

**CHARLES MOUMOUNI**

**LE STATUT JURIDIQUE DES « LETTRES DE CONFORT »  
DANS LES TRANSACTIONS DE CRÉDIT BANCAIRE**

Mémoire  
présenté  
à la Faculté des études supérieures  
de l'Université Laval  
pour l'obtention  
du grade de  
Maître en droit (LL. M.)

**FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LAVAL  
Québec, Canada**

Juillet 1997

© Charles Moumouni



National Library  
of Canada

Acquisitions and  
Bibliographic Services

395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

Bibliothèque nationale  
du Canada

Acquisitions et  
services bibliographiques

395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

*Your file* *Votre référence*

*Our file* *Notre référence*

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-25685-5

Canada

## **AVANT-PROPOS**

Ce mémoire est l'aboutissement d'un long processus auquel ont contribué bon nombre de généreuses personnes. Nous citerons, en premier chef, notre directrice de recherche, le Professeur Nicole L'Heureux, dont la disponibilité, l'assistance et les encouragements ne nous ont jamais fait défaut. Nous sommes très honoré d'avoir travaillé sous sa bienveillante supervision. Nous exprimons notre profonde gratitude à notre Directeur de programme, le Professeur Sylvio Normand, pour nous avoir incité à terminer ce travail dans le délai requis. Nous savons infiniment gré à Me Louise Poudrier-Lebel, pour avoir spontanément accepté d'évaluer ce mémoire ; nous remercions également Mme Édith Fortin, notre troisième examinatrice.

Nous dédions ce mémoire à nos frères et soeurs, notamment à Bernardin, Auguste et Guillaume, avec lesquels nous partageons la voie de l'éducation supérieure ; à notre petite Léila, dont l'attachement nous est précieux ; à nos très chers amis journalistes-avocats, Jérôme, Emmanuel et Ahamed, qui ne ménagent aucun effort pour porter haut le flambeau des sciences juridiques au Bénin ; enfin, à notre bien-aimée Rachel, le siège de notre motivation quotidienne.

## RÉSUMÉ

Ce mémoire porte sur le statut juridique de la lettre de confort dans les transactions de crédit bancaire. Il comprend quatre chapitres. Dans le premier chapitre, l'auteur a examiné la force autonome de la lettre de confort dans la négociation de crédit. Après avoir relevé le caractère contractuel de la promesse de crédit, il a abouti à la conclusion que la lettre de confort peut être utilisée comme seule forme de sûreté à l'appui d'un crédit bancaire. Dans le deuxième chapitre, l'auteur a réfuté la thèse selon laquelle la lettre de confort ne serait qu'un engagement moral. Selon lui, la lettre de confort est par définition un engagement juridique. L'étendue d'un tel engagement a fait l'objet du troisième chapitre où l'auteur a établi que la lettre de confort est constitutif d'une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner ; cette obligation peut être de moyens ou de résultat suivant le cas. Dans le quatrième chapitre, enfin, l'auteur a examiné les modalités d'exécution de la lettre de confort. L'émetteur de la lettre peut exécuter volontairement ses obligations, au cas contraire, il peut y être astreint par le juge.

## TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
AVANT-PROPOS .....	i
RÉSUMÉ .....	ii
TABLE DES MATIÈRES .....	iii
INTRODUCTION.....	1
<u>Première Partie</u>	
CONDITIONS D'ÉMISSION ET NATURE JURIDIQUE DE LA LETTRE DE CONFORT .....	10
<u>Chapitre 1</u>	
La force autonome de la lettre de confort dans la négociation du crédit .....	11
Section 1 Lettre de confort et promesse de crédit .. .....	12
§ 1 Lettre de confort comme condition préalable à l'ouverture du crédit .....	12
§ 2 La valeur juridique de la promesse de crédit .....	15
Section 2 Lettre de confort et autres formes de sûretés personnelles.....	25
§ 1 Lettre de confort et cautionnement .. .....	26
§ 2 Lettre de confort et garantie indépendante .....	30
<u>Chapitre 2</u>	
La question de la nature morale ou juridique de la lettre de confort .....	34
Section 1 La lettre de confort définie comme un simple engagement moral	34
§ 1 La jurisprudence définissant la lettre de confort comme un simple engagement moral .....	35
§ 2 Les fondements de la qualification morale de la lettre de confort	41
Section 2 La lettre de confort définie comme un véritable engagement juridique .....	47
§ 1 Quelques éléments jurisprudentiels sur le caractère contractuel de la lettre de confort .....	48
§ 2 Le caractère contractuel de la lettre de confort et la recherche de l'intention des parties .....	56

<u>Deuxième Partie</u>	
LES EFFETS JURIDIQUES DE LA LETTRE DE CONFORT .....	64
<u>Chapitre 3</u>	
L'étendue des obligations liées à la lettre de confort .....	65
Section 1 Quelques indices d'une théorie pure de la lettre de confort.....	65
§ 1 Le besoin de sécurité juridique en matière de lettre de confort ...	66
§ 2 Essai d'une typologie rigoureuse des lettres de confort.....	69
Section 2 La mesure des obligations nées de la lettre de confort .....	79
§ 1 Les lettres de confort faisant naître des obligations de moyens....	79
§ 2 Les lettres de confort constitutives d'obligations de résultat.....	86
<u>Chapitre 4</u>	
Exécution des obligations liées à lettre de confort .....	96
Section 1 L'exécution volontaire de la lettre de confort .....	96
§ 1 Les obligations de l'émetteur au regard du droit des sociétés et de la réglementation des investissements .....	97
§ 2 Les différentes modalités d'exécution de la lettre de confort.....	110
Section 2 L'exécution forcée de la lettre de confort .....	115
§ 1 La lettre de confort et les mesures conservatoires .....	116
§ 2 La lettre de confort en droit international privé .....	122
CONCLUSION .....	125
LISTE DES OUVRAGES CITÉS .....	131

# **INTRODUCTION**

Toute entité ayant la personnalité juridique est de temps à autre confrontée à un problème de crédibilité. Dans le domaine civil, le mineur non émancipé et le majeur incapable sont d'office mis sous la protection de la loi en raison de la faiblesse de leur personne et du manque de crédibilité des actes qu'ils posent. Pour restaurer la confiance en ces actes, les incapables devront se faire approuver par leurs parents ou curateur, lesquels sont ainsi tenus d'une responsabilité extracontractuelle.

Mais le manque de crédibilité dans la vie civile ne relève pas seulement de conditions naturelles ou pathologiques. Dans un monde caractérisé par une course effrénée à la richesse, la personnalité juridique est considérée plus en fonction des conditions matérielles qu'en raison des conditions de naissance. De nos jours, chaque être humain est appelé à administrer constamment la preuve matérielle de son existence et à produire les moyens par lesquels il entend réaliser ses objectifs. Si une personne est matériellement et financièrement incapable, elle devra chercher le soutien d'une tierce personne pour rendre ses actes civils crédibles. Les gens fortunés, eux, bénéficient d'une présomption de crédibilité. Dans maints domaines de la vie civile, que de gens ont besoin de l'appui de tiers dont les déclarations ou l'engagement valent mieux que les leurs!

Sur le plan des affaires, la recherche de l'appui d'un commerçant est non seulement un besoin personnel mais surtout la règle du jeu commercial. Le droit du crédit est le siège même où est mise en œuvre une telle règle, étant donné que ce droit repose essentiellement sur la confiance. La crédibilité de la personne qui sollicite un crédit doit être renforcée chaque fois que sa situation matérielle et financière n'est pas rassurante. Il en est ainsi de toute entreprise. Comme l'a souligné Charles Van Wymeersch, « [s]'il s'avère que la structure financière trop fragile ou les incertitudes concernant les cash flows futurs de l'entreprise amènent à douter de la capacité de celle-ci à faire face aux engagements résultant du crédit, la banque demandera

que lui soient fournis certains types de *sûretés* »<sup>1</sup>, en l'occurrence, des sûretés réelles ou personnelles. En matière de crédits d'investissement, l'on fait souvent plus appel aux sûretés personnelles (cautionnement ou garantie autonome) qu'aux sûretés réelles (hypothèque, gage ou nantissement), en raison de la lourdeur et du coût exorbitant de la procédure de mise en oeuvre de ces dernières. La forme de sûreté personnelle traditionnellement pratiquée est le cautionnement.

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers un créancier à exécuter une obligation à la place d'un débiteur au cas où celui-ci ne s'exécute pas lui-même. Bien que constituant la solution la plus fiable pour le prêteur, le cautionnement repose hélas sur des règles strictes qui ne facilitent pas toujours l'expansion de son utilisation. Par exemple, le cautionnement est exprès, il ne se présume point. L'engagement de la caution est précis quant à son objet. En France, comme dans la plupart des pays européens qui connaissent la pratique du cautionnement, le dirigeant d'une société anonyme qui se porte caution d'un tiers doit requérir l'autorisation de son conseil d'administration, inscrire la caution au titre des engagements hors bilan et obtenir la permission des autorités monétaires. Le cautionnement étant perçu comme un acte grave dont il faut se méfier, sa souscription affecte inévitablement la solvabilité de la caution et réduit du même coup sa marge d'emprunt. Les dangers et les contraintes de cette technique ont fait apparaître, au début des années 1970, une autre forme de sûreté personnelle appelée « garantie autonome ». Mais la nouvelle sûreté n'est pas moins rigoureuse que la première.

La garantie autonome, encore dite indépendante ou à demande, est un contrat par lequel une partie (le garant) s'engage à payer à une autre (le bénéficiaire) une certaine somme d'argent au cas où une troisième partie (le donneur d'ordre) n'exécute pas ses engagements envers la première. Utilisée surtout dans le commerce international des biens et services, la garantie implique un engagement autonome, indépendant des rapports entre le bénéficiaire (souvent un importateur) et le donneur d'ordre (souvent un exportateur). Cela signifie que le garant (communément une banque) ne peut tirer des exceptions de ces rapports pour refuser

---

<sup>1</sup> Charles Van Wymeersch, « Contexte économique et financier des lettres de patronage », in Marc Bellis *et al.*,

de s'exécuter entre les mains du bénéficiaire. De ce point de vue, la garantie est également perçue comme un acte aussi grave que le cautionnement. Ainsi, lorsqu'elle est souscrite par une société anonyme, elle doit, au même titre que le cautionnement et l'aval, être préalablement autorisée par le conseil d'administration de ladite société et nécessiter la permission des autorités de changes. L'incommodité de ces formes de sûretés personnelles va entraîner la naissance d'une technique alternative plus flexible, dont la pratique a commencé vers la fin des années 1970 : il s'agit des lettres de confort.

Les lettres de confort apparaissent, dans les termes de Baillod, comme « une zone de liberté, aux charmes de laquelle pourrait s'ajouter, pour les amateurs d'ambiguïté, un parfum d'aventure juridique compte tenu du flou de cette technique »<sup>2</sup>. Dans un arrêt du Tribunal civil de Milan du 15 février 1979, le juge affirme que la pratique de la lettre de confort correspond à « l'exigence de trouver de nouvelles formes de "garantie" pas toujours reconductibles à celles déjà codifiées dans la mesure où ces dernières ne permettent pas effectivement une protection adéquate des divers intérêts qui actuellement entrent en jeu dans une relation socio-financière »<sup>3</sup>. D'une façon générale, la lettre de confort est une lettre par laquelle une personne exprime son soutien à un débiteur qui a obtenu ou qui sollicite un crédit auprès d'un créancier<sup>4</sup>. La lettre de confort représente une manifestation légitime du principe de l'autonomie des volontés, mais son statut juridique dans les transactions de crédit reste à clarifier : c'est l'objet même de ce mémoire.

En fait, le statut juridique de la lettre de confort est sujet à une vive controverse doctrinale et jurisprudentielle qui commence par une guerre terminologique. Ni les auteurs, ni les tribunaux ne s'entendent sur l'appellation exacte de cette nouvelle sûreté. D'aucuns parlent de « lettre de patronage » : c'est la terminologie retenue par le seul ouvrage qui, à notre connaissance, s'est consacré exclusivement à la nouvelle technique ; il s'agit en l'occurrence de

---

*La lettre de patronage*, Travaux de la Faculté de droit de Namur et Feduci, 1984, p. 12.

<sup>2</sup> Raymonde Baillod, « Les lettres d'intention », *Revue trimestrielle de droit commercial*, n° 3, 1992, p. 549.

<sup>3</sup> V. *Droit et pratique du commerce international*, t. 7, n° 4, 1981, p. 692, obs. Pouillet.

<sup>4</sup> Cette définition est provisoire. Elle n'a pour but que de nous donner une idée de la lettre dont nous voulons traiter dans ce mémoire. Lorsque nous aurons répondu à un certain nombre de questions de recherche, nous serons en mesure de donner une définition plus précise de la lettre de confort.

l'ouvrage publié sous la direction de Marc Bellis et consorts<sup>5</sup>. D'autres parlent de « lettre d'intention », terminologie couramment utilisée par nombre d'auteurs français ainsi que par la Cour de cassation. D'autres encore - et nous sommes d'avis avec ceux-là - parlent de « lettre de confort ». On pourrait aussi trouver, tant en doctrine qu'en jurisprudence, des termes comme « lettre de parrainage », « lettre de soutien », « lettre d'appui ». Bien qu'il faille citer toutes ces formules pour rendre compte de la diversité des appellations, il faut reconnaître que de nos jours, trois seulement d'entre elles arrivent à s'imposer : ce sont les formules de « lettre de patronage », « lettre d'intention » et « lettre de confort » ; les autres formules sont rarement utilisées par les auteurs et les tribunaux et nous les écartons d'office.

La dénomination « lettre de patronage » est surtout utilisée en Allemagne (*Patronatserklärungen*) et en Italie (*lettere di patronage*). Yves Pouillet justifie sa préférence pour cette dénomination en ces termes : « la notion de patronage à la fois implique le soutien vis-à-vis du "patronné" et à la fois [sic] exprime l'esprit et le but dans lesquels est donné ce soutien, à savoir la mise en confiance d'un tiers en relation d'affaires avec ce "patronné" »<sup>6</sup>. Les arguments de Pouillet nous paraissent recevables, néanmoins l'appellation « lettre de patronage » est réductrice. La lettre dont il s'agit ici n'est pas toujours émise par une société qui patronne une autre (nous pensons ici à une société mère et sa filiale), mais elle peut l'être par une société qui est simplement en relations d'affaires avec une autre.

Quant à l'appellation « lettre d'intention » (*letter of intent*) plus utilisée en Grande-Bretagne, aux États-Unis et au Canada, Pouillet relève, à juste titre, qu'elle désigne toute une autre réalité : cette lettre est fréquemment utilisée dans le commerce international pour témoigner de la reconnaissance de son émetteur d'une étape de la négociation commerciale ; c'est une entrée en pourparlers, un accord de principe, un avant-contrat<sup>7</sup>. Marcel Fontaine a traité de ce type de lettre dans un article largement cité par la doctrine<sup>8</sup>. Un autre auteur, M.

---

<sup>5</sup> Marc Bellis *et al.*, *La lettre de patronage*. Travaux de la Faculté de droit de Namur et Feduci, 1984, 434 p.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 21 ; v. aussi l'avocat général Michel Montanier, sous l'arrêt Com, 21 déc. 1987, *JCP* 1988. II. 21113.

<sup>8</sup> Marcel Fontaine, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », *Droit et pratique du commerce international*, tome 3, n° 2, 1977, pp. 73-122, partic. pp. 76-78 : Fontaine précise que la lettre d'intention peut fixer au départ les objectifs des pourparlers, puis indiquer la procédure à suivre, enfin consacrer le principe de l'accord et même régler certains détails.

Lutter, a étudié ce même type de lettre et, dans ses considérations préliminaires, exclut précisément du domaine de son analyse, le genre de lettre qui fait l'objet de notre mémoire<sup>9</sup>. Pouillet est du même avis : selon lui, « toute utilisation du terme "lettre d'intention" à propos d'une "lettre de patronage" doit être proscrite »<sup>10</sup>. Nous devons citer également l'étude remarquable faite par Trevor A. Mills sur la pratique des « lettres d'intention » aux États-Unis et au Canada<sup>11</sup>. Malgré l'avertissement de Pouillet, l'expression « lettre d'intention » continue d'avoir droit de cité, entretenant ainsi la confusion dans l'esprit de ceux qui veulent traiter de la « lettre de confort ».

Ainsi, notre choix est clair : nous opterons dans ce mémoire pour l'expression « lettre de confort ». Cette expression, d'origine anglo-saxonne (*letter of comfort*), rend mieux compte, à nos yeux, du besoin de sûreté du destinataire de la lettre, du besoin de crédibilité de la partie « confortée » et de la volonté d'engagement de l'émetteur<sup>12</sup>. Malgré notre option terminologique, nous citerons les auteurs et les tribunaux suivant les termes qu'ils ont adoptés. Nous espérons que cela n'affectera pas l'harmonie de nos développements.

Dans notre mémoire, nous nous intéresserons uniquement aux lettres de confort commerciales, notamment, celles émises dans le cadre d'une négociation de crédit bancaire. La lettre de confort met généralement en relations deux sociétés et un établissement de crédit, le plus souvent une banque. Il est vrai que le bénéficiaire de la lettre de confort n'est pas

---

<sup>9</sup> M. Lutter, *Der letter of Intent*, Berlin, 1980 ; cité par Pouillet dans Bellis *et al*, op. cit., *supra* note 5, p. 21.

<sup>10</sup> Pouillet, *ibid.* ; Jean-Pierre Brill, dans sa note sous l'arrêt de la Cass. com, 21 déc. 1987, *D.* 1989. *J.* 113, écarte également l'expression « lettre d'intention » ; de la même manière, Ibrahim Najjar, « L'autonomie de la lettre de confort », *D.* 1989. *Chron.* 217.

<sup>11</sup> Trevor A. Mills, « Letters of Intent and Canadian Approach to Good Faith Bargaining Obligations : "So Close So Far" », *Banking & Finance Law Review*, vol. 11, 1995-1996, p. 355-395. Selon les termes du résumé français fourni à l'appui de cet article, Mills examine ici le rôle que jouent les lettres d'intention dans les transactions commerciales et souligne l'obligation de négocier de bonne foi qui peut en découler. Mills précise que l'approche des tribunaux canadiens à cet égard est du tout ou rien : ou bien la lettre d'intention constitue un contrat complet en soi, ou bien elle n'est pas constitutive d'obligations. La violation d'une obligation de négocier de bonne foi est sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts à la victime. Cette approche des tribunaux canadiens nous édifiera lorsque nous serons amené à prendre position sur la nature morale ou juridique de la lettre de confort.

<sup>12</sup> L'expression « lettre de confort » est celle préférée par Terray dans son article cité par presque tous les auteurs (V. Jacques Terray, « La lettre de confort », *Banque* n° 393, mars 1980, pp. 329-338 ; Ibrahim Najjar, entre autres, a également opté pour la même terminologie (*ibid.*).

toujours une banque ; il peut s'agir d'une société de sûreté<sup>13</sup> ou d'un établissement financier. De la même manière, l'émetteur de la lettre de confort n'est pas toujours une société : il peut s'agir de l'État. On peut aussi envisager le cas où la lettre de confort serait signée par un dirigeant de société à titre personnel et adressée à un créancier de la société, ou pourrait émaner d'une société à l'attention du créancier d'une autre société à laquelle elle est liée seulement sur le plan économique, et non juridique<sup>14</sup>. Mais l'hypothèse sur laquelle sera centré ce mémoire est classique : une société mère émet une lettre de confort pour le compte de sa filiale au profit d'un établissement de crédit (spécifiquement une banque).

De ce point de vue, nous désignerons, le plus souvent, l'auteur de la lettre de confort par « société mère » ; lorsque l'analyse déborde le cadre des relations tripartites société mère-filiale-banque, l'auteur de la lettre de confort sera appelé simplement « émetteur ». Le destinataire de la lettre sera appelé « banque » et quelques fois, « bénéficiaire » ou « créancier », suivant le cadre d'analyse. Quant à la partie « confortée » par la lettre, elle sera couramment appelée « filiale » et parfois, « débiteur ». Ce choix méthodologique a pour but de centrer la réflexion sur le domaine de prédilection de la lettre de confort.

En effet, selon Raymonde Baillod, « le domaine naturel des lettres d'intention est le monde des affaires. Toutes les lettres d'intention soumises jusqu'à présent aux juges émanaient de sociétés ou de dirigeants de sociétés s'engageant personnellement »<sup>15</sup>. Michel Montanier ajoute « qu'il apparaît tout à fait souhaitable de faire de cette forme de garantie une institution réservée au monde des affaires »<sup>16</sup>, voire aux sociétés commerciales. Nous souscrivons entièrement à une telle proposition, ce qui détournera notre attention des lettres de confort émises par des particuliers ou des personnes morales autres que commerciales.

---

<sup>13</sup> V. à ce sujet, Cour d'appel de Rome, 4 décembre 1979, *Dr. et prat. com. internat.*, t. 7, n° 4, 1981, 689-690, obs. Poulet.

<sup>14</sup> Baillod, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 547. La lettre de confort est aussi pratiquée dans le domaine purement financier, notamment, dans le cadre des transactions de titrisation ; v. *infra*, notes 17 et 214.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 554.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, *supra* note 7.

La lettre de confort, telle que nous l'examinerons dans ce mémoire, sera à la croisée de plusieurs domaines du droit des affaires. Elle touchera d'abord le droit du crédit bancaire et le droit des sûretés personnelles ; elle impliquera largement le droit des obligations et celui des sociétés commerciales. Elle fera également appel à des aspects des voies d'exécution, aux procédures de redressement ou de liquidation judiciaire et, enfin, aux règles de droit international privé.

Étant donné la nouveauté de la sûreté que constitue la lettre de confort et le flou juridique qui la caractérise, nous avons eu à faire face à une rareté de la documentation sur cette question. Bien qu'étant d'origine anglaise, la lettre de confort, à notre connaissance, n'est pas encore suffisamment abordée par les auteurs et les juges anglo-saxons<sup>17</sup>. Les quelques études consacrées à cette matière ont été surtout faites par des auteurs de tradition juridique romano-germanique. Ainsi, les sources que nous citerons dans ce mémoire sont largement empruntées à ces auteurs, au nombre desquels se trouvent, en premier chef, les auteurs français. Notre mémoire fera appel à une jurisprudence plus ou moins abondante. Nous citerons des décisions canadiennes, italiennes, allemandes, anglaises et australiennes, mais encore une fois, la part belle sera réservée aux décisions françaises. Il existe des textes doctrinaux en italien et en allemand ; mais ces textes n'ayant pas été traduits, nous n'avons pu y avoir accès. Si le droit français semble avoir la primauté dans notre travail, c'est en raison, d'une part, des ressources disponibles sur le sujet en étude et, d'autre part, de notre propre tradition juridique. Néanmoins, la dominance du droit français n'enlèvera pas à notre étude -

---

<sup>17</sup> Rappelons encore que la lettre de confort n'est pas à confondre avec des techniques anglo-américaines telles que « *letter of intent* », « *letter of responsibility* » ou « *letter of awareness* » ; bien que ces institutions posent des problèmes juridiques identiques à ceux que soulèvent les lettres de confort, ce n'est pas d'elles dont nous traiterons dans ce mémoire. Nous allons toutefois emprunter à certains auteurs anglo-saxons leur approche des « *letters of intent* » pour catégoriser la lettre de confort (v. *infra*, chap. 2 et 3). Par ailleurs, soulignons que la rareté de la littérature anglaise sur la lettre de confort ne signifie pas une rareté de la pratique de celle-ci en Grande-Bretagne et en Amérique du Nord. Au Canada par exemple, les établissements de crédit qui se lancent dans la technique sophistiquée de la titrisation ont recours à la lettre de confort pour renforcer la valeur de leurs créances. Ainsi, la multinationale québécoise, Bombardier Inc., émet des lettres de confort pour le compte de sa filiale, Bombardier Credit Ltd. et au profit de Bombardier Credit Trust. Bien que de telles lettres de confort soient souscrites dans un cadre purement financier, nous en reparlerons brièvement lorsque nous aborderons la typologie des lettres de confort (v. *infra*, note 214). Pour plus de détails sur les lettres de confort émises par Bombardier Inc. aux fins de l'opération de titrisation des créances de sa filiale, voir le guide de l'agence de notation canadienne CBRS, *An investor's Guide to Asset-Backed Securities in Canada*, 3<sup>e</sup> édition, Automne 1993, pp. 48-49. Ajoutons qu'une lettre de confort peut être émise dans le cadre d'un contrat de franchise ;

nous l'espérons - une perspective internationale. Les approches de solutions que nous proposerons aux problèmes juridiques de la lettre de confort auront vocation à s'appliquer dans beaucoup de contextes juridiques.

En fait, quels sont ces problèmes juridiques? Une chose est de remarquer l'apparition dans le commerce international de la lettre de confort, une autre est d'en noter la pratique chancelante. La lettre de confort séduit par sa flexibilité, sa simplicité et sa rapidité, mais dans le même temps, son manque de rigueur juridique est source de nombreux malentendus et de confusions entre les théoriciens, d'un côté, et de réels dangers pour les partenaires commerciaux, de l'autre<sup>18</sup>. De la même manière que les auteurs et les juges sont divisés sur la dénomination de la nouvelle sûreté, de cette même manière, ils sont partagés quant au régime juridique de la lettre de confort. Les questions que nous nous posons dans le cadre de ce mémoire sont de quatre ordres, et à chaque ordre de question, nous consacrerons un chapitre entier :

- Pourquoi souscrit-on une lettre de confort ? (chapitre 1)
- La lettre de confort est-elle un engagement moral ou juridique ? (chapitre 2)
- De quel type d'engagement juridique s'agit-il ? (chapitre 3)
- Comment s'exécute cet engagement juridique ? (chapitre 4)

En termes clairs, les deux premières questions correspondent à l'examen des conditions d'émission de la lettre de confort (première partie) et les deux dernières, à l'analyse de ses effets juridiques (deuxième partie). Si nous pouvions trouver des approches de réponses à ces questions, nous aurions contribué un tant soit peu, espérons-nous, à la littérature nord américaine en matière de lettre de confort et, par là même, à la promotion de cette sûreté au sein des partenaires du commerce international.

---

l'avocat Jean J. Bourret en a traité dans un article intitulé : « Le financement en franchisage », *Conférence Meredith* 1992, éditions Yvon Blais, p. 252.

<sup>18</sup> Terray faisait observer que lorsqu'on évoquait la lettre de confort devant les hommes d'affaires, ceux-ci répondaient fréquemment, au début des années 1980 : « c'est un engagement moral, je ne sais pas ce que ça vaut en droit, et ce n'est pas vraiment mon problème » (Terray, op. cit., *supra* note 12, p. 330). De nos jours, ces hommes d'affaires ne peuvent plus tenir les mêmes propos. Ils devront faire face à leur responsabilité.

## Première Partie

# Conditions d'émission et nature juridique de la lettre de confort

La lettre de confort ne fait encore l'objet d'aucune réglementation nulle part<sup>19</sup>. Les quelques règles - s'il en est - qui guident son utilisation dans le commerce international ont été dégagées par une jurisprudence plus ou moins chancelante. Pour le moment, cette sûreté personnelle semble tirer partie de l'imbroglio juridique auquel elle a donné naissance. En revanche, le flou qui la caractérise ne favorise nullement son expansion dans le milieu des affaires. Il y a donc lieu de clarifier la nature juridique de la lettre d'intention (chapitre 2), afin que les partenaires du commerce international qui l'utilisent soient convaincus quant à sa sécurité et à son opportunité. Mais avant d'y arriver, il nous faudra examiner la force de persuasion de la lettre de confort dans la phase de négociation d'un crédit bancaire (chapitre 1).

---

<sup>19</sup> Comme l'a remarqué Jean-Pierre Bertrel, seule la circulaire française du 28 juin 1977 et celle du 5 février 1981 sur la réglementation des changes ont formellement fait allusion à la lettre d'intention, mais sans traiter cette matière dans tous ses détails ; cf. « Les lettres d'intention », *Banque* n° 465, 1986, p. 896. Nous reviendrons plus loin sur ces circulaires. Le cautionnement est la seule sûreté personnelle réglementée comme telle par les codes civils français et québécois, peut-être parce que « le cautionnement est le prototype de la sûreté personnelle », comme l'indique Michel Dagot ; voir *Les sûretés*, Thémis, PUF, Paris, p. 29. Mais de nos jours, « on ne saurait parler de sûretés personnelles sans inclure des formes nouvelles inspirées des sûretés classiques, comme la

## Chapitre 1

### **La force autonome de la lettre de confort dans la négociation du crédit bancaire**

Les transactions de crédit commencent généralement par une promesse de la banque, connue dans le système anglo-saxon sous l'expression « *Commitment Letter* » et dans le système de droit romano-germanique comme « promesse de crédit »<sup>20</sup>. La promesse de crédit est émise par la banque à la phase de négociation du crédit. Il serait alors intéressant de voir en quoi cette promesse lie la banque à l'égard de son client<sup>21</sup> qu'elle oblige à souscrire une lettre de confort (section 1). Nous verrons que la lettre de confort, dont l'apparition dans le commerce international est très récente, est une des formes possibles de garantie exigée par la banque. Aussi, la nécessité apparaîtra-t-elle de la comparer à des sûretés connues comme le cautionnement et la garantie à demande (section 2).

---

garantie indépendante et la lettre d'intention » ; cf. Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 1989, p. 13.

<sup>20</sup> Les auteurs français préfèrent parler de « promesse de crédit » ; voir, à cet égard, François Grua, dans son ouvrage *Contrats bancaires*, tome I, Economica, 1990, p. 220. Certains parmi eux ne trouvent aucune différence entre « promesse de crédit » et « ouverture de crédit ». Ainsi, selon Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud (*Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 1995, p.427), « l'ouverture de crédit est la promesse du banquier de consentir à une opération de crédit déterminé ». Mais ce n'est pas dans ce sens que nous entendons ici la promesse de la banque. La promesse à laquelle nous nous référons correspond à la phase pré-contractuelle à laquelle la banque fait savoir son intention d'ouvrir au profit de son client un crédit donné, mais seulement sous certaines conditions. Ainsi, quand nous parlons de « promesse de crédit », il faut plutôt entendre « promesse d'ouverture de crédit ».

<sup>21</sup> Rappelons que le client de la banque qui nous intéresse le plus dans ce mémoire est la filiale d'un groupe de sociétés. Nous le désignerons désormais par le terme « filiale », et l'émetteur de la lettre de confort, « la société mère ».

## **Section 1 Lettre de confort et promesse de crédit**

Pour comprendre le débat qui se mène autour de la lettre de confort, il apparaît nécessaire de définir, au préalable, les circonstances qui lui donnent naissance<sup>22</sup>. Généralement, c'est à la phase de négociation d'un crédit, matérialisée par une promesse de crédit, qu'une banque et une entreprise (la filiale d'un groupe) peuvent convenir de l'utilisation de la lettre de confort comme la forme ou l'une des formes de garantie du crédit à octroyer. La lettre de confort est entendue dans ce cas comme une condition de l'engagement de la banque (§ 1). Si cette condition est réunie (c'est-à-dire si la filiale obtient effectivement la lettre d'appui de sa société mère - dont l'intérêt de notre travail est justement d'en déterminer toute la portée juridique), la banque qui s'est engagée à ouvrir le crédit est-elle tenue de le faire? Autrement dit, quelle est la valeur juridique de la promesse faite par la banque? S'agit-il d'un engagement ferme ou d'une simple déclaration d'intention (§ 2)?

### **§ 1 Lettre de confort comme condition préalable à l'ouverture du crédit**

La promesse de crédit se matérialise par un document par lequel une banque s'engage à accorder un prêt ou un crédit à un emprunteur quelconque. L'opportunité et la teneur de cette promesse dépendent du type de rapport qui existe entre la banque et son client. S'agissant de la filiale d'un groupe, si les relations d'affaires entre la banque et elle ne sont pas encore très développées, la promesse de crédit ne serait que préalable à un accord formel d'ouverture de crédit. Mais si la banque fait suffisamment confiance à la filiale, ou si l'opération pour laquelle le crédit est sollicité n'est que ponctuelle, la promesse de crédit pourrait comporter assez de

---

<sup>22</sup> Il faut souligner que les rares commentaires que la doctrine a consacrés à la lettre de confort ne se sont généralement pas préoccupés des circonstances préalables à l'émission de cette lettre. Ainsi, les auteurs se sont seulement intéressés à ses effets sans se soucier de ses causes (une exception toutefois : v. Bellis et al., op. cit., *supra* note 5). Il nous paraît tout de même approprié, dans la perspective d'établir le statut juridique de la lettre de confort, de remonter jusqu'à la phase de négociation du crédit. L'intérêt de cette démarche méthodologique apparaîtra lorsque nous essayerons de qualifier la lettre de confort par la recherche de l'intention expresse ou tacite des parties.

détails qui rendraient inutile la conclusion subséquente d'un accord de crédit<sup>23</sup>. Généralement, la promesse de crédit se borne à déterminer les conditions d'affaires ("*business deal*") entre les parties ; rarement va-t-elle jusqu'à fixer leurs rapports juridiques dans une convention-cadre de crédit<sup>24</sup>. Cela dit, il ne faut pas en déduire que la promesse de crédit n'a aucun effet juridique ; nous discuterons plus loin de sa valeur contractuelle. Pour l'instant, il serait intéressant que nous en examinions le contenu, surtout les clauses qui feraient référence à la lettre de confort comme garantie du crédit.

La promesse de crédit n'obéit à aucun formalisme rigoureux, en ce sens qu'elle peut même se prouver sur le fondement du droit commun de la preuve commerciale, c'est-à-dire, par tout moyen<sup>25</sup>. Mais la banque n'a pas intérêt à faire une promesse hasardeuse ou à poser des actes qui entretiennent le doute sur sa véritable intention. Grua en donne un exemple en citant une jurisprudence abondante<sup>26</sup> : l'octroi ou le renouvellement de facilités de caisse pendant un certain temps, ne fut-ce une simple tolérance de découvert, peut tout de même établir la volonté du banquier de consentir une véritable ouverture de crédit<sup>27</sup>. Pour éviter ces aléas juridiques, la banque émet généralement sa promesse sur un formulaire-type. Ce formulaire comporte, notamment, le montant du crédit, les conditions préalables à son ouverture effective, ses garanties, le taux d'intérêt, les termes de remboursement, etc.<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Ian C. MacLeod, "Commitment Letters: Their Use and Some Specific Considerations", *Banking and Finance Law Review*, n° 7, 1990, p. 64; Trevor W. Bell, "Commitment Letters and Loan Agreements", *Banking and Finance Law Review*, n° 2, 1988, p. 7.

<sup>24</sup> Bell, *ibid.*

<sup>25</sup> Grua, op. cit., *supra* note 20, p. 222.

<sup>26</sup> Grua, *ibid.*

<sup>27</sup> Grua, *ibid.*

<sup>28</sup> MacLeod, op. cit., *supra* note 23, pp. 64 et 68 ; Bell, op. cit., *supra* note 23, p. 7. Notons, en ce qui concerne le taux d'intérêt, que la Cour de cassation a jugé qu'il n'est pas nécessaire de le fixer dès la promesse de crédit ; cf. Cass com., 17 mai 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 181. François Grua critique cette position en soutenant qu'elle ne se rattache pas facilement au droit des promesses de contrat. Selon cet auteur, la promesse de crédit doit obéir aux mêmes règles que la promesse de vente, à laquelle il est fait obligation de fixer un prix ; cf. Grua, op. cit., *supra* note 20, pp. 220-221. Sur l'obligation d'indication écrite du taux effectif global (TEG), voir Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire : institutions - comptes - opérations - services*, Litec 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1994, p. 182.

Ce qui nous intéresse particulièrement dans ce mémoire, ce sont les garanties que la banque demande à son client avant d'ouvrir un crédit à son profit<sup>29</sup>. À cet effet, il peut s'agir de sûretés réelles, c'est-à-dire d'une hypothèque ou d'un gage (formes de sûretés que nous mettons hors de propos) ou de sûretés personnelles<sup>30</sup>. Dans ce dernier cas, la banque peut exiger de son client la souscription d'une garantie indépendante, d'une assurance, d'un cautionnement ou d'une lettre de confort<sup>31</sup>. Il appartient à la banque de demander une seule ou plusieurs des formes de sûretés que nous venons de mentionner, mais l'hypothèse la plus pertinente pour nous est celle où la seule garantie demandée par la banque serait l'émission d'une lettre de confort<sup>32</sup>. L'examen de cette hypothèse nous permettra de mettre en évidence la force de la lettre de confort en tant que sûreté personnelle autonome.

À cet égard, la promesse de crédit doit expressément indiquer que la souscription par la filiale d'une lettre de confort est une condition préalable à l'ouverture du crédit. Il arrive, toutefois, que la banque se réserve une clause suspensive à l'octroi du crédit, en obligeant le client à lui fournir toutes sûretés non encore identifiées, mais qu'elle jugerait appropriées. Il en est ainsi dans l'espèce *First City Investments Ltd. c. Fraser Arms Hotel Ltd*<sup>33</sup>, où une promesse de crédit (en l'occurrence une *commitment letter*) comporte la clause suivante :

---

<sup>29</sup> Comme le dit l'adage, « sans sûreté, pas de crédit » (voir sur ce point, Philippe, Malaurie et Laurent, Aynès, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, Paris, 1995, p. 11). Il est bien entendu que le créancier dispose, *ipso facto*, des garanties du droit commun. On songe ici à l'action oblique (art. 1627-1630 du nouveau Code civil du Québec, ci-après désigné CCQ ; art. 1166 du Code civil français, CCF), à l'action paulienne (art. 1631-1636 du CCQ ; art. 1167, CCF), à l'action directe (art. 1200 du CCF), à la compensation (art. 1672-1682 du CCQ ; art. 1291, CCF), à la délégation (art. 1667-1670 du CCQ ; art. 1275, CCF), etc. Mais toutes ces garanties sont partielles et aléatoires ; d'où la nécessité de recourir à des sûretés (voir à cet égard, Pascal Salvage-Gerest, *Les sûretés, la publicité foncière*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble 1994, p. 8).

<sup>30</sup> Selon une définition large donnée par J. Gilissen, « la sûreté personnelle est une institution par laquelle un tiers garantit à une personne qu'une autre personne fera ou ne fera pas quelque chose à son bénéfice ou à son détriment » ; citée par Yves Pouillet, « L'analyse juridique des lettres de patronage », in Marc Bellis *et al.*, *Les lettres de patronage*, Faculté de droit de Namur et Feduci, Paris, 1984, p. 42.

<sup>31</sup> Cette énumération n'est pas limitative. Il existe de nos jours un foisonnement de techniques hybrides, plus ou moins dérivées des sûretés traditionnelles, qui rendent artificielle ou relative la classification entre sûretés réelles et sûretés personnelles ; voir sur ce point, Salvage-Gerest, op. cit., *supra* note 29, p. 9 ; Simler et Delebecque, op. cit., *supra* note 19, pp. 11-17.

