

Responsabilité civile et assurance

Etudes en l'honneur de

Baptiste Rusconi

Tirage à part

RECUEIL ÉDITÉ PAR

JÉRÔME BÉNÉDICT

PAUL MARVILLE

FRANÇOIS ROUX

RALPH SCHLOSSER

PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP

Avec la collaboration de

FRÉDÉRIC BERTHOUD

Diffusion :

EDITIONS BIS ET TER

Lausanne 2000

LES LETTRES D'INTENTION : PORTÉE ET SANCTION DES ACCORDS PRÉCONTRACTUELS

Par Ralph Schlosser, docteur en droit, LL.M., avocat

Lors de négociations tendant à l'élaboration d'un contrat, il n'est pas rare que les parties soient amenées à signer des conventions telles que lettres d'intention ou protocoles d'accord. Comme ces textes omettent souvent de définir avec précision quelle est leur portée, les problèmes d'interprétation sont fréquents, singulièrement en cas de rupture des pourparlers. La lettre d'intention revêt-elle un caractère contraignant ? La fin des négociations peut-elle justifier une indemnisation ?

A l'évidence, la portée des accords précontractuels dépend avant tout de leur contenu et des circonstances du cas d'espèce. Il paraît néanmoins possible de dégager un certain nombre de critères destinés à faciliter l'interprétation des conventions passées à l'occasion des négociations. Nous nous intéresserons plus particulièrement à la question de la nature des sanctions qui en découlent. Auparavant, quelques remarques introductives, d'ordre principalement terminologique, s'imposent.

I. Les différentes sortes d'accords précontractuels

Par **accord précontractuel**¹, nous entendons toute convention passée entre deux ou plusieurs parties à des négociations menées en vue de la conclusion éventuelle d'un contrat principal.

¹ Certains auteurs préfèrent l'expression « contrat de négociation » : M. FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, DPCI 1977, pp. 73 ss, spéc. pp. 102 ss. En allemand, on parle de « *Vorausvertrag* » (M. BAUMANN, *Vertraulichkeit und Geheimhaltung von Vertragsverhandlungen*,

Ces conventions ont des contenus extrêmement variables. Il est toutefois possible de distinguer quelques catégories importantes :

- La **lettre d'intention**². Elle réside généralement dans un acte par lequel une ou plusieurs personnes marquent leur volonté d'entrer en négociations ou de poursuivre des pourparlers³. Souvent, la lettre d'intention dresse la liste des points sur lesquels un accord a déjà pu être trouvé et celle des questions non encore tranchées⁴. On rencontre parfois des lettres d'intention unilatérales, c'est-à-dire des documents signés d'une seule personne⁵.
- Le **contrat d'option**. On comprend par là une convention par laquelle une partie octroie à une autre le droit discrétionnaire de donner naissance, par sa seule déclaration de volonté, à un contrat donné⁶. On songe en particulier

RSJ 1992, pp. 77 ss, spéc. p. 77 n. 2), par opposition au « Vorvertrag » de l'art. 22 CO, ou de « Vertragsverhandlungsvereinbarung » (H. SCHÄRER, *Vertragsverhandlungsvereinbarungen*, in : *In Sachen Baurecht, Festschrift Peter Gauch*, Fribourg 1989, p. 22). En anglais, il est question de « preliminary agreements » (E. A. FARNSWORTH, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 *Columbia Law Review* (1987), pp. 247 ss, spéc. pp. 249 s.).

² En anglais, on parle de « letter of intent ». En contrées germanophones, c'est le plus souvent l'expression anglaise qui est employée ; les puristes devraient lui préférer le terme de « Absichtserklärung » (encore qu'un auteur au moins s'oppose à l'assimilation de ces deux notions : P. SIEBOURG, *Der Letter of Intent*, Bonn 1979, pp. 16 et 116).

³ E. A. KRAMER, *Berner Kommentar*, VI/1/2/1a, Berne 1990, rem. 57 ad art. 22 CO ; SCHÄRER (n. 1), pp. 26 s. ; R. B. LAKE/U. DRAETTA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2^e éd., Salem (New Hampshire) 1994, pp. 5-6.

⁴ KRAMER (n. 3), rem. 57 ad art. 22 CO ; M. LUTTER, *Der Letter of Intent*, Cologne/Berlin etc. 1982, p. 10 ; B. RAUSS, *Der Letter of Intent - ein Vorvertrag ?*, in : *L'Expert-comptable suisse* 1988, p. 397.

⁵ RAUSS (n. 4), p. 397 ; R. B. LAKE, *Letters of Intent : A Comparative Examination under English, U.S., French and West German Law*, 18 *The George Washington Journal of International Law and Economics* (1984), p. 331.

