

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE LA MODERNISATION ET
DE LA TECHNOLOGIE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1991-1992

SECTION GREFFE

3e ANNEE

La lettre d'intention et le juge

Mémoire présenté par

MACOUMBA COUME

MINISTRE DE LA MODERNISATION
ET DE LA TECHNOLOGIE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE



Division Judiciaire

MEMOIRE DE FIN DE FORMATION

LA LETTRE D'INTENTION ET LE JUGE

présenté par
MACOUMBA COUME

	Pages
TABLE DES MATIERES	I
- Remerciements.....	V
- Dédicaces.....	VI
- Avertissement.....	VII
- Liste des principales observations.....	VIII
° °	
°	
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE	
LA NATURE JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION.....	7
CHAPITRE I - LA NATURE CONTRACTUELLE DE LA LETTRE D'INTENTION	8
SECTION I : LES CONDITIONS DE FORMATION.....	8
§ 1 : L'offre.....	9
§ 2 : L'acceptation	10
SECTION II : L'OBLIGATION DANS LA LETTRE D'INTENTION....	13
§ 1 : L'existence d'une obligation juridique...	13
§ 2 : L'autorité de l'obligation.....	17
1° L'obligation de moyens.....	18
2° L'obligation de résultat.....	21
CHAPITRE II - LETTRE D'INTENTION ET CAUTIONNEMENT.....	26

- II -

SECTION I : L'ASSIMILATION DE LA LETTRE D'INTENTION AU CAUTIONNEMENT.....	26
§ 1 : La nouvelle conception du cautionnement	26
§ 2 : Enjeux et intérêts de l'assimilation....	29
SECTION II : L'AUTONOMIE DE LA LETTRE D'INTENTION.....	32
§ 1 : Le degré de l'engagement.....	32
§ 2 : Les rapports entre l'auteur et le destinataire de la lettre d'intention.....	34
DEUXIEME PARTIE	
LE REGIME JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION.....	36
CHAPITRE I - LES PROBLEMES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	
SECTION I : PROBLEMES DE COMPETENCE JURIDICTIONNELLE...	37
§ 1 : La compétence des juridictions sénégalaises	38
§ 2 : Les exceptions à la compétence des juridictions sénégalaises.....	39
SECTION II : LA LOI APPLICABLE.....	40
§ 1 : L'examen des techniques de conflit de lois applicables à la lettre d'intention.....	40
A - Loi applicable aux contrats et aux sûretés personnelles.....	41

- III -

1) L'application de la règle subsidiaire de conflit aux contrats en général.....	42
2) L'application de la règle subsidiaire de conflit aux lettres d'intention.....	43
B - La loi applicable aux sociétés.....	44
§ 2 : La loi applicable aux clauses de la lettre d'intention.....	44
A - La filiale et le destinataire de la lettre sont établis dans un même pays.....	44
a) Clauses de référence à la permanence de l'investissement.....	45
b) Clauses relatives à la qualité de la gestion et à la situation financière de la filiale	45
B - La société-mère, la banque et la filiale sont établies dans des pays différents.....	46
CHAPITRE II - LA SANCTION APPLICABLE AUX LETTRES D'INTENTION	47
SECTION I : LE REGIME DE LA RESPONSABILITE.....	47
§ 1 : L'autorisation préalable.....	47
§ 2 : Le principe de la responsabilité et la réparation.....	51
A - Le principe de la responsabilité.....	51
a) Responsabilité envers le destinataire....	51
b) Responsabilité par rapport à la réglemen- tation de la comptabilité des sociétés et à	

- IV -

celle applicable aux changes.....	55
B - Exonération de responsabilité.....	58
a) Les causes d'exonération.....	58
b) Les clauses d'exonération.....	59
§ 3 : La réparation.....	60
A - Nature de la réparation.....	60
B - Montant de la réparation.....	60
§ 4 : La prescription.....	62
SECTION II : LA SAUVEGARDE DE LA CREANCE DU DESTINATAIRE DE LA LETTRE D'INTENTION.....	63
§ 1 : L'hypothèque judiciaire.....	63
A - Les conditions relatives à la créance.....	64
B - L'autorisation du juge.....	65
§ 2 : La saisie-arrêt.....	67
CONCLUSION.....	70

- Annexe : jurisprudence sénégalaise.

- Bibliographie.

- REMERCIEMENTS -

- Ce travail est pour nous un cadre idéal pour témoigner notre gratitude à tous nos formateurs qui n'ont ménagé aucun effort pour assurer notre formation durant ces deux années. Si ces quelques mots ne suffisent pas pour exprimer toute la reconnaissance que nous leur devons, qu'ils soient, dès à présent sûrs qu'ils sont de bonnes références pour les jeunes que nous sommes.

- Mention spéciale à Mme Fatoumata KA DIOP, 1er Vice-Président du Tribunal régional Hors Classe de Dakar qui nous a très vite compris, aidé et assisté.

- A notre Directeur des Etudes et ami le Président El Hadj GUISSSE pour tout le soutien qu'il nous a apporté.

- Au Directeur Général de l'E. N. A. M., M. Abdou Karim GUEYE pour son aide.

- Nous ne saurions ne pas penser à M. Amadou FAYE, Maître-Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques, à qui nous devons beaucoup.

- A. M. Isaac Y. NDIAYE pour toute son aide.

- A Mme Marie Hélène FAYE, pour sa disponibilité, son esprit de coopération, sa générosité, sa "main propre" ; nous exprimons ici notre désolation de n'avoir pu trouver les mots qualifiés pour dire tout ce qu'il y a de positif dans sa personne.

- A Mme Rouguillatou NDIAYE pour sa gentillesse.

- A MM. NDOYE et SY au service des T. D. et Examens de la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques pour leur soutien.

- Ces remerciements s'adressent également à tous les autres qui de près ou de loin nous ont apporté leur soutien et leur aide.

- VI -

- D E D I C A C E S -

Nous dédions ce travail à :

- la mémoire de Kimigntan COUME que nous n'avons pas l'occasion de voir et de connaître ;

- la mémoire de nos grands-parents qui ont mis au monde des enfants dont la dignité et la sagesse sont exemplaires ;

- nos père et mère que nous ne remercierons jamais assez de nous avoir donné naissance : ils sont notre fierté ;

- nos frères et soeurs que nous aimons bien ;

- tous nos autres parents ;

- tous nos camarades que nous avons cotoyés durant toutes nos études ;

- tous nos copains et copines.

°

°

°

- VII -

- AVERTISSEMENT -

Les chiffres qui précèdent les paragraphes ainsi que ceux entre parenthèses mais précédés de n° , sont les numéros des paragraphes. En revanche, les chiffres entre parenthèses, seuls, renvoient en bas de pages (références).

o o
 .
 .
 o

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

- B. C. : Bulletin Civil (ou Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation :
Chambres Civiles).
- C. A. : Cour d'Appel.
- Civ. : Chambre Civile de la Cour de Cassation française.
- Com. : Chambre Commerciale de la Cour de Cassation française.
- C. F. : Code de la Famille (du Sénégal).
- C. O. C. C. : Code des Obligations Civiles et Commerciales (du Sénégal).
- C. P. C. : Code de Procédure Civile (du Sénégal).
- D. - Dalloz.
- D. P. C. I. : Droit et Pratique du Commerce International.
- D. S. : Dalloz - Sirey.
- F.E.D.U.C.I. : Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du
Commerce International.
- G. P. : Gazette du Palais.
- I. R. : Informations rapides.
- J. C. P. : Juris-classeur Périodique^{*}.
- J. O. R. S. : Journal Officiel de la République du Sénégal.
- R. C. D. I. P. : Revue Critique de Droit International Privé.
- Rev. Bq. : Revue Banque.
- Rev. T. D. Com. : Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
- Som. : Sommaire.
- T. C. : Tribunal de Commerce.
- T. R. H. C. Dkr : Tribunal Régional Hors Classe de Dakar.

INTRODUCTION, N G E N E R A L E

=====

1- Le monde des affaires fonctionne suivant des lois formelles et informelles, animé qu'il est par des impératifs de sécurité et de souplesse. Et pour s'assurer un bon fonctionnement, il a besoin de disposer d'un certain nombre de moyens dont l'un des plus importants est le crédit.

En effet, les sociétés éprouvent constamment le besoin et la nécessité de recourir aux établissements financiers pour obtenir des concours financiers. Mais la vie économique, peu encline à la gratuité et dominée par l'impératif de croissance a entendu constituer des mécanismes de sécurité au profit de ces établissements notamment des sûretés. Seulement, dans bon nombre de cas et pour plusieurs raisons, les sociétés sont réticentes à accorder des sûretés traditionnelles jugées très contraignantes. La pratique leur a permis de trouver de nouvelles techniques qu'elles utilisent en lieu et place de ces mécanismes de garanties traditionnelles: c'est le cas notamment de la lettre d'intention (ou de patronnage ou de confort, entre autres)(1), que l'on peut définir comme un document adressé à un établissement financier en vertu duquel une personne (physique ou morale) considérée comme solvable, conforte ou patronne le crédit que l'on peut faire à une autre personne en "prodigant au destinataire des assurances quant aux engagements contractés par le bénéficiaire du crédit" (2). C'est une opération qui se passe le plus souvent entre une société-mère, auteur de la lettre, une banque destinataire de ladite lettre et une société filiale bénéficiaire du crédit octroyé par la banque. Comme exemples de lettres d'intention, on peut citer celles dans lesquelles les sociétés-mères présentent leurs filiales aux banques soit avec des indications précises sur ^{leur} politique, soit elles reconnaissent être au courant du crédit mis par la banque à la disposition des filiales et en approuvent le principe, soit elles donnent des indications sur la situation financière des filiales et affirment

(1) Avec quelques nuances d'après certains auteurs : cf. notamment Ibrahim NAJJAR : l'autonomie de la lettre de confort ; D. S. 1989, Chr. XXXII, p. 217.

(2) Ph. SLIMER cité par J.P. BRILL : note sous Com. 21 Déc. 1987: D.S. 1989. IR. p. 113 et suivantes.

que celles-ci sont capables de faire face à leurs engagements (1).

Autre exemple : une société-mère adresse une lettre d'intention à une banque en lui disant qu'elle fera tout le nécessaire pour que sa filiale respecte les engagements qu'elle a souscrits auprès d'elle (2).

On rencontre également les lettres d'intention dans le commerce international où l'observation des relations économiques révèle une tendance à la conclusion d'opérations de plus en plus complexes, complexité qui fait que l'exécution de ces opérations peut s'inscrire dans le moyen ou le long terme (3). Le corollaire de cette complexité, c'est que "la structure juridique" de ces opérations est nécessairement très élaborée en ce sens qu'elle repose souvent sur un ensemble de contrats interdépendants, aux clauses multiples et complexes, cherchant à combiner de manière adéquate des dispositions essentiellement "techniques" et celles plus spécifiquement "juridiques".

La négociation et l'élaboration de telles opérations peuvent dépasser leur début d'exécution. Ainsi, les parties à la négociation éprouvent la nécessité d'établir des documents préparatoires sous forme de protocoles d'accord ou afin d'informer des personnes dont le concours est attendu sur la situation de la négociation, celles-là même qui, à la sollicitation d'un des négociateurs donnent l'assurance de leur concours éventuel "à l'intention de l'autre partie". Ajoutons enfin que des organismes publics peuvent émettre des lettres d'intention.

2- L'usage des lettres d'intention est né d'une pratique anglo-saxonne (4) et s'est répandue dans les groupes de sociétés (5). Notre pays, le Sénégal, connaît également cette pratique, surtout que "le tissu économique dit moderne... est essentiellement

(1) J. P. BERTREL : Les lettres d'intention : Rev. Bq. Oct. 1986 n° 465.

(2) C. A. Paris, 31 Mai 1989 : D. 1989 : Som. p. 327.

(3) FONTAINE : Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux : D.P.C.I. 1977 - 76.

(4) DE VITA : La jurisprudence en matière de lettres d'intention : G. P. 1987, Doctrine p. 667.

(5) R. T. D. Com. 1981, p. 812.

composé de filiales dont les maisons-mères sont situées à l'étranger" (1).

3 - De par son esprit et son contenu, il est possible que la lettre d'intention (considérée par certains auteurs comme une forme d'engagement d'honneur) (2) soit confondue avec d'autres institutions notamment le cautionnement, la promesse de porte-fort, la stipulation pour autrui, la garantie à première demande.

Le cautionnement est l'institution à laquelle on rapproche le plus la lettre d'intention ou de confort. Il arrive même des fois que des lettres d'intention soient considérées comme des cautionnements. Cependant, on a eu à affirmer que la lettre de confort, si elle peut constituer un cautionnement n'en est pas nécessairement un (3) (cf. infra n° 15 et suivants).

S'agissant de la promesse de porte-fort, elle s'analyse en un engagement pris par une personne, d'obtenir d'un tiers qu'il ratifiera le contrat conclu pour son compte et auquel elle n'est pas partie. La lettre d'intention n'est pas pareille car elle n'a pas pour objet de faire une promesse pour une éventuelle ratification par le bénéficiaire du crédit.

Dans la stipulation pour autrui, le stipulant obtient du promettant l'exécution d'une prestation au profit d'une troisième personne, le bénéficiaire qui devient ainsi créancier sans avoir été partie au contrat. Par le jeu de la lettre d'intention, la société-mère n'entend certes pas faire naître obligatoirement un droit au profit de sa filiale car la banque ne peut être obligée, par la lettre, d'octroyer le crédit. Ceci pour dire que dans la stipulation pour autrui, il existait un contrat entre le stipulant et le promettant duquel dépend la stipulation : ce qui n'est pas

(1) Abdoulaye SAKHO : Les lettres de confort ou de patronnage des sociétés-mères à l'égard de leurs filiales : LEX. n° 241. Vend. 20 Nov. 1992 ; également Tr. Dkr n° 1 102 du 13 Mai 1989 : BSK c/SPCA THUBET. S. ND. BOUNA : EDJA n° 19.P. 7 et suiv.

(2) Bruno OPPETIT : L'engagement d'honneur : D. S. 1979 p. 109.

(3) Com. 21 Décembre 1987 précité.

le cas dans la lettre d'intention car il peut bien n'exister aucun rapport contractuel a priori entre le signataire et le destinataire en dehors de celui créé par la stipulation qui ne peut s'entendre ici que de l'engagement au profit du destinataire. Du reste, la lettre d'intention peut intervenir alors même que la banque a déjà accordé à la filiale le crédit demandé.

En matière de garantie à première demande, le garant s'engage à verser une certaine somme à un contractant, en règlement d'une créance qui a une origine contractuelle. Il suffit que le contractant allègue cette créance pour que le garant soit obligé de procéder au versement de la somme demandée, que la demande s'accompagne ou non de documents justificatifs (1). Tandis que dans la lettre d'intention, il n'est généralement pas question de payer directement et a priori dès lors qu'on en fait la demande, pourvu d'ailleurs tout simplement que la lettre d'intention puisse obliger juridiquement son signataire.

4- En effet, les lettres d'intention sont le produit de l'imagination de praticiens, soucieux de faire échapper certains de leurs engagements aux règles légales jugées gênantes et inadaptées à leurs besoins. Les milieux d'affaires sont plus prompts à se satisfaire d'un "juridisme" informel et verbal qu'à s'incliner devant la règle de droit. Ainsi les souscripteurs des lettres d'intention estiment que celles-ci ne les engagent encore à rien. Cependant, le refus de ces milieux des rigueurs légales n'entache en rien leur volonté de respecter certains de leurs accords et de se considérer comme liés par ceux-ci. D'ailleurs, en l'absence de tels engagements, il serait très surprenant que des professionnels mettent en jeu des intérêts considérables. Seulement ils sont conscients que le débiteur qui n'exécute pas ses engagements subira les sanctions des milieux très puissants : sa crédibilité commerciale

(1) G. MARTY et P. RAYNAUD par Ph. JESTAZ : Les sûretés : la publicité foncière. 2è éd., p. 431 et suivantes.

) pourra en être profondément affectée. Encore faudrait-il que tous aient délibérément choisi de se satisfaire de ces sanctions. Dans le cas contraire, peut-être serait-il possible d'envisager le problème sous un autre angle. En effet, si pour certains les lettres d'intention ne présentent pas les aspects juridiques liés aux garanties classiques, les établissements financiers qui les reçoivent ne les prennent pas moins comme des "garanties". C'est peut être ce qui les pousse à s'adresser au juge. Il apparaît ainsi que leur situation juridique est incertaine. Il peut arriver qu'à travers les situations et les formules qu'elles contiennent, certaines d'entre elles ou certaines de leurs clauses comportent des obligations au sens juridique du terme (cf. infra n° 10 et suiv.). Une difficulté pourrait venir du fait que leur lettre ou leur esprit ne soit pas systématiquement perçus par le droit classique.

Cette situation peut se compliquer davantage si les parties en présence appartiennent à des systèmes juridiques différents : ce qui laisse apparaître nécessairement des problèmes de droit international privé (cf. infra n° 48 et suivants).

Ce qui est généralement constant cependant c'est qu'à la base de la lettre d'intention, il y a la volonté de son auteur d'échapper au droit. Mais la seule volonté individuelle permet-elle d'échapper au droit ? Certainement pas. Dès lors le juge saisi doit pour sanctionner les rapports entre les parties, voir si l'engagement présente des aspects juridiques. Ainsi sera-t-il amené à interpréter et à apprécier les lettres d'intention afin de faire la part des choses. Et cela est d'autant plus important qu'on a dû noter que du degré d'engagement contenu dans la lettre d'intention dépend l'intensité de l'obligation (1). Ceci est corroboré par l'affirmation selon laquelle "... la mesure exacte de l'engagement du souscripteur de la lettre d'intention, résulte dans chaque cas, de l'analyse des termes employés par celui-ci pour manifester sa volonté de s'engager aux côtés de sa filiale d'une manière

(1) G. RIPERT et R. ROBLOT : Traité de Droit commercial : T.2, 11ème éd., n° 2 431.

qui peut être plus ou moins contraignante" (1). Ce qui fait qu'on peut aller d'un simple engagement moral jusqu'à un cautionnement déguisé (2).