<sup>32</sup> Cette hypothèse est à première vue surprenante. Mais lorsqu'on remonte à l'histoire du crédit, on s'aperçoit que le droit du crédit est d'abord celui de la confiance. À l'origine, le droit du crédit est plus fondé sur la confiance en la personne elle-même et sur sa réputation (sûreté personnelle) que sur l'étendue de ses biens (sûreté réelle). Le verbe latin *credere* signifie « avoir confiance, se fier » : voir sur ce point, Malaurie et Aynès, op. cit. *supra* note 29, p. 11 ; Simler et Delebecque, op. cit., *supra* note 19, pp. 6-10. Il est donc concevable que la banque ne demande comme sûreté qu'une lettre de confort.

<sup>33</sup> [1979] 6 W.W.R. 126 (B.C.C.A.).

« ... the Borrower agrees to give to the Lender such other documents, assurances, information, and covenants as the solicitors for the Lender may reasonably require with regard to the Loan or the security documents to be given thereunder ». Il est évident que la stipulation d'une telle clause ouvre la voie à l'arbitraire de la banque, qui peut exiger, à son gré, plusieurs sûretés à la fois. Il n'en demeure pas moins que dans la pratique, la plupart des promesses bancaires comportent une clause discrétionnaire d'avance de fonds (*discretionary advance clause*), laquelle accorde à la banque la faculté de décider en dernier ressort de l'ouverture effective du crédit. À partir de cet instant, l'on s'interroge sur l'intensité de l'obligation de la banque à partir de la promesse qu'elle a faite. Si la filiale réunit toutes les conditions imposées par la banque, dont notamment la souscription d'une lettre de confort comme seule forme de sûreté, la banque peut-elle toujours agir à sa guise ou refuser de s'exécuter? C'est donc toute la question de la force juridique de la promesse de crédit qui est ainsi posée.

## § 2 La valeur juridique de la promesse de crédit

Pour MacLeod, la promesse de crédit est un document privé qui n'est ni directement enregistré dans les livres de la banque, ni sujet à un contrôle<sup>34</sup>. Cela porte à croire que la promesse faite par la banque n'a pas beaucoup d'incidences juridiques ou financières. En réalité, la promesse de crédit, émise dans les termes appropriés, est un contrat qui lie les parties. Dans cette perspective, il nous importe d'examiner les obligations de la banque dans deux hypothèses : celle où la filiale arrive à obtenir de sa société mère l'émission d'une lettre de confort et celle où la filiale n'a pu être soutenue par le groupe auquel elle appartient. Dans ces deux hypothèses, nous admettons que la promesse est bien détaillée et ne prévoit pas la conclusion postérieure d'un accord formel de crédit (*Loan Agreement*), qui aurait dû coûter à la banque et à la filiale des frais légaux exorbitants.

---

<sup>34</sup> MacLeod, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 65.

**A - L'hypothèse où la lettre de confort prévue comme seule forme de sûreté est effectivement souscrite**

Dans cette hypothèse, nous pouvons nous trouver en présence de deux cas de figure.

- Il peut arriver que la banque exige de la filiale la souscription d'une lettre de confort comme seule forme de garantie, mais tout en se réservant une liberté de refus (*discretionary advance clause*)<sup>35</sup>. Dans ce cas, la banque n'a aucune obligation d'accorder le crédit, même si la lettre de confort est effectivement souscrite. Sa promesse d'ouvrir le crédit n'est pas une obligation de résultat<sup>36</sup> ; la promesse de crédit n'est pas une créance de somme d'argent, mais une simple obligation de faire<sup>37</sup>. Ceci est bien entendu sans préjudice des recours en dommages-intérêts ouverts à la filiale, mais seulement pour les cas relevant de la responsabilité délictuelle de la banque<sup>38</sup>.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'opinion du juge dans l'arrêt *Schwartzman c. Great West Life Assurance*<sup>39</sup>, dans lequel un établissement financier hypothécaire s'est réservé la clause discrétionnaire. Dans cette espèce, le juge soutient qu'au cas où cet établissement refuserait de verser tout ou partie de l'argent qu'il a promis, quelle qu'en soit la raison, ce serait la fin de l'affaire. Un tel refus ne saurait donner lieu à aucune action en réparation, dans la mesure où l'institution est bien fondée à ne pas s'exécuter. C'est aussi l'opinion du juge Esson dans l'arrêt *Adriatic Development Ltd. c. Canada Trusco Mortgage Co.*<sup>40</sup>, suivant lequel une institution financière, qui n'est pas tenue d'avancer des fonds, ne peut être accusée de violation d'un contrat au cas où elle ne s'exécuterait pas.

---

<sup>35</sup> Sur la liberté d'octroi d'un crédit par la banque et sur les vérifications préalables qu'elle doit faire, voir Galvalda et Stoufflet, op. cit., *supra* note 28, pp. 189-192.

<sup>36</sup> C'est le sens de l'arrêt *Franket Structural Steel Ltd. c. Golden Holdings Ltd.*, ([1969] 2 O.R. 221 (C.A.) 225) ; in MacLeod, op. cit., *supra* note 23, p. 73, dans lequel le juge soutient que «...It is well established law that a mortgagor cannot ordinarily compel the advance of money promised on the security of realty ».

<sup>37</sup> Grua, op. cit., *supra* note 20, p. 229.

<sup>38</sup> Cf. art. 2316 du Code civil du Québec ; voir aussi Michel Cabrillac et Christian Mouly, *Droit pénal de la banque et du crédit*, Masson, Paris, 1982, pp. 147-150.

<sup>39</sup> *Schwartzman v. Great-West Life Assurance and Central Mortgage and Housing Corporation* (1955), 17 W.W.R. 37 (B.C.S.C.), p. 39; in MacLeod, op. cit., *supra* note 23, pp. 73-74.

<sup>40</sup> (1983), 2 D.L.R. (4th) 183 (B.C.C.A.), p. 186; in MacLeod, *ibid.*, p. 74.

Les tribunaux français sont du même avis, comme le rapporte Grua : « un banquier demeure libre de refuser d'ouvrir un crédit, car celui-ci est fondé sur la confiance et comporte un haut degré d'*intuitu personae* », sauf, bien entendu, les cas d'abus de droit<sup>41</sup>.

- Mais des problèmes se posent en l'absence de clause discrétionnaire au profit de la banque. L'on se demande si la promesse de crédit qui stipulerait à la charge de la filiale de remettre « tous documents de sûreté tels que raisonnablement requis par la banque », comporterait implicitement la faculté pour la banque d'accorder ou non le crédit promis. Le moins qu'on puisse dire est que la remise de ces documents, au titre desquels pourrait se trouver la lettre de confort, ne constitue qu'une condition préalable ou suspensive à l'ouverture du crédit (*conditions precedent to advances*), à ne pas confondre avec la clause discrétionnaire. Il s'ensuit que si toutes les conditions préalables sont réunies, la banque a l'obligation d'honorer ses engagements. Le pouvoir discrétionnaire de la banque d'accorder le crédit n'existe pas par lui-même, mais doit être expressément indiqué dans le texte de sa promesse. C'est l'opinion qu'a exprimée le juge dans l'arrêt *Accord Holdings Ltd. c. Excelsior Life Insurance* : « ... if a leading institution desires to insist upon such a clause, and if the commitment letter is in such a form that it itself will be interpreted as a binding agreement, then the lending institution must ensure that such an important and fundamental reservation be stated in the commitment letter »<sup>42</sup>. En l'absence d'une telle réserve de clause, la liberté de refus ne se justifierait pas si la banque a fait une promesse ferme de crédit<sup>43</sup>.

Dans la même optique, si la seule condition préalable imposée par la banque est la souscription d'une lettre de confort, il nous paraît logique que la banque soit obligée à accorder le crédit lorsque cette condition est remplie ; le contrat étant parfait dans ce cas.

---

<sup>41</sup> Grua, op. cit., *supra* note 20, p. 224 ; voir aussi Cabrillac et Mouly, op. cit., *supra* note 38, p. 148 ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., *supra* note 28, p. 178.

<sup>42</sup> (1982), 44 A.R. 368 (Q.B.) p. 373; in MacLeod, op., cit., *supra* note 23, pp. 69 et 73.

<sup>43</sup> Gavalda et Stoufflet, op. cit., *supra* note 28, p. 178.

On admet généralement que la sanction de l'inexécution ou de la non tenue de la promesse de la banque est le paiement de la différence entre le taux d'intérêt auquel elle voulait accorder le crédit, et celui auquel son client, qui a souffert de la rupture du contrat, peut trouver le même crédit ailleurs<sup>44</sup>. Cette solution apparemment juste n'est toutefois pas appropriée en toutes circonstances. Il est vrai que selon l'article 2316 du Code civil du Québec, « la promesse de prêter ne confère au bénéficiaire de la promesse, à défaut par le promettant de l'exécuter, que le droit de réclamer des dommages-intérêts de ce dernier ». Mais il faut admettre que la filiale qui n'a pu obtenir un crédit, malgré la promesse d'une banque, peut avoir subi des dommages qui vont bien au-delà d'une simple différence de taux d'intérêt<sup>45</sup>. Il en est ainsi en cas de promesse d'ouverture de crédit documentaire.

Supposons, en effet, qu'une banque A, de réputation bien établie, promette à une filiale B d'ouvrir, sur son ordre et contre la souscription d'une lettre de confort, un crédit documentaire irrévocable au profit de l'un des fournisseurs de la filiale. Sur la base de cette promesse, et après avoir obtenu la lettre de confort de sa société mère, la filiale B va négocier un contrat international d'achat de marchandises avec son fournisseur D, et s'engage à payer par le moyen du crédit documentaire promis par la banque A. Lorsque le moment d'émettre le crédit arrive, la banque A se ravise et refuse de s'exécuter.

Nous sommes ici bien en présence d'une rupture de contrat, mais dont les conséquences ne doivent pas s'apprécier seulement en termes de différence de taux d'intérêt du crédit. En n'honorant pas ses engagements, la banque A crée des dommages, aussi bien à la filiale B qu'à une tierce partie D qui est censée bénéficier de ses prestations. Mais ces deux victimes (B et D) ne disposent toutefois pas des mêmes recours contre la banque.

---

<sup>44</sup> *First National Mortgage Co. Ltd. v. Grouse Nest Resorts Ltd.* (1977), 2 B.C.L.R., p. 305; in MacLeod, op. cit., *supra* note 23, p. 75.

<sup>45</sup> Bell a aussi examiné la possibilité de réclamer à la banque la réparation de dommages causés à des tiers du fait du non respect de sa promesse ; cf. Bell, op. cit., *supra* note 23, pp. 11-12.

À l'égard de la filiale, la banque aura créé des dommages d'ordre financier (le crédit trouvé ailleurs pourrait être à un taux plus élevé), économique (la filiale perdra certainement un marché juteux après avoir perdu beaucoup de temps), et moral (la réputation de la filiale et de son groupe s'en trouvera entachée). Il reviendra au juge ou à l'arbitre d'évaluer les pertes subies par la filiale du fait du refus de la banque à s'exécuter. Mais il est certain que la banque aura à faire face à ses responsabilités contractuelles et extracontractuelles, sauf à invoquer les cas de force majeure prévus par les Règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives au crédit documentaire (version de 1993, ci-après désignées RUU 500). Selon l'article 17 de ces Règles, « [l]es banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant aux conséquences pouvant résulter de l'interruption de leurs activités provoquée par tous cas de force majeure, émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et/ou toute autre cause indépendante de leur volonté, ainsi que par des grèves ou "lock-out" ».

Mais la possibilité pour la banque de se réfugier derrière ces cas de force majeure ne signifie pas que la banque ne soit tenue d'aucune obligation. À notre avis, même la survenance de tels cas qui ne mettent pas la banque dans l'incapacité de s'exécuter, ne devrait avoir aucune incidence sur ses obligations. C'est d'ailleurs le sens de l'article 17 qui précise que les cas de force majeure doivent résulter en une « interruption » des activités de la banque.

La discussion de notre cas pratique devient plus intéressante lorsque nous examinons les conséquences de l'engagement de la banque à l'égard du fournisseur de la filiale. Rappelons que c'est ce fournisseur qui était censé être le bénéficiaire du crédit documentaire promis par la banque. La question se pose de savoir si le fournisseur en question a quelque recours contre la banque qui n'honore pas sa promesse. Sur ce point, les RUU 500 sont formelles : le principe sacro-saint de l'indépendance du crédit documentaire vis-à-vis des contrats qui en forment la base doit être respecté. L'article 3 (a) dispose, en effet, que « [l]es crédits sont, par leur nature, des transactions distinctes des ventes ou autres(s) contrat(s) qui peuvent en former la base. Les banques ne sont en aucune façon concernées ou liées par ce(s) contrat (s), même si les crédits incluent une quelconque référence à ce(s) contrat(s) ». L'article

3 (b) ajoute que « [l]e bénéficiaire d'un crédit ne peut en aucun cas se prévaloir des rapports contractuels existant entre les banques ou entre le donneur d'ordre et la banque émettrice ».

En conséquence, le fournisseur D n'a aucun recours direct contre la banque. Outre les cas de force majeure qui empêchent un tel recours, il faut réserver également les cas où la banque n'a pas à s'exécuter même si le crédit était irrévocable, sous peine de sanctions civiles et pénales. Il en est ainsi lorsque les activités de la filiale sont jugées frauduleuses ou à haut risques financiers<sup>46</sup>.

Mais notre analyse est allée un peu trop loin. En évoquant le principe de l'indépendance du crédit vis-à-vis des rapports contractuels qui en forment la base, nous portons à croire que le crédit était déjà ouvert. Dans notre espèce, le crédit documentaire n'est pas encore émis par la banque. Nous ne trouvons pas alors comment le fournisseur D pourrait se prévaloir d'un droit qui n'est pas encore créé à son profit. La promesse d'ouvrir un crédit documentaire ne constitue pas encore un engagement ferme de la part de la banque. Cet engagement naîtra à partir du moment où le contrat d'ouverture de crédit sera conclu - c'est-à-dire le moment où le crédit sera effectivement émis et notifié au bénéficiaire -, et non du moment de l'accord intervenu entre le donneur d'ordre et la banque émettrice.

Les RUU 500 n'abordent pas expressément cette question, mais les articles 12 et 11 nous permettent d'affirmer que le crédit n'est effectif qu'à partir de sa notification. L'article 12 (c) indique que pour tout crédit dont on ne mentionne pas le début du délai de validité, « la date d'émission du crédit par la Banque émettrice sera réputée être le premier jour à partir duquel le délai commence à courir ». L'article 11 a (i) complète cette disposition en indiquant que « [q]uand une Banque émettrice charge une Banque notificatrice par une télétransmission authentifiée de notifier un crédit ou un amendement à un crédit, la télétransmission sera réputée être l'instrument permettant l'utilisation du crédit ».

---

<sup>46</sup> Sur ce point, voir Grua, *op. cit.*, *supra* note 20, pp. 246-248 ; Cabrillac et Mouly, *op. cit.*, *supra* note 38, pp. 200-206 ; Gavalda et Stoufflet, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 179.

Dans notre cas pratique, le crédit n'a été ni émis, encore moins notifié au fournisseur D. Même s'il avait été émis, il ne constituerait pour la banque un engagement ferme à s'exécuter que lorsqu'il s'agirait d'un crédit irrévocable (art. 9, RUU), comme il en est question dans la promesse de la banque. Mais s'il s'agit d'un crédit révocable, il peut être amendé ou annulé par la banque à tout moment, sans qu'il lui soit imposé d'en avertir préalablement le bénéficiaire (art. 8 (a), RUU).

En définitive, la banque qui promet à une filiale d'ouvrir pour son compte un crédit irrévocable, mais qui y fait finalement défaut, n'aura pris qu'un seul engagement à l'égard de la filiale : celui d'ouvrir le crédit. Si le crédit n'est pas ouvert, le deuxième engagement qu'il aurait dû prendre, cette fois-ci à l'égard du fournisseur de la filiale, n'est donc pas né. Le seul recours du fournisseur devra être exercé contre la filiale qui n'a pu obtenir l'ouverture du crédit documentaire<sup>47</sup>. Mais le recours qu'exercera la filiale contre la banque tiendra compte des dommages et intérêts qu'elle a dû supporter à l'égard de son fournisseur. En d'autres termes, plus la filiale aura pris d'engagements sur la base de la promesse faite par la banque, plus chère cette dernière paiera en dommages et intérêts si la promesse n'est pas tenue.

Le scénario que nous venons de décrire s'appliquerait également dans l'hypothèse où le crédit promis par la banque serait sous forme de garantie à demande<sup>48</sup>. Tant que la garantie n'est pas effectivement émise, le bénéficiaire ne saurait s'en prévaloir, étant donné qu'il n'est pas fondé à tirer des arguments des rapports contractuels entre le donneur d'ordre et sa banque. Mais si la banque n'honore pas ses engagements, à notre avis, la filiale pourra demander réparation en évaluant ensemble ses propres préjudices et ceux subis par des tiers, du fait de la non tenue de la promesse de la banque.

---

<sup>47</sup> Il faut toutefois souligner ici que l'impossibilité d'un recours direct du fournisseur contre la banque n'est concevable qu'en raison de l'indépendance du crédit documentaire vis-à-vis du contrat de base (le crédit documentaire n'étant pas une stipulation pour autrui). Sinon, « [l]e banquier qui rompt sa promesse avant terme ou sans préavis ni avertissement expose sa responsabilité envers les tiers bénéficiaires d'effets émis par le client et qui se trouvent privés de provision » (voir Grua, op. cit., *supra* note 20, p. 271). Il est de droit commun que le prestataire d'un service qui commet une faute envers son client engage sa responsabilité délictuelle envers les tiers bénéficiaires de ce service (art. 1382 du Code civil français).

<sup>48</sup> La doctrine française analyse, en effet, la garantie à demande comme une ouverture de crédit ou un crédit par signature.

Les conséquences juridiques que nous venons de tirer de la promesse de crédit sont à la fois intéressantes et inquiétantes. L'on se demande comment une simple promesse bancaire peut avoir tant d'effets juridiques. Une explication possible est à rechercher dans « le respect de la parole donnée », caractéristique des sûretés traditionnelles et de la moralité des affaires. Mais une autre explication pourrait tenir compte du rôle joué par la lettre de confort, en tant que seule forme de sûreté exigée, dans la consolidation de l'engagement de la banque. C'est dans cette optique que nous allons examiner, à présent, les effets juridiques de la promesse de crédit, dans l'hypothèse où la lettre de confort, exigée comme seule forme de sûreté, n'a pu être souscrite par la filiale.

***B - L'hypothèse où la lettre de confort, en tant que seule forme de sûreté et condition préalable à l'octroi du crédit, n'a pu être souscrite***

La promesse de crédit bancaire, quoique privée, est tout de même un document sérieux, voire grave, lorsqu'elle est libellée dans les termes d'un contrat. Et pour cause : la non souscription de la lettre de confort, condition préalable à l'octroi du crédit, n'enlève pas à la lettre d'engagement son caractère contractuel ; aussi, tout accord ou contrat de crédit signé subséquemment à la lettre d'engagement doit-il respecter les termes de ce dernier. Examinons ces deux points tour à tour.

- Dans l'arrêt *Equitable life*<sup>49</sup>, la Cour a soutenu que la « *commitment letter* » qui comporte des conditions préalables à l'octroi d'un crédit, est quand même une offre non encore acceptée faite sans aucune considération. Notre hypothèse étant celle où l'émission d'une lettre de confort est la seule condition préalable exigée par la banque, il est important que nous fassions la nuance suivante. La banque peut accorder tellement de poids à la lettre de confort qu'elle en fait une « condition résolutoire » de son engagement envers la filiale. Dans ce cas, la non souscription de la lettre de confort entraînerait *ipso facto* la nullité de la promesse de crédit.

---

<sup>49</sup> *Equitable Life Assurance Society of the United States v. British Pacific Building Ltd.* (1980), 33 B.C.L.R. 68 (B.C.S.C.) ; cet arrêt est rapporté par MacLeod, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 67.

Mais suivant l'importance qu'elle accorde à la lettre de confort, la banque peut également n'en faire qu'une « condition suspensive » de l'ouverture du crédit. Ici, l'engagement de la banque demeurera et sera exécuté dès que la filiale trouvera une solution alternative à la lettre de confort, si la banque y consent. C'est la solution qu'a adoptée Lord Denning dans l'arrêt *Danubian Trading*<sup>50</sup>.

Dans cet arrêt (qui ne traite pas directement de promesse de crédit mais dont la solution peut lui être transposée), il s'agit d'un contrat d'achat d'acier par lequel l'acheteur consent à effectuer son paiement par la souscription en faveur du vendeur d'une lettre de crédit confirmée. Le juge a été saisi sur le point de savoir si le défaut de l'acheteur d'obtenir ouverture d'un tel crédit annule le contrat d'achat (condition résolutoire) ou autorise seulement le vendeur à ne pas s'exécuter (condition suspensive). Analysant les circonstances de la cause, Lord Denning a conclu à l'existence et à la survie du contrat, en soulignant que le défaut d'émission de la lettre de crédit fonde seulement le vendeur à ne pas livrer la marchandise. Cette même solution a été adoptée dans l'arrêt *Dynamic Transport* dans lequel le juge Dickson soutient que « *the obligations [of the parties] were merely in suspense pending the occurrence of the event constituting the condition precedent [...] The existence of a condition precedent does not preclude the possibility of some provision of a contract being operative before the condition is fulfilled...* »<sup>51</sup>.

Aussi, que la souscription d'une lettre de confort soit une condition résolutoire ou suspensive du contrat, est-il possible pour la banque d'obtenir des dommages et intérêts lorsque la filiale sera en défaut. La promesse de crédit étant une offre, son acceptation par la filiale rend le contrat parfait. Chaque partie est ainsi tenue de remplir ses obligations, sous peine de sanctions contractuelles et extracontractuelles. Mais encore une fois, le tout dépend des clauses et de la teneur du texte de la promesse bancaire.

---

<sup>50</sup> *Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co. Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 297 (C.A.), p. 304; in MacLeod, *ibid.*, pp. 70-71.

<sup>51</sup> *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 19 (S.C.C.), p. 26; cité par MacLeod, *ibid.*, p. 71.

● Prenons d'autres exemples pour illustrer la force contractuelle de la promesse de crédit. Nous venons d'examiner les effets juridiques d'une promesse qui ne prévoit pas la conclusion postérieure d'un accord formel de crédit. Il n'est pas sans intérêt de voir à présent l'hypothèse où la promesse de crédit a été quand même suivie d'un contrat. La question qui se pose, dans ce dernier cas, est celle de savoir si la conclusion subséquente d'un accord formel de crédit peut annuler, du moins ignorer les termes de la promesse. Sur ce point, la jurisprudence est constante : la promesse de crédit constitue le document de base de l'accord subséquent ; ainsi, aucune clause ne peut figurer dans le second si elle n'a été prévue par la première. C'est ce qu'a soutenu le juge dans l'arrêt *Accord Holdings Ltd. c. Excelsior Life Insurance Co.*<sup>52</sup>, relativement à un prêt hypothécaire. En l'espèce, un prêteur a voulu introduire dans le titre hypothécaire qu'il a exigé comme sûreté des clauses qui n'ont pas été prévues dans le texte de sa promesse. Le juge a estimé qu'en l'absence d'une réserve expresse du droit du prêteur d'introduire dans l'hypothèque des clauses incompatibles avec sa promesse, l'hypothèque fournie subséquemment à cette dernière doit lui être strictement conforme. Il suit de là que lorsqu'une promesse bancaire a été suivie d'un accord formel de crédit, l'on se trouve en présence de deux contrats, dont le second dépend entièrement du premier.

En définitive, nous pouvons tirer trois enseignements principaux de cette section de notre mémoire consacrée aux rapports juridiques entre la promesse de crédit et la lettre de confort.

- Primo, la promesse de crédit, en autant qu'elle est émise par la banque et acceptée par la filiale, est un contrat même si elle comporte des conditions suspensives ou résolutoires.
- Secundo, la banque et la filiale peuvent fonder leurs relations d'affaires uniquement sur les termes de la promesse de crédit, sans avoir à supporter les frais légaux d'un accord subséquent d'ouverture de crédit.

---

<sup>52</sup> *Accord Holdings Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co.*, (1982), 44 A.R. 368 (Alta Q.B) ; cité par Bell, op. cit., supra note 23, p. 10 ; MacLeod, op. cit., supra note 23, p. 69.

- Tertio, compte tenu de l'importance qu'elle accorde au groupe auquel appartient la filiale, la banque peut exiger la souscription d'une lettre de confort comme seule forme de sûreté et condition préalable à l'ouverture effective d'un crédit.

Le troisième point est particulièrement intéressant, en ce qu'il pourrait nous éclairer davantage sur la question de savoir si la lettre de confort constitue un engagement juridique ou purement moral (ce dont il sera question aux chapitres 2 et 3). Ce point suggère, en effet, qu'au lieu de demander des sûretés réelles dont la force de garantie est établie (hypothèque ou gage), ou des sûretés personnelles bien connues (garantie indépendante, cautionnement, assurance, etc.), la banque pourrait se satisfaire d'une simple lettre de confort. Comment se justifierait un tel choix a priori risqué? C'est pour répondre à cette question que nous allons, à présent, comparer la lettre de confort, non pas avec les sûretés réelles - qui sont d'une nature différente -, mais avec les sûretés personnelles ayant une nature juridique qui lui est proche.

## Section 2 Lettre de confort et autres formes de sûretés personnelles

L'on a pris l'habitude de classer la lettre de confort parmi les sûretés personnelles. Cela se justifie par le fait que la lettre de confort représente l'engagement d'une personne ou d'une institution envers un créancier qui est généralement une banque. Le but de cet engagement est de renforcer la confiance du créancier envers un débiteur potentiel<sup>53</sup>. Mais la lettre de confort est tout de même une forme particulière de sûreté personnelle qu'il faut distinguer, d'une part, de la sûreté classique qu'est le cautionnement et, de l'autre, de la garantie indépendante.

---

<sup>53</sup> Poullet, op. cit., *supra* note 30, p. 43. On pourrait être tenté, sans forcément avoir raison - et nous le verrons plus tard -, de rapprocher la lettre de confort des formes les plus anciennes de sûreté personnelle, à savoir, les garanties dites de moralité ou d'honorabilité qui misent sur le respect de la parole donnée. Parlant des Pays-Bas méridionaux du XIe au XVIIIe siècle, le professeur Godding soutient que la sûreté personnelle ne consistait pas à payer la dette en cas de défaillance du débiteur principal. Jusqu'à la fin du XIIe siècle, explique-t-il, les actes ne mentionnaient pratiquement jamais d'obligation pécuniaire du plège ou fidéjusseur. « Ce dernier est choisi en raison de l'influence qu'il peut exercer sur celui pour lequel il se constitue, influence due soit à des liens de parenté, soit à des liens de vassalité ou de sujétion. Il doit exercer une contrainte morale, voire matérielle, en vue d'assurer le respect d'un engagement de faire ou de s'abstenir. Il ne doit pas exécuter lui-même l'obligation principale mais la faire exécuter » (*ibid.*, p. 45 ; voir aussi Malaurie et Aynès, op. cit., *supra* note 29, pp. 16-17). C'est avec le relâchement des relations institutionnelles hiérarchisées, le développement économique et l'éclatement des marchés que les sûretés réelles ont pris le pas sur les sûretés personnelles ; cf. Simler et Delebecque, op. cit., *supra* note 19, p. 8 ; Dagot, op. cit., *supra* note 19, pp. 24-25. Ainsi, la simple

## § 1 Lettre de confort et cautionnement

Le cautionnement intervient fréquemment dans le cadre des dettes de l'entreprise<sup>54</sup>. À l'intérieur d'un groupe de sociétés, une société mère peut cautionner les engagements de sa filiale. Le cautionnement offre à un établissement de crédit « un moyen de limiter les conséquences de l'indépendance juridique, souvent artificielle, entre les diverses sociétés d'un même groupe »<sup>55</sup>. Mais dans le même temps, le cautionnement d'une société par une autre pose des problèmes liés aux limites imposées par le droit des sociétés aux pouvoirs des dirigeants en matière de garanties. Comme nous le soulignons dans notre introduction à ce mémoire, pour contourner ces difficultés, les sociétés mères préfèrent recourir à la lettre de confort dont les modalités ne sont pas aussi rigoureuses que celles du cautionnement.

En effet, alors que la caution s'oblige à procurer au créancier le résultat attendu de l'opération qu'il a conclue avec le débiteur ou un équivalent en argent<sup>56</sup>, le groupe qui émet une lettre de confort n'assigne généralement pas à son acte une telle fonction économique. Selon l'article 2333 du Code civil du Québec, « le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à

---

responsabilité du fait d'autrui s'est transformée en un engagement sur son propre patrimoine de payer la dette d'autrui.

<sup>54</sup> Mais il est aussi utilisé dans les relations civiles.

<sup>55</sup> Pascal Ancel, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1989, p. 15.

<sup>56</sup> La caution est, de nos jours, tenue d'une obligation patrimoniale (pécuniaire ou quantifiable) ; c'est dans ce sens que l'on entend désormais l'adage « qui cautionne paie ». Mais l'incidence patrimoniale de la caution est une évolution par rapport à la pratique de la caution dans l'ancien temps, comme nous l'avons indiqué en *supra*, note 53. Pour insister sur le caractère personnel de la caution, ajoutons que jadis, la caution pouvait payer sur sa propre personne ou sur celle de ses parents ou de ses esclaves. Au Québec, par exemple, Philippe Aubert de Gaspé (1786-1871), ancien seigneur de Saint-Jean Port Joli et auteur de l'un des premiers romans québécois (*Les Anciens canadiens*), fut détenu pendant trois ans (de 1835 à 1841), parce que sa trop grande complaisance l'aurait incité à cautionner quiconque le lui demandait (voir à ce sujet, Jacques Deslauriers, *Précis de droit des sûretés*, Wilson et Lafleur Ltée, Montréal, 1990, p. 3). De même, « dans l'ancien droit français, le cautionnement est d'abord un engagement de la personne, qui pourra user de son influence sur le débiteur (plège influent) ou ira en prison si ce dernier ne paie pas (plège otage) » (Philippe Théry, *Sûretés et publicité foncière*, Presses universitaires de France, Paris, 1988, p. 15). Le caractère personnel de la caution s'illustre aussi dans l'histoire de Damon et Pythias, racontée par Théry (*ibid.*, p. 23). Pythias avait été condamné à mort pour avoir attenté à la vie de Denys, tyran de Syracuse. Son cher ami Damon se porte caution de lui afin qu'il obtienne un sursis qui lui permettrait de régler ses affaires. L'amitié de Damon et de Pythias émut Denys qui gracia Pythias.

exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas »<sup>57</sup>. De ce point de vue, le risque d'insolvabilité se trouve partagé entre deux patrimoines, celui du débiteur et celui de la caution<sup>58</sup> ; ce qui n'est pas le cas de la lettre de confort. L'engagement pris par la société mère qui émet cette lettre n'a toujours pas pour but de créer directement un avantage patrimonial au compte de la banque qui veut accorder un crédit à sa filiale, mais plutôt d'affirmer la continuité de ses relations d'affaires avec la filiale et son intention de faire en sorte que cette filiale soit en mesure d'honorer ses engagements<sup>59</sup>.

Nous n'ignorons pas l'ambiguïté d'un tel engagement (il en sera d'ailleurs question dans notre deuxième chapitre), mais nous voulons déjà souligner qu'à la différence du cautionnement, l'auteur d'une lettre de confort ne vise pas toujours le paiement d'une somme d'argent ou l'exécution d'une obligation pécuniaire pour le compte d'un débiteur<sup>60</sup>. Le groupe ou la société mère qui émet une lettre de confort peut simplement déclarer avoir connaissance du crédit que la banque veut octroyer à sa filiale ; elle peut également garantir la permanence de son investissement à la filiale ; elle peut aussi rassurer la banque contre la mauvaise gestion de la filiale ; elle peut enfin s'engager à soutenir financièrement la filiale. Mais dans toutes ces hypothèses, qui ont pour fin de renforcer la crédibilité de la filiale et d'accroître la probabilité qu'elle rembourse la banque, la lettre de confort ne garantit pas pour autant le remboursement direct du crédit<sup>61</sup>, ce qui aurait pu avoir des incidences sur l'état financier de la société mère émettrice.

---

<sup>57</sup> Cette définition est une reprise de l'article 2011 du Code civil français, en vertu duquel « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier de satisfaire à cette obligation. si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ». Même si les codes civils français et québécois ne le mentionnent pas expressément, l'obligation que doit assumer la caution est généralement d'ordre pécuniaire ou matériel ; il peut s'agir d'un bien ou d'un service. Il faut comprendre par là que l'obligation de la caution ne peut avoir pour conséquence directe et immédiate une privation de sa liberté. Si cela devait arriver, ce ne serait alors que le dernier recours.

<sup>58</sup> Théry, *op. cit.*, *supra* note 56, p. 23 ; Malaurie et Aynès, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 13.

<sup>59</sup> Pouillet, *op. cit.*, *supra* note 30, p. 43.

<sup>60</sup> La différence entre le cautionnement et la lettre de confort est ici notoire : la caution s'engage directement et expressément à l'égard du créancier et les articles 2336 du C.c.Q et 2014 CCF prévoient même l'hypothèse où elle s'engagerait à l'insu du débiteur ; voir sur ce point, Salvage-Gerest, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 15.

<sup>61</sup> Il y a bien entendu des cas où le libellé de la lettre de confort ne prête à aucune confusion quant à l'intention du groupe de rembourser directement la banque. Nous en discuterons largement aux chapitres 2 et 3.

Or, en vertu de l'article 2334 du C.c.Q. (l'équivalent de l'article 2015 du CCF), « [l]e cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès ». L'engagement de la caution doit être certain et précis ; il ne saurait se déduire des circonstances de la cause. Le cautionnement relève de règles spéciales qui dérogent à la règle générale des obligations prévoyant la possibilité d'un consentement implicite<sup>62</sup>.

Ainsi, rapporte Deslauriers<sup>63</sup>, « une prétendue lettre de recommandation au sujet de la bonne réputation ou de la solvabilité d'un emprunteur n'équivaut pas à un cautionnement »<sup>64</sup> ; de la même manière, ne constitue point un cautionnement, « un document dans lequel une personne s'engage à participer au financement d'une entreprise »<sup>65</sup>, ou un « document confus intitulé "Convention de souscription d'action et d'endossement " ne comportant pas de promesse expresse de payer un créancier subsidiairement à un débiteur principal »<sup>66</sup>. Or, de tels documents pouvaient s'intituler « lettres de confort ». Théry<sup>67</sup> rapporte, pour sa part, que des « "cultivateurs illettrés" à qui l'on a fait valoir que leurs signatures n'avaient d'autre objet que de faciliter l'obtention d'un prêt, sans engager autrement leur patrimoine » ne se sont pas portés caution<sup>68</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation avait écarté tout engagement de caution dans une espèce où une personne avait signé, sans autre précision, une reconnaissance de dette à côté de la signature du débiteur<sup>69</sup>. Dans tous les exemples précités, toute présomption a été écartée dans la recherche d'un engagement de caution. La volonté de s'engager comme telle ne saurait être tacite, il faut qu'elle soit « positivement exprimée », explique Théry<sup>70</sup>.

Alors que les circonstances de rédaction et le contenu de la lettre de confort peuvent servir à établir, par présomption, un véritable engagement contractuel, le cautionnement

---

<sup>62</sup> Deslauriers, op. cit., *supra* note 56, p. 29; voir aussi Théry, op. cit., *supra* note 56, p. 46 ; Malaurie et Aynès, op. cit., *supra* note 29, p. 60.

<sup>63</sup> Deslauriers, op. cit., *supra* note 56, p. 31.

<sup>64</sup> C'est le sens de l'arrêt *Rawleigh c. Dumoulin*, (1926) R.C.S. 551, conf. (1925) 39 B.R. 241.

<sup>65</sup> *Banque nationale du Canada c. Amos Aviation Ltée*, (1985) C.P. 111.

<sup>66</sup> *Société d'entraide économique de la Baie c. St-Jacques*, J.E 88-729 (C.P).

<sup>67</sup> Théry, op. cit., note 34, p. 30. Les arrêts cités en *infra*, notes 68 et 69, sont rapportés par Théry (*ibid.*).

<sup>68</sup> Ainsi en jugé la Cour d'appel de Paris, 18 janv. 1978, *JCP*, 1979.II.19318.

<sup>69</sup> Civ. 1, 24 avr. 1968, *Bull.* n° 116.

<sup>70</sup> Théry, op. cit., *supra* note 56, p. 31 ; Théry reprend là une expression de Philippe Simler.

repose essentiellement sur le principe du consensualisme<sup>71</sup>. Le cautionnement résulte toujours d'un contrat<sup>72</sup>, c'est-à-dire d'un échange de consentements clairement exprimés. Or, il n'est pas évident que l'émetteur d'une lettre de confort consente à conclure, *de facto*, un contrat. C'est pourquoi certains auteurs soutiennent - et nous le verrons au deuxième chapitre - que son engagement est beaucoup plus proche d'un *gentlemen's agreement* ou d'un engagement d'honneur que de la véritable obligation civile de payer qu'assume la caution. D'un autre point de vue, la volonté de la caution est si protégée que, dans certains pays comme la France, elle a pour corollaire un formalisme plus ou moins imposé (la rédaction d'un écrit)<sup>73</sup>. À cet égard, le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire dont parlent les articles 2040 à 2043 du CCF (art. 2334, 2337 et 2338 du C.c.Q.) ne doivent pas s'entendre comme des contrats imposés à la caution, car « n'est pas caution qui ne veut l'être »<sup>74</sup>.

La lettre de confort, quant à elle, n'obéit pas forcément au principe du consensualisme ; elle peut résulter en un engagement involontaire. La lettre de confort est une sûreté particulière qui ne répond pas à la catégorisation générale suivant laquelle les sûretés seraient

---

<sup>71</sup> En France, le cautionnement doit être conforme à l'article 1326 du Code civil qui fait du consentement une condition de fond du contrat. Le cautionnement est un contrat unilatéral clair et précis, et non un acte flou comme l'est souvent la lettre d'intention. En tant que contrat, le cautionnement implique un échange de consentements entre la caution et le créancier. Sur le caractère essentiellement consensuel de la caution, voir Salvage-Gerest, op. cit., *supra* note 29, p. 14 ; Malaurie et Aynès, op. cit., *supra* note 29, p. 23 ; Ancel, op. cit., *supra* note 55, p. 3.