⁶ *Obergericht ZH, ZR* 1994, p. 59, spéc. 61 ; D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Berlin/Tübingen 1965, p. 63 ; A. VON TUHR/H.

aux contrats d'option conclus dans le contexte d'un transfert de technologie : le preneur de licence potentiel se voit octroyer la possibilité d'éprouver le savoir-faire de l'autre partie, puis de choisir de lever l'option dans un certain délai, ce qui aura pour effet l'entrée en vigueur du contrat de licence envisagé⁷.

- L'**accord de confidentialité**. Par ce type de convention, l'une ou l'autre des parties à des négociations ou encore toutes deux promettent de garder secrètes les informations du cocontractant⁸. Des clauses de discrétion sont fréquemment insérées dans les lettres d'intention⁹ ou dans les contrats d'option¹⁰.
- Dans la pratique, on rencontre bon nombre d'**autres formes** d'accords précontractuels, auxquels les parties donnent des noms tels que protocole d'accord, *memorandum of understanding*¹¹, *heads of agreement*¹² ou

PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, II, 3^e éd., Zurich 1977, p. 277.

⁷ M. B. FINNEGAN, *Licences internationales de brevets et de savoir-faire*, Prop. ind. 1976, pp. 223 ss, spéc. p. 224 ; J.-M. DELEUZE, *Le contrat international de licence de know-how (savoir-faire)*, 4^e éd., Paris/Milan etc. 1988, rem. 30 ; P. PESTALOZZI, *Trade Secrets and Know-how in Swiss Law*, in : *Trade Secrets and Know-how throughout the World*, A. N. Wise (éd.), New York 1974, vol. 4 chap. 8, p. 8-181.

⁸ F. DESSEMONTET, *Les accords de confidentialité*, in : *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, pp. 27 ss, spéc. p. 28 ; R. SCHLOSSER, *Le contrat de savoir-faire*, Lausanne 1996, p. 121.

⁹ LAKE/DRAETTA (n. 3), p. 125.

¹⁰ FINNEGAN (n. 7), p. 224.

¹¹ Pour KRAMER (n. 3), rem. 63 ad art. 22 CO, le *memorandum of agreement* est la liste des points sur lesquels les parties ont pu trouver un accord à un stade donné des pourparlers. SCHÄRER (n. 1), p. 24, estime que ces termes sont synonymes de ceux de « Punktationen » (ci-après n. 13). Voir aussi N. R. HERZOG, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zurich 1999, rem. 156 n. 512.

¹² Selon SCHÄRER (n. 1), p. 25, les *heads of agreement* (qu'il considère comme synonymes de « prebid agreement » et de « protocole d'accord ») sont des documents dans lesquels les parties établissent la liste des points qui feront l'objet

*Punktation*¹³. Pour les besoins de la présente étude, il suffira de dire que le dénominateur commun de ces accords paraît tenir dans le fait qu'ils contiennent une liste des points ou clauses ayant fait ou devant faire l'objet des négociations, qu'il s'agisse du programme des séances à venir ou du catalogue des éléments sur lesquels les parties ont pu se mettre d'accord à un stade donné des pourparlers.

Doit en revanche être distingué des accords précontractuels le *gentleman's agreement*, qui est une convention dans laquelle les parties ne sont tenues qu'à des obligations morales, puisqu'elles s'entendent pour renoncer à en poursuivre l'exécution en justice¹⁴. De même, quoique les deux termes soient quelques fois employés comme synonymes, il convient de ne pas confondre la lettre d'intention avec la **lettre de parrainage**, qui constitue une déclaration par laquelle une société atteste de la solvabilité d'une autre entreprise (souvent une société fille) à l'égard d'un tiers (par exemple une banque)¹⁵.

de leurs négociations. Voir aussi KRAMER (n. 3), rem. 63 *ad* art. 22 CO, pour qui les *heads of agreement* se limitent à poser des « *Grundprinzipien* ». Voir encore SIEBOURG (n. 2), p. 152, qui estime que ce terme - qu'il considère comme synonyme de « *Punktation* » - recouvre généralement les documents dans lesquels les parties fixent par écrit les lignes directrices de leur accord.

¹³ Les « *Punktationen* » sont définies comme les documents qui fixent les résultats intermédiaires acquis en cours de pourparlers : SCHÄRER (n. 1), p. 23 ; Th. BÜHLER-REIMANN, *Der verhandelte Vertrag*, RSJ 1989, pp. 257 ss, spéc. p. 259 ; HERZOG (n. 11), rem. 156.

¹⁴ M. BAUMANN, *Gentleman's Agreement - Zulässigkeit und Anwendungsbereich im Privatrecht*, RSJ 1991, pp. 1 ss, spéc. p. 3 ; SIEBOURG (n. 2), pp. 153-155.

¹⁵ A. SCHOLLEN, Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions ?, RDAI 1994, pp. 793 ss ; LUTTER (n. 4), p. 12.

II. Qualification des accords précontractuels

A. Notion de précontrat

Certains auteurs ont pu parler de précontrat de manière large comme de tout accord passé à l'occasion de négociations¹⁶. C'est ce que nous qualifions d'accord précontractuel¹⁷. Pour éviter toute confusion, nous préférons en effet réserver l'expression de précontrat à la promesse de contracter de l'article 22 CO.

