

## La reprise d'entreprise au Portugal : Analyse et partage de bonnes pratiques

### La Lettre d'Intention : sa raison d'être et ses enjeux juridiques

Dans le monde du M&A, nous retrouvons plusieurs vocables pour désigner le premier document qui formalise une offre ou l'intention d'une partie à acquérir un actif ou les participations d'une autre société. En voilà quelques exemples : Offre sous conditions, Offre non engageante (Non-binding offer), Lettre d'intention (Letter of Intent, Lol, Carta de Intenções), Déclaration d'intention, Term Sheet, Memorandum of Understanding, Protocole de Négociation, etc. <sup>1</sup>

La lettre d'intention n'a pas de modèle unique, elle varie selon la volonté des parties et la mesure dans laquelle chacune de ces parties souhaite être obligée pour l'avenir.

**Autrement dit, elle est ce que ses utilisateurs veulent en faire.**

Sa nature et sa qualification juridique sont extrêmement variables et difficiles à déterminer, ne correspondant pas aux instituts et aux figures juridiques dites « typifiées ».

Une partie de la doctrine soutient qu'elle ne constitue pas un véritable accord, mais la portée juridique de la lettre d'intention fait indéniablement naître un certain nombre d'engagements et obligations qui peuvent être sanctionnés par des dommages et intérêts.

Elle reste un élément inhérent à la négociation, tout comme les accords de confidentialité et les instruments de négociation exclusive ; nous verrons dans quelle mesure ils sont tous liés.

Nous proposons ici une analyse de ses objectifs, et, selon une approche pratique, nous reviendrons sur sa raison d'être, l'essentiel de son contenu et sa portée juridique.

---

1

Dans cet article, nous utiliserons la terminologie « Lettre d'Intention » pour faciliter la lecture de l'exposé. Ces réflexions et observations s'appliquent à tout type de document de la phase des négociations précontractuelles n'ayant pas de force contraignante (contrairement à l'acte de promesse ou au compromis qui possèdent leur propre régime juridique).

## I. A quoi sert la Lettre d'Intention

### Pour les parties :

Il s'agit, après une première approche et une première analyse réalisée par le repreneur, d'établir les principales caractéristiques et conditions de l'accord à intervenir, définissant le cadre et les limites de la négociation.

La Lettre d'Intention permet aux parties, à la fois d'enregistrer et programmer le processus de négociation et, de déclarer le sérieux de leur intention de poursuivre les négociations.

### En particulier pour le cédant :

La poursuite des négociations implique en principe la diffusion d'informations confidentielles, laquelle nécessite d'être encadrée.

A cet effet, la Lettre d'Intention devra contenir des dispositions relatives à une obligation de confidentialité ou prévoira la signature d'un accord de confidentialité, communément désigné par NDA (Non Disclosure Agreement).

Le cédant aura également la préoccupation de fixer, dans la Lettre d'Intention, un délai ou une date limite pour que le potentiel acquéreur mène ses travaux d'audit et confirme son intention de conclure un accord engageant (compromis d'achat, SPA, accord définitif), de sorte à ne pas s'engager dans un processus de négociation sans fin et/ou sans possibilité de sortir des négociations.

### En particulier pour le repreneur :

La Lettre d'Intention permet de valider les points d'accord avec le cédant et de faire valider les points sur lesquels un accord doit encore être trouvé.

Le repreneur aura également le souhait d'obtenir une période d'exclusivité, pendant laquelle le cédant s'oblige à ne pas négocier avec d'autres intéressés par la cible, lui permettant de mener à bien les audits nécessaires et émettre ou confirmer une offre ou accord contraignant.

Pour le repreneur, plus que pour le cédant, les termes de la Lettre d'Intention devront déterminer dans quelle mesure il pourra se retirer de la négociation dans de bonnes conditions juridiques (i.e. sans pénalité) si certains points se révélaient infondés ou contradictoires.

Sur un plan plus pratique, la Lettre d'Intention est souvent le 1<sup>er</sup> document qui va permettre au repreneur d'aller chercher un financement de l'opération auprès des banques et autres organismes financiers.

## 2. Les éléments clés de la Lettre d'Intention

Les Lettres d'Intention peuvent être plus ou moins détaillées selon les circonstances de la transaction envisagée, et de ce fait, plus ou moins longues, mais certains éléments nous paraissent essentiels afin d'assurer un bon départ dans les négociations :

- a) L'identification des parties : cédant, repreneur
- b) L'identification de la cible et du périmètre d'acquisition
- c) Les indicateurs clés et les éléments qualitatifs qui motivent dans la démarche d'acquisition : chiffres d'affaires, résultats, marges, caractéristiques de la clientèle, pourcentage à l'export, ressources humaines, appareil de production, brevets, marques, etc...
- d) Le calendrier de l'opération : période d'audit, émission de l'offre engageante, phase de négociation, date de signature du protocole d'accord et date de réalisation de l'opération.
- e) Les conditions suspensives voulues par le repreneur, notamment concernant le financement et le résultat satisfaisant des travaux d'audit.

S'agissant des dispositions (pré)contractuelles, et une fois que les éléments fondamentaux liés à la transaction envisagée sont prévus, il convient d'insérer ou du moins de s'interroger sur les clauses suivantes, que l'on retrouve assez souvent dans les Lettres d'Intention :

- a) Une clause de non-concurrence.
- b) La prévision d'une garantie d'actif et de passif.
- c) Une clause d'exclusivité
- d) Une clause de confidentialité
- e) Une limitation des responsabilités dans le cadre des négociations
- f) Une clause relative aux modalités de sortie de la négociation et de cessation des effets de la Lettre d'Intention

- g) Une clause de répartition des frais et honoraires liés à la transaction jusqu'au Closing de l'opération
- h) Autres clauses diverses : loi applicable et juridiction compétente en cas de litige ; langue des négociations, etc...

