

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

Droit contractuel

La lettre d'intention*

Louis PÉLOGUIN

Avocat au Barreau du Québec

Christopher K. ASSIÉ

LL.B, B.C.L., M. Sc. Sociologie, B. Sc. S. avec spécialisation en sociologie

Le droit des affaires a considérablement évolué depuis l'époque où il suffisait, pour conclure un marché, qu'une partie (le destinataire) accepte, tout bonnement, l'offre faite par une autre partie (l'offrant). En effet, il n'est pas rare aujourd'hui qu'une opération commerciale implique la conclusion d'un ensemble intégré de contrats dont la négociation nécessite des semaines, voire des mois, de travail intense de la part des représentants des parties. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à citer, à titre d'exemple, la conclusion d'alliances stratégiques, la réalisation de grands projets d'investissement ou l'acquisition d'entreprises commerciales d'importance. Or, il peut s'avérer parfois difficile, dans le

cadre d'opérations aussi complexes, de passer de la simple négociation verbale à la conclusion d'un contrat définitif qui cristallisera l'ensemble des rapports juridiques des parties.

C'est pourquoi, avant de s'engager trop avant dans la négociation et ainsi entraîner des frais importants, les parties sentent souvent le besoin de s'assurer du sérieux de l'opération envisagée. Il ne serait pas sage, en effet, pour les différents acteurs économiques dans une relation d'affaires complexe de se lancer dans une longue et ardue négociation sans s'assurer tout d'abord que cette dernière a quelque chance d'aboutir à un résultat satisfaisant. À cette fin, les praticiens du droit ont développé, au fil des années,

* Dans cette chronique, nous avons utilisé l'expression « lettre d'intention » plutôt que « protocole d'entente » afin de bien souligner le fait que les parties qui utilisent ce type de document préparatoire n'ont généralement pas l'intention de s'engager, à ce stade des pourparlers, quant aux termes essentiels de l'opération envisagée.

plusieurs instruments précontractuels permettant à leurs clients de mieux gérer les risques associés à la conduite de ce type de négociations et ainsi, maximiser les probabilités de succès de l'opération envisagée. Différents vocables ont été donnés au cours des années par la pratique commerciale à ces instruments. Parmi les plus connus, on n'a qu'à mentionner la « lettre d'intention », le « protocole d'accord », l'« accord de principe » et l'« engagement d'honneur »¹. Ces documents préparatoires sont d'ailleurs souvent désignés, dans la pratique de tous les jours au Québec, sous leur appellation anglaise. En effet, quel avocat québécois pratiquant en droit des affaires n'a pas un jour vu son client lui soumettre, pour fins de commentaires, un projet de « *gentlemen's agreement* », de « *memorandum of understanding* », de « MOU », de « *term sheet* » ou de « *heads of agreement* » ?

La portée juridique de ces documents préparatoires est souvent incertaine, bien qu'elle puisse avoir, à terme, un effet important sur la responsabilité des parties. Nous allons donc, dans le cadre de cette chronique, nous interroger sur le caractère obligatoire de ces divers documents et tenter de dégager, pour le négociateur chevronné qui désire les utiliser dans le cadre de

ses négociations commerciales, un certain nombre de recommandations relativement aux clauses qui devraient généralement y figurer.

En raison du contexte nord-américain dans lequel il est, de plus en plus, appelé à évoluer, l'homme d'affaires québécois est sans cesse confronté à un environnement juridique et économique étranger qui lui propose diverses solutions juridiques aux problèmes auxquels il doit faire face. En effet, une portion non négligeable des cas où il devra utiliser des lettres d'intention implique la conclusion d'opérations commerciales avec des parties qui se situent en dehors du Québec. Ces solutions peuvent être, selon les cas, plus ou moins bien adaptées au contexte juridique québécois. Cet état de fait ne peut, à terme, qu'influencer la pratique du droit au Québec.

Bien qu'une analyse exhaustive de tous les systèmes juridiques existants soit impossible dans le cadre de cette chronique, nous allons tout de même tenter de comparer les solutions proposées par le droit civil québécois et la common law canadienne² afin de dégager un certain nombre de principes qui nous permettront de mieux distinguer les solutions retenues par ces deux grands systèmes juridiques dans leur approche des documents pré-

¹ Jean Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL et Daniel MANGUY, *L'avant-contrat*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2001, p. 238 ; Ralph B. LAKE et Ugo DRAETTA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents: Cooperative Analysis and Forms*, 2^e éd., Salem (Mass.), Butterworth, p. 5 (1994).

² L'utilisation du qualificatif « canadien » dans cette chronique fait généralement référence aux provinces canadiennes dont le droit civil est d'inspiration britannique, soit, essentiellement, toutes les provinces sauf le Québec.

contractuels. Nous procéderons tout d'abord à un rappel des règles de formation et d'interprétation des contrats dans ces deux systèmes pour ensuite souligner les différents enjeux qui sont susceptibles de se développer selon le tribunal devant lequel on se retrouve. L'utilisation du droit comparé nous permettra ainsi de mieux mettre en lumière les solutions retenues par notre droit, ce qui sera fort utile au praticien du droit des sociétés sans cesse confronté, en raison de la mondialisation des échanges, aux solutions retenues par d'autres droits. Nous examinerons notamment l'effet que peut avoir la reconnaissance du concept de bonne foi dans notre système juridique sur la négociation d'une lettre d'intention. Nous concluons en donnant un certain nombre de suggestions pratiques portant sur la meilleure façon de rédiger une lettre d'intention.

I. Du statut juridique des documents préparatoires

Le statut juridique des divers documents préparatoires développés par la pratique commerciale internationale est pour le moins incertain³. Il est ultimement fonction de l'intention des parties. À cet égard, les différentes appellations que les parties peuvent donner aux divers outils précontractuels confirment leur intention de ne pas créer un contrat définitif. Elles laissent éga-

lement l'impression (parfois trompeuse, il est vrai), particulièrement aux rédacteurs de tels outils précontractuels, que ceux-ci sont moins contraignants qu'un contrat en soi, ne serait-ce que psychologiquement⁴. En effet, un des problèmes généralement rattachés à ce type d'outils précontractuels est la perception de la part de ceux qui y sont parties qu'ils ont une force obligatoire moindre. Par conséquent, la responsabilité de conclure de tels outils précontractuels est souvent confiée aux membres du personnel d'une entreprise n'occupant pas un poste de haute direction et qui, en temps normal, n'auraient pas l'autorité requise pour l'obliger⁵.

En effet, l'intention de s'engager juridiquement (c'est-à-dire de soumettre la sanction du non-respect des dispositions d'un contrat à un ordre juridique quelconque) doit toujours être présente pour qu'un accord soit susceptible d'exécution forcée. L'intention des parties peut, toutefois, varier d'un extrême à l'autre.

D'une part, il y a ceux qui désirent, dès le début des négociations, être liés juridiquement par tous les termes de l'entente. Ce type de document contractuel vise généralement à cristalliser dès le départ, dans un document écrit plus ou moins formel, les termes essentiels de l'accord, quitte à n'en préciser les modalités qu'un peu plus tard, dans le cadre

³ R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 18.

⁴ Françoise LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 142.

⁵ J. BANKA, «The Commitment: Offers, Letters of Intent and Other Forms of Commitment», Lexpert Seminar – The Annual Commercial Leasing Institute, Toronto, 23 novembre 2000 [non-publié], p. 4.

d'un accord définitif. L'objet du premier contrat, ou accord-cadre, est donc de fixer définitivement les éléments clés de l'entente qui ne pourront alors plus être mis en cause⁶. On retrouve souvent ce type d'accord dans le secteur des ressources naturelles où les parties à une « joint venture » ne voient pas la nécessité de dépenser beaucoup de temps et d'argent à en négocier les termes définitifs avant qu'une découverte importante ait eu lieu. On réfère souvent dans la pratique à ces protocoles d'entente sous l'expression anglaise de « *heads of agreement* ». Ces protocoles ne sont en fait que des ententes, tout ce qu'il y a de plus « normal », auxquelles les règles générales du droit des contrats s'appliqueront. Leur étude n'est évidemment pas l'objet de cette chronique.

À l'autre extrême se trouvent les engagements d'honneur ou « gentlemen's agreement », dans lesquels les parties ont clairement voulu situer leur relation en dehors du droit. Les parties ne s'engagent ici que sur l'honneur, l'effectivité de leur lien n'étant pas garantie par l'État, mais bien plutôt par la qualité de la réputation dont elles jouis-

sent dans le monde des affaires⁷. C'est le cas, par exemple, de la lettre de parrainage, mieux connue au Québec sous son appellation anglaise de « *comfort letter* », émise par une société-mère qui entend fournir certaines assurances quant à l'exécution des engagements contractés par sa filiale auprès d'une banque⁸. Dans un tel cas, les engagements des parties sont clairement définis, mais ils sont d'un tout autre d'ordre puisque les parties n'ont pas l'intention de soumettre la sanction de leur non-respect à un ordre juridique quelconque. La question pour le juriste est alors de savoir s'il est possible de faire échapper au domaine du droit l'engagement « sur l'honneur ». Une telle question, quoique fort intéressante en soi, dépasse évidemment le cadre de cette chronique⁹. De fait, dans un tel cas, nous ne sommes pas vraiment en présence d'un document préparatoire type, mais bien plutôt d'un document définitif sans valeur juridique.

Entre ces deux extrêmes, on retrouve ce qu'il est convenu d'appeler les documents de type hybride, puisqu'ils contiendront à la fois des clauses qui auront pour effet de lier

⁶ R.B. LAKE et U.DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 7.

⁷ Bruno OPPETIT, « L'engagement d'honneur », dans B. de SÉGOGNE (dir.), Paris, Recueil Dalloz Sirey, *Jurisprudence Générale Dalloz*, vol. 1, 1979, 107, à la page 110.

⁸ Dans l'arrêt *Kleinwort Benson Ltd. c. Malaysia Mining Corporation Berhad*, [1989] 1 W.L.R. 379, la Cour examinait une lettre échangée par les parties qu'elle a caractérisé comme étant une « *comfort letter* » décrivant les politiques en matières de cautionnement appliquées par cette société à ses filiales plutôt qu'un engagement contractuel au sens strict du terme.