Est un précontrat au sens de cette disposition légale la convention par laquelle les parties s'engagent à passer ultérieurement un contrat générateur d'obligations entre elles ou entre l'une d'entre elles et un tiers¹⁸.

Selon le Tribunal fédéral¹⁹ et la doctrine majoritaire²⁰, le précontrat déploie les mêmes effets qu'un contrat pur et simple, au point que - pour la Haute Cour à tout le moins²¹ - son inexécution permette au créancier de poursuivre directement le partenaire récalcitrant en exécution de la prestation, sans avoir à passer par le détour d'une action en conclusion du contrat principal. Il faut noter que dans cette conception, il n'y a précontrat que lorsque la convention contient tous les éléments

¹⁶ Voir J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris 1988, rem. 60, qui se montre toutefois critique à l'égard d'une acception aussi large.

¹⁷ Voir ci-dessus, I.

¹⁸ H. MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2^e éd., Fribourg 1992, rem. 290 ; GUHL/MERZ/KOLLER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8^e éd., Zurich 1991, p. 101 ; VON TUHR/PETER (n. 6), p. 274.

¹⁹ ATF 118 II 32 = JdT 1993 I 387.

²⁰ GUHL/MERZ/KOLLER (n. 18), p. 102 ; VON TUHR/PETER (n. 6), p. 275 ; MERZ (n. 18), rem. 329 ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, p. 183 ; P. CAVIN, *La promesse de contracter*, SJ 1970 pp. 321 ss, spéc. p. 330.

²¹ ATF 118 II 32, spéc. p. 34 = JdT 1993 I 387. D'un autre avis notamment KRAMER (n. 3), rem. 121 *ad* art. 22 CO.

essentiels du contrat envisagé²². A certains égards, le précontrat peut alors apparaître comme une figure juridique superfétatoire²³.

Certains auteurs - plus spécialement les Professeurs Bucher et Stoffel - ont adopté une position divergente. Ils soutiennent d'une part que le précontrat n'a pas nécessairement à comprendre tous les éléments essentiels du contrat principal, du moins pas avec le même degré de détermination²⁴. D'autre part, toujours selon cette doctrine minoritaire, le précontrat atteste une volonté de contracter atténuée, de telle sorte que son inexécution entraîne pour seule sanction possible une action en dommages-intérêts²⁵.

Si cette acception minoritaire a certes le mérite de donner un sens à l'institution du précontrat, elle ne convainc pas entièrement. Elle ne nous paraît pas suffisamment tenir compte du texte de l'article 22 CO, qui parle de « l'obligation de passer une convention future ». Or, comment pourrait-on faire naître une telle obligation si les parties ne se sont pas mises d'accord sur tous les points essentiels de la « convention future » visée²⁶ ?

²² P. CAVIN, La vente, l'échange, la donation, in : TDPS VII/1, Fribourg 1978, p. 146 ; ENGEL (n. 20), p. 181 ; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/P. TERCIER, La partie générale du droit des obligations, 2^e éd., Zurich 1982, rem. 769 ; MERZ (n. 18), rem. 295.

²³ GUHL/MERZ/KOLLER (n. 18), p. 101 ; CAVIN (n. 22), p. 146 ; ENGEL (n. 20), pp. 181-182. En somme, le précontrat n'a un sens véritable que lorsqu'il vise à la conclusion d'un contrat futur entre l'une des parties et un tiers : KRAMER (n. 3), rem. 98 *ad* art. 22 CO.

²⁴ W. A. STOFFEL, La promesse de contracter en droit suisse, in : Pouvoir exécutif et pouvoir législatif, Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich 1986, pp. 131 ss, spéc. pp. 145-148 ; E. BUCHER, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, in : *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Berne/Stuttgart 1979, pp. 169 ss, spéc. pp. 183-187.

²⁵ BUCHER (n. 24), p. 189 ; STOFFEL (n. 24), pp. 148 s. Ces auteurs ne se prononcent toutefois pas clairement sur l'étendue des dommages-intérêts visés, notamment quant au point de savoir s'il s'agit de dommages-intérêts négatifs ou positifs.

²⁶ KRAMER (n. 3), rem. 97 *ad* art. 22 CO.

En revanche, les réflexions de Bucher et de Stoffel nous semblent précieuses à un autre titre : elles mettent en évidence que, lorsqu'on signe un accord précontractuel qui ne contient pas encore d'assentiment à propos de tous les points essentiels du contrat projeté, on n'en manifeste pas moins une intention renforcée de mener à bien les négociations entamées. En cas de rupture des pourparlers, la présence d'une lettre d'intention devrait ainsi conduire à reconnaître plus facilement l'existence d'une responsabilité précontractuelle qu'en l'absence d'un tel accord. Nous y reviendrons²⁷.

