pouvoir libérer le stipulant des conséquences d'une rupture dolosive des négociations (4). On remarquera que la clause elle-même constitue un accord de nature contractuelle.

Lorsque les négociateurs échangent des consentements caractérisés sur l'évolution de la négociation ou sur certains de ses aspects, et qu'ils n'expriment pas la volonté de se situer en dehors du droit, le groupe estime donc qu'en bien des cas, l'interprète devra déceler la présence d'engagements contractuels antérieurs à la conclusion du contrat qui fait l'objet de pourparlers.

x x

x

(1) cf. *Rose and Frank Co v. Crompton Brothers Ltd* (1925) A.C. 445 ; *CHITTY*, op.cit., n° 79 et 92.

(2) Comp. B. MERCADAL et Ph. JAMIN, Les contrats de coopération inter-entreprises, 1974, n°43.

(3) Sur le phénomène du rejet du droit par les hommes d'affaires, cf. S. MACAULAY, *Non-Contractual Relations in Business, A preliminary Study*, 28 *Amer. Sociol. Review* (1963), pp. 55-67.

(4) Cf. G. EORSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, 23 *Amer. J. of Comp. Law* (1975), pp. 215-235, et spécialement pp. 217-219.

b) Principaux problèmes juridiques

Si l'on admet l'apparition de tels contrats dans le courant de la négociation, restent à préciser (1) leur contenu, (2) les critères d'appréciation de la faute contractuelle et (3) les recours ouverts à la partie lésée en cas d'inexécution fautive. Quelques brèves réflexions seront aussi formulées sur la portée que peuvent avoir les lettres d'intention dans une étape ultérieure⁽⁴⁾, lorsque la négociation a abouti à la conclusion du contrat. Ce sont des terres juridiques relativement nouvelles qui vont être ici explorées. Des éléments de réponse qui suivent fournissent les résultats de premières réflexions sur ces problèmes, que des recherches ultérieures plus approfondies devront affiner.

1) Contenu des contrats de négociation

Quel est le contenu de ces pré-contrats intervenus au cours de la négociation ? Quelles obligations engendrent-ils à charge des parties ?

La réponse est relativement aisée en ce qui concerne la première série de pré-contrats, ceux qui sont relatifs à certains aspects déterminés de la négociation. Leur objet est souvent exprimé avec précision : ne pas engager de négociations parallèles avec des concurrents, ne pas divulguer les renseignements confidentiels révélés au cours des pourparlers, respecter les délais prévus pour les différentes phases de la négociation, procéder aux études préalables et répartir la charge de leur coût selon les modalités convenues.

Le problème est plus complexe à propos des accords relatifs à la construction progressive du futur contrat. Lorsqu'une lettre d'intention constate l'accord des parties sur certaines clauses de leur contrat à venir, les engagements pris ne sont évidemment pas encore ceux d'exécuter ces clauses. Mais quelle est alors la portée de l'accord intervenu ? Des discussions du groupe s'est dégagée l'opinion que l'obligation essentielle assumée par les négociateurs qui placent leurs débats sur un plan contractuel est celle de poursuivre la négociation de bonne foi, mettant tout en œuvre pour la faire

aboutir (1). Il ne s'agit plus simplement de s'abstenir de toute faute délictuelle, mais de consentir tous ses efforts en vue du succès de la négociation.

Le contenu d'une telle obligation de négocier de bonne foi doit être précisé. Ce contenu n'est certainement pas d'une même densité ni d'une même intensité selon que la lettre d'intention intervient au stade initial des pourparlers ou au contraire à un stade presque ultime. Les exigences de la négociation de bonne foi croissent avec l'état d'avancement des pourparlers.

Une première intention commune de rechercher un accord exprimé au départ peut n'impliquer que l'obligation de se rencontrer, et d'amorcer la négociation avec une attitude constructive (compar. le cas n°8, dont le caractère contractuel est douteux). Mais lorsque la discussion est engagée, et qu'elle commence à déboucher sur certains résultats, une lettre d'intention qui constate l'accord déjà acquis sur ces résultats paraît impliquer l'obligation de ne plus les remettre en cause, sauf de commun accord dans la mesure qui serait rendue nécessaire par la suite des pourparlers (ou par l'évolution des négociations complémentaires avec un tiers, comme dans le cas n°11). Plus elle intervient à un stade proche de l'issue des pourparlers, plus la lettre d'intention oblige à tenir pour acquis les résultats antérieurs de la négociation dont elle dresse le bilan. L'obligation semble atteindre son plus haut degré d'intensité lorsque la lettre d'intention autorise déjà le début de l'exécution du contrat non encore conclu (cas n°26).