5 - Il résulte de ce qui précède que le phénomène des lettres d'intention pose une question majeure à savoir sa nature juridique. La détermination de celle-ci est d'une importance à ce point capitale que d'elle dépendra le régime juridique qui lui sera applicable. Ainsi, notre travail consistera essentiellement à nous faire une idée sur la nature juridique des lettres d'intention (1ère Partie), afin de mieux saisir le régime qu'on pourra lui assigner (2ème Partie), ce qui nous permettra, dans une certaine mesure, d'apporter notre modeste contribution en vue de faire progresser les sciences juridiques dans notre pays.

=====

(1) C. A. Paris 10 Mars 1989 : D. S. 1989 jurisprudence, p. 440.

(2) RIPERT et ROBLOT, précités.

PREMIERE PARTIE

LA NATURE JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION

=====

6- Parler de la nature juridique de la lettre d'intention revient à se demander si elle peut être une source d'obligation: a-t-elle par exemple une nature contractuelle ? (Chapitre I) Et si c'est le cas qu'elle sera la nature de ce contrat ? (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA NATURE CONTRACTUELLE DE LA LETTRE D'INTENTION

6^{bis} - Pour que la lettre d'intention puisse constituer un contrat, il est nécessaire qu'elle respecte les conditions de formation requises (Section I) et comporte des obligations (section II) au sens juridique du terme.

SECTION I : LES CONDITIONS DE FORMATION *

6^{bis} - Pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait rencontre des consentements. Classiquement, la formation du contrat, à ce propos, peut se réaliser en un seul trait de temps : c'est le cas des contrats entre présents. Elle peut également se réaliser successivement : c'est le cas des contrats entre absents. Ainsi en est-il le plus souvent entre la société-mère émettrice et la banque destinataire de la lettre d'intention, qui ne se trouvent pas toujours au même endroit. Dans ce cas, il y a une offre suivie d'une acceptation et ce malgré le caractère unilatéral de la lettre d'intention.

* N B. Nous n'étudierons ici que des conditions de fond.

En effet, la chambre commerciale de la Cour de Cassation française le dit très nettement : "... malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire (et eu égard à la commune intention des parties), constituer à la charge de celui qui l'a souscrite, un engagement contractuel..." (1). Il apparaît donc que la lettre peut elle-même constituer une offre (§ 1) qui peut être acceptée (§ 2).

§ 1 : L'offre.

7- Rappelons que l'offre est la déclaration unilatérale de volonté adressée par une personne appelée offrant à une autre et par laquelle elle lui propose la conclusion d'un contrat.

Elle ne pose généralement pas de problèmes en matière de lettre d'intention. En effet, une société-mère qui "patronne" ou "conforte" le crédit de sa filiale, entendant aider celle-ci, a le plus souvent le choix des moyens ou des modalités de cette aide. Elle peut avoir toute latitude en ce qui concerne le contenu de la lettre.

Exemple : Une société adressant une lettre d'intention à une banque y affirme son intention de soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et qu'elle fera tout le nécessaire pour que celle-ci respecte les engagements qu'elle contractera avec elle.

Autre exemple : "le memorandum of intent" en matière de négociation des contrats internationaux : qui peut consister en un résumé des principaux points d'accord, résultant de la négociation, entre les différentes parties, dans lequel l'une d'entre elles reprend la teneur des accords et des termes de l'opération envisagée et l'adresse sous forme d'offre à l'autre partie en la priant, en cas d'approbation, de contresigner le double de l'offre afin qu'elle devienne effective (2) : ce contresigning vaut

(1) Com. 21 Décembre 1987, précitée.

(2) I. NAJJAR : précité : note n° 18.

acceptation.

§ 2 : L'acceptation.

8 - L'acceptation est la manifestation de volonté adressée à l'offrant. Elle marque le moment où se forme le contrat et où naît l'engagement contractuel. En matière de lettre d'intention quelles peuvent être les modalités ou formes de cette acceptation?

L'acceptation peut être expresse. Ainsi elle l'est le plus souvent sous la forme d'une lettre que certains auteurs appellent "lettre de confirmation" (1). L'acceptation peut également être tacite. C'est le cas par exemple lorsque la lettre d'intention est mentionnée dans l'acte notarié de prêt (2). Autre forme d'acceptation tacite : la banque accorde le crédit demandé après avoir reçu la lettre d'intention, ou bien que les termes de la lettre d'intention ont été négociés comme cela peut être le cas dans le cadre du "memorandum of intent" dont on a parlé plus haut.

Cependant, en l'absence de ces cas énumérés, peut-on considérer qu'il y a eu accord de volonté suivant la règle selon laquelle "le silence vaut acceptation" ? Il semble que la réponse soit affirmative. En effet, une jurisprudence relativement ancienne le dit : "si en principe le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation, il est cependant permis aux juges du fond, dans leur appréciation souveraine des faits et de l'intention des parties et lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle est adressée, de décider que son silence vaut acceptation (3)".

Cette décision avait été rendue suite à un pourvoi contre un jugement qui avait considéré comme acceptée par des locataires, et par suite comme irrévocable, bien qu'elle soit demeurée sans réponse, l'offre de remise partielle de loyers échus,

(1) et (2) BRILL : noté sous Com. 21 Décembre 1987 précité.

(3) Req. 29 Mars 1938, D. P. 1938. I. R. Note VOIRIN.

faite par un bailleur, alors qu'il était constaté que celui-ci avait exercé à plusieurs reprises des poursuites en paiement de la dette ainsi réduite, sur laquelle les locataires avaient versé un acompte.

Ce qui est déterminant dans cette jurisprudence c'est le critère de "l'offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire".

De pareils problèmes surviennent le plus souvent quand la lettre d'intention est adressée à la banque après que celle-ci ait déjà octroyé le crédit. La banque reçoit la lettre mais ne répond pas jusqu'à l'ouverture d'un contentieux devant le juge à l'occasion duquel elle se prévaut de cette lettre d'intention. Le cas s'est produit au moins une fois chez nous (1).

g- Outre cette hypothèse, n'est-il pas possible de faire prévaloir la théorie de "l'engagement unilatéral de volonté"? Rappelons que celle-ci consiste en une manifestation de volonté du débiteur seul, en ce sens qu'il peut être obligé du seul fait qu'il veut l'être, par une simple déclaration unilatérale de volonté émanée de lui seul sans qu'il soit nécessaire pour le créancier de donner son consentement.

Notons que la majorité de la doctrine est contre l'application d'une telle théorie. En France, par exemple, des auteurs ont fait valoir qu'"en principe... un acte juridique unilatéral émanant d'une seule volonté ne peut faire naître d'obligation. Ceci est la conséquence du principe libéral qui est à la base du code civil" (2). Ils soutiennent toujours qu'"en l'état actuel de notre droit, l'admission de l'engagement unilatéral de volonté, à côté du contrat aboutira sans doute à introduire dans les cadres juridiques une innovation dont l'utilité générale n'est pas établie, car la pratique n'offre guère d'hypothèses que l'on ne puisse expliquer avec des notions traditionnelles de contrat, de délit d'enrichissement sans cause" (3).

(1) T. R. H. C. Dakar, n° 1 102 du 13 Mai 1989 précité.

(2) - (3) A. WEILL et F. TERRE : Droit civil : les obligations : 4ème édition, n° 25, 26, 28.

Ces auteurs préfèrent considérer ces engagements comme des offres fermes avec tout ce que cela peut entraîner comme conséquences juridiques.

S'il est vrai que la volonté des individus ne peut faire naître une obligation que si elle prend la forme d'une convention entre celui qui s'oblige et celui envers qui il s'oblige, il n'en demeure pas moins vrai que la volonté d'un seul individu puisse faire naître une obligation sans qu'elle prenne la forme d'un accord car lorsqu'il s'engage, et s'il le fait en parfaite connaissance de cause avec toute la capacité requise, rien ne s'oppose à le considérer comme lié par l'engagement qu'il a pris unilatéralement. S'il peut s'élever une contestation contre cette position, force est de reconnaître que les auteurs cités lui donne raison lorsqu'ils disent qu'il appartiendrait aux juges de décider si les besoins sociaux rendent nécessaire ou utile l'admission d'une nouvelle source d'obligations (1), ceci conformément à la méthode générale d'interprétation qui inspire la jurisprudence d'une part et qu'il ne peut appliquer la théorie que dans le cas où la volonté de créer une obligation est absolument certaine d'après les circonstances ou lorsque les nécessités économiques et sociales conduisent à reconnaître un effet juridique à cette volonté d'autre part (2) (cf supra n° 1). Au demeurant, des décisions ont été rendues en application de cette théorie : soit qu'elles s'en inspirent, soit qu'elles ne peuvent s'expliquer autrement que par elle (3).

En effet, la chambre commerciale de la Cour de Cassation française (4) a pu estimer, à propos de l'émission d'un billet à blanc que "ne s'est pas contredite et a légalement justifié sa décision, la Cour d'appel qui, énonçant que le billet ne contenait

(1) A. WEILL et F. TERRE : Droit civil : les obligations, 4ème édition, n° 25, 26, 28.

(2) A. WEILL et F. TERRE, précités, n° 28.

(3) BRILL, précité, p. 114.

(4) Com. 17 Juillet 1984 : D. S. 1985, II - J. R., p. 29, note M. N. CABRILLAC.

pas le nom de celui à l'ordre duquel le paiement doit être fait ne vaut pas comme billet à ordre mais comme une promesse ne relevant pas du droit cambiaire, a retenu que, par ce billet, qui revêtait la forme au porteur, le débiteur avait accepté par avance comme créanciers tous ceux qui successivement en deviendraient porteurs...".

Dès lors, il est possible d'ores et déjà d'affirmer qu'une personne qui s'engage unilatéralement par le fait d'une lettre d'intention est tenue de l'exécution d'une obligation. Cependant, dans quelles mesures peut-on dire qu'il y a obligation dans la lettre d'intention ?

SECTION II : L'OBLIGATION DANS LA LETTRE D'INTENTION.

Peut-il exister dans la lettre d'intention une obligation au sens juridique du terme ? Dans l'affirmative, de quelle autorité peut-elle être revêtue ?

§ 1 : L'existence d'une obligation juridique.

10 - L'obligation qui nous intéresse est celle qui s'entend en un lien de droit entre la banque et la société qui permet à la première d'exiger de la deuxième une prestation. Or il se trouve que toutes les lettres d'intention ne comportent pas une telle obligation, ceci est révélée par l'observation de leur panorama. Et ce pour dire que l'intensité est variable suivant les cas parce que leurs formulations laissent apparaître une gamme qui s'étend des déclarations les plus lénifiantes à de réelles obligations. A ce propos, J. P. BERTREL (1) a fait une excellente classification des catégories des lettres d'intention.

(1) J. P. BERTREL : précité, n° 26 et 28.

- Les lettres d'intention ne contenant pas d'obligations juridiques mais de simples déclarations tout au plus synonymes d'engagement moral ou d'obligation naturelle.

Ainsi en est-il des lettres d'intention dans lesquelles la société-mère présente sa filiale à la banque (en donnant parfois des indications précises sur la politique du groupe), ou reconnaît être informée du crédit accordé à la filiale (et en approuve le principe), ou indique qu'elle connaît la situation financière de celle-ci et affirme qu'elle est en mesure de faire face à ses engagements.

De l'avis de l'auteur, il semble que ce soit là les premiers types de lettres d'intention. Ainsi dans un parère établi le 30 Octobre 1973, le Président de l'Association Professionnelle des Banques (A. P. B.) écrit :

"Je, soussigné Rodolphe HOTTINGER, président de l'A.P.B., atteste que, dans les usages bancaires français, la lettre par laquelle une société de renom indiscuté sur le plan tant de la morale commerciale que de l'assise financière, parraine une société qu'elle contrôle pour l'obtention ou le maintien d'un crédit, constitue un engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit et est considérée comme présentant en pratique une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution".

La Cour d'appel de Bordeaux (1) a eu à se prononcer en cette matière en affirmant que "si la lettre de confort est considérée, en pratique, comme représentant une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution, il n'y a d'équivalence que sur les plans de la morale et de la pratique, un tel document n'ayant aucune valeur juridique et n'étant par voie de conséquence susceptible d'aucune sanction".

Il s'agissait d'une affaire dans laquelle la société-mère affirmait "... Nous ne nous désintéresserons pas de la bonne fin des concours que votre banque a consentis. Loin de nous désintéresser de notre filiale, nous avons été amenés à intervenir

(1) C. A. Bordeaux, 16 Octobre 1985, D. S. 1989 jurisprudence, p. 436.

pour donner notre garantie de manière à permettre la signature d'un contrat de location-gérance. Si par conséquent les opérations de location-gérance se déroulent convenablement, le paiement des créances devrait pouvoir être effectué".

- La deuxième catégorie est légèrement plus contraignante. Il s'agit des lettres d'intention dans lesquelles les sociétés-mères peuvent prendre par exemple, l'engagement de maintenir une participation dans le capital de la filiale et de faire tout ce qui est possible pour que celle-ci développe une saine activité lui permettant de faire face à ses engagements.

C'est le cas notamment de la décision de la Cour d'appel de Paris dans laquelle la société défenderesse avait souscrit une lettre d'intention libellée en ces termes :

"Notre filiale, le..., a récemment sollicité auprès de votre société l'octroi de deux prêts à douze ans d'un montant global de 5, 2 milliards de francs. L'octroi de ces crédits nous apparaît souhaitable dans le cadre de la politique d'investissement et de financement de notre groupe. Compte tenu de notre politique constante de faire en sorte qu'aucun établissement de crédit n'en-court aucune perte du fait de ses engagements avec nos filiales nous vous confirmons par la présente que nous ferons tous nos efforts, au cours des douze ans à venir, pour que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements envers votre société au titre de ces crédits à long terme" (1).

Autre exemple : une lettre d'intention écrite par une société à une banque dans laquelle la première déclare : "il est bien évident que si nous devons décider de céder soit partiellement, soit totalement la participation de notre groupe (dans notre filiale), nous ne procéderions à cette opération qu'après vous en avoir prévenu en temps utile, que, d'autre part, nous veillerons très étroitement à ce que soit respectée la politique financière définie d'un commun accord et à ce que les engagements

(1) C. A. Paris, 10 Mars 1989, précité.

pris en cette matière vis-à-vis de votre établissement soit tenus" (1).

- Dans la troisième catégorie, il s'agit des lettres dans lesquelles le souscripteur prend l'engagement de faire en sorte que la filiale soit en mesure de respecter ses engagements. Dans de telles lettres, l'engagement du souscripteur est à ce point ferme, qu'il ne peut signifier autre chose que la mise de la filiale en mesure de rembourser ses emprunts à échéances. Il en est ainsi par exemple dans la décision du Tribunal de commerce de Paris où l'auteur de la lettre disait : "Nous vous donnons l'assurance qu'en aucun cas nous ne nous désintéresserons des engagements de notre filiale et que nous prenons, dès maintenant, toutes les dispositions nécessaires pour que la société A... soit en mesure de tenir ses engagements à votre égard comme prévu. Dans ce cadre, au cas où notre société envisagerait de céder tout ou partie de sa participation dans la société A... nous nous engageons à vous informer suffisamment à l'avance de façon à ce que toutes les dispositions propres à couvrir les risques qui pourraient résulter de ces changements soient pris au préalable et d'un commun accord..." (2).

- Enfin, la dernière catégorie : celles dans lesquelles leur auteur prend en même temps l'engagement de se substituer à la filiale. Il s'agit là des cas assimilables au cautionnement (cf. n° 15 et suiv.).

Par exemple : l'auteur de la lettre manifeste son intention de "soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et dans le cas où cela deviendrait nécessaire de se substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pouvait prendre à l'égard de..." (3).

(1) C. A. Versailles, 9° Ch., 9 février 1989 : D.S. 1991, n°4.Hebd. 24 Janvier 1991, p. 36.

(2) T.C. Paris, 27 Oct. 1981 Rev. Bq. Déc. 1981, p. 1 455 et suivantes.

(3) Com. 21 Décembre 1987, précité.

Il résulte de ces différentes catégories que seule la première n'est pas systématiquement prise en considération par le droit. Ainsi les lettres d'intention des autres catégories ont une valeur juridique certaine ou une certaine valeur juridique : ceci pour dire que leur autorité est variable suivant les cas et les termes utilisés.

§ 2 : Autorité de l'obligation.

11 - En fait d'autorité, il s'agit soit d'une obligation de moyens, soit d'une obligation de résultat.

Il importe de souligner qu'il est impossible de dire, de manière catégorique, que telle obligation est de moyens ou de résultat. Le juge, s'il opte pour l'une ou l'autre qualification doit le faire suivant un certain critère. L'idée générale c'est qu'a priori, tout dépend de l'objet de la promesse, c'est-à-dire un résultat ou des efforts en vue de l'atteindre (1). Ainsi, le juge sera amené, comme nous le disions tantôt, à se référer aux termes de l'accord (cf. n°4) tel qu'il résulte de la commune intention des parties. C'est du reste la position de la Cour de cassation quand elle affirme qu'"...une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à constituer une obligation d'assurer un résultat..." (2).

Cependant certains auteurs (3) se demandent s'il ne s'agit pas là d'une approche qui procède d'une vue quelque peu théorique du problème. En effet, soutiennent-ils, en matière de lettre de confort les sociétés-mères et les banquiers ont

(1) J. L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD : Droit bancaire, 5^e éd. n° 394

(2) Com. 27 Décembre 1987, précité.