B. La qualification des différents types d'accords précontractuels

1. Les lettres d'intention multilatérales

a. En général

A s'en tenir à l'acception majoritaire du précontrat, force est de constater que les lettres d'intention ne pourront que très exceptionnellement être qualifiées de promesses de contracter au sens de l'article 22 CO²⁸.

En effet, comme on vient de le voir, pour qu'une telle qualification puisse être retenue, il faut que la lettre d'intention contienne tous les points essentiels du contrat futur. Or, la plupart du temps, les lettres d'intention sont passées soit avant même que les négociations aient commencé, soit à un stade des pourparlers où les parties ne se sont pas encore entendues sur l'ensemble des clauses essentielles de la convention future. Parfois, un consentement aura pu être trouvé sur un certain nombre de points, dont on dressera la liste dans l'accord précontractuel. Mais d'autres points - essentiels au sens de l'article 2 CO - restent en suspens et doivent précisément faire l'objet de la suite des tractations.

²⁷ Voir ci-dessous, III.

²⁸ RAUSS (n. 4), p. 399 ; HERZOG (n. 11), rem. 158-159. *Contra* : BÜHLER-REIMANN (n. 13), p. 259, qui estime que les lettres d'intention doivent en règle générale être qualifiées de précontrats au sens de l'article 22 CO.

En règle générale, les lettres d'intention ne sont donc pas contraignantes, mais marquent la volonté des signataires de continuer à négocier selon les règles de la bonne foi²⁹. Dans certains cas, il se peut cependant qu'il découle des circonstances ou du texte de l'accord précontractuel que les parties ont entendu lui conférer un véritable caractère obligatoire pouvant conduire à le qualifier de précontrat voire de contrat³⁰.

b. Quelques critères d'appréciation

Il va sans dire que les parties seront bien inspirées de définir elles-mêmes dans leur convention avec le plus de précision possible quelles sanctions elles souhaitent cas échéant attacher à son inexécution ou à sa mauvaise exécution. Toutefois, si elles ont omis de le faire et que leur texte est équivoque, il s'agit de l'interpréter, en recherchant la volonté des parties, la question centrale étant celle de savoir si elles ont entendu être liées à ce stade déjà ou non³¹.

Il nous apparaît à cet égard qu'un certain nombre d'éléments seront susceptibles de guider l'interprète :

- S'agissant du point de savoir si tel accord doit ou non être qualifié de précontrat, il conviendra de se demander en premier lieu si tous les **points essentiels** du contrat envisagé y sont réglés³². La notion de points essentiels est régie par l'article 2 CO et nous renvoyons à la jurisprudence et aux écrits qui s'y rapportent. Nous nous contenterons ici d'une remarque : le fait que l'on ne se soit pas mis d'accord sur tous les éléments de la relation contractuelle visée, pour importants qu'ils soient, ne fait pas nécessairement obstacle à une qualification comme contrat ou précontrat ; en effet, si le juge acquiert la conviction que les parties ont entendu se lier à ce stade

²⁹ KRAMER (n. 3), rem. 57 *ad* art. 22 CO.

³⁰ HERZOG (n. 11), rem. 157.

³¹ Pour tous, voir HERZOG (n. 11), rem. 148.

³² Voir ci-dessus, II. A.

déjà, il peut être amené à compléter le contrat sur l'un ou l'autre point³³. En d'autres termes, la question de la présence ou non de tous les points essentiels de l'accord ne doit pas être abordée de manière rigide, mais bien plutôt en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Ainsi, si les parties ont déjà commencé l'exécution de leur convention, on sera plus facilement enclin à en déduire l'existence d'un précontrat ou d'un contrat, quitte à procéder à son complètement³⁴.

- Si l'accord précontractuel contient une **liste des points non encore réglés** et qui devront faire l'objet des négociations à venir³⁵, on en déduira en bonne logique que les parties n'ont entendu être liées qu'une fois un consentement trouvé sur tous ces points. Cette règle d'interprétation vaut selon nous même si le texte que signent les parties contient, à côté d'une telle liste, un catalogue des points à propos desquels elles sont parvenues à se mettre d'accord³⁶.
- Le **titre** dont les parties affublent leur accord précontractuel ne saurait donner lieu à des déductions hâtives, comme nous l'enseigne l'article 18 CO³⁷ : *falsa demonstratio non nocet*. Toutefois, la désignation choisie par les intéressés peut aider à corroborer telle ou telle interprétation. Ainsi, l'emploi de l'expression « lettre d'intention » sera dans le doute plutôt indicative de l'absence de volonté des parties d'être liées à ce stade des

³³ Voir P. GAUCH, *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, recht 1991, pp. 45 ss, spéc. p. 47.

³⁴ GAUCH (n. 33), p. 49.

³⁵ Voir ci-dessus, I.

³⁶ Sur la question de savoir si l'accord partiel peut être considéré comme contraignant, voir ci-dessous, II. B. 3.