L'obligation générale de négocier de bonne foi implique également divers devoirs : informer correctement le partenaire des éléments d'appréciation pertinents (2), s'abstenir de toute proposition manifestement inacceptable, devant nécessairement entraîner l'échec des pourparlers, ne pas prolonger la négociation en entretenant de faux espoirs

(1) Dans ce sens, cf. déjà J. VAN UYTVANCK, La pratique d'entreprises belges en matière de contrat international, dans le Contrat Économique international, 1975, p.397. Mais comp. les hésitations des praticiens belges sur la portée réelle des lettres d'intention révélées dans le même ouvrage par l'enquête de M. VERWILGHEN et F. RAVET-GOBLE, pp.355-356.

(2) Comp. M. DE JUGLART, L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. Trim. Dr. Civ., 1945, pp.1 - 22 ; F. KESSLER et E. FINE, op. cit., pp.404-405 ("duties of disclosure") ; P. ENGEL, op. cit., pp.135-136 ; M. MERCADAL et Ph. JAMIN, op. cit., n°30.

dans le chef du partenaire lorsque la décision de rompre a été prise (1). Il semble aussi que même en l'absence de toute clause explicite, l'obligation de négocier de bonne foi comporte encore certains des devoirs faisant parfois l'objet des conventions spéciales qui ont été signalées, comme la collaboration de chacun afin que les négociations aboutissent dans des délais raisonnables (compar. les cas n° 22 et 26), le respect du caractère confidentiel des informations reçues (compar. le cas n° 21), voire même l'obligation de ne pas mener de négociations parallèles avec des tiers à l'insu du partenaire (compar. le cas n° 20) (2).

Certaines de ces obligations paraissent s'imposer aux négociateurs même en l'absence de tout "contrat de négociation" ; elles sont sanctionnées par les voies de la responsabilité délictuelle (3). Mais là où l'on reconnaît la présence d'un lien contractuel entre les négociateurs, on peut estimer que ces obligations sont assumées de manière plus intense (d'autant plus intense que l'accord est intervenu à un stade avancé de la négociation), et qu'elles ont un contenu plus positif que le simple devoir de s'abstenir de certains comportements répréhensibles : il s'agit, à travers ces différentes facettes de l'obligation de négocier de bonne foi assumée contractuellement, de collaborer à la recherche d'une issue heureuse des pourparlers.

2. Appréciation de la faute

Les critères d'appréciation de la faute contractuelle ne sont guère aisés à définir dans une matière aussi nouvelle. Ils ne seront d'ailleurs pas nécessairement les mêmes selon le droit applicable, les régimes de la responsabilité contractuelle présentant souvent d'importantes divergences de pays à pays.

En droit français, il semble que l'obligation générale de négocier de bonne foi soit une obligation de moyens (4), chaque négociateur

(1) cfr. P. ENGEL, op. cit., pp.136-137.

(2) J. VAN UYTVANCK, op. cit., p.397.

(3) cf. B. MERCADAL et Ph JAMIN, op. cit., n° 29-33.

(4) Sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, cf. par exemple A. WEILL, op. cit., n°389.

devant tout mettre en oeuvre en vue d'aboutir au succès des négociations. L'engagement n'est pas de réussir, mais de s'efforcer de réussir. La faute, à prouver par le partenaire, consisterait dans un comportement contraire à celui d'un "bon père de famille", en l'occurrence d'un négociateur diligent et constructif (1). On vient de relever l'intensification progressive des exigences de la négociation de bonne foi au fur et à mesure de l'avancement des pourparlers ; corrélativement, l'appréciation de la faute devra aussi subir une certaine évolution. Tel comportement, admissible au stade d'une lettre d'intention de départ, ne le sera plus lorsque les parties seront presque arrivées au terme de leurs discussions. Certains aspects précédemment dégagés des obligations contractuelles dérivant de lettres d'intention paraissent cependant impliquer des engagements plus intenses, de la nature de l'obligation de résultat ; ainsi, les engagements de ne pas remettre en cause les points acquis, de respecter la confidentialité des informations reçues, de ne pas engager de négociations concurrentes avec des tiers, Ici le manquement ferait présumer la faute, l'auteur du manquement ayant la charge d'établir la présence d'une cause étrangère exonératoire.