(3) BRILL : note sous cet arrêt.

tendance à jouer "le jeu du chat et de la souris". Ils en déduisent que c'est peut être ce qui fait que les juridictions du fond, qui ont été confrontées à ce problème ont accordé au moins autant d'importance au critère de l'aléa qu'aux termes de l'engagement. Définissant l'aléa appliqué aux lettres de confort, ils y trouvent l'idée qui revient à se demander si la société-mère maîtrise entièrement le problème et est en mesure de garantir un résultat; la réponse devant être positive chaque fois qu'il s'agit d'une société-mère qui contrôle effectivement et efficacement sa filiale. Ils citent le plus souvent ^{en} jugement du tribunal de commerce de Paris (1).

Mais force est de constater qu'appliquer le critère de l'aléa reviendrait à "brûler des étapes" ; car il y a un préalable que constitue l'analyse de l'engagement des parties ; laquelle analyse, si elle veut donner une place à une bonne et concrète appréciation, doit s'attacher au contenu des stipulations contractuelles : autrement dit aux termes de l'accord. Car une nécessaire existence et manifestation de la commune intention des parties, élément déterminant du contrat, doit en principe résulter des termes de l'engagement et non des capacités d'une société-mère par rapport à la filiale. D'ailleurs il peut y avoir de la part de la banque une méprise sur ces capacités, même si elle peut en avoir une vague idée lorsqu'elle accorde le crédit. Au demeurant et si la société-mère ne contrôlait pas effectivement et efficacement sa filiale ?

Ce critère de l'aléa ne peut être utilisé à notre avis parce qu'"aléatoire". En revanche il sert davantage pour l'appréciation de l'obligation de moyens.

1° L'obligation de moyens.

12 - Rappelons que c'est d'une manière générale l'obligation qui incombe au bon père de famille (cf. n° 54), que l'on

(1) T. C. Paris, 27 octobre 1981, précité

traduit par des notions telles que prudence, diligence, faire de son mieux etc. D'après la jurisprudence, l'obligation de moyens existe dans la lettre d'intention à chaque fois que le souscripteur déclare qu'il mettra en oeuvre tous ses efforts, qu'il fera tout son possible, entre autres expressions.

Exemples : La Cour d'appel de Versailles a considéré que c'est une obligation de moyens le fait pour une société de déclarer qu'"elle veillera très étroitement à ..." (cf n° 10).

Il en est de même de la Cour d'appel de Paris qui décide que : est une obligation de moyens l'engagement contracté par une société-mère qui adresse à un prêteur de deniers une lettre par laquelle elle affirme approuver l'emprunt souscrit par sa filiale et assure le prêteur qu'elle fera tous ses efforts pour que sa filiale soit en mesure de satisfaire à ses obligations..." (1).

Dans le cadre des contrats internationaux, des problèmes se sont posés à propos des accords relatifs à la construction progressive du futur contrat. Quand une lettre d'intention constate l'accord des parties à la négociation par rapport à certaines clauses de leur contrat envisagé, les engagements pris ne sont pas encore ceux d'exécuter ces dites clauses. Dès lors le problème de la portée de cet accord intervenu se pose. A l'occasion de discussions du Groupe de Travail "contrats internationaux" composés de Professeurs, d'Avocats, de Conseillers juridiques et de juristes d'entreprises, et dans sa chronique consacrée aux lettres d'intention (2), l'opinion qui s'était dégagée est 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 oeuvre pour la faire aboutir".

Le contenu de cette bonne foi n'est pas de même densité

(1) C. A. Paris, 10 Mars 1989, précité.

(2) D. P. C. I., précité, p. 107 et suivantes.

ni de même intensité selon que la lettre d'intention intervient au stade initiale ou au stade ultime des pourparlers. Ceci pour dire que de l'état d'avancement de ces pourparlers dépend les exigences de la négociation de bonne foi. C'est ainsi que lorsque la discussion est engagée, et qu'elle commence à déboucher sur certains résultats, une lettre d'intention que constate l'accord déjà acquis sur ces dits résultats semble impliquer l'obligation de ne plus les remettre en cause, sauf peut être lorsque la suite des pourparlers ou l'évolution des négociations complémentaires le rendent nécessaire. Comme exemple on cite un protocole relatif à un programme de production aéronautique intégrée : le cas est le suivant :

Plusieurs firmes de divers pays décident de collaborer en vue de réaliser un programme de production intégrée en matière aéronautique. L'une d'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" qui jettent les bases de leur coopération éventuelle si la négociation aboutit. Les protocoles prévoient les grandes lignes des obliga-

tions qui seront réciproquement assumées, mais de nombreux points restent indéterminés, car ils seront fonction du contenu de l'accord à intervenir entre l'Etat négociateur et la firme "maître de l'ouvrage" (1).

Il y a lieu cependant de faire observer que malgré l'obligation de négocier de bonne foi et l'importance de la négociation, les parties ne sont pas obligées de conclure de tels protocoles : il s'agit de proposition et de contrepropositions lors des pourparlers, qui dans la plupart des cas sont sujettes

D. P. C. I., précité, p. 89.

à consentements réciproques conditionnels et provisoires. On considère par là que le principe de la liberté contractuelle renforcé par le libre jeu de la concurrence, nécessaire au bon fonctionnement de l'économie de marché, implique une large faculté de négocier sans engagement, de comparer les offres et de rompre des pourparlers, même très avancés, avec des partenaires, dont les conditions ne se révéleraient pas bénéfiques. Néanmoins, si les propositions et contrepropositions se rencontrent, la bonne foi s'ajoutant, les parties seront obligées. Et de l'avis de l'auteur des rapports intérimaires et de l'étude finale de la chronique (Pr. FONTAINE), en droit français, il semble que l'obligation de négocier de bonne foi soit une obligation de moyens (1) ; chaque négociateur s'atêlera à mettre tout en oeuvre en vue d'aboutir à la réussite des pourparlers : cet engagement n'étant pas de réussir mais de faire des efforts pour réussir.

2° Obligation de résultat.

13 - La jurisprudence considère qu'il y a obligation de résultat lorsque l'auteur de la lettre d'intention déclare qu'il fera "en sorte que...", "tout le nécessaire..." etc.

Exemple : "... Nous nous engageons également à faire en sorte que la société X (la filiale) dispose à tout moment des moyens financiers qui lui seront nécessaires pour faire face à ses obligations. Nous apporterons donc à la société X, sous la forme qui nous conviendra le mieux (augmentation de capital, avance, subventions, etc.) toute l'aide financière dont elle pourrait avoir besoin pour acquitter intégralement à son échéance toute somme dont elle vous serait redevable au titre du crédit visé ci-dessus" (2).

C'est le cas également de la lettre dans laquelle le souscripteur affirme :

"Nous avons connaissance des crédits que vous avez

(1) D. P. C. I., précité, p. 109.

(2) Abdoulaye SAKHO, précité, LEX p. 2.

consenti à notre filiale... C'est une politique de longue date de notre part de soutenir nos filiales et de faire en sorte qu'aucun organisme de prêt n'encourt aucune perte du fait de ses opérations avec elles. Cette politique sera suivie pour tout crédit que vous avez accordé à R... F... En accord avec cette politique, nous vous confirmons par la présente que nous ferons tout le nécessaire pour que notre filiale R... F... dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements avec vous, selon les termes des accords passés. Cet engagement restera valable tant que la société R... F... demeurera tenue envers vous même au cas où nous serions amenés à céder tout ou partie de notre participation dans notre filiale".

Le tribunal de commerce de Paris (1) avait estimé que cette lettre par laquelle la S... couvrait de son crédit les activités de sa filiale a une portée qui dépasse très largement la simple manifestation d'intention ; que si elle ne comporte pas directement l'engagement de payer les dettes de cette dernière, elle oblige néanmoins la société-mère à prévenir ses défaillances éventuelles par des moyens laissés à sa disposition... la S... avait vis-à-vis de la S. G. "l'obligation de faire en sorte que le compte de la filiale soit soldé avant le dépôt du bilan de celle-ci ; ... en ne prenant aucune disposition à cette fin, S... a failli à son engagement".

Il est clair, même si le Tribunal ne le dit pas explicitement, qu'il s'agit là d'une obligation de résultat.

Ce jugement est en tout point de vue contraire à celui rendu par le tribunal régional Hors classe de Dakar (2)

(1) T. C. Paris : 2 juin 1986. R. T. D. Comm. n° 2 Av. Juin 1987 : note M. CABRILLAC et TEYSSIE.

(2) Précité.

alors que les sens des contenues des deux lettres sont quasiment identiques. En effet, le Tribunal régional de Dakar a trouvé dans la lettre adressée par S. N. B. à l'U. S. B., selon laquelle le premier disait "les engagements souscrits auprès de votre établissement seront scrupuleusement respectés par notre société et bénéficieront par la même occasion de mon aval personnel jusqu'à extinction de votre créance", un simple engagement moral.

En droit, les mots ont un sens surtout lorsqu'il s'agit d'institutions comme celle de l'aval qui est une garantie donnée sur un titre, en l'occurrence un effet de commerce. Quelle peut être sa valeur juridique si elle est exprimée non pas sur un effet de commerce mais sur un écrit simple ? Nous pensons avec Isaac Y. NDIAYE (1) qu'il doit s'agir d'une maladresse qu'il faudra mettre dans le passif du langage courant. Il n'en demeure pas moins que l'engagement du souscripteur ne fait aucun doute et sa force juridique n'a pas besoin d'être discutée, elle trouve tout son sens dans l'expression "aval personnel jusqu'à extinction complète de votre créance" et l'engagement peut être qualifié comme précédemment d'obligation de résultat au moins (cf. cependant n° 20).

Des lettres d'intention comportant des obligations de résultat, on peut également en trouver dans la négociation des contrats internationaux. Comme exemples on peut citer les accords relatifs à l'exclusivité des négociations et au secret des informations échangées, entre autres (2).

- Accord d'exclusivité des négociations :

Un groupe de sociétés écrit à un autre groupe une lettre d'intention dont la teneur suit :

"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

(1) Isaac Y. NDIAYE, Rev. EDJA, précité.

(2) D. P. C. I., précité, cas n° 20 et 21.

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 envisagées ci-dessus et jusqu'au...".

- Accords relatifs au secret des informations échangées :

Une "lettre d'intention" 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 "toutes informations sur la propriété, incluant mais ne se limitant pas aux informations techniques et financières, fournies par l'une des parties à l'autre et considérées comme confidentielles et ne devraient pas être utilisées par la partie réceptrice autrement que dans le cadre d'études de faisabilité ou d'évaluation envisagées ci-dessus et ne devraient pas être portées, par une telle partie, qu'à ses employés (de la même manière) que dans l'exécution de leurs tâches, à moins que et dans la mesure où de telles informations étaient déjà connues de la partie réceptrice, ont^{été} par la suite dévoilées à la partie réceptrice par une tierce partie ou deviennent connues du public. Les obligations de ce paragraphe 15 devront se poursuivre au-delà de la fin de la lettre d'intention et continuer à produire des effets pour une période supplémentaire de 7 ans" *.

14 - Dans tous les cas, les juges doivent qualifier les termes de l'engagement en vue d'en permettre au moins le contrôle, car le défaut de qualification est sanctionné. C'est ainsi que la Cour de cassation estime que "ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 1 134 et 1 147 C. civil la Cour d'appel qui, au vu d'une lettre d'intention par

* Cf. Texte original en Anglais : D.P.C.I. précité, p. 95.

laquelle une société-mère a écrit à un établissement de crédit qu'elle "assurera la couverture des besoins financiers de notre nouvelle filiale, en tant que de besoin", retient, pour décider que cette société a commis une faute envers l'établissement de crédit en n'assurant pas la couverture promise, que par la lettre litigieuse cette société promettait de "tout mettre en oeuvre" pour assurer la couverture des besoins financiers de sa filiale alors que la Cour n'a pas recherché en quoi consistait l'obligation de "tout mettre en oeuvre" et par là même n'a pas défini la faute imputée à la société" (1).

Cependant qualifier l'obligation ne veut pas dire qualifier la lettre d'intention elle-même, qui, quelques fois peut avoir des allures d'un cautionnement sans pour autant en être toujours un.

CHAPITRE II - LETTRE D'INTENTION ET CAUTIONNEMENT

15 - Aux termes de l'article 830 C. O. C. C. "par le contrat de cautionnement, la caution s'engage à exécuter une obligation si le débiteur n'y satisfait point lui-même". Il résulte de cette définition que l'engagement de la caution a un caractère accessoire. Il s'y ajoute qu'en vertu de l'article 835 du même code, cet engagement doit être stipulé de façon expresse. La lettre d'intention peut-elle répondre à ces exigences ? Il semble que si, dans certains cas. Cependant, une lettre d'intention, si elle peut constituer un cautionnement (Sect. I) n'en est pas toujours un (Sect. II).

SECTION I : L'ASSIMILATION DE LA LETTRE D'INTENTION AU CAUTIONNEMENT.

~~1541r~~ Il importe de relever que cette assimilation n'a été rendue possible que grâce à une certaine dynamique jurisprudentielle par rapport à la conception du cautionnement (§ 1). Il restera alors à déterminer les intérêts et les enjeux de cette assimilation (§ 2).

§ 1 : La nouvelle conception du cautionnement.

16 - La Cour de cassation (1) dit que : "Si le cautionnement ne se présume point, et s'il doit être stipulé exprès, celui qui par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire

(1) Com. 21 Décembre 1987, précité.

à l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait par lui-même se rend caution de cette obligation".

Rappelons qu'une société avait adressé à une banque une lettre dans laquelle elle affirmait son intention de "soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de se substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pouvait prendre" à l'égard de ladite banque.

Il ressort de la décision de la Cour de cassation plusieurs éléments.

17 - La manifestation non équivoque et éclairée de la volonté.

Elle ne fait aucun doute. En effet, la société qui a manifesté sa volonté par écrit l'a fait avec toute l'univocité requise en ce sens que les termes utilisés ont dû être soigneusement choisis, réfléchis et pour le tout, elle est censée en maîtriser le sens et le contenu. Du reste c'est en toute connaissance de cause qu'il l'a fait. Et il n'y a pas là meilleur signe de l'autonomie de la volonté. N'étant pas "obligé" d'émettre des lettres d'intention, donc de contracter (sauf peut-être lorsque la banque le requiert pour l'octroi du crédit à la filiale et si vraiment la survie de la filiale l'intéresse), le souscripteur prend seul des engagements qu'il consigne dans ces lettres. C'est bien évidemment un consentement donné a priori et dont l'efficacité ne doit faire aucun doute. C'est peut être de cette fameuse efficacité dont parlait le Doyen CARBONNIER (1) à propos du "consentement donné sans débat préalable" car dans bons nombres de cas, le destinataire ne discute pas a priori de la lettre d'intention ni sur le principe encore moins sur le contenu. Au demeurant, ce n'est pas parce que le souscripteur a dit (ultérieurement)

(1) J. CARBONNIER : Droit civil : les obligations n° 13.

qu'il n'a pas eu l'intention de s'engager qu'il doit être considéré comme non-engagé sur le plan juridique. Ce qu'on doit prendre en considération, c'est sa volonté déclarée et non celle interne. Et sa volonté déclarée n'est rien d'autre que le contenu de la lettre qui est principalement pris en compte par la jurisprudence par apprécier l'engagement (cf supra n° 4). Cependant si une chose est de dire que tel s'est engagé, autre chose est également de dire ce à quoi est-ce qu'il s'est engagé. Ceci pour dire que l'engagement de la caution ne peut se limiter à la seule manifestation non équivoque et éclairée de volonté.

18 - Il faut ensuite que le souscripteur de la lettre d'intention déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Cette deuxième idée marque le caractère accessoire de l'engagement qui résulte suffisamment de l'intention de se substituer à la filiale ; la défaillance du débiteur étant symbolisée par l'expression "dans le cas où cela deviendrait nécessaire...".

19 - Enfin il doit apparaître un rapport direct entre le souscripteur et le destinataire. Ce rapport résulte de l'obligation issue de la lettre d'intention et l'engagement doit être assumé directement par le souscripteur envers le créancier.

20 - Au regard de ces éléments du cautionnement et partant de la nouvelle conception donnée par la Cour de cassation, n'est-il pas permis de considérer la lettre émise par S. N. B. (1) comme une lettre d'intention assimilable à un cautionnement; et ce par le fait de l'expression suivante : "les engagements souscrits par notre société... bénéficieront de mon aval personnel jusqu'à extinction de votre créance".

En effet, il importe, dans ce contexte de donner

(1) T. R. H. C. Dakar, précité.

tout son sens au mot "aval". D'après le lexique des termes juridiques l'aval est une "garantie donnée sur un effet de commerce par une tierce personne appelée donneur d'aval ou avaliseur ou avaliste, qui s'engage à en payer le montant à l'échéance, s'il n'est pas acquitté par le signataire". Il résulte de cette définition que c'est un cautionnement donné sur un effet de commerce. Dans ce cas, et sur le plan juridique, rien ne s'oppose à considérer les termes et l'esprit même de la lettre comme un cautionnement au regard de la jurisprudence dont on vient de faire état. Ainsi si S. P. C. A. THUBET n'a pas honoré ses engagements à échéance, le Tribunal pouvait considérer S. N. B. comme s'étant porté caution de sa dette envers l'U.S.B. et le condamner à payer à celle-ci en lieu et place de la société défaillante. Evidemment les souscripteurs chercheront toujours à jouer tant sur les mots que sur les institutions juridiques : ce qui, dans une certaine mesure, pose le problème des enjeux et des intérêts de l'assimilation entre la lettre d'intention et le cautionnement.

§ 2 : Enjeux et intérêts de l'assimilation.