³⁷ KRAMER (n. 3), rem. 54 *ad* art. 22 CO. Voir aussi SIEBOURG (n. 2), pp. 191 s. : « ... zumal die Bezeichnung "letter of intent" allein keine eindeutige rechtliche Beurteilung der Vereinbarung zulässt ». Pour le droit anglo-saxon, voir LAKE (n. 5), p. 338 : « Use of the term letter of intent in a document does not denote ipso facto a non-binding agreement ».

pour parler³⁸, à tout le moins lorsque le document a été rédigé par un juriste³⁹.

- Le fait que les parties **réservent**, dans l'accord précontractuel, la conclusion ultérieure d'un contrat principal indique-t-il une volonté de n'être pas lié avant la passation de ce contrat ? Nous ne le pensons pas, car une telle réserve est également le propre du précontrat de l'article 22 CO⁴⁰. Il conviendra donc de se demander dans chaque cas particulier quelles sont les raisons qui ont amené les parties à opter pour la rédaction d'un accord précontractuel plutôt que pour celle d'un contrat en bonne et due forme.
- En revanche, le fait pour des négociateurs de prévoir que leur accord devra encore être **reformulé** ou **complété** ultérieurement peut être un indice de l'existence d'un véritable contrat ou précontrat, s'il en ressort que les intéressés se sont entendus sur les points essentiels de leur accord mais qu'ils en réservent simplement la mise en forme⁴¹. Cette situation sera fréquente lorsque les négociateurs ne sont pas juristes et qu'ils réservent la rédaction d'un contrat formel par des hommes de loi⁴².

³⁸ RAUSS (n. 4), pp. 397 et 400 ; SCHÄRER (n. 1), p. 27 ; HENRICH (n. 6), p. 70.

³⁹ E. A. FARNSWORTH, *Negotiation of Contracts and Precontractual Liability : General Report*, in : *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, pp. 657 ss, spéc. pp. 672 s.

⁴⁰ En droit anglais, toutefois, la clause « *subject to contract* » est en règle générale interprétée comme indiquant l'absence de caractère contraignant de la lettre d'intention : LAKE/DRAETTA (n. 3), pp. 71-72 ; FONTAINE (n. 1), p. 91.

⁴¹ SIEBOURG (n. 2), p. 96 évoque les documents rédigés à la va-vite (« *schnell zusammengekritzelte Schreiben* »), qui reflètent le souhait des parties d'être liées tout en réservant l'élaboration ultérieure d'un document plus complet régissant tous les détails de leur accord. Là encore, tout dépend cependant principalement des circonstances du cas particulier et notamment de la question de savoir si l'on s'est mis d'accord sur l'ensemble des points essentiels : LUTTER (n. 4), pp. 13-14 ; FARNSWORTH (n. 1), p. 262 n. 187.

⁴² Voir LAKE/DRAETTA (n. 3), p. 92.

- La **complexité** et l'**importance** de la transaction envisagée peut également jouer un rôle dans la qualification d'un accord précontractuel, en ce sens que l'on sera moins prompt à admettre qu'un document précontractuel règle tous les points essentiels d'un projet complexe (par exemple *joint venture* réunissant deux grandes entreprises) qu'en présence d'une affaire simple et usuelle⁴³.
- Le **commencement de l'exécution** du projet envisagé pourra être indicatif du caractère contraignant de l'accord précontractuel signé⁴⁴. Il importe peu, à cet égard, que les parties n'aient pas encore réglé tous les aspects de leur relation contractuelle : plus l'exécution de l'accord est avancée et plus l'on aura tendance à considérer qu'il contient tous les points essentiels, quitte pour le juge à le compléter là où il présente des lacunes⁴⁵. Toutefois, il arrive également que les parties prévoient simplement une phase initiale d'essai (*start-up phase*) devant précéder la conclusion d'un contrat définitif, auquel cas on considérera généralement que les parties restent libres, au terme de cette première étape, de ne pas poursuivre leur collaboration⁴⁶.
- Le **moment** où intervient la rédaction de la lettre d'intention peut appuyer telle ou telle interprétation. Ainsi, si l'accord précontractuel est rédigé à un

⁴³ H. L. TEMKIN, *When Does the "Fat Lady" Sing ? : An Analysis of "Agreements in Principle" in Corporate Acquisitions*. 55 *Fordham Law Review* (1986), pp. 125 ss, spéc. p. 132, qui relève que les tribunaux américains prennent notamment en considération les montants en jeu et le point de savoir si le contrat envisagé est d'un type commun ou au contraire inhabituel. Voir aussi les références citées par FARNSWORTH (n. 1), p. 261 n. 184 et 185.

⁴⁴ Voir l'arrêt *Reynolds Aluminium Company v. Multnomah County*, rendu en 1955 par la Cour suprême de l'Etat d'Oregon : le fait que la demanderesse ait payé après signature de la « *letter of intent* » un acompte de plus de 2 millions de dollars sur le prix de vente a conduit le tribunal à admettre l'existence d'un contrat de vente (cité par SIEBOURG (n. 2), p. 55). Voir aussi S. N. BALL, *Work Carried Out in Pursuance of Letters of Intent - Contract or Restitution ?*, 99 *The Law Quarterly Review* (1983), pp. 572 ss, spéc. p. 586.