Il semble que les solutions ne doivent pas être très différentes en droit anglais, bien que l'absence de jurisprudence en matière de lettre d'intention (2) rende toute appréciation malaisée (3).

3. Recours en cas de manquement fautif

L'un des signataires d'une lettre d'intention manque à l'obligation de poursuivre la négociation de bonne foi : il rompt abusivement les pourparlers, ou tout au moins il cesse de coopérer de manière constructive à la recherche d'un accord. Quels sont les recours ouverts au partenaire ?

(1) Cf. la proposition du Bâtonnier Lambert MATRAY de se référer au critère du comportement "manifestement abusif", dans D.P.C.I., 1976, pp. 478-480.

(2) CHITTY, op. cit., n. 81.

(3) En droit américain, compar. les indications fournies par la lettre de R.D. Mc GREW, D.P.C.I., 1976, p. 482. Compar. aussi la très sommaire allusion au problème faite par A.M. DUGDALE et N.V. LOWE, Contracts to Contract and Contracts to Negotiate, Journal of Business Law, 1976, pp. 34-35.

1. Nemo potest cogi ad factum

Il ne sera pas possible de contraindre le négociateur défaillant à reprendre loyalement sa collaboration à la conduite des pourparlers. Mais peut-on concevoir qu'un tiers soit chargé de prendre le relais des partis en désaccord pour achever l'élaboration de la convention ? La lettre d'intention pourrait prévoir l'intervention éventuelle d'un "arbitre" pour compléter le contrat en cas de mésentente entre les parties (cf. supra, cas n°5) (1). A défaut, un juge pourrait-il pallier la carence d'un des négociateurs ?

En principe non. Un contrat ne résulte que de l'échange des consentements des parties et un juge ne peut s'y substituer.

Mais la situation n'est-elle pas différente si la rupture intervient à un stade très avancé des négociations, lorsqu'un accord est intervenu sur les éléments essentiels du contrat et qu'il ne reste plus qu'à s'entendre sur certains points secondaires (2) ? Le Code fédéral suisse des obligations contient à cet égard une disposition remarquable : "Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire" (3). C'est la consécration de l'idée selon laquelle un contrat pourrait se former par couches successives (théorie de la "punctation") (4). Si l'on admet qu'un contrat ^{est} conclu dès que l'accord est acquis sur ses éléments essentiels, il devient possible d'envisager la mise au point des clauses secondaires par le juge en cas de défaillance des parties; en droit français, cette solution pourrait se fonder sur le principe de l'exécution de bonne

(1) Cf. B. MERCADAL et PHAMIN, op.cit., pp.26-27.

(2) On vise évidemment ici les situations où les parties avaient manifesté l'intention de négocier ces points secondaires. Il est en effet extrêmement fréquent que des parties négligent de négocier ces aspects non essentiels de leurs conventions, s'en remettant aux règles de droit supplétif ; la conclusion du contrat ne fait alors pas de doute (cf. A. WELLL, op.cit. n°186 R. B. SCHLESINGER, op.cit., I, pp.85-86).

(3) Cf. P. ENGEL, op.cit., pp.156-157 ; cf. aussi G. BERNINI, Techniques for resolving problems in forming and performing long term contracts, D.P.C.I., 1976, p.497. Le Nouveau Code civil algérien (Ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975) comporte une disposition analogue (art.65). Compar. le § 154 al. 1 du BGB, qui présume au contraire le contrat non conclu ; cf. cependant le § 155 (K. LARENZ, op.cit., pp.442-443.).

(4) Cf. J. CARONNIER, note sous Cass. fr., 24 mars 1958, Jur. Class. Pér., 1958, n°10868.

foi des conventions (art. 1134 et 1135 C.Civ.) (1). Mais la théorie de la punctation n'est pas toujours admise (2) et dès lors, l'intervention du juge ne paraît pas concevable (3).

On rapprochera sans doute de ce qui précède les problèmes nés de l'indétermination de l'objet du contrat. L'indétermination d'un élément essentiel (notamment parce que la négociation n'a pas encore abouti sur ce point) fait obstacle à la conclusion du contrat, et donc à l'intervention du juge pour combler la lacune. Mais il en va différemment si l'élément indéterminé est cependant déterminable, par référence à certains critères objectifs ; le juge peut alors pallier la carence des parties (4) et ainsi parfaire la construction contractuelle.