⁹ Cependant, au moins un auteur français nous rappelle que la jurisprudence française ne donne pas toujours plein effet à l'intention des parties de s'engager sur l'honneur. Face à une telle affirmation de la volonté des parties, elle ne se sent pas toujours liée et n'écarte donc pas systématiquement la création de certaines obligations légales (Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 289).

juridiquement les parties entre elles et d'autres qui ne serviront que de guide à la négociation¹⁰. La lettre d'intention fait généralement partie de cette catégorie. Par la lettre d'intention, les parties ne visent pas tant à fixer les termes de leur accord, mais plutôt à aménager par écrit la conduite future de leurs négociations¹¹. Dans ce type d'entente, si elle est bien rédigée, les obligations des parties ne porteront donc pas tellement sur la substance de l'opération visée, mais plutôt sur les modalités de la négociation elle-même. Le sacro-saint principe de la liberté de contracter, si cher à notre droit d'inspiration libérale, s'en trouvera donc restreint. En effet, comme nous le verrons plus loin, une fois la lettre d'intention signée, les parties n'auront plus une aussi grande liberté de mettre fin à leurs pourparlers. La rupture des négociations, dans certaines circonstances, pourra donc engager leur responsabilité. Le principe de la bonne foi dans la négociation viendra alors sévèrement limiter le libre jeu de la négociation et, donc, la liberté des parties de mettre fin aux pourparlers sans motifs raisonnables. Ils auront en quelque sorte tracer un sillon dans la terre duquel, à mesure que les négociations avanceront, il leur sera de plus en plus difficile de sortir.

II. Des règles d'interprétation du contrat en droit civil et en common law et de leur influence sur la qualification juridique d'un document

La distinction entre la conception du contrat en droit civil et en common law aura une importance déterminante sur l'interprétation que l'on fera dans chaque système de la nature juridique des lettres d'intention. Le droit civil tire en partie ses origines de l'ancien droit romain¹² et plusieurs auteurs sont d'avis que, pour bien comprendre le droit civil des contrats, il est essentiel de reconnaître le rôle crucial que joue la doctrine, dans son ensemble, sur la formation du droit civil et, notamment, sa représentation du contrat comme étant d'abord et avant tout une relation entre des parties qui résulte de l'expression de leur volonté¹³. Cette importance de la doctrine résulterait, semble-t-il, du fait que le droit civil a été grandement influencé, à l'origine, par l'esprit de la Révolution française (la philosophie du Siècle des Lumières) tel que traduit par les grands juristes qui avaient été choisis par le Premier Consul Napoléon Bonaparte pour le rédiger. Il reconnaît également l'influence des exégètes qui l'interprètent et, à travers cette interprétation, lui donne sa pleine dimension. Certains ont

¹⁰ R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 6 et 7.

¹¹ *Id.*, p. 15.

¹² H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 116.

¹³ R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 26.

été même jusqu'à dire que le droit civil est en cela un «droit de prêtres»¹⁴, faisant sans doute référence à l'influence du droit canon, et à ses modes d'interprétation, sur son développement. Il serait sans doute plus approprié, surtout en ce qui concerne le droit des contrats, de dire qu'il est en quelque sorte un hymne à cet individualisme, si cher au libéralisme triomphant du début du XIX^e siècle, qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté.

Cette situation se distingue évidemment du droit anglais (common law), où l'emphase est plutôt mise sur l'énoncé par les tribunaux de règles juridiques préexistantes¹⁵, à partir de leur étude de la pratique commerciale. En effet, la common law, prenant sa racine dans un terroir fortement mercantile, considère le contrat non pas comme une relation entre deux personnes, mais plutôt comme une «transaction», c'est-à-dire un échange¹⁶. Loin des universités, le droit contractuel anglo-saxon s'est donc développé en fonction des normes coutumières dégagées par les tribunaux suite à leur étude de la pratique commerciale de leur époque. Cette distinc-

tion entre la représentation du contrat, soit comme une relation (droit civil), soit comme un échange (common law), a eu d'importants effets sur l'interprétation que l'on fera des contrats et, bien évidemment, sur le régime juridique qui s'appliquera aux lettres d'intention.

L'article 1378 du *Code civil du Québec* définit le contrat comme «un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation»¹⁷ et en général, dans le contrat consensuel, aucune formalité n'est nécessaire. En effet, seule l'expression de leur volonté par les parties suffit pour les lier¹⁸. Par ailleurs, le législateur exige le respect de formalités dans certains cas en raison de l'importance sociale des relations tissées entre les parties au contrat; c'est le cas notamment de la plupart des contrats nommés¹⁹. L'article 1385 C.c.Q. établit les conditions de base essentielles à la formation du contrat, soit le consentement, la capacité, l'objet, la cause et dans certains cas, des conditions de forme. La volonté des parties se

¹⁴ *Id.*, p. 25. Il est intéressant de noter que cette façon de référer au droit civil n'est pas nécessairement péjorative, et contient une certaine part de vérités, quand on pense à l'influence des docteurs de l'Église sur le développement de la théologie catholique et l'importance qu'ils ont accordée à une interprétation allégorique et évolutive, plutôt que littérale (contrairement aux évangélistes) des textes religieux.

¹⁵ Les tribunaux anglo-saxons ne font ici que dégager une règle qui existe déjà; il n'invente pas la règle mais plutôt la découvre.

¹⁶ R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 26.

¹⁷ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1378.

¹⁸ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 155.

¹⁹ Par exemple, le contrat de mariage (art. 440 C.c.Q.), les donations (art. 1824 C.c.Q.), l'hypothèque immobilière (art. 2693 C.c.Q.).

matérialise par l'offre suivie de l'acceptation. L'offre doit être sérieuse pour manifester une volonté réelle et elle doit comporter tous les éléments essentiels au contrat pour être complète et précise²⁰.

Le Code civil traite de l'avant-contrat à l'article 1396 qui se lit comme suit :

L'offre de contracter, faite à une personne déterminée, constitue une promesse de conclure le contrat envisagé, dès lors que le destinataire manifeste clairement à l'offrant son intention de prendre l'offre en considération et d'y répondre dans un délai raisonnable ou dans celui dont elle est assortie. La promesse, à elle seule, n'équivaut pas au contrat envisagé ; cependant, lorsque le bénéficiaire de la promesse l'accepte ou lève l'option à lui consentie, il s'oblige alors, de même que le promettant, à conclure le contrat, à moins qu'il ne décide de le conclure immédiatement.

L'avant-contrat n'équivaut pas au contrat final comme tel, mais crée des obligations envers les parties qui s'y soumettent, incluant l'obligation de négocier²¹.

L'article 1425 C.c.Q. exprime sans aucun doute le principe fondamental d'interprétation des contrats en droit civil : en cas de litige concernant l'interprétation que l'on doit donner à un contrat, le tribunal devra rechercher l'intention commune des parties plutôt que de

s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. À ce sujet, les auteurs Baudouin et Jobin s'expriment ainsi :

*En pratique, les tribunaux jouissent d'un grand pouvoir discrétionnaire dans la recherche de cette intention et les quelques règles énoncées par le Code sont considérées par eux « comme de simples directives et non [comme] des canons impératifs d'interprétation ».*²²

Il est à noter qu'en droit civil le fond l'emporte sur la forme en matière d'interprétation des contrats²³. D'autre part, l'article 1426 C.c.Q. prévoit que le tribunal devra considérer les circonstances entourant la conclusion du contrat, la nature du contrat, l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée de même que les usages afin de déterminer la réelle intention des parties. De même, selon la doctrine, le tribunal pourra tenir compte de toutes les circonstances entourant la création du contrat, incluant l'examen de la conduite des parties, l'échange de documents tel que lettres ou autres écrits, ou les conversations que les parties ont eues entre elles²⁴. Ce principe d'interprétation ne se limite pas uniquement aux termes d'un contrat ambigu, mais s'étend également à la qualification formelle de l'accord conclu par les parties en cas de désaccord quant à leur intention²⁵. Certains auteurs prétendent, non sans raison, que la

²⁰ Art. 1388 C.c.Q.

²¹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n° 184.

²² *Id.*, n° 421.

²³ Vincent KARIM, *Les obligations : volume 1 (art. 1371 à 1496 C.c.Q.)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 334.

²⁴ *Id.*, p. 336 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n° 428.

²⁵ V. KARIM, *op. cit.*, note 23.

codification du principe de bonne foi a accru sensiblement l'interventionnisme judiciaire, particulièrement dans le domaine des obligations implicites²⁶. Enfin, la jurisprudence française en est venue à la conclusion que l'intention clairement exprimée des parties de ne s'engager que sur l'honneur n'écarte pas nécessairement la création de certaines obligations légales²⁷.

En matière de common law, un accord de volonté suivi par l'échange d'une « contrepartie »²⁸ est généralement vu comme le principe de base régissant la formation du contrat²⁹. À l'instar du droit civil, il n'existe dans la majorité des cas aucune autre formalité³⁰. En outre, précisons que la common law s'intéresse surtout aux intentions manifestées de façon objective par les parties plutôt qu'à leurs intentions subjectives³¹. La distinction centrale entre le droit civil et la common law se trouve donc dans cette notion de « contrepartie ». En effet, en common law, aucun tribunal ne peut donner effet à un contrat qui n'a pas été attesté par une personne

autorisée et pour lequel il n'y a aucune « contrepartie »³². Cela dénote une distinction fondamentale entre le droit civil et la common law. Prenons par exemple l'offre assortie d'un délai. En droit civil, l'article 1390 C.c.Q. précise qu'une offre assortie d'un délai est irrévocable avant son expiration. À l'inverse, en common law, toute offre, assortie ou non d'un délai, est révocable avant que son acceptation ne soit transmise à l'offrant si cette dernière a été faite sans contrepartie³³. En common law, le paiement d'une « contrepartie » quelconque à l'offrant est le seul moyen qui permette au destinataire d'une offre de faire en sorte que celle-ci demeure irrévocable jusqu'à l'expiration d'un délai. Cette notion centrale de la « contrepartie » résulte d'une volonté affirmée de la part des tribunaux de départager les promesses sérieuses de celles qui ne le sont pas. La réticence du droit anglo-saxon d'obliger une personne à moins qu'il n'y ait une « contrepartie » en échange puise sa source dans les fondements historiques,

²⁶ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n° 422; voir aussi: Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi: notion protéiforme», (1996) 26 R.D.U.S. 321, 343.

²⁷ *Supra*, note 9.

²⁸ Le mot anglais « *consideration* » est ici traduit par le mot « contrepartie », qui se définit comme l'« avantage qu'un contractant reçoit en échange de celui qu'il procure »: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Le Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 143.

²⁹ Gerald H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 1999, p. 15.

³⁰ Tandis que le *Statute of Frauds* de l'Ontario requiert des formalités pour certains documents: *Statute of Frauds*, R.R.O. 1990, c. S. 19.