⁴⁵ Voir ci-dessus, texte à n. 34.

⁴⁶ LAKE/DRAETTA (n. 3), p. 109.

stade particulièrement peu avancé des négociations, il s'agira plutôt d'un signe en défaveur de sa portée obligatoire⁴⁷.

- De manière générale, une **analyse de texte** peut aider à sous-tendre une interprétation donnée. Ainsi, l'emploi de termes tels que « éventuelle » ou « possible », en parlant de la collaboration envisagée, pourra être indicatif de l'absence de caractère contraignant de l'accord. A l'inverse, l'utilisation du présent de l'indicatif (« j'achète », « je vends ») attestera plutôt de l'existence d'une volonté de se lier⁴⁸.

2. Les lettres d'intention unilatérales⁴⁹

Quelques auteurs se sont demandés si la lettre d'intention unilatérale pouvait être assimilée à une offre⁵⁰. Comme pour la lettre d'intention multilatérale, la réponse à cette question dépendra des circonstances. Il peut être renvoyé *mutatis mutandis* aux réflexions exposées plus haut⁵¹. En effet, l'offre suppose de la part de l'expéditeur une volonté de se lier ou du moins l'apparence d'une telle volonté selon le principe de la confiance. Tel ne sera généralement pas le cas s'agissant d'une lettre d'intention⁵². En outre, l'offre devra contenir tous les points essentiels

⁴⁷ Voir SIEBOURG (n. 2), p. 137. Pour l'hypothèse inverse, voir FONTAINE (n. 1), p. 108 : « 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 ».

⁴⁸ Voir SIEBOURG (n. 2), p. 53.

⁴⁹ Certes, les lettres d'intention unilatérales ne sauraient être qualifiées d'« accords précontractuels » et ne devraient donc pas être englobées dans notre analyse. Nous estimons néanmoins utile de les évoquer brièvement, vu leur parenté avec les types de documents objets de cette contribution.

⁵⁰ LUTTER (n. 4), pp. 19-23 ; SIEBOURG (n. 2), pp. 155-158.

⁵¹ Ci-dessus, II. B. 1.

⁵² LUTTER (n. 4), pp. 19 s.

de la convention envisagée, ce qui manquera le plus souvent dans la lettre d'intention⁵³.

3. Les protocoles d'accord⁵⁴

Les parties sont-elles en droit de remettre en cause les points qu'elles font figurer comme « éléments acquis » dans un protocole d'accord ou un document équivalent ? A moins que le texte qu'elles ont signé ne s'analyse comme un précontrat ou comme un contrat à la lumière des règles d'interprétation évoquées plus haut, les parties ne sont pas liées par un tel document, pas même partiellement⁵⁵. Seule compte en effet la question de savoir si le texte considéré est ou n'est pas un précontrat ou un contrat⁵⁶. Dans la négative, aucun des négociateurs n'est lié - fût-ce en partie - tant que le contrat définitif n'est pas signé.

Sauf à retenir l'existence d'un précontrat ou d'un contrat, on n'autorisera donc pas l'une des parties à poursuivre l'autre en exécution de points que le protocole d'accord présentait comme acquis. En revanche, comme on le verra plus loin, le partenaire qui revient sur sa position encourra le plus souvent de ce fait une responsabilité précontractuelle⁵⁷.

⁵³ LUTTER (n. 4), p. 22. Voir cependant un arrêt de la Cour suprême de l'Etat d'Illinois rendu dans la cause *Borg-Warner Corporation v. Anchor Coupling Co., Inc. et al.*, où la Cour qualifie d'offre une lettre d'intention unilatérale (cité par SIEBOURG (n. 2), pp. 84-89).

⁵⁴ Nous voulons parler ici de manière globale des conventions qui contiennent une liste des points ayant fait ou devant faire l'objet des négociations : voir ci-dessus, I.

⁵⁵ LAKE/DRAETTA (n. 3), p. 206. Voir cependant FONTAINE (n. 1), p. 108, cité ci-dessus n. 47.

⁵⁶ HERZOG (n. 11), rem. 156. Nous ne pouvons partager l'avis de LUTTER (n. 4), p. 14, pour qui des formulations telles que « *principles of agreement* » ou « *heads of agreement* » plaident dans le doute en faveur de l'existence d'un précontrat.

⁵⁷ Voir ci-dessus, III.