2. Les cas où l'achèvement de la négociation interrompue peut être confiée à un tiers, arbitre ou juge, sont probablement fort rares. Dans la plupart des situations, notamment tant que les pourparlers ne sont pas très avancés, le seul recours de la partie lésée par la rupture fautive sera de réclamer des dommages et intérêts. Mais comment évaluer l'indemnité due ? Faudra-t-il se référer au seul préjudice résultant du coût des négociations manquées ou peut-on prendre également en considération la perte du profit qui serait résulté du contrat non conclu ?

La lettre d'intention peut répondre à la question par une clause expresse déterminant la charge et l'objet de l'indemnisation en cas de rupture (cas n°25), ou excluant toute indemnisation (cas n°16 et 17, avec les réserves apportées supra).

(1) Cf. J. CARBONNIER, ibid. ; G. FARJAT, Théorie des obligations, 1975, p.131.

(2) Cf. G. SCHRANS, Preadvies over praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1967, pp.23-25, et les références jurisprudentielles belges citées.

(3) Cf. R.B. SCHLESINGER, op.cit., I, p.89 ; G. FARJAT, op.cit., pp.130-131.

(4) "Id certum quod certum reddi potest" : cf. ANSON, op.cit., pp.24-26 ; F. KESSLER et E. FINE, op.cit., pp.413-414 ; en droit français, cf. A. WEILL, op.cit., n°232.

A défaut de stipulation contractuelle, que décider, et d'après quels critères ? Les solutions sont à la fois diverses et incertaines en droit comparé (1). Deux opinions récentes peuvent être citées en faveur d'une indemnisation comprenant le profit perdu du contrat avorté, tout au moins si la rupture est intervenue à un stade avancé des négociations (2).

Depuis Ihering, la doctrine allemande distingue les dommages et intérêts négatifs, c'est-à-dire les "dommages de confiance" (Vertrauensschaden, reliance interest), et les dommages et intérêts positifs, correspondant à l'inexécution du contrat (Erfüllungsinteresse, expectation interest). Les premiers tendent à replacer leur bénéficiaire dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas engagé la négociation manquée ; les seconds cherchent à compenser la défaillance du contrat non conclu ou non exécuté (3). La culpa in contrahendo est en principe sanctionnée par les dommages et intérêts négatifs (4).

L'engagement assumé par les signataires d'une lettre d'intention n'est pas déjà d'exécuter le contrat qui reste à conclure. L'obligation assumée n'est même pas d'aboutir à un accord, mais de mettre tout en œuvre pour y arriver. Dès lors, il paraît difficile de sanctionner la rupture fautive par une indemnisation calculée sur base des bénéfices perdus du contrat manqué. Si la sanction doit correspondre à l'obligation, le manquement au devoir de négocier de bonne foi ouvre plutôt la voie à l'octroi de dommages et intérêts négatifs, devant donc replacer le partenaire dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas entrepris de négocier avec le responsable de la rupture (5). Ces dommages et intérêts couvriront essentiellement

(1) Cf. R.B. SCHLESINGER, op. cit., I, p.89, note 13.

(2) A.M. DUGDALE et N.V. LOWE, op. cit., p.35; R.D. Mc GREW, op. cit., p.482 (ce correspondant de la Revue évoque aussi, en droit américain, la possibilité de "punitive damages").

(3) Sur cette distinction, cf. par exemple, K. LARENZ, op. cit., p.324 ; cf. aussi A. WEILL, op. cit. n°341 et note (2) p.357. La distinction est également utilisée en droit italien à l'occasion de l'application de l'art.1337 du Code civil.

(4) Mais certains textes peuvent limiter les dommages et intérêts négatifs au montant (qui peut être inférieur) des dommages et intérêts positifs. Cf. J. ESSER, op. cit., p.373.

(5) Compar. F. KESSLER et E. FINE, op. cit., p.405.

le coût de la négociation : temps perdu, frais de déplacement et de séjour, études préalables, etc... (1)

Dans la plupart des cas, les dommages et intérêts dus en cas de rupture fautive des pourparlers par le signataire d'une lettre d'intention devraient donc dédommager la partie lésée des seuls préjudices résultant de la négociation elle-même. Envisager l'indemnisation du bénéfice perdu du contrat manqué ne paraît possible qu'à un stade très avancé des négociations, dans ces situations où l'on considère parfois que le contrat est déjà conclu et que le juge peut en compléter les dernières stipulations de détail (voir plus haut).