21 - La question fondamentale à débattre est liée au comportement d'une des parties ; le plus souvent celle qui a souscrit la lettre qui, généralement, soutient qu'elle entendait placer son engagement dans le non-droit : ce que conteste évidemment l'autre partie. Il appartient au juge, dans ces conditions, de déterminer le sens et le contenu de l'engagement qui découle de la lettre d'intention. Ainsi sera-t-il amené à interpréter les termes de la lettre en se conformant aux prescriptions des articles 99 et suivants C. O. C. C.

Rappelons que l'idée générale en matière contractuelle, c'est que le juge, lorsqu'il est en face d'un contrat doit se comporter comme s'il était devant une loi. Ainsi, s'il y a divergence entre les parties, il doit trancher et ne saurait s'abstenir ou refuser de faire appliquer le contrat sous prétexte qu'il n'est pas clair (ou qu'il est obscur). Quelle attitude doit-il

avoir ? Se pose, pour lui le problème des méthodes d'interprétation.

A priori, ce qu'on ne peut pas ignorer, c'est qu'il s'agit de déterminer le contenu du contrat, en d'autres termes la volonté des parties qui l'a créé. C'est pourquoi l'article 99 C. O. C. C. dit que : "par delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets". La jurisprudence est édifiante en ce sens: elle est généralement amenée à écarter l'application littérale d'une clause claire et précise, qui paraît le résultat d'une erreur manifeste et est en contradiction avec la commune intention et certaine des parties ; guidée qu'elle est par le souci de faire prévaloir leur volonté réelle (1) le juge peut-il toujours déterminer cette commune intention en matière de lettre d'intention malgré la clarté et la précision des termes ? Peut-être pas dans la mesure où les parties peuvent avoir une conception différente de cette lettre et partant des intentions contraires. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire qui a opposé la société de Développement du Languedoc-Roussillon (SODLER) et la société Textile du Vallespir (Société T.V.) (2). Cette dernière voulait que sa lettre soit considérée comme un simple engagement moral ; ce qui ne l'obligerait à rien du tout sur le plan juridique. Les juges du fond avaient refusé de la suivre en voyant dans la lettre une véritable obligation juridique de nature contractuelle (3). Certainement ils ont du recourir à d'autres notions plus appropriées telles que la bonne foi, l'équité conformément à l'article 1134 C. civil * : la bonne foi se définissant comme le respect consciencieux de ce que les parties

(1) Req. 12 juillet 1926 : G. P. 1926. 2-525 ; Req. 6 Février 1945 : G. P. 45. 1.116.

(2) Com. 21 Décembre 1987 précité.

(3) C. A. Montpellier : 10 Janvier 1985 : D. S. 1985. I. R. 340. Note VASSEUR.

* Article 103 C. O. C. C.

ont voulu réellement par le contrat et compte tenu du contexte économique et social. Il s'agit tout simplement de dire que le juge ne peut se laisser entraîner par le jeu des parties.

22 - Cependant, après avoir déterminé la nature contractuelle de l'engagement, il reste pour le juge à déterminer la nature de ce contrat, en d'autre terme le qualifier. Cette qualification est contrôlée par la Cour de cassation (cf supra n° 14), mieux celle-ci peut suppléer le juge du fond en cas de carence et en certaines matières. C'est ainsi que dans l'affaire citée (ci-haut), le juge du fond n'avait pas qualifié la lettre d'intention, se bornant tout simplement à dire qu'il s'agit d'une obligation contractuelle de résultat. Et la Cour de cassation est allée plus loin, conformément aux vœux de la Société T-V, en qualifiant la lettre d'intention de cautionnement. Dès lors les intérêts et les enjeux étaient de taille car la société entendait tirer profit de cette qualification. Elle voudrait remettre en cause la validité de ce cautionnement du fait du défaut du caractère expresse. Cependant la Cour de cassation ne l'a pas suivi car elle a considéré que ce caractère résultait suffisamment de la manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté.

Mais cette assimilation subordonne également la validité et l'efficacité de la lettre à d'autres exigences du droit du cautionnement en rapport avec le droit des sociétés, le droit comptable et le droit des changes (cf infra n° 48 et suiv.). A ce propos, une discussion (1) s'est élevée sur l'opportunité même de cette assimilation. Les avis sont partagés : d'aucuns soutiennent qu'il faut assimiler la lettre d'intention au cautionnement à chaque fois que son auteur prend l'engagement de se substituer par tous moyens au débiteur défaillant ; d'autres estiment qu'il faut sauvegarder la spécificité des lettres d'intention si du moins il est établi que leurs auteurs n'ont pas voulu

(1) R.C. DIP Av. Juin 1989 : Marie Noëlle JOBARD-BACHELIER : note sous Com. 21 Décembre 1987.

échapper abusivement aux règles du cautionnement. La Cour de cassation a, de toute évidence, donné sa position en consacrant dans une certaine mesure l'autonomie de la lettre d'intention, tout au moins par rapport au cautionnement, quand elle affirme que : "Malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut selon ses termes, lorsqu'elle est acceptée par le destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement"(1).

SECTION II : L'AUTONOMIE DE LA LETTRE D'INTENTION.

23 - Cette autonomie de la lettre d'intention par rapport au cautionnement se reflète tant sur le degré de l'engagement que sur les rapports entre l'auteur de la lettre et son destinataire.

§ 1 : Le degré de l'engagement.

24 - L'idée générale doit être tirée de l'esprit et de la conception originaires de la lettre d'intention. En effet, l'accent doit être mis, a priori, sur la volonté d'échapper au droit en général, et aux rigueurs des règles du cautionnement en particulier. Les parties entendaient placer leurs rapports uniquement dans le cadre du milieu économique et financier. A ce titre la lettre d'intention se trouve en droite ligne des garanties de moralité, d'honorabilité et d'influence qui ont constitué les premières formes de sûretés personnelles. Il suffit

(1) Com. 21 Décembre 1987 précité.

pour s'en convaincre de se référer à la conception de ces sûretés dans le droit romain où la sanction était d'autant plus efficace qu'elle avait une connotation morale très marquée en ce sens que les Romains accordaient davantage d'importance à la moralité qu'aux considérations pécuniaires ; le garant était choisi en raison de son influence et de la pression qu'il pouvait avoir sur celui en faveur de qui il s'est engagée, influence et pression dues soit à des liens de parenté, soit à des liens de vassalité (1). Cela se comprenait aisément car celui qui s'engageait était le plus souvent un notable, un chef de clan suffisamment autoritaire.

A l'époque contemporaine, le relâchement des relations institutionnelles entre les membres, l'éclatement du milieu et l'élargissement des marchés ont dans une certaine mesure changé les données du problème. Ce qui a abouti aujourd'hui au fait qu'on réclame davantage une contrepartie pécuniaire de la part de celui qui s'est constitué garant : ce qui correspond principalement à la situation actuelle de la caution qui s'est engagée.

Cependant un tel engagement n'est généralement pas stipulé dans la lettre d'intention. En effet, la note de confiance qui se trouve consignée dans ladite lettre ne traduit pas un engagement créant un avantage patrimonial à la place du bénéficiaire du crédit. Nous l'avons dit l'engagement d'ailleurs n'est pas toujours juridique ; il peut être moral (cf supra n° 10). Et même lorsqu'il est juridique, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultat.

- Lorsque l'obligation est de moyens, l'autonomie est parfaite.

- Il ne peut y avoir de confusion possible que dans le cas d'obligation de résultat où les conséquences peuvent paraître identiques à celle du cautionnement. Mais une grande différence réside dans l'inexistence, dans la lettre d'intention, d'un engagement

(1) Y. POULLET : La lettre de patronnage comme forme originale de sûreté personnelle : FEDUCI. n° 16, 1984, p. 45.

de substitution : ce qui fait disparaître le caractère accessoire. Mieux cette différence se traduit dans l'absence, a priori, de rapports directs entre l'auteur et le destinataire de la lettre d'intention.

§ 2 : Les rapports entre l'auteur et le destinataire de la lettre d'intention.

25 - L'exécution de l'engagement souscrit dans la lettre d'intention se passe en principe dans les rapports entre la société-mère et la ~~filiale~~ *filiale*. Car les risques pris en charge par la lettre ne concerne pas directement la non-exécution de la prestation (hypothèse du cautionnement) mais, étant donné qu'il s'agit de "lettres de référence au crédit", concerne plutôt les risques inhérents au défaut ou à la mauvaise connaissance du bénéficiaire du crédit, attachée aux conséquences d'une instabilité dans la détention du capital, découlant d'une mauvaise gestion de la filiale. Il arrive le plus souvent que cela se traduise également en des engagements de soutien financier.

Ce qu'il faut noter à travers ce qui précède c'est que la prise en charge de ces risques par la société émettrice augmente de manière indirecte les chances du destinataire de la lettre de voir le bénéficiaire du crédit exécuter sa prestation, laquelle prestation ne saurait se concevoir comme l'objet de la garantie offerte par la lettre d'intention même si elle y contribue et de façon médiate, en est l'effet recherché.

En définitive, tout se passe comme si l'émetteur de la lettre d'intention, par rapport au résultat attendu par le destinataire, à savoir le remboursement du prêt, se limitait à garantir une des manières d'y parvenir : le maintien de sa participation, la bonne gestion, le renflouement des caisses de la filiale, etc...; autant de chances supplémentaires pour le destinataire d'arriver au résultat attendu.

26 - Il résulte de tout ceci que la lettre d'intention est une forme originale, au besoin nouvelle, de sûreté personnelle avec ses spécificités, à côté du cautionnement, de la garantie à première demande, entre autres. Mais cela postule-t-il pour autant qu'on devrait lui appliquer un régime juridique spécifique?

DEUXIEME PARTIE

LE REGIME JURIDIQUE DE ^{LA} LETTRES D'INTENTION

27 - Parler du régime juridique de la lettre d'intention revient à s'interroger sur une question majeure, à savoir la sanction applicable (Chap. II) en cas de manquement aux obligations souscrites ; mais encore faudrait-il que soient réglés au préalable les problèmes de droit international privé (Chap. I) susceptibles de se poser à l'occasion du contentieux.

CHAPITRE I - LES PROBLEMES DE DROIT INTERNA- TIONAL PRIVE

28 - Le champ international que couvre la pratique des lettres d'intention est fortement marqué. En effet, il arrive généralement que l'on soit devant l'hypothèse où l'une au moins des parties en présence soit établie à l'étranger : tantôt la société-mère et le donneur de crédit résident dans le même pays tandis que la filiale est seule établie à l'étranger ; tantôt le donneur de crédit et la filiale résident dans le même territoire alors que la société-mère se trouve à l'étranger ; la troisième situation où la société-mère et la filiale résident dans le même pays et le donneur de crédit à l'étranger étant très rare ; enfin la quatrième situation : les trois parties sont sur des territoires différents. Ainsi deux types de questions sont soulevés par les lettres d'intention : à savoir la compétence juridictionnelle d'un Etat (Sect. I) et la loi applicable (Sect. II) au litige.

SECTION I : PROBLEMES DE COMPETENCE JURIDICTIONNELLE.

29 - L'analyse de la portée juridique de la lettre d'intention en matière internationale ne saurait en aucun cas

faire abstraction du mode d'intervention des autorités étatiques. Cette intervention revêt un double aspect : en cas de contestation, lorsque les parties portent leur action devant la juridiction d'un Etat, un incident de compétence territoriale pourra surgir. Par ailleurs, alors qu'une décision est rendue, son efficacité internationale peut être remise en cause lorsqu'elle ne se conforme pas aux conditions qui lui sont assignées par le pays où l'exécution devra se faire. Toutes ces questions sont réglées par l'article 853 du Code de la Famille (C. F.) qui délimite le cadre de compétence des juridictions sénégalaises (§ 1) en posant en même temps des dérogations à cette compétence (§ 2).

§ 1 : La compétence des juridictions sénégalaises.

30 - Il est de rigueur qu'en matière de droit international privé, la mesure dans laquelle les juridictions d'un Etat possèdent la compétence territoriale internationale pour connaître d'un litige, relève du droit de cet Etat (1). C'est ainsi que l'article 853 C. F. dispose que "les tribunaux sénégalais sont compétents pour connaître de toute action dans laquelle le demandeur ou le défendeur a la nationalité sénégalaise au jour de l'introduction de l'instance". Il en est de même des "litiges entre étrangers lorsque le défendeur est domicilié au Sénégal ou lorsque l'élément de rattachement auquel se réfère les articles 34 à 36 du Code de Procédure Civile (C.P.C.) pour donner compétence à un tribunal déterminé se trouve situé au Sénégal". La matière sociétale, étant le domaine de prédilection des lettres d'intention, donne compétence au juge sénégalais lorsque la société a son siège social * au Sénégal en vertu de l'article 34 alinéa 6 C. P. C. C'est également le cas du 8ème alinéa selon lequel en

(1) M. FALLON : Lettres de patronage et Droit international privé : FEDUCI n° 16 - 1984, p. 334.

* Critère qui permet en même temps de déterminer la nationalité des Sociétés.

matière de garantie lorsque le juge sénégalais a déjà été saisi de la demande originale : l'hypothèse visée ici c'est que le juge sénégalais a été saisi d'une demande en paiement introduite par la banque contre la filiale à qui elle avait fait crédit. Cela peut déboucher sur un appel en cause de la société-mère pour la mise en oeuvre de la garantie du fait de la lettre d'intention. Cette compétence de principe des juridictions sénégalaises connaît cependant des exceptions.

§ 2 : Les exceptions à la compétence juridictionnelle sénégalaise.

31 - Trois exceptions fondamentales sont posées par l'article 853 C. F. :

-lorsque les parties renoncent à cette compétence.

C'est le plus souvent le cas quand il y a une clause compromissoire dans la lettre d'intention et qu'elles décident de porter leur action devant un arbitre. Ou bien pour des raisons d'ordre pratique, elles peuvent décider de saisir le juge d'un autre Etat.

- Lorsqu'il y a un traité concernant la compétence judiciaire*.

- Lorsque la décision rendue par le juge sénégalais sera nécessairement exécutée à l'étranger, car son efficacité peut ne pas être évidente : l'exequatur pouvant être requis pour qu'elle puisse être exécutée. Ceci nous donne aussi le droit de soumettre à exequatur, à moins qu'il n'y ait un traité d'assistance judiciaire**, les décisions de justice étrangères, conformément à l'article 854 C. F. Dans ce cas la procédure des articles 787 à 794 C. P. C. sera mise en oeuvre.

*, ** Cf. Convention générale de coopération en matière de justice entre les Etats de l'U.A.M., signée à Tananarive le 12 Septembre 1961.

Cependant et en tout état de cause, la compétence ou l'incompétence des juridictions sénégalaises n'entraîne pas ipso facto la compétence ou l'incompétence de la loi sénégalaise.

SECTION II : LA LOI APPLICABLE *

32 - La matière des lettres d'intention est extrêmement complexe lorsqu'il s'agit de questions de droit international privé. En effet, ces questions peuvent concerner tant la lettre d'intention elle-même que son environnement. En d'autres termes, elles touchent le droit des sociétés et le régime de l'acte.

Les différents Etats ont tendance à traiter les lettres d'intention conformément à leur système juridique et suivant la matière des sûretés personnelles et de responsabilité. Cela pourrait s'expliquer par le fait qu'il s'agit là de l'application de règles impératives qui constituent "le bouclier" de leur organisation économique et sociale. Est-il possible de réduire ce pluralisme ? Peut-être par l'élaboration, par exemple, de règles matérielles internationales. Mais à défaut, force est de reconnaître que lorsqu'un litige à propos d'une lettre d'intention survient, il est nécessaire de déterminer le droit étatique qui lui sera applicable : celui de plusieurs Etats pouvant avoir une vocation à s'appliquer. Et cela suppose au préalable l'examen des techniques et solutions générales susceptibles d'avoir un certain impact dans la désignation de ce droit.

§ 1 : L'examen des techniques de conflit de lois applicables à la lettre d'INTENTION.

33 - La nouveauté et l'originalité de l'institution de la

* Pour une étude plus complète, voir M. FALLON, précité.

lettre d'intention a fait qu'il est difficile d'apercevoir une règle de conflit de lois spécialement adaptée à sa situation. Mais la doctrine internationaliste a pu réussir à l'insérer dans l'une ou l'autre catégorie préexistante (1). Du reste la lettre d'intention étant à la croisée des chemins entre le droit des sûretés et le droit des sociétés entre autres, chacune de ces catégories peut avoir un titre à régir l'un ou l'autre de ses aspects. Ainsi grande est la nécessité d'évoquer le contenu des règles générales intéressant chacune de ces matières.

A - Loi applicable aux contrats et aux sûretés personnelles.

34 - Il est unanimement admis aujourd'hui que la matière des contrats, à laquelle peut s'adjoindre celle des sûretés personnelles, est régie par le principe de l'autonomie de la volonté des parties (2). Cependant ce principe est tempéré par la règle de l'application des lois de police qui existent dans les différents systèmes juridiques *.

L'applicabilité de la loi d'autonomie constitue donc le rattachement de principe du litige à un droit donné. Cette applicabilité de principe a pour corollaire nécessaire l'existence d'un rattachement subsidiaire (3) dès lors qu'elle fait défaut. Mais la règle de conflit subsidiaire étant variable, il serait intéressant de l'analyser dans son application aux contrats en général, ce qui permettra peut-être d'avoir un aperçu sur l'emprise

(1) M. FALLON, précité, p. 341.

(2) Civ., 6 Juillet 1959, R. C. D.I.P. 1959. 709 note BATTIFOL; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL : Droit international privé : Précis Dalloz, 1978, p. 479.

* Cf. Article 841 du Code de la Famille (pour le Sénégal).

(3) Civ., 6 Juillet 1959, précité.

qu'elle peut avoir sur les lettres d'intention.