³¹ G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 29, p. 17.

³² H.G. BEALE et autres (dir.) *Chitty on Contracts: General Principles*, 27^e éd., vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 1994, n° 3-012.

³³ *Id.*, n° 2-059.

empreints d'un certain esprit mercantiliste, de la common law.

En ce qui concerne la règle d'interprétation des contrats, le juge Sirois de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan exprime le sentiment des tribunaux de common law à cet égard comme suit :

*The law judges of the intention of a person by his outward expression only and it judges of an agreement between two persons exclusively from those expressions of their intentions, which are communicated between them.*³⁴

Les décisions rendues par les tribunaux de common law réitérent constamment que le test applicable, en matière d'interprétation des contrats, est ce qu'un observateur objectif et raisonnable pourrait avoir conclu dans les circonstances de l'intention des parties³⁵. Cependant, la notion d'« équité » vient, dans certaines circonstances bien délimitées, atténuer quelque peu la rigidité de ce principe d'interprétation³⁶. L'objectif des tribunaux est toujours, cependant, de préserver la stabilité du régime contractuel. S'il est vrai que pour analyser le contrat, les tribunaux peuvent faire appel à des informations extérieures à celui-ci, il est également vrai, contrairement au droit civil qui est plus libéral en cette matière, qu'ils ne peuvent se référer aux brouil-

lons ou aux négociations préparatoires pour déduire l'intention subjective qui animait les parties lors de sa conclusion³⁷. De surcroît, si le contrat est écrit, aucune preuve n'est admissible pour le contredire ou en changer les termes, à moins que ce ne soit pour démontrer qu'il n'y avait aucune intention de la part des parties de conclure, en l'occurrence, le contrat en litige³⁸.

En ce qui concerne les lettres d'intention proprement dites, Witek énumère huit éléments qui accroissent la possibilité qu'un tribunal de common law considère les parties comme liées contractuellement : 1^o l'intention objective des parties ; 2^o la présence des termes essentiels de l'opération envisagée ; 3^o la présence d'un langage vague ou imprécis ; 4^o la présence de termes assortis de délais précis ; 5^o la référence à la nécessité de s'entendre dans le futur ou d'avoir des négociations subséquentes ; 6^o l'utilisation de conditions préalables de nature potestatives ; 7^o l'usage dans l'industrie concernée ; et 8^o la présence d'une « contrepartie »³⁹.

Le *Code civil du Québec*, pour sa part, donne, en matière d'interprétation des contrats, une grande latitude aux tribunaux qui, fait étrange,

³⁴ *Gutheil c. Caledonia No. 99 R.M.*, (1964) 48 D.L.R. (2nd) 628, 635 (Sask. Q.B.).

³⁵ G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 29, p. 16.

³⁶ *Id.*, p. 17.

³⁷ Kim LEWISON, *The Interpretation of Contracts*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2004, n^o 3.05.

³⁸ *Id.*, n^o 3.07. Connu en anglais sous le nom de « *parol evidence rule* ».

³⁹ K.E. WITEK, « Drafting a More Predictable Letter of Intent – Reducing Risk and Uncertainty in a Risky and Uncertain Transaction », 9 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 185, 197-209 (2000-2001).

font généralement montre de pudeur et hésitent à s'immiscer ainsi dans les relations contractuelles. Par contre, les tribunaux du reste du Canada ne font pas toujours preuve de cette même pudeur et ce, même si, à prime abord, la common law prévoit une possibilité d'intervention judiciaire plus restreinte. Celle-ci a cependant été sensiblement élargie par la jurisprudence moderne qui ne se gêne pas d'utiliser allègrement le concept d'«équité» comme outil privilégié d'intervention dans ce domaine.

Précisons en terminant que, dans la très grande majorité des cas, pour certains, la distinction entre common law et droit civil est, en ces matières, tellement infime que les mêmes faits dans une cause portée devant les tribunaux à Montréal ou une autre à Toronto produiront très souvent les mêmes résultats. D'autres seront d'un avis plus nuancé et affirmeront que même si cette distinction est minime, elle pourra très souvent avoir un effet important sur le résultat d'un litige. C'est au praticien du droit qui conseille ses clients dans le cadre d'une opération impliquant la conclusion d'une lettre d'intention entre des parties provenant de plusieurs juridictions de tenir compte des enjeux posés par cet état de fait, à savoir à quel moment un document quelconque créera des obligations contractuelles pour ses signataires. Le défaut de se faire pourra avoir des conséquences malheureuses. En effet, il ne faut jamais prendre pour acquis que la façon d'interpréter un document est la même au Québec qu'au Canada anglais et que ce qui constitue une lettre d'intention au

Canada anglais, conservera le même caractère au Québec.

III. De l'influence du principe de la bonne foi sur la négociation d'une lettre d'intention

La notion de bonne foi n'est pas une invention récente du droit québécois. Elle existait bien avant la réforme du droit civil. Le mérite du nouveau Code est de l'avoir prévue explicitement. Ainsi, l'article 6 du *Code civil du Québec* prévoit que «[t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi». De plus, l'article 1375 C.c.Q. énonce clairement que le principe de la bonne foi doit gouverner la conduite des parties aussi bien au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. Enfin, l'article 7 C.c.Q. nous rappelle qu'aucun droit ne peut être exercé de manière excessive et déraisonnable, c'est-à-dire d'une manière contraire aux exigences de la bonne foi.

Cependant, rien dans le Code n'impose directement aux parties une obligation de bonne foi au stade des négociations comme tel. En effet, l'article 1375 C.c.Q. ne vise que le cas où il y a formation d'un contrat, et non celui où une partie décide de mettre fin abruptement aux pourparlers. En dépit de l'absence de dispositions spécifiques imposant aux négociateurs une obligation de mener leurs pourparlers de bonne foi, la majorité des auteurs sont, toutefois, d'avis que les parties, durant la phase des négociations, se doivent de respecter un certain nombre de devoirs qui

viennent limiter l'exercice de leur droit de ne pas contracter⁴⁰. Cette position est conforme à ce qui est accepté dans la plupart des pays civilistes et repose essentiellement sur la notion d'abus de droit⁴¹. Selon ce courant doctrinal, il serait abusif dans certaines situations de rompre les négociations. Il y aurait donc lieu d'aménager le principe de la liberté contractuelle afin de tenir compte des exigences de la bonne foi. Ainsi, s'il est vrai qu'une partie n'est jamais obligée de s'engager, encore faut-il qu'elle n'agisse pas, lors des négociations, de manière excessive et déraisonnable causant ainsi un dommage à la personne avec qui elle négocie.

Les auteurs distinguent l'obligation de négocier de bonne foi de l'obligation de négocier proprement dite⁴². Ainsi, le simple fait pour une partie de s'engager dans une négociation n'implique pas nécessairement que cette partie doive continuer de négocier jusqu'à ce qu'elle en

arrive à une entente. Cependant, lorsque des pourparlers sont engagés, ils doivent se dérouler de bonne foi⁴³, ce qui sous-entend de les poursuivre honnêtement, de ne pas y mettre fin intempestivement, sans aucune raison valable⁴⁴. L'obligation de négocier de bonne foi n'est, par conséquent, qu'une obligation de moyens et non de résultats. En l'absence d'une clause à l'effet contraire, il semble donc qu'il soit toujours possible de mettre fin à la négociation⁴⁵, l'obligation n'étant pas tellement de réussir la négociation, mais plutôt de mettre tous les moyens en œuvre afin d'en arriver à un résultat qui serait jugé satisfaisant par un négociateur raisonnable et prudent. Formulée d'une autre façon, il s'agit de déterminer dans quelles situations il sera raisonnable de mettre fin aux pourparlers.

La plupart des auteurs s'entendent : les exigences de la bonne foi vont s'accroître avec le degré d'avan-

⁴⁰ Paul-André CRÉPEAU, avec la collaboration d'Élise CHARPENTIER, *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Toronto, Carswell, 1998, p. 56.

⁴¹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n° 112.

⁴² Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 115 et 116; M. FONTAINE, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », *Droit et pratique du commerce international*, Les Nouvelles conventions, européenne et communautaire, en matière de brevets, Masson, t. 3, 1977.

⁴³ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, p. 113; E.A. FARNSWORTH, « Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations », 87 n° 2 *Columbia Law Review* 217, 218 et 239 (1987); J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MANGUY, *op. cit.*, note 1, p. 405; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 139; R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 839; R.E. HAWKINS, « LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith », (1990) 15 *Queen's Law Journal* 65, aux pages 65 et 67; P.-A. CRÉPEAU, avec la collaboration d'É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 40, p. 54.

⁴⁴ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 150.

⁴⁵ E.A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 43, 221.

cement des négociations et le degré de formalisme les accompagnant⁴⁶. Ainsi, il sera relativement facile de mettre fin aux négociations après la première prise de contact s'il s'avère que les parties n'ont pas vraiment de terrains d'entente communs. La situation sera, toutefois, différente lorsque les parties se seront entendues sur les grands paramètres de l'opération et qu'elles auront pris la peine de constater leur accord de principe dans un document précontractuel.

De fait, pour certains auteurs, plus la lettre d'intention intervient à un stade avancé des pourparlers, plus il sera difficile pour les parties de remettre en cause les éléments qui y ont été consignés⁴⁷. En d'autres mots, la lettre d'intention a pour effet de limiter les motifs pour lesquels une partie pourrait raisonnablement rompre les négociations sans engager sa responsabilité. Ainsi, ce qui aurait été tout à fait acceptable au début des pourparlers devient désormais condamnable et, au risque d'exagérer, l'obligation qui n'était au départ qu'une obligation de moyens se transforme subrepticement, au fur et à mesure des négociations, en ce qui serait presque convenable maintenant d'appeler une obligation de résultat. Ceci sera d'autant plus vrai s'il y a eu, comme c'est malheureusement si souvent le cas dans la pratique de tous les jours, commencement d'exécution par l'une

des parties. Effectivement, une exécution partielle des prestations pourrait facilement être interprétée comme une reconnaissance tacite de la présence d'un engagement de la part de l'une des parties⁴⁸. Une telle chose se produira rarement dans le cas d'une vente d'entreprise, mais pourra cependant être plus fréquente dans le cas d'une « joint venture ».