<sup>72</sup> Sur ce point, l'article 2334 du C.c.Q prête à équivoque. Cet article dispose que : « Outre qu'il puisse résulter d'une convention, le cautionnement peut être imposé par la loi ou ordonné par le juge ». Cette disposition prête flanc à deux interprétations qui ne sont certainement pas celles du législateur : d'une part, elle laisse entendre, *a contrario*, que le cautionnement (qui n'est ni légal, ni judiciaire) peut être donné autrement que par une convention (voir l'expression « outre qu'il puisse.. ») ; d'autre part, l'article 2334 du C.c.Q porte à croire que le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire ne sont pas des cautionnements conventionnels, ce qui ne rendrait pas justice à la caution. Il est vrai que l'article 2335 du même code ajoute, à la lumière de l'article 2015 du CCF, que « le cautionnement ne se présume pas; il doit être exprès ». Mais cela ne lève pas pour autant l'équivoque sur le caractère impérativement conventionnel du cautionnement. L'article 2334 du C.c.Q aurait pu être formulée de la façon suivante : « étant entendu qu'il doit toujours résulter d'une convention quelle que soit sa forme, le cautionnement peut naître de l'initiative des parties ou être imposé par la loi ou le juge ». Si l'article 2334 du C.c.Q doit être maintenu dans sa formulation actuelle, il serait opportun de prévoir à sa suite un alinéa du genre, « quelle que soit sa forme, le cautionnement doit toujours résulter d'un contrat entre la caution et le créancier ».

<sup>73</sup> Voir Malaurie et Aynès, op. cit., *supra* note 29, p. 59. Par une lecture combinée des articles 2015 et 1326 du Code civil, la jurisprudence et la doctrine françaises en sont arrivées à la conclusion que l'exigence d'un écrit n'est plus seulement un moyen de preuve, mais surtout une condition de validité de la caution (Théry, op. cit., *supra* note 56, pp. 46-49; Ancel, op. cit., *supra* note 55, p. 79).

<sup>74</sup> Lorsque le cautionnement est légal ou judiciaire, le débiteur principal est tenu de fournir une caution mais la caution, elle-même, est et demeure libre de souscrire l'engagement ; sur ce point, voir Dagot, op. cit., *supra* note 19, p. 33).

soit conventionnelles, soit légales, soit judiciaires<sup>75</sup>. La lettre de confort, du moins telle qu'elle a été pratiquée jusqu'ici, n'est ni imposée par la loi ou le juge, ni conclue par contrat en bonne et due forme.

Il faut souligner également, toujours pour marquer la différence entre le cautionnement et la lettre de confort, que l'obligation assumée par la caution est accessoire à celle du débiteur principal (en vertu de l'adage *accessorium sequitur principale*). Il suit de ce principe que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions dont peut se prévaloir le débiteur principal. Or, l'engagement pris par l'émetteur d'une lettre de confort n'est souvent pas aussi fort pour qu'il lui soit possible d'être subrogé dans les droits de celui pour le compte duquel il s'engage. De notre point de vue, même si la formulation de la lettre ne laisse aucun doute sur l'engagement de l'émetteur à payer à la place du futur débiteur, cela ne saurait l'autoriser - à moins qu'il s'agisse d'une véritable caution - à se prévaloir d'une quelconque action appartenant à ce débiteur. L'émetteur d'une telle lettre ne pourra exercer qu'un recours postérieur contre son protégé, s'il a été tenu, de quelque manière, de payer à la place de ce dernier. A-t-il alors pris un engagement indépendant qui équivaldrait à celui assumé par le garant dans le cadre d'une garantie à demande? Nous serons tenté de répondre par l'affirmative vers la fin de notre quatrième chapitre lorsque nous examinerons l'exécution de la lettre de confort en rapport avec la faillite de la filiale « confortée ».

## § 2 Lettre de confort et garantie indépendante

Les garanties indépendantes, encore appelées garanties autonomes, automatiques ou à demande, sont une forme de sûreté créée par la pratique commerciale internationale. Elles sont proches du cautionnement dans la mesure où elles impliquent également l'engagement d'un tiers (une banque garante ou contregarante) pour le compte d'un débiteur (souvent un exportateur) envers un bénéficiaire (ou importateur). Mais contrairement au cautionnement, l'engagement pris par la banque est indépendant des rapports juridiques entre le débiteur

---

<sup>75</sup> Voir par exemple Ancel, *op. cit.*, supra note 55, p. 3.

(appelé donneur d'ordre) et le créancier, bénéficiaire de la garantie<sup>76</sup>. Il s'ensuit que le garant est tenu à titre principal et ne peut opposer au bénéficiaire aucune exception tirée du contrat entre ce dernier et le donneur d'ordre. Il a pris, du seul fait de la garantie, un engagement propre<sup>77</sup>.

La lettre de confort est aussi un procédé de garantie développé par les transactions commerciales internationales, mais cette garantie n'est pas dans tous les cas certaine, directe et indépendante. Dans l'esprit de son émetteur, c'est « un document par lequel un tiers exprime à un créancier son intention de soutenir son débiteur afin de lui permettre de remplir ses engagements »<sup>78</sup>. Le but de ce document n'est pas de créer un lien juridique autonome entre l'émetteur et le bénéficiaire, mais plutôt de mettre ce dernier en confiance dans ses rapports de crédit avec le futur débiteur. L'engagement pris par la banque garante, quant à lui, est ferme, concret et précis, contrairement aux énoncés évasifs dont fait souvent l'objet la lettre de confort. Lorsque la garantie est dite automatique ou « à première demande », sa nature l'éloigne davantage de la lettre de confort. Même la garantie documentaire, qui impose au bénéficiaire la présentation de certains documents ou la réunion de certaines conditions, ne saurait être confondue avec la lettre de confort telle qu'elle se pratique sur le marché commercial ou financier.

Il reste à savoir si la garantie indépendante peut être qualifiée de contrat, à l'instar du cautionnement. Il y a de nos jours toute une controverse doctrinale et jurisprudentielle sur la nature juridique de la garantie à demande. Le seul point concordant que l'on retrouve tant en doctrine, en jurisprudence qu'en droit conventionnel est le caractère indépendant ou autonome de la garantie à première demande vis-à-vis du contrat qui en forme la base. Les auteurs s'opposent sur le point de savoir si la garantie est un contrat ou une déclaration unilatérale de volonté. La doctrine belge dominante penche pour une déclaration unilatérale de volonté, alors

---

<sup>76</sup> Salvage-Gerest, op. cit., supra note 29, p. 34.

<sup>77</sup> Voir François Logoz. *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif de la garantie bancaire: étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1991, notes 169-180. En Allemagne, on trouve une forme hybride de sûreté personnelle appelée « cautionnement à première demande ». Cette forme de sûreté implique aussi une renonciation à toutes les exceptions tirées du contrat de base, mais la caution dispose d'un droit de recours contre le donneur d'ordre et contre le bénéficiaire.

<sup>78</sup> Salvage-Gerest, op. cit., supra note 29, p. 34.

que les auteurs suisses, allemands et français estiment que la garantie à première demande est un contrat unilatéral, plus précisément, un contrat de crédit par signature<sup>79</sup>.

Quoi qu'il en soit, la garantie implique un engagement de la part du garant, mais quelle en est la cause? Ici encore, il n'existe aucune concordance doctrinale ou jurisprudentielle. D'aucuns estiment que l'engagement du garant est abstrait, sans cause<sup>80</sup>, alors que d'autres soutiennent que la cause de cet engagement se trouve dans la fonction économique de sûreté que remplit la garantie, c'est-à-dire dans le contrat de base<sup>81</sup>. Pour d'autres encore, la cause de la garantie se trouve dans l'engagement de la banque envers le donneur d'ordre et les commissions qu'elle espère en tirer subséquent<sup>82</sup>. La recherche de la cause de la garantie n'a d'intérêt que dans certains ordres juridiques suivant lesquels le contrat sans cause est nul (art. 1371 du C.c.Q *a contrario* ; art. 1131, CCF). Les pays étrangers qui admettent l'acte abstrait n'y voient pas un grand intérêt.

Quoi qu'il en soit, la rigueur, la clarté et la précision dont est l'objet la garantie à demande ne sont en rien comparables à la flexibilité et à la confusion qui caractérisent souvent les lettres de confort. La précision et la fiabilité de la garantie indépendante conduisent même les tribunaux à rechercher, de plus en plus, la présence, dans le texte de la garantie, d'une formulation type. Ainsi, dans ses observations sur une décision de la Cour d'appel de Paris<sup>83</sup>, Vasseur relève l'absence, dans le contrat en cause, de l'expression garantie « à première demande »<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Voir Logoz, *op. cit. supra* note 77, notes 397-403.

<sup>80</sup> C'est ce qu'affirme une partie de la doctrine allemande et belge ; cf. Logoz, *ibid.*, note 141.

<sup>81</sup> C'est la position de la doctrine majoritaire en France (Stoufflet, Vasseur, Mattout, Gavaldà, Rives-Lange et Contamine-Reynaud) et en Suisse (Dohm, Kleiner); voir Logoz, *ibid.*, notes 141-143.

<sup>82</sup> Cf. Malaurie et Aynès, *op. cit.*, *supra* note 29, note 264. Pour Théry, « l'idée d'une garantie "indépendante" au point de n'avoir pas besoin d'un contrat de base relève de la prestidigitation juridique ». C'est pourquoi l'auteur invite à distinguer entre cause efficiente (le contrat de base) et cause finale (le contrat de couverture entre le donneur d'ordre et la banque) ; cf. Théry, *op. cit.*, *supra* note 56, p. 150. Simler et Delebecque se rallient à cette position ; voir Simler et Delebecque, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 181.

<sup>83</sup> Paris, 27 sept. 1983, *D.*, 1984. IR. 201. Parfois une véritable garantie peut être souscrite sous le couvert des termes du cautionnement. Dans ce cas, font observer Simler et Delebecque (*ibid.*, pp. 171-172), il n'y a pas lieu d'attacher de l'importance aux termes employés si le corps de l'acte exprime clairement la volonté de souscrire une garantie non accessoire. Mais s'il y a doute sur l'engagement pris, soutiennent ces auteurs, la qualification de cautionnement, la moins sévère, doit être préférée à celle de garantie à demande.

<sup>84</sup> Théry, *op. cit.*, *supra* note 56, p. 141.

On peut craindre que l'exigence de telles formules consacrées ne condamne la garantie à un formalisme plus ou moins stérile. Il n'en demeure pas moins que cela est conforme aux Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties à demande, qui exigent de la lettre de garantie des dispositions claires et précises. C'est d'ailleurs pour éviter les problèmes de qualification des textes flous que les banques fournissent souvent à leurs clients - donneur d'ordre - des formulaires types sur lesquels sont inscrites d'avance les mentions essentielles.

Comme nous venons de le constater, la garantie n'aurait des traits juridiques à partager avec la lettre de confort que si on la qualifie, comme en Belgique, de déclaration unilatérale de volonté. Qu'il soit entendu, cependant, que notre intention ici n'est point de minimiser l'importance de la lettre de confort. Au contraire, nous avons juste emprunté un cheminement qui nous conduit à consacrer une attention particulière à sa nature juridique et à rechercher une qualification dont la rigueur serait au moins proche de celle du cautionnement et de la garantie (on pourra s'en rendre compte à la fin de ce mémoire). C'est pourquoi dans le chapitre qui suit, nous essayerons de trancher la question fondamentale de savoir si la lettre de confort doit être considérée comme un engagement purement moral ou plutôt juridique.

## Chapitre 2

# **La question de la nature morale ou juridique de la lettre de confort**

Il n'existe encore aucune concordance doctrinale ou jurisprudentielle sur la nature de la lettre de confort. Cela s'explique, d'une part, par l'absence de réglementation en la matière, et de l'autre, par la diversité des textes désignés sous les expressions variées de « lettre de confort », « lettre d'intention », « lettre d'apaisement », « lettre de parrainage » ou « lettre de patronage ». La jurisprudence et la doctrine s'essaient à une classification des différentes formes de lettre de confort que l'on retrouve couramment sur le marché commercial<sup>85</sup>. Mais cet exercice conduit souvent les auteurs et les tribunaux à établir une longue classification qui ne nous permet pas, hélas, de connaître la nature juridique unitaire de la lettre de confort.

Mais bien avant d'aborder la question de l'unicité de la nature juridique de la lettre de confort (ce qui fera l'objet de notre troisième chapitre), il convient de se demander au préalable si la lettre de confort doit s'entendre comme un simple engagement moral (section 1) ou plutôt comme un véritable engagement juridique (section 2).

### **Section 1 La lettre de confort définie comme un simple engagement moral**

Toutes les lettres de confort ont, en principe, des incidences morales. La société mère qui en délivre une à sa filiale afin que celle-ci obtienne un crédit bancaire met forcément sa réputation en jeu. Mais certaines lettres sont formulées de manière à ne laisser entendre que ces implications morales. Nous en donnerons, dans un premier temps, quelques exemples (§ 1). D'aucuns soutiennent même que la lettre de confort ne peut avoir que des incidences

---

<sup>85</sup> Sur la classification des lettres de confort, voir notre indication bibliographique en *infra*, note 179.

morales et que sa portée juridique est nulle. Il nous importera alors de chercher, dans un second temps, les fondements d'une telle position (§ 2).

### **§ 1 La jurisprudence définissant la lettre de confort comme un simple engagement moral**

Certaines lettres de confort émises par les filiales peuvent se borner à une simple présentation de la filiale - sans garantie ni responsabilité. Ainsi, la société mère peut déclarer avoir connaissance du crédit que la banque veut octroyer ou maintenir à sa filiale et en approuver le principe. La société mère peut aussi affirmer que la filiale est solvable et qu'elle fait souvent face à ses obligations. Si ces affirmations ne se révèlent pas fausses par la suite, elles n'entraînent aucune promesse ni engagement juridique de la part de la société mère<sup>86</sup>. On pourrait y trouver un certain engagement moral dans la mesure où la mauvaise situation de la filiale déteindra sur la réputation de la banque qui l'a soutenue, mais un tel engagement restera sur le terrain des valeurs et de l'image. C'est du moins la conclusion qu'il faut tirer des arrêts suivants.

- **Paris, 5<sup>e</sup> ch., 30 avr. 1985<sup>87</sup>**

Dans le cas d'espèce, fort d'une lettre de recommandation de la filiale d'une banque française, une entreprise française accepte les commandes d'une société étrangère. Ladite lettre, confirmée par la banque mère, stipule, notamment :

« Nous avons l'honneur d'introduire auprès de vous et de recommander à votre meilleur accueil : M. L de la société D, bon client de notre établissement. Nous vous serions reconnaissant de bien vouloir vous mettre à la disposition de M. L et de lui fournir, dans la mesure du possible, les renseignements qu'il pourrait être amené à vous demander afin de faciliter sa mission... ».

---

<sup>86</sup> Lucien Martin, commentaire sous Trib. com. de Paris, 13 oct. 1981, *Banque* n° 2, déc. 1981, p. 1457.

<sup>87</sup> *Banque* n° 452, 1985, pp. 754-755, obs. Rives-Lange.

La société étrangère étant devenue insolvable, l'entreprise française n'a pu obtenir paiement de la marchandise qu'elle lui a livrée. Elle assigne alors la banque française et sa filiale pour qu'elles soient condamnées, à titre principal, pour non exécution d'un engagement contractuel, et subsidiairement, pour assumer leur responsabilité délictuelle. L'entreprise française allègue qu'elle n'avait contracté qu'au vu de la lettre en litige.

Le Tribunal de commerce et la Cour d'appel de Paris ont jugé qu'il s'agit, en l'espèce, d'une simple lettre de recommandation destinée à faciliter les négociations de la société étrangère avec l'entreprise française. Les juges n'ont trouvé aucun engagement juridique dans la formulation de la lettre et déboutent la plaignante sur le premier moyen. Sur le moyen de la responsabilité délictuelle des banques, les juges ont relevé que la lettre en litige a une portée générale, « qu'elle ne comportait aucun renseignement sur la solvabilité de la société étrangère, renseignement qui par sa fausseté aurait pu entraîner la responsabilité de l'auteur de la recommandation »<sup>88</sup>. De l'avis de la Cour d'appel, « l'appréciation favorable que comporte implicitement toute recommandation ne peut, par sa généralité même et son imprécision, tromper les tiers »<sup>89</sup>. Les solutions de cet arrêt seront adoptées dans une autre espèce qui date de la même année.

- **Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch., 16 oct. 1985**<sup>90</sup>

Le 12 décembre 1975, la société Sepime adresse une lettre à la Westminster Bank pour la décider à apporter divers concours financiers à sa filiale, la Société des pompes Virax-Ledoux. Dans cette lettre, la Sepime rassure la banque « qu'elle ne se désintéress[era] pas de la bonne fin de l'opération ». Le 10 juillet 1980, la Sepime confirme ces propos dans une autre lettre dont la teneur suit :

« Nous avons effectivement écrit que nous ne nous désintéresserions 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 pour donner notre garantie de

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 754.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 755.

<sup>90</sup> *Soc. anon. d'Études et de participation aux industries mécaniques et électroniques (SEPIME) c. International Westminster Bank PLC.*, Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch., 16 oct. 1985, *D.* 1989. *J.* 438.

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 produites devrait pouvoir être effectué ».

Le 30 décembre 1980, la Société des pompes Virak-Ledoux tombe en faillite et est mise en liquidation des biens, restant devoir à la Westminster Bank une somme de 687 882,78 F. La banque se retourne alors contre la Sepime pour l'exécution des engagements que celle-ci aurait pris dans ses lettres.

Le Tribunal de commerce de Bordeaux, ayant statué en première instance, a décidé que « la lettre du 12 décembre 1975 ne comportait aucun engagement juridique sanctionnable envers la Sepime » ; qu'elle ne constituait « ni un cautionnement ni un engagement de portefort, mais simplement une lettre de confort ». La Cour d'appel de Bordeaux a confirmé cette décision en soutenant 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 »<sup>91</sup>.

De l'avis de la Cour, les parties étaient en mesure de passer un véritable cautionnement s'il était dans leurs intentions que la Sepime se substituât à sa filiale en cas de défaillance de cette dernière. Si elles ne l'ont pas fait, c'est certainement parce qu'elles ne voulaient pas contraindre la Sepime à cette opération. En préférant la lettre de confort, poursuit la Cour, « elles ne pouvaient ignorer les effets de ce genre de document ». En conséquence, la Cour constate que « l'opération incriminée a été acceptée par les deux parties en toute connaissance de cause et qu'elle n'a produit aucun résultat et que les parties ne pouvaient en attendre sur le plan juridique »<sup>92</sup>.

La décision de la Cour est discutable à plusieurs égards. En concluant à l'absence d'engagement juridique, elle laisse croire que la lettre de confort ne saurait, en aucun cas, être

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 439 ; Najjar, op. cit., *supra* note 10, p. 218.

source d'obligation contractuelle. Le Tribunal de commerce de Bordeaux, en décidant que la lettre du 12 décembre 1975 constitue « simplement une lettre de confort » a banalisé le document et donné raison à ceux qui estiment que cette lettre n'entraîne qu'un engagement moral. Baillod s'insurge contre cette décision en avertissant que « [n]ier l'engagement ou limiter ses effets à ceux d'un engagement purement moral, dépourvu de sanction judiciaire, reviendrait à encourager le camouflage des engagements pris sous une terminologie délibérément floue, pratique dont la tentation est déjà assez forte en la matière »<sup>93</sup>. Avant d'aller plus loin dans la critique de la qualification morale de la lettre de confort, rapportons d'abord une jurisprudence anglaise dont l'importance est reconnue par les auteurs.

- *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp. Bhd.*<sup>94</sup>

Vers la fin de l'année 1983, une société malaysienne, Malaysia Mining Corp. Bhd. (ci-après désignée MMC), s'est rapprochée de la banque anglaise Kleinwort Benson Ltd. (KB), afin que celle-ci accorde un crédit à sa filiale, Malaysia Mining Corp. Bhd. Metals (Metals), dont elle détient la totalité des actions. Le crédit est destiné à financer les investissements de Metals à la Bourse londonienne des métaux. Le montant du crédit initial est trois fois plus élevé que le capital de la filiale. La banque KB demande, dans un premier temps, que la société mère MMC et sa filiale Metals assument solidairement la responsabilité du crédit. Après le refus de la société mère, la banque demande que celle-ci garantisse alors la dette de sa filiale. Mais au lieu d'une garantie, MMC propose à KB une lettre de confort comme support audit crédit. La banque accède à cette proposition, tout en exigeant que sa commission soit accrue d'un tiers et qu'elle rédige elle-même les termes de la lettre. Cette lettre, après avoir été légèrement amendée par MMC, stipule, en substance :

---

<sup>93</sup> Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 551-552.

<sup>94</sup> Cet arrêt a fait l'objet d'un article de Donald H. Clark, intitulé « "Cold Comfort Letter" : *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp. Bhd.* », in *The Canadian Bar Review*, vol. 69, 1990, pp. 753-760. Cet arrêt porte la même date que celui pris, pour la première fois, par la Cour de cassation sur la question de la lettre de confort. Ce qui a conduit Béatrice Hériaud à titrer, dans un article : « Lettre d'intention. France - Angleterre : l'entente cordiale », *Banque et Droit* n°1, nov.-déc. 1988, pp. 18-21.

1. "We hereby confirm that we know and approve of these facilities and are aware of the fact that they have been granted to MMC Metals Limited because we control directly MMC Metals Limited.
2. "We confirm that we will not reduce our current financial interest in MMC Metals Limited until the above facilities have been repaid or until you have confirmed that you are prepared to continue the facilities with new shareholders.
3. "It is our policy to ensure that the business of MMC Metals Limited are at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangement."<sup>95</sup>

Le crédit est consenti en août 1984 et son montant s'élève à 5 millions de livres sterling ; ce montant sera porté à 10 millions en mai 1985, soit sept fois le capital de Metals<sup>96</sup>. En octobre 1985, le marché de l'étain s'effondre. En conséquence, MMC Metals tombe en cessation de paiement et est, de ce fait, soumise à une procédure de liquidation. Assignée en remboursement de la dette de sa filiale, la société mère s'exonère de toute responsabilité juridique. Le juge est saisi sur le point de savoir si le paragraphe 3 de la lettre ci-dessus citée est constitutif d'une obligation contractuelle.

Le juge du fait a décidé qu'en l'espèce, «... le paragraphe crucial dans son sens véritable constitue une obligation contractuelle »<sup>97</sup>. Le juge poursuit son argumentation en ces termes :

« Quand à son interprétation, elle me paraît claire comme le jour, sans ajout ; il s'agit d'un engagement aux termes duquel, à tout instant présent et à venir, aussi longtemps que Metals restera débiteur vis-à-vis de KB au titre des conventions de crédit, la politique de MMC est et sera de faire en sorte que Metals soit en mesure de régler ses obligations.

Lorsque MMC a dit sans détours qu'il n'est plus de leur politique de donner de telles assurances, cela constitua une défaillance contractuelle ouvrant droit au profit des demandeurs à des dommages-intérêts »<sup>98</sup>.

Un pourvoi a été formé contre ce jugement. La Cour d'appel soutient, à l'encontre du premier juge, que le fait que la société mère ait refusé de souscrire une garantie ou d'assumer solidairement la responsabilité du crédit est la preuve évidente qu'elle ne veut pas s'engager

<sup>95</sup> Clark, op. cit., *supra* note 94, p. 754.

<sup>96</sup> Cette précision est empruntée à Hériaud, op. cit., *supra* note 94, pp. 19 et 20.

<sup>97</sup> C'est ainsi que Hériaud traduit la décision du juge, dont la version originale est : "the crucial paragraph on its proper construction, in its context, did have contractual status..." », *ibid.*, p. 18.

<sup>98</sup> Traduction de Hériaud, *ibid.*

contractuellement. La banque, elle-même, reconnaît le manque de sécurité de la lettre d'intention, c'est pourquoi elle a exigé que sa commission soit accrue. En conséquence, décide le juge d'appel, le paragraphe 3 en litige ne laisse entendre qu'une obligation purement morale ("*purely moral substantive obligation for the future*"). Clark soutient les conclusions de l'arrêt *Kleinwort Benson Ltd* en avertissant que :

*"A lending bank takes such a letter in full cognizance of potential default by the borrower/subsidiary. The risk lies squarely on the bank unless in whole or in part the risk is consensually shifted to the parent company. Ethical questions are apart, the lesson of Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corporation is that woolliness and deliberate equivocation should be left to diplomats. In the real world of commercial relations they provide cold comfort"*<sup>99</sup>.

Versons au titre des lettres qualifiées par la jurisprudence de pur engagement moral, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 4 mai 1993<sup>100</sup>. Dans la lettre soumise à la Cour, la société mère confirme à l'établissement de crédit l'intérêt qu'elle porte aux affaires. Elle indique que sa prise de participation ne serait, « en aucun cas, inférieure à 26 % ». Elle invite l'établissement financier à « entrer en contact avec le gérant de la filiale » afin « de mettre en place les concours nécessaires à l'exportation et à l'évolution de cette société ». La Cour a décidé que de telles formules souscrites par la société mère ne sont constitutives d'aucune obligation juridique au profit de l'établissement de crédit<sup>101</sup>.

Pour comprendre le sens des arrêts que nous venons de rapporter, il convient que nous allions voir ce sur quoi les juges se sont fondés pour prendre leurs décisions.

---

<sup>99</sup> Clark, op. cit., *supra* note 94, p. 760. Voir à ce sujet notre critique en *infra*, p. 41.

<sup>100</sup> Affaire *SA Montocol c. CIN*, *Bull. Joly* 1993, p. 729, note Delebecque ; citée par Pierre Villeroil, « La lettre d'intention à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Banque & Droit* n° 43, sept.-oct. 1995, pp. 4-5.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 4. La décision de la Cour est contestable, car selon nous, la société mère a déjà souscrit une obligation juridique si elle s'engage à maintenir, à un certain niveau, sa participation dans le capital de sa filiale. Sur cet aspect, voir *infra*, pp. 43 et 45.

## § 2 Les fondements de la qualification morale de la lettre de confort

Si l'on soutient que la lettre de confort ne constitue qu'un engagement moral, les arguments que l'on évoquera à l'appui d'une telle position ne seront pas les mêmes selon que l'on est en France ou en Grande-Bretagne. Nous évoquerons d'abord ces arguments pour les attaquer par la suite.

- En France, les auteurs et les tribunaux qui expriment une telle opinion allèguent que la lettre de confort est la manifestation de l'autonomie de la volonté. En conséquence, si les parties décident de ne pas s'engager sur le plan juridique, leur volonté doit être respectée. Nous aborderons plus largement, en *infra* (pp. 23-29) la question relative à la place que les tribunaux doivent accorder à l'intention des parties dans l'interprétation de la lettre de confort. Nous noterons seulement ici le point de vue exprimé par le président de l'Association professionnelle des banques (APB) françaises sur la lettre de confort, point de vue qui s'est, pendant longtemps, imposé comme s'il s'agissait d'un arrêt de principe.

En effet, dans un parère du 30 octobre 1973 relatif aux « lettres d'intention », publié en annexe au rapport présenté à l'Assemblée générale de l'APB le 29 avril 1974, le président de APB, M. Rodolphe Hottinguer, s'exprimaient en ces termes :

« 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 »<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Ce parère est largement cité par la doctrine et la jurisprudence : Bruno Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, *Chron.* p. 110 ; Martin, op. cit., *supra* note 2, p. 1457 ; Pouillet, op. cit., *supra* note 3, p. 686 ; Montanier, op. cit., *supra* note 7 ; Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 552 ; Martin, op. cit., *supra* note 86, p. 1457 ; *Banque* n° 448, 1985, p. 305 ; Najjar, op. cit., *supra* note 10, p. 218 ; Bertrel, op. cit., *supra* note 19, p. 895 ; Michel Coipel, « L'aspect moral des lettres de patronage », in Marc Bellis *et al.* (éd.), *La lettre de patronage*, Travaux de la faculté de droit de Namur n° 16, Feduci, 1984, p. 24.

Une bonne partie de la doctrine et de la jurisprudence françaises s'est appuyée sur ce parère, du moins dans les années 1970, pour voir systématiquement en la lettre de confort un simple engagement moral.

- En ce qui concerne la Grande-Bretagne, ce n'est point le parère de l'APB qui fonde les juges et les auteurs anglais à qualifier la lettre de confort d'engagement moral. Il faut rappeler que la lettre de confort est une institution d'origine anglo-saxonne. Chez les Anglais, le fondement moral de la lettre de confort réside dans une pratique plus ancienne, celle de l'engagement d'honneur<sup>103</sup>. Étant donné que la pratique de l'engagement d'honneur déborde le cadre de la Grande-Bretagne, nous l'aborderons d'un point de vue critique général, tout en soulignant les particularités anglaises.

Nous avons expliqué dans notre premier chapitre les raisons pour lesquelles la lettre de confort peut et doit faire partie des sûretés personnelles. Rappelons que jadis, celui qui veut garantir l'obligation d'autrui peut le faire en engageant d'abord et seulement son honneur et sa moralité. Le garant de l'obligation, dans ces conditions, n'a pas à se substituer à celui qui en est débiteur (il n'est point tenu d'une obligation juridique), mais son honneur pourrait être souillé si ce dernier est en défaut. On estime que la lettre de confort trouve son fondement dans ce genre d'engagement, dont Oppetit nous en donne les principaux éléments<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Selon le juge anglais Vaisey, « un engagement d'honneur est un accord qui n'est pas un accord, entre deux personnes dont aucune des deux n'est un "gentleman" et aux termes duquel chacun s'attend à ce que l'autre partie soit rigoureusement liée sans être lui-même tenu d'aucune façon » : le juge Vaisey a été cité et traduit par Hériaud, op. cit., *supra* note 94, p. 19.

<sup>104</sup> Oppetit, op. cit., *supra* note 102, pp. 107-116. Najjar (op. cit., *supra* note 10, p. 218), pour sa part, nous indique les arrêts les plus évocateurs de l'engagement d'honneur en France : Civ. 29 avr. 1873, *D.P.* 73.1.207 ; Com. 23 déc. 1968, *D.* 1969. *Somm.* 71 ; Com. 18 oct. 1961, *J.C.P.* 1962.II.12438, note Gavalda ; Trib. Paris, 14 juin 1957, *Rev. trim. dr. civ.* 1958.71, obs. Mazeaud. L'engagement d'honneur ou *gentlemen's agreement* est aussi largement pratiqué dans les relations publiques internationales (on songe ici aux accords internationaux dépourvus d'effets juridiques obligatoires par opposition aux traités) que dans les relations internationales économiques (exemple du *gentlemen's agreement* conclu au sein du G.A.T.T le 15 février 1963 et organisant le marché du lait en poudre). L'engagement d'honneur est même pratiqué en matière administrative (les pouvoirs publics peuvent s'entendre avec les opérateurs économiques sur l'adoption de certains comportements qui favorisent la réalisation de la politique économique de l'État). Sur tous ces aspects, V. Oppetit, op. cit. *supra* note 102, pp. 109-111.

A première vue, remarque Oppetit, l'expression « engagement d'honneur » (désigné par l'anglicisme *gentlemen's agreement*) sonne mal dans un monde contemporain où la technicité, la croissance économique et l'inflation législative et réglementaire (panjurisme) ont rendu désuets le romantisme et la gratuité qui caractérisaient les civilisations héroïques ou aristocratiques. Le droit des affaires, notamment, « demeure fondé sur la raison » et échappe « aux infiltrations du sentiment ou du ressentiment »<sup>105</sup>. Dans ces conditions, ironise Carbonnier, l'engagement d'honneur se conçoit aussi peu qu'« un retour au système des vœux dans une législation qui n'a plus de divinité pour recevoir les promesses »<sup>106</sup>. Pour le Doyen Ripert, il n'est pas d'autre obligation que l'obligation civile, « car il ne peut y avoir d'obligation qui n'oblige »<sup>107</sup>.

Pour qualifier l'engagement pris, sur l'honneur, par les parties, il faut tenir compte de leur intention. La volonté des parties peut, en effet, avoir pour « but » ou pour « effet » de placer cet engagement en dehors du droit. Nous ne parlerons ici que du but poursuivi par les parties, car c'est ce but qui déterminerait le caractère moral de l'engagement. Quant à l'effet de la volonté des parties, nous l'aborderons au niveau de la section consacrée à la lettre d'intention qui s'analyse comme un véritable engagement juridique (ici, l'engagement pris par les parties peut avoir des effets juridiques sans qu'elles ne le veuillent).

Lorsque nous sommes dans le domaine familial ou amical (caractérisé par des rapports humains), il n'y a pas de doute à savoir si l'engagement pris par telle ou telle personne est purement moral ou plutôt juridique. L'homme qui promet sur l'honneur à sa famille d'arrêter de fumer n'a à assumer qu'un devoir de conscience et non une obligation juridique.

Mais il en est tout autrement lorsque nous nous plaçons sur le terrain commercial où règne la loi du profit. En concluant un *gentlemen's agreement*, les partenaires commerciaux ont certes voulu se mettre en dehors d'un droit étatique jugé inadéquat ou trop contraignant.

---

<sup>105</sup> G. Lagarde, « Le droit des affaires, droit sentimental? », *Mélanges Savatier, Dalloz*, 1965, p. 510 ; cité par Oppetit, *ibid.*, p. 107.

<sup>106</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, P.U.F., 8<sup>e</sup> éd. 1976, n° 10, p. 37 ; cité par Oppetit, *ibid.*

<sup>107</sup> F. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 1949, n°s 194 et 197, note 4 ; cité par Oppetit, *ibid.*

Mais très souvent, constate Oppetit, « l'honneur n'a que faire de ces opérations : s'il y est fait appel, c'est moins par un hommage à ce noble sentiment que pour indiquer que l'accord engage tout de même les parties »<sup>108</sup>.

Généralement, la jurisprudence anglaise se montre favorable à un tel accord, fut-il conclu entre des professionnels dans le cadre d'une opération commerciale. Ainsi, dans une espèce devenue célèbre, les juges anglais ont refusé d'attacher des obligations juridiques à un accord par lequel une société nord-américaine a reçu l'exclusivité de la représentation d'une société anglaise. Le *gentlemen's agreement* conclu entre les deux sociétés comportait la clause suivante :

*"This arrangement is not entered into, nor is this memorandum writer, as a formal or legal agreement, and shall not be subject to legal jurisdiction in the Law courts ... but is only a definite expression and record of the purpose and intention of the parties concerned, to which they each honourably pledge themselves."*<sup>109</sup>

Pour les juges britanniques, « les clauses du type "*subject to contract*", traduisant expressément l'intention de n'assumer aucun engagement juridique, privent effectivement les documents qui les contiennent de toute portée juridique »<sup>110</sup>. Dans le même sens, les juges canadiens soutiennent que : « *obligations to negotiate in good faith are not enforceable because the nature of the obligation cannot be determined with certainty, and the court will not provide an agreement for the parties* »<sup>111</sup>.

L'arrêt *Rose* (cité en *supra*, note 109) a été confirmé par une autre décision dans laquelle le juge soutient, parlant des lettres de confort, que :

---

<sup>108</sup> Oppetit, *ibid.*, p. 109.

<sup>109</sup> Arrêt *Rose and Frank v. Crompton Brothers* [1925] A.C. 445 ; cité par Oppetit, *ibid.*, p. 113.

<sup>110</sup> Baillo, op. cit., *supra* note 2, p. 552. V. aussi Fontaine, op. cit., *supra* note 8, pp. 91-92 ; Oppetit, op. cit., *supra* note 102, p. 107 s.

<sup>111</sup> V. Mills, op. cit., *supra* note 11, p. 363.

*"Such documents are evidently designed as a compromise between, on the one hand, a guarantee by the parent company of the debts of its subsidiary, and, on the other, a placebo which gives no undertaking at all by the parent company."*<sup>112</sup>

Les tribunaux anglais refusent aussi d'assimiler la lettre de confort à une garantie. Selon eux, *"[c]omfort letters are commonly taken where the 'guarantor' is not willing to accept a legal commitment"*<sup>113</sup>.

Ces décisions nous paraissent curieuses dans la mesure où elles semblent jeter l'opprobre contre le bénéficiaire de la lettre de confort plutôt que sur son émetteur qui use de subterfuges de diplomate. De notre point de vue, s'il y a quelqu'un à condamner, c'est bien la société mère émettrice qui veut s'engager en affaires sans s'obliger. Dimech semble être du même avis lorsqu'il affirme que :

« le flou même qui a longtemps présidé à l'élaboration des lettres d'intention, et qui a pesé sur leur nature juridique, ne peut s'accommoder [...] de la protection absolue des sociétés signataires qui, à la limite [...] pourrait aboutir à une collusion frauduleuse entre dirigeants et conseils d'administration, au détriment des intérêts des tiers créanciers »<sup>114</sup>.

Yves Pouillet partage la même préoccupation. Selon lui, « il ne s'agit pas de nier la pratique des lettres écrites à la sauvette "sur un coin de table" mais de la condamner, en insistant sur la responsabilité de la partie qui, par la suite, affirmera n'avoir pas suffisamment pesé ses mots. Il y va des exigences de la sécurité contractuelle »<sup>115</sup>.

Il ne faut donc pas protéger celui qui se défend de n'avoir pris qu'un engagement d'honneur et qui y fait quand même défaut. Montanier abonde dans le même sens : « on peut trouver [...] singulier d'admettre l'idée que celui qui s'est engagé en vertu d'un engagement

---

<sup>112</sup> Il s'agit d'une décision non rapportée datant de 1985 citée par Clark, op. cit., *supra* note 94, p. 757.

<sup>113</sup> Clark, *ibid.*, p. 756.

<sup>114</sup> Pierre Dimech, « Les lettres de confort témoignent-elles toujours de bonnes intentions? », *Banque & Droit* n° 9, 1990, p. 58.

<sup>115</sup> Pouillet, « Les règles d'interprétation : leur application aux lettres de patronage », in Marc Bellis *et al.* (éd.), *La lettre de patronage*, Travaux de la faculté de droit de Namur n° 16, Feduci, 1984, p. 77.

moral ait dès le départ entendu se soustraire à ses obligations en faisant de son intention affirmée le paravent d'une dérobade future, réalisant ainsi une sorte de manoeuvre destinée à faire croire à un crédit imaginaire »<sup>116</sup>.

Ainsi, nous observons que l'émetteur d'une lettre de confort qui allègue qu'il n'a pris qu'un engagement moral n'est pas pour autant à l'abri des réprobations. S'il a manqué à cet engagement, c'est qu'il n'est pas digne de foi. Or, nous avons souligné au premier chapitre de ce mémoire que le droit du crédit est fondé sur la confiance. Il s'ensuit que le commerçant qui préfère être accusé d'avoir failli à un engagement moral plutôt qu'à un engagement juridique dépose, par là même, le bilan de sa réputation dans le milieu des affaires. Le respect de la parole donnée, soutient Coipel, « est une règle de conduite incontestable dans le monde des affaires »<sup>117</sup>. Carbonnier ajoute que la moralité des affaires fait « un impératif catégorique de la parole donnée »<sup>118</sup>.