1° L'application de la règle subsidiaire de
conflit aux contrats en général.

35 - Classiquement, deux systèmes se sont opposés. Le système le plus ancien, qui fait référence à un rattachement qui est tantôt celui du lieu de conclusion du contrat, tantôt celui du lieu d'exécution. Mais ce système est abandonné peu à peu en Europe parce qu'on estime qu le lieu de conclusion du contrat est de moins en moins significatif et est impossible à localiser dans bon nombre de contrats commerciaux, conclus entre absents. Le lieu d'exécution du contrat présenterait également quelques inconvénients en ce sens qu'il ne permet pas la localisation des contrats complexes, à exécution multiples, en partie parce qu'il est souvent artificiel de localiser en un lieu déterminé l'exécution d'une obligation : cette exécution lorsqu'elle intéresse un prêt pouvant se localiser autant auprès du prêteur, auquel l'argent doit être remboursé, qu'auprès de l'emprunteur qui doit faire en sorte de pouvoir rembourser son emprunt.

Ces difficultés ont conduit au succès de la méthode dite de "localisation objective" qui utilise un facteur à contenu variable.

36 - Elle consiste à désigner le droit du pays avec lequel la relation contractuelle présente les liens les plus étroits. Cette méthode est appliquée en France (1) et elle a pour trait de désigner le droit applicable de cas en cas en donnant au juge un pouvoir d'appréciation important.

37 - On a considéré que ces principes applicables aux contrats en général le sont aussi aux sûretés personnelles. En effet, en France, par exemple, on trouve la présomption que

(1) H. BATIFFOL et P. LAGARDE : Traité de droit international privé, T. II, Paris L.G.D.J. 1983, n^{os} 13 et suivants et 610.

les parties au contrat de garantie ont eu l'intention de soumettre cet acte à la même loi que celle du contrat principal (1). C'est le cas notamment en cas de cautionnement d'un crédit bancaire.

2° L'application de la règle subsidiaire de conflit aux lettres d'intention.

38 - Là également, deux grandes tendances se sont dégagées. La première considère que la lettre d'intention, sûreté personnelle distincte du cautionnement étant donc un contrat autonome doit être soumise aux règles de conflit de lois applicable à tout contrat.

La deuxième tendance niant l'autonomie de la lettre d'intention la soumet à la loi applicable au rapport contractuel de base. Cette tendance considère qu'il existe entre la lettre d'intention et le contrat de prêt un lien fonctionnel. Il s'y ajoute que cette solution a pour souci la protection du banquier, laquelle protection serait à la base de la lettre d'intention.

39 - Cette deuxième tendance semble correspondre le mieux à la matière des lettres d'intention ne serait-ce que par le fait que la première fait une confusion en ce sens qu'en fait d'autonomie, le rapprochement ne devrait pas se faire entre la lettre d'intention et le cautionnement mais uniquement avec le contrat de base car tant la lettre d'intention que le cautionnement sont des accessoires à ce contrat.

D'ailleurs la jurisprudence française a eu à appliquer sa propre loi en considérant que les lettres d'intention ne sont que l'accessoire des contrats de prêts qui eux, sont soumis à la loi française (2). Cette solution est à rapprocher d'une autre selon laquelle "si le contrat de cautionnement est soumis à sa propre loi, il y a lieu de présumer, dans le silence de la convention à cet égard, qu'il est régi par la loi de l'obligation garantie" (3).

(1) Idem note (1) page 42.

(2) T. C. de Meaux, 7 Avril 1987, cité par DE VITA, précité, p. 667.

(3) Cour Cass. 1^{er} Juillet 1981 : B. C. 1, n° 241, p. 198.

B - Loi applicable aux sociétés.

40 - Sa détermination est très importante. Elle peut avoir une grande influence sur la validité ou la portée même de l'acte, en ce sens qu'elle traite d'un problème fondamental : les pouvoirs des dirigeants sociaux à émettre les lettres d'intention (cf. infra n° 42). Cependant elle ne pose pratiquement aucun problème parce que les sociétés sont soumises à leur loi nationale. Il en est accessoirement de même en ce qui concerne les pouvoirs de leurs dirigeants. Au Sénégal c'est l'article 1 080 C.O.C.C. qui le prévoit. Et la nationalité des sociétés est généralement déterminé par le critère du siège social : article 1 086 C.O.C.C. qui soumet à la loi sénégalaise toute société dont le siège social est situé sur le territoire sénégalais.

Cependant la variabilité du contenu des lettres d'intention et l'analyse qui précède, surtout au regard des différentes controverses, suggèrent un examen de ces dites lettres au cas par cas. Ceci fait aussi que la désignation du droit applicable dépendra étroitement de la configuration des éléments internationaux des rapports triangulaires.

§ 2 : Le droit applicable aux clauses de la lettre d'intention.

Un bon aperçu de ce droit suppose la prise en considération et pour base les différentes hypothèses concrètes envisageables *.

A - La filiale et le destinataire de la lettre sont établis dans un même pays : la société-mère étant seule à l'étranger.

42 - Cette hypothèse est très fréquente. Elle a donné lieu à une décision de la Cour d'appel de Paris (1). En effet,

* Nous n'en étudierons que deux cas : ceci pour simplifier l'analyse.

(1) C. A. Paris, 15 Février 1979 : Rev. bq. 1979. 979 obs. L.M. MARTINI.

elle a appliqué son propre droit après avoir fondé sa compétence territoriale sur le critère du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle issue d'une lettre d'intention émise par une banque étrangère. Pour elle l'engagement contenu dans la lettre s'exécute au lieu où s'exécute la convention de crédit.

La loi du pays de l'établissement commun de la banque et de la filiale semble avoir un titre privilégié à s'appliquer dans les différents types de clauses que contiennent généralement les lettres d'intention. Les clauses les plus courantes concernent notamment, la permanence de l'investissement, la qualité de la gestion et la situation financière de la filiale.

a) Clauses de référence à la permanence de l'investissement.

43 - Elles ont pour objet d'assurer à la banque, destinataire de la lettre d'intention que les intérêts financiers de la société-mère dans le capital de la filiale ne seront pas cédés ou ne seront cédés que sous conditions. L'engagement de la société-mère est de contribuer au maintien de la capacité financière de la filiale.

Ainsi la loi du pays de l'établissement commun de la banque et de la filiale a une vocation particulière à s'appliquer. C'est en effet sur son territoire que se concrétise la gestion de la filiale comme la localisation des titres représentatifs du capital de celle-ci. Cette loi déterminera en outre les conditions de validité de la clause relative au maintien ou à la cession de la participation, et également les conséquences de la validité ou de la non validité de l'acte ; le tout en tant que loi personnelle de la filiale.

b) Clauses relatives à la qualité de la gestion et à la situation financière de la filiale.

44 - Elles intéressent la mise en oeuvre par la société-mère, des moyens nécessaires au remboursement par la filiale. C'est toujours la loi locale, de la banque et de la filiale, qui a vocation à s'appliquer. Car c'est sur son territoire où

se localisent aussi bien la gestion de la filiale que les effets préjudiciables de celle-ci vis-à-vis de la banque. Le contrat de bonne gestion s'exécute au lieu de cette gestion : les liens sont les plus étroits à ce niveau.

L'une des conséquences les plus importantes de cette désignation c'est que c'est cette loi qui déterminera dans quelle mesure l'obligation est de moyens ou de résultat en même temps que les causes d'exonération.

B - La société-mère, la banque et la filiale sont établies dans des pays distincts.

45 - Il s'ensuit que les éléments de rattachement sont éparpillés.

- Ainsi lorsqu'il s'agit de la permanence de l'investissement, l'hypothèse a été émise que la localisation de cet engagement était dans le pays du siège de la filiale. Ce qui fait que les juges de ce pays pourront appliquer leur propre droit. Et dans ce cas les juges du pays où se trouve la banque et celui de la société-mère devraient eux aussi appliquer ce droit.

- Quand il est question de la qualité de gestion et de la situation financière de la filiale, le droit du pays de celle-ci a vocation à s'appliquer en tant que droit du pays où se localisent les actes de gestion.

46 - Il apparaît de ce qui précède que la loi personnelle de la filiale a tendance à régir pratiquement toutes les situations. Ce qui facilite, dans une certaine mesure, le travail du juge sénégalais dont le pays est essentiellement composé de filiales. Cependant, après avoir désigné sa loi comme applicable, comment et par quels moyens peut-il sanctionner les rapports des parties, issus de la lettre d'intention.

CHAPITRE II - LA SANCTION APPLICABLE AUX

LETTRES D'INTENTION.

47 - Cette sanction doit s'entendre du régime de la responsabilité (Section I) découlant de la lettre d'intention et de la possibilité pour le créancier de sauvegarder sa créance (section II).

SECTION I : LE REGIME DE LA RESPONSABILITE.

48 - A ce niveau également, beaucoup de questions interviennent, notamment le problème de l'autorisation préalable, le principe même de la responsabilité, la réparation et enfin la prescription de l'action.

§ 1 : L'autorisation préalable.

49 - Cette autorisation préalable est prévue par les articles 1 260 et 1 293* du C. O. C. C. selon qu'on est en présence d'une société anonyme avec conseil d'administration et Directeur Général ou avec Administrateurs délégués et conseil de gestion. Ces articles disposent en substance que les cautionnements, avals et garanties donnés par les sociétés autres que celles qui exploitent des établissements bancaires ou financiers doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration ou du conseil de gestion selon le cas, dans des conditions déterminées par décret**.

* articles 98 et 128 , loi française du 24 Juillet 1966.

** A notre connaissance, ce décret d'application n'est pas intervenu contrairement en France : décret du 23 Mars 1967.

A priori, il n'y a aucun problème si la lettre d'intention est assimilée à un cautionnement (cf. Supra n°15 et suivants). Il n'en est pas évidemment de même dans le cas contraire. En effet, tout le problème c'est de savoir dans quelles mesures on peut considérer la lettre d'intention comme une garantie pour qu'elle soit soumise à cette autorisation.

Il semble que la jurisprudence considère comme garantie les lettres d'intention renfermant une obligation de résultat (1) (cf. supra n° 13), car d'après le commentateur, cet arrêt définit l'obligation de résultat constitutive de la garantie comme celle "de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur". Ceci a pour conséquence d'exclure du champ de la garantie les lettres d'intention qui ne contiennent qu'une obligation de moyens (2). On pourrait trouver un fondement légal à l'article 7 du C. O. C. C. * qui dispose dans son alinéa premier que "le débiteur peut garantir au créancier l'exécution d'une obligation précise ou s'engager simplement à apporter tous les soins d'un bon père de famille".

La raison invoquée pour asseoir une telle exclusion de l'obligation de moyens du champ d'application de la garantie est que le signataire de la lettre d'intention ne garantit pas le paiement par le débiteur. Il ne fait que s'engager à faire ce qui est en son pouvoir pour que celui-ci puisse payer. L'intérêt qu'il y a à qualifier la lettre d'intention de garantie réside dans la sanction en cas d'absence d'autorisation du conseil d'administration ou du conseil de gestion selon le cas.

Les articles 1 260 et 1 293 C. O. C. C. qui prévoient

(1) Com. 23 Octobre 1990 D. S. du 23 Janvier 1992 : Som. p. 34.

(2) C. A. Versailles : 9 Février 1989, précité.

* Rappelons que l'article 7 fait une distinction entre l'obligation de moyen et celle de résultat.

un décret d'application disent tout simplement que cedit décret déterminera également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation sera opposable aux tiers ; mais n'ont rien prévu en cas d'absence de cette autorisation. En France, l'absence d'autorisation a pour conséquence l'inopposabilité à la société de l'engagement souscrit dans la lettre d'intention (1). Il ne s'agit cependant pas d'une nullité relative qui peut être confirmée (2) comme on pourrait être tenté de le croire, surtout au regard de certaines décisions (3).

Cette sanction d'inopposabilité est d'autant plus sévère que la jurisprudence refuse de faire bénéficier aux tiers de la théorie du mandat apparent (4) même si ceux-ci se sont mépris sur les pouvoirs réels du souscripteur. On estime en effet que l'obligation de s'informer sur l'existence d'une habilitation régulière consentie aux dirigeants sociaux pèsent sur eux. Il leur appartient en d'autres termes de connaître les limites légales des pouvoirs des représentants des sociétés anonymes qui émettent des lettres d'intention en leur faveur (5). La raison c'est qu'il s'agit de l'application de l'adage classique "Nemo consensur ignorare legem". Les pouvoirs des représentants des sociétés sont en matière de sûretés personnelles définis par la loi, nul ne peut les méconnaître (6). C'est sans doute ce qui a fait dire à un auteur qu'en droit français, le régime des sûretés personnelles fait "figure d'ilôt d'insécurité dans l'océan des mesures destinées à protéger les personnes qui contractent avec les sociétés anonymes" (7).

(1) Com. 29 Janvier 1980 : Revue des sociétés 1981.83 ; com. 23 Octobre 1980, précité.

(2) Com. 11 juillet 1988. Bull. civ. IV, n° 246, p. 169.

(3) C.A. Paris, 17 Septembre 1981 : D. 1982. IR ; 456.

(4) Com. 6 Mai 1986 : Bull. civ. 1986. IV, n° 86, p. 74.

(5) Com. 24 Février 1987. Bull. civ. IV n° 56, p. 41.

(6) Marie Noëlle JOBARD-BACHELLIER : précité.

(7) Y. GUYON : note sous Toulouse 28 Janvier 1975 : J.C.P. 1975. II. 18 160, cité par M. N. JOBARD-BACHELLIER.

50 - En fait de protection, celle des intérêts de la société et des associés ne doit-elle pas aussi être assurée par le juge ? Ceci pour dire que les lettres d'intention renfermant une obligation de moyens peuvent être considérées comme constituant des garanties malgré les termes strictes de l'article 7 C.O.C.C. En effet, rien ne s'oppose à considérer les engagements au titre d'obligation de moyens comme des garanties au moins dans une certaine mesure, c'est-à-dire dans le cadre des moyens raisonnables que la société-mère doit mettre en oeuvre pour permettre à sa filiale de s'acquitter de ses obligations car il peut paraître choquant a priori de condamner (cf infra n° 60) cette société à payer à la place de sa filiale si tant est qu'il est établi qu'elle n'a pas mis en oeuvre tous les moyens raisonnables (cf infra n° 54). Cela reviendrait à dire que le patrimoine de la société peut être plus exposé au risque lorsque la lettre contient une obligation de moyens et non une obligation de résultat alors qu'il devrait en être de même, surtout lorsque l'on sait que la société engagée ne peut s'exonérer qu'autant qu'elle encourt le dépôt de son bilan (cf infra n° 54). Autant considérer qu'il y a garantie et donc lieu à autorisation à chaque fois que le patrimoine de la société risque d'être mis en péril par la lettre d'intention souscrite par un de ses représentants. Un auteur est allé plus loin quand il dit qu'"en toute hypothèse, dès lors qu'il y a engagement juridique, quelle que soit sa nature et sa force, la lettre d'intention constitue une garantie" (1).

Il y a lieu cependant de faire observer que la jurisprudence n'est pas très uniforme sur la question de la garantie. En effet, le Tribunal de commerce de Paris (2) a pu estimer que la lettre de confort apparaît davantage comme un acte normal et courant de gestion plutôt que comme une "garantie" formelle, alors que l'obligation qui en découle est celle de résultat. De

(1) Jean Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD : précités.

(2) T. C. Paris, 27 Octobre 1981, précité.

même la Cour d'appel de Lyon (1) a jugé que l'autorisation préalable du conseil n'est pas nécessaire pour "un simple confort" à distinguer du cautionnement. Enfin, la Cour d'appel de Paris (2) a laissé entendre qu'un engagement d'associé ne constitue pas la garantie prévue par l'article 98 de la loi du 24 Juillet 1966.

Il est peut être nécessaire de préciser que l'existence de la garantie ne dépend pas forcément de la qualité de la personne qui émet la lettre d'intention mais plutôt de la teneur de la lettre. En tout état de cause, la lettre d'intention quelle que soit la force de l'obligation qu'elle renferme, lorsque le souscripteur n'a pas respecté ses engagements et certaines autres conditions peut encourir et faire encourir à la société une certaine responsabilité donnant lieu à réparation.

§ 2 : Le principe de la responsabilité et la réparation.

A - Le principe de la responsabilité.

51 - La responsabilité qui découle d'une lettre d'intention peut présenter un double aspect selon qu'elle est encourue à l'égard du destinataire ou selon qu'elle a trait à la réglementation des changes et à celle applicable à la comptabilité des sociétés commerciales.

a) Responsabilité envers le destinataire.

52 - Il s'agit ici de la responsabilité civile qu'encourt le dirigeant ou la société ou bien le dirigeant et la société à l'égard du destinataire de la lettre d'intention. Précisons qu'il s'agit d'une responsabilité pour faute. Dès lors, il est nécessaire de faire appel aux articles 7, 118, 119 et 123 C.O.C.C.

Article 7 alinéa 2 : "La responsabilité du débiteur

(1) C. A. LYON : 7 juillet 1988. Rev. droit bancaire et de la bourse 1989. 7 204. CONTAMINI-RAYNAUD.

(2) C. A. Paris : 31 Mai 1989, précité.

est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation".

Article 118 : "Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui".

Article 119 : "La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit".

Article 123 : "Est en faute le débiteur qui n'a pas exécuté l'obligation précise dont il pouvait garantir l'exécution".

Le débiteur de l'obligation de moyens est responsable lorsque le créancier a fait la preuve de l'inexécution de l'obligation".

Il résulte de ces différents articles que la faute, lorsqu'elle existe, son origine, sa consistance et le régime de sa preuve varient suivant le degré de l'obligation contenue dans la lettre d'intention.