Une fois posé le principe de la bonne foi dans les négociations, il y a lieu de s'interroger sur son contenu. Par exemple, en l'absence de toute entente à cet effet, la bonne foi impose-t-elle aux parties une obligation de confidentialité, une obligation de sincérité, une obligation d'exclusivité, voire une obligation de poursuivre les négociations jusqu'à la conclusion d'un accord? Est-ce que le principe de la bonne foi opère différemment lorsque les négociateurs ont formalisé leurs négociations en signant une lettre d'intention? La réponse à ces questions nous aidera à préciser quelles clauses devraient, idéalement, se retrouver dans une lettre d'intention, de même que leur contenu.

L'obligation de négocier de bonne foi comporte effectivement un certain nombre d'obligations qui varient selon les auteurs et les pays. La plupart des auteurs s'entendent, toutefois, pour dire que le devoir de confidentialité est inhérent au principe de la bonne foi⁴⁹. Une partie ne peut divulguer à des

⁴⁶ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n° 95; J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MANGUY, *op. cit.*, note 1, p. 407; E.A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 43, 251.

⁴⁷ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 129.

⁴⁸ *Id.*, p. 125.

⁴⁹ *Id.*, p. 133; P.-A. CRÉPEAU, avec la collaboration d'É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 40, p. 56.

tiers des informations non publiques ayant une valeur économique qui lui ont été communiquées par l'autre partie dans le cadre de leur négociation. Une telle communication constituerait une faute pouvant engager sa responsabilité délictuelle. Cette obligation est en quelque sorte la contrepartie nécessaire de l'obligation qu'a le négociateur de bonne foi, d'informer correctement l'autre partie de l'ensemble des éléments qui lui permettront d'exercer son jugement de façon éclairée. En effet, si l'on veut qu'une partie divulgue l'information nécessaire à une prise de décision éclairée, encore faut-il qu'on lui garantisse que cette information sera protégée. Les devoirs de confidentialité et d'information sont donc tout à fait complémentaires et il nous est difficile d'imaginer comment l'un pourrait exister sans l'autre. Bien que les auteurs semblent d'accord sur cette affirmation, il demeure quand même plus prudent, comme nous le verrons plus loin, de prévoir dans sa lettre d'intention une clause de confidentialité. En effet, ce n'est pas tout d'avoir une obligation, encore faut-il l'aménager afin de lui donner toute son ampleur.

L'une des raisons souvent mentionnées par les auteurs pour justifier l'imposition de ce type de devoirs est l'obligation qu'aurait une partie de respecter certaines règles déontologiques élémentaires comme la loyauté, l'honnêteté et la rectitude, si elle veut que son comportement lors de la négociation ne soit pas jugé de mauvaise

foi. Ainsi, dans le cadre de son analyse de l'obligation de négocier de bonne foi en droit américain, le professeur Farnsworth de l'Université Columbia, une sommité mondiale sur la question, a identifié sept comportements qui sont, selon lui, indicatifs de la présence d'une certaine mauvaise foi⁵⁰. Ce sont : 1^o le refus pur et simple de négocier ; 2^o l'utilisation de tactiques malhonnêtes (par exemple, le fait de démontrer une extrême inflexibilité dans les négociations ou d'entretenir chez autrui de faux espoirs alors que la décision de rompre les pourparlers a déjà été prise) ; 3^o la non-divulgence d'informations importantes alors que l'on sait pertinemment que l'autre partie aurait refusé de conclure le marché à un tel prix si ces informations avaient été connues ; 4^o le fait de faire des propositions déraisonnables devant entraîner nécessairement l'échec des pourparlers ; 5^o la conduite en secret de négociations simultanées avec des tiers ; 6^o le manquement à sa parole ; et 7^o la rupture des négociations, dans certaines circonstances. Il n'est évidemment pas certain que l'un quelconque de ces critères s'appliquerait en droit québécois, mais ils sont quand même indicatifs de comportements qui peuvent certes poser problème.

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel du droit, il ne semble pas que les parties à une négociation au Québec aient l'obligation, en l'absence d'une clause contractuelle qui le prévoit, d'accorder une certaine exclusivité à l'autre partie. En effet,

⁵⁰ E.A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 43, 273-283.

le simple fait d'avoir engagé des pourparlers avec quelqu'un en vue d'en arriver à un accord ne devrait pas en soi obliger une partie à ne pas mener de négociations parallèles avec d'autres. Il n'y a rien de condamnable là-dedans; c'est le jeu normal de la libre concurrence favorisée par notre système économique néo-libéral⁵¹.

Nous pourrions, toutefois, nous demander s'il n'y a pas cependant, là, une obligation de sincérité. Ainsi, une fois qu'une négociation parallèle a été entamée, n'y a-t-il pas lieu, en vertu de l'obligation d'informer, de la dénoncer à l'autre partie? Les opinions sont partagées à ce sujet. Certains auteurs sont d'avis que même en l'absence d'une telle clause, si l'une des parties est questionnée sur l'existence d'une autre discussion ou d'une négociation parallèle, elle doit en informer son inquisiteur. Selon ces auteurs, l'obligation de renseignements, découlant de l'obligation de bonne foi, favorise une telle interprétation⁵². Quoi qu'il en soit, il serait sans doute plus prudent d'informer l'autre partie que l'on négocie également avec un tiers, surtout si, en raison de l'avancement des pourparlers, cette partie est en droit d'espérer la signature imminente d'un accord. Il n'est, toutefois, probablement pas nécessaire d'informer l'autre de l'identité

du tiers ou de l'état d'avancement des discussions avec lui.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'existence d'une obligation de bonne foi ne crée pas une obligation de contracter, mais bien plutôt une obligation de coopérer de manière constructive dans la conduite des pourparlers. Chaque partie peut donc, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, se retirer en tout temps des négociations. Toutefois, s'il est vrai que les parties ne sont pas tenues de s'entendre, il est également vrai qu'une partie ne pourra rompre les négociations de façon unilatérale et abusive. Une telle rupture constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de celui qui l'a commise⁵³. L'article 7 C.c.Q. est clair à cet égard: un droit ne peut être exercé de manière excessive et déraisonnable. Il semble, toutefois, que le droit québécois, à l'instar du droit français, et en cela en opposition au droit allemand, ait refusé de voir dans la phase précontractuelle une situation qui obligerait les parties à faire preuve de *diligentia in contrahendo*.

À ce sujet, une décision de la Cour suprême du Canada est particulièrement intéressante. Dans l'affaire *Martel Building Ltd. c. La Reine*⁵⁴, la Cour a analysé les avantages et les inconvénients pour la

⁵¹ L. VANDOMME, «La négociation des contrats internationaux», (2003, n° 5) *RDAI/IBLJ* section 1.3.

⁵² B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 144.

⁵³ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MANGUY, *op. cit.*, note 1, p. 407.

⁵⁴ [2000] 2 R.C.S. 860, 884-887 (ci-après cité l'affaire «*Martel*»). Bien que cette décision ait été rendue dans une affaire émanant d'une juridiction de common law (l'Ontario en l'occurrence), elle nous laisse entrevoir quel pourrait être le raisonnement de la Cour dans une affaire similaire au Québec.

société en général d'imposer à des négociateurs une obligation de poursuivre leur négociation avec diligence pour finalement conclure que cinq considérations militent activement contre l'imposition d'une telle obligation.

La question était de savoir si l'obligation générale de faire preuve de diligence de manière à ne pas léser une personne qui pourrait, de façon prévisible, subir un préjudice de ses actions s'étendait à la rupture intempestive par une partie des négociations avec une autre partie, afin de conclure avec un tiers ce qui lui apparaissait être un marché plus avantageux. L'obligation de diligence dans un tel contexte, si elle existe, reviendrait à exiger que les parties, une fois les négociations commencées, prennent toutes les mesures nécessaires ou utiles afin de conclure un accord entre elles. L'imposition d'une telle obligation aurait évidemment pour effet de limiter considérablement la capacité d'une des parties de mettre fin aux pourparlers pour conclure un accord, qu'elle juge plus avantageux, avec une autre partie.

La Cour en arrive à la conclusion qu'une telle obligation n'existe pas en droit canadien. En effet, comme nous le rappelle la Cour, l'objet même de toute négociation pour une partie n'est-il pas de conclure pour elle-même le marché le plus avantageux possible? Cet objectif a comme corollaire que les avantages obtenus par une partie à l'occasion d'une négociation se font parfois au détriment de l'autre partie. Il s'agit, toutefois, de pertes purement économiques résultant du libre jeu de la négociation plutôt que de dom-

mages matériels résultant d'un comportement fautif de la part de l'une ou l'autre partie. Ces pertes, bien que réelles, ne sont pas pour la Cour susceptibles de compensation judiciaire.

Selon le tribunal, priver une partie de la possibilité de conclure l'opération la plus avantageuse pour elle du point de vue économique pourrait décourager un comportement utile sur le plan économique et social et résulter à terme en une allocation sub-optimale des ressources de la société dans son ensemble. Une partie ne doit pas avoir à tenir compte de l'impact économique que peut avoir, sur une autre partie avec qui elle n'a aucun lien de dépendance, sa décision de conclure ou non un accord à tel ou tel prix. Il ne faut pas, en outre, qu'une partie à une négociation soit forcée de dévoiler les motifs qui l'animent dans la négociation et justifient sa décision d'accepter un prix plutôt qu'un autre. Agir de la sorte aurait pour effet de fausser le libre jeu de la négociation et, de là, le fonctionnement du marché, fondement de notre système d'allocation des ressources. Il ne faudrait surtout pas que le droit de la responsabilité civile ouvre la porte toute grande à un recours automatique par toute partie frustrée en cas d'échec des négociations auxquelles elle prend part et qu'il constitue, en fait, pour les acteurs économiques une assurance donnée après coup par les tribunaux contre l'omission d'agir avec la diligence voulue dans leurs pourparlers. La création d'un tel recours pourrait avoir comme conséquence d'imposer aux tribunaux une fonction de réglementation du

processus de négociation préalable à la formation du contrat qui pourrait gravement affecter la stabilité même de notre système contractuel d'allocation des ressources de la société.