4. Les contrats d'option

Le contrat d'option n'est pas un précontrat. Il s'analyse bien plutôt comme un contrat pur et simple, conclu sous la condition suspensive de son acceptation par l'une des parties dans un certain délai⁵⁸. Il convient selon nous de lui appliquer par analogie les règles concernant l'offre et l'acceptation⁵⁹. Ainsi, si les parties ont omis de fixer dans le contrat d'option le délai déterminant dans lequel le bénéficiaire doit se prononcer, on considérera que le promettant est lié « jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement » (article 5 alinéa 1 CO)⁶⁰. L'absence de réponse donnée dans le délai imparti (ou dans le délai légal supplétif) sera interprétée comme une renonciation, à moins que les circonstances ou la nature de l'affaire ne conduisent à la reconnaissance d'une acceptation tacite (article 6 CO) ; il y aura par exemple acceptation tacite lorsque le bénéficiaire poursuit au-delà du terme fixé l'exploitation du savoir-faire dont il devait tester la valeur, car il marque alors implicitement son intention de conclure la licence envisagée.

5. Les accords de confidentialité

L'accord de confidentialité n'est pas non plus un précontrat, mais bien un contrat pur et simple⁶¹. Son interprétation est régie par les règles générales applicables en matière contractuelle⁶².

⁵⁸ BUCHER (n. 24), p. 170 ; HENRICH (n. 6), p. 64. En France, le contrat d'option est qualifié de promesse de contracter unilatérale : MOUSSERON (n. 16), rem. 140.

⁵⁹ Dans ce sens : PESTALOZZI (n. 7), p. 8-181.

⁶⁰ En France, au contraire, on admet qu'en l'absence de terme fixé, le promettant reste tenu quasi-indéfiniment, la possibilité lui étant toutefois conférée de mettre son cocontractant en demeure de se prononcer : MOUSSERON (n. 16), rem. 148. De fait, en droit français, une offre est toujours librement rétractable : MOUSSERON (n. 16), rem. 139.

⁶¹ DESSEMONTET (n. 8), p. 30 ; BAUMANN (n. 1), p. 79 ; SCHLOSSER (n. 8), p. 122.

⁶² BAUMANN (n. 1), p. 80.

III. Accords précontractuels et responsabilité précontractuelle

Comme on l'a vu, dans la plupart des cas, la lettre d'intention ne pourra s'analyser comme un précontrat. Quelles sont alors les sanctions envisageables lorsque l'une ou l'autre des parties met fin aux négociations ou contrevient d'une manière ou d'une autre à ses engagements précontractuels ? On songe tout naturellement à la *culpa in contrahendo*.

Selon la jurisprudence et la doctrine, le fait de mettre un terme aux pourparlers, même sans raison impérieuse, n'est pas en soi constitutif d'une faute précontractuelle⁶³. Pour que l'on retienne l'existence d'une *culpa in contrahendo*, il faut au contraire que la rupture s'accompagne de circonstances qui dénotent une violation des règles de la bonne foi. Il y a en particulier responsabilité précontractuelle lorsque la partie qui rompt les négociations n'avait d'emblée aucune intention sérieuse de conclure un contrat ou que, ayant perdu pareille volonté en cours de pourparlers, elle n'en informe pas immédiatement son partenaire⁶⁴.

La situation est-elle différente lorsqu'on est en présence d'un accord précontractuel ? A notre sens, une telle convention peut bel et bien influencer sur la question de la *culpa in contrahendo*, et ce à deux titres.

D'abord, les parties peuvent régler explicitement dans la convention les conditions de la responsabilité et la nature des sanctions⁶⁵ ; elles auront du reste tout intérêt à le faire de manière la plus complète possible. Dans la lettre

⁶³ ATF 105 II 75, spéc. pp. 79 s. = JdT 1980 I 66 ; ATF 77 II 135, spéc. p. 137 ; KRAMER (n. 3), rem. 13 *ad* art. 22 CO ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER (n. 22), rem. 692 ; ENGEL (n. 20), p. 188.

⁶⁴ ATF 80 II 26, spéc. pp. 37 s. ; ATF 77 II 135, spéc. p. 137 ; HERZOG (n. 11), rem. 145.

⁶⁵ J. MEINS, *Die Vertragsverhandlung*, 2^e éd., Stuttgart 1993, p. 66.

d'intention, les parties pourront ainsi imposer aux négociateurs des obligations plus étendues que celles découlant du régime légal supplétif⁶⁶.

Ensuite, nous pensons que le seul fait que les parties aient conclu une lettre d'intention fait présumer une volonté renforcée de négocier en conformité des règles de la bonne foi⁶⁷. En effet, en signant un tel document, les intéressés partent en règle générale de la prémisse suivante : ils peuvent certes encore mettre fin aux négociations, mais il leur faudra pour cela une bonne raison⁶⁸. Ces considérations valent *a fortiori* lorsque l'accord précontractuel contient une clause dite de « *best efforts* » ou de « *best endeavours* », par laquelle les parties promettent de tout mettre en œuvre pour parvenir à un accord⁶⁹.

Certes, l'existence d'une lettre d'intention n'entraînera pas *ipso facto* la responsabilité précontractuelle de celui qui met fin aux pourparlers⁷⁰. Toutefois, l'on examinera avec plus de sévérité les raisons qui l'ont poussé à le faire⁷¹.