53 - S'il s'agit d'une lettre d'intention renfermant une obligation de résultat, il suffit d'une inexécution de l'engagement pour que son auteur soit considéré comme fautif et par conséquent déclaré responsable envers le destinataire des conséquences dommageables de son fait : l'inexécution étant évidemment préjudiciable au destinataire. Et cette faute est présumée. La preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice résultant de la défaillance de la filiale ne pose pas de difficultés.

54- La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens. Pour l'appréciation de l'exécution défectueuse on doit normalement faire appel à l'idée des "soins d'un bon père de famille".

Rappelons qu'en principe, le portrait-robot d'un bon père de famille repose sur la prise en considération de l'homme moyen, soigneux, diligent. De sorte que tout débiteur qui fera preuve de négligence ou d'impéritie ne peut être considéré comme

un autre bon père de famille, placé dans les mêmes conditions, n'aurait pas eu ce même comportement. Cependant il faudra relativiser cette conception du bon père de famille comme l'a fait, à juste titre, LE BRUN (1). En effet, pour celui-ci, un bon père de famille ne se conçoit pas comme un type uniforme, compte doit être tenu des capacités réelles de celui dont on apprécie la conduite par rapport à celles d'un bon père de famille. Cela reviendrait d'après lui à examiner à quelle classe ou catégorie appartient le débiteur et on comparera avec un individu moyen de la même catégorie. La nuance capitale, c'est que le manque de diligence de l'homme de métier est plus sévèrement apprécié que le comportement d'un occasionnel.

Cette conception du bon père de famille cadre bien avec la matière des lettres d'intention eu égard à leur milieu ; et la jurisprudence, pour apprécier la faute des sociétés-mères, parle de "moyens raisonnables" à mettre en oeuvre (2).

En effet, dans cette affaire, la Cour d'appel suivie par la Cour de Cassation a estimé "que la société-mère qui a considérablement réduit sa participation au capital de sa filiale et en manifestant ainsi sa volonté de limiter au maximum pour elle-même les conséquences d'une gestion dont elle était responsable en tant qu'actionnaire largement majoritaire, et cela sans avertir, contrairement à l'engagement pris, la banque, qu'elle empêchait ainsi de prendre les mesures qu'elle aurait jugées opportunes à la suite de la situation nouvelle créée par son désengagement, a témoigné quelle avait conscience de n'avoir pas rempli son obligation de moyens" (3).

(1) LE BRUN : Cité par WEILL et TERRE, p. 404.

(2) C. A. Versailles, 9 Février 1989 précité.

(3) Com. 19 Mars 1991 : B. C. n° 3, p. 77.

Les sociétés-mères lorsqu'elles souscrivent des lettres d'intention ont le choix des moyens à mettre en oeuvre pour permettre l'exécution par leurs filiales des engagements qu'elles ont contractés. Ce peut être un apport en compte courant, un échelonnement des dettes, une augmentation de capital, réduction des intérêts débiteurs, sous-traitances, cession ou abandon de créances, etc. L'essentiel est que par ces moyens la filiale puisse s'acquitter de ses obligations (si la société ne veut pas elle-même payer à sa place) ; seulement pas au point pour elle d'encourir un dépôt de bilan car c'est le buttoir de son obligation de moyens (1).

En tout état de cause il appartient au créancier de rapporter la preuve de la faute de la société-mère. En effet, la Cour de cassation affirme que "celui qui réclame la réparation ou l'inexécution d'une obligation de faire doit, pour prouver la faute du débiteur, établir la nature et le contenu de l'obligation à laquelle il lui reproche d'avoir manquée" (2).

L'intérêt de la distinction entre l'obligation de résultat et celle de moyens ne se limite pas seulement à l'origine de la faute et au régime de la preuve, mais s'étend également à la personne responsable.

55 - En effet, s'il s'agit d'une obligation de moyens, et s'il est établi l'existence d'une faute c'est la responsabilité de la société qui est engagée. Mais lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, il faut distinguer :

- Si le souscripteur a obtenu l'autorisation du conseil d'administration ou de gestion et lorsqu'il s'agit d'une lettre d'intention assimilée à un cautionnement (cf. supra n° 15 et suiv.), la responsabilité de la société-mère peut être engagée en cas de défaillance de la filiale. Et il peut s'agir d'un cautionnement

(1) C. A. Paris, 3ème Ch., 10 Mars 1989 : G. P. 1982. 1. 292, note MARCHI ; D. 1989 Som. p. 294 obs. L. AYNES.

(2) Com. 15 Janvier 1991, précité.

solidaire : cette solidarité étant présumée comme le dit expressément l'article 837 C. O. C. C. Mieux, la jurisprudence précise que c'est le cas en matière commerciale (1). Mais lorsqu'il s'agit simplement d'une obligation de résultat seule la responsabilité de la société-mère est engagée.

- Si le souscripteur n'a pas obtenu l'autorisation préalable, l'engagement contenu dans la lettre d'intention peut être considérée, à l'instar de la France, comme inopposable à la société et par conséquent la responsabilité de celle-ci ne pourra pas être mise en cause ; et ce malgré les lacunes des articles 1 260 et 1 293 C. O. C. C. ou, l'absence du décret d'application. Il en résulte donc que, dans ce cas, c'est le souscripteur qui sera personnellement tenu envers le destinataire (articles 1 279 et 1 380 C. O. C. C.). A défaut n'est-il pas possible de faire appel aux dispositions de l'article 146 C. O.C.C. selon lesquelles "... les personnes agissant pour le compte d'une personne morale engagent... la responsabilité de celle-ci". Autrement, cela pourrait être plus grave pour les dirigeants qui risquent alors une responsabilité pénale pour abus des biens ou du crédit de la société (2) et la lettre d'intention peut même "être à l'origine de véritables escroqueries" (3), surtout lorsque ces mêmes dirigeants ne respectent pas la réglementation applicable à la comptabilité de la société. Au demeurant, leur responsabilité pénale peut exister sur un autre domaine à savoir la réglementation des changes.

b) Responsabilité par rapport à la réglementation de la comptabilité des sociétés et à celle applicable aux changes.

(1) Com. 28 Février 1977 : J.C.P. 1977. IV. 110.

(2) Cf El Hadj Gormack TALL : La gestion dans les sociétés commerciales et le délit d'abus de biens sociaux : Mémoire ENAM ; 1992/1993.

(3) I. NAJJAR, précité, p. 220.

56 - Par rapport à la réglementation comptable de la société, l'article 1 099 C.O.C.C. fait obligation au directeur général ou aux administrateurs délégués de dresser des états financiers prévus par le plan comptable applicable à la société, ceci à la fin de chaque exercice. Le montant des engagements cautionnés, avalisés ou garantis par la société sont annexés à ces états. Et ces documents doivent être mis à la disposition des commissaires, s'il en existe, dans les conditions déterminées par décret. Ceux-ci ont pour, entre autres missions, et conformément à l'article 1 364 de contrôler la régularité et la sincérité des comptes sociaux. Ils vérifient également la sincérité des informations données dans le rapport du conseil d'administration ou de gestion, selon le cas et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes de la société. Ils doivent veiller à rechercher et révéler toute fraude et irrégularités quelconques commises dans la gestion de la société. Ainsi ils dénoncent au conseil et à l'assemblée générale les irrégularités et inexactitudes ainsi découvertes en vertu des articles 1 366 et 1 369 C.O.C.C. Suivant l'article 1 451 C.O.C.C., le conseil d'administration ou de gestion doit annexer au bilan de la société un tableau dont le modèle est fixé par décret, en vue de faire apparaître la situation de ses filiales.

Les dirigeants qui auront manqué à l'obligation d'établir des états financiers et un rapport écrit sur la situation de la société ^{et l'activité de celle-ci} /encourent une amende de 100 000 à 1 000 000 francs (article 1 513 C.O.C.C.)*. En réalité, on veut que le principe de la sincérité du bilan soit respecté et veiller à ce que tous les engagements soient révélés par la comptabilité de la société.

57 - En ce qui concerne la réglementation des changes, il faut faire appel à la loi n° 67-33 du 30 Juin 1967 ** relative

* Loi 93-07 du 10 Février 1993 modifiant la loi 85-40 du 29 Juillet 1985 portant quatrième partie du C.O.C.C.: J.O.R.S. n° 5 512 du Samedi 13 Mars 1993.

** J.O.R.S. n° 3 903 du Samedi 1er Juillet 1967 (IIème semestre), p. 976.

aux relations financières entre le Sénégal et l'étranger. En effet, par le jeu des lettres d'intention des mouvements de capitaux pourront avoir lieu lorsque les souscripteurs seront amenés à exécuter les engagements pris.

Ainsi la loi du 30 Juin 1967, après avoir posé le principe de la liberté des relations financières entre le Sénégal et l'étranger, a prévu des dérogations en autorisant le Président de la République à restreindre par décret cette liberté. Ainsi il peut soumettre à déclaration, autorisation préalable ou contrôle les mouvements de capitaux et les règlements de toute nature entre le Sénégal et l'étranger.

L'inobservation de ces prescriptions par le souscripteur qui sera donc amené à contrevenir ou tenter de contrevenir à ces mesures expose celui-ci à une peine d'emprisonnement d'un à trois mois, de la confiscation du corps du délit et d'une amende égale au minimum à la moitié au maximum au double du montant de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction.

Les infractions sont constatées, poursuivies et jugées et les peines prononcées exécutées conformément aux règles applicables aux infractions et à la réglementation douanières telles que définies par le Code des Douanes avec les réserves ci-dessous :

- les officiers de police judiciaire, le Directeur, les agents du service des douanes, le Directeur du service chargé des relations financières extérieures et les agents spécialement habilités par le Ministre chargé des finances sont habilités à constater lesdites infractions.

- Les procès-verbaux qui constatent ces infractions sont transmises au Ministre chargé des finances qui saisit le parquet lorsqu'il le juge à propos.

- Des visites domiciliaires prévues par le Code des Douanes pour les agents du service des douanes, peuvent être faites par les agents énumérés ci-haut.

- Les divers droits de communication prévus pour les administrations fiscales peuvent être exercés pour le contrôle de la réglementation.

- La poursuite des infractions n'est possible que sur la plainte du Ministre chargé des Finances ou l'un de ses représentants habilités à cet effet.

- L'administration des postes peut soumettre les envois postaux, aussi bien à l'importation qu'à l'exportation, au contrôle du service des douanes.

- Les personnes appelées, à l'occasion de leurs fonctions ou de leurs attributions, à intervenir dans l'application de la réglementation sont tenues au secret professionnel sauf à l'égard du Magistrat chargé de l'instruction sur les faits faisant l'objet de la plainte.

Il s'y ajoute qu'indépendamment des poursuites intentées contre les administrateurs, gérants ou directeurs d'une personne morale ou par l'un d'entre eux agissant au nom et pour le compte de la personne morale, celle-ci pourra être poursuivie et frappée des peines pécunières prévues par la loi.

Nous voyons donc que la responsabilité qui découle des lettres d'intention couvre un champ assez vaste. Ce qui fait que les souscripteurs sont très exposés. Cependant, une exonération est possible lorsque ^{leur} seule responsabilité civile est en cause.

B - Exonération de responsabilité.

Il s'agit aussi bien de causes que de clauses d'exonération.

a) Les causes d'exonération.

58 - Il faut faire appel aux dispositions des articles 128 et 129 du C.O.C.C. En effet, l'article 128 pose le principe de la disparition ou de l'atténuation de la responsabilité dès lors que la relation de causalité entre la faute et

le dommage est modifiée par l'intervention d'un évènement qui en principe, doit être un cas fortuit ou de force majeure, conformément à l'article 129. Il s'agit donc de ce que l'on appelle communément la cause étrangère. Ainsi il peut arriver que l'inexécution par la société-mère de son engagement soit le fait de la filiale qui n'a pas utilisé à bon escient les moyens mis à sa disposition. Cependant, à ce propos il faut relativiser : s'il s'agit d'une obligation de moyens, l'appréciation de l'exonération est plus souple. Ainsi s'il arrive que la société-mère risque de déposer elle-même son bilan, elle sera exonérée de toute responsabilité. Il n'en sera pas de même lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat.

b) Les clauses d'exonération de responsabilité.

59 - Ces clauses existent le plus souvent dans la négociation des contrats internationaux. Elles peuvent même affecter le caractère juridique de l'engagement. Il en est ainsi de la clause "subject to contract" ou clause "sans être contractuel " (1).

Par exemple : un négociateur est engagé 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 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 revêtu de votre signature qui

(1) D. P. C. I. précité, p. 91 - 92.

doit être précédée de la mention "Bon pour lettre d'intention seulement, sans être contractuel".

D'autres stipulations se bornent le plus souvent à écarter ou à limiter la responsabilité de l'une ou de l'autre partie lorsque les négociations sont rompues, ceci le plus souvent après un certain délai. Mais il ne faut pas que cette rupture soit dolosive ou abusive, auquel cas la clause ne pourra jouer. C'est le lieu et le moment de parler de la responsabilité d'une société-mère à la suite d'un dol qui a déterminé la banque à octroyer du crédit à la filiale : il s'agit des cas où la société-mère dit que la filiale sera en mesure (ou a les capacités financières) de faire face à ses engagements alors qu'elle était au bord de la faillite.

En réalité, il s'agit de l'application des dispositions des articles 151 alinéa 1 et 152 du C.O.C.C.. Ainsi dans le cas où le signataire n'a pu s'exonérer de sa responsabilité, il est nécessairement tenu à réparation.

§ 3 : La réparation.

A - Nature de la réparation.

60 - Une société-mère qui s'engage envers une banque à "assurer" l'exécution de l'engagement de sa filiale envers celle-ci, contracte en réalité une obligation de comblement de son solde débiteur. Et il s'agit d'une obligation de faire (1) dont l'irrespect entraîne le paiement de dommages-intérêts (2).

B - Montant de la réparation.

61 - En cas de manquement à son obligation, la société-

(1) Com. 15 Janvier 1991 : B. C. IV n° 8, p. 18 (ou D. 1992 précité).

(2) T. C. Paris, 27 Octobre 1981 : précité ; C. A. Paris, 18 Décembre 1987, D. S. 1989, jurisprudence, p. 437 et suivantes.

mère doit verser à la banque l'intégralité de la créance de celle-ci vis-à-vis de la filiale (1) (ou bien payer la dette de celle-ci) (2). Il apparaît ainsi que le montant des dommages-intérêts coïncide rigoureusement avec le montant du crédit octroyé par la banque à la filiale. Et il s'agit en conséquence aussi bien du principal que des intérêts et frais. L'irrespect de ses engagements peut amener la société-mère à déboursier plus que ne devait la filiale. Il en est ainsi surtout lorsque la société avait contracté une obligation de résultat. Ce qui ne serait peut-être pas le cas si elle avait tout simplement cautionné la dette de la filiale.

62 -Cependant, il lui est possible de contracter dans des conditions moins onéreuses, conformément à l'alinéa 2 de l'article 151 du C.O.C.C. C'est ainsi le cas le plus souvent dans la négociation des contrats internationaux. Mais ces contrats présentent quelques particularités cas il peut n'y avoir, a priori, pas de créance déterminée, mais certes déterminable, seulement a posteriori. Il faudra peut être pour cela qu'il n'y ait pas de clause contractuelle dans ce sens. A ce propos, la doctrine allemande, notamment depuis IHERING, a eu à distinguer les "dommages-intérêts négatifs" qui ont pour objet de replacer leur bénéficiaire dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas engagé la négociation manquée ; et "les dommages-intérêts positifs" qui visent à compenser la défaillance du contrat non conclu ou non exécuté (3).

Le plus souvent ce sont les dommages-intérêts négatifs qui sont alloués et ils couvrent essentiellement le coût de la négociation, notamment le temps perdu, les frais de déplacement

(1) Com. 16 Juillet 1991, D. S. n° 4 du 23 Janvier 1992, p. 27.

(2) C. A. Versailles, 9 février 1989, précité.

(3) D. P. C. I. précité, p. 112 - 113.

et de séjour, les études préalables. Ils peuvent également s'étendre à d'autres éléments comme l'atteinte éventuelle à la crédibilité commerciale résultant des circonstances dans lesquelles la négociation a été rompue, le préjudice résultant de l'impossibilité d'exécuter un engagement pris avec un tiers sur la foi des espoirs raisonnablement fondés par la lettre d'intention, voire le bénéfice perdu d'une opération qui aurait pu être conclue avec un tiers; tout ceci évidemment lorsque les négociations ont été rompues de manière fautive. Encore faudrait-il que la victime introduise son action en justice dans un certain délai sous peine d'être déchu par la prescription.

§ 4 : La prescription.

63 - La Cour d'appel de Paris a eu à dire que "ne peut être accueillie la demande formée par un fournisseur plus de trois ans après la signature de la garantie de paiement contre le Président Directeur Général qui l'a signée, une telle demande se trouvant prescrite, en application de l'article 247* de la loi du 24 Juillet 1966 qui dispose qu'un recours mettant en jeu la responsabilité d'un administrateur doit être intenté dans les trois ans à compter du fait dommageable ou de sa découverte, s'il a été dissimulé, alors que le fournisseur, demandeur à l'action en responsabilité, n'établit pas l'existence d'une manoeuvre par laquelle le Président aurait tenté de faire croire à une habilitation qu'il ne possédait pas ou de dissimuler l'étendue réelle de ses pouvoirs" (1).

Pour la suspension et l'interruption il faudra peut-être se reporter à l'article 219 du C. O. C. C.

Cependant, avant ou pendant toute action en justice fondée sur la non exécution de l'engagement contenu dans la lettre

* Article 1 383 du C. O. C. C.

(1) C. A. Paris, 31 Mai 1989 précité.

d'intention et dans l'attente d'un jugement qui vaudra titre exécutoire, le destinataire de la lettre d'intention peut-il faire sauvegarder sa créance en sollicitant notamment l'inscription de sûretés sur les biens de la société ?