À la lecture de la décision, on peut facilement conclure que la Cour suprême juge qu'un tel fardeau est trop lourd et qu'il va à l'encontre de la liberté de contracter, à la base même de notre système juridique et économique. Quoi qu'il en soit, si l'on admettait un tel recours, il serait assorti, selon nous, de balises claires et précises et ne pourrait être accordé que dans des cas extrêmes d'abus. La Cour a tenu compte, en outre, d'un cinquième élément, qu'elle qualifie toutefois de non concluant, qui consiste en l'opportunité de décourager les poursuites inutiles puisque bon nombre de négociations ne débouchent pas nécessairement sur une entente entre les parties. À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut

[...] que, règle générale, le déroulement de négociations ne donne pas naissance à une obligation de diligence. Il se pourrait bien qu'une situation particulière engendre une obligation de diligence, mais cela ne s'est pas produit à ce jour.⁵⁵

La Cour précise que ses conclusions ne portent que sur l'obligation de diligence et non sur l'obligation de bonne foi dans le cadre de négociations. On peut cependant conclure à la lumière de ce qui a été dit par la Cour dans l'affaire *Martel*

que c'est bel et bien une faute commise lors de la négociation, ou au moment de sa rupture, qui engagera la responsabilité d'une partie et non pas le simple fait de ne pas poursuivre diligemment les négociations ou d'y mettre fin de manière justifiée. Comme nous le verrons un peu plus loin, la faute consistera le plus souvent à rompre les pourparlers sans véritables motifs légitimes. En effet, ce n'est que lorsqu'une partie mettra fin aux négociations de manière déraisonnable que l'on pourra vraiment parler de rupture fautive.

En ce qui concerne la nature de la responsabilité contractuelle *versus* extracontractuelle, la tendance doctrinale au Québec est que le manquement à l'obligation de bonne foi dans le cadre des négociations engendre une responsabilité de nature extracontractuelle⁵⁶, ce qui implique évidemment, comme toujours, qu'il faudra également faire la preuve du préjudice et du lien de causalité. En 1861, Rudolf Von Jhering tentait de trouver une solution aux situations problématiques dans lesquelles pouvait se trouver, dans son pays, une partie qui, ayant pris l'initiative de contracter avec une autre partie, désirait par la suite annuler son engagement pour motif d'erreur. À cette époque, le droit allemand ne permettait pas à une partie de réclamer des dommages à son cocontractant pour les préjudices qu'elle pouvait subir suite à

⁵⁵ *Id.*, p. 887.

⁵⁶ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 149; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n° 93. La doctrine française est d'accord aussi: P. LEGRAND, «Information in Formation of Contracts: A Civilian Perspective», (1991) 19 *Rev. can. D. comm.* 318, 321.

l'annulation d'un contrat pour vice de consentement. Pour protéger le cocontractant, Jhering proposa la théorie de la *culpa in contrahendo*, théorie qui oblige les parties contractantes à se comporter de manière diligente aux stades de la négociation et de la formation du contrat. Cette théorie établissait l'existence à ce stade des pourparlers d'une espèce d'avant-contrat dont l'une des obligations implicites était d'imposer aux parties le devoir de négociier de bonne foi et avec diligence. Ainsi, la partie qui n'honorait pas ses obligations pouvait se voir condamner au paiement de dommages pour compenser le préjudice subi par son cocontractant⁵⁷. Fait à noter, toutefois, cette théorie d'origine allemande considère que la faute ici est contractuelle et non pas extracontractuelle.

Jusqu'à maintenant, à part l'Allemagne, très peu de juridictions dans le monde civiliste ont adopté cette théorie. Par contre, au Québec, au moins un auteur a repris à son compte la théorie de Jhering. En effet, le professeur Vincent Karim de l'Université du Québec à Montréal se base sur le concept d'avant-contrat prévu au *Code civil du Québec* (art. 1396 C.c.Q.) pour soutenir l'argument selon lequel le fait de rompre

les négociations de manière fautive peut donner lieu à des dommages-intérêts basés sur la responsabilité contractuelle plutôt que sur la faute extracontractuelle tel que généralement accepté par la doctrine québécoise⁵⁸. Néanmoins, nous sommes d'avis que cette position ne devrait pas influencer la position traditionnelle des tribunaux québécois quant à la nature de la faute pouvant survenir au cours de la période précontractuelle. Nous voulions seulement souligner l'importance de cette question purement théorique en droit québécois sur la détermination des dommages dans une situation de conflits de lois avec une juridiction ayant retenu les idées jehringiennes⁵⁹.

Enfin, la plupart des auteurs s'entendent pour dire que le seul recours de la partie lésée par la rupture abusive sera de réclamer des dommages-intérêts⁶⁰. Il semble, de plus, que la partie lésée n'aurait droit qu'aux dommages négatifs, c'est-à-dire à ceux qui auraient été les siens si elle n'avait pas entrepris de négocier avec la partie fautive⁶¹. Ainsi, les coûts de la négociation, les pertes de temps et les occasions manquées seront généralement couverts. Toutefois, il n'en sera pas de même des dom-

⁵⁷ Friedrich KESSLER et Edith FINE, « *Culpa in Contrahendo*. Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study », 77 *Harvard L. Rev.* 401, 401-404 (1964); A.M. MUSY, « Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining: A Comparative Analysis », (1995) *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 1, sur le site Internet du Cardozo Institute : [http://www.jus.unitn.it/cardozo/home.html].

⁵⁸ Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec*: sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 *C. de D.* 435, 459 et 460.

⁵⁹ P. LEGRAND, *loc. cit.*, note 56, 321.

⁶⁰ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 157.

⁶¹ *Id.*, p. 158.

mages positifs, c'est-à-dire du gain perdu en raison de la rupture abusive. En effet, il semble que seule la conclusion d'un contrat définitif pourra donner ouverture à ces derniers.

En définitive, on peut conclure qu'en droit québécois, il n'y a jamais à proprement parler d'obligation de contracter, mais seulement une obligation de ne pas rompre les pourparlers de manière abusive.

IV. De la notion de bonne foi en common law

S'il est vrai que le droit civil impose une obligation de négocier de bonne foi, la situation est tout autre dans la plupart des juridictions de common law. En effet, celles-ci n'ont jamais vraiment reconnu l'existence du concept d'avant-contrat, au sens jehringien du terme, en matières commerciales. La reconnaissance de l'existence d'un tel concept aurait eu pour effet de créer, bien qu'indirectement, une espèce d'obligation de négocier de bonne foi⁶². Toutefois, il est clairement établi par la jurisprudence que les parties à une négociation régie par la common law ne peuvent même pas signer un contrat ayant pour seul objectif de les obliger à négocier de

bonne foi les termes d'une opération commerciale quelconque. La common law ne reconnaît, en effet, aucune valeur juridique à ce genre d'arrangement, pas plus qu'elle ne reconnaît d'ailleurs l'existence d'une obligation générale de négocier de bonne foi⁶³. En 1992, la *House of Lords*⁶⁴ se prononçait à nouveau sur la question de l'existence en droit anglais d'une obligation de négocier de bonne foi :

[...] *the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiation is entitled to pursue his (or her) own interest [...] To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen negotiations by offering him improved terms [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason [...] Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content.*⁶⁵

⁶² « *If the law does not recognize a contract to enter into a contract (when there is a fundamental term yet to be agreed) it seems to me that it cannot recognize a contract to negotiate* » : *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 716, 720 (C.A.) (Lord Denning).

⁶³ W.F. DICKSON et J. ZIBIN, « Letters of Intent », *Insight Information Co., Negotiating and Drafting Major Business Agreements*, Vancouver, 25-26 mai 2000 [non publié], p. 7.

⁶⁴ La *House of Lords* est, en certaines matières, le tribunal d'appel de dernière instance au Royaume-Uni. Ce rôle devrait être transféré d'ici peu à la Cour suprême du Royaume-Uni. Voir à ce sujet le *Constitutional Reform Act 2005*, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.html].

⁶⁵ *Walford v. Miles*, [1992] 1 All E.R. 453.

À la lumière de ce qui précède, il ne fait aucun doute qu'en common law⁶⁶, l'obligation de négocier de bonne foi est généralement accueillie avec hostilité par les tribunaux. Dépourvue de définition précise, la bonne foi, pour les tribunaux de common law, diminue sensiblement la certitude et la prévisibilité qui doit être rattachées au caractère exécutoire du contrat et aux obligations qui en découlent⁶⁷. Il n'en demeure pas moins que les concepts de *promissory estoppel*, d'enrichissement injustifié et de fausse représentation élaborés par la jurisprudence pallient, dans une certaine mesure, l'absence de la notion de bonne foi en common law⁶⁸.

Il est vrai qu'un commentaire du juge La Forest de la Cour suprême dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.* avait laissé entrevoir la possibilité que le principe de bonne foi pen-

dant la période des négociations précontractuelles soit éventuellement accepté en droit « canadien », nous rapprochant ainsi de la position depuis longtemps adoptée par les tribunaux américains⁶⁹.

Dans cette affaire, Lac Minerals, une société minière d'envergure internationale, proposait à Corona de développer en partenariat un site minier situé dans le nord de l'Ontario. Durant le déroulement des négociations, Corona avait transmis à la société Lac Minerals de l'information de nature confidentielle sur les résultats obtenus dans le cadre de l'exploration du site minier devant faire l'objet de la co-entreprise. Ces résultats mettaient en évidence le haut potentiel des terrains adjacents au site en question. Les négociations n'ayant pas abouti à la conclusion d'un contrat, Lac Minerals décida par la suite d'utiliser cette information pour

⁶⁶ Les États-Unis constituent sans aucun doute l'unique exception à cette règle. Il est à noter, cependant, que les Américains, à l'instar des Britanniques, ne reconnaissent pas l'existence d'une obligation générale d'agir de bonne foi dans le cadre des relations précontractuelles entre les parties. En effet, leur concept de bonne foi, tel qu'énoncé à l'article 205 du *Restatement (Second) of Contract Law* de l'*American Law Institute*, ne s'applique que lors de la phase contractuelle, c'est-à-dire dans le cadre de l'exécution par les parties de leurs obligations contractuelles.

⁶⁷ David STACK, «The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law», (1999) 62 *Sask. L. Rev.* 201, 204.

⁶⁸ Stephen A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 207. Par exemple, le professeur Temkin analyse le cas où deux parties négocient les termes d'un accord pour une certaine période et où, juste avant de signer le contrat final, une partie décide tout bonnement de conclure un contrat avec une autre partie qui lui a offert plus d'argent: Harvey L. TEMKIN, «When Does the "Fat Lady" Sing: An Analysis of "Agreements in Principle" in Corporate Acquisitions», 55 *Fordham L. Rev.* 125, 142 (1986). Temkin dit que ceci n'est pas «juste» et donc le droit devrait protéger la partie qui n'a pas eu l'occasion de bénéficier du contrat. Cependant, la philosophie de la common law fait en sorte que plusieurs auteurs croient que les circonstances ci-dessus sont en fait justes. Le marché fait en sorte que l'allocation des ressources dans un tel cas est optimale. Les parties doivent toujours rechercher le montant le plus élevé et le droit devrait les aider à accomplir cela. Cette pensée fait partie de l'école de l'analyse économique du droit tel que représentée par des auteurs comme A. Kronman, R. Posner, P. Atiyah et B. Rudden.