Ne nous méprenons donc pas sur le principe de la moralité. Le commerçant qui l'enfreint ne doit pas seulement comparaître devant le tribunal de sa conscience, mais aussi et surtout devant celui de ses pairs. La sanction de l'obligation souscrite par l'émetteur d'une lettre de confort ne sera pas le fait d'une divinité ou de la société. Dans la pratique des affaires, la sanction d'un engagement « d'honneur » non tenu, loin d'être abandonnée sur la conscience du commerçant fautif, est administrée à travers la pression diffuse du milieu des affaires : le marché économique existe positivement et peut exercer des mesures de rétorsion contre le commerçant qui n'a pas tenu parole<sup>119</sup>. De ce point de vue, nous pouvons affirmer que toute lettre de confort est par définition contraignante, même si la contrainte, dans bien des cas, peut n'être que financière. Il n'y a donc pas de lettre de confort sans obligation.

Comme nous le constatons, la lettre de confort n'est pas qu'un engagement moral. Il reste à évoquer l'argument selon lequel sa souscription relèverait des usages et coutumes du

---

<sup>116</sup> Montanier, dans ses conclusions sous l'arrêt Cass. com., 21 déc. 1987, *JCP*. 1988. J. 21113.

<sup>117</sup> Coipel, *op. cit.*, *supra* note 102, pp. 30-31.

<sup>118</sup> Cité par Oppetit, *op. cit.*, *supra* note 102, p. 116.

<sup>119</sup> Coipel, *op. cit.*, *supra* note 102, p. 29.

commerce international, en l'occurrence, de la *lex mercatoria* ou de la *soft law*<sup>120</sup>. Montanier explique que la lettre de confort est « une pratique qui s'est jusqu'ici développée en dehors de toute réglementation en vertu d'un usage »<sup>121</sup>. En admettant même que la lettre de confort relève de la *lex mercatoria*, il nous serait d'autant plus facile de présumer que les parties ont voulu assumer des obligations, étant entendu que nous sommes dans le domaine des affaires et non dans celui de la philanthropie. Si nous devons tenir compte de la nature de l'opération qui donne souvent lieu à l'émission des lettres de confort, il nous serait très aisé d'établir l'engagement contractuel des parties. Les contraintes liées aux transactions commerciales doivent prendre le pas sur les subterfuges psychologiques des parties. La lettre de confort relève de la *lex mercatoria*. Soit. Mais la *lex mercatoria* n'est-elle pas l'incarnation même du principe de l'« *opinio necessitatis juris* »?<sup>122</sup>.

Ainsi, l'émetteur d'une lettre de confort ne saurait se réfugier ni sous le couvert de la moralité des affaires ni sous les principes de la *lex mercatoria* pour se soustraire à ses obligations. Encore que pour la doctrine et la jurisprudence dominantes, la lettre de confort ne relève pas d'un engagement d'honneur ; elle relève, sinon exclusivement, du moins largement du champ du droit « dur », du droit positif. En conséquence, celui qui la souscrit prend *de facto* un engagement contractuel.

## Section 2 La lettre de confort définie comme un véritable engagement juridique

Nous rapporterons d'abord quelques décisions importantes sur le caractère purement juridique de la lettre de confort (§ 1), avant d'examiner la place que l'on doit accorder à la commune intention des parties dans une telle qualification juridique (§ 2).

---

<sup>120</sup> La moralité et la bonne foi font partie intégrante des principes fondamentaux de la *lex mercatoria*, mais nous nous référons ici aux principes positifs, c'est-à-dire ceux qui peuvent se prouver empiriquement et s'accompagner d'une contrainte matérielle.

<sup>121</sup> Montanier, op. cit., *supra* note 116.

<sup>122</sup> Certains auteurs soutiennent que la *lex mercatoria* est le droit même, alors que d'autres affirment le contraire. Sur la question du monisme et du pluralisme juridique, voir notre indication bibliographique en *infra*, note 61. Par ailleurs, les tribunaux anglais et australiens ont eu à affirmer le principe de la présomption (simple) d'obligation juridique pour tous les engagements pris dans le domaine des affaires.

## § 1 Quelques éléments jurisprudentiels sur le caractère contractuel de la lettre de confort

### ● Tribunal de Frankfort, 8 mars 1977<sup>123</sup>

Le 3 août 1974, une personne ouvre un compte de dépôt à terme au siège luxembourgeois d'une banque suisse. Cette banque est soutenue par une banque allemande qui détient 31% de ses actions. L'influence de la banque allemande sur la politique commerciale de la banque suisse est remarquable. Par exemple, en 1973, la première a procédé à la nomination du président du conseil d'administration de la seconde. La même année, deux membres du conseil d'administration de la banque allemande, qui sont également membres du conseil d'administration de la banque suisse, ont signé et publié une circulaire qui spécifie, entre autres :

1. « Nous participons à la gestion de la banque [suisse] ... » ;
2. « La banque suisse est une banque universelle [*Universal-Bank*] spécialisée dans toutes les opérations bancaires internationales... » ;
3. « Nous nous réjouissons de ce que les relations actuellement existantes entre cette banque et la nôtre s'étendent... ».

A maintes occasions, la banque allemande a eu à délivrer des lettres de confort à des bénéficiaires dénommés pour le compte de la banque suisse, et ce, dans le cadre d'opérations financières précises au Moyen-Orient. Le 23 septembre 1974, le président de la banque allemande assurait même au président de la banque suisse qu'il ferait « tout son possible pour maintenir la liquidité de la banque suisse ». Ainsi, dès le 30 septembre, la banque allemande fait à la banque suisse un prêt important et déclare même lui ouvrir une ligne de crédit « pour faire face à toute éventualité ». Mais le 7 octobre 1974, soit un mois seulement après le dépôt à terme dont nous parlions au début de cette espèce, la banque suisse est contrainte de fermer ses portes.

---

<sup>123</sup> Landsgericht Frankfurt, 8 mars 1977, *Dr. et prat. com. internat.*, tome 7, n° 4, 1981, pp. 680-684, obs. Poullet.

Le déposant saisit alors le tribunal allemand aux fins d'être dédommagé par la banque allemande qui a soutenu la banque suisse. Il voit dans les déclarations répétées de la banque allemande, en particulier dans sa circulaire de 1973, « l'existence d'une lettre de patronage générale ». Aussi, le déposant tire-t-il de l'attitude de la banque allemande une « obligation d'indemniser pour création fautive d'apparence »<sup>124</sup>.

Sur le point de savoir si la banque allemande a émis une lettre de confort générale, le tribunal allemand a jugé qu'il ne saurait naître des déclarations incriminées aucun « droit contractuel » (*Vertragliche Recht*) à l'actif du plaignant. Selon le tribunal, ces déclarations ne peuvent avoir aucune valeur juridique obligatoire en raison du « cercle indéterminé des personnes » à qui elle s'adresse<sup>125</sup>.

La décision du tribunal, nonobstant son rejet des prétentions du plaignant, laisse quand même entendre la nature contractuelle de la lettre de confort. Prise a contrario, elle signifie que si la lettre de confort n'avait pas été publique, mais plutôt adressée à personne dénommée, elle ferait naître un engagement juridiquement obligatoire, parce que, dans ce cas, elle ferait l'objet d'un contrat. Aussi bien la banque allemande que le plaignant sont conscients de cette force obligatoire : la banque, pour avoir délivré à plusieurs reprises des lettres de patronage destinées à des bénéficiaires précis au Moyen-Orient ; le plaignant, pour avoir versé ces lettres aux moyens qu'il a présentés devant la cour.

Cette décision, qui date de 1977, n'est qu'un premier pas esquissé par la jurisprudence européenne vers la reconnaissance de la nature contractuelle de la lettre d'intention. La jurisprudence allemande sera suivie dans ce sens, deux ans plus tard, par la jurisprudence française.

---

<sup>124</sup> V. les observations de Pouillet, *ibid.*, p. 682. Nous ne parlerons ici que du premier moyen du plaignant. Nous réserverons la question des dommages pour le chapitre 4 de notre mémoire, consacré à la sanction des obligations liées à la lettre de confort.

<sup>125</sup> *Ibid.*

• Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 25 avr. 1979<sup>126</sup>

Ce n'est que de façon incidente que cet arrêt a abordé la question de la lettre de confort, mais la solution apportée par la Cour sur ce point va influencer la jurisprudence postérieure. Le Tribunal de commerce et la Cour d'appel de Paris ont été principalement saisis à l'effet d'un conflit de compétence et d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Dans cette espèce, une société française demande un crédit bancaire auprès de la Banque nationale de Paris (B.N.P). La société de droit allemand Uniputz M., propriétaire de la quasi totalité des actions de la société française, appuie cette demande en adressant à la B.N.P une lettre de confort dont la teneur suit :

« La société [Uniputz M.] s'engage à faire le nécessaire pour que la société [française] dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face aux obligations par elles contractées envers la banque en compte courant, au titre d'opérations d'escompte et d'autres opérations de mobilisation de créances, du fait d'engagements de toute nature et, de ce fait, de tout crédit consenti quelle qu'en soit la forme »<sup>127</sup>.

Pour des raisons que ni Vasseur, ni Poulet n'ont rapportées, le crédit consenti par la B.N.P n'a pu être remboursé. La banque assigne alors la société de droit allemand, laquelle société excipe de l'incompétence du tribunal parisien. Le juge français écarte le moyen du déclinatoire de compétence et statue incidemment sur la nature de la lettre de confort, dans le même sens que la décision allemande précitée<sup>128</sup>. Selon la Cour d'appel de Paris, par la « lettre d'intention », la société allemande, société mère, « assume une obligation contractuelle aux termes de laquelle elle garantit le solde débiteur du compte de sa filiale dans les livres de la banque »<sup>129</sup>. La Cour ajoute, selon les termes de Poulet, que « la caution et celui qui émet la

<sup>126</sup> *Société de droit allemand Uniputz Mosbacher c. Banque nationale de Paris*, Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 25 avr. 1979, *D.* 1980. *I.R.* 55, obs. Vasseur ; voir aussi *Dr. et prat. com. internat.*, t. 7, n° 4, 1981, p. 684, obs. Poulet.

<sup>127</sup> Vasseur, *op. cit.*, *supra* note 126, p. 55 ; Poulet, *op. cit.*, *supra* note 126, p. 684.

<sup>128</sup> *V. supra* note 123.

<sup>129</sup> Vasseur, *op. cit.*, *supra* note 126, p. 55.

lettre de patronage sont des "codébiteurs", "tenus de la même dette" »<sup>130</sup>. Nous voyons là une assimilation pure et simple des deux instruments (lettre de confort et cautionnement), du moins en ce qui concerne leur objet. Les tribunaux italiens, quant à eux, ne pousseront pas l'assimilation jusqu'à ce point<sup>131</sup>, mais ils ne reconnaîtront pas moins le caractère contractuel de la lettre de confort.

• **Trib. civ. de Milan, 15 février 1979**<sup>132</sup>

Dans cette espèce, qui consacre l'hypothèse classique de la lettre de confort, une société mère suisse D émet, le 8 février 1974, une « lettre d'intention » en faveur d'une banque italienne, en appui au crédit consenti par cette dernière à sa filiale italienne DI. La banque a exigé la souscription de cette lettre comme condition à l'octroi du crédit, à défaut d'obtenir de la société mère un cautionnement en bonne et due forme.

Dans cette lettre, la société mère reconnaît la qualité de la filiale DI, fait une référence explicite au crédit bancaire et déclare qu'elle fera en sorte que la société DI soit en mesure d'exécuter ses engagements envers la banque. Contrainte de demander un concordat judiciaire, la filiale DI fait appel à la société mère D afin que celle-ci désintéresse ses créanciers chirographaires. La société mère propose à ces derniers un remboursement jusqu'à concurrence de 80 % de leurs créances et un renoncement à ses propres droits de créance sur la filiale en difficulté. Nonobstant cette offre, la banque assigne D pour le paiement du solde de 20 % en se prévalant de la « lettre d'intention » émise en sa faveur par D. La société mère rejette cet argument au motif que la « lettre d'intention » signée par elle n'est point un cautionnement et ne saurait, par voie de conséquence, entraîner aucune obligation à sa charge<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Pouillet, op. cit., *supra* note 126, p. 684..

<sup>131</sup> Les tribunaux italiens assimileront la lettre de confort plutôt à la promesse de porte-fort, comme nous le verrons plus loin.

<sup>132</sup> Voir ce jugement dans *Dr. et prat. com. internat.*, t. 7, n° 4, 1981, pp. 691-696, obs. Pouillet.

<sup>133</sup> Pouillet, *ibid.* p. 692.

Après avoir légitimé la pratique des « lettres d'intention » comme la manifestation normale du principe de l'autonomie de la volonté, le juge italien distingue ensuite entre trois types de lettres : celles qu'on peut qualifier de « pure information » (*mera notizia*) ; celles qui promettent de contrôler les activités de la filiale et de faire en sorte qu'elle exécute ses obligations ; celles, enfin, contenant « une prise en charge explicite non seulement de l'obligation d'exercer un contrôle vigilant sur la filiale, mais aussi de l'obligation de fournir les moyens pour que celle-ci exécute ses propres dettes »<sup>134</sup>.

Le juge trouve dans la lettre litigieuse une « garantie atypique », « une volonté contractuelle (*negozione*) », donc appartenant à la troisième catégorie de lettres ci-dessus indiquée. Mais dans le même temps, le tribunal soutient que « l'obligation assumée par D se rattache idéalement à la structure prévue par l'article 1381 du Code civil » italien. Selon cet article, « celui qui a promis l'obligation ou le fait d'un tiers est tenu à indemniser l'autre contractant si le tiers refuse de s'obliger ou n'accomplit pas le fait promis ». En termes clairs, le juge italien assimile la lettre de confort à une promesse de porte-fort. De ce point de vue, il refuse la demande de la banque, au motif, non seulement que l'émetteur de la lettre n'était tenu que d'une obligation d'indemnisation, mais aussi que l'inexécution par le tiers (en l'espèce, la filiale) n'est pas suffisamment démontrée.

Même si la demande de la banque a été rejetée<sup>135</sup>, il n'en demeure pas moins qu'il a été reconnu à la charge de la société mère, émettrice de la lettre de confort, une obligation contractuelle. La Cour d'appel de Paris a soutenu la même position dans l'espèce *Crédit commercial de France c. Bich*, espèce dont il faut remarquer la disposition générale :

« Considérant qu'il n'est pas discuté que le signataire d'une lettre de confort (ou d'intention) ne s'engage pas seulement moralement mais contracte une obligation juridique analogue à celle découlant du cautionnement, encore que son engagement soit dénué de formalisme et puisse éventuellement être exécuté par équivalence »<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 693.

<sup>135</sup> Et nous discuterons au chapitre 3 de l'étendue de l'obligation dont la société mère émettrice devrait être tenue.

<sup>136</sup> Paris, 5 mai 1988, *D.* 1989. J. 437 ; *JCP.* 1988. J. 21112.

En outre, dans l'argumentation du juge italien, même les lettres de confort qui se limiteraient à une « pure information » obligeraient tout de même la société mère à « fournir des informations correspondant à la réalité »<sup>137</sup>. Le juge italien n'a reconnu aucun caractère purement moral à la lettre de confort. Sur ce point, notre conclusion est différente de celle tirée par Poulet à la suite de cette décision italienne. Poulet pense que la « lettre d'information [...] constitue la catégorie la plus faible, n'engendrant que des obligations morales et de véracité de l'information donnée »<sup>138</sup>. Le Tribunal de commerce de Paris va dans le même sens que Poulet : il ne trouve « aucune trace de quelque engagement que ce soit » dans les formules « lénifiantes » selon lesquelles la société mère déclare que sa filiale « est solvable et fait face à ses obligations »<sup>139</sup>.

L'opinion de Poulet et la décision du tribunal nous paraissent paradoxales, car la déclaration qui peut être prouvée vraie ou fautive n'est plus du domaine de la morale. Si quelqu'un nous rencontre dans la rue et nous déclare que « Dieu nous relèvera de nos difficultés dans une semaine », et qu'une semaine plus tard nous sommes toujours pauvres, nous ne saurions faire grief à une telle personne pour la fausseté de sa déclaration ; elle n'était de toute façon pas tenue de dire une vérité transcendante. Par contre, l'émetteur d'une lettre même dite d'information est quand même tenu d'une obligation juridique, celle de dire la vérité et rien que la vérité. Si les informations fournies dans la lettre sont fausses ou tendancieuses, elles impliqueront, à n'en pas douter, la responsabilité de la société qui les a émises. Nous ne pensons donc pas, contrairement à la note de Vasseur, que de telles lettres seront sanctionnées par « de saints principes de la moralité des affaires »<sup>140</sup>.

Dans une autre espèce, la Cour d'appel de Paris, bien que ne reconnaissant aucun engagement juridique à une simple lettre de recommandation, a admis, cependant, que « des renseignements suffisamment précis sur tel ou tel aspect de la personne recommandée (sa solvabilité, son honorabilité, son passé...) peuvent, en cas d'inexactitude, engager la

---

<sup>137</sup> Poulet, *ibid.*

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 697.

<sup>139</sup> 7 oct. 1981, *D.* 1982. *Somm.* 198, obs. Vasseur.

<sup>140</sup> *Ibid.*

responsabilité de leur auteur »<sup>141</sup>. Avant cette jurisprudence qui date de 1985, le Tribunal de commerce de Paris a eu à connaître d'un cas de lettre de confort, dont la solution influencera beaucoup la jurisprudence et la doctrine postérieures.

- **Trib. com. de Paris, 27 octobre 1981, obs. Martin**<sup>142</sup>

Selon certains auteurs, c'est la première fois qu'une décision de justice en France s'est penchée, à titre principal, sur les problèmes juridiques que soulève la pratique des lettres de confort<sup>143</sup>. Vasseur souligne la longueur exceptionnelle du jugement qui constitue, selon lui, « un exposé doctrinal de la question des lettres d'intention »<sup>144</sup>. Le cas d'espèce ne présente aucun élément d'extranéité.

En effet, dans le courant de l'année 1978, une société française, la Soc. Aquatic, spécialisée dans la construction et le revêtement de piscines et ayant acquis une notoriété incontestable, se retrouve dans de graves difficultés financières. Suivant les conseils d'une banque, la Soc. Aquatic trouve un partenaire en la société Le Droff, laquelle consent à racheter, en janvier 1979, 67% des actions de Aquatic. En outre, Le Droff s'engage à émettre un cautionnement de 5 millions de francs pour couvrir le maintien du crédit de la banque à Aquatic. Malgré les nombreux concours apportés par Le Droff, les comptes de Aquatic ne cessent de s'alourdir au point de dépasser le montant dudit cautionnement. C'est alors que le 19 octobre 1979, la société Le Droff est amenée à remettre à la banque une lettre de confort stipulant, en substance :

« 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 [Aquatic] 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 [Aquatic], nous nous engageons à vous informer suffisamment à l'avance de façon à ce que

---

<sup>141</sup> Paris, 5<sup>e</sup> ch., 30 avr. 1985, *Banque* n° 452, p. 755.

<sup>142</sup> *Banque*, décembre 1981, pp. 1455-1462 ; *Dr. et prat. com. internat.*, t. 7, n° 4, 1981, pp. 685-689, obs. Poulet ; *D.* 1982. I.R. 198-199, obs. Vasseur ; Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 560-561.

<sup>143</sup> V. sur ce point Martin, op. cit., *supra* note 86, p. 1456 ; Vasseur, *ibid.* pp. 198-199.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 199.

toutes les dispositions propres à couvrir les risques qui pourraient résulter de ces changements soient prises au préalable et d'un commun accord »<sup>145</sup>.

La société Aquatic dépose bilan le 7 janvier 1980, en dépit du fait que la société mère ait, entre temps, pris le contrôle total de sa gestion. La banque assigne alors la société Le Droff en remboursement de sa créance qui s'élève en tout à 9 millions de francs. Le tribunal est saisi sur le point de savoir quelle serait la portée juridique de la lettre de confort émise par la société Le Droff.

Le tribunal a d'abord rejeté les conclusions du parère de l'Association des banques françaises (moyen présenté par la banque requérante) qui assimile la lettre de confort à un engagement moral. Mais dans le même temps, le tribunal refuse à assimiler la lettre de confort au cautionnement. À la différence de la caution qui garantit le paiement de la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci, soutient le tribunal, l'émetteur d'une « lettre d'intention » se borne à dire : « Mon parrainage vous apportera tous apaisements quant au fait que votre débiteur remplira ses engagements »<sup>146</sup>. Le tribunal écarte aussi la promesse de porte-fort, car celle-ci engage la responsabilité personnelle de celui qui la fait, même si c'est pour une période transitoire.

Le juge se penche ensuite sur la nature juridique de la lettre de confort et se rend compte que l'on ne saurait en trouver une seule. Il existe une variété de lettres de confort et leur qualification est fonction de leur formulation. Après une interprétation exégétique de la lettre *in casu*<sup>147</sup>, le juge en est arrivé à distinguer trois types de lettres de confort<sup>148</sup> : celles dont la formulation est atténuée, celle qui dénote d'un engagement légèrement plus contraignant et, enfin, celle dont les formules sont assez contraignantes pour constituer des obligations de faire<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> Pouillet, *ibid.*, p. 686 ; Martin, *ibid.*, p. 1456 ; Vasseur, *ibid.*, p. 198

<sup>146</sup> Pouillet, *ibid.*, p. 686.

<sup>147</sup> Le juge a, en effet, analysé la lettre phrase par phrase. Selon ses termes, « il faut reprendre le texte même de la lettre litigieuse et au moyen de son exégèse, essayer de déterminer quelle peut être sa force contraignante et sa portée » (Martin, *ibid.*, p. 1457).

<sup>148</sup> Comme dans l'espèce du Tribunal civil de Milan citée plus haut.

<sup>149</sup> Michèle de Vita, « La jurisprudence en matière de lettres d'intention : étude analytique », *Gaz. Pal.* 1987. *Doct.* 667. Nous reviendrons sur cette classification dans notre troisième chapitre.

De l'avis du juge, s'il était démontré que la société Le Droff n'avait rien fait pour secourir sa filiale, la Soc. Aquatic - ce qui n'est pas le cas - , on pourrait, évidemment, alléguer sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Or, si la société Le Droff peut être en faute, c'est donc qu'elle s'était engagée ; et si la base de son engagement réside dans la lettre de confort qu'elle a émise, il s'agit alors d'un engagement contractuel<sup>150</sup>. Le juge décide que la lettre en litige appartient à la troisième catégorie de lettres, c'est-à-dire celles qui font incomber à leurs émetteurs une obligation de faire<sup>151</sup>.

Depuis les années 1980, la doctrine et la jurisprudence sont plus portées à voir systématiquement dans la lettre de confort un véritable engagement juridique. Nous tirerons plus tard les conséquences d'une telle tendance. Mais auparavant, il convient, au-delà des positions adoptées par les tribunaux, de chercher la justification de la qualification juridique de la lettre de confort. Apparemment, cette tâche ne sera pas aisée, car l'interprétation de la lettre de confort doit tenir compte des principes élémentaires des relations contractuelles, notamment, celui de la commune intention des parties.

## **§ 2 Le caractère contractuel de la lettre de confort et la recherche de l'intention des parties**

Si la recherche de l'intention des parties dans un engagement pris sur l'honneur peut prêter à une interprétation controversée sur le terrain purement civil, sur le plan commercial, par contre, les tribunaux ont pris l'habitude d'interpréter la souscription d'une lettre de confort comme une obligation juridique pure et simple. Du point de vue du droit national, il aurait été intéressant d'examiner l'intention des parties par rapport au droit positif. En s'engageant sur l'honneur ou en souscrivant une lettre de confort, les parties veulent-elles échapper aux impératifs du droit étatique ou créer leur propre droit (un droit informel) en marge de celui mise en oeuvre par l'État? La tolérance ou la sanction d'une telle intention dépendra de la

---

<sup>150</sup> Martin, op. cit. *supra* note 86, p. 1458.

<sup>151</sup> Nous discuterons au troisième chapitre du mémoire de l'étendue de cette obligation et, au quatrième chapitre, de ses conséquences au regard du droit des obligations.

conception que l'État a du droit : conception moniste (*hard law*) ou conception pluraliste (*soft law*). Nous mettons hors de propos ici les questions épistémologiques relatives aux méthodes alternatives au droit formel de l'État<sup>152</sup>.

Puisque nous sommes dans le domaine des affaires internationales (le droit du crédit international), il convient plutôt d'apprécier l'intention des parties dans une lettre de confort, soit dans le contexte de la *lex mercatoria*, c'est-à-dire, des coutumes et usages commerciaux internationaux (et en cela nous renvoyons à nos développements en *supra*, pp. 13 et 14), soit par rapport aux contrats commerciaux internationaux (aspect sur lequel nous allons nous attarder).

Si l'on considère la lettre de confort du point de vue de la théorie générale des contrats, l'on s'aperçoit qu'il y a une condition de fond qui est sujette à discussion : le consentement des parties. Généralement, lorsqu'un litige s'élève sur le point de savoir si la lettre de confort est un engagement juridique, c'est la partie qui en est l'émettrice qui conteste cette qualification au motif qu'elle n'a jamais voulu s'engager. Il faut faire droit à celui qui n'entend pas s'engager sans le vouloir, car le principe de l'autonomie de la volonté des parties est formel : il n'y a point de contrat lorsqu'il n'y a pas de consentement. On connaît tout l'arsenal juridique mis en place par le législateur pour assurer l'intégrité de ce consentement : les vices du consentement (l'erreur, la contrainte, le dol) sont sévèrement sanctionnés. Aussi, se demande-t-on, pourquoi le principe selon lequel « ne se porte pas caution qui ne le veut pas » ne peut s'appliquer à la lettre de confort?<sup>153</sup> Les juges de la Cour de cassation ont certainement perçu cette difficulté.

Dans un arrêt du 21 décembre 1987, la Cour de cassation a soutenu que « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par

---

<sup>152</sup> Sur ces questions, voir, pour la conception moniste ou positiviste : Hans Kelsen, *La théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962 ; Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce international*, L.G.D.J., Paris, 1984, spéc. P. 577 ; Antoine Kassis, « L'arbitrage, les conflits de lois et la *lex mercatoria* », in *L'arbitrage commercial international* (Colloque), Éditions Yvon Blais, Montréal, 1986, spéc. pp. 140-143 ; Coipel, op. cit. *supra* note 102, p. 29. Pour la conception pluraliste du droit, voir Berthold Goldman, « Frontière du droit et "lex mercatoria" », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, tome 9, 1964, spéc. pp. 177-192 ; Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, L.G.D.J., Paris, 1992, spéc. pp. 208-241, 283-303.

<sup>153</sup> Terray se pose la même question, op. cit., *supra* note 12, p. 335.

son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel...»<sup>154</sup>. Hériaud explique la position de la Cour en soutenant qu'en matière de lettre de confort, « il ne saurait y avoir engagement contractuel si telle n'était pas la commune intention des parties »<sup>155</sup>. Coipel ajoute que « le contrat suppose un "animus contrahendi", c'est-à-dire la volonté de créer des effets juridiques »<sup>156</sup>. Moreau-Margrève, quant à elle, souligne que :

« [l']autonomie des volontés, fondement de notre régime juridique [sic] des actes juridiques, suppose non seulement la liberté de s'engager ou non et celle de fixer le contenu de l'engagement, mais aussi celle de refuser les secours des règles légales prévues pour l'hypothèse d'un engagement en droit ; toute autre conception nous paraît à vrai dire teintée d'une idéologie qui, par principe, soumet les personnes à l'emprise du droit étatique »<sup>157</sup>.

Dans le même sens, l'article 1425 du Code civil du Québec dispose que : « [d]ans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ».

D'un autre côté, il faut reconnaître, nonobstant la nécessité du respect du principe sacro-saint de l'autonomie de la volonté, qu'il y a une certaine ambiguïté dans l'arrêt de la Cour de cassation et dans la disposition québécoise précitées. Comme l'a souligné Hériaud, « la commune intention des parties est la donnée la moins évidente y compris au regard d'un texte clair »<sup>158</sup>. L'on se demande alors comment établir cette commune intention en matière de lettre de confort.

En posant la condition que la lettre de confort soit d'abord acceptée par son destinataire avant de pouvoir constituer un contrat, la Cour de cassation fait, sans nul doute, entrer cet acte dans le schéma traditionnel de formation des contrats : l'offre doit être suivie d'une acception

---

<sup>154</sup> Les caractères gras sont de nous ; cf. Cass. com., 21 déc. 1987, *D.* 1989. J. 112, note Jean-Pierre Brill ; *JCP.* 1988. J. 21113 ; Hériaud, op. cit., *supra* note 94, p. 18 ; Villeroil, op. cit. *supra* note 100, p. 5. Hériaud a qualifié cet arrêt d'arrêt de principe, op. cit., *supra* note 94, p. 19.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> Coipel, op. cit., *supra* note 102, p. 31.

<sup>157</sup> Citée par Coipel, *ibid.*, pp. 31-32.

<sup>158</sup> Hériaud, op. cit., *supra* note 94, p. 20.

(art. 1386 et suivants, C.c.Q.). Un tel schéma suppose le rejet catégorique de la qualification de la lettre de confort comme un engagement unilatéral de volonté. Dans cette optique, le destinataire de la lettre aurait toutes les marges de manoeuvre ; son acceptation peut être expresse ou tacite<sup>159</sup>. Nous trouvons un modèle d'acceptation expresse en annexe à l'ouvrage publié sous la direction de Marc Bellis *et al.*:

« Messieurs,

Nous nous référons à votre lettre du ... relative aux facilités de paiement qui pourront être consenties à votre filiale, la Société ... par mes fournisseurs assurés auprès de notre Compagnie, ...

Nous avons bien noté que votre Société ... s'engage à faire en sorte que les fournisseurs de sa filiale qui sont assurés auprès de notre Compagnie, n'encourent aucune perte du fait des opérations réalisées avec cette même filiale, et que vous ferez tout le nécessaire pour que votre filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour lui permettre de faire face à bonne date à ses engagements envers les fournisseurs évoqués ci-dessus.

Il demeure bien entendu que pendant toute la durée de notre engagement, jusqu'à sa dénonciation sous un préavis de 3 mois, votre Société nous a marqué, au nom des fournisseurs assurés auprès de notre Compagnie, son intention de maintenir sa participation dans la Société ... à un niveau égal à celui qu'elle détient actuellement, mais que toutefois dans le cas où elle serait amenée à céder cette participation, elle en avertirait à l'avance, dès que possible, notre Compagnie au nom des fournisseurs assurés auprès d'elle.»<sup>160</sup>

La réponse du destinataire, si elle ne déforme pas les termes employés par l'émetteur, rendra la lettre de confort parfaite. Il n'est pas nécessaire que l'émetteur réplique à l'acceptation du destinataire, sauf en cas de mauvaise interprétation de ses intentions. Si les deux parties ne peuvent s'entendre autour d'un « *modus vivendi* », ce sera la fin de l'affaire ; la lettre de confort n'étant pas conclue, elle ne saurait donc produire aucun effet juridique.

Dans d'autres hypothèses, la commune intention des parties paraîtra moins évidente. Il en sera ainsi lorsque l'offre de l'émetteur de la lettre de confort n'est pas suivie d'une

---

<sup>159</sup> Sur ce point, voir Jean-Pierre Brill, dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation précité.

<sup>160</sup> Bellis *et al.*, op. cit., *supra* note 5, p. 387.

acceptation explicite du destinataire. Il en sera également ainsi lorsque l'émetteur de la lettre alléguera, dans le cadre d'un contentieux, que son intention n'était point de s'engager sur le plan contractuel, alors même que toute la lettre porterait à faire croire au destinataire plutôt le contraire. Il se pose, dans ces cas, un sérieux problème de validité de l'acte qu'on veut qualifier de juridique.

Si le juge s'accroche à rechercher l'intention des parties, l'émetteur d'une lettre d'intention dira toujours qu'il n'a jamais voulu s'engager<sup>161</sup>. C'est pourquoi il nous apparaît plus judicieux que le juge tienne plutôt compte des circonstances de la cause et, parfois, de l'exégèse même de la lettre. En tout cas, rassure Montanier, « les juges du fond sont souverains pour déterminer l'existence et le contenu des obligations assumées par le signataire de la lettre d'intention »<sup>162</sup>. En matière de « *letter of intent* » (entendez celle qui fixe les étapes d'une négociation commerciale), les tribunaux canadiens tiennent compte d'un certain nombre de critères pour décider si la lettre litigieuse est un contrat ou non. Mills résume ci-après ces critères qui pourraient, dans une certaine mesure, s'appliquer à la lettre de confort :

1. *If the letter of intent is explicitly made subject to formal agreement or states that it is not to be governed by law, it is not an enforceable contract.*
2. *If essential terms are missing, it will not be an enforceable contract.*
3. *The following factors are reviewed as evidence that the parties intended a letter of intent to be enforceable :*
  - *the parties acted as if they were bound, especially if there was reasonable reliance ;*
  - *the letter of intent contains all essential terms ; or*
  - *the letter of intent contains an arbitration clause.*
4. *The following factors are reviewed as evidence that the parties did not intend a letter of intent to be enforceable :*
  - *the letter of intent contains preconditions to being bound :*
  - *the transaction is extremely complex and definitive agreements need to be reached before the transaction can be completed [...] ; or*

<sup>161</sup> Hériaud, op. cit., *supra* note 94, p. 19.

<sup>162</sup> Michel Montanier, dans ses conclusions sous l'arrêt Cass. Com., 21 déc. 1987, *JCP*. 1988. J. 21113. Voir aussi, Brill, op. cit., *supra* note 10, p. 114. Pouillet, de son côté, propose, à la suite de Causin, une démarche à quatre étapes pour interpréter l'intention des parties dans la lettre de confort : les deux premières consistent à déceler la commune intention des parties ; les deux dernières concernent la suppléance à la volonté des parties si les deux premières démarches ne sont pas concluantes ; voir Pouillet, op. cit., *supra* note 115, pp. 65-77.

- *the transaction is a very large one for both parties*<sup>163</sup>.

Par ailleurs, si l'intention des parties n'est plus un facteur déterminant dans la qualification de la lettre de confort, pourrait-on considérer la lettre de confort comme un fait juridique, c'est-à-dire, un fait qui a pour effet de produire des obligations à la charge de celui qui l'a accompli, indépendamment de son intention? Le moins qu'on puisse dire est que par le jeu des présomptions (simples ou irréfragables), le juge peut établir dans la souscription d'une lettre de confort un engagement juridique, contrairement aux principes du cautionnement. Il nous semble, à partir de cet instant, que la lettre de confort ne puisse échapper à l'emprise du droit. Elle peut être perçue, soit comme un fait juridique, soit comme un acte juridique. La conséquence à tirer de cette double nature juridique n'est pas la même dans l'un ou l'autre cas. Dans le premier cas, on parlera de la responsabilité contractuelle des parties (parce que l'acte juridique implique dès le départ la volonté de s'obliger), alors que dans le second, il sera plutôt question de leur responsabilité extracontractuelle ou délictuelle, comme celle qui résulte d'un accident<sup>164</sup>.

En tout cas, la jurisprudence a plus tendance, de nos jours, à qualifier systématiquement la souscription d'une lettre de confort d'engagement juridique ; les cas d'engagement purement moral sont plutôt rares depuis les années 1980. Il en est ainsi dans les arrêts dont nous parlerons plus largement aux chapitres 3 et 4<sup>165</sup>. Dans tous les arrêts cités en *supra*, note 76, le juge ne s'est pas tellement demandé si l'engagement pris par les émetteurs de lettres de confort est moral ou plutôt juridique<sup>166</sup>. La question qui préoccupe le juge est celle de savoir quelle doit être l'étendue de l'obligation juridique assumée par le souscripteur.

---

<sup>163</sup> Cf. Mills, op. cit., *supra* note 11, pp. 362-363.

<sup>164</sup> Sur ce point, cf. art. 1457 et 1458, C.c.Q. ; Bertrel, op. cit., *supra* note 1, p. 331.

<sup>165</sup> Voir les arrêts cités en *infra*, note 215.

<sup>166</sup> Cela semble aller de soit. Le débat sur le caractère moral ou juridique de la lettre de confort n'a eu lieu que dans les années 1970 ; le parère du président de l'Association professionnelle des banques est dépassé, constate Baillod (op. cit., *supra* note 2, p. 552). La lettre de confort est désormais un engagement juridique et non seulement moral ; cf. Najjar, op. cit., *supra* note 10, pp. 218-219 ; Vasseur, note sous Paris, 1<sup>e</sup> ch., 16 juin 1986, *D.* 1987. *Somm.* 297 ; Bourret, op. cit., *supra* note 17, p. 252.

Il est vrai que dans certains pays, la jurisprudence et la doctrine hésitent encore à affirmer le caractère exclusivement juridique de la lettre de confort. Ainsi, en Belgique, les tribunaux tiennent compte de l'intention des parties et peuvent décider que la lettre est purement morale ou juridique. Au Danemark, en l'absence de jurisprudence sur la question, la doctrine considère qu'il s'agit plutôt d'une déclaration d'intention, à moins qu'une telle déclaration soit suivie d'un montage financier. En Espagne, la lettre d'intention ne constitue pas en elle-même une sûreté ; elle doit être suivie d'une formule de garantie expresse et explicite. En Grande-Bretagne, les tribunaux sont encore attachés à l'engagement d'honneur<sup>167</sup> et n'accordent des effets juridiques à lettre de confort que si telle est l'intention des parties<sup>168</sup>. On pourrait voir dans le droit comparé des lettres de confort une certaine hésitation, voire un certain malaise de la doctrine et de la jurisprudence internationales.

Mais la tendance nous paraît tout de même évidente : le droit international s'achemine vers l'affirmation de l'autonomie de la lettre de confort et de son caractère exclusivement juridique. Par exemple, En Australie, les tribunaux dégagent désormais de la lettre de confort la présomption simple de la volonté des parties de créer des obligations juridiques, la charge de la preuve contraire incombant à l'émetteur de la lettre<sup>169</sup>. Les tribunaux australiens suivent, dans ce sens, l'esprit de l'arrêt anglais *Edwards v. Skyways Ltd.*<sup>170</sup> Selon cet arrêt, un engagement qui est pris dans le cadre des transactions bancaires commerciales est présumé créer *de facto* des obligations contractuelles. En Suisse, la lettre de confort est interprétée à la lumière de la promesse du porte-fort, de la stipulation pour autrui, voire, du cautionnement<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> Les parties peuvent préciser ne s'engager que sur l'honneur ("*binding in honour only*"), comme il en était question dans l'arrêt *Rose & Frank Co. v. J.R. Crompton Bros. Ltd.*, cité par Clark, op. cit., *supra* note 94, p. 755.

<sup>168</sup> Sur l'examen de la lettre de confort en droit comparé, voir Jean-Michel Daunizeau, « La pratique des lettres d'intention dans un contexte international », *Banque & Droit* n° 42, juil.-août 1995, pp. 4.