Le problème des dommages et intérêts connaît des aspects particuliers lorsque le manquement consiste dans la violation d'une obligation spécifique comme celle de respecter le caractère confidentiel des informations échangées (cas n°21). Le préjudice ressenti par la firme dont le secret a été divulgué à des tiers devra également être indemnisé, sous réserve des problèmes de preuve relatifs à l'établissement du montant du dommage.

D'autre part, lorsqu'un des partenaires a été autorisé à engager les travaux (cas n°26), les dommages et intérêts résultant de la rupture fautive des pourparlers par l'autre partie devront également tenir compte du préjudice résultant de l'exécution en pure perte de ces premières phases du contrat manqué (2).

4. Portée des lettres d'intention après la conclusion du contrat

La négociation jalonnée de lettres d'intention a abouti : le contrat définitif est conclu. Les documents précontractuels perdent-ils dès lors toute portée ?

(1) Théoriquement les dommages et intérêts négatifs devraient aussi compenser, le cas échéant, le bénéfice perdu d'une opération qui aurait pu être conclue avec un tiers, si le partenaire lésé ne s'était pas cru lié par la négociation manquée (c'est dans une telle hypothèse qu'il est utile de limiter le Vertrauensschaden à l'Erfüllungsinteresse ; voir deux notes plus haut) ; mais compte tenu de la complexité et des aléas du type de négociations dont on discute ici par hypothèse, le partenaire lésé éprouvera sans doute bien des difficultés à établir que le contrat aurait certainement été conclu avec le tiers.

(2) Comp. à ce sujet R.D. Mc GREW, op.cit., p.481.

Les "contrats de négociation" qui ont pu être noués n'ont évidemment plus d'objet. Mais les lettres d'intention ne sont-elles susceptibles, en cas de litige, de concourir à l'interprétation du contrat, à titre de "travaux préparatoires" ?

Certains membres du groupe ont cru déceler à cet égard une opposition de principe entre le droit français, favorable à la prise en considération de documents précontractuels à fins d'interprétation, et le droit anglais, privant de toute portée tout ce qui a pu précéder la conclusion du contrat (1). D'autres membres estiment cependant que le juge anglais ne restera pas toujours indifférent à la valeur interprétative d'un document précontractuel.

Les parties peuvent être attentives à la question lors de la rédaction du contrat définitif, soit en prévoyant que les documents antérieurs s'incorporeront au contrat (2), soit au contraire en stipulant que les clauses du contrat définitif annulent et remplacent tout ce qui a pu précéder (3).

(1) Dans le même sens, cf. Ph. KAHN, op. cit., p. 187.

(2) Comp. Trollope & Colls v. Atomic Power (1962) 3 All E.R. 1035.

(3) Cf. Ph. KAHN, op. cit., pp. 187-189, citant quelques exemples de telles clauses.

III. Conseils aux négociateurs

L'étude et la discussion de la centaine de lettres d'intention rassemblées, ainsi que l'apport de l'expérience vécue des membres du groupe ont permis d'ébaucher les quelques éléments de synthèse juridique qui viennent d'être exposés. Nos débats ont également mis en évidence une série de dangers auxquels les rédacteurs de lettres d'intention ne sont pas toujours attentifs dans la pratique, ainsi qu'un ensemble de suggestions susceptibles d'améliorer l'utilisation des documents précontractuels.

a) La plupart des lettres d'intention examinées présentaient des vices plus ou moins graves de rédaction, de nature à engendrer d'inévitables difficultés d'interprétation entre les partenaires en cas de litige. On en a donné un exemple caractéristique (cas n° 12). Une raison principale de cette situation paraît résider dans le fait que les lettres d'intention sont souvent rédigées par des non-juristes, par exemple par des ingénieurs ou par le service commercial de l'entreprise. Ces personnes non initiées à la terminologie juridique utilisent des expressions du langage courant, sans souci de rigueur, voire même, dans certains cas, une terminologie particulière qu'elles ont mise au point, mais dont elles seules connaissent les nuances parfois surprenantes (certains services commerciaux, par exemple, introduisent de subtiles distinctions entre "accord", "contrat", "commande", etc...). Les ambiguïtés ainsi créées peuvent avoir des conséquences catastrophiques. Un premier conseil, impérieux, est que le service juridique soit toujours présent à la rédaction des documents précontractuels, ou qu'au moins, il fournisse aux négociateurs non-juristes des instructions précises quant aux formules à employer et à ne pas employer.