⁶⁹ [1989] 2 R.C.S. 574 (ci-après citée l'affaire «*Lac Minerals*»).

procéder seule à l'achat de ces terrains pour les mettre en valeur.

Le litige entre les parties reposait sur la question de savoir si ce faisant Lac Minerals avait enfreint une obligation fondée sur des rapports de confiance qui s'étaient établis entre les parties dans le cadre de leurs discussions préalables nonobstant l'absence d'accord de confidentialité entre les parties. La majorité des juges a soutenu qu'il existait une fiducie par interprétation entre les parties découlant de la nature confidentielle de leurs relations donnant ainsi droit pour cause d'abus de confiance à la remise du bien acquis de manière inappropriée par Lac Minerals⁷⁰. L'existence d'un accord entre elles n'était donc pas nécessaire à la reconnaissance d'une obligation fiduciaire. L'abus de confiance et l'emploi abusif des renseignements obtenus suffisaient pour qu'une telle obligation existe. On voit aisément ici à quel point la Cour s'est rapprochée de l'imposition d'un concept de mauvaise foi dans les négociations précontractuelles. Le juge La Forest, sans avoir l'appui de ses collègues sur ce point, écrit d'ailleurs à ce sujet :

*L'institution que constitue la bonne foi dans les affaires mérite la protection de la loi dans les circonstances où cette protection est conforme aux attentes des parties.*⁷¹

L'ouverture que l'arrêt *Lac Minerals* offrait n'a cependant jamais mené à la reconnaissance par la

Cour d'une obligation générale de bonne foi pendant les négociations. La common law encore une fois refuse d'admettre l'existence du concept en droit canadien et emprunte plutôt une voie indirecte en recourant à la théorie des fiducies pour arriver, somme toute, au même résultat. Cette obligation a cependant été acceptée en droit canadien dans des situations particulières très limitées, tel que le renouvellement de baux commerciaux⁷².

Dans l'affaire *Empress Towers Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, la Cour conclut que l'obligation de négocier de bonne foi existe dans les circonstances où, les parties ayant conclu un contrat, il ne reste qu'à en négocier un élément essentiel⁷³. Dans cette affaire, le contrat intervenu entre les parties mentionnait que le prix du loyer lors du renouvellement du bail serait déterminé par les conditions du marché. Or, la validité d'un contrat est grandement compromise lorsqu'un élément essentiel, tel que le prix, est absent. Par contre, si l'élément essentiel manquant peut être déterminé par des moyens externes ou objectifs, le contrat demeurera valide. En l'espèce, le contrat intervenu entre les parties était valide ; seul le prix du renouvellement du bail restait à déterminer. Par conséquent, selon la Cour, les parties étaient soumises à une obligation de négocier de bonne foi cet élément essentiel du contrat.

⁷⁰ *Id.*, 577.

⁷¹ *Id.*, 672.

⁷² W.F. DICKSON et J. ZIBIN, *loc. cit.*, note 63, 10.

⁷³ (1990), 73 D.L.R. (4th) 400 (ci-après cité « *Empress Towers* »).

La jurisprudence récente permet de constater que les arrêts *Lac Minerals* et *Empress Towers* n'ont guère eu une très grande influence en matière de bonne foi sur les décisions subséquentes des tribunaux canadiens. Par exemple, dans l'affaire *Westcom TV Group Ltd. c. CanWest Global Broadcasting Inc.*, les parties avaient entamé des négociations afin de conclure un contrat à long terme en vertu duquel la société CanWest s'engageait à fournir de la programmation à Westcom⁷⁴. Un accord fut conclu entre les parties, sous réserve de l'approbation du président de CanWest. Cette approbation n'ayant jamais été donné, Westcom a réclamé des dommages à CanWest pour avoir manqué à son obligation de négocier de bonne foi. En rejetant la demande, le juge Lowry de la Cour d'appel de l'Ontario écrit :

*Parties involved in arm's length negotiations commonly conceal their true intentions. It is part of the negotiating process that positions are advanced that do not represent what a party truly expects or is prepared to agree to in the end. A party may well say it will pay no more than a stated amount, or agree on no more than a limited term, when in fact it would pay more or agree on a longer term in order to conclude a deal. Intentions are, in that sense commonly "misrepresented" in the interest of achieving a better bargain in the end.*⁷⁵

La Cour cite en passant les propos du juge La Forest dans *Lac Minerals* traitant de la protection des attentes raisonnables des parties contractantes. Toutefois, elle s'en écarte immédiatement en mentionnant qu'en l'espèce, les faits ne démontraient aucune attente raisonnable de la part de Westcom⁷⁶.

De fait, l'hostilité de la common law envers l'obligation de négocier de bonne foi est si marquée que les tribunaux ont parfois refusé de faire valoir une clause expressément prévue au contrat à cet effet. Tel fut le cas dans l'affaire *Cedar Group Inc. c. Stelco Inc.*⁷⁷. Stelco et Cedar avaient signé une lettre d'intention pour le transfert d'actions de Stelco à Cedar, qui incluait la clause suivante :

*The parties agree to negotiate in good faith to complete the Definitive Agreements and obtain the required regulatory approvals within the sixty day period. If Definitive Agreements have not been signed or obtained within the said sixty day period, the parties may mutually agree to extend or terminate the negotiations.*⁷⁸

Après avoir analysé la lettre d'intention faisant l'objet du litige, la Cour conclut qu'il n'existait en fait aucun contrat liant les parties. Subsidièrement, la Cour ajoute que la clause obligeant les parties à négocier de bonne foi n'a aucun effet juridique. Dans l'affaire *EdperBrascan Corporation c. 117373 Canada Ltd.*, la Cour mentionne toutefois

⁷⁴ [1997] 1 W.W.R. 761, 29 B.L.R. (2d) 123.

⁷⁵ *Id.*, par. 18.

⁷⁶ *Id.*, par. 16.

⁷⁷ [1996] O.J. (Quicklaw) n° 3998, conf. [1996] O.J. (Quicklaw) n° 3974 (C.A.).

⁷⁸ *Id.*, par. 9.

que le principe juridique selon lequel il n'existe aucune obligation de respecter les règles de la bonne foi en période de négociations précontractuelles ne s'applique pas aux négociations qui se déroulent dans le cadre d'un contrat préexistant⁷⁹.

À la lumière de ce qui précède, force est de conclure que la common law au Canada n'admet pas l'obligation de négocier de bonne foi⁸⁰, sauf en ce qui concerne le renouvellement d'un bail où le contrat indique un moyen objectif de déterminer le prix du renouvellement⁸¹. Mais, dans un tel cas nous sommes en présence d'un contrat préexistant, et très peu de juridictions dans le monde nient l'application de la bonne foi aux relations entre les parties à l'intérieur d'une relation contractuelle existante.

V. De la structure type d'une lettre d'intention

L'étude du principe de la bonne foi nous a permis de mieux comprendre l'environnement juridique dans lequel sera menée la négociation. Ceci nous a permis de mettre en évidence un certain nombre de dangers dont il faudra tenir compte lors de la rédaction d'une lettre d'intention. Comme nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, la conclusion d'un document préparatoire, telle une lettre d'intention, aura toujours pour effet, en droit civil québécois (contrairement à la situation qui prévaut en common

law canadienne), d'accroître sensiblement l'obligation de négocier de bonne foi. Si tel est le cas, il y a sans doute lieu de s'interroger tout d'abord sur l'utilité des documents précontractuels: pourquoi en conclure s'ils ont pour effet d'augmenter sensiblement la responsabilité des parties?

D'entrée de jeu, il est bien évident que pour une opération juridique simple où un accord peut être conclu relativement rapidement, il y a peu d'avantages à conclure un document préparatoire. Toutefois, ce n'est pas le cas d'opérations juridiques plus complexes où les parties doivent négocier plusieurs accords de centaine de pages nécessitant l'intervention de divers spécialistes du droit. La négociation de ces contrats peut prendre plusieurs mois durant lesquels les risques de remise en question sont multiples. Pour cette raison, les parties ressentiront souvent le besoin de mettre en place des procédures afin d'encadrer leurs pourparlers et, ainsi, minimiser les risques de dérapage. Ceci est d'autant plus vrai que le temps investi et les coûts associés à des négociations aussi complexes sont généralement fort élevés. Les parties ne voudront donc pas s'engager sans au préalable avoir une bonne compréhension des termes d'un accord possible et sans avoir précisé le cadre dans lequel s'effectuera la négociation. Enfin, même s'il est vrai que la plu-

⁷⁹ [2000] 50 O.R. (3d) 425, conf. [2002] O.J. (Quicklaw) n° 759 (C.A.).

⁸⁰ J.D. McCAMUS, «Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty: Unpacking the Common Law Duty of Good Faith Contractual Performance», (2004) 29 *Advocates' Q.* 72, 73; G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 29, p. 85.

⁸¹ Voir: *Empress Towers*, précité, note 73.

part du temps le document préparatoire n'a pas, à proprement parler, de force exécutoire, sa signature, elle, peut avoir des effets psychologiques importants sur les négociateurs.

En premier lieu, il faut noter qu'il n'existe aucune forme consacrée de documents préparatoires⁸², lesquels varient selon leur auteur. La nature et la complexité de l'opération envisagée peuvent, toutefois, avoir une influence directe sur la forme et la présentation du document. Ainsi, pour certains types d'opérations, on se contentera d'un document relativement court. Par contre, pour un projet d'infrastructure impliquant une autorité gouvernementale quelconque, on ressentira souvent le besoin d'avoir recours à un document beaucoup plus long. Quant à la présentation, elle peut varier du simple style télégraphique au style plus complexe du texte continu rédigé sous forme de « mini-contrat »⁸³. De façon générale, cependant, le document préparatoire est relativement simple et prend la forme d'une lettre informelle d'environ cinq pages adressée par l'une des parties à son vis-à-vis. De plus, s'il est bien rédigé, il se divise en deux grandes parties : une première qui fait clairement

état des intentions des parties quant à l'opération envisagée et une deuxième qui contient un certain nombre d'engagements des parties quant au cadre juridique à l'intérieur duquel se déroulera leur négociation. Seule la deuxième partie, généralement, a un caractère obligatoire, le but du document préparatoire n'étant pas tant d'en arriver à un accord définitif sur les points essentiels de l'opération envisagée, mais bien plutôt d'organiser la négociation afin de circonscrire les risques qui y sont normalement associés. Quoi qu'il en soit, le document contiendra, de façon plus ou moins élaborée, l'une ou l'autre des dispositions dont nous traiterons dans les paragraphes qui suivent.