<sup>169</sup> Voir l'arrêt de la Supreme Court of New South Wales, *BBL v. Australian National Industries*, Commercial Division, *JIBL*, mars 1990.

<sup>170</sup> [1964] 1 W.L.R. 349, [1964] 1 All E.R. 494 (Q.B.D) ; cité par Clark, op. cit., *supra* note 94, p. 755.

<sup>171</sup> Najjar, op. cit., *supra* note 10, p. 217.

La doctrine et la jurisprudence françaises, quant à elles, fonctionnent depuis quelques années sur la présomption « que la création d'un instrument sans portée est impensable »<sup>172</sup>. De ce point de vue, Vasseur souligne l'auto illusion des lettres de patronage. Selon lui, « les tribunaux qui ont eu à en connaître, ont à chaque fois considéré qu'elles obligeaient les sociétés qui les avaient signées à payer, en espérant bien esquiver tout paiement »<sup>173</sup>. Les juges français s'interrogent désormais sur le point de savoir si les obligations juridiques assumées par les émetteurs de lettres de confort constituent des obligations de faire ou de donner ; et s'il s'agit d'une obligation de faire, si cette obligation est une obligation de moyens ou de résultat. Selon Najjar, « la lettre de confort engage à quelque chose, qui reste à déterminer »<sup>174</sup>. L'auteur ajoute que c'est au contexte et aux faits qu'il faut se référer pour déterminer la portée que l'on attribue à la lettre de confort ; c'est ce à quoi nous allons nous consacrer dans la deuxième partie de ce mémoire.

---

<sup>172</sup> Daunizeau, op. cit., *supra* note 168, p. 4. Dimech, à cet égard, s'interroge : « Ne sommes-nous pas plutôt en présence de la venue à maturation d'un nouveau type d'obligation instillé dans notre système juridique au début des années 1980 dans le cadre des relations commerciales transfrontalières ? » (op. cit., *supra* note 114, p. 58).

<sup>173</sup> Vasseur, dans sa note sous Paris, 1<sup>er</sup> ch.. 16 juin 1986, *D.* 1987. *Somm.* 297.

<sup>174</sup> Najjar, op. cit., *supra* note 10, p. 220.

## Deuxième Partie

# **Les effets juridiques de la lettre de confort**

Nous avons consacré la première partie de ce mémoire à étudier les conditions d'émission de la lettre de confort. Dans un premier chapitre, nous avons examiné la force persuasive de la lettre de confort dans la négociation des crédits bancaires. Après analyse des conditions qui entourent la promesse de crédit, nous nous sommes rendu compte que, malgré le flou juridique qui la caractérise, la lettre de confort peut s'imposer comme une véritable sûreté personnelle autonome, à l'instar du cautionnement et de la garantie indépendante. C'est pourquoi, dans un deuxième chapitre, nous avons essayé de lever l'équivoque autour de la nature morale ou juridique de la lettre de confort. Eu égard à la tendance jurisprudentielle et doctrinale sur cette question, d'une part, et à la nature contraignante des opérations commerciales qui donnent lieu à la souscription de la lettre de confort, d'autre part, nous avons abouti à la proposition que toute lettre de confort soit par définition porteuse d'obligations juridiques.

Dans la deuxième partie de ce mémoire, nous tirerons les conséquences d'une telle proposition. Pour ce faire, il nous faudra, dans un premier temps, indiquer l'étendue des obligations juridiques que doit assumer l'émetteur d'une lettre de confort et fixer le sort des lettres dont on peut dire que les souscripteurs n'ont évidemment pris aucun engagement, quel qu'il soit (chapitre 3). Lorsque la frontière juridique de la lettre de confort sera clairement tracée dans notre esprit, il nous sera alors possible d'envisager les modalités d'exécution des obligations souscrites par celui qui en est l'émetteur (chapitre 4).

### Chapitre 3

## **L'étendue des obligations liées à la lettre de confort**

Le chapitre 2 nous a progressivement conduit à l'affirmation selon laquelle la lettre de confort ne saurait échapper à l'emprise du droit formel. Il suit de cette affirmation que tout émetteur de lettre de confort souscrit d'abord et forcément une obligation juridique. De ce point de vue, il nous faudra déterminer si cette obligation est une obligation de moyens ou plutôt de résultat (section 2). Mais bien avant d'arriver à une telle distinction bipolaire, nous tenterons de débarrasser la lettre de confort des données qui assombrissent sa vraie nature et sèment le doute dans l'esprit des auteurs et des juges (section 1).

### **Section 1 Quelques indices d'une théorie pure de la lettre de confort**

L'on pourrait voir dans notre démarche un appel de pied au positivisme juridique. Nous ne saurions trop nous en défendre. Quel mal si cette approche peut nous aider à sortir de l'imbroglio qui caractérise actuellement la pratique des lettres de confort dans le commerce international! Sans pour autant trop boire à la source de Kelsen<sup>175</sup> et verser dans la dogmatique juridique pure et dure ou le « panjurisme », c'est aux règles positives que nous ferons appel pour établir la frontière juridique de ce que nous entendons par lettre de confort. Aussi bien la doctrine que la jurisprudence expriment le besoin d'une théorie générale de la lettre de confort (§ 1). Loin d'en fournir une ici, nous essayerons tout de même de présenter une typologie plus rigoureuse de la matière en question.

---

<sup>175</sup> Sur le positivisme juridique, voir Kelsen, *op. cit.*, *supra* note 152.

## § 1 Le besoin de sécurité juridique en matière de lettre de confort

Comme l'a souligné Montanier, la lettre de confort est souvent caractérisée par les hésitations de son signataire et les illusions de son bénéficiaire<sup>176</sup>. D'un côté, son signataire hésite à exprimer clairement son engagement, et de l'autre, son bénéficiaire berce dans l'illusion de bénéficier d'un engagement juridique. Il en résulte que la lettre de confort donne souvent lieu au « jeu du chat et de la souris » - pour emprunter une métaphore à Vasseur<sup>177</sup> -, à un travail d'artiste<sup>178</sup> qui séduit par l'habileté et la rhétorique de son créateur. On dirait que dans la rédaction de la lettre de confort, l'habileté de l'émetteur l'emporte souvent sur le besoin de sûreté du bénéficiaire.

La jurisprudence nous fournit une telle variété de lettres de confort (sorties du génie de leurs émetteurs) que les auteurs et les tribunaux se perdent dans leur classification<sup>179</sup>. En général, la jurisprudence et la doctrine établissent une graduation des obligations liées à la lettre de confort. Ainsi, distingue-t-on, dans un premier temps, les lettres dites de pure information ou dont les obligations sont atténuées ; ensuite, celles dont les obligations sont légèrement contraignantes ; enfin, celles dont les obligations sont plus contraignantes<sup>180</sup>. Si l'on devait aller dans les détails, l'on pourrait dénombrer une variété déconcertante de lettres. Bellis et Poulet, par exemple, en ont trouvé plus d'une vingtaine<sup>181</sup>. En Allemagne, on peut

---

<sup>176</sup> Montanier, dans ses conclusions sous Cass. com., 21 déc. 1987, *JCP*. 1988. J. 21113.

<sup>177</sup> Vasseur, dans sa note sous Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., 10 janvier 1985, *D.* 1985. *Somm.* 340-341, écrit ceci : « Le présent arrêt témoignera de la duperie et de l'auto-illusion des lettres dites d'intention. Celles-ci sont une illustration juridique du jeu du chat et de la souris, auquel se prête une société-mère qui, en établissant la lettre d'intention, désire tout à la fois une chose et son contraire, manifester, du bout des lèvres, qu'elle entend soutenir sa filiale et le laisser croire au destinataire de la lettre, créancier de la filiale, mais dans la réalité, ne pas s'engager et en tout cas espérer se dégager, pour finalement - contrairement à cet espoir - se trouver obligée de payer la dette de sa filiale ».

<sup>178</sup> Voire, d'artisan ; à cet égard une métaphore nous vient à l'esprit : "*crafted letter*".

<sup>179</sup> Nous en avons vu des exemples au chap. 2 (pour la jurisprudence voir *supra* notes 47 et 62) ; nous en verrons d'autres aux chap. 3 et 4. Sur les tentatives de catégorisation des lettres de confort par la doctrine, voir Terray, *op. cit.*, *supra* note 12, p. 331 ; Dimech, *op. cit.*, *supra* note 114, p. 59 ; Najjar, *op. cit.*, *supra* note 10, p. 221 ; de Vita, *op. cit.*, *supra* note 149, p. 667 ; Bertrel, *op. cit.*, *supra* note 19, pp. 895-898 ; Baillod, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 550-558 ; Montanier, conclusions sous Cass. Com. 21 déc. 1987, *JCP*. 1988. J. 21113 ; Bellis *et al.*, *op. cit.*, *supra* note 5, pp. 79-162 : en annexe à cet ouvrage se trouve une soixantaine de lettres de confort récoltées auprès des sociétés et banques belges, françaises et étrangères. Les auteurs précisent que « la variété des formulations, la diversité des présentations et les conséquences juridiques importantes attachées à ces différences de libellé expliquent et justifient l'importance de cette annexe » (p. 371).

<sup>180</sup> Voir la jurisprudence en *supra*, pp. 77-81.

<sup>181</sup> Bellis *et al.* *op. cit.*, *supra* note 5, pp. 79-162.

compter jusqu'à dix catégories de lettres de confort<sup>182</sup>. La doctrine allemande et italienne parle de « lettre de patronage dure » et de « lettre de patronage faible »<sup>183</sup> ; cette distinction a été reprise par Daunizeau<sup>184</sup>. D'autres parlent de « vraies lettres d'intention »<sup>185</sup>, ce qui laisse entendre qu'il y en a de fausses. Pour Terray, la lettre de confort est « une anomalie inclassable dans le droit français de la responsabilité »<sup>186</sup>. Bertrel ajoute, de son côté, que c'est « une technique *sui generis* contenant une obligation plus ou moins contraignante suivant les termes employés »<sup>187</sup>.

Le moins qu'on puisse dire de ces opinions est qu'elles rendent compte du relativisme juridique avec lequel les auteurs abordent la question de la lettre de confort. Pouillet fait la même remarque en soulignant que « [l]es incertitudes nées [des] premières ébauches de classification témoignent de la difficulté actuelle pour les juristes de préciser les effets juridiques des lettres de patronage. Elles interdisent toute conception unitaire mais sans encore pouvoir prétendre dresser une classification cohérente et uniformément acceptée »<sup>188</sup>. La floraison des lettres de confort, bien que répondant au besoin de flexibilité des transactions commerciales, crée donc une insécurité juridique préoccupante.

Si cet instrument veut s'imposer comme une véritable sûreté personnelle, au même titre que le cautionnement et la garantie indépendante, il a besoin d'un minimum de systématisation juridique. En soulignant la subtilité dont font preuve les émetteurs de lettres de confort, notre intention n'est point de jeter l'opprobre contre ceux-ci. Nous savons qu'il y en a - et c'est la majorité - qui sont de très bonne foi et ne sont que victimes du flou juridique qui caractérise actuellement la lettre de confort. Il apparaît alors nécessaire de définir des zones de sécurité juridique à l'intérieur desquelles les partenaires commerciaux pourront s'exprimer librement. Il y va de l'intérêt aussi bien du bénéficiaire que de l'émetteur de la lettre de confort. Nombre d'auteurs expriment ce besoin. Par exemple, Dimech déclare qu'il est grand temps

---

<sup>182</sup> Pouillet, op. cit., *supra* note 3, p. 691 ; de Vita, op. cit., *supra* note 149, pp. 667-668.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> Daunizeau, op. cit., *supra* note 168, p. 6.

<sup>185</sup> Baillod, op. cit. *supra* note 2, p. 573.

<sup>186</sup> Terray, op. cit., *supra* note 12, p. 332.

<sup>187</sup> Bertrel, op. cit., *supra* note 19, p. 898.

<sup>188</sup> Pouillet, op. cit., *supra* note 3, p. 697.

« de rechercher un consensus entre les parties en présence, et ce, peut-être en conférant à ces lettres un minimum de formalisme, afin qu'elles gagnent en force ce qu'elles perdent en mystère »<sup>189</sup>.

Certains auteurs sont sceptiques sur le succès d'une tentative de systématisation juridique de la lettre de confort. Pour Bertrel, « il serait tout à fait illusoire de vouloir adopter une *conception unitaire* de la nature des lettres d'intention »<sup>190</sup>. En d'autres termes, Bertrel rejette toute approche positiviste de la lettre de confort.

Quant à nous, nous ne saurions faire fi des considérations propres qui sous-tendent l'émergence des lettres de confort à côté du droit établi. Mais comme l'a constaté Coipel, « les relations d'affaires sont généralement régies par le droit même si les contraintes juridiques sont souvent complétées par des contraintes morales »<sup>191</sup>. Selon nous, les relations d'affaires ne relèvent pas d'un certain « droit naturel », mais plutôt du « droit positif ». Nous sommes conscient que ce sera un point de discordance entre jusnaturaliste et positiviste, d'une part, et entre autonomistes et hétéronomistes, d'autre part<sup>192</sup>.

Notre intention n'est point de plaider pour une réglementation arbitraire de la lettre de confort. Nous voulons juste indiquer quelques éléments qui permettront, peut-être, d'organiser et de sécuriser la pratique de cet instrument de sûreté. Il faut établir une typologie assez rigoureuse pour pouvoir faire la distinction entre les « vraies lettres de confort », et les « fausses lettres de confort ».

Il faut reconnaître que de telles appellations sont gênantes pour le juriste. Une lettre de confort est ou n'est pas. Sur ce point nous rejoignons la position adoptée par les tribunaux canadiens à propos des effets juridiques de la « lettre d'intention » dans les négociations commerciales. Nous avons relevé depuis notre introduction à ce mémoire que pour les juges

---

<sup>189</sup> Dimech, op. cit., *supra* note 114, p. 60.

<sup>190</sup> Bertrel, op. cit. *supra* note 19, p. 895 ; également Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 4.

<sup>191</sup> Coipel, op. cit., *supra* note 102, p. 38.

<sup>192</sup> Nous avons déjà exprimé notre position sur cette question et nous renvoyons encore une fois à notre indication bibliographique en *supra*, note 152 ; à cette note bibliographique ajoutons Coipel, *ibid.*, pp. 28-34.

canadiens, « ou bien la lettre d'intention constitue un contrat complet en soi, ou bien elle n'est pas constitutive d'obligations »<sup>193</sup> ; mais il n'y a pas de demi-mesure. Il y a alors lieu pour nous de définir ce qu'on devrait entendre par « lettre de confort » et de débarrasser ainsi cette notion juridique des différentes formes de lettres qui ne méritent pas, à notre avis, la qualification de « lettre de confort ». Si une classification rigoureuse est établie, le débat ne se fera plus désormais sur le point de savoir si telle ou telle lettre constitue un engagement juridique ou moral, mais plutôt si telle ou telle lettre doit être qualifiée de « lettre de confort », étant entendu que la lettre de confort, par définition, constitue un engagement juridique.

## § 2 Essai d'une typologie rigoureuse des lettres de confort

Au regard de ce qui précède, nous essayerons de donner une définition stricte et une définition large de la lettre de confort, puis nous en tirerons les conséquences juridiques.

De notre point de vue, la lettre de confort, au sens strict, est une lettre contenant la promesse d'une société mère de faire, de ne pas faire ou de donner quelque chose au profit d'une banque qui octroie un crédit à sa filiale.

Au sens large, la lettre de confort est la lettre par laquelle une société promet de faire, de ne pas faire ou de donner quelque chose au profit d'un établissement financier qui accorde un crédit à une société avec laquelle elle est en relations d'affaires.

Que ce soit *stricto sensu* ou *lacto sensu*, la lettre de confort contient une promesse ou un engagement ferme. De ce point de vue, n'est pas une lettre de confort, la lettre qui se limite à la simple description d'une situation de fait, sans engagement ni promesse. Le critère de l'engagement ou de la promesse nous permet de tracer la ligne de démarcation, non pas entre les lettres de confort dites hors du droit et celles dites juridiques, mais plutôt, entre les lettres de confort et d'autres lettres que nous qualifierons de lettres déclaratives.

---

<sup>193</sup> Cf. Mills, op. cit., *supra* note 11, p. 355.

Comme nous l'avons souligné tout au long de notre premier chapitre, la souscription d'une lettre de confort répond au besoin de sûreté exprimé par l'établissement financier qui veut accorder un crédit à une société donnée. L'établissement en question a le choix entre plusieurs formes de sûreté, tels que le cautionnement et la contre garantie indépendante. Si l'établissement n'a pas recours à ces formes de sûreté établies, c'est certainement parce qu'il veut éviter les complications auxquelles elles donnent souvent lieu. En demandant à un emprunteur potentiel de souscrire une lettre de confort, l'établissement financier ne renonce aucunement à la garantie dont il a besoin. Au contraire, comme l'a souligné le père du président de l'Association française des banques, l'établissement croit que la lettre de confort lui présenterait « en pratique une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution »<sup>194</sup>.

Ainsi, la lettre de confort ne mériterait vraiment son nom que dans la mesure où elle viserait à conforter ou à apaiser son destinataire ; autrement, elle serait sans intérêt pour le commerce. Bellis est du même avis : « la lettre de patronage tend à "conforter" son bénéficiaire en formalisant au profit de celui-ci, de manière plus ou moins pénétrante et avec une force contraignante plus ou moins grande, les conséquences obligationnelles s'attachant à la détention d'une participation significative »<sup>195</sup>. Il s'ensuit que toute lettre dont la teneur ne produit pas un effet de sûreté à l'endroit de son destinataire ne peut être dite « de confort » ; le destinataire ne doit pas en être dupe.

En suivant certains auteurs<sup>196</sup> sans pour autant convenir avec eux sur tous les points, nous pouvons distinguer cinq grandes catégories de « lettres de patronage » : la « lettre de patronage de référence au crédit » ; celle qui concerne la permanence de l'investissement de la société mère dans le capital de la filiale ; celle qui envisage la qualité de la gestion de la filiale ; et celle, enfin, qui assure la qualité de la structure financière de la filiale<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> V. *supra*, note 102, p. 38.

<sup>195</sup> Bellis, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 17.

<sup>196</sup> Bellis notamment, mais aussi Pouillet, de Vita, Bertrel, etc.

<sup>197</sup> Montanier a repris cette distinction (*op. cit.*, *supra* note 7, n° 21113).

À notre sens, la première catégorie et, dans une certaine mesure, la deuxième ne font pas partie des lettres de confort, telles que nous les entendons. Nous les appelons, comme la plupart des auteurs, des « lettres déclaratives ».

### **1. Les « fausses lettres de confort » : lettres déclaratives ne contenant aucun engagement**

Bellis souligne d'emblée la rareté de ce type de lettre<sup>198</sup>. Il n'est pas courant que l'émetteur d'une lettre qui revendique la qualification de « lettre de confort » se limite à décrire sa politique sans aucun engagement de sa part. On peut tout de même en trouver des exemples sur le marché commercial.

- Dans les lettres dites « de référence au crédit », l'émetteur (dans notre hypothèse, la société mère) peut simplement confirmer qu'il a connaissance du crédit que l'établissement financier veut accorder au débiteur potentiel ou à la filiale (*letter of awareness* ou déclaration de simple connaissance) et en remercier ledit établissement. La société mère peut, en outre, exprimer son consentement mais tout en se gardant de prendre quelque engagement que ce soit (déclaration d'accord). Même si l'émetteur ajoute qu'il reconnaît le caractère déterminant de la lettre dans l'octroi du crédit, il ne se crée à sa charge aucune obligation. La lettre qui se limite à ces considérations ne constitue pas une sûreté et n'entraîne aucun engagement contractuel. En voici un exemple :

« Nous nous référons à l'accord intervenu entre ..... de l'Étranger et notre filiale, ..... à Devonshire, Bermudes, concernant le prêt à trois mois pouvant aller à US \$ 90.000.000, et avons l'honneur de vous préciser que nous sommes entièrement d'accord sur cette opération.

Nous serons attentif à ce que notre filiale prenne en son temps, toutes dispositions nécessaires pour assurer le remboursement à bonne échéance de ce prêt.

Veillez agréer, Messieurs, l'expression de mes sentiments distingués »<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Bellis. op. cit., *supra* note 5, p. 149.

<sup>199</sup> Voir Bellis *et al.*, *ibid.*, annexes, lettre n° 30, p. 404.

Une telle lettre, de notre point de vue, n'est qu'une lettre de recommandation ou de courtoisie qui ne saurait engager la responsabilité contractuelle de son émetteur<sup>200</sup>. Nous devons toutefois souligner ici une certaine jurisprudence ancienne suivant laquelle la lettre de recommandation doit être interprétée rigoureusement si tant est qu'elle est émise dans le cadre des relations d'affaires. À cet égard, la Cour d'appel de Milan, dans une espèce, a fait une nuance entre un simple conseil et une recommandation :

« Le simple conseil ne crée aucune obligation dans le chef de celui qui le donne, car celui qui le reçoit est libre de le suivre ou non ; par contre, la recommandation oblige lorsque celui qui la donne avait un intérêt dans l'affaire et que celui qui la reçoit se détermine à agir par suite de la recommandation. En ce cas, s'il s'agit d'une affaire commerciale, la faute du recommandant doit être appréciée rigoureusement »<sup>201</sup>.

Cette jurisprudence a été reprise en écho par la Cour d'appel de Rouen le 30 juin 1851. En l'occurrence, la Cour a décidé que :

« celui qui par des assertions présentées comme positives dans des lettres de recommandations a prudemment procuré à un commerçant un crédit que sa véritable position ne justifiait pas, répond à l'égard des tiers qui n'ont contracté avec le commerçant que sur la foi des renseignements contenus dans ces lettres, de la perte à laquelle leur confiance a pu les entraîner »<sup>202</sup>.

Bien que ces décisions soient anciennes (les années 1850!), de notre point de vue, elles devraient demeurer valables. Nous partageons la rigueur avec laquelle les tribunaux d'alors interprétaient la lettre de recommandation émise dans le cadre des transactions commerciales, mais nous n'irons pas jusqu'à affirmer le caractère contractuel d'une telle lettre. Nous soutenons que son émetteur doit faire face à ses responsabilités extracontractuelles si les informations qu'il a fournies dans sa lettre se révèlent fausses ou sont de nature à induire le destinataire en erreur.

---

<sup>200</sup> Faisons remarquer tout de même que l'expression « nous serons attentif » peut être interprétée, selon le contexte, comme un engagement de faire (cf. notre deuxième tableau en *infra*, p. 92).

<sup>201</sup> Cette jurisprudence a été citée par Mazzoni, puis reprise par Pouillet, *op. cit.*, *supra* note 115, p. 92.

<sup>202</sup> *Ibid.* La Cour d'appel de Nancy, le 9 avril 1870, a suivi la Cour d'appel de Rouen dans une telle analyse.

• Pour ce qui est des lettres qui font référence à la participation de l'émetteur dans le capital du débiteur potentiel, on en distingue quatre types :

– Dans une première formule, la société mère peut informer le destinataire du niveau de sa participation dans le capital de la filiale ; même si cette information est précieuse pour l'établissement financier, une simple déclaration de participation ne saurait faire naître dans le chef de l'émetteur un quelconque engagement contractuel. Pouillet souligne la position de certains auteurs allemands et suisses qui voient dans une telle déclaration un « contrat d'information »<sup>203</sup>. Nous nous associons à Pouillet pour rejeter cette position dans la mesure où ladite déclaration n'est accompagnée d'aucun engagement de maintien ou d'augmentation de capital. Le seul effet juridique que la simple déclaration de participation peut produire, selon nous, n'est envisageable que dans le cadre de la responsabilité délictuelle.

– Dans une deuxième formule, la société mère peut informer la banque qu'il est de sa politique de faire en sorte que la filiale honore ses engagements ; si cette affirmation est au passé ou au présent, elle n'indique non plus aucun engagement pour le future et nous ne sommes point en présence d'une lettre de confort. En voici un exemple : « *As you know, it is our policy to see that our overseas subsidiaries are managed and are operated in such a way as to be always in a position to meet their obligations* »<sup>204</sup>. Il en est également ainsi dans la lettre n° 3, publiée en annexe à l'ouvrage édité sous la direction de Bellis *et al.* Dans cette lettre, la société émettrice déclare avoir connaissance du crédit qu'une banque veut accorder à sa filiale ; il confirme sa participation dans la filiale et ajoute :

« ... nous voudrions mentionner, sans engagements quelconque de notre part, que c'est un principe de la politique générale de notre maison de veiller, dans le cadre des possibilités légales, à ce que la situation financière de nos sociétés affiliées soit solide du point de vue économique et que nos sociétés affiliées soient gérées de telle manière qu'elles soient à même de répondre à leurs obligations. Cette lettre ne représente pourtant ni une garantie ni un cautionnement de notre part »<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>204</sup> *Ibid.*, annexe, lettre n° 54, p. 418.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 374.

Si, par contre, l'émetteur promet expressément dans la lettre que cette politique de la société mère sera suivie pour tout crédit que la banque accorderait à sa filiale, il a indubitablement souscrit un engagement, donc une vraie lettre de confort. Il en est ainsi dans une lettre dans laquelle l'émetteur affirme : « *It is our long-standing policy to stand behind these companies [les filiales] and to see that no lending institution incurs any loss from doing business with our subsidiary companies. This policy will be followed with respect to any credit which you will extend to X* »<sup>206</sup>.

## 2. La véritable lettre de confort : lettre constitutive d'engagement

– Dans une troisième formule, la société mère qui déclare sa participation dans le capital de la filiale peut s'engager dans le même temps à informer préalablement le bénéficiaire de toute cession de cette participation. En voici un exemple : « [...] Au cas où, pour quelque raison que ce soit, nous ne détiendrons plus, soit le contrôle, soit notre participation majoritaire dans notre filiale, nous vous en aviserions par écrit avec 90 jours de préavis [...] »<sup>207</sup>. Ici, nous sommes incontestablement en présence d'un engagement contractuel : il s'agit, en l'occurrence d'un contrat d'information. Le non respect de cet engagement entraînera la responsabilité contractuelle de celui qui l'a pris ; ce qui va se résoudre en dommages et intérêts.

– Il en sera de même dans une quatrième formule par laquelle la société mère s'engagerait à ne pas retirer sa participation à une filiale ou de la maintenir à un niveau précis. En voici un exemple : « *We hereby confirm that we will not sell, transfer or otherwise dispose of our shares in the Borrower, nor modify or allow any modification in the percentage of our participation during the lifetime of the Credit* »<sup>208</sup>. La société émetteur peut aussi prendre l'engagement que « *lui-même et ses filiales qu'il contrôle entièrement [posséderont] à tout moment 75 % au minimum du capital de l'emprunteur* »<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 375.

<sup>207</sup> *Ibid.*, annexe, lettre n° 34, p. 407.

<sup>208</sup> *Ibid.*, lettre n° 2, p. 373.

<sup>209</sup> Pouillet, *ibid.*, pp. 133-134.

- La troisième catégorie de lettres est celle ayant rapport à la gestion de la filiale. Ici, l'émetteur s'engage à exercer sur la gestion de sa filiale « un contrôle et une influence tels que celle-ci devrait être en mesure de satisfaire tous ses créanciers et plus particulièrement la banque »<sup>210</sup>. Il n'y a aucun doute, dans ce cas précis, que l'émetteur a souscrit une obligation juridique<sup>211</sup> ; nous en apprécierons l'étendue plus tard.

- Dans la quatrième catégorie de lettres, l'émetteur s'engage à « financer la filiale lorsque la structure financière de celle-ci le requiert »<sup>212</sup>. Cet engagement peut aller de la promesse de l'émetteur de maintenir la filiale dans une situation financière telle qu'elle serait en mesure de rembourser le crédit, à l'engagement clair de cet émetteur de mettre des fonds suffisants à la disposition de la filiale.

- Aux quatre catégories de lettres identifiées par Bellis, Pouillet et de Vita (entre autres), nous ajoutons, quant à nous, une cinquième dont l'importance commande qu'on la distingue. Il s'agit de la catégorie des lettres relatives au remboursement direct du crédit. Dans ce cas, l'émetteur peut subordonner le remboursement de toutes créances qu'il détient sur la filiale au remboursement préalable du crédit obtenu par la filiale. L'engagement de l'émetteur peut aller plus loin. Ce dernier peut, en effet, s'engager à se substituer à la filiale pour rembourser directement le crédit à la banque, au cas où la filiale serait en défaut.

Il ressort du développement qui précède que les lettres qui se limitent à une simple référence au crédit, soit pour confirmer que l'émetteur en a connaissance (lettre de déclaration de connaissance du crédit), soit pour en remercier la banque (lettre de courtoisie) ou pour exprimer l'accord de l'émetteur (lettre d'approbation du crédit), ne constituent pas, à notre sens, des lettres de confort.

---

<sup>210</sup> Bellis. *ibid.*, p. 19.

<sup>211</sup> Voir Bellis, « Les clauses relatives à la qualité de la gestion et à la situation financière de la filiale », in Bellis *et al.*, op. cit., *supra* note 5, p. 144.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 19.

La seule hypothèse à exclure du dernier cas est celle où l'approbation du crédit est accompagnée d'un engagement quelconque de la banque. De la même manière, ne constituent pas des lettres de confort, celles dont les émetteurs se limitent à une simple déclaration de leur participation au capital de la filiale, ou font savoir leur politique générale de maintien de cette participation.

En revanche, les lettres relatives à l'investissement de l'émetteur dans la filiale constituent des lettres de confort dans les hypothèses suivantes : elles dénotent un engagement précis de maintien de cette participation ; elles obligent les émetteurs à informer au préalable la banque en cas de non maintien de la participation ; elles font obligation aux émetteurs de donner des garanties à la banque en cas de cession de leur participation.

En ce qui concerne les autres catégories de lettres, elles constituent, selon nous, des lettres de confort par principe, sauf dans des hypothèses isolées : il s'agit des lettres relatives à la qualité de la gestion de la filiale (sauf si l'émetteur se borne à déclarer qu'il est de sa politique générale de veiller à la gestion rigoureuse de ses filiales) ; des lettres promettant d'agir sur la structure financière de la filiale et celles promettant un remboursement du crédit.

Notre typologie rejoint, dans une certaine mesure, celle élaborée par Trevor Mills à propos des « lettres d'intention » (*letter of intent*) aux États-Unis et au Canada, c'est-à-dire celles qui consacrent les étapes d'une négociation commerciale. Mills distingue quatre catégories de « lettres d'intention » :

- (i) *documents that only provide information ;*
- (ii) *framework agreements that govern the negotiation process ;*
- (iii) *documents that solidify portions of a negotiation that are agreed upon and are not subject to further negotiation, and*
- (iv) *documents that are actually legally enforceable contracts*<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> Mills, *op. cit.*, *supra* note 11.

Parmi ces quatre catégories de lettres, seules les deux dernières sont prises en compte par l'auteur. Dans le même sens, au regard du droit canadien, la « lettre d'intention » qui ne comporte aucune obligation juridique n'a aucune signification. Dans une espèce, le juge canadien a estimé que la lettre litigieuse « *is an agreement to agree and its terms are too uncertain to be enforced* »<sup>214</sup>.

A partir de ces considérations, nous avons conçu un tableau récapitulatif (voir page suivante) qui affiche une ligne de démarcation entre les lettres qui, de notre point de vue, restent à l'étape de simples déclarations (donc n'entraînant, à la limite, que la responsabilité extracontractuelle de leurs auteurs) et les « lettres de confort » proprement dites (c'est-à-dire celles qui comportent un engagement juridique et entraînent la responsabilité contractuelle de leurs émetteurs).

---

<sup>214</sup> Il s'agit de l'affaire *Angus Leitch & Associates Ltd. v. Legrand Industries Ltd.* (1983), 31 Alta. L.R. (2d) 158 (C.A.) ; citée par Mills, *ibid.*, p. 356. Dans certains cas, l'émetteur de la lettre de confort déclare ne prendre aucun engagement juridique, alors que dans le même temps, il promet de faire ou de ne pas faire quelque chose. Ainsi, dans la lettre de confort qu'émet Bombardier Inc. pour le compte de Bombardier Credit Ltd. et au profit de Bombardier Credit Trust (nous en avons brièvement parlé en *supra*, note 17, tout en promettant d'y revenir précisément ici), la société mère prend l'engagement de ne pas recouvrer ses créances sur sa filiale sans le consentement préalable et exprès du fiduciaire. Aussi, la société mère confirme-t-elle sa responsabilité pour la bonne gestion de sa filiale et s'engage même à mettre celle-ci dans une situation financière telle qu'elle serait en mesure, en tout temps, d'honorer ses engagements à l'égard de la fiducie et des investisseurs. Alors qu'elle a pris tous ces engagements, Bombardier Inc. déclare dans sa lettre de confort qu'elle n'est tenue d'aucune obligation juridique : « *It is important to note, however, the letter of comfort is only an implied warranty that Bombardier will support the operations of Bombardier Credit. Bombardier is under no legal obligation to support Bombardier Credit and does not guarantee its obligations under the Defaulted Receivables Put Limit* ». Cette lettre recèle une contradiction juridique : elle contient d'une part des engagements exprès, et de l'autre, un déni d'engagement juridique.

Les différentes catégories de lettres de confort	Lettres déclaratives responsabilité extracontractuelle	Lettres de confort responsabilité contractuelle
<p><b>1<sup>e</sup> catégorie :</b></p> <p>Lettres de référence au crédit</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• déclaration de simple connaissance du crédit</li> <li>• remerciement pour l'octroi du crédit</li> <li>• déclaration de simple approbation du crédit</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• clause d'approbation du crédit suivie d'un engagement quelconque</li> </ul>
<p><b>2<sup>e</sup> catégorie :</b></p> <p>Lettres relatives à la participation au capital de la filiale</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• simple déclaration de participation au capital</li> <li>• déclaration de politique générale de maintien de participation au capital</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• engagement précis de maintien de la participation au capital</li> <li>• obligation d'information en cas de non maintien</li> <li>• obligation d'émission de garanties en cas de non maintien</li> </ul>
<p><b>3<sup>e</sup> catégorie :</b></p> <p>Lettres portant sur la qualité de la gestion de la filiale</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• déclaration de politique générale de gestion rigoureuse</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• engagement de contrôle ou garantie de la qualité de la gestion de la filiale</li> </ul>
<p><b>4<sup>e</sup> catégorie :</b></p> <p>Lettres relatives à la structure financière de la filiale</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• promesse de maintenir la filiale dans une situation financière telle qu'elle sera en mesure de rembourser le crédit</li> <li>• engagement clair de mettre des fonds suffisants à la disposition de la filiale</li> </ul>
<p><b>5<sup>e</sup> catégorie :</b></p> <p>Lettres visant le remboursement direct du crédit</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• engagement de subordonner les créances de la société mère sur la filiale à celles résultant du crédit</li> <li>• engagement ferme de se substituer à la filiale pour le remboursement direct du crédit</li> </ul>

*Tableau récapitulatif 1 : inspiré des classifications faites par Bellis, Pouillet, de Vita, Bertrel, etc.*

En définitive, la lettre de confort comporte soit une obligation de ne pas faire (par exemple, ne pas retirer sa participation à une filiale), soit une obligation de faire (avertir au préalable le bénéficiaire de toute cession de participation, maintenir la participation à la filiale, contrôler la qualité de sa gestion), ou une obligation de donner (mettre des fonds à la disposition de la filiale, rembourser le crédit à sa place). Nous discuterons, au chapitre 4, des différentes modalités d'exécution de ces obligations. Mais au préalable, il convient que nous cherchions la limite des obligations que devra assumer l'émetteur de la lettre de confort.

## **Section 2 - La mesure des obligations nées de la lettre de confort**

Si nous admettons que l'émetteur de la lettre de confort a nécessairement souscrit une obligation juridique, encore faudrait-il que nous précisions s'il s'agit d'une obligation de moyens (§ 1) ou plutôt d'une obligation de résultat (§ 2).

### **§ 1 - Les lettres de confort faisant naître des obligations de moyens**

Nous rendrons compte d'abord de quelques arrêts ayant statué dans ce sens, puis nous ferons état des observations de la doctrine.

#### **1 - La jurisprudence**

Nous avons répertorié une quinzaine d'arrêts qui se sont penchés sur la question de savoir si l'émetteur d'une lettre de confort doit assumer une obligation de moyens ou de résultat<sup>215</sup>. Mais nous ne rendrons compte que de trois dans leurs faits et procédure.

---

<sup>215</sup> Montpellier, 10 janv. 1985, *D.* 1985. *I.R.* 340-342, obs. Vasseur (ou *Banque* n° 448, 1985, pp. 305-306 ; ou encore *Rev. trim. dr. com.*, vol. 41, n° 2, avr.-juin 1988, pp. 271-272, obs. Cabrillac et Teyssié) ; Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 5 mai 1988, *D.* 1989. *J.* 436-437 (1<sup>e</sup> espèce ; voir aussi *JCP.* 1988. *J.* 21112, note Estoup) ; Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch., 16 oct. 1985, *D.* 1989. *J.* 438-439 (2<sup>e</sup> espèce) ; Paris, 1<sup>e</sup> ch., 18 déc. 1987, *D.* 1989. *J.* 439 (3<sup>e</sup> espèce) ; Paris, 3<sup>e</sup> ch., 10 mars 1989, *D.* 1989. *J.* 440 (4<sup>e</sup> espèce. V. aussi *D.* 1989. *Somm.* 294 ou *Gaz. Pal.*, 1989. *J.* 292, note J.-P. Marchi ; Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 5) ; Paris, 1<sup>e</sup> ch., 16 juin 1986, *D.* 1987. *Somm.* 297, obs. Vasseur ; Cass. com., 21 déc. 1987, *D.* 1989. *J.* 112-115 ; *Banque et Droit* n° 1, nov.-déc. 1988, p. 18 ; Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 31 mai 1989, *Bull. Joly* 1990, 362-366 (v. aussi *D.* 1989. *Somm.* 327, obs. Vasseur) ; Versailles, 9 févr. 1989, *D.* 1991, *Somm.* 35-36 ; Supreme Court of New South Wales, *BBL v. Australian National Industries*, *JIBL*,

- *Soc. générale de fonderie (SGF) c/ Soc. Anon. Champex*  
Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 10 mars 1989<sup>216</sup>

Le 7 août 1981, la Société générale d'hydraulique et de mécanique (GHM) contracte auprès de la Société de développement régionale Champex deux emprunts remboursables en 12 ans d'un montant de 5,2 millions F. Par lettre du 16 juin 1981, la Société générale de fonderie (SGF) s'engage pour le compte de sa filiale GHM en ces termes :

« notre filiale, la société GHM a récemment sollicité auprès de votre société l'octroi de deux prêts à douze ans d'un montant global de 5,2 millions F. L'octroi de ces crédits nous paraît souhaitable dans le cadre de la politique d'investissements et de financement de notre groupe. Compte tenu de notre politique constante de faire qu'aucun établissement de crédit n'encoure 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 années 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 »<sup>217</sup>.