SECTION II : LA SAUVEGARDE DE LA CREANCE DU DESTINATAIRE DE LA LETTRE D'INTENTION.

64 - Les cas de sauvegarde qui sont généralement invoqués sont l'hypothèque judiciaire et la saisie-arrêt. Un autre problème relatif au rang dans la hiérarchie des sûretés peut s'y greffer.

§ 1 : L'hypothèque judiciaire.

65 - Le principe est posé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1) : le souscripteur de la lettre d'intention s'était engagé de "faire tout le nécessaire" pour que la société bénéficiaire du crédit respecte ses engagements à terme. La Cour dit en effet :

"Considérant que M. L.... a, incontestablement, entendu fournir une garantie au profit des banques qui ont ainsi à son encontre une créance fondée en son principe ;
Considérant que la créance des banques, compte tenu de la situation de la Soc. A..., apparaît en péril et qu'il y a urgence à ce que des mesures conservatoires soient prises ;

Considérant que la demande d'autorisation d'inscription provisoire d'hypothèque judiciaire, les conditions prévues par l'article 48 du C. P. C. étant remplies, doit être accueillie en application de l'article 54 de ce Code ;...".

(1) C. A. Paris, 18 Décembre 1987, précité.

Chez nous la question est réglée par les articles 914 et 918 du C. O. C. C., ensemble, les articles 407 et 401 du C. P. C. Il faudrait ajouter les articles 408 et 409 de ce code. Trois problèmes sont soulevés : les conditions relatives à la créance, l'autorisation du juge et l'inscription de l'hypothèque :

A - Les conditions relatives à la créance.

66 - Comme il a été dit, il faut qu'il y ait une créance, une créance paraissant fondée en son principe et qu'il y ait urgence ou que son recouvrement semble en péril. Elles sont communes à toutes les mesures conservatoires ainsi qu'il est dit à l'article 401 du C. P. C. auquel renvoi l'article 407 du même code.

a) Une créance.

67 - Il faut que le demandeur se prévale d'une créance à garantir ou garantie comme c'est le cas dans la jurisprudence citée, surtout lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat. Cette créance doit avoir pour objet une somme d'argent (1), ce qui est également le cas puisqu'il en est ainsi généralement en matière de crédit bancaire.

b) Une créance paraissant fondée en son principe.

68 - Cette formule est considérée comme souple et elle laisse au juge un large pouvoir d'appréciation (2). Cependant, il ne saurait en être le cas si la créance n'est qu'éventuelle ou conditionnelle. Toutefois il n'est pas nécessaire qu'elle bénéficie de la force de vérité légale attachée aux actes authentiques, il suffit qu'elle présente les caractères extérieurs de la certitude au sens courant ou usuel du terme : par exemple un contrat sous-seing privé apparemment normal (1) comme c'est le cas d'une lettre d'intention.

c) Une urgence ou lorsque le recouvrement de la créance semble en péril.

69 - Il faut pour cela que le destinataire de la lettre

(1) C. A. Bordeaux, 25 Mars 1966 G. P. 1966. I. 385.

(2) Com. 14 Décembre 1966 : B. C. n° 428.

(3) G. MARTY et P. REYNAUD par Ph. JESTAZ précités, n° 275.

d'intention justifie de la menace d'une insolvabilité, "imminente ou sérieusement à craindre, du débiteur. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, ces conditions sont révélées par la situation de la Soci A..., garantie. Mais la Cour d'appel ne s'est-elle pas trompée de débiteur car par la lettre d'intention, le débiteur c'est son souscripteur et non la société bénéficiaire du crédit ?

B - L'autorisation du juge.

70 - Pour que le créancier puisse obtenir l'inscription d'une hypothèque judiciaire, l'autorisation du juge est nécessaire. Celui-ci est saisi par requête et il statue par voie d'ordonnance conformément à l'article 407 du C. P. C. Le plus souvent il s'agit du Président du Tribunal régional car le montant de la créance est généralement très élevée et dépasse en conséquence la compétence du Président du Tribunal départemental. Autre précision : il faut qu'il s'agisse du Président du Tribunal régional du lieu de situation des immeubles du débiteur.

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble immatriculé sur lequel le débiteur est titulaire d'un droit réel, le destinataire de la lettre d'intention est autorisé à prendre inscription conservatoire d'une hypothèque forcée en dehors des cas prévus par les articles 914 à 917 du C. O. C. C. qui concernent les hypothèques forcées des incapables, du vendeur, de l'échangiste, du copartageant du prêteur de deniers, des architectes et entrepreneurs.

L'ordonnance doit préciser le montant de la créance garantie par l'inscription et désigne par le numéro du titre foncier les immeubles grevés.

En principe, l'ordonnance doit impartir au créancier un délai pour saisir le tribunal au fond et un délai avant lequel il ne pourra saisir le tribunal. A défaut de quoi elle est nulle dans le premier cas et rétractable dans le second, en cas d'irrespect de ce délai.

Et conformément à l'article 408 du C. P. C., l'ordonnance doit être notifiée au débiteur dans la quinzaine de l'inscription avec élection de domicile dans le ressort du tribunal ou de la conservation foncière, ou de la conservation des hypothèques.

Et dans ce cas, en vertu de l'article 403 du C. P. C., le débiteur peut obtenir ^{en référé} main-levée, réduction ou cantonnement de l'hypothèque en consignat entre les mains d'un séquestre des sommes en principal, intérêts et frais avec affectation spéciale à la créance. La main-levée ne peut être demandée en référé que dans le mois de la signification de l'ordonnance. En ce qui concerne la réduction ou le cantonnement, il faut que le débiteur prouve que les immeubles grevés ont une valeur double du montant des sommes inscrites. Dans ce cas, il peut donc faire limiter les effets de la première inscription sur les immeubles qu'il indique à cette fin.

La jurisprudence sénégalaise estimant que la notification de l'ordonnance est une formalité permettant au débiteur d'exercer utilement le recours prévu à l'article 403 du C. P. C., à tendance à sanctionner son défaut par la rétractation de cette ordonnance (1). Contrairement à la jurisprudence française (2), qui, comme la loi, considère que l'inobservation du délai de notification n'est pas un motif de rétractation de l'ordonnance ni de nullité de l'inscription.

L'inscription emporte un certain nombre de conséquences à l'égard du débiteur. Ainsi, en vertu du dernier alinéa de l'article 409 du C. P. C., il ne peut "consentir un bail sans autorisation de justice, constituer des droits réels opposables au créancier poursuivant, ni toucher par anticipation ou céder des revenus pour plus d'une année, à peine de nullité. L'inscription de ces interdictions est requise à la conservation foncière en même temps que celle de l'hypothèque réglementée par l'article 407. Elle suit le sort de l'hypothèque".

71 - Lorsque le juge du fond est saisi, si la créance est reconnue, la décision maintient tout ou partie de l'hypothèque

(1) C. A. Dakar n° 38 du 30 Janvier 1981, Mamadou DIAGNE C/DIAS: CPC annoté, p. 152.

(2) Civ. 2° Ch., 8 Avril 1967 : B.C. n° 138 ; C. A. Versailles 9 Octobre 1978, D. 1979. I. R. 16.

déjà inscrite ou octroie une hypothèque complémentaire. "L'inscription de l'hypothèque (définitive) qui en résulte est requise conformément aux dispositions de l'article 134 et du paragraphe 3 de l'article 140 du décret du 26 Juillet 1932" ; il faudra peut être y ajouter les dispositions des articles 130, 2 et 21 du même décret.

Cette inscription faite, l'hypothèque prend rang à la date de l'inscription opérée en vertu de l'alinéa 2 de l'article 407 du C. P. C. auquel il faut rapprocher l'article 219 du C.O.C.C. Une manière de dire que les effets de l'inscription définitive sont rétroactives.

Par rapport au rang ainsi déterminé, il est possible d'émettre toutes les réserves par rapport à la décision de la Cour d'appel de Paris (1) selon laquelle "la lettre d'intention mentionnée... ne représentait qu'une garantie parmi d'autres et d'un rang moindre que les sûretés réelles ou les cautions...".

§ 2 : La saisie-arrêt.

72 - On a eu à considérer que la lettre d'intention ne permet pas à son destinataire d'obtenir une saisie-arrêt sur les biens de son souscripteur. On a fait valoir à ce propos que le destinataire "ne justifie pas d'une créance certaine, liquide et exigible qui l'autoriserait à pratiquer une saisie-arrêt, une telle créance ne pouvant résulter d'une lettre d'intention dont la portée juridique est sujette à interprétation, l'étendue de l'engagement du signataire pouvant être contestée et s'analyser en une obligation de faire, laquelle se résoud en dommages-intérêts en cas d'inexécution" (2).

(1) C. A. Paris, 11 Février 1988, cité par I. NAJJAR, précité.

(2) C. A. Paris, 18 Décembre 1987, précité.

73 - Si la certitude de la créance postule son existence actuelle et incontestable, force est de reconnaître que le droit de créance du destinataire de la lettre d'intention contre le souscripteur est né dès l'inexécution à terme par le bénéficiaire du crédit de son engagement : il faudra donner au moins tout son sens à l'idée de garantie lorsqu'il s'agit d'une lettre d'intention avec obligation de résultat ou assimilable à un cautionnement malgré toute contestation, qui, reconnaissons-le ne peut pas manquer de se produire. Il doit appartenir au juge d'apprécier. Même si l'étendue de l'engagement est sujette à interprétation, il n'en demeure pas moins que cet engagement préexistait et son inexécution suffit. En ce qui concerne la réparation on a eu à dire qu'il s'agit le plus souvent d'une condamnation au versement de l'intégralité de la créance même s'il s'agit de dommages-intérêts (cf. supra n^{os} 60, 61) car ils étaient au moins virtuels pour ne pas dire certains.

- Si la liquidité de la créance veut dire son estimation en argent, cette condition se trouve réalisée car le crédit bancaire est presque toujours en argent. Mieux, l'article 363 alinéa 1 du C. P. C. permet au juge lorsque la créance n'est pas liquide de l'évaluer provisoirement.

- Si l'exigibilité de la créance signifie sa non affectation d'un terme suspensif, nous pouvons l'estimer pleinement établie car si terme il y avait, il ne peut s'entendre ici que de celui dont bénéficiait le destinataire du crédit.

- Alors rien ne s'oppose à reconnaître au destinataire de la lettre d'intention le droit de se faire autoriser à saisir-arrêter les biens du souscripteur : il lui suffit de se conformer aux prescriptions des articles 362 et suivants du C. P. C. Car rappelons-le, la procédure de saisie-arrêt, tout au moins en ce qui concerne son aspect conservatoire a été instituée afin de permettre au créancier de préserver sa créance et d'en obtenir le paiement

étant donné que le plus souvent, il se trouve dans la nécessité d'agir par surprise pour se prémunir contre toute tentative du débiteur d'organiser son insolvabilité ; surtout qu'il aura déjà beaucoup perdu avec le bénéficiaire du crédit qui généralement tombe en faillite et est liquidé ; sa créance n'ayant pu être sauvegardée, il se trouverait ainsi dans la situation d'un créancier chirographaire s'il n'avait pas la lettre d'intention.

C O N C L U S I O N

74 - Les mutations qu'a connu la lettre d'intention ont peut-être fait "oublier" aux parties que malgré leur volonté contraire, leurs engagements peuvent être pris en considération par le droit. Elles s'évertuent d'ailleurs à jouer "le jeu du chat et de la souris". Ce qui pousse certaines d'entre elles à émettre des lettres d'intention très ambiguës, uniquement parce qu'elles cherchent à faire un document qui les engage le moins possible ou qui ne les engage pas du tout, tout en liant les destinataires. Elles ne doivent pas ignorer qu'il n'y a pas beaucoup à gagner avec une telle "ruse". Au contraire, elle peut être à l'origine de véritables déboires. Rien ne les empêche de déterminer avec exactitude la nature, l'étendue et le degré de leurs engagements. Elles ne devront cependant pas perdre de vue que lorsque les pouvoirs publics laissent se développer d'autres règles, en marge de leur propre droit, c'est parce qu'ils jugent nécessaire de ne pas intervenir en raison de l'importance négligeable de ces engagements ou qu'ils veulent favoriser (ou rester indifférents devant) le développement de certaines pratiques dans le milieu des affaires. Leur attitude sera autre lorsque des intérêts considérables sont en jeu car ceux-ci révèlent le plus souvent un certain antagonisme entre les différents groupes socio-économiques. Dans ce cas, ils mettront en oeuvre leur souveraineté législative et juridictionnelle. Et le juge dépositaire et gérant de cette souveraineté, en cette matière, ne devrait aucunement s'estimer lié par l'intention des parties qui entendent soustraire leurs rapports du droit étatique car "la force obligatoire du contrat procède, non de la seule volonté du promettant mais des conséquences que le droit tire de l'accord intervenu : ce dernier se borne à créer une situation objective, à laquelle le droit confère un caractère juridique en accordant une action au créancier" (1).

(1) B. OPPETIT : précité, p. 115.

75 - Ainsi la seule volonté individuelle ne permet pas d'échapper au droit. Mais alors que la juge a décidé de placer l'engagement résultant de la lettre d'intention dans le droit, il faudra également qu'il lui donne un sens bien précis. C'est dans ce cadre que notre réflexion sur sa nature juridique (cf. supra n° 6 et suivants) nous a permis de nous apercevoir qu'elle est une institution originale, au besoin nouvelle qui vient grossir le rang des sûretés personnelles.

76 - Mais la matière des lettres d'intention est très complexe, surtout en raison des questions de droit international privé qu'elle soulève. En effet, elle se prête difficilement à une étude du droit international privé qui doit normalement offrir les moyens de la résolution des conflits issus de la pluralité et de la disparité des droits étatiques. Cela se révèle surtout par le fait que leur contenu ne permet pas de les ériger en une catégorie autonome de rattachement. L'observation et l'analyse des clauses montrent que les engagements sont de nature très variée et ne justifient pas tous et dans tous les cas l'applicabilité de la loi d'un pays déterminé même si dans les hypothèses qu'on a envisagées (cf. supra n° 42 et suivants), toutes convergent vers l'application de la loi de la filiale. Cependant des débuts de solutions sont peut être entrain de voir le jour. Il en est ainsi par exemple du projet d'harmonisation du droit des affaires conçu et adopté par les Ministres des Finances de la zone franc et ce en vue d'assurer une meilleure sécurité juridique et judiciaire des échanges : ledit projet ayant également été adopté les 5 et 6 Octobre 1992 par la Conférence des Chefs d'Etats de France et d'Afrique tenue à Libreville (Gabon) à la suite du rapport présenté par le Président Abdou DIOUF sur la mission de régionalisation du droit des affaires dans la zone franc.

77 - Néanmoins et malgré cela, toutes les difficultés posées par les lettres d'intention n'en seront pas forcément et pour autant surmontées car elles sont également internes. Il faudrait sur ce plan uniformiser et simplifier le régime de la lettre d'intention. Il est par exemple nécessaire de considérer toutes les lettres d'intention renfermant une obligation juridique comme des garanties en raison de leur spécificité et des intérêts qui sont en jeu. Et ces intérêts peuvent également justifier qu'il faille donner un plein et entier effet aux principes de la sauvegarde des créances résultant des lettres d'intention comme c'est le cas pour d'autres institutions.

IO2
53.5.89

TRIBUNAL REGIONAL HORS CLASSE DE DAKAR (SENEGA)

(4) 1

EMENT COMMERCIAL
INITIF

AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 13 MAI 1989

.K.
Madické Niang)

C/

19.440

.C.A. THUBET
Paul Khoury)

IGNE NDIAYE BOUNA
s Bourgi/Kanjo)

Le Tribunal Regional Hors Classe de Dakar
Statuant publiquement contradictoirement en
matière civile, a, en son audience publique
tenue sous la présidence de Monsieur C.
Tillich, Président du siège, en pré
sence de Monsieur C., substitut de
Monsieur le Procureur de la République et
avec l'assistance de , Greffier rendu
le jugement dont la teneur suit :

E N T R E

La Banque Sénégal-Koweïtienne dite BSK
dont le siège est à la rue de Thann x Dagorne
, poursuites et diligences de son Directeur
Général mais faisant élection de domicile en
l'Etude de Me Madické Niang, avocats à la cou

DEMANDERESSE

Comparant et concluant à l'audience par
ledit avocat ;

D'Une Part

SENTS :

ET/

La Société S.P.C.A. THUBET en ses bureaux
sis à la Rue Docteur Thèze à Dakar ;

FFIER: B

Monsieur Serigne Ndiaye Bouna, Directeur
de la SOTIBA ;

DEFENDEURS

La première comparant et concluant par Mr
Paul Khoury leur représentant et le second
par Mes Bourgi/Kanjo, avocats à la cour ;

D'Autre Part

Sans que les présentes qualités puissent
nuire ni préjudicier en rien aux droits et in-
térêts respectifs des parties en cause ;

FAITS

Par exploit en date du 25 novembre 1987
de Me Bernard Sambou, Huissier de Justice à
Dakar, la B.S.K. a donné assignation à la
Société SPCA THUBET et Serigne Ndiaye Bouna
à comparaître et se trouver par devant le
Tribunal en son audience du 5 décembre 1987
pour et par les motifs exposés audit exploit;

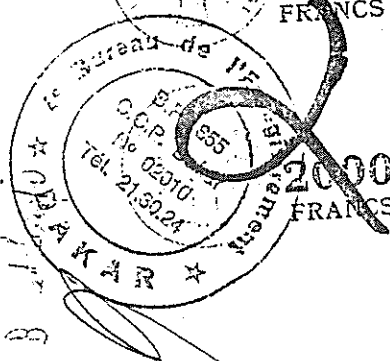
Attendu que la SPCA THUBET est redevable
à l'égard de sa requérante la somme de F
178.427.543 frs représentant le solde débi-
teur de ses comptes ;

[Signature]

.../...