Les parties doivent tout d'abord s'efforcer d'énoncer les principaux éléments de l'opération envisagée⁸⁴. Ceci est généralement fait dans les premiers paragraphes du document. À titre d'exemple, dans le cadre d'une acquisition, il faut au minimum inclure les éléments suivants : 1^o une description sommaire de l'opération envisagée (achat d'éléments d'actif, achat d'actions, fusion, etc.); 2^o la nature de la contrepartie devant être payée (argent comptant, titres devant être émis,

⁸² R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 6.

⁸³ K.E. WITEK, *loc. cit.*, note 39, 188.

⁸⁴ R.B. LAKE et U. DRAETTA, *op. cit.*, note 1, p. 5-21; Lou R. KLING et Eileen NUGENT, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*, Corporate Securities Series, Law Journal Press, 1992, vol. 1, c. 6; *Model Stock Purchase Agreement* (American Bar Association), 1995; James C. FREUND, *Anatomy of a Merger: Strategies and Techniques for Negotiating Corporate Acquisitions*, Law Journal Press, 1979; Stanley FOSTER REED et Alexandra REED LAJOUX, *The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide*, 3^e ed., New York, McGraw-Hill (1998). Tous ces livres contiennent d'excellentes analyses, le plus souvent accompagnées d'exemples concrets, de lettres d'intention.

présence ou non d'un «*earn out*»); 3° les éléments spécifiques à l'opération qui ne sont pas usuels dans des opérations du type de celle envisagée (garantie de passif spécifique à la nature de l'activité de l'entreprise devant être acquise, engagements inhabituels de la part des vendeurs, etc.); 4° l'étendue des clauses d'indemnisation; et 5° les conditions préalables à la réalisation de l'opération. Le niveau de détails de chacun de ces éléments varie d'une transaction à l'autre. Ainsi, si l'opération envisagée est une vente d'actif, il faut prévoir dès le départ quelles dettes et obligations seront prises en charge par l'acheteur. En fait, tous les éléments essentiels à la réalisation de l'opération pour chacune des parties doivent se retrouver dans la lettre d'intention. De plus, dans certains cas, les parties peuvent être appelées à poser un certain nombre de gestes préalablement à la réalisation de l'opération. Il est essentiel que ceux-ci soient consignés dans la lettre d'intention. De fait, toutes les actions d'une certaine importance et, par conséquent, dont l'absence peut faire échouer la réalisation de l'opération envisagée doivent toujours être consignées par écrit. Par exemple, si la réalisation de l'opération envisagée dépend de l'obtention de financement par l'une des parties, il faut le mentionner. En effet, le fait d'omettre de mentionner une condition essentielle à la réalisation de l'opération pourrait avoir un effet désastreux, si l'une des parties décidait de rom-

pre les négociations en raison du non-accomplissement d'une telle condition. En définitive, les éléments mentionnés dans la lettre d'intention ont pour rôle de circonscrire le cadre dans lequel les parties doivent faire preuve de bonne foi dans leurs relations précontractuelles.

Généralement, à tout le moins au début des négociations, les parties ne veulent pas que leur «accord» produisent des effets juridiques. Ainsi, il faut s'assurer que la formulation est telle qu'un tribunal qui aurait à déterminer quelle était l'intention des parties lors de la signature de la lettre d'intention n'en vienne pas à la conclusion qu'elles se sont obligées contractuellement dans leur document préparatoire⁸⁵. Bien que cela puisse paraître relativement simple de prime abord, ce n'est malheureusement pas toujours le cas en pratique. Souvent la lettre d'intention a été rédigée par les parties hors la présence de leurs avocats et, de ce fait, peut contenir des clauses en apparence contradictoires. Il n'est pas rare, en effet, pour une partie de rédiger une lettre d'intention de façon à s'engager le moins possible tout en liant l'autre partie le plus possible. On pense ainsi avoir le meilleur des deux mondes. Le résultat peut, toutefois, s'avérer catastrophique. En effet, l'ambiguïté ainsi créée peut faire en sorte que le juge ayant à interpréter la lettre d'intention, en cas de litiges, y trouve des engagements là où il ne devait pas y en avoir. Il faut donc éviter d'utiliser des expressions comme « offre »,

⁸⁵ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 128.

« accepte », « doit », « devra », « promesse », « accord », puisque ces termes ont des significations juridiques précises qui peuvent facilement être interprétées comme indiquant une volonté de créer des obligations de nature contractuelle. Il faut de plus souligner très clairement dès le premier paragraphe de la lettre d'intention que les termes y énoncés ne le sont qu'à titre indicatif et ont pour seul objet de servir de base à partir de laquelle se négociera le contrat définitif qui, seul, aura pour effet de lier les parties quant aux termes et conditions de l'opération envisagée⁸⁶.

Une fois la première partie du protocole d'entente rédigée, il faut s'attaquer aux dispositions ayant force exécutoire entre les parties. Comme nous l'avons déjà mentionné, ces dispositions visent à définir les obligations des parties dans la conduite des négociations. Le but de ces clauses est de faire en sorte que les parties ne s'en remettent pas uniquement au droit commun en cette matière, mais plutôt déterminent elles-mêmes la portée de leurs obligations à cet égard. Il n'est donc pas rare que la première clause à caractère obligatoire que les parties rédigent soit celle leur imposant contractuellement une obligation de négociation de bonne foi. La valeur de cette clause, comme nous l'avons vu ci-dessus, est pratiquement nulle devant un tribunal de common law canadien, mais a, cependant, une certaine valeur

devant un tribunal américain⁸⁷. D'ailleurs, il est symptomatique que la plupart des modèles utilisés contenant des clauses de bonne foi sont des adaptations plus ou moins réussies de lettres d'intention américaines.

Au Québec, comme nous l'avons vu, la situation est tout autre : il existe, selon la très grande majorité des auteurs, une obligation de négociation de bonne foi dès le stade des pourparlers. Son non-respect peut engager la responsabilité délictuelle de la partie fautive avec tous les aléas de preuve que ceci comporte. Il y a donc lieu de s'interroger sur la pertinence d'inscrire dans la lettre d'intention une obligation contractuelle de négociation de bonne foi. Ceci peut, toutefois, avoir pour effet d'accroître la portée de l'obligation de négociation de bonne foi et d'en rendre le non-respect plus facile de sanction. Son insertion dans la section obligatoire de la lettre d'intention peut également avoir pour effet de faire en sorte que la sanction de la mauvaise foi au stade des négociations précontractuelles se trouve désormais dans les articles du Code civil portant sur la responsabilité contractuelle. La décision de l'auteur de la lettre d'intention d'inscrire ou non une clause de bonne foi devient donc ici de nature stratégique et dépend des intérêts de la partie qu'il représente à la lumière des circonstances propres à l'opération envisagée.

⁸⁶ M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOLE, *Contract Formation and Letters of Intent*, England, John Wiley & Sons, 1998, p. 143 et 152.

⁸⁷ *Id.*, p. 155.

La négociation de toute opération juridique d'envergure entraîne l'échange d'informations confidentielles entre les parties. Par exemple, dans le cadre d'une acquisition, il est usuel pour une partie de donner un accès direct aux livres de l'entreprise qu'elle désire vendre. Il y a donc lieu d'aménager les obligations des parties à cet égard⁸⁸. Il n'est pas conseillé en cette matière de s'en remettre uniquement au droit supplétif. Ainsi, il faut inclure dans le protocole d'entente une clause de confidentialité par laquelle les parties s'engagent à ne pas dévoiler les informations recueillies dans le cadre des négociations à d'autres fins que celles devant servir à la conclusion de l'entente et, de plus, à ne pas les utiliser à des fins personnelles⁸⁹. Il est également possible, dans certains cas, de couvrir ces différents aspects dans un accord séparé.

De plus, comme son nom l'indique la clause de confidentialité a également pour objectif premier de préserver le caractère secret des négociations et des modalités de l'opération envisagée. Cela est particulièrement vrai lorsque l'une des parties aux négociations est une société dont les titres sont cotés en bourse. À l'étape de la lettre d'intention, il est souvent essentiel de ne pas divulguer au public l'existence des négociations, ou à tout le moins, si on désire le faire, que ce soit de

façon ordonnée, puisque cet événement peut avoir un effet considérable sur le cours du titre des sociétés impliquées et, par ricochet, sur le coût de l'opération envisagée. Une attention particulière doit donc être portée à la législation sur les valeurs mobilières applicable en ce qui a trait au moment et à la façon de divulguer l'existence de négociations impliquant une société cotée⁹⁰. La clause de confidentialité doit notamment traiter de la procédure à suivre avant la divulgation d'une information au public en prévoyant, par exemple, la nécessité d'obtenir le consentement de chacune des parties impliquées préalablement à l'émission d'un communiqué de presse. Il faut, de plus, prévoir dans le document que les obligations contractées en vertu de l'engagement de confidentialité survivront à toute résiliation du protocole d'entente. Enfin, la clause de confidentialité est généralement accompagnée d'une autre clause qui, elle, mentionne de façon très claire que les parties ne garantissent en aucun cas la véracité des informations échangées. En effet, ce n'est que dans le contrat définitif que les parties en viendront à définir leurs responsabilités à cet égard. Cette clause, en apparence bénigne, est importante puisque les parties ne seront ainsi aucunement réticentes à échanger de l'information au stade des pourparlers. Ceci ne

⁸⁸ G. PEVTCHIN, «La lettre d'intention», *Droit et pratique du commerce international*, Colloque, *Comment négocier un contrat international à long terme*, Tours, juin 1978, p. 50, à la page 53.

⁸⁹ M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOLE, *op. cit.*, note 86, p. 153; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 42, p. 133.

⁹⁰ J.C. FREUND, *op. cit.*, note 84, p. 67.

pourra que déboucher sur une meilleure négociation au profit de toutes les parties impliquées.