Cinq ans environ après cette lettre, précisément le 26 mars 1986, GHM tombe en redressement judiciaire. Le 2 juillet de la même année, la Soc. Champex saisit le Tribunal de commerce aux fins de voir la SGF, société mère, condamnée à lui verser la somme 1 035 250 F représentant l'échéance non payée par GHM le 8 avril 1986. Le Tribunal de commerce juge que par la lettre du 16 juin 1981 - dont nous venons de citer la substance -, la SGF avait contracté « une véritable obligation de résultat » par laquelle elle garantissait l'échéance contractuelle de l'emprunt de sa filiale. Le Tribunal constate, en outre, que la SGF, elle, ne se trouve pas en cessation de paiements. Il la condamne alors à payer la somme principale réclamée par la Soc. Champex plus des dommages-intérêts, en ordonnant dans le même temps une procédure d'exécution provisoire.

---

Commercial Division, mars 1990 ; Montpellier, 10 janv. 1991, *Banque & Droit* n° 42, juil.-août 1995, p. 7 ; Paris, 3<sup>e</sup> ch. A. 15 oct. 1991, *Revue de droit bancaire* n° 35, janv.-févr. 1993, pp. 50-51 ; Chambéry, 5 juin 1992, *Revue de droit bancaire* n° 35, janv.-févr. 1993, p. 51.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> *Ibid.*, *Dalloz*, p. 440 ; *Gaz. Pal.*, p. 294.

Sur assignation en référé du 17 juin 1988, la SGF obtient la suspension de l'exécution provisoire, au motif qu'une telle exécution « la contraindrait à déposer son bilan et à licencier 159 salariés qui seraient privés de préretraite ». La SGF défère le jugement du Tribunal de commerce devant la Cour d'appel de Paris en soutenant qu'elle n'avait souscrit à l'égard de la Soc. Champex qu'une obligation de moyens, obligation qu'elle a d'ailleurs assumée jusqu'au « bord de son propre dépôt de bilan ». Par infirmation, elle prie la Cour de la décharger et de condamner l'intimée aux dépens. Cette dernière conclut à la confirmation du jugement du Tribunal, mais par demande reconventionnelle, se prévaut également de la déchéance du terme encourue et renchérit sa réclamation. La Cour est ainsi saisie sur le point de savoir si l'obligation qui incombe à SGF est une obligation de moyens ou de résultat.

En l'occurrence, la Cour d'appel de Paris a d'abord repris le principe dégagé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 déc. 1987 précité (voir *supra* note 67) : « il est admis, considère la Cour d'appel, qu'une lettre d'intention malgré son caractère unilatéral peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat »<sup>218</sup>.

La Cour d'appel s'est ensuite attachée à l'analyse des termes employés par la SGF dans sa lettre pour apprécier la mesure exacte de ses engagements. La Cour relève, à cet égard, que la société SGF a donné son assurance de faire « tous ses efforts » pour mettre la filiale en mesure de remplir ses obligations vis-à-vis de la société Champex. Mais cette expression ne signifie aucunement que la société mère se substituerait à sa filiale en cas de défaillance de celle-ci. En conséquence, la Cour décide « qu'il s'agit, en l'espèce d'une obligation de moyens et non d'une obligation de résultat assimilable à un cautionnement ». L'hypothèse de substitution de la filiale n'est envisageable qu'en cas de cautionnement. Or, le cautionnement ne se présume pas, souligne la Cour ; il « ne pourrait résulter que d'une manifestation non équivoque de volonté qui n'existe pas dans la lettre soumise à l'appréciation de la cour ». Pour savoir si la SGF a rempli ses obligations de moyens, la Cour d'appel énumère toutes les

---

<sup>218</sup> *Ibid.*

mesures d'intervention de la SGF au chevet de sa filiale et établit que la société mère « avait exécuté l'obligation de diligence qu'elle avait préalablement souscrite »<sup>219</sup>. Ce qui n'est pas le cas dans la deuxième espèce que nous voulons rapporter.

- ***Sté Banque Atlantique de Côte d'Ivoire c/ Compagnie GTIE***  
**Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 9 févr. 1989, note Vasseur<sup>220</sup>**

Dans cette espèce, une société française, la Compagnie générale de travaux et d'installations électriques (GTIE), adresse à une banque ivoirienne une « lettre d'intention » en appui à la demande de crédit de sa filiale. Dans cette lettre, la société mère donne l'assurance à la banque quant à sa participation dans le capital de sa filiale :

« 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 prévenus 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 notamment à ce que les engagements pris en cette matière vis-à-vis de votre établissement soient tenus »<sup>221</sup>.

Par suite de circonstances non rapportées, sans en avertir au préalable la banque, la société mère réduit considérablement sa participation au capital de sa filiale, dont elle n'a conservé finalement que 5 %. Elle manifesterait ainsi sa volonté de minimiser pour elle-même la mauvaise gestion de la filiale, gestion dont elle serait responsable en tant qu'actionnaire majoritaire.

Statuant sur cette affaire le 14 avril 1988, le Tribunal de commerce de Versailles donne raison à la société mère d'avoir agi ainsi. La banque défère ce jugement devant la Cour d'appel de Versailles, laquelle le réforme au motif que la société mère a contracté à l'égard de la banque ivoirienne « une obligation de mettre en œuvre tous les moyens raisonnables en son pouvoir pour permettre à sa filiale de respecter ses engagements vis-à-vis de la banque, sans

---

<sup>219</sup> Nous réservons les modalités d'exécution des obligations pour notre quatrième et dernier chapitre.

<sup>220</sup> Op. cit., *supra* note 215 ; voir aussi Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 5.

<sup>221</sup> *Ibid.* p. 6 ; v. aussi *supra* note 215, pp. 35-36.

pour autant donner à celle-ci une garantie de résultat ». Pour n'avoir pas averti la banque de la réduction de sa participation, contrairement à l'engagement qu'elle a pris, la société mère a empêché la banque « de prendre toutes les mesures qu'elles auraient jugées opportunes à la suite de la situation nouvelle créée par son désengagement ». Une telle interprétation ne suscite d'ailleurs aucun doute, puisque la société mère, elle-même, « a témoigné qu'elle avait conscience de n'avoir pas rempli son obligation de moyens »<sup>222</sup>. En conséquence, la société mère a été condamnée à payer la dette de sa filiale.

La Compagnie GTIE se pourvoit en cassation, en reprochant à la Cour d'appel de l'avoir condamnée au paiement, sans même chercher à savoir si elle, la société mère, avait mis en œuvre tous les moyens qu'elle pouvait raisonnablement mobiliser. Dans un arrêt du 19 mars 1991, rapporté par Villeroil<sup>223</sup>, la Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel en relevant que le « désengagement brutal » de l'émetteur de sa propre filiale est une « violation intentionnelle de la convention le liant à la banque ».

● *CRCA c/ SARL Trocadero Bellevue*

**Cass. com., 4 oct. 1994**<sup>224</sup>

Dans cet arrêt, une société mère, Trocadero Bellevue, adresse à l'établissement financier CRCA une lettre de confort pour le compte de sa filiale, la société La Taste. Cette lettre est ainsi rédigée : « nous vous confirmons l'intention de notre groupe de conserver son influence majoritaire au sein de la société La Taste et nous engageons à faire tout notre possible pour que cette société poursuive son activité de façon qu'elle puisse notamment tenir ses engagements vis-à-vis de votre banque »<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>223</sup> *Op. cit.*, *supra* note 100, p. 6.

<sup>224</sup> *Quot. jurid.* 1995 n° 15 ; *Banque et Droit* n° 43, p. 6, commentaire de Villeroil.

<sup>225</sup> *Ibid.*

La filiale fait ensuite l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, laissant derrière elle une ardoise de 6 millions de francs dans les livres de la banque. Celle-ci se retourne alors contre la société mère pour le paiement de cette somme. Sa demande a été rejetée par le juge du fond au motif que la société mère n'était tenue que d'une obligation de moyens. La banque se pourvoit en cassation.

La Cour de cassation, de son côté, décide que c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu cette qualification et qu'elle l'a fait « hors toute dénaturation ». Le juge de cassation a toutefois annulé l'arrêt déféré devant lui au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché si la Société Trocadero Bellevue « avait mis en œuvre tous les moyens dont elle disposait pour permettre à la Société La Taste de poursuivre son activité »<sup>226</sup>.

A partir des arrêts dont nous venons de rendre compte, on s'aperçoit que pour qualifier une obligation de moyens, les juges tiennent surtout compte des termes employés par l'émetteur de la lettre pour signifier son engagement et ne fondent pas toujours leurs décisions en droit. La doctrine trouve que ce critère est insuffisant, voire inutile parfois.

## 2 - La position de la doctrine

Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 1989 précité, le juge estime que : « [l]a 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 qui peut être plus ou moins contraignante »<sup>227</sup>. Mais dans le même arrêt, la Cour d'appel a refusé de qualifier l'obligation en question de « résultat » parce que la société mère n'a pas pris l'engagement de se substituer à sa filiale en cas de défaillance de celle-ci.

---

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> *Op. cit.*, *supra* note 215, p. 294.

Aynès, dans sa note sous ledit arrêt, trouve curieux un tel raisonnement. Pour lui, lorsque la Cour de cassation (21 déc. 1987 précité) pose le principe selon lequel l'engagement de l'émetteur de la lettre peut consister en une obligation « 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 », un tel principe n'exclut pas l'obligation de faire ayant pour objet un résultat. Aynès ajoute que le choix entre l'obligation de résultat et la simple obligation de prudence ou de diligence ne doit pas seulement dépendre des termes employés<sup>228</sup>. Selon l'auteur, le résultat attendu par le bénéficiaire de la lettre doit rester le principe, qui ne sera écarté que lorsque le résultat est aléatoire ou incertain compte tenu des moyens dont dispose l'émetteur<sup>229</sup>. En d'autres termes, si l'émetteur se soustrait à ses obligations par simple réflexe de survie - ce qui n'est point une « force majeure exonératoire » -, il sera tout de même tenu sur le résultat.

Baillod n'est pas de cet avis. Comme la Cour d'appel de Paris précitée, elle soutient que même s'il résulte des formules que le souscripteur promet bien un résultat (le paiement de la dette de la filiale), ce dernier ne s'engage pas expressément à se substituer au débiteur envers le créancier. Même si la société mère promet de faire « tous ses efforts » ou « tout son possible », son obligation demeure une obligation de moyens<sup>230</sup>.

La position de Terray est à cet effet. Selon cet auteur, l'obligation de moyens est l'analyse la plus plausible que l'on puisse faire en l'absence d'indication contraire dans le texte de la lettre ou dans le contexte qui l'entoure. Pour Terray, cette qualification respecte le « principe sacré » de l'indépendance dont jouissent les sociétés les unes par rapport aux autres, étant entendu que l'émetteur, dans certaines circonstances, peut être en faute vis-à-vis de sa propre société<sup>231</sup>. Terray avance même, à l'appui de l'émetteur qui allègue n'avoir souscrit

---

<sup>228</sup> Jean-Pierre Marchi, dans sa note sous Paris, 10 mars 1989 précité, partage ce point de vue : « Il appartient au juge de donner ou de restituer son exact qualification à un pareil acte, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées » (p. 295). Hériaud va dans le même sens : « selon l'ambiguïté ou non de la rédaction, le contexte prend parfois le pas sur le texte lui-même » (op. cit., *supra* note 94, p. 20). Najjar partage également cette position : les juges statuent sur la lettre en tenant compte aussi bien des éléments de fait que des expressions employées dans la lettre de confort (op. cit., *supra* note 10, p. 219).

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 555.

<sup>231</sup> Terray, op. cit. *supra* note 12, pp. 336-337.

qu'une obligation de moyens, que la qualité de professionnel averti de la banque bénéficiaire devrait le conduire à distinguer entre les lettres qui lui sont adressées.

Bertrel, pour sa part, souligne que l'émetteur tenu d'une obligation de moyens ne s'est pas engagé à procurer un résultat déterminé, mais seulement à la mise en œuvre diligente de moyens tendant à la réalisation de ce résultat ; il en est ainsi même si la société émettrice s'engage à « faire tout son possible ». Bertrel ajoute, toutefois, que lorsque la société mère exerce un contrôle absolu sur sa filiale (hypothèse relativement fréquente), les juges devraient être portés à qualifier les termes imprécis « faire tout son possible » d'obligation de résultat. L'auteur en conclut que les lettres de confort comportant une obligation de faire ne seront que rarement constitutives d'une simple obligation de moyens<sup>232</sup>. Bellis s'inscrit dans le même ordre d'idée. Dans son essai de classification des clauses de lettres de confort, rares sont celles auxquelles il n'a attaché qu'une obligation de moyens<sup>233</sup>. Ce qui nous incite à examiner, sans plus tarder, les lettres de confort qui font naître à la charge de leurs auteurs une obligation de résultat.

## § 2 - Les lettres de confort constitutives d'obligations de résultat

Comme au paragraphe précédent, nous rapporterons un certain nombre d'arrêts ayant pris position sur la question, avant de parler du point de vue de la doctrine.

### 1 - La jurisprudence

- **Trib. com. de Paris, 13 octobre 1981**<sup>234</sup>.

Nous avons déjà relaté les faits et la procédure de cette espèce<sup>235</sup> et comme nous le promettons en *supra*, note 151, nous donnerons ici l'étendue des obligations dont l'émetteur a été tenu par le Tribunal. Rappelons qu'en l'occurrence, une société mère, Le Droff, a adressé

---

<sup>232</sup> Bertrel, op. cit., *supra* note 19, p. 896.

<sup>233</sup> Bellis, op. cit., *supra* note 5, pp. 149-162.

<sup>234</sup> Op. cit., *supra* note 55.

<sup>235</sup> V. *supra*, pp. 53-55.

à une banque et pour le compte de sa filiale la lettre dont la substance suit :

« 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 [Aquatic] 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 [Aquatic], 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 prises au préalable et d'un commun accord »<sup>236</sup>.

La filiale étant en défaut, le juge a retenu contre la société mère une obligation de faire. Pour déterminer l'étendue de cette obligation, le Tribunal a procédé à une analyse exégétique de la lettre litigieuse. De l'avis du juge, le premier membre de phrase montre que le souscripteur vise la généralité des cas et ne se cantonne pas à l'hypothèse particulière du paragraphe suivant. « Prendre toutes les dispositions pour », raisonne le juge, est bien agir soi-même en vue d'un certain but : les prendre « dès maintenant » alors qu'il n'y a pas encore d'engagements brûlants et exigibles, c'est bien déclarer faire le nécessaire pour que l'avenir ne pose pas de problèmes. C'est également dire - implicitement mais nécessairement - qu'*fortiori* l'on prendra encore, s'il le faut, les dispositions voulues lors de l'exigibilité des engagements considérés<sup>237</sup>. Le juge poursuit en soutenant que « prendre toutes les dispositions nécessaires pour... est, au sens littéral, s'engager sur un résultat » ; il ajoute que lorsque le résultat dépend de la seule action de celui qui l'a promis et non de celle d'un tiers, l'obligation doit être de résultat<sup>238</sup>.

Pour savoir si la société mère avait les moyens d'atteindre les résultats qu'elle a promis, le juge revient au contexte dans lequel la lettre avait été envoyée. Il constate qu'à l'époque de l'octroi de la lettre de confort, l'autonomie financière de la filiale, la société Aquatic, était nulle. La société Le Droff possédait la majorité des actions (soit 67 %) et disposait de tous les postes de direction. De ce point de vue, argumente le juge, la société mère ne peut plaider avoir été trompée sur la situation de la société reprise, car la lettre avait

<sup>236</sup> Pouillet, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 687 ; Martin, *op. cit.*, *supra* note 86, p. 1456 ; Vasseur, *ibid.*, p. 198.

<sup>237</sup> Martin, *ibid.*, p. 1458 ; Pouillet, *ibid.*

<sup>238</sup> Pouillet, *ibid.*, p. 688.

été donnée quatre mois après la découverte des comptes réels faisant ressortir une perte énorme. La société mère peut-elle évoquer le cas de force majeure ? Il ne peut en être question. Selon le juge, « le fait que l'exécution de l'obligation se révèle plus onéreuse que ce qui était prévu » ne peut être considéré comme un cas de force majeure.

Le Tribunal conclut dès lors que « tenue sans réserve par une obligation de résultat, la société [Le Droff] assure une obligation contractuelle de comblement du solde débiteur de la banque. À défaut, [elle] doit être tenu[e] à des dommages et intérêts lesquels auront pour objet de réparer le préjudice né de l'inexécution de l'obligation »<sup>239</sup>. Dans l'affaire suivante, le caractère de l'obligation assumée par l'émetteur paraît plus évident que dans l'espèce *Le Droff*.

- **Montpellier, 10 janvier 1985**<sup>240</sup>

À l'occasion d'un prêt de plus de dix millions que la Société [française] de développement régional (SDR) du Languedoc-Roussillon consent à sa filiale en France, une société espagnole émet une lettre de confort ainsi libellée :

« ... En qualité d'actionnaire majoritaire ..., nous affirmons notre intention de suivre et de soutenir notre filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de nous substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pourrait prendre à votre égard, notre souci étant de veiller de façon durable à sa totale solvabilité. Nous confirmons notre intention, en cas de nécessité, d'effectuer immédiatement les démarches nécessaires auprès de nos autorités pour obtenir l'autorisation de transfert de fonds ».

La filiale espagnole est déclarée en liquidation des biens. La SDR réclame alors paiement à la société mère sur le fondement de la lettre de confort. La société espagnole nie tout engagement juridique et évoque à l'appui de sa défense le parère du président de

---

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> Op. cit., *supra* note 215, obs. Vasseur.

l'Association française des banques<sup>241</sup>. Rappelons que selon ce parère, la lettre de confort ne constitue qu'un « engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit ».

Le Tribunal de commerce puis la Cour d'appel de Montpellier ont rejeté l'argument de la société mère en analysant son engagement comme étant constitutif d'une « obligation de résultat clairement exprimée par l'acceptation de se substituer ... à sa filiale ». Le Tribunal et la cour se refusent toutefois à qualifier cette obligation « d'engagement de caution » ; ce qui suscite la critique de Vasseur, comme nous le verrons plus loin. Cet arrêt a d'ailleurs été cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 décembre 1987 : le juge d'appel ayant fait appel à la loi française pour apprécier les règles de pouvoir d'une société espagnole. C'est la première affaire de lettre de confort soumise à la plus haute juridiction.

- **Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 15 oct. 1991, note Contamine-Raynaud<sup>242</sup>**

Dans cette affaire, une banque française (CCF) accorde un crédit à la société Sic Transit, filiale de la société Express Air Cargo (EAC). Le 18 juin 1986, cette dernière adresse à la banque une lettre dans laquelle elle affirme son engagement à maintenir sa participation majoritaire dans le capital de la filiale pendant la durée du crédit. La société mère EAC affirme également qu'elle ferait le nécessaire pour que la banque ne subisse aucun préjudice du fait de sa filiale<sup>243</sup>.

Deux ans environ après la souscription de cette lettre, la société Sic Transit fait l'objet d'une liquidation judiciaire. La banque déclare sa créance, qui s'élève en ce moment à 835 690,98 F, et réclame à la société mère le paiement de cette somme ; mais en vain. Elle assigne alors EAC en paiement devant le Tribunal de commerce de Créteil. Par jugement en date du 5 février 1991, le Tribunal condamne EAC au paiement de ladite somme en principal et en intérêts.

---

<sup>241</sup> V. *supra* note 102, p. 38.

<sup>242</sup> Op. cit., *supra* note 215.

<sup>243</sup> Ces faits ont été rapportés par Contamine-Raynaud, *ibid.*, p. 50.

La société mère défère ce jugement devant la Cour d'appel de Paris à l'effet de savoir notamment la portée de l'engagement qu'elle a souscrit<sup>244</sup>. En fait, les moyens présentés par la société requérante ne contestent pas le caractère contraignant de la lettre du 18 juin 1986. Ils relèvent toutefois qu'en l'occurrence, la société mère, n'ayant pas souscrit un cautionnement, ne devrait être tenue que d'une obligation de moyens et non de résultat. EAC soutient avoir rempli son obligation de moyens parce qu'il a dû abandonner une créance de 2000 000 F qu'il détenait sur sa filiale.

La Cour note que la société mère a pris l'engagement de « faire le nécessaire » pour que sa filiale respecte ses engagements envers la banque. La Cour précise qu'il s'agit ici d'une « obligation dont les moyens n'étaient pas précisés, mais qui devaient atteindre un résultat déterminé : l'absence de tout préjudice pour le CCF »<sup>245</sup>. Ayant constaté que ce résultat n'est pas atteint, la Cour estime qu'il est inutile d'examiner les efforts accomplis par EAC en faveur de sa filiale. De toute façon, si ces efforts avaient été suffisants, le résultat aurait dû être atteints. Contamine-Raynaud soutient la décision de la Cour en faisant valoir que « la formule de la lettre, particulièrement claire, visait une obligation de résultat et ne pouvait susciter d'autre interprétation »<sup>246</sup>.

Dans une espèce, soumise cette fois-ci à la Cour de Cassation<sup>247</sup>, une société mère s'engage à faire « tout le nécessaire » pour que sa filiale « dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements ». Pour la Cour de cassation, « la lettre [contient] une obligation de résultat dès lors qu'elle [est] de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur »<sup>248</sup>.

La Cour de cassation a d'ailleurs plus tendance à qualifier d'obligation de résultat l'engagement de l'émetteur d'une lettre de confort, pour peu que cet engagement soit

---

<sup>244</sup> EAC allègue également le défaut de l'autorisation de son conseil d'administration. Nous ferons part de la position de la cour sur cette question dans le quatrième chapitre.

<sup>245</sup> Ainsi rapporte Contamine-Raynaud.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>247</sup> Affaire *Citibank c. CEPME*, Cass. com, 23 oct. 1990, *JCP* Ed. E. 1991 n° 154, note Larroumet ; citée par Villeroil, op. cit., *supra* note 100, pp. 6-7.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 7

contraignant. Dans une autre affaire qui lui a été récemment soumise, la lettre délivrée par la société mère est ainsi libellée :

« C'est une politique de longue date de notre part de soutenir la Société Audax et de faire en sorte qu'aucun organisme de prêt n'encoure aucune perte du fait de ses opérations avec elle. Cette politique sera suivie pour le concours précité.  
En accord avec cette politique, nous vous confirmons par la présente que nous ferons tout le nécessaire pour que la Société Audax dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face aux obligations envers vous au titre de ce crédit de campagne à l'échéance convenue »<sup>249</sup>.

Le signataire de la lettre soutient que c'est à tort que la Cour d'appel a retenu contre lui une obligation de résultat, alors même que le texte de la lettre prête à équivoque. La Cour de cassation relève que l'ambiguïté de la lettre rendait justement nécessaire l'interprétation ainsi faite par la Cour d'appel.

Villeroil a cité une dizaine d'arrêts récents de la Cour de cassation dans lesquels l'on pourra constater la tendance de la Cour à opter pour une interprétation stricte de la lettre de confort contre son souscripteur<sup>250</sup>.

## 2 - Classification des clauses

En nous servant des clauses constitutives d'engagement telles que dégagées par Bellis<sup>251</sup>, nous proposons de qualifier d'obligation de moyens, d'une part, les clauses dans lesquelles :

---

<sup>249</sup> Affaire *Charles Legorju*, Cass. com., 29 mars 1994, *Quot. jurid.*, 1994, n° 45 ; cité par Villeroil, *ibid.*, p. 7.

<sup>250</sup> Rappelons le titre de l'article de Pierre Villeroil, « La lettre d'intention à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Banque & Droit* n° 43, sept.-oct. 1995, pp. 3-11.

<sup>251</sup> Bellis, *op. cit.*, *supra* note 5, pp. 151-162. La catégorisation que nous proposons ici, ainsi que le tableau récapitulatif qui l'accompagne, sont une synthèse des clauses dégagées notamment par Bellis - mais également par d'autres auteurs - et par la jurisprudence. Nous ne convenons pas toujours avec les qualifications qu'ils ont proposées. Nous nous sommes tout de même largement inspiré d'eux.

- La société mère promet la mise en œuvre de certains moyens afin d'atteindre le résultat. Ici, il faut distinguer entre plusieurs hypothèses :

1. La société promet que la filiale sera maintenue dans une situation financière la mettant en mesure de rembourser le crédit<sup>252</sup>. Bellis propose dans ce cas qu'on qualifie l'obligation « de résultat final médiatisé » ; c'est une sorte d'obligation intermédiaire entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat. Nous trouvons qu'une telle suggestion relève d'un relativisme juridique et nous avons du mal à y accéder. Si cette clause n'est accompagnée d'aucune autre précision, nous trouverions plus indiqué de lui attacher une obligation de moyens.
2. La société mère promet que la filiale sera gérée de façon à pouvoir rembourser le crédit<sup>253</sup>, mais ne dispose pas du contrôle absolu sur elle.
3. La société mère promet exclusivement la mise en œuvre de certaines conditions sans référence quelconque au résultat à atteindre.

Villeroil constate que l'obligation de moyens se traduit généralement par des expressions telles que : « veillera à... », « s'efforcera de ... », « fera tout son possible pour... », « accomplira tous ses efforts... ». Mais il note toutefois une formule ambiguë : le cas où l'auteur de la lettre se borne à mentionner « qu'il ne se désintéressera pas » du bon déroulement du crédit<sup>254</sup>.

Seront, d'autre part, constitutives d'obligations de résultat les clauses dans lesquelles :

- La société mère promet la mise en œuvre de certains moyens afin d'atteindre le résultat. Plusieurs hypothèses sont à distinguer :

---

<sup>252</sup> Cf. Bellis, *ibid.*, *op. cit.*, lettres n° 40, 47 et 55.

<sup>253</sup> *Ibid.*, lettres n° 1, 2, 13, 14, 27, 32.

<sup>254</sup> Villeroil, *op. cit.*, *supra* note 100, p. 5.

1. La société mère promet de mettre des fonds à la disposition de sa filiale<sup>255</sup>.
  2. La société mère, disposant du contrôle absolu de sa filiale, promet que cette filiale sera gérée de façon à pouvoir rembourser le crédit<sup>256</sup>.
  3. La société mère promet de maintenir dans la filiale certains ratios financiers<sup>257</sup>.
- La société mère promet la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires pour que le résultat, le remboursement du crédit par la filiale, soit atteint<sup>258</sup>.
  - La société mère s'engage à subordonner ses propres créances sur la filiale à celles résultant pour le bénéficiaire de la lettre de confort de l'octroi du crédit<sup>259</sup>.
  - La société mère promet spécifiquement le remboursement du crédit<sup>260</sup>.

Lorsque l'obligation est de résultat, le souscripteur « promet », « garantit », « donne l'assurance », « fera tout le nécessaire pour... », « prendra toutes les dispositions pour .. » que le débiteur soit en mesure de faire face à ses engagements<sup>261</sup>.

En définitive, en mettant hors propos les lettres qui ne comportent pas d'engagement juridique (parce que, selon nous, elles ne constituent pas des lettres de confort), nous pouvons affirmer que les lettres de confort constituent soit une obligation de faire (qui peut être de moyens ou de résultat suivant les termes), soit une obligation de ne pas faire (qui est forcément une obligation de résultat), ou carrément une obligation de donner (qui s'analyse en une obligation de résultat). S'il nous était permis d'établir une gradation dans les obligations, nous établirions la typologie suivante :

---

<sup>255</sup> Bellis, *ibid.*, lettre n° 9.

<sup>256</sup> *Ibid.*, lettres n° 1, 2, 13, 14, 27, 32.

<sup>257</sup> *Ibid.*, lettres n° 2, 7 et 9.

<sup>258</sup> *Ibid.*, lettres n° 8, 20, 53 et 31.

<sup>259</sup> *Ibid.*, lettres n° 2, 7, 10, 14 et 16.

<sup>260</sup> *Ibid.*, lettre n° 4.

<sup>261</sup> Villeroil, *op. cit.*, *supra* note 100, p. 5.

- Lettre de confort du premier degré : obligation de ne pas faire (obligation de résultat, mais moins contraignante)
- Lettre de confort du deuxième degré : obligation de faire (obligation de moyens, légèrement contraignante)
- Lettre de confort du troisième degré : obligation de faire (obligation de résultat, contraignante).
- Lettre de confort du quatrième degré : obligation de donner (obligation de résultat, plus contraignante).

Tenant compte de cette distinction et des clauses dont nous venons de reprendre la classification, nous avons conçu un tableau récapitulatif qui complète le premier que nous avons fourni en *supra*, p. 78.

Si nous avons admis que la lettre de confort n'est pas seulement un engagement moral mais d'abord et avant tout un véritable engagement juridique, si nous tenons pour acquis que cet engagement juridique consiste soit en une obligation de moyens, soit en une obligation de résultat, il ne nous reste plus qu'à examiner les modalités d'exécution de ces obligations. Ce sera l'objet de notre quatrième et dernier chapitre qui démarre à la page 96.

	Obligations de moyens	Obligations de résultat
<b>Obligations de ne pas faire</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• La société mère promet de ne pas retirer sa participation dans le capital de la filiale</li> <li>• La société mère s'engage à subordonner ses propres créances sur la filiale à celle résultant de l'octroi du crédit ( 1° )</li> </ul>
<b>Obligations de faire</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La société promet de faire tous ses efforts ou tout son possible pour maintenir la filiale dans une situation financière telle qu'elle serait en mesure de rembourser le crédit</li> <li>• La société promet de veiller ou d'être attentif à la qualité de la gestion de la filiale, alors qu'elle ne détient pas un pouvoir de contrôle absolu</li> <li>• La société promet de mettre en œuvre certains moyens sans référence quelconque au résultat à atteindre ( 2° )</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La société mère promet d'aviser préalablement de toute décision de réduction ou de retrait de participation</li> <li>• La société détenant le pouvoir de contrôle absolu sur sa filiale garantit la qualité de sa gestion</li> <li>• La société mère promet de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour que la filiale rembourse le crédit ( 3° )</li> </ul>
<b>Obligations de donner</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• La société mère promet de mettre des fonds à la disposition de sa filiale</li> <li>• La société mère promet spécifiquement le remboursement du crédit ( 4° )</li> </ul>

*Tableau récapitulatif 2 : ce tableau est à titre indicatif.*

## Chapitre 4

### **Exécution des obligations liées à la lettre de confort**

Il apparaît nécessaire d'envisager ici deux hypothèses : celle où la société mère exécute volontairement les obligations nées du chef de la lettre de confort qu'elle a émise (section 1) et celle où l'exécution de cette lettre est forcée par une procédure judiciaire (section 2).

#### **Section 1 - L'exécution volontaire de la lettre de confort**

La lettre de confort étant une sûreté ou y tenant lieu, nous l'avons jusqu'ici examinée dans le cadre du commerce. De ce point de vue, la lettre de confort émise par une société mère est un acte de commerce<sup>262</sup> dont il faudra vérifier les conditions de validité par rapport au droit des sociétés (§ 1). Mais une telle vérification n'a d'intérêt que pour les actionnaires de la société mère et autres tiers. Pour l'établissement de crédit qui bénéficie de la lettre de confort, l'émetteur devra répondre de ses obligations soit sur le compte de la société qu'il représente, soit sur son compte personnel. En tout cas, l'émetteur dispose de plusieurs modalités pour s'exécuter (§ 2).

---

<sup>262</sup> Pour la Cour de cassation, ont un caractère commercial, les engagements de caution pris par des non-commerçants, dès lors qu'ils garantissent une dette commerciale à laquelle ils trouvent un intérêt personnel d'ordre patrimonial (application de la théorie de la commercialité par accessoire, v. Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 570). A plus forte raison, est commerciale, de notre point de vue, la lettre de confort souscrite par le dirigeant d'une société pour couvrir le crédit accordé par une banque à sa filiale.

## **§ 1 - Les obligations de l'émetteur au regard du droit des sociétés et de la réglementation des investissements**

Nous aborderons cet aspect surtout dans le cadre du droit français des sociétés, car c'est en France que la question a été largement agitée par la jurisprudence et la doctrine. Nous tenterons, toutefois, de faire des parallèles entre le droit français et le droit québécois des compagnies. Puisque la société anonyme (qui est la forme de société pour laquelle est requise une autorisation préalable en France) n'existe pas au Québec, pour des fins de comparaison nous prendrons la société en nom collectif (qui est la société de droit commun du Code civil du Québec). Nous ne sommes pas certain de tirer des conclusions significatives d'une telle comparaison.

Nous examinerons tour à tour le problème de l'autorisation préalable de la lettre par le conseil d'administration de son émetteur ; puis celui de l'enregistrement comptable de la lettre de confort ; et enfin, celui lié à la réglementation des investissements et des changes. Soulignons avant de commencer que seule la question de l'autorisation du conseil d'administration nécessite un plus ou moins long développement ; la solution aux deux derniers problèmes découlera logiquement celle adoptée pour la première question.

### **1 - L'autorisation préalable de la lettre de confort**

La jurisprudence et la doctrine françaises se demandent depuis une quinzaine d'années si la lettre de confort doit être soumise au régime d'autorisation édicté pour les actes qui engagent l'intérêt des actionnaires et des créanciers d'une société anonyme.

En effet, en vertu des articles 98 alinéa 4 et 128 alinéa 2 de la loi française du 24 juillet 1966, les « cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers » doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration (premier article) ou du conseil de surveillance (second article) des sociétés

anonymes. La même loi précise que cette autorisation doit être d'une date antérieure de moins d'un an à celle de la signature des actes ci-dessus visés.

Les articles 89 et 113 du décret du 23 mars 1967 (portant respectivement sur les sociétés anonymes avec conseil d'administration ou de surveillance) précisent les conditions dans lesquelles le représentant légal de la société peut solliciter ladite autorisation. Il peut s'agir d'une autorisation au « cas par cas » ou d'une délégation plus large, n'excédant pas, en tout cas, un an. Dans la dernière hypothèse, le conseil d'administration fixe un montant annuel (une enveloppe globale) que le dirigeant ne doit pas dépasser. Si cela devrait être le cas, celui-ci est tenu de revenir devant le conseil pour solliciter une modification de la délégation ; autrement, l'acte posé par ce dirigeant ne serait pas opposable à la société<sup>263</sup>.

Le but visé par le législateur en édictant ces mesures est de limiter les pouvoirs du représentant légal de la société en vue de protéger les actionnaires et les créanciers contre ses actes jugés dangereux ou à gros risque. Les cautions, avals et garanties sont visés parce qu'ils comportent des risques de sortie de fonds pour la société.

Notons, en passant, que le droit français diffère, sur ce point, du droit québécois relatif aux sociétés en nom collectif. En effet, selon l'article 2213 du C.c.Q., le gérant nommé dans un contrat de société en nom collectif « peut faire, malgré l'opposition des associés, tous les actes qui dépendent de sa gestion, pourvu que ce soit sans fraude. Ce pouvoir de gestion ne peut être révoqué sans motif sérieux tant que dure la société ». L'on sait qu'en vertu des règles du mandat, le pouvoir accordé à une personne de faire un acte doit s'entendre aussi des actes qui découlent forcément de ce pouvoir ou de la fonction qu'exerce cette personne (art. 2136 et 2137, C.c.Q.). Autrement dit, le gérant de la société en nom collectif devient le seul à pouvoir poser les actes de gestion et disposer des biens mis en commun sans que les associés ne puissent s'y immiscer<sup>264</sup>. De ce point de vue, la question de l'autorisation préalable pour l'émission de la lettre de confort au Québec ne se poserait pas, en principe, dans le cadre

---

<sup>263</sup> Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 558 ; Terray, op. cit., *supra* note 12, p. 333 ; Bertrel, op. cit., *supra* note 19, p. 899 ; Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 9.

<sup>264</sup> Cf. Nicole Lacasse, *Droit de l'entreprise*, Les éditions Narval, Québec, 1997, p. 50 ;

d'une société en nom collectif ayant à sa tête un gérant nommé dans le contrat de société. Notre comparaison doit s'arrêter ici et il nous faut donc revenir au droit français.

En effet, la question se pose de savoir si la lettre de confort, dont nous venons de voir des modalités aussi contraignantes que la caution, peut faire partie des sûretés auxquelles se rapportent la loi française du 24 juillet 1966 et ses décrets d'application. À cet égard, nous ferons d'abord part de quelques décisions jurisprudentielles avant de faire état de la position de la doctrine.

### — La jurisprudence

Pour rendre compte de la position de la jurisprudence sur l'application de l'article 98 (ou 128) de la loi du 24 juillet 1966 aux lettres de confort, nous devons commencer par l'affaire sur laquelle a statué le Tribunal de commerce de Paris le 13 octobre 1981<sup>265</sup>, affaire à laquelle nous ajouterons quelques décisions récentes.

- Rappelons que dans l'espèce du Tribunal de commerce, c'était la première fois que les tribunaux français se penchaient, à titre principal, sur les questions juridiques que suscite la lettre de confort. Vasseur avait dit du jugement du Tribunal qu'il constituait « un exposé doctrinal de la question de la lettre d'intention ».

En effet, nous avons rapporté les faits et procédure de cette affaire dans notre deuxième chapitre pour montrer que la lettre de confort fait naître une véritable obligation juridique. Nous avons encore évoqué ce jugement dans notre troisième chapitre pour préciser l'étendue de cette obligation juridique : en l'occurrence, il s'agit d'une obligation de résultat. Comme nous le promettons plus haut, c'est encore à cette affaire que nous référerons d'abord pour préciser les conditions d'application de la loi du 24 juillet 1966 aux lettres de confort.

---

<sup>265</sup> Op. cit., *supra* note 142, pp. 51-53. Nous promettons en *supra*, note 244 de revenir sur cette affaire.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal a tenu la société mère d'une « obligation contractuelle de comblement du solde débiteur de la banque ». Cette obligation l'engage à « verser dans les caisses de la filiale les sommes qui lui sont nécessaires pour faire au moins face aux remboursements qu'elle doit à la banque ». De l'avis du tribunal, il n'y a pas de différence, sur le plan du risque, pour la société mère à se substituer à la filiale défaillante pour procéder elle-même à ce remboursement, d'une part, et le fait de procurer à cette filiale la trésorerie propre à lui permettre de faire face à sa dette envers la banque, d'autre part.

Le Tribunal juge qu'étant donné que « le développement des lettres de confort est précisément dû au désir d'éviter la procédure d'autorisation par le conseil d'administration prévue par l'art. 98 de la loi du 24 juillet 1966 ainsi que l'enregistrement de l'opération dans les engagements hors bilan, il serait anormal que, par le biais de "lettres de confort", la législation puisse en fait se trouver détournée »<sup>266</sup>. Dans le même temps, le Tribunal refuse d'appliquer l'art. 98 au cas d'espèce parce qu'il estime que l'émission de la lettre de confort apparaît davantage comme un acte normal et courant de gestion (« une suite logique des décisions antérieures ») que comme une « garantie » formelle. Nous préciserons dans le développement consacré à la doctrine l'avis de deux auteurs (Martin et Vasseur) sur cette décision. Mais auparavant, fournissons plus d'éléments jurisprudentiels.