### 3. Le régime juridique et la portée de la Lettre d'Intention

Comme indiqué en introduction de cet article, les lettres d'intention sont associées à un manque de terminologie uniforme quant à leur désignation. C'est pourquoi leur notion n'est pas univoque.

Au Portugal, le terme « lettre d'Intention », que la doctrine a adopté du terme « Letter of Intent », englobe plusieurs manifestations précontractuelles innommées de volonté et, bénéficie d'un certain degré de divulgation et d'acceptation par les doctrines et jurisprudences portugaises et étrangères.

*«L'hétérogénéité est l'une des principales caractéristiques des Lettres d'Intention. Elles constituent une catégorie juridique résiduelle qui vise à englober un ensemble de nouvelles figures légales apparues dans le contexte précontractuel des contrats complexes. »*

Cette définition recouvre donc des réalités juridiques hétérogènes aux caractéristiques et natures différentes.

Les lettres d'Intention peuvent formaliser une déclaration unilatérale, des accords synallagmatiques, des obligations de confidentialité, des obligations de négociation, ou encore, des contrats préparatoires innommés (ex. : Term Sheet).

En conséquence, leur portée juridique est difficile à évaluer, surtout si le langage de leur contenu est imprécis ou contradictoire.

*« La plupart du temps, ces accords ne sont pas signés avec l'aide d'avocats ou autres professionnels du Droit car ils sont signés à un stade où les parties estiment que leur exécution n'est pas nécessaire. L'objectif premier des parties est alors de garantir l'honneur commercial, plutôt que de respecter strictement la loi, d'où le manque de rigueur juridique dans leur élaboration. »*

Par ailleurs, les lettres d'intention peuvent être unilatérales ou bilatérales, elles sont insérées dans le périmètre de négociation et leur contenu résulte d'un accord entre les parties.

Malgré cela, certains considèrent que les lettres d'intention ne peuvent pas être bilatérales, car il s'agit d'un protocole d'accord qui est préparé par l'une des parties et envoyé à l'autre pour l'accepter ou non. Il ne s'agit pas d'un accord établi en commun.

C'est pourquoi la même transaction peut avoir plusieurs lettres d'intention et, cet accord n'entend pas que les parties soient tenues de conclure le contrat définitif, bien qu'il se situe dans un processus de négociation en vue de sa conclusion.

Ainsi, et dans une tentative de définir plus largement les lettres d'intention, une partie de la doctrine considère qu'il s'agit de « déclarations émises par l'une ou les deux parties dans le cadre d'un processus de négociation, dans le but de réglementer le déroulement des négociations ou la formation du contrat final, sans toutefois, les contraindre à la conclusion de ce dernier. »<sup>2</sup>

Une autre partie préfère une définition plus restrictive en considérant qu'il s'agit d'Accords de Principe, i.e. « accords de contenu extrêmement variable, qui consistent généralement en des pactes au terme desquels les parties, à un certain stade des négociations en cours, expriment leur volonté de les poursuivre, de bonne foi avec pour finalité parvenir à l'accord final »<sup>3</sup>.

*« Compte tenu de ce qui précède, il convient d'être très prudent quant à la rédaction d'une Lettre d'Intention, car en raison de leur hétérogénéité et leur tendance à un langage ambigu, les lettres d'intention peuvent avoir, selon les cas, les effets juridiques qui ne sont pas recherchés par les parties ou peuvent ne pas produire les effets désirés par ces derniers. »*

Par exemple, pour le cédant, même s'il ne contresigne pas la lettre d'intention, le simple fait de poursuivre ses discussions avec un repreneur après qu'il ait émis cette lettre peut constituer un accord tacite sur son contenu.

---

<sup>2</sup> MARIANA FONTES DA COSTA, Ruptura das Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção, Coimbra Editora, 2011, pág. 84.

<sup>3</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, Direito dos Contratos Comerciais, Almedina, pp. 97 e 98

Le risque juridique, qu'il ne faut pas négliger même si sa survenance est rare, est la rupture abusive des négociations, notamment en cas de non-respect du principe de bonne foi, ce qui peut exposer une partie, en cas d'action judiciaire, au paiement de dommages et intérêts ou encore à payer des pénalités compensatoires de rupture des négociations lorsque la propre Lettre d'Intention le prévoit.

Conclusion : Vous l'aurez compris, bien que la Lettre d'Intention ne contraint (en principe) pas les parties à aller au bout du processus de négociation et à conclure l'accord définitif, elles font naître des obligations pour chacune des parties, de sorte que sa rédaction devra être établie de façon attentive. D'autant que les parties ne pourront s'appuyer sur un cadre juridique prédéterminé et impératif pour régler quelque litige qui pourrait surgir de l'interprétation ou de l'exécution d'un tel document.

Ce document est purement informatif et ne constitue pas une source de conseil juridique.  
Les informations qu'il contient font référence à la date de sa divulgation et les lecteurs doivent demander un avis juridique avant de l'appliquer à des questions ou opérations spécifiques.  
Aucune reproduction, divulgation ou distribution, en partie ou en totalité, du contenu de cette publication n'est autorisée sans consentement préalable.  
Pour de plus amples informations, veuillez nous contacter à l'adresse suivante : [contact@msadv.pt](mailto:contact@msadv.pt)