Par ailleurs, vu que la doctrine ne semble pas reconnaître que l'obligation de négocier de bonne foi comporte un engagement d'exclusivité, une clause expresse dans la lettre d'intention aura le mérite d'éviter tout équivoque à ce sujet. Une telle clause est essentielle pour celui qui veut s'assurer, avant de dépenser des sommes considérables en temps et en argent, qu'il ne risque pas de perdre le bénéfice de ses efforts au profit d'un rival⁹¹. Cette clause vise, en effet, à prohiber la conduite par une partie à la lettre d'intention de négociations parallèles avec des tiers. Généralement, elle est formulée de façon à empêcher une partie de solliciter, initier ou poursuivre toute discussion ou négociation, de quelque nature que ce soit, avec un tiers ayant trait en tout ou en partie à l'opération envisagée. Cet engagement peut être unilatéral ou réciproque. De plus, il est souvent accompagné d'une clause de sincérité en vertu de laquelle la partie visée par cette prohibition doit tenir l'autre partie informée de toute offre non sollicitée qu'elle peut recevoir en rapport avec la transaction projetée. Il est donc toujours recommandé d'inclure une telle clause dans la lettre d'intention afin de mieux la circonscrire et, ainsi, prévenir les comportements opportunistes de l'autre partie⁹². En effet, l'un des objectifs

de tout écrit visant à régir les relations entre les acteurs économiques d'une société est de prévenir un tant soit peu les comportements opportunistes qui peuvent résulter des changements qui peuvent se produire dans les relations entre les parties du fait de la survenance d'événements imprévus lors de la conclusion de l'entente qui modifie sensiblement les avantages économiques anticipés de la réalisation de l'opération envisagée par les parties.

La clause d'exclusivité est généralement d'une durée déterminée qui prend fin à une date précise. Elle peut également correspondre à la date de réalisation de l'opération envisagée ou à la date à laquelle les parties conviennent de mettre un terme aux négociations entre elles.

Enfin, l'insertion de ce type de clause n'est souvent consentie qu'en échange d'une contrepartie financière. En effet, une partie n'acceptera souvent de négocier exclusivement avec une autre partie qu'en échange d'une indemnité d'immobilisation. Ici, tous les cas de figure sont permis, et la seule véritable limite est l'imagination des parties. Toutefois, il est fréquent d'assortir l'insertion d'une telle clause au dépôt sous séquestre d'une certaine somme en argent qui est remise au débiteur de la clause d'exclusivité dans l'éventualité où un accord définitif quant à l'opération envisagée n'est pas réalisé à l'intérieur du délai prescrit par la lettre d'intention.

⁹¹ E.A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 43, 217 et 279.

⁹² J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MANGUY, *op. cit.*, note 1, p. 55; L. R. KLING et E.T. NUGENT, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*, vol. 2, New York, Law Journal Press, p. 13-27 (2000).

D'un autre côté, si un accord est signé et que l'opération envisagée se réalise, les sommes déposées sont affectées au paiement du prix. Évidemment, s'il y a violation de la clause d'exclusivité par son débiteur, les sommes déposées sont remises par le séquestre au créancier de l'obligation. Ceci n'est cependant que la forme la plus courante de ce type d'accord et plusieurs variantes existent.

Comme nous venons de le voir, de par la nature des obligations qui y sont énoncées, certaines clauses ne prennent tout leur sens que si une limite temporelle leur est imposée. Ainsi, celui qui est prêt à s'engager à préserver l'exclusivité des négociations ne le fera que pour une certaine période de temps. À titre d'exemple, aucune partie désirant vendre son entreprise ne sera prête à la retirer du marché pour une durée indéfinie. C'est pourquoi, une limite temporelle est généralement prévue aux obligations des parties, y compris celle de négocier de bonne foi⁹³, limite au-delà de laquelle ces dernières prennent automatiquement fin, hormis certains cas spécifiques clairement énoncés dans la lettre d'intention, comme, par exemple, l'engagement de confidentialité. Cette limite se doit d'être relativement courte afin d'encourager les parties à en venir à une entente le plus rapidement possible, quitte à la proroger d'un commun accord si l'éventualité de

conclure une entente semble imminente.

Plusieurs frais relativement importants peuvent être engagés par les parties dans le cadre de leurs négociations, tels que les frais afférents à la préparation d'un bilan ou à la production d'un devis ou d'une soumission. C'est pourquoi tout document préparatoire bien rédigé doit prévoir, dans une disposition spécifique, qui est responsable des frais encourus dans le cadre de la négociation⁹⁴. Pour ce qui est des frais d'avocats, il est recommandé de spécifier qu'ils incluent non seulement leurs honoraires, mais également les déboursés encourus. Généralement, cette disposition rend responsable du paiement des frais celui qui les a engagés, bien que ce ne soit pas toujours le cas, surtout dans une négociation où la taille de l'une des parties est disproportionnée par rapport à l'autre. Dans un tel cas, il n'est pas rare de voir la partie la plus imposante accepter d'assumer les coûts reliés à la négociation, jusqu'à concurrence d'un certain montant.

Une autre clause que l'on retrouve dans la plupart des lettres d'intention est celle prévoyant que les parties ne seront pas liées relativement aux termes de l'opération envisagée tant et aussi longtemps qu'un accord formel n'aura pas été signé. Ce type de clause excluant spécifiquement tout engagement de nature juridique des parties est

⁹³ E.A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 43, 253.

⁹⁴ M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOLE, *op. cit.*, note 86, p. 153; G. PEVTCHIN, *loc. cit.*, note 88, 53.

universellement reconnu en droit anglais sous le nom de « *subject to contract clause* »⁹⁵. La situation n'est pas aussi claire, toutefois, dans les pays civilistes où les tribunaux pourraient intervenir s'ils jugent qu'en dépit de cette clause, il est évident qu'une intention d'être liée sur le plan juridique peut être inférée des termes du document préparatoire. Quoi qu'il en soit, l'insertion d'une telle clause est toujours recommandée si ce n'est que pour renforcer l'argument selon lequel les parties n'avaient jamais eu l'intention de s'engager sur le plan juridique.

Un autre aspect important de toute négociation est, sans contredit, le montant des dommages et intérêts qui seront payables dans l'éventualité du non-respect par les parties de l'une ou l'autre des dispositions contraignantes du protocole d'entente. Une alternative à cet égard est de prévoir, dès le départ, l'étendue des dommages qui auront à être payés le cas échéant.⁹⁶ Une telle clause, dite pénale, aura pour effet de bien circonscrire pour les parties les risques associés au non-respect des dispositions de l'entente.

Un type particulier de clause pénale est sans aucun doute la disposition, mieux connue sous son appellation anglaise, de « *break-up fee* ». Selon cette clause, dans l'éventualité où l'une des parties décide, en dépit de la clause d'exclusivité, de mettre fin aux négociations, l'autre partie a le droit d'être dédom-

magée des pertes ainsi encourues par le paiement d'une somme établie d'avance, où susceptible de l'être, sur la base d'une formule tenant compte du prix auquel l'opération avec le tiers a été réalisée.

L'insertion d'une telle clause est généralement conseillée. En son absence, surtout lorsque les négociations sont très avancées et que la lettre d'intention contient une clause d'exclusivité, il est possible qu'un juge accorde à la partie lésée des dommages-intérêts plus substantiels que ceux que les parties auraient convenus lors de la conclusion de la lettre d'entente. À l'inverse, il peut s'avérer difficile de prouver le préjudice résultant de la rupture des négociations ou résultant du défaut de respecter l'une des clauses contraignantes de la lettre d'intention. Fixer à l'avance une pénalité à être versée en cas de défaut peut donc s'avérer rassurant pour l'une et l'autre des parties. Il convient cependant de faire attention dans la détermination de la peine, puisque la clause pénale jugée abusive est maintenant sanctionnée à l'article 1623 du *Code civil du Québec*.

Enfin, pour les parties qui ne veulent aucunement voir leur responsabilité engagée et qui ne voient en fait dans la lettre d'intention qu'une façon utile de faire le point sur l'état de leurs négociations, il est possible d'y insérer une clause d'exonération de responsabilité suivant laquelle les parties ne sont

⁹⁵ M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOLE, *op. cit.*, note 86, p. 155; G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 29, p. 66.

⁹⁶ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 18, n^o 846.

responsables d'aucun dommage en cas de rupture, même abusive, des pourparlers. Il est bien évident qu'en droit québécois, une telle clause ne peut avoir aucun effet en cas de faute lourde ou de rupture dolosive des négociations⁹⁷. L'intérêt d'une telle disposition pour celui qui veut limiter la portée de son obligation de négociier de bonne foi nous apparaît, cependant, évident. Dans un tel cas, les échanges entre les parties deviennent plutôt de nature platonique et les risques associés à une rupture abusive sont sévèrement limités, quoiqu'un tribunal pourrait toujours en venir à la conclusion qu'un abus de droit, de par sa nature, constitue toujours une faute lourde.

La question de savoir si la lettre d'intention constitue un contrat liant les parties en droit en est une qui sera déterminée en fonction du droit applicable. Ceci est également vrai des diverses dispositions de la lettre d'intention ayant un caractère obligatoire. Ainsi, afin d'éviter toute surprise désagréable à cet égard, il faut prévoir spécifiquement le droit applicable en cas de litige entre les parties. De plus, une clause prévoyant l'élection du forum en cas de réclamation ou poursuite judiciaire peut également s'avérer fort utile, particulièrement dans le cadre de la négociation d'un contrat international.

Finalement, même si cela peut paraître anodin, il faut toujours s'assurer que les bonnes parties, c'est-à-dire celles ayant le pouvoir de s'engager, ont signé le protocole

d'entente. Ainsi, dans le cadre d'une vente d'actions, il faut s'assurer qu'en plus de la société visée, le ou les détenteurs des titres faisant l'objet de l'acquisition sont parties à l'entente. Leur absence aurait pour effet, par exemple, de restreindre considérablement la portée de la clause d'exclusivité. Le même raisonnement s'applique pour certaines filiales qui ne sont que des coquilles vides, ce qui rendra, faute de bilan, toute exécution forcée illusoire.

*

* *

En conclusion, la lettre d'intention est un type de document préparatoire fort utile lors de la négociation de la plupart des opérations juridiques complexes auquel un avocat peut avoir à faire face dans sa pratique. Elle permet, dès le départ, de consacrer par écrit les intentions des parties et de circonscrire le cadre à l'intérieur duquel se poursuivra la négociation. Bien qu'il ne s'agisse que de points de référence permettant aux parties de poursuivre les négociations, les dispositions qui y sont contenues se retrouveront généralement dans la documentation finale. Le défi du conseiller est toujours de prévoir tous les éléments essentiels des négociations à venir, tout en demeurant le plus simple possible, ce qui n'est pas toujours une mince tâche. En définitive, une lettre d'intention bien rédigée s'avère, plus souvent qu'autrement, un outil très utile pour une entreprise dans le cadre de la négociation de l'opération qu'elle entend réaliser.

⁹⁷ Art. 1474 C.c.Q.