2000
FRANCS



2000
FRANCS

1989.05.19

.../...

Que le sieur Serigne Ndiaye Bouna s'était porté caution de la Société THUBET que malgré plusieurs réclamations amiables ils refusent de se libérer ;

Qu'il convient de les condamner solidairement à payer cette somme ;

PAR CES MOTIFS

S'entendre les requis condamner solidairement à payer à la B.S.K. la somme de 178.427.543 frs outre le intérêts de droit ;

Ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant toutes voies de recours et sans caution ;

S'entendre les requis condamner aux entiers dépens dont distraction selon l'usage ;

Sur cette assignation qui contenait constitution de Me Madické Niang, avocat à la cour pour la demanderesse, l'affaire a été inscrite au rôle général sous le n° 459/87/88 et mise au rôle particulier de l'audience du 5 décembre 1987 indiquée dans l'exploit ;

Par autre exploit en date du 23 décembre 1988 du même huissier de justice à Dakar, la B.S.K. a appelé en cause à Paul Khoury à comparaître et se trouver devant le Tribunal en son audience du 7 janvier 1989 pour et par les motifs exposés audit exploit ;

Entendre déclarer l'appel en cause régulier ;

Entendre Monsieur Paul Khoury installé dans la cause pour y prendre telles écritures qu'il plaira ;

Appelée à cette audience elle fut renvoyée au 9 Avril 1988 puis après plusieurs renvois successifs elle fut retenue à l'audience du 29 Avril 1989 ;

Me Madické Niang, avocat à la cour pour la demanderesse, a lu développé et déposé sur le bureau du Tribunal les conclusions dont le dispositif est ainsi conçu :

CONCLUSION EN DATE DU 23 MARS 1988

Déclarer l'action recevable en la forme ;

Condamner solidairement le sieur Serigne Ndiaye Bouna et la Société THUBET à payer à la B.S.K. la somme de 178.427.543 frs outre les intérêts de droit ;

Ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant toutes voies de recours ;

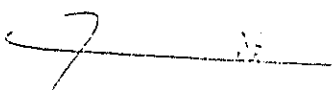
Condamner les défendeurs aux entiers dépens dont distraction selon l'usage ;

Mes Bourgi/Kanjo, avocats à la cour pour les défendeurs, ont lu développé et déposé sur le bureau du Tribunal les conclusions dont leur dispositif sont ainsi conçus :

CONCLUSION EN DATE DU 6 JANVIER 1989

Au Principal : Pour les cause sus énoncées ;

Déclarer irrecevable l'action de la B.S.K. en ce qu'elle est dirigée tant à l'encontre de la SPACA THUBET qu'à l'encontre du sieur Serigne Bouna Ndiaye ;



.../...

.../...

Au Fond: Pour les causes sus énoncées :

Constater la nullité de la lettre du 13 novembre 1988

«ébouter en tout état de cause la B.S.K. de toutes ses demandes, fins et conclusions comme étant mal fondées et formées à l'encontre du sieur Serigne Ndiaye Bouna ;

Débouter en l'état la B.S.K. de toutes ses demandes fins et conclusions dirigées à l'encontre de la SPCA THUBET ;

S'entendre la B.S.K. condamner aux entiers dépens d'Instance dont distraction au profit des avocats sous signés qui le requièrent aux offres de droit ;

A Titre Très Infiniment Subsidiaire: pour les demandes formées à l'encontre de la SPCA THUBET ;

Entendre désigner un expert avec pour mission celle ci-dessus précisée ;

Dire et juger que les frais d'expertise seront avancés par la B.S.K. ;

Le Ministère Public a déclaré s'en rapporter à justice ;

Sur quoi les débats ont été déclarés clos ;

DROIT

En cet état la cause présentait à juger les différents points de droit résultant des pièces du dossier et des conclusions des avocats des parties ;

Quid des dépens ?

A l'audience du 13 Mai 1989, le Tribunal vidant son délibéré, a statué en ces termes ;

LE TRIBUNAL

Vu les pièces du dossier

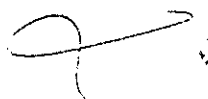
Oui les avocats des parties en leurs explications respectives ;

Le Ministère Public entendu et après en avoir délibéré conformément à la loi.

Attendu que suivant exploit d'huissier en date du 25 novembre 1985, la Banque Sénégal-Koweïtienne dite B.S.K. a fait servir assignation à la Société de Promotion Commerciale Africaine S.P.C.A. THUBET et à Serigne Ndiaye Bouna, en paiement solidaire de la somme de 187.427.543 frs outre les intérêts de droit sous le bénéfice de l'exécution provisoire ; que par acte en date du 23 novembre 1988, la requérante a appelé en cause Paul Khoury, Syndic du Réglement Judiciaire de la SPCA THUBET ;

EN LA FORME

Attendu que les défendeurs font plaider l'irrecevabilité de l'action initiée contre eux par la Banque Sénégal-Koweïtienne motif pris de ce que la S.P.C.A. THUBET est en règlement judiciaire, toutes les poursuites individuelles qui pourraient être intentées contre elle, sont suspendues conformément aux dispositions de l'article 962 du Code des Obligations Civiles et Commerciales ;



.../...

.../...

Que cette même suspension profiterait à Serigne Ndiaye Bouna qui est recherché comme caution de la S.P.C.A. THUBET ;

Attendu que la B.S.K. soutient que si les poursuites sont suspendues en ce qui concerne le débiteur principal, il n'en irait de même pour la caution puis que celle-ci ne saurait opposer au créancier poursuivant, des exceptions qui seraient personnelles au débiteur principal ;

Attendu que s'agissant de la S.P.C.A. THUBET, il ne saurait faire de doute que les dispositions de l'article 962 du Code des Obligations Civiles et Commerciales doivent en l'espèce recevoir pleine application par suite l'action de la B.S.K. en tant qu'elle est dirigée contre la S.P.C.A. THUBET doit être déclarée irrecevable en la forme pour cause de suspension des poursuites individuelles ;

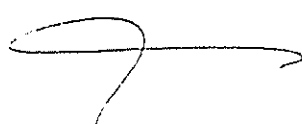
Attendu que s'agissant de la caution dès lors que la validité de celle-ci n'est pas mise en cause le créancier poursuivant conserve son action contre la caution en cas de règlement judiciaire ou liquidation des biens du débiteur principal s'il n'est pas démontré que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens sont intervenus par suite de négligences du créancier poursuivant ; qu'en l'espèce, il n'est pas établi, même si Serigne Ndiaye Bouna fait observer que les poursuites contre la S.P.C.A. THUBET ont été retardées de 7 ans, que le règlement judiciaire dont fait l'objet celle-ci serait constitutif à une quelconque négligence de la B.S.K. créancière poursuivante surtout que le règlement judiciaire est intervenu alors que que la B.S.K. avait déjà introduit son action ;

Quid maintenant : de la validité de la caution dont se prévaut la B.S.K. ? ;

Attendu que se prévalant d'une lettre écrite le 13 novembre 1987 et ~~as~~ signé "un administrateur" Serigne Ndiaye Bouna, avec entête S.P.C.A. andre THUBET et / la B.S.K. soutient que, il serait indiscutable que le sieur Serigne Ndiaye Bouna en écrivant " les engagements souscrits auprès de votre Etablissement seront scrupuleusement respectés par notre société, et bénéficieront par la même occasion de mon aval personnel jusqu'à extinction de votre créance" aurait manifesté d'une manière expresse son désir de se porter caution de la S.P.C.A. THUBET ; qu'il s'agirait là d'une volonté sans équivoque et qui s'accorderait avec les dispositions du Code des Obligations Civiles et Commerciales régissant la caution en l'occurrence l'article 835 selon lesquelles " le cautionnement doit être stipulé de façon expresse, l'engagement de la caution se prouve suivant les règles de droit commun ;

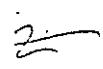
Attendu que Serigne Ndiaye Bouna par l'organe de ses conseils soutient que la lettre du 13 novembre 1987 ne saurait valoir caution ; que celle-ci ne contiendrait qu'un engagement moral de sa part puisqu'il agissait d'ordre et pour le compte de la S.P.C.A. THUBET ;

Que si le cautionnement est un engagement unilatéral en cela que seule la caution s'oblige, en revanche, cet engagement unilatéral résulte d'une convention signée entre deux parties échangeant leur consentement réciproquement ; que la preuve du cautionnement serait assujettie aux prescriptions de l'article 22 du Code des Obligations Civiles et Commerciales qui dispose



.../...

Compagnie



.../...

" l'acte sous seing privés contenant un engagement unilatéral doit être rédigé en entier de la main de celui qui le souscrit dans le cas contraire, il faut que celui qui s'engage écrive de sa main, outre sa signature, un bon pour ou un approuvé portant en toutes lettres le montant de son obligation dont il fait preuve " ; que ceci ne serait pas le cas de la lettre du 13 novembre 1981 ;

Attendu que le cautionnement aux termes de l'article 830 du Code des Obligations Civiles et Commerciales est un contrat par lequel, la caution s'engage à exécuter une obligations si le débiteur n'y satisfait point lui-même ; qu'aux termes de l'article 835 du Code des Obligations Civiles et Commerciales le cautionnement doit être stipulé de façon expresse ; qu'il ne se présume donc pas ;

Attendu qu'en l'espèce , il résulte des propres écrits de la B.S.K., que par la lettre du 13 novembre 1981, le sieur Serigne Ndiaye Bouna aurait exprimé son désir de se porter caution en faveur de SPCA THUBET ;

Qu'il y a lieu de faire observer à la B.S.K. que le désir ne saurait être pris pour un engagement ;

Attendu que l'engagement unilatéral qui résulte de l'acte du 13 novembre 1981 qui n'a pas respecté les prescriptions relatives aux actes sous seings privés portant engagement unilatéral ne saurait s'analyser en un contrat de cautionnement tel que prévu par l'article 830 du Code des Obligations Civiles et Commerciales ;

Attendu qu'il n'a pas été versé aux débats de contrat de cautionnement ; que non plus il n'est pas versé aux débats d'acte d'ouverture de crédit sur lequel le sieur Serigne Ndiaye Bouna s'est porté caution personnelle de la S.P.C.A. THUBET ; que le contenu de la lettre du 13 novembre 1981 ne peut et ne doit ~~pas~~ s'analyser qu'en un engagement moral que prend un des dirigeants de la S.P.C.A. THUBET pour amener celle-ci à respecter les engagements souscrits vis-à-vis de la B.S.K. ;

Que ceci est d'autant plus vrai que la B.S.K. ne saurait soutenir que c'est en raison de la caution de Serigne Ndiaye Bouna qu'elle ~~accorde~~ le découvert dont s'agit à la S.P.C.A. THUBET puisque la lettre du 13 novembre 1981 est postérieure à la mise en place du crédit ;

Qu'il en résulte que, quel que soit l'engagement contenu dans la lettre du 13 novembre 1981 cet engagement ne saurait en l'espèce être analysé en un contrat de cautionnement ; que par suite il y a lieu de dire et juger qu'il n'y a pas eu cautionnement et par suite Serigne Ndiaye Bouna ne saurait être recherchée comme caution personnelle de la S.P.C.A. THUBET en l'espèce ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement contradictoirement en matière commerciale et en premier ressort ;

Déclare irrecevable en la forme l'action de la BSK en tant qu'elle est dirigée contre la S.P.C.A. THUBET ;

AU FOND

Dit et juge que la lettre du 13 novembre 1981 ne saurait valoir contrat de cautionnement au sens de l'article 830 du Code des Obligations Civiles et Commerciales ;

En conséquence déboute la B.S.K. de son action en tant qu'elle est dirigée contre Serigne Ndiaye Bouna ;

La condamne aux dépens ;

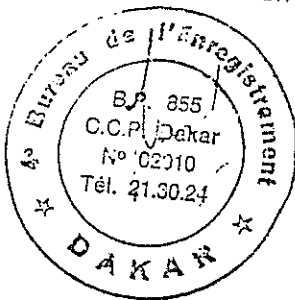
.../...

Ainsi fait jugé et prononcé les jours, mois et
an que dessus ;

Et ont signé le Président le Greffier./.

[Signature]
[Signature]

LE 3000
P: 11000
Enregistré à DAKAR IV Beau. N° *22253*
- 3 AOÛT 1989 Vol. *11* Fo. *1125* Case *1125*
Reçu *[Signature]*
LE RECEVEUR



Seydou Diémé

- BIBLIOGRAPHIE -

I - OUVRAGES GENERAUX :

- 1 - A. WEILL & F. TERRE : Droit Civil : les obligations : 4ème éd.
- 2 - J. CARBONNIER : Droit Civil : Les obligations.
- 3 - G. RIPERT & J. ROBLLOT : Traité de Droit commercial T_{II}, 11è éd.
- 4 - G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ : Les sûretés - la publicité foncière, 2è édition.
- 5 - J. L. RIVES-LANGE & M. CONTAMINE-RAYNAUD : Droit bancaire. 3è édition.
- 6 - Y. LOUSSOUARN & P. BOUREL : Droit international privé : 1978.

II - ARTICLES :

- 1 - B. OPPETIT : L'engagement d'honneur : D - s. 1979 p. 107 & suiv.
- 2 - I. NAJJAR : L'autonomie de la lettre de confort : D-S. 1989, Chr. XXXII, p. 217 & suivantes.
- 3 - M. DE VITA : La jurisprudence en matière de lettres d'intention : G. P. 23 - 24 Août 1987, Doct. 5.
- 4 - P. BERTREL : Les lettres d'intention, Banque : 1986.
- 5 - I. Y. NDIAYE : Le juge, le créancier, la caution : EDJA n° 19 Avril 1992.
- 6 - Abdoulaye SAKHO : Les lettres de confort ou de patronnage des sociétés-mères à l'égard des filiales : LEX n° 241 du Vendredi 20 Novembre 1992.
- 7 - Y. POULLET : La lettre de patronnage comme forme originale de sûreté personnelle : FEDUCI 1984, n° 16, p. 41 & suivantes.
- 8 - M. FALLON : lettres de patronnage et Droit international privé : FEDUCI 1984, n° 16, p. 333 & suivantes.

III - TEXTES :

- 1 - Code des Obligations Civiles et Commerciales : EDJA. Fév. 1991

.../...

- 2 - Code de la Famille : EDJA : Juin 1990.
- 3 - Code de Procédure Civile : EDJA : 1989.
- 4 - Loi n° 67-33 du 30 Juin 1967 portant réglementation des changes.
J. O. R. S. n° 3 903 du Samedi 1er Juillet 1967 (IIè Semestre).
- 5 - Loi n° 93-07 du 10 Février 1993 modifiant la loi 85-400 du 29
Juillet 1985 portant quatrième partie du Code des Obligations
Civiles et Commerciales : J.O.R.S. n° 5 512 du Samedi 13 Mars
1993.

IV - JURISPRUDENCE :

A - JURISPRUDENCE FRANCAISE

- T. C. Paris, 27 Octobre 1981, Rev. Bq. 1981, p. 1 455 & suivantes.
- T. C. Paris, 2 Juin 1986 : R.T.D. Com. n° 2, note M. CABRILLAC &
TEYSSIE.
- C. A. Bordeaux, 25 Mars 1966 : G. P. 1966. I. 385.
- C. A. Versailles, 9 Octobre 1978 : D. 1979. I. R. 16.
- C. A. Paris, 17 Septembre 1981 : D. 1982. I.R. 456.
- C. A. Montpellier, 10 Janvier 1985 : D. 1985. I.R. 340, note VASSEUR.
- C. A. Bordeaux, 16 Octobre 1985 : D. S. 1989, jurisprudence, p.
436.
- C. A. Paris, 18 Décembre 1987 : D. S. 1989, jurisprudence p. 437.
- C. A. Versailles, 9è Ch. 9 Février 1989 : D - S. n° 4 (Hebd.) 24
Janvier 1981, p. 36.
- C. A. Paris, 10 Mars 1989 : D. S. 1989 jurisprudence p. 440.
- C. A. Paris, 31 Mai 1989 : D. 1989. Som. p. 327.
- Req. 12 Juillet 1926 : G. P. 1926. 2. 525.
- Req. 29 Mars 1938. D. P. 1939. I. R. note VOIRIN.
- Req. 6 Février 1945 : G. P. 451. 116.
- Com. 14 Décembre 1966 : B. C. n° 428.
- Civ. 2è Ch. 8 Avril 1967 : B. C. n° 138.
- Com. 28 Février 1977 : J. C. P. 1977 ; IV. 110.
- Com. 4 Mai 1986 : B. C. 1986. IV. n° 86, p. 74.
- Com. 24 Février 1987 : B. C. IV. 56, p. 41.
- Com. 21 Décembre 1987 : D. S. 1989. I. R. p. 112 & suiv. note BRILL ;

.../...

- R. C. D. I. P. Avril-Juin 1989, note M. N. JOBARD-BACHELIER.
- Com. 11 Juillet 1988 : B. C. IV. n° 246, p. 169.
 - Com. 23 Octobre 1990 D. S. (Hebd.) 23 Janvier 1992. Som. p. 34.
 - Com. 15 Janvier 1991 : D. 1992. Som. 35.
 - Com. 15 Mars 1991 : B. C. n° 3, p. 77.
 - Com. 16 Juillet 1991 : D. S. 23 Janvier 1992, jurisprudence p. 55.

B - JURISPRUDENCE SENEGALAISE

- T. R. H. C. Dakar : n° 1 102 du 13 Mai 1989 : EDJA, n° 19, p. 7
& suivantes. Obs. I. Y. NDIAYE.