b) L'ambiguïté de certaines lettres d'intention procède parfois d'une autre cause. Les rédacteurs cherchent à faire accepter un document qui les engage le moins possible, tout en liant le partenaire. Un tel objectif engendre nécessairement des textes équivoques. Le groupe estime qu'il y a peu à gagner avec une telle attitude, qui risque au contraire de provoquer bien des déboires par

les incertitudes qu'elle entraîne. Il est toujours préférable d'exprimer aussi clairement que possible ce à quoi on s'engage, et ce à quoi on ne s'engage pas.

c) Si l'on souhaite ne pas s'engager, tout en ressentant le besoin d'établir l'un ou l'autre document faisant le point des négociations, il est indiqué de le dire, soit en recourant à une formule telle que la clause anglaise "subject to contract" (cas n° 14), sous réserve des doutes que l'on a émis quant à sa validité sous l'empire d'autres droits, soit en écartant toute débiteur de dommages et intérêts en cas de rupture (cas n° 16 et 17). Mais on ne perdra pas de vue que même en l'absence de toute obligation juridique, une lettre d'intention engage la réputation de la firme et que les conséquences extra-juridiques d'un reniement peuvent être aussi graves que les sanctions juridiques écartées (atteinte au crédit commercial, rupture des relations d'affaires, etc...).

d) Si au contraire on attend de la lettre d'intention qu'elle entraîne certains engagements, mieux vaut préciser explicitement l'objet de ces engagements : par exemple, celui de ne pas remettre inconsidérément en cause les résultats déjà atteints, ou celui de ne plus engager de négociations parallèles avec des tiers tant que se poursuit la négociation entre parties. Il est également très souhaitable de préciser les conséquences des manquements éventuels, notamment en ce qui concerne l'évaluation des dommages et intérêts. Les négociateurs peuvent aussi envisager l'opportunité de confier à un "arbitre" le soin de mettre au point certaines clauses accessoires du contrat en cas de différend entre les parties.

e) Une formule intéressante évoquée par un membre du groupe consisterait à stipuler au début des négociations que les différents documents précontractuels qui vont être établis n'engageraient les parties que dans la mesure où cela serait dit expressément.

f) Plusieurs des documents examinés montrent l'intérêt que peut présenter l'organisation d'une procédure de négociation, notamment en ce qui concerne la fixation de délais pour les différentes phases.

D'autre part, une clause relative au secret des informations échangées s'avère indispensable dans certains cas.

g) Le contrat définitif devrait contenir une clause relative aux lettres d'intention et autres documents qui l'ont précédé, soit pour définir leur valeur interprétative, soit au contraire pour les priver dorénavant de toute portée juridique.

h) Enfin, le problème du droit applicable ne peut être ignoré des négociateurs, car la portée juridique des différentes étapes de la formation d'un contrat n'est pas identique d'un pays à l'autre. On en a fourni plusieurs illustrations.

X X
X

La récolte et la discussion d'un important dossier de documents précontractuels a permis au groupe de travail d'apprécier l'intérêt et la diversité du phénomène des lettres d'intention et autres documents précontractuels, richesse que ne révèlent pas les exposés habituels de la formation des contrats. La théorie juridique de la négociation a fait d'importants progrès depuis plus d'un siècle, mais les matériaux ici rassemblés invitent à croire que beaucoup reste à faire. Lorsque la négociation est longue et difficile, l'élaboration du futur contrat est elle-même souvent préparée par la conclusion d'une série de contrats préalables, qui consacrent progressivement les résultats acquis, ou qui aménagent différents aspects des pourparlers. L'étude de ces contrats suscite de très difficiles problèmes, par exemple en ce qui concerne l'étendue des obligations assumées, l'appréciation de la faute ou le calcul des dommages et intérêts.

La chronique qui s'achève livre l'état actuel de l'expérience et des réflexions du groupe. Ce sont des résultats provisoires et encore très imparfaits. De nombreuses autres hypothèses où des documents précontractuels significatifs sont établis ont dû échapper à nos études de cas. La synthèse juridique est un premier essai,

qui doit être approfondi, et reposer sur de plus substantielles assises de droit comparé. Les conseils aux négociateurs pourront être complétés.

Comme à propos des clauses de hardship (1), le groupe poursuit ses réflexions. Il fait appel aux lecteurs de la revue, pour qu'ils fassent part de leurs réactions, de leurs critiques et de leurs expériences personnelles.

(1) Cf. les conclusions de notre première chronique, D.P.C.I., 1976, p. 44.