- Dans l'affaire soumise à la Cour d'appel de Paris (3<sup>e</sup> ch. A, 15 oct. 1991)<sup>267</sup>, le juge s'est également penché sur l'application de l'article 98. Rappelons qu'en l'espèce, la société mère s'engageait à « faire le nécessaire » pour que la banque ne subisse aucun préjudice du fait du crédit qu'elle a octroyé à sa filiale. La Cour avait décidé qu'un tel engagement était constitutif d'une obligation de résultat. La lettre de confort en litige n'ayant pas été autorisée par le conseil d'administration de la société mère, la Cour avait également à statuer sur sa validité au regard de l'article 98.

---

<sup>266</sup> V. D. 1982. J. 198.

<sup>267</sup> Cf. *supra*, note 215 pour les références et les pages 85 à 87 pour les faits et procédure.

Sur ce point, la Cour a reconnu que « l'engagement litigieux, lourd de conséquences, constitue l'une des garanties visées » par ledit article. Cependant, elle a refusé de prononcer la nullité de la lettre de confort pour deux raisons : premièrement, à la date d'émission de la lettre litigieuse, la société mère n'était pas encore une société anonyme, forme de société visée expressément par l'article 98<sup>268</sup> ; deuxièmement, l'assemblée générale et le commissaire aux comptes de la société mère avaient approuvé sans réserve les comptes de l'exercice correspondant, alors même que ceux-ci mentionnaient le risque de voir la société appelée en garantie du fait de la lettre de confort<sup>269</sup>.

Ainsi, la Cour d'appel a abouti à la même solution que dans le jugement du Tribunal de commerce de Paris précité, sans pour autant en fournir les mêmes motifs. Il aurait été intéressant d'examiner davantage la procédure de ratification ou de normalisation du défaut d'autorisation du conseil d'administration, mais nous préférons nous en tenir à la solution de la Cour d'appel. Nous nous contentons de noter que pour la jurisprudence, certaines formes de lettres de confort, notamment celles dont les auteurs sont tenus d'une obligation de résultat, sont interprétées comme comportant des risques analogues à ceux attachés au cautionnement et, en conséquence, doivent être soumises au régime d'autorisation préalable édicté par l'article 98.

- Nous sommes porté à voir là une jurisprudence constante. Mais voici que survient un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 5 juin 1992<sup>270</sup> qui opte pour une solution « à contre courant ». Saisie sur renvoi après cassation, « la Cour estime [en l'espèce] que la lettre ne constituait qu'un simple confort qui n'est soumis à aucun formalisme. Selon l'arrêt, il ne s'agit ni d'une caution, ni d'un aval, ni d'une garantie et l'accord du conseil d'administration ne s'imposait donc pas »<sup>271</sup>. Mais dans le même temps, la Cour condamne l'émetteur parce que la

---

<sup>268</sup> Il faut préciser que la procédure d'autorisation imposée par l'article 98 ne concerne ni les sociétés à responsabilité limitée, ni les sociétés en nom collectif, ni les sociétés civiles, ni les sociétés en commandite simple. La loi du 24 juillet 1966 a, en effet, considéré que ces sociétés étaient suffisamment protégées par leur objet social. C'est la raison pour laquelle il ne nous paraît pas opportun de comparer le droit français des sociétés anonymes avec le droit québécois des compagnies commerciales ; cf. Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 9 ; v. aussi Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 568.

<sup>269</sup> Solution rapportée par Contamine-Raynaud, *Revue de droit bancaire*, n° 35, jan.-févr. 1993, p. 51.

<sup>270</sup> *Ibid.*.

<sup>271</sup> *Ibid.*

lettre comporte l'engagement pour la société mère d'assurer la couverture des besoins financiers de sa filiale. Il y a une contradiction évidente dans une telle décision et Contamine-Raynaud n'a pas hésité à la relever. La Cour ne peut pas définir ainsi l'obligation souscrite par la société mère et dans le même temps juger qu'il ne s'agit que d'un « simple confort ». La décision de la Cour d'appel de Chambéry a d'ailleurs été, à son tour, cassée par la juridiction supérieure. Avant d'en rendre compte, soulignons en passant la position adoptée par la Cour de cassation bien avant la décision de Chambéry.

- En effet, dans l'arrêt précité de la Cour de cassation du 23 décembre 1990<sup>272</sup>, la chambre commerciale avait soutenu que la lettre en litige « était de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur ». Elle approuvait la décision de la Cour d'appel selon laquelle la lettre comportait une obligation de résultat et était, par conséquent, constitutive d'une garantie. La Cour de cassation estimait que faute d'avoir été autorisée par le conseil d'administration, « la lettre d'intention était inopposable à la société »<sup>273</sup>.

- Pour revenir à l'affaire renvoyée devant la Cour d'appel de Chambéry, la Cour de cassation s'y est prononcée de nouveau dans un arrêt du 8 novembre 1994<sup>274</sup>. La juridiction supérieure a tout d'abord relevé la contradiction manifeste qu'il y a dans la solution donnée par la Cour d'appel : une lettre qualifiée de « simple confort » ne peut pas en même temps comporter « l'intention ferme et définitive du signataire de faire le nécessaire pour que sa filiale honore ses engagements envers la banque ». Selon la juridiction des juridictions, l'obligation dont est tenue la société mère « pouvait s'exécuter par un apport en compte courant ». De ce point de vue, elle constitue bien entendu une garantie au sens de l'article 98. La lettre litigieuse, faute d'avoir été autorisée par le conseil d'administration de la société mère, a été donc déclarée inopposable à la société.

---

<sup>272</sup> Affaire *Citbank c. CEPME*, op. cit., *supra* note 247, p. 87.

<sup>273</sup> Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 9.

<sup>274</sup> Affaire *Jet Services c. Caisse d'économie du Sud-Est*, *Quot. Jurid.* 1995 n° 15 ; citée par Villeroil, *ibid.*

- La Cour de cassation a réaffirmé sa position dans un arrêt plus récent, celui du 15 juin 1995<sup>275</sup>. Ici, la chambre commerciale a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris du 11 mai 1993 qui a déclaré inopposable à la société, faute d'autorisation préalable, une lettre de confort par laquelle l'émetteur s'est engagée « à assurer le crédit-bailleur du respect (par la filiale) du plan de financement qui lui avait été remis »<sup>276</sup>. La doctrine récente semble aller dans le même sens que la Cour de cassation mais les premiers auteurs qui ont examiné la question de l'application de l'article 98 ont d'abord émis beaucoup de réserves.

### — La doctrine

Bien que l'application de la loi du 24 juillet 1966 fût écartée par le Tribunal de commerce de Paris (27 oct. 1981), la décision du Tribunal était tout de même intéressante à plusieurs égards. D'abord, le juge faisait savoir qu'il ne faut pas être dupe quant au vrai objectif visé par l'émetteur de la lettre de confort. Celle-ci ne doit pas être une échappatoire, une manière subtile de se dérober face aux exigences de la loi. Il faut donc être attentif à cet égard. Ensuite, le Tribunal laissait entendre que la lettre de confort peut être soumise à la procédure d'autorisation pour autant qu'elle constitue une « garantie ».

- Martin, dans sa note sous le jugement du Tribunal, exprime ses réserves sur l'affirmation selon laquelle l'art. 98 serait « en principe » applicable à lettre de confort. Selon lui, la lettre de confort ne peut être considérée comme un aval ni comme une caution. Quant au concept de « garantie », Martin constate qu'il est juridiquement beaucoup plus incertain et ne correspond à aucune catégorie juridique bien définie. De l'avis de l'auteur, la garantie à laquelle réfère la loi du 24 juillet 1966 a pour objet « de couvrir tous les engagements dont l'exécution se traduit par une sortie d'une valeur du patrimoine de la société sans contrepartie certaine »<sup>277</sup>. Il n'en est pas toujours ainsi de la lettre de confort, avertit Martin. Le commentateur fait observer que « l'obligation de faire » souscrite par l'auteur de la lettre de confort est non déterminée quant à son objet, même si elle l'est quant à son résultat. L'auteur

---

<sup>275</sup> Arrêt cité par Villeroil, *ibid.*, p. 10.

<sup>276</sup> *Ibid.*

<sup>277</sup> Martin, note sous Trib. com. Paris, 27 oct. 1981, *Banque* nov.-déc. 1981, p. 1461.

de la lettre peut s'exécuter autrement que par un remboursement direct à la banque. Il cite les différentes autres modalités d'exécution<sup>278</sup> ouvertes à l'émetteur et en conclut qu'à la seule exception du paiement direct, aucun des autres moyens dont dispose l'émetteur de la lettre ne conduit à un appauvrissement du patrimoine de la société mère. Martin opine que la lettre de confort étant « un engagement indéfini de se livrer à une opération financière quelconque qui permettra de parvenir à un résultat déterminé », elle ne doit donc pas être soumise à l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966. Il ajoute que certains engagements peuvent être abusivement qualifiés de lettre de confort pour échapper à l'article 98<sup>279</sup>.

Sur ce point précis apparaît tous nos désaccords avec Martin. L'éminent commentateur laisse entendre que la lettre de confort n'est en principe pas aussi contraignante pour provoquer une sortie de valeur du patrimoine de la société mère. Il suit du raisonnement de Martin que la lettre de confort est d'abord une obligation morale ou naturelle et que ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle peut être aussi contraignante que la caution, auquel cas, elle ne mériterait plus sa qualification de « lettre de confort ». Si cette interprétation était juste, non seulement elle ne rendrait pas compte de la variété des lettres de confort et de la gradation des obligations qu'elles comportent, mais encore prendrait-elle carrément le contre-pied de la thèse que nous avons défendue jusqu'ici, à savoir que la lettre de confort est par définition une obligation contraignante.

- Vasseur ne semble pas partager du tout l'opinion de Martin. Dans sa note sous le même jugement, il estime que l'obligation assumée par l'émetteur de la lettre est susceptible de constituer une « garantie » au sens de l'article 98 : la banque non payée par la filiale fait jouer cette garantie de la société mère en lui réclamant paiement. Vasseur s'attaque ensuite à l'argument de Martin selon lequel l'exécution de l'engagement de la société mère peut prendre plusieurs formes dont on ne peut préjuger lors de l'émission de la lettre. Pour Vasseur, dès lors que l'exécution peut prendre la forme du paiement direct à la banque - modalité qui est plutôt courante -, « l'application de l'article 98 paraît inéluctable »<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Rappelons qu'il en sera question dans le deuxième paragraphe de la présente section.

<sup>279</sup> Martin, *ibid.*, p. 1462.

<sup>280</sup> Vasseur, commentaire sous Trib. com. Paris, 27 oct. 1981, *D.* 1982. *J.* 199.

- D'autres auteurs hésitent à prendre position sur cette question. Baillod exclut de l'application de l'article 98 les lettres qui ne comportent pas d'engagement que la dette du tiers sera payée (cela va de soi), mais aussi celles qui comportent une obligation de moyens quant au paiement de la dette du tiers<sup>281</sup>.

- Villeroil, de son côté, s'est appesanti sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation pour noter que le critère d'application de l'article 98 n'est plus seulement que l'engagement souscrit par l'émetteur de la lettre de confort soit constitutif d'une obligation de résultat. Selon la plus haute juridiction de l'État français, peuvent être qualifiées de « garanties », les lettres de confort dans lesquelles l'émetteur s'engage à payer une somme d'argent (un apport en compte courant, comme l'explique la Cour dans l'arrêt du 8 novembre 1994 précité). Villeroil part de la position de la Cour de cassation pour établir les lettres qui, selon lui, doivent être soumise à l'autorisation du conseil d'administration.

Ainsi, les lettres que Villeroil qualifie de premier type et de deuxième type ne seraient pas concernées par l'article 98 : les lettres du premier type sont celles qui, selon l'auteur, ne contiennent pas d'engagement juridique ou ne contiennent qu'une simple obligation d'information ; les lettres du deuxième type sont celles qui ne comportent que des obligations de moyens non exécutable par des versements de fonds. De l'avis de Villeroil, seules les « lettres d'intention » du troisième et du quatrième types doivent faire l'objet d'une autorisation : le troisième type est un engagement de faire assorti d'une obligation de résultat (mettre des moyens à la disposition de la filiale) ; le quatrième type, quant à lui, est très proche du cautionnement parce qu'il comporte l'obligation de remboursement direct du crédit<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 560.

<sup>282</sup> Cf. Villeroil, op. cit., *supra* note 100, p. 10.

Nous souscrivons à la position de la Cour de cassation ainsi qu'à l'analyse qu'en a faite Villeroil, sauf qu'en ce qui concerne l'auteur, nous ne partageons pas la définition qu'il donne de ce qu'il appelle « premier type de lettre d'intention ». Suivant notre propre catégorisation, les lettres dites du premier type, en réalité, ne sont pas des lettres de confort, sauf si elles comportent une obligation d'information. Nous renvoyons sur ce point aux deux tableaux de synthèse que nous avons faits (*supra*, pp. 45 et 62). Pour être conséquent avec notre typologie, nous proposons aussi que les lettres que nous qualifions de « deuxième degré » et de « troisième degré » (s'analysant en une obligation de moyens) ne soient, en principe, pas soumises à la procédure d'autorisation, pour autant qu'elles ne comportent aucun un risque évident de sortie de fonds. Par contre, les lettres du troisième degré s'analysant en une obligation de résultat ainsi que toutes celles du quatrième degré seront soumises au régime d'autorisation.

De cette manière, notre critère d'application de l'article 98 repose sur l'obligation de donner, c'est-à-dire celle de transférer des valeurs de l'actif de la société : il peut s'agir d'engagement manifeste de donner indirectement à la filiale ou directement à la banque ; il peut s'agir aussi d'engagement de faire mais qui débouche, en dernière analyse, sur une obligation de donner<sup>283</sup>. Dans tous les cas où l'exécution de l'obligation de l'émetteur comporte un risque de donner (ce qui signifie une fuite de valeur pour la société), l'autorisation du conseil d'administration devrait être requise. Le critère de transfert de fonds ou de valeurs nous paraît plus réaliste que celui qui s'appuie seulement sur la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. Car, il est à remarquer, d'une part, que l'obligation de moyens peut néanmoins résulter en une fuite de valeur du patrimoine de la société mère, et de l'autre, que l'obligation de résultat ne débouche pas toujours sur une sortie d'actif<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> En cela, notre point de vue diffère de celui de Baillod qui exclut du champ d'application de l'article 98 les lettres qui comportent une obligation de moyens quant au paiement de la dette du tiers (v. *supra* note 2, p. 70) ; il diffère également de celui de Bertrel, qui ne fait pas entrer dans la catégorie des « garanties » visées par cet article les lettres qui comportent « une simple obligation de moyens », mais qui y fait entrer, celles qui consistent en une obligation de faire assortie d'un résultat (Bertrel, op. cit., *supra* note 19, pp. 899-900).

<sup>284</sup> La Cour d'appel de Versailles semble avoir opté pour le principe que toute obligation de résultat soit soumise à la procédure d'autorisation. Dans son arrêt du 9 février 1989 (précité), la Cour décide que par la lettre de confort « une société française contracte à l'égard de la banque ivoirienne une obligation de mettre en œuvre tous les moyens raisonnables en son pouvoir pour permettre à sa filiale de respecter ses engagements vis-à-vis de la

## 2 - La gestion comptable de la lettre de confort

Selon l'article 340 de la loi du 26 juillet 1966, complété par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, il est fait obligation au conseil d'administration, au conseil de surveillance et aux gérants de société anonyme d'annexer au bilan un état des cautionnements, avals, garanties et autres formes de sûretés donnés par la société. L'intérêt de cette procédure pour les actionnaires et associés est évident. Du point de vue comptable, ces différentes formes de sûretés personnelles n'apparaîtront au bilan que pour autant qu'elles ont été effectivement exécutées par la société. Qu'advient-il alors des sûretés non exécutées mais non encore levées? Le fait de ne pas en rendre compte dans le bilan ne permet pas aux parties intéressées d'avoir une vision juste de l'état des comptes de la société. C'est pour éviter que ces parties soient mises devant le fait accompli que le législateur fait devoir aux dirigeants des diverses sociétés commerciales dotées de la personnalité morale autres que celles exploitant une entreprise de crédit ou d'assurance, de mentionner en annexe au bilan « le montant des engagements financiers classés par catégories, en distinguant, le cas échéant, ceux qui concernent les dirigeants, les filiales, les participations et les autres entreprises liées »<sup>285</sup>.

La question que les tribunaux et les auteurs se sont posés quant à l'application de l'article 98 se pose également ici. Les lettres de confort sont-elles visées par l'article 340 et les différents textes qui le complètent? Nous n'allons pas reprendre la discussion que nous venons de faire sur l'article 98. Il suffira pour nous de raisonner par analogie en affirmant que la lettre de confort dont l'émission est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance devrait figurer en annexe au bilan au titre de l'« état des cautionnements, avals et garanties ». Ce n'est qu'une question de logique sur laquelle les auteurs ne diffèrent pas fondamentalement.

---

banque, sans pour autant donner à celle-ci *une garantie de résultat, qui eût exigé, pour être valable au regard de l'art. 98 de la loi du 24 juillet 1966, l'autorisation du conseil d'administration* » (V. D. 1991. Somm. 36 ; l'italique est de nous). La jurisprudence récente de la Cour de cassation ne va pas dans le sens d'une telle analyse.

<sup>285</sup> Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 549.

### 3 - Lettre de confort et réglementation des changes

La troisième question que suscite pour la société mère l'émission de la lettre de confort a trait à la réglementation des investissements internationaux directs ou indirects. L'on se demande si la lettre de confort doit également se conformer à la législation sur les changes. Il faut rappeler à cet égard que les statuts du Fonds monétaire international (FMI, *Accord de Bretton-Woods*) prévoient en leur article VIII. Section 2 b que « les contrats de change mettant en cause la monnaie d'un État membre et qui sont contraires aux réglementations des changes dudit État, appliqués ou établis conformément au présent accord, ne seront pas exécutoires sur les territoires des autres États membres<sup>286</sup> ».

Or, les lettres de confort, qui interviennent souvent dans le cadre des transactions internationales de crédit, en faisant jouer les relations tripartites « société mère, filiale, établissement de crédit », nécessitent parfois un transfert de devises à l'étranger. Rappelons que dans l'affaire mentionnée à la note 195 ci-dessus, l'émetteur de la lettre écrivait ceci : « Nous confirmons notre intention, en cas de nécessité, d'effectuer immédiatement les démarches nécessaires auprès de nos autorités pour obtenir l'autorisation de transfert de fonds ». Même si, en l'espèce, la Cour de cassation a annulé la décision de la Cour d'appel de Montpellier du 10 janvier 1985, ce n'est pas parce qu'elle a jugé inapplicable la condition de l'autorisation de transfert de fonds, mais c'est juste parce que le juge d'appel a apprécié les règles de pouvoir d'une société espagnole du point de vue de la loi française<sup>287</sup>. L'émetteur lui-même est conscient que l'exécution de sa lettre nécessitera la permission des autorités monétaires de son pays et il s'est engagé à se mettre en règle. Nous pouvons alors affirmer que dès lors qu'une lettre de confort est soumise à la procédure d'autorisation du conseil d'administration ou de surveillance, elle doit forcément figurer en annexe au bilan de la société, et si son exécution entraînera un transfert de fonds à l'étranger, elle doit également se conformer à la réglementation des changes.

---

<sup>286</sup> Cf. les conclusions de l'Avocat général Montanier sous Cass. com., 21 déc. 1987 précité ; aussi la note de Vasseur sous l'arrêt Montpellier, 10 janv. 1985 (précité) sur lequel a statué la Cour de cassation.

<sup>287</sup> V. *supra*, pp. 85-86.

C'est la position qu'avaient adoptée les autorités monétaires françaises. Dans une circulaire du 28 juin 1977, relative aux garanties données par des résidents français aux non-résidents et vice versa - cette circulaire ayant été remplacée par une autre datant du 5 février 1982 pour les investissements indirects à l'étrangers -, « la lettre d'intention » a été nommément visée par la réglementation des changes. Les deux circulaires précisent que leurs dispositions « s'appliquent aussi bien aux garanties, qu'aux contregaranties [...] ; elles concernent toutes les garanties, quelle que soit leur forme : cautions ; hypothèques ou nantissements, lettres d'intention ». Le chapitre 12 de la circulaire du 28 juin 1977 disposait, notamment que :

« [L]es lettres d'intention (qui reçoivent aussi d'autres dénominations, telles que lettres de parrainage ou lettres de confort) sont pour l'application de la [...] circulaire, considérée comme des garanties dès lors qu'elles sont susceptibles d'entraîner pour le signataire des paiements pour le compte ou au profit de l'entreprise en faveur de laquelle est délivrée la lettre d'intention. Ne sont donc pas considérées comme des garanties les lettres d'intention qui se limitent strictement à l'engagement pour la maison mère de conserver la totalité de sa participation dans le capital de sa filiale tant que celle-ci ne se sera pas acquittée des obligations visées dans la lettre d'intention »<sup>288</sup>.

Mais le régime d'autorisation applicable aux lettres de confort a été nettement assoupli par la circulaire du 5 février 1981 selon laquelle les lettres ayant un caractère d'investissements directs ou indirects « sont désormais dispensées de toute autorisation préalable »<sup>289</sup>. Un tel revirement des autorités monétaires françaises au début des années 1980 ne répond plus aujourd'hui à la tendance doctrinale et jurisprudentielle. Si une lettre de confort est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société qui l'a émise et doit, de ce fait, figurer en annexe au bilan, il n'y a pas de raison, selon nous, dès lors que son exécution exigera un transfert de fonds à l'étranger, qu'elle ne soit pas également soumise à la réglementation des changes. Nous insistons sur la nuance à faire entre la lettre de confort dont l'émetteur est tenu d'une obligation de résultat (sans engagement précis) et celle dont

---

<sup>288</sup> Bertrel, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 896.

<sup>289</sup> Bertrel, *ibid.*, p. 899.

l'exécution comporte un risque élevé de transfert de capitaux à l'étranger pour la société émettrice. Qu'il soit entendu que seul le second type de lettre doit être autorisé par les autorités monétaires. Quant au premier, il peut s'exécuter, bien qu'entraînant une obligation de résultat, par d'autres moyens que le paiement de fonds, comme nous le verrons dans le paragraphe qui suit.

## § 2 - Les différentes modalités d'exécution de la lettre de confort

Rappelons qu'il s'agit d'examiner ici les modalités d'exécution volontaire ou spontanée de la lettre de confort. En fait, cet aspect a été déjà abordé d'une manière ou d'une autre lors de notre catégorisation des différents engagements que pourrait prendre l'émetteur de la lettre de confort<sup>290</sup>. Il ne se pose pas à cet égard des difficultés majeures. L'émetteur de la lettre de confort qui s'exécute volontairement a certainement tiré conséquence de deux réalités :

- Premièrement, il est conscient que la lettre qu'il a émise a créé dans son chef une obligation (qui peut être de moyens ou de résultat suivant ses termes) et ne conteste donc pas, en principe, la nature juridique de l'acte qu'il a posé<sup>291</sup> ; si son obligation était purement morale, l'émetteur ne se donnerait pas la peine de poser des actes positifs qui attestent, au contraire, du caractère contraignant de cette obligation.

- Deuxièmement, l'émetteur qui s'exécute volontairement est également conscient que « le tiers conforté ne peut pas par ses propres moyens faire face à ses obligations envers le destinataire de la lettre »<sup>292</sup>.

Nous avons affirmé, contrairement à ce que pensent certains auteurs, que l'émetteur de la lettre de confort n'est pas tenu que d'une obligation de faire. Il n'est pas réaliste de dire que la lettre de confort ne doit consister qu'en ce type d'obligation. À preuve, nous avons cité des

---

<sup>290</sup> Cf. nos tableaux récapitulatifs n<sup>os</sup> 1 et 2 en *supra*, pp. 78 et 95.

<sup>291</sup> Mais nous verrons qu'il n'en est pas toujours ainsi. Le fait pour l'émetteur de s'exécuter volontairement n'est pas la preuve que son obligation est juridique. Il peut s'exécuter tout en ne se reconnaissant qu'une obligation morale.

<sup>292</sup> Baillod, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 572.

affaires dans lesquelles la société mère a pris l'engagement de se substituer à sa filiale pour le remboursement direct du crédit au cas où celle-ci serait en défaut. Ainsi, compte tenu de sa flexibilité, la lettre de confort peut constituer une obligation de faire, de ne pas faire ou même de donner ; ces obligations peuvent être de moyens ou de résultat, comme nous l'avons montré au chapitre 3 ci-dessus.

Nous avons aussi souligné, aux fins de l'application des articles 98, 128 et 340 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés, que l'exécution d'une obligation de moyens peut tout de même déboucher sur un transfert de valeurs de la société mère, voire un transfert de fonds à l'étranger. Hormis ces cas extrêmes, l'émetteur d'une lettre de confort tenu d'une obligation de moyens s'exécutera de manière à ne pas sortir appauvri de l'opération. Si les termes qu'il a employés sont suffisamment souples, il a une grande marge de manoeuvre qui peut ne lui entraîner aucun frais.

L'hypothèse la plus intéressante quant à l'exécution volontaire de la lettre de confort est celle où l'émetteur est tenu d'une obligation de résultat. Ici, il faut tout de suite réserver le cas où l'émetteur prend l'engagement exprès de rembourser directement la banque de ses propres deniers. Si tel est le cas, l'émetteur n'aura d'autre choix, lorsque la filiale sera en défaut, que de transférer des fonds du patrimoine de sa société, à moins que la banque ou les tribunaux acceptent qu'il s'exécute par équivalence. Si l'obligation de résultat dont est tenu l'émetteur n'est pas aussi précise quant à son objet<sup>293</sup>, contrairement à l'obligation de la caution, l'émetteur dispose d'autres moyens que le paiement direct pour s'exécuter ; ces moyens alternatifs n'entraîneront pas forcément un appauvrissement du patrimoine de la société émettrice.

Martin a été le premier à relever cet aspect dans sa note sous l'arrêt du Tribunal de commerce de Paris du 27 octobre 1981 précité. Selon le commentateur, l'émetteur - s'il s'agit

---

<sup>293</sup> Il en sera ainsi lorsque l'émetteur prend l'engagement de « faire tout le nécessaire », de « faire tout ce qui est en son pouvoir », à « mettre tout en oeuvre », ou emploie des expressions similaires.

d'une société mère - peut intervenir au niveau des fonds propres de sa filiale, en participant à une augmentation de capital de celle-ci. La société mère peut également inviter une tierce personne ou société à venir au capital de la filiale par un apport d'argent frais ; ce qui aura pour effet, comme dans le premier cas, de mettre la filiale en une situation financière telle qu'elle sera en mesure d'honorer elle-même ses engagements envers la banque. La société mère peut également consentir à sa filiale un prêt remboursable, dont les modalités de mise en oeuvre lui seraient plus avantageuses que celles d'un remboursement direct à la banque. Martin relève aussi d'autres procédés d'exécution, tels que la scission, la fusion, l'apport partiel d'actif, autant de mesures qui entraîneraient une restructuration profonde de la filiale en vue de lui donner une meilleure santé financière<sup>294</sup>.

En considération des moyens alternatifs dont dispose l'émetteur pour exécuter son obligation de résultat, nous sommes porté à faire deux observations. La première, étant donné que ces moyens alternatifs n'appauvrissent pas en tant que tel le patrimoine de la société mère, l'émetteur est-il alors tenu de requérir l'autorisation préalable du conseil d'administration avant de souscrire sa lettre? On pourrait aussi se poser la même question en ce qui concerne l'inscription de la lettre au titre des engagements hors bilan et l'autorisation des autorités monétaires. A cet égard, Vasseur reconnaît qu'au moment où l'émetteur prend son engagement de résultat mais sous des formules souples et imprécises, nul ne sait la forme que prendra l'exécution par la société mère de cet engagement ; on ne peut préjuger que cet engagement ne sera exécuté que par un remboursement direct à la banque. Mais Vasseur tire justement argument de cette affirmation pour maintenir que dès lors que le paiement direct des dettes de la filiale est l'une des formes plausibles d'exécution de l'engagement de la filiale - encore que l'exécution « prendra habituellement cette forme » -, l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 a vocation à s'appliquer<sup>295</sup>.

La deuxième observation que nous ferons sur les procédés alternatifs d'exécution de l'obligation de résultat est que ces procédés peuvent également être mis en oeuvre par un émetteur qui n'est tenu que d'une obligation de moyens. À partir de ce moment, l'on pourrait

---

<sup>294</sup> Martin, op. cit., *supra* note 86, pp. 1461-1462.

s'interroger sur la différence entre les modalités d'exécution des deux types d'obligations. Il n'est pas juste de dire que l'obligation de moyens s'exécute par telle manière et que l'obligation de résultat s'exécute de telle autre manière. Il appartient au juge de tenir compte des circonstances de la lettre en litige pour établir si dans l'un ou l'autre cas, l'émetteur a fait suffisamment d'efforts pour s'exécuter.

Mais soulignons, conformément au droit commun, que l'émetteur tenu d'une obligation de résultat sera réputé être en défaut en autant que la filiale n'a pu honorer ses engagements vis-à-vis de la banque. L'émetteur est tenu sur un résultat, et dès lors que ce résultat n'est pas atteint, il ne sera relevé de ses responsabilités que par des cas de force majeure. Terray note ici que « la force majeure suppose réunies des conditions si rigoureuses qu'elle ne sera pratiquement jamais invoquée en matière de lettres de confort ». En matière de crédit, ajoute-t-il, « il suffit, après tout, de mettre de l'argent à la disposition du débiteur! », même s'il devrait en résulter une faillite de celui qui s'est obligé<sup>296</sup>. Si l'émetteur ne peut pas s'en sortir en invoquant la force majeure, pourra-t-il mettre de l'avant que son exécution violerait une loi, par exemple celle du 24 juillet 1966 sur les sociétés? Il se posera, dans cette dernière hypothèse, le problème de la responsabilité personnelle de l'émetteur et celui de l'ignorance coupable du destinataire, problèmes que nous aborderons dans la dernière section de ce mémoire.

Il ne nous reste plus qu'à examiner les mesures dans lesquelles l'on peut estimer que l'émetteur tenu d'une obligation de moyens s'est normalement exécuté. Sur cette question, il appartient au juge d'en décider. Nous ne citerons, à cet égard, qu'un seul arrêt<sup>297</sup>, celui de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 1989, dont nous avons déjà relaté les faits et procédure<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> Vasseur, note sous le même arrêt, *D.* 1982. *J.* 198.

<sup>296</sup> Terray, *op. cit.*, *supra* note 12, p. 336.

<sup>297</sup> Toutefois, nous évoquerons en passant un second arrêt (Versailles, 2 févr. 1989) à la suite de celui de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 1989.

<sup>298</sup> *V. supra*, pp. 79-81.

tout en promettant d'y revenir à ce point précis de nos développements<sup>299</sup>. Rappelons qu'en l'espèce, une société mère, SGF, promettait à un établissement financier, la Société de développement régionale Champex, qui octroie un crédit à sa filiale, GHM, de « faire tous ses efforts » pour mettre sa filiale en situation d'honorer ses engagements. Le juge avait décidé que, dans cette affaire, les termes employés par l'émetteur ne peuvent être constitutifs que d'une obligation de « diligence », c'est-à-dire une obligation de moyens. Le juge s'était ensuite attelé à rechercher si la société mère qui a souscrit une telle obligation pour le compte de sa filiale avait effectué « des efforts suffisants » dans sa mise en oeuvre. À cet égard, SGF dit avoir soutenu sa filiale de la manière suivante (les chiffres évoqués étant éloquentes) :

« 1981, S.G.F. porte ses avances à 54 millions, - 1982, S.G.F. augmente ses avances de 24 millions pour les porter à 80 millions et finance l'opération de cession d'une usine en approvisionnant 45 millions dans ses comptes, - 1983, abandon de créance de la S.G.F. de 80 millions, et apport de 19 millions d'avances nouvelles, - 1984, nouvelle abandon de créance de la S.G.F. de 15 millions et apport de plus de 24 millions, en capital, à G.H.M., - 1985, S.G.F. apporte 14 millions d'avances supplémentaires, - début 1986, S.G.F. consent à nouveau 4 millions de trésorerie »<sup>300</sup>.

Ainsi, en six ans, la société mère était amenée à accorder à sa filiale, des avances s'élevant à 195 millions auxquelles s'ajoutent des abandons de créances d'un montant de 95 millions. Partant de ces chiffres, la Cour établissait que la SGF ne pouvait plus poursuivre ses efforts, au risque de déposer son propre bilan et de licencier 159 salariés qui seraient alors privés de préretraite. Si la société mère devait fournir davantage d'efforts, elle risquait aussi de violer les articles 425-4<sup>o</sup> et 437-3<sup>o</sup> de la loi du 24 juillet 1966. Ces articles disposent, en effet, que :

« Le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les

<sup>299</sup> V. *supra*, note 219.

<sup>300</sup> Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 10 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989. J. 295, note Marchi.

engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge »<sup>301</sup>.

Dans cette affaire, nous voyons jusqu'où l'exécution des obligations nées de la lettre de confort peut conduire son émetteur. C'est ainsi que dans l'affaire soumise à la Cour d'appel de Versailles le 9 février 1989<sup>302</sup> : « le paiement par la société mère d'une caution bancaire, qui a été compensé dans une large mesure par un rachat de créances à la filiale, complété pour le surplus par rapport au prix de rachat par un prêt à long terme, qui ne s'est pas traduit par un apport en disponibilités à la filiale, ne s'est pas substitué aux obligations nées de la lettre de confort ». C'est dire toute la force juridique dont cette sûreté a commencé à jouir, comme en témoigne son exécution volontaire par celui qui l'a souscrite, et ce, pour éviter d'être traduit en justice. Cela ne signifie pas, toutefois, comme nous le soulignons précédemment, que tout souscripteur de lettre de confort est conscient de la gravité juridique de l'acte qu'il pose. Celui qui exécute volontairement ses obligations n'en reconnaît pas forcément la portée juridique. Il peut être assigné par le destinataire de la lettre comme lui-même peut saisir les tribunaux, parce qu'il ne reconnaît pas l'étendue des obligations dont il est tenu. Les tribunaux peuvent également être saisis par les parties pour statuer sur le caractère moral ou juridique des engagements pris par l'émetteur. Dans l'un ou l'autre cas, l'exécution de la lettre de confort fait l'objet d'un contentieux et il appartiendra au juge de situer la responsabilité de chacune des parties.

## Section 2 - L'exécution forcée de la lettre de confort

Bien que l'exécution judiciaire de la lettre de confort soulève une multitude de questions juridiques, deux de ces questions nous paraissent particulièrement intéressantes : la lettre de confort est-elle susceptible de faire l'objet de mesures conservatoires (§ 1) ? Lorsque la lettre de confort litigieuse implique un élément d'extranéité, comment se régleront les conflits de lois et de juridiction (§ 2) ?

---

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>302</sup> *D.* 1991. *Somm.* 36 précité ; v. *supra*, pp. 79-80.

## § 1- La lettre de confort et les mesures conservatoires

Nous aborderons ici quatre points : primo, nous chercherons à savoir si une lettre de confort peut être exécutée sur le patrimoine personnel de l'émetteur sans que cela n'engage la responsabilité de la société qu'il représente ; secundo, nous examinerons l'hypothèse de l'ignorance coupable du banquier bénéficiaire de la lettre ; tertio, nous verrons dans quelles mesures une lettre de confort peut fonder une saisie-arrêt ou une inscription provisoire d'hypothèque ; quarto, nous envisagerons l'exécution de la lettre de confort dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

- En ce qui concerne la question de la responsabilité personnelle de l'émetteur de la lettre de confort, il faut voir si cet émetteur a agi en son nom personnel ou au nom de sa société. Rien n'interdit, en principe, au dirigeant d'une société mère (anonyme) de délivrer des sûretés à des tiers en son nom personnel. Ce qui est interdit, par contre, c'est que ce dirigeant, personne physique, prenne des engagements pour les faire cautionner ou avaliser par sa société (art. 106 et 148 de la loi du 24 juillet 1966)<sup>303</sup>. Ces dispositions n'ayant pas mentionné les « garanties », la question se pose de savoir si la lettre de confort est aussi frappée d'une telle interdiction. La réponse, de notre point de vue, sera oui en autant que la lettre de confort constitue une obligation analogue à celle de la caution.

Par ailleurs, l'on se demande si l'émetteur qui a souscrit une lettre de confort au nom d'une société mère, mais sur un papier à en-tête personnelle, a souscrit une obligation personnelle. La Cour d'appel de Versailles s'est prononcée dans une affaire pareille<sup>304</sup>. En l'espèce, dans le but de reprendre la société en difficulté Sotrac, M. Bich propose le 20 octobre 1978 à l'administrateur provisoire de cette société un plan de redressement comprenant,

---

<sup>303</sup> Il en serait autrement au Québec si la société en question est en nom collectif. En vertu de l'article 2220 du C.c.Q., « [l]'obligation contractée par un associé en son nom propre lie la société lorsqu'elle s'inscrit dans le cours des activités de celle-ci [...] » ; l'associé dont il s'agit peut être gérant ou non ; cf. Lacasse, op. cit., *supra* note 264, p. 53. On admet généralement que le gérant a très peu de risques d'engager sa responsabilité personnelle vis-à-vis de la société qu'il administre s'il agit de bonne foi et de façon raisonnable dans l'intérêt de la société ; voir Michel A. Solis et Michelle Gagné, *Votre PME et le droit : Enr. ou inc., raison sociale, marque de commerce... et le nouveau Code civil*, Les éditions Transcontinental inc. et la Fondation de l'Entrepreneurship, Montréal, 1994, p. 33.

<sup>304</sup> C'est l'affaire *Crédit commerciale de France c. Bich*, Versailles, 5 mai 1988, *JCP*. 1988. II. 21112, note Estoup ; v. *supra*, note 215.

notamment, la consolidation de toutes les dettes de celle-ci envers trois établissements bancaires. Ce plan de redressement a été émis sur papier à en-tête portant le nom et l'adresse personnelle du signataire. La Sotrac n'ayant pu se redresser malgré ce plan, elle est déclarée en règlement judiciaire. L'un des établissements bancaires se retourne alors contre M. Bich, en soutenant que le plan de redressement proposé par celui-ci est une lettre de confort, et qu'à travers cette lettre, M. Bich a pris un engagement personnel. Intimé, M. Bich ne nie pas avoir pris un engagement, ni même avoir signé une lettre de confort, mais il conteste avoir souscrit un engagement personnel.