Il est déterminant à cet égard de juger la rupture des pourparlers à l'aune des **expectatives** créées par la lettre d'intention. Ainsi, lorsque le document précontractuel établit la liste des points sur lesquels le consentement mutuel est réputé acquis, le fait de revenir sur l'un ou l'autre de ces accords partiels entraînera généralement une *culpa in contrahendo*⁷², car il y a là un *venire contra factum*

⁶⁶ Elles pourront par exemple s'interdire mutuellement de mener des négociations parallèles avec des tiers, du moins durant un certain laps de temps.

⁶⁷ Voir LAKE/DRAETTA (n. 3), p. 206. Voir aussi ci-dessus, II. A.

⁶⁸ TEMKIN (n. 43), p. 130 : « ... while each party feels that either can walk away from the transaction, each is also likely to feel that there should be some justifiable good faith reason for doing so ».

⁶⁹ Voir LAKE/DRAETTA (n. 3), pp. 129 ss.

⁷⁰ LUTTER (n. 4), p. 65 ; SIEBOURG (n. 2), p. 149.

⁷¹ Voir SIEBOURG (n. 2), p. 225 et la jurisprudence (allemande) citée.

⁷² LUTTER (n. 4), pp. 65-66. Voir aussi MEINS (n. 65), p. 49 : « *Kaum ein Verhandlungsgeschehen ist so zermürbend wie die Entdeckung, dass die Gegenseite Grundpositionen, auf denen alles Weitere aufbauend abgesprochen wurde, ohne ersichtlichen Grund nicht mehr gelten lassen will* ».

proprium qui justifie une indemnisation⁷³, à moins que l'auteur de la rupture ne parvienne à rendre vraisemblable que celle-ci s'explique par des raisons dont on ne peut lui tenir rigueur (examen de faisabilité se révélant défavorable, incapacité de trouver un accord sur l'un ou l'autre point essentiel, etc.).

En outre, la présence d'un accord précontractuel peut également avoir une incidence sur la problématique des **négociations parallèles**. De manière générale, on admet que les parties sont libres de mener simultanément avec des partenaires différents des pourparlers portant sur le même objet contractuel⁷⁴. La conclusion d'un accord précontractuel n'empêchera pas en soi les parties de mener des négociations parallèles⁷⁵. En revanche, nous pensons qu'il y a lieu de présumer que les signataires d'une lettre d'intention ont à cet égard un **devoir d'information renforcé**, en ce qu'elles devront notamment communiquer à l'autre partie l'existence de pourparlers parallèles, voire la teneur d'offres éventuelles de tiers.

Il convient de ne pas perdre de vue que l'admission d'une responsabilité précontractuelle entraîne l'indemnisation du seul **dommage négatif**, qui couvre les coûts liés aux négociations (frais de déplacement, études de faisabilité, honoraires d'avocat, etc.) et l'éventuel gain manqué s'il s'avère qu'un contrat aurait pu être conclu avec un tiers⁷⁶. Or, ce sont souvent la perspective de tels frais, parfois importants, qui pousse les parties à conclure une lettre d'intention, afin de s'assurer de la réelle volonté du partenaire de parvenir à un accord futur⁷⁷. Il est

⁷³ LUTTER (n. 4), p. 67.

⁷⁴ FARNSWORTH (n. 1), p. 279 ; le même (n. 39), pp. 677 s. *Contra* : MOUSSERON (n. 16), rem. 36 ; FONTAINE (n. 1), pp. 108 s.

⁷⁵ LUTTER (n. 4), p. 42.

⁷⁶ Pour ce qui est du *lucrum cessans*, il faudra prouver que tel contrat déterminé aurait été conclu de manière sûre et que l'on y a renoncé uniquement parce que l'on se trouvait en négociations avec celui auquel on entend réclamer une indemnité de ce chef. Il va sans dire que ce type de preuve ne pourra être rapporté que très exceptionnellement.

⁷⁷ FONTAINE (n. 1), p. 97 ; MEINS (n. 65), p. 67.

donc légitime que la présence d'une lettre d'intention conduise à une reconnaissance accentuée de la responsabilité précontractuelle des négociateurs.

IV. Conclusions

L'interprétation d'accords précontractuels est souvent litigieuse. En l'absence d'un texte clair, les documents en question ne pourront être considérés qu'exceptionnellement comme ayant une portée obligatoire. Quoi qu'il en soit, nous pensons que la signature d'une lettre d'intention marque une volonté renforcée des parties de négocier selon les règles de la bonne foi en affaires, ce qui amènera à retenir plus promptement une responsabilité précontractuelle à la charge de celui qui rompt les pourparlers qu'en l'absence d'une telle convention. En tout état de cause, on recommandera toutefois vivement aux signataires d'un accord précontractuel de prévoir avec précision l'étendue de leurs obligations et la nature des sanctions.