Le juge a examiné la lettre en la replaçant dans son contexte, puis décide « qu'on ne saurait voir là un engagement personnel de M. Bich de payer sur ses deniers les créances de ces établissements bancaires ; que la circonstance que le document ait été établi sur le papier à lettres personnel du signataire n'est pas un indice suffisant en ce sens », et que dans la lettre litigieuse, les engagements personnels du signataire ont été clairement énoncés<sup>305</sup>. Il est vrai que la Cour a refusé de reconnaître la responsabilité personnelle de l'émetteur, mais ce n'est que dans un cas comme celui-ci. Dans d'autres circonstances, la lettre de confort souscrite par un dirigeant ne sera pas toujours opposable à sa société.

Nos développements sur les conditions d'application de l'article 98 relatives à l'autorisation préalable nous en donnent la preuve. Dès lors que l'émetteur n'a pas sollicité l'autorisation du conseil d'administration ou de surveillance, la lettre qu'il a souscrite n'est pas opposable à sa société, comme il en est en matière de cautionnement. Il s'ensuit que l'exécution de ladite lettre devra être poursuivie sur le patrimoine personnel de l'émetteur<sup>306</sup>. L'acte qu'il a posé n'étant pas valable au regard du droit des sociétés, sa responsabilité extracontractuelle sera donc retenue et les dommages qu'il paiera à cet égard seront

---

<sup>305</sup> *Ibid.* Pour un autre cas soulevant la responsabilité personnelle de l'émetteur, mais dont la solution est contraire à celle de l'affaire *Bich*, voir l'affaire *Charles Legorju* en *infra*, p. 115.

<sup>306</sup> Nous ne nous étendons pas davantage sur cette question. La sanction applicable au non respect du régime d'autorisation divise les auteurs : les uns pensent que la lettre de confort émise dans de telles conditions sera frappée de nullité (relative pour certains, absolue pour d'autres) ; les autres affirment que l'acte sera simplement inopposable à la société et aux tiers. Sur ces questions, v. Baillod, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 563.

certainement équivalents au montant de la dette de la filiale qu'il veut conforter<sup>307</sup>. Il est entendu que dans un pareil cas, le juge tiendra compte des circonstances de la cause. L'émetteur a-t-il fait croire à la banque qu'il bénéficiait du soutien de son organe d'administration? Si c'est le cas, il sera accusé de mauvaise foi ou d'abus de confiance. Il nous paraît donc que pour autant que la banque prouvera les manoeuvres délictuelles de l'émetteur, le juge lui fera droit. Il en sera ainsi même lorsque l'irrégularité commise par l'émetteur est le fait ou est connue de son conseil d'administration. Dans cette dernière hypothèse, l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966 dispose que « ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne »<sup>308</sup> : c'est la théorie du mandat apparent. Mais les tribunaux n'ont pas toujours été aussi cléments à l'égard des banques.

- Ce qui nous amène à évoquer l'ignorance coupable des banquiers. Ceux-ci étant des « professionnels avertis », les tribunaux mettent généralement à leur charge ce que nous appellerons une sorte de « devoir de compétence », voire de maîtrise parfaite des mécanismes du marché du crédit. Terray reprend de la manière suivante les termes d'une condamnation prononcée contre un banquier victime d'une lettre de confort :

« Comment ce professionnel averti aurait-il pu considérer cette lettre, qui n'a reçu aucune autorisation du Trésor et dont le conseil d'administration n'a jamais eu connaissance, comme un cautionnement ou un engagement de payer? Pourquoi ne s'est-il pas ému, en consultant les comptes sociaux des exercices suivants, de ne pas retrouver le montant parmi les engagements hors bilan? »<sup>309</sup>

La Cour de cassation est allée dans ce sens, en jugeant que le créancier (ici la banque) « ne peut ignorer les limites légales des pouvoirs d'un président de conseil d'administration »<sup>310</sup>. Le banquier bénéficiaire d'une lettre de confort qui en assigne l'émetteur en défaut devra donc porter une part de responsabilité. Il faut reconnaître cependant qu'en

---

<sup>307</sup> En France, la détermination du montant des dommages-intérêts est régie par l'article 1149 du Code civil, lequel confère au juge un pouvoir souverain d'appréciation. En Grande-Bretagne, le juge dispose également d'un tel pouvoir, mais le créancier a l'obligation de « minimiser » ses dommages ; v. Hériaud, op. cit., *supra* note 94, p. 21.

<sup>308</sup> Baillod, op. cit., *supra* note 2, p. 562.

<sup>309</sup> Terray, op. cit., *supra* note 12, p. 338.

<sup>310</sup> Cass. com., 24 févr. 1987, *Rev. sociétés* 1987. 407 ; cité par Baillod, *ibid.*, p. 567.

matière de lettre de confort, les tribunaux ne restent pas impardonnables à l'égard des banques. Dans l'affaire *M. Bich* précité, la Cour d'appel de Versailles a, certes, débouté l'établissement financier qui veut faire établir la responsabilité personnelle du signataire de la lettre. Mais la Cour a tout de même considéré « qu'en raison du contexte des négociations et de la rareté des lettres d'intention, le CCF [l'établissement financier] a pu légitimement se tromper sur l'étendue de ses droits ; qu'il n'a donc pas commis en engageant sa procédure une faute génératrice de dommages et intérêts ; que, pour la même raison, chaque partie supportera la charge des frais irrépétibles »<sup>311</sup>.

● Sur la question de la saisie-arrêt ou de l'inscription provisoire d'hypothèque sur le fondement de la lettre de confort, nous nous contenterons de rapporter une décision de la Cour d'appel de Paris du 18 décembre 1987 qui a abordé les deux aspects de la question. Il s'agit de l'affaire *Charles Legorju* que nous avons évoquée brièvement<sup>312</sup>. Dans cette affaire, la Banque nationale de Paris (BNP) et trois autres établissements financiers, dont le Crédit Lyonnais, constituent un groupe et accordent à la Société Audax, dont Charles Legorju est le PDG, un crédit de campagne s'élevant à l'origine à 8 millions F mais ramené finalement à 5 millions. Le 29 juillet 1986, M. Legorju adresse à la BNP, pour le compte du groupe des banques, une lettre qualifiée de « lettre d'intention », dans laquelle il s'engage à « faire tout le nécessaire » pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante en vue de faire face à ses obligations. Cinq mois après cette lettre, une procédure de redressement judiciaire est ouverte contre la Société Audax. En se fondant sur la « lettre d'intention » qu'ils ont qualifiée d'engagement personnel, la BNP et consorts se présentent, le 22 mai 1987, devant le président du Tribunal de grande instance de Créteil pour faire valoir deux requêtes : la première, pour se voir autorisés à faire publier une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire à l'encontre de la succession de M. Charles Legorju, décédé le 23 avril 1987 ; la seconde, pour se voir autorisés à pratiquer une saisie-arrêt, au préjudice de la même succession, sur tous les actifs du *de cujus*, entre les mains de certaines banques qui les détiennent. Les requérants soutiennent qu'ils ont à l'encontre de la succession de M. Legorju, « non seulement un principe

---

<sup>311</sup> Affaire *Crédit commercial de France c. M. Bich*, précité.

<sup>312</sup> Paris, 1<sup>er</sup> ch. B, 18 déc. 1987, D. 1989. J. 439 ; cité en *supra*, note 215.

certain de créance, mais même une créance certaine, liquide et exigible »<sup>313</sup>. Par ordonnance du 19 juin 1987, le président du Tribunal rejette les prétentions des requérants. Ces derniers interjettent appel devant la Cour de Paris.

La Cour a d'abord statué sur le point de savoir si l'engagement souscrit par M. Legorju est un engagement personnel ou non. Sur ce point, la Cour a repris les termes utilisés par l'émetteur, en soulignant leurs pronoms pluriels. M. Legorju écrivait, entre autres : « Nous avons connaissance... », « nous vous confirmons... que nous ferons tout le nécessaire ». Mais dans le même temps, la Cour fait remarquer que le signataire de la lettre a donné son adresse personnelle sans indiquer qu'il agissait pour le compte d'une société quelconque. La Cour en déduit que la lettre a été adressée aux banques par M. Legorju à titre personnel. Faisons observer que cette décision prend carrément le contre-pied de la décision du juge dans l'affaire *Bich*.

Sur la question d'inscription provisoire d'hypothèque, la Cour estime que M. Legorju a, incontestablement, entendu « fournir une garantie aux banques qui ont ainsi à son encontre une créance fondée en son principe ». Tenant compte de la situation de la Société Audax, la Cour considère que la créance des banques est en péril et ordonne l'inscription provisoire d'hypothèque judiciaire. Mais en ce qui concerne l'autorisation de pratiquer une saisie-arrêt sur les actifs du *de cuius*, la Cour estime que les banques ne justifient pas d'une créance certaine, liquide et exigible, « qu'une telle créance ne peut résulter d'une lettre d'intention dont la portée juridique est sujette à interprétation »<sup>314</sup>.

À notre avis, la décision de la Cour ne saurait avoir une vocation d'application générale. Reconnaître que la créance garantie par la lettre de confort est fondée en son principe et autoriser, de ce fait, une inscription provisoire, mais dans le même temps, se refuser à reconnaître que les conditions de la saisie-arrêt ne sont pas réunies, relèvent d'un raisonnement que nous trouvons un peu spécieux. De toute façon, certaines lettres de confort ne suscitent aucun doute quant à leur force à fonder une saisie-arrêt.

---

<sup>313</sup> *Ibid.*

- Ceci étant dit, il ne nous reste plus qu'à examiner rapidement, toujours au titre des mesures conservatoires, les conditions d'exécution de la lettre de confort dans le cadre des procédures de liquidation judiciaire. Nous voulons parler ici de l'hypothèse où la filiale tombe en faillite. Il est à remarquer que la quasi totalité des arrêts que nous avons cités dans ce mémoire ne concerne que cette hypothèse. Le schéma devient classique : une société mère intervient, par le moyen d'une lettre de confort, aux côtés de sa filiale qui sollicite un crédit auprès d'une banque. Après quoi, la filiale tombe en faillite et est soumise à une procédure de redressement judiciaire. La banque saisit les tribunaux pour voir la société mère condamnée au paiement. On voit alors que le droit de la lettre de confort est étroitement lié à celui de la faillite des sociétés.

Selon Marie-Françoise Antoine, qui s'est particulièrement penchée sur les questions liées à « la lettre de patronage et la faillite », « [l]e jugement déclaratif de faillite ouvre [...] dans le chef du créancier un droit de recours contre la société mère. La totalité du dommage n'étant pas fixée dès ce moment, le juge ne prononcera qu'une condamnation provisionnelle ou constatera la responsabilité de principe du défendeur en renvoyant la fixation de l'indemnité au jour de clôture de la faillite »<sup>315</sup>.

L'auteur fait observer que la lettre de confort ne faisant pas naître de droits propres à la filiale, en cas de faillite de celle-ci, son représentant ne peut exercer ce droit. De la même manière, le droit de réclamer constitue un droit personnel à la banque. L'auteur ajoute que la société mère ne bénéficie pas de la subrogation légale et que dans le cas où elle serait exécutée, elle ne pourrait recourir qu'à la quittance subrogatoire établie en accord avec la banque<sup>316</sup>. Une telle analyse fait penser à la garantie à première demande par laquelle le garant prend un engagement indépendant vis-à-vis du bénéficiaire et ne peut se prévaloir des exceptions tirées du contrat de base<sup>317</sup>. Baillod fait observer, sans pour autant reconnaître le caractère totalement indépendant de la lettre de confort, que « la promesse d'alimenter le

---

<sup>314</sup> *Ibid.*

<sup>315</sup> Article de Marie-Françoise Antoine dans l'ouvrage de Bellis *et al.*, op. cit., *supra* note 5, pp. 187-195.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 195.

trésorerie d'une filiale n'est pas l'accessoire de la dette de cette société : c'est une obligation dont l'objet est propre »<sup>318</sup>. Daunizeau va dans le même sens, tout en étant plus catégorique : « par nature et sauf requalification en cautionnement, la lettre d'intention n'a pas de caractère accessoire à l'obligation principale »<sup>319</sup>. Le moins qu'on puisse dire, en tout cas, est que la lettre de confort emprunte certaines caractéristiques du cautionnement et de la garantie à première demande, sans pour autant partager la nature juridique de ces sûretés personnelles.

Baillo, de son côté, s'est intéressée à l'hypothèse selon laquelle, dès avant l'échéance de la dette, la filiale vient à être mise en redressement judiciaire (et non en liquidation). La question se pose de savoir si la banque qui bénéficie de la lettre de confort peut réclamer sa créance non encore échue à l'ouverture de la procédure. Par analogie au cautionnement, Baillo soutient que la procédure de redressement est révélatrice de l'insolvabilité de la filiale et qu'à partir de ce moment, il n'est pas nécessaire d'attendre que la créance de la banque soit exigible avant de la déclarer à la procédure. Pour couper court à toutes hésitations juridiques, Baillo propose que la banque exige, dès l'émission de la lettre, une clause l'autorisant à agir contre le souscripteur en cas de mise en redressement ou de liquidation de la filiale<sup>320</sup>. Si la banque prend une telle précaution à l'émission de la lettre, encore faudrait-il qu'elle soit consciente des problèmes de droit international privé qu'entraînerait la lettre de confort qui comporte un élément d'extranéité.

## § 2 - La lettre de confort en droit international privé

Il s'agira pour nous d'examiner, sans trop nous y étendre, les problèmes de conflits de juridictions et de conflits de lois que soulève le contentieux de la lettre de confort. Eu égard aux développements qui précèdent, nous ne pouvons examiner ces problèmes que dans le cadre des obligations contractuelles.

---

<sup>317</sup> V. nos développements sur ce point au premier chapitre, *supra*, pp. 30-33.

<sup>318</sup> Baillo, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 574.

<sup>319</sup> Daunizeau, *op. cit.*, *supra* note 168, p. 5.

<sup>320</sup> Baillo, *ibid.*

Sur la question de la compétence judiciaire, nous nous limitons à l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles en matière de compétence judiciaire, qui précise qu'en matière contractuelle, le défendeur peut être cité devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande<sup>321</sup>. Il s'en suit que si c'est la banque qui enclenche l'action, elle devra assigner la société mère au lieu où celle-ci a son siège principal. Ceci étant dit sans préjudice de la possibilité pour les parties d'élire librement une juridiction. Si le libre choix des parties n'est pas du « forum shopping », c'est-à-dire une manière de contourner une juridiction normalement compétente, les tribunaux y feront droit.

Quant à la loi applicable à lettre de confort, il faudra distinguer entre les droits nationaux et le droit conventionnel, en l'occurrence la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur « la loi applicable aux obligations contractuelles ». Dans une lettre de confort classique (celle qui met en jeu société mère, filiale et banque), plusieurs lois peuvent avoir vocation à s'appliquer : devra-t-on appliquer la loi de la société mère, ou celle de la banque, ou plutôt celle de la filiale lorsqu'au moins deux lois sont en présence?

Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la loi applicable à la lettre de confort en Allemagne était celle du lieu d'exécution de l'obligation sur laquelle se fondait le demandeur. Ainsi en avait décidé le Tribunal de Francfort le 8 mars 1977 dans l'affaire que nous avons rapportée dans notre chapitre 2<sup>322</sup>. Dans un premier temps, les tribunaux français avaient adopté la même attitude que leurs homologues allemands. C'est ainsi que dans l'affaire de la Cour d'appel de Paris du 25 avril 1979 précitée<sup>323</sup>, la Cour avait justifié sa décision par le fait que « l'obligation contractuelle de la société mère étrangère avait lieu en France, où la filiale garantie et la banque bénéficiaire de la lettre d'intention avaient leur siège »<sup>324</sup>. Mais par la suite, il y a eu un revirement jurisprudentiel en France. C'est la Cour d'appel de Montpellier qui en a donné le ton. Dans son arrêt rendu le 10 janvier 1985<sup>325</sup>, la cour a considéré l'autonomie de l'engagement lié à la lettre de confort au regard de l'obligation principale, pour

---

<sup>321</sup> Daunizeau, *ibid.*

<sup>322</sup> V. *supra*, pp. 48-49.

<sup>323</sup> V. *supra*, pp. 50-51.

<sup>324</sup> Daunizeau, *ibid.*

<sup>325</sup> Op. cit., *supra*, p. 88.

conclure qu'elle ne pouvait retenir la loi française comme loi applicable. Le critère retenu par la Cour s'appuie plutôt sur le fait que la garantie née du chef de la lettre de confort était donnée à une banque française au profit d'une filiale française et devait être exécutée en France ; il appartient, dans ces conditions, à la loi française d'apprécier la nature, la portée et l'étendue d'un tel engagement. En l'état actuel de la jurisprudence française, la loi applicable à la lettre de confort est celle de son lieu d'exécution<sup>326</sup>. Les tribunaux italiens avaient déjà adopté cette position depuis la décision du Tribunal de Milan du 15 février 1979 précitée<sup>327</sup>.

Quant à la Convention de Rome, à défaut de choix par les parties, elle prévoit que la loi applicable serait celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, c'est-à-dire, en principe, le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle (art. 4). Il en résulte que la loi applicable sera souvent celle de l'émetteur de la lettre de confort. Mais l'article 4 de la Convention de Rome n'a édicté qu'une présomption simple. S'il se trouve qu'en raison des circonstances de la cause, la lettre de confort présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui désigné par le jeu des présomptions, la loi de l'émetteur sera donc écartée. Nous voyons dans la solution adoptée par la Convention une prise en compte de la « *proper law of the contract* » du système anglo-saxon, que la doctrine et la jurisprudence suisses avaient déjà adoptée bien avant la Convention de Rome.

---

<sup>326</sup> Ainsi en a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 1992 ; v. Daunizeau, *ibid.*, p. 6.

<sup>327</sup> V. *supra*, pp. 51-53.

## **CONCLUSION**

Ce mémoire a consisté, dans un premier temps, en un examen des conditions d'émission de la lettre de confort et, dans un second temps, en une analyse de ses effets juridiques

Dans la première partie, nous nous sommes posé deux ordres de questions, et à chacun d'eux, nous avons consacré un chapitre : primo, nous avons cherché à savoir la force autonome de la lettre de confort dans la négociation du crédit bancaire ; secundo, nous nous sommes intéressé à la question délicate de savoir si la lettre de confort est un engagement purement moral ou plutôt un véritable engagement juridique.

Le premier chapitre nous a d'abord amené à situer la lettre de confort par rapport à la promesse de crédit bancaire. De ce point de vue, nous nous sommes rendu compte que la banque peut exiger seulement la souscription d'une lettre de confort comme condition préalable à l'ouverture d'un crédit, sans éprouver le besoin de demander des garanties supplémentaires. Dans ce cas, si la banque ne se réserve pas la liberté de refus (*discretionary advance clause*), la souscription effective de la lettre de confort rendra sa promesse obligatoire. Lorsque l'émission de cette lettre n'est qu'une condition suspensive à l'octroi du crédit, le défaut d'émission ne libère pas la banque de sa promesse. Nous avons vu à ce niveau tout le caractère contraignant de l'engagement de la banque (il s'agit, en l'occurrence, d'un véritable contrat), ce qui nous a permis plus tard d'apprécier la force « obligationnelle » de la lettre de confort. Toujours dans le premier chapitre, nous avons établi un parallèle entre la lettre de confort et les autres sûretés personnelles. Après examen, nous nous sommes aperçu que la lettre de confort n'est ni assimilable au cautionnement (celui étant exprès et accessoire), ni à la garantie autonome (qui implique un engagement indépendant de son émetteur), ni même à la promesse de porte-fort ou à la stipulation pour autrui.

Cette distinction nous a conduit à la recherche, dans le deuxième chapitre du mémoire, de la nature juridique de la lettre de confort. La question fondamentale qui se pose à ce niveau

est celle de savoir si la lettre de confort est un engagement moral ou juridique. Pour ce faire, nous avons d'abord examiné les arguments qui militent en faveur de la qualification morale. Après avoir cité la jurisprudence qui a opté pour cette qualification, nous en avons trouvé les fondements d'abord dans un parère du président de l'Association des banques françaises, ensuite dans une vieille pratique que l'on retrouve surtout en Grande-Bretagne : il s'agit du *gentlemen's agreement* ou engagement d'honneur. Bien que ce type d'engagement mette de l'avant le principe de la moralité des affaires, nous l'avons écarté en ce qui concerne la lettre de confort. Car le commerçant qui n'honore pas l'engagement qu'il a pris à travers une lettre de confort répond de ses actes, non seulement devant le tribunal de sa conscience ou devant une certaine divinité, mais bien entendu devant ses pairs. En outre, la banque qui fait une promesse de crédit n'a pas pris seulement un engagement moral. Une telle analyse nous a amené à qualifier la lettre de confort de véritable engagement juridique, ce qui répond à une jurisprudence constante et concordante. Nous avons alors admis que la lettre de confort est un contrat. Mais il nous a tout de même fallu reconnaître qu'elle ébranle le principe du consensualisme qui caractérise le cautionnement, par exemple. Pour contourner cette difficulté, la doctrine et la jurisprudence dominantes estiment, d'une part, que la lettre de confort est un contrat unilatéral qui devient parfait dès son acceptation expresse ou tacite par son destinataire et, d'autre part, que le juge n'est pas lié par la qualification donnée par les parties.

Ayant donc établi la nature essentiellement juridique de la lettre de confort, nous avons consacré la deuxième partie de notre mémoire à en étudier les effets, c'est-à-dire, d'une part, l'étendue des obligations dont est tenu l'émetteur et, de l'autre, l'exécution de ces obligations.

C'est notre troisième chapitre qui a pris en compte les limites des obligations de l'émetteur. À ce niveau nous avons d'abord donné quelques indices d'une théorie pure de la lettre de confort en tentant d'établir une ligne de démarcation entre les « fausses lettres de confort » et les « vraies lettres de confort ». Après avoir relevé le besoin exprimé par maints auteurs et juges d'installer des mesures de sécurité juridique en matière de lettre de confort, nous nous sommes essayé à une typologie rigoureuse qui exclut du champ des lettres de

confort, celles ne comportant aucun engagement. Les lettres qui, de notre point de vue, méritent la qualification « de confort » sont les seules qui contiennent un engagement de leur émetteur envers leurs destinataires. Nous avons fourni des exemples, synthétisés dans un tableau, pour illustrer les fausses et les vraies lettres de confort. Étant entendu que la lettre de confort comporte nécessairement un engagement juridique, il nous a fallu ensuite, toujours dans notre troisième chapitre, préciser que cet engagement peut consister en une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, d'une part, et en une obligation de moyens ou de résultat, d'autre part. Des décisions de justice et autres exemples ont été également cités pour illustrer chaque catégorie de lettres de confort ; on en trouvera une synthèse dans un autre tableau.

Enfin, notre quatrième et dernier chapitre s'est penché sur les questions relatives à l'exécution des obligations nées de la lettre de confort. Nous avons, à cet effet, examiné les cas d'exécution volontaire et les cas d'exécution judiciaire. L'émetteur d'une lettre de confort qui veut s'exécuter volontairement reconnaît, en principe, le caractère juridique de son engagement. De ce point de vue, il est conscient que sa lettre doit suivre une procédure donnée avant d'être émise. Si l'émetteur est un dirigeant de société anonyme, il est appelé à solliciter l'autorisation de son conseil d'administration, inscrire la lettre au titre des engagements hors bilan et demander aussi la permission des autorités monétaires de son pays pour autant que l'exécution de la lettre nécessitera un transfert de fonds à l'étranger. C'est du moins la position que nous avons dégagée de la doctrine et de la jurisprudence françaises majoritaires. Nous n'avons pas pu vérifier si ces mesures françaises qui ressortent au droit des sociétés et à la réglementation des investissements internationaux seraient valables dans d'autres ordres juridiques (mise à part notre tentative vaine de comparaison avec le droit québécois des compagnies qui ne nous a d'ailleurs pas fourni des éléments de comparaison), mais la logique que nous trouvons à ces mesures nous permettent d'affirmer qu'elles pourraient être acceptées ailleurs qu'en France. Sur la question de l'exécution judiciaire de la lettre de confort, notre attention s'est d'abord portée sur les mesures conservatoires en cas de faillite du débiteur conforté. Une certaine jurisprudence a admis que la lettre de confort fait naître une créance fondée en son principe, mais non certaine, liquide et exigible. Il n'empêche qu'en cas de faillite du débiteur conforté, le bénéficiaire de la lettre déclare sa créance à la

procédure judiciaire et se retourne, dans certains cas, contre celui qui en est l'émetteur. Le dernier aspect de l'exécution judiciaire que nous avons examiné est relatif au droit international privé. De notre point de vue, les problèmes de conflits de lois et de juridictions par rapport à la lettre de confort ne dérogent pas aux solutions admises pour les obligations en général. À cet égard, la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles s'appliquerait sans grandes difficultés à la lettre de confort.

En raison du flou juridique qui caractérise la lettre de confort, nous avons été amené, dans ce mémoire, à adopter une position un peu catégorique. Cela ne relève pas forcément d'un choix positiviste ou dogmatique, mais s'explique plutôt par le besoin de sécurité exprimé aussi bien par les partenaires commerciaux que par les auteurs et les tribunaux. En adoptant une telle position, notre objectif n'est point d'intégrer la lettre de confort dans le code civil ou le code de commerce. Nous ne pensons pas qu'une réglementation étatique rigide parviendrait à établir une confiance en cette technique et à en promouvoir l'utilisation dans le commerce international. Mais nous reconnaissons la nécessité d'une convention autour des enjeux juridiques majeurs de la lettre de confort. La garantie indépendante a connu au début les mêmes imprécisions juridiques que la lettre de confort. Il a fallu l'intervention de la Chambre de commerce internationale pour que les partenaires commerciaux soient fixés sur le genre d'engagement qu'ils prennent à travers cette sûreté personnelle.

Nous pensons que la CCI pourrait faire le même travail en ce qui concerne la lettre de confort. Les avantages de cette technique sont énormes et ce serait dommage que pour des raisons d'hésitations juridiques, elle soit jetée aux orties. C'est pourquoi, sans pour autant prétendre rédiger un véritable code de la lettre de confort, nous soumettons à la réflexion d'un organe conventionnel quelconque (CCI ou CNUDCI) quelques propositions quant à l'adoption des principes fondamentaux de la lettre de confort. Ces propositions ne sont qu'une synthèse des idées que nous avons défendues dans ce mémoire. Nous sommes conscients que nos points de vue - peut-être trop normatifs - ne seront pas partagés par tout le monde. Mais notre objectif n'était point de clore le débat ; nous voulions au contraire le raviver en vue d'un consensus éventuel.

## **Suggestion de quelques principes fondamentaux relatifs à la lettre de confort**

1. La lettre de confort est une sûreté personnelle qui peut être souscrite seule ou en association avec d'autres formes de sûreté.
2. Il n'y a pas de lettre de confort qui n'oblige. Toute lettre de confort est constitutive d'obligations juridiques.
3. La lettre de confort est un contrat unilatéral parfait dès son acceptation tacite ou explicite par son destinataire.
4. La lettre de confort peut consister en une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner.
5. L'obligation liée à la lettre de confort peut être une obligation de moyens ou de résultat suivant les termes de la lettre et les circonstances de la cause.
6. Les lettres dont les émetteurs sont tenus d'une obligation de ne pas faire, obligation de résultat, sont appelées « lettres de confort du premier degré » ; les lettres dont les émetteurs sont tenus d'une obligation de faire, obligation de moyens, sont appelées « lettres de confort du deuxième degré » ; celles dont les émetteurs sont tenus d'une obligation de faire, obligation de résultat, sont dites « lettres de confort du troisième degré » ; enfin, celles dont les émetteurs sont tenus d'une obligation de donner, obligation de résultat, sont appelées « lettres de confort du quatrième degré ».
7. Les lettres constitutives d'une obligation de ne pas faire et d'une obligation de donner sont présumées entraîner une obligation de résultat (présomption simple).
8. La lettre de confort est une garantie, mais elle n'est à confondre ni avec le cautionnement, ni avec la garantie à première demande.
9. Les clauses d'une lettre de confort s'interprètent en fonction du texte et du contexte. Lorsque les engagements pris par l'émetteur se répartissent dans deux catégories différentes, l'engagement de degré supérieur l'emporte sur celui de degré inférieur.

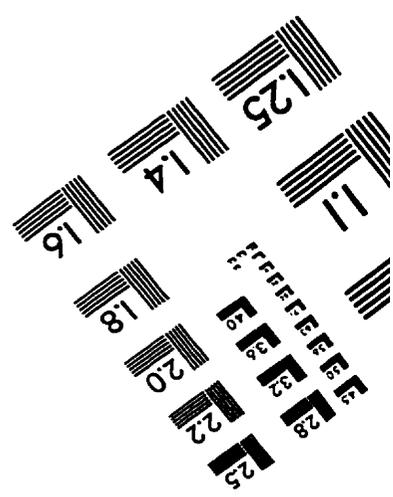
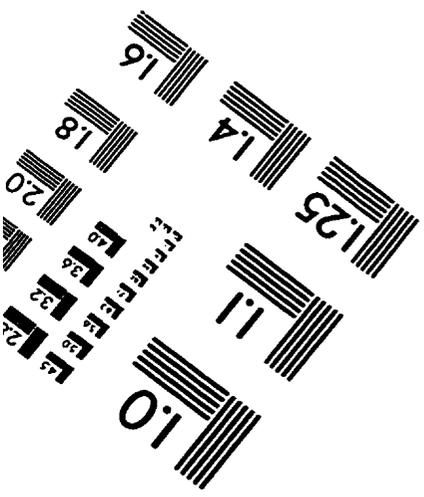
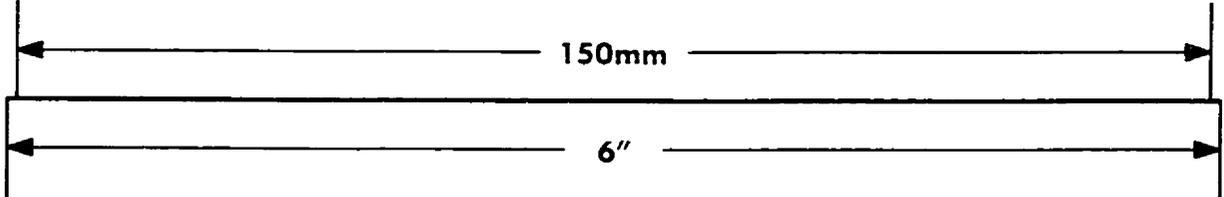
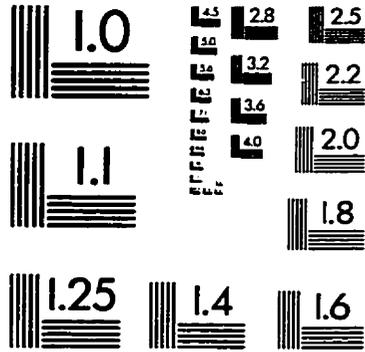
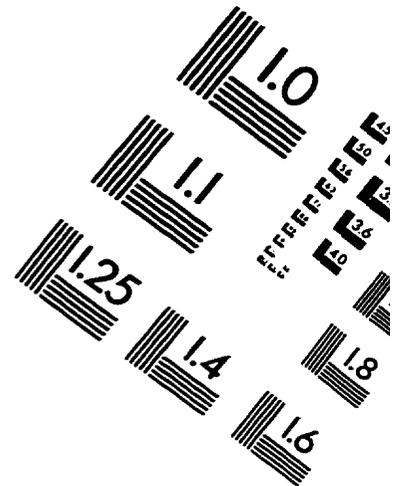
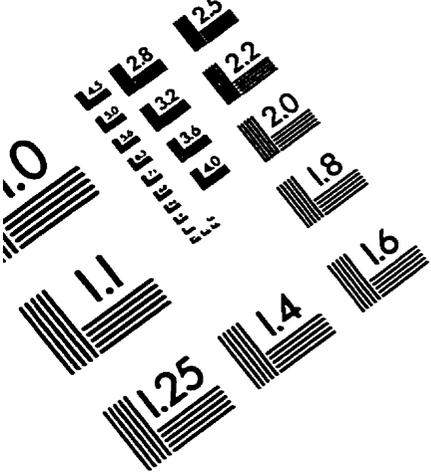
## LISTE DES OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS

- ANCEL, Pascal, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1989, 330 p.
- BAILLOD, Raymonde, « Les lettres d'intention », *Revue trimestrielle de droit commercial*, n° 3, 1992, pp. 547-578.
- BELL, Trevor W., "Commitment Letters and Loan Agreements", *Banking Law and Finance Review*, n° 2, 1988, pp. 1-28.
- BELLIS, Marc *et al.*, *La lettre de patronage*, Travaux de la Faculté de droit de Namur et Feduci, 1984, 434 p.
- BERTREL, Jean-Pierre, « Les lettres d'intention », *Banque* n° 465, 1986, p. 895-900.
- BOURRET, Jean J., « Le financement en franchisage », *Conférence Meredith 1992*, éditions Yvon Blais, pp. 241-263.
- BRILL, Jean-Pierre, note sous Cass. Com., 21 déc. 1987, *D.* 1989. J. 112-115.
- CABRILLAC, Michel et Christian Mouly, *Droit pénal de la banque et du crédit*, Masson, Paris, 1982, 253 p.
- CLARK, Donald H., « "Cold Comfort Letter" : *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp. Bhd.* », in *The Canadian Bar Review*, vol. 69, 1990, pp. 753-760.
- COIPEL, Michel, « L'aspect moral des lettres de patronage », in Marc Bellis *et al.* (éd.), *La lettre de patronage*, Travaux de la faculté de droit de Namur n° 16, Feduci, 1984, pp. 23-38.
- CONTAMINE-RAYNAUD, Monique, note sur la lettre de confort, sous Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 15 oct. 1991, *Revue de droit bancaire*, n° 35, jan.-févr. 1993, pp. 50 et s.
- DAGOT, Michel, *Les sûretés*, Thémis, PUF, Paris, 511 p.
- DAUNIZEAU, Jean-Michel, « La pratique des lettres d'intention dans un contexte international », *Banque & Droit* n° 42, juil.-août 1995, pp. 3-8.
- DESLAURIERS, Jacques, *Précis de droit des sûretés*, Wilson et Lafleur Ltée, Montréal, 1990, 426 p.

- DIMECH, Pierre, « Les lettres de confort témoignent-elles toujours de bonnes intentions? », *Banque & Droit* n° 9, 1990, pp. 58-60.
- ESTOUP, Pierre, note sur la lettre de confort, sous Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 5 mai 1988, *JCP*. 1988. II. n° 21112.
- FONTAINE, Marcel, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux » *Droit et pratique du commerce international*, tome 3, n° 2, 1977, pp. 73-122.
- GAVALDA, Christian et Jean Stoufflet, *Droit bancaire : institutions - comptes - opérations - services*, Litec 2<sup>e</sup> édition, 1994, Paris, 464 p.
- GRUA, François, *Contrats bancaires*, tome 1, Économica, 1990, 350 p.
- HÉRIAUD, Béatrice, « Lettre d'intention. France - Angleterre : l'entente cordiale », *Banque et Droit* n°1, nov.-déc. 1988, pp. 18-21.
- LACASSE, Nicole, *Droit de l'entreprise*, Les éditions Narval, Québec, 1997, 430 p.
- LOGOZ, François, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif de la garantie bancaire: étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1991, 462 p.
- MacLEOD, Ian C., "Commitment Letters: Their Use and Some Specific Considerations", *Banking & Finance Law Review*, n° 7, 1990, pp. 63-83.
- MALAURIE, Philippe et Laurent Aynès, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, Paris, 1995, 319 p.
- MARCHI, Jean-Pierre, note sur la lettre de confort, sous Paris, 10 mars 1989, *Gaz. Pal.*, 1989. J. 292-294.
- MARTIN, Lucien, commentaire sur la lettre de confort, sous Trib. com. de Paris, 13 oct. 1981, *Banque* n° 2, déc. 1981, p. 1455-1462.
- MILLS, Trevor A., « Letters of Intent and Canadian Approach to Good Faith Bargaining Obligations : "So Close So Far" », *Banking & Finance Law Review*, vol 11, 1995-1996, p. 355-395.
- MONTANIER, Michel, conclusions sur la lettre de confort, sous l'arrêt Com, 21 déc. 1987, *JCP* 1988. II. 21113.
- NAJJAR, Ibrahim, « L'autonomie de la lettre de confort », *D.* 1989. *Chron.* 217-221.
- OPPETIT, Bruno, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, *Chron.*, p. 107 et s.

- POULLET, Yves, « L'analyse juridique des lettres de patronage », in Marc Bellis *et al.*, *Les lettres de patronage*, Faculté de droit de Namur et Feduci, Paris, 1984, pp. 39-140.
- POULLET, Yves, « La lettre de patronage », *Droit et pratique du commerce international*, t. 7, n° 4, 1981, pp. 680 et s.
- RIVES-LANGE, Jean-Louis et Monique Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 6<sup>e</sup> édition, 1995, 805 p.
- SALVAGE-GEREST, Pascal, *Les sûretés, la publicité foncière*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 1994, 195 p.
- SIMLER, Philippe et Philippe Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz., 1989, 671 p.
- Société canadienne d'évaluation de crédits, *An Investor's Guide to Asset-Backed Securities in Canada*, 3<sup>e</sup> édition, Automne 1993, pp. 48-49.
- SOLIS, Michel A. et Michelle Gagné, *Votre PME et le droit : Enr. ou inc., raison sociale, marque de commerce... et le nouveau Code civil*, Les éditions Transcontinental inc. et la Fondation de l'Entrepreneurship, Montréal, 1994, 136 p.
- TERRAY, Jacques, « La lettre de confort », *Banque* n° 393, mars 1980, pp. 329-338.
- THÉRY, Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, Presses universitaires de France, Paris, 1988, 437 p.
- VASSEUR, Michel, notes sur la lettre de confort, sous Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 25 avr. 1979, *D.* 1980. *I.R.* 55 ; Trib. Com. Paris, *D.* 1982. *Somm.* 198 ; Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., 10 janvier 1985, *D.* 1985. *Somm.* 340-342 ; Paris, 1<sup>e</sup> ch., 16 juin 1986, *D.* 1987. *Somm.* 297.
- VILLEROIL, Pierre, « La lettre d'intention à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Banque & Droit* n° 43, sept.-oct. 1995, pp. 3-11.
- VITA (de), Michèle, « La jurisprudence en matière de lettres d'intention : étude analytique », *Gaz. Pal.* 1987. *Doct.* pp. 667-670.
- WYMEERSCH (Van), Charles, « Contexte économique et financier des lettres de patronage » in Marc Bellis *et al.*, *La lettre de patronage*, Travaux de la Faculté de droit de Namur et Feduci, 1984, pp. 1-16.

# TEST TARGET (QA-3)



**APPLIED IMAGE . Inc**  
1653 East Main Street  
Rochester, NY 14609 USA  
Phone: 716/482-0300  
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved