

## Plan du cours et méthodologie

---

- 24 février : séance introductive / vidéos de la semaine 1 / **Première approche du contrat, documents précontractuels**
- 2 mars : séance de travail
- 9 mars : vidéo de la semaine 2 / **Complexes de contrats, désignation des parties, préambule**
- 16 mars : séance de travail
- 23 mars : vidéo de la semaine 3 / **Accord de base et garanties**
- 30 mars : vacances
- 6 avril : séance de travail
- 13 avril : vidéo de la semaine 4 / **Clauses relatives à la responsabilité**
- 20 avril : séance de travail
- 27 avril : vidéo de la semaine 5 / **Propriété et durée du contrat**
- 4 mai : séance de travail
- 11 mai : vidéo de la semaine 6 / **Clauses standards et résolution des litiges**
- 18 mai : séance de travail
- 25 mai : éventuel répertoire

Méthodologie : Les débats portant sur les clauses contractuelles étudiées en cours se structureront sur les trois thèmes suivants, qui se retrouveront dans les questions d'examen:

- *Utilité*: explication du but recherché par la clause contractuelle. La clause doit être remise dans le contexte du contrat et de l'opération commerciale que sous-tend le contrat.
- *Validité*: licéité de la clause au regard du droit impératif suisse. L'ouvrage "Clauses contractuelles" dresse une liste complète des dispositions impératives du droit suisse. Il ne s'agit pas pour les étudiants de connaître cette liste par coeur, mais de savoir identifier les domaines du droit dans lesquels d'éventuels problèmes de validité peuvent se poser.
- *Interprétation*: sens pouvant être donné à la cause dans le cadre d'une interprétation selon le principe de la confiance. Les étudiants devront être en mesure de repérer les éventuelles ambiguïtés de rédaction d'une clause, et d'y apporter le correctif utile.

\* \* \*

# I. Première approche du contrat, documents précontractuels

---

## 1. COURS THEORIQUE

### A. Introduction

La confiance est importante dans les relations humaines. Principe universel selon lequel un contrat n'est jamais autre chose que l'accord entre deux parties (art. 1 CO). Il suffit que les deux parties expriment leur volonté pour qu'un contrat déploie ses effets. Cette expression de la volonté des parties peut prendre n'importe quelle forme (ex : cliquer sur une souris dans le cadre d'un site de vente en ligne, se serrer à la main, lever la main pendant des enchères, ou faire un contrat écrit, mais ce n'est pas du tout une condition sauf pour quelques contrats particuliers tels que la vente immobilière). Peut-on faire comme on veut ? Non. La liberté de la forme peut être dangereuse. En outre, les contrats (internationaux et nationaux) ont tendance à être en anglais, donc il faut faire attention à la terminologie.

### B. Droit applicable et qualification du contrat

En général pour rédiger un contrat on part d'un modèle, rarement à zéro. Souvent aussi, le travail de juriste consiste à examiner la rédaction du contrat après. On commence toujours par la fin du contrat en se demandant d'abord quel est le droit applicable au contrat. On veut comprendre l'importance et les conséquences du contrat par rapport au contexte juridique. Si on ne sait pas quel est le droit applicable, on lit le contrat dans le vide. En soit, on procède de la manière suivante :

On va voir la clause qui se trouve à la fin du contrat, qui s'appelle règlement des litiges et qui est une clause d'élection du droit. Ensuite, et-ce que cette clause d'élection de droit est valable ? On se réfère aux règles de conflit applicables qui nous disent dans quel cas l'élection est valable ou non. Problème : ces règles sont nationales. Si on est en Suisse, on applique la LDIP qui nous dit très clairement quelles sont les limites d'élection de droit. Mais la LDIP n'est pas applicable de façon universelle. Donc avant d'examiner la LDIP, il faut D'ABORD déterminer le juge compétent, qui applique ses propres règles de conflit (un juge français applique ses règles nationales, éventuellement le Règlement de Rome, etc). On regarde dans le contrat (toujours à la fin) quelle clause confère à quel juge la compétence relative à ce contrat (souvent clauses très simples, par ex : « tout litige sera soumis aux juridictions suisse »).

Comment on sait si la clause d'élection de for est valable ? On revient aux règles de conflit. La LDIP s'appliquera pour savoir si le juge suisse est compétent, même si ça paraît contradictoire. Bizarre ? Non, car les règles de conflit ne désigne pas quel est le juge compétent : elles ne disent que dans quel cas leurs juges sont compétents.

Pas de condition de rattachement mais il y a certains contrats où on ne peut pas faire d'élection de droit ! Typiquement un contrat de consommation, où il y a des règles

impératives (si on achète une machine à café à la Migros, la Migros ne peut pas prévoir que le droit américain est applicable). On a aussi les contrats immobiliers (droit de situation de l'immeuble), idem pour un contrat de travail (pas possible de choisir n'importe quel droit). Si on a un contrat commercial classique (entreprise, service, vente internationale, etc), peu de risque que l'élection de droit faite par les parties ne soit pas valable du point de vue en tout cas du droit international suisse.

Ensuite on doit examiner de quel type de contrat il s'agit : en d'autres termes, il faut qualifier le contrat. Est-ce que le contrat peut être qualifié de contrat de travail ? Dans ce cas là, toutes les règles impératives de protection s'appliquent. Idem en contrat de bail, etc. Donc la première chose qu'on fait en général pour la qualification c'est qu'on prend le titre. Mais parfois le nom est faux : si les parties pouvaient librement qualifier elle même le contrat, il n'y aurait plus de contrat de travail en Suisse, plus que de service, cela permettrait d'écarter toutes les normes impératives du droit du travail. Ainsi, le titre est un indice mais n'est pas suffisant pour savoir quelle est la nature du contrat soumis. On doit donc aller regarder les obligations principales des parties (prix, rémunération, prestation principale, etc).

### C. Interprétation du contrat

C'est parfois fastidieux de lire un contrat car il peut être relativement brefs. Dans les pays anglo-saxons en revanche ils ont tendance à être plus longs, car il n'y a pas de codifications. Il peut s'agir de 5 armoires métalliques bourrées de classeur (voir expérience de Marchand à Paris). Le texte du contrat n'a d'intérêt que si il y a un litige. Il faut se mettre à la place d'un juge (ou d'un arbitre si c'est un arbitrage) pour lire le contrat : on utilise donc les mécanismes d'interprétation du contrat, qui sont très différents dans les pays de droit civil et les pays anglo-saxons. Dans les pays de droit civil, ce qui compte c'est la volonté des parties (art. 18 CO) qui compte plus que le texte lui même du contrat, même si cela reste un indice important. Et puis l'approche anglo-saxonne est plus stricte, moins basée sur l'élément de la volonté des parties mais plutôt sur le texte. Les anglais appellent cela la règle des quatre coins : le juge est bloqué par les 4 coins et ne peut plus en sortir, lecture minutieuse, voir grammaticale du contrat en droit anglo-saxon.

Exemple : clause « Good faith in fair dealing ». Les clients adorent ça et seraient ravis par cette clause. Mais attention : cette clause n'a d'intérêt que si il y a un litige. Si il y a un litige alors la clause jouera un rôle dans la façon ou un juge appréhendera un contrat. Mais si les parties ne sont plus du tout d'accord sur ce qu'est le fair dealing / good faith / la bonne foi, alors c'est le juge qui décide, en contradiction avec le point de vue d'au moins une partie. Cela crée une grande imprévisibilité dans la mise en œuvre de ce contrat. La clause n'est donc pas négative en soit, mais elle est imprévisible sur ce qu'elle inclut, d'où sa dangerosité. Si la solution d'un litige n'est pas clair, alors il a tendance à dégénérer et ce n'est pas rendre service à notre client. Donc si on arrive à convaincre le client que la clause n'est pas si bonne que ça, alors on peut proposer une solution inverse, c'est la clause « Attorney Review » : cette clause signifie que le contrat a été revu par un avocat. Clause classique : « *Attorney Review. Each party has had the opportunity to review this Agreement with an independent attorney of their choice and is satisfied that they fully understand their rights and obligations under this contract* ». Les juges américains sont ravis par cette clause. Si les parties parlent d'un porte-fort, c'est un porte-fort au sens juridique du terme. Si c'est

un juge suisse qui lit ça, il n'a pas l'habitude de lier les parties mais dans sa recherche de la volonté des parties (de par le mandat que lui donne l'art. 18 CO), il ne peut pas mettre de côté une telle clause, puisque c'est aussi une volonté des parties. Alors laquelle des deux est la bonne clause ? Aucune clause n'est bonne ou mauvaise en soit (à moins qu'elles soit « pathologiques », autrement dit très mal rédigées) : en effet, cela dépend de ce que veulent les parties.

#### **D. Documents contractuels (annexes, Conditions Générales,...)**

L'accord des parties peut être constitué par de très nombreux documents (par exemple : contrat de base + annexes techniques de construction ; renvoi à des conditions générales ; l'intégration dans le contrat de clauses préexistantes telles que des Incoterms (clauses FOB etc) qui sont des contrats prérédigés par la Chambre de Commerce Internationale ; renvoi à des documents techniques ou divers ; etc). Donc un contrat très souvent est un ensemble de documents. Si par exemple on n'a pas les CG sous les yeux, il faut faire une réserve dans notre rapport, mais si on les a, il faut les lire par rapport au contrat. Il faut s'assurer que tous les documents intégrés sont effectivement valablement intégrés ! Le risque c'est celui de la contradiction entre tous les documents. Exemple : « la vente est la vente FOB » et « le transfert des risques a lieu dès la remise à l'acheteur », alors que FOB prévoit un autre transfert des risques : contradiction ici, donc les parties ne seront pas d'accord au moment d'un litige. Le juge devra trancher le litige. L'américain est bloqué par la contradiction, le juge suisse doit rechercher la volonté des parties qui est difficile à trouver de par cette contradiction. Le fait de relire 5 fois les contrats peut ne pas suffire à éliminer les contradictions, surtout si il y a des éléments techniques (de construction par exemple) qui nous échappent. Il est donc prudent de mettre dans le contrat une clause toute simple : une clause de hiérarchie des documents (en anglais : clause de Precedence) avec ordre de priorité des documents: « *In the vent of any conflict between the following documents, the order of precedence between them shall be as follows :*

*The Order ;*

*The Contract without Annexes and without documents included herein by reference ;*

*The Annexes ;*

*Other documents included herein by reference ».*

#### **E. Validité du contrat et droit impératif**

Après avoir examiné le contrat et déterminé quels étaient les documents contractuels, on arrive à la question de la validité des clauses. Premier domaine marécageux : la responsabilité. On peut avoir très souvent des dispositions impératives : art. 100 et 101 CO en droit suisse (p.ex on ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité pour faute), mais le droit suisse est très libéral et autorise notamment qu'on s'exonère entièrement de sa responsabilité pour ses auxiliaires, etc. Donc un impératif très minimal qui n'est pas très gênant pour les parties. Second domaine marécageux : la durée du contrat. Le principe du droit des contrats c'est *pacta sunt servanda*. Cette servitude est plus ou moins tolérable mais si elle dure trop longtemps, elle n'est plus admissible (art. 27 CO, on ne peut pas faire un contrat pour une durée de 100 ans par exemple, et encore moins des contrats perpétuels). On peut aussi avoir des dispositions impératives sur les durées admissibles ou non de certains contrats. Autre domaine : intérêts (conventionnels ; moratoires en cas de

retard p.ex ; etc). Il y a toute la théorie juridique de l'usure qui se trouve derrière. Ces limites sont encore plus fortes dans les pays musulmans où les intérêts sont prohibés, l'idée étant que le temps appartient à Dieu et que les hommes ne peuvent pas vendre le temps, or les intérêts c'est ça (mettre un prix en fonction du temps écoulé). Depuis Calvin, ce n'est plus immoral en Suisse mais il ne faut tout de même pas exagérer, il y a des limites. Bien entendu il y a toute une série de règles impératives destinées à protéger la partie faible (typiquement droit du travail, l'employé est la partie faible ; contrat de bail avec le locataire ; contrat de consommation avec les consommateurs).

Particularité des droits réels : opposables à tout tiers (la propriété typiquement, idem un droit de gage sur un immeuble, etc). Ainsi on ne peut pas réguler la nature de ce droit par un contrat (on ne peut pas passer un contrat avec tout le monde). Des lors il y a des règles impératives en matière de droit sur les choses : *le numerus clausus des droits réels*. Ces questions qui portent donc sur les droits que les parties peuvent avoir sur des choses concernent moins les contrats. Cela dit on peut avoir des clauses contractuelles qui traitent de la question de la propriété (p.ex réserves de propriété ; à quel moment la propriété passe à un acheteur ; etc). A partir du moment où on a ce type de clause, évidemment on est dans un terrain très marécageux, d'autant plus si le droit applicable n'est pas forcément le droit choisi par les parties.

Autres types de contrats spéciaux : contrats d'organisation des marchés, de distribution, d'agence etc qui organisent la distribution d'un produit sur un marché restent soumis à la liberté contractuelle mais qui en même temps sont suivis à la loupe afin d'assurer la liberté et le libre développement de la concurrence. Notre système juridique libéral favorise les meilleurs / les plus gros, mais si situation monopolistique, alors anti-libéral paradoxalement. Il faut lutter contre cela par des règles impératives très dures et des sanctions lourdes afin d'empêcher des entreprises d'acquiescer cette position monopolistique ou de les empêcher d'en abuser. Certaines clauses seront donc nulles en fonction des règles du droit de la concurrence, pouvant générer des amendes extrêmement lourdes pour les clients qui utilisent ces clauses. Le TF considère que lorsque le marché européen est en jeu / affecté par le contrat, alors les règles européennes s'appliquent, quel que soit le droit choisi par les parties.

Remarque : en droit public, certaines professions sont soumises à autorisation, la vente de certains produits (ex : armes, médicaments) le sont aussi. Il faut donc tenir compte des règles de droit public qui s'appliqueront indépendamment du droit choisi : si on vend des médicaments en Turquie et qu'on a choisi le droit suisse, les règles sanitaires turques vont tout de même s'appliquer.

## **F. Nullité totale ou partielle, clause de divisibilité**

Même si l'art. 19 CO reste la seule vraie règle utile dans ce domaine, il faut tout de même faire attention. On peut limiter les dégâts des règles impératives. Lorsque le contrat est en contradiction avec une règle impérative du droit qui lui est appliqué, est-ce que le contrat entier est nul ou juste ladite clause ? Ex : taux d'intérêt excessif dans un contrat. Tous les ordres juridiques ont une solution pour ce cas de figure classique. En droit suisse, c'est l'art. 20 al.2 CO qui dit que le juge doit déterminer la volonté hypothétique des parties (si elles

avaient su que cette clause était nulle), si elles auraient conclu le contrat tout court (donc nullité totale) ou si elles auraient conclu pour un autre taux simplement (nullité partielle). A nouveau beaucoup d'incertitudes pour les parties, qui ne sont plus du tout d'accord sur leur volonté hypothétique ou sur ce qui est raisonnable. Ainsi on trouve souvent une clause de divisibilité qui dit que si une des dispositions de ce contrat n'est pas valable, le reste du contrat reste valable, sans affecter sa validité donc. Exemple de clause classique : « *If any of the provisions of this Agreement are found to be null and void, the remaining provisions of this Agreement shall remain valid and shall continue to bind the Parties* ».

## G. Documents précontractuels – Partie 1

Lorsqu'on nous demande de rédiger un contrat, c'est souvent le résultat d'un long processus au cours duquel les parties se sont échangées de nombreux documents. La question est si ces documents « précontractuels » peuvent avoir des effets juridiques. Nous sommes dans ce qui précède la rédaction du contrat. Finalement, lorsqu'on s'intéresse à ces documents là, très informels souvent, soit le contrat a été signé, soit pas. Deux hypothèses :

- Si le contrat a été signé, on aurait tort de penser que ces documents précontractuels ne sont pas importants. En effet, le droit suisse comme la plupart des pays de droit civil interprète aussi les circonstances afin de déterminer la volonté des parties en cas de litige. Le juge va donc souvent s'y référer dans le cadre de l'interprétation du contrat. On peut également utiliser ces documents afin de compléter un contrat, puisque les contrats ne sont soumis à aucune forme et peuvent être conclus par e-mail ou par le fait de se serrer la main tout simplement. Clause standard qu'on utilise de façon très régulière dans les contrats : clause d'intégralité, qui est une parade contre l'imprévisibilité qui peut résulter de la liberté de la forme du contrat. Exemple : « *This Agreement and any schedules constitute the entire understanding between the parties and supersede any prior communication, representations, or agreements whether oral or in writing* ». Ce contrat constitue l'ensemble de l'accord entre les parties et remplace ce qui a été fait avant, donc uniquement ce qui est écrit dans le contrat. Clause très utile si les parties ont prévu quelque chose mais une des parties dit qu'elle a un PV d'une réunion ou elles avaient prévu encore autre chose. Et bien avec cette clause, la partie ne pourrait pas invoquer ce PV.
- Si le contrat n'a pas été signé, dans tous les ordres juridiques, les pourparlers font naître des responsabilités précontractuelles. À partir du moment où les parties entrent en pourparlers/négociations, elles doivent être de bonne foi (ne pas mentir, ne pas continuer les négociations si elles savent d'avance qu'elles ne vont pas conclure, etc). Ainsi la partie insatisfaite de cet échec de négociation peut aller rechercher dans ces documents aussi informels qu'ils soient une responsabilité précontractuelle.

La seule chose à faire est de reconnaître les différentes catégories et types de documents précontractuels. On distingue ainsi traditionnellement des documents appelés « lettres d'intention » (*Letters of Intent*), des accords cadres de négociation (pas de terme anglais). Ex : les *Memorandum of Understanding (MOU)* sont des documents contractuels. On peut aller jusqu'à la promesse de contracter (art. 22 CO en droit suisse).

## Classification des documents précontractuels :

- *Letter of Intent* (LOI) : lettres d'intentions. Une vraie lettre d'intention est un document duquel il ressort que les parties veulent commencer les négociations. Important car il y a des responsabilités précontractuelles qui découlent de la naissance d'un rapport de pourparlers. Mais il faut établir ce dernier. Est-ce qu'autour d'un verre de champagne avec une prise de contact informel, on est déjà dans un tel rapport ? A voir. Mais avec une telle lettre, c'est en principe le cas. Elle suffit pour établir cette relation de négociation. Degré 0 du document précontractuel / point de départ.
- Un peu plus loin, on trouve un *Accord-cadre de négociation*, pas de terme en anglais. Ce sont des documents dans lesquels les parties se mettent d'accord sur les modalités de la négociation (ex : on enverra tel spécialiste, on va faire telles études de marchés, on va se rencontrer à tel endroit, on promet de ne pas négocier avec un tiers / lock-out agreement, etc). On part de quelque chose de très simple et on commence à indiquer dans ces accords cadres des éléments beaucoup plus obligatoires et engageants sur ce qu'on pourra faire ou non pendant lesdites négociations. Attention : a.) ces accords impliquent des frais qui peuvent être importants (il faut bien payer une éventuelle étude de marché p.ex, des investissements sont nécessaires et qui sont assumés volontiers par les parties si le contrat est conclu, mais si il ne l'est pas, il faut se mettre d'accord sur les frais sinon ça devient problématique) et b.) il peut y avoir des obligations contractuelles dans ces accords-cadres (accord de confidentialité, les lock-out agreement, etc) dont la violation constitue une violation bel et bien contractuelle.
- *Mémorandum of Understanding* (M.O.U) : lorsque les parties négocient, elles négocient par étapes. Lorsqu'une étape est terminée, c'est prudent de dire qu'on est d'accord sur une partie de la transaction et qu'il reste d'autres points à négocier. Le M.O.U est donc une liste des points sur lesquels les parties sont déjà d'accord. Cela sert à éviter de toujours remettre en cause les mêmes questions. Conséquences en termes juridiques : on est dans un rapport de négociation, donc on assume des obligations de bonne foi, telles que ne pas revenir sur des points déjà acquis sans aucune raison valable. C'est donc une source de responsabilité précontractuelle.
- *Promesse de contracter*, prévue à l'art. 22 CO mais qui reste un mystère juridique. On peut imaginer un document dans lequel les parties s'engagent à conclure un contrat. La doctrine débat la dessus, mais elle peut être unilatérale donc le contrat n'est pas encore conclu en réalité, malgré ce qu'en pense la doctrine. En outre on peut agrémenter cette promesse de plein d'autres détails ce qui fait que la promesse en soit reste utile.

Si on nous soumet un fatras de documents, alors il faut faire attention. Principe de droit suisse à avoir en tête pour lequel on trouve des règles équivalentes partout : art. 2 al.1 CO : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. » On entend ici les éléments objectivement essentiels du contrat. Il reste tout une série de détails qui ne sont pas réglés

mais ce n'est pas grave car l'art. 2 al.2 CO précise que « A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire ». Le juge pourra compléter ce qui manque (p.ex en droit suisse en appliquant la partie spéciale du CO).

Protection numéro 1 : afin d'éviter que l'autre partie ne nous dise qu'un contrat est conclu parce qu'on s'est mis d'accord sur les parties essentielles du contrat, malgré l'échec des négociations, on doit, au moment où on rédige le contrat, élaborer une clause absolument standard (presque un tampon à mettre sur les documents précontractuels) c'est « *Subject to Contract* », alors c'est une réserve à la conclusion finale du contrat. Façon anglo-saxonne très pratique.

Autre façon de faire (celles des pays de droit civil) plus classique : réserver une forme, c.à.d. faire ce que l'art. 16 CO permet de faire. En soit le droit suisse ne prévoit pas une forme particulière pour les contrats (comme dans la plupart des droits civils) mais les parties peuvent se mettre d'accord sur une forme (liberté contractuelle) ! On peut intégrer cette réserve dans n'importe quel document précontractuel. Selon Marchand c'est une mention indispensable, ceci pour éviter que l'autre partie invoque l'art. 2 CO s'agissant d'un éventuel accord sur les éléments essentiels, peu importe le résultat des négociations.

## 2. SEANCE DE TRAVAIL

**CAS 1.** *Le directeur d'une société qui vend des véhicules utilitaires et de tourisme, vous soumet la clause suivante qu'il souhaite mettre dans ses conditions générales de vente :*

***Le présent contrat sera exécuté conformément au droit suisse.***

*Il vous demande votre opinion sur cette clause.*

Le droit suisse est applicable, vu l'élection de droit. On peut se poser la question de savoir si elle est bien rédigée. Dans ce cas il y a toujours trois éléments d'analyses à vérifier :

- Utilité : est-ce que la clause est utile ? La clause est utile si elle envisage également de vendre à l'étranger, mais si c'est un site suisse qui ne vise qu'à vendre en Suisse, alors pas utile. En termes d'utilité, il n'y a pas vraiment de problèmes.
- Interprétation : est-ce que la clause est claire ? Est-ce que l'art. 18 CO s'applique ? Il faut déterminer le droit applicable pour l'interprétation, mais aussi à la conclusion et à la représentation de ce contrat. Ici ça ne va juste pas, puisque c'est marqué qu'il sera exécuté conformément au droit suisse, pas interprété. Est-ce que les parties ont voulu exprès réduire le champ d'application ici ou est-ce que c'est juste maladroit ? Problématique donc il vaudrait mieux rajouter une clause en disant que le droit applicable à ce contrat est le droit suisse, ça nous évite un tas de problèmes. Autre formulation plus classique : le présent contrat est soumis au droit suisse. Quid si contrat de vente avec des éléments commerciaux qui peuvent être internationaux ? Pour la vente : art. 184ss CO ou est-ce qu'on applique la CVIM ? La question principale c'est qu'est-ce que voulaient les parties ? En principe la JP admet que si elles n'ont rien prévu, la CVIM s'applique puisque le droit suisse l'incorpore. Donc on

a qu'a ajouter : « à l'exclusion de la CVIM », ce qui donne « Le présent contrat est soumis au droit suisse à l'exclusion de la CVIM ». (ou « y compris », ça dépend du choix du client mais il faut lui expliquer les conséquences). Autre chose à préciser ? « Tout litige, directement ou indirectement, en rapport avec le présent contrat, quelle qu'en soit la cause », comme ça même un litige de nature délictuelle sera soumis au droit suisse (si p.ex accident en Allemagne, la victime ne pourra pas plaider sur la base de la responsabilité civile allemande, comme elle aurait pu le faire sans cette clause). On trouve assez souvent dans les contrats « à l'exclusion des règles de droit international privé » : ceci pour éviter le renvoi. Est-ce que c'est nécessaire ? Non, car l'art. 14 LDIP exclut déjà le renvoi.

- Validité : est-ce que la clause est valable ? Autrement dit y a-t-il des règles impératives ? Dès qu'on est dans une vente ou des contrats avec des consommateurs (!!!), on a l'art 120 LDIP et l'art. 6 du Règlement de Rome. Mais il est possible que cette protection ne s'applique pas si il n'y a pas d'activité dirigée.

**CAS 2.** *Le contrat de vente de marchandises qui vous est soumis contient la clause suivante :*

***Risks of loss of, Risks of damage to, and Title to the Goods shall pass to the Buyer upon the Goods being placed at the disposal of the Buyer on the quay at the agreed port of destination, and on the date or within the period stipulated.***

Cette clause sert à la détermination du (moment du) transfert des risques, responsabilité en cas de dommages ou de perte. Cela se situe par rapport à quelle règle du droit suisse, si celui-ci est applicable ? Art. 185 CO, mais c'est du droit dispositif donc les parties peuvent y déroger, comme c'est le cas ici. En cas de défaut ou de perte, avant c'est le vendeur qui en répond et après c'est l'acheteur. On parle aussi ici de transfert de propriété avec un problème de traduction (*Title to the Goods*).

- Utilité ? En cas de prétentions de tiers ou d'insolvabilité d'une des parties.
- Interprétation : là c'est clair.
- Validité : règles dispositives en droit suisse donc même si ce dernier n'est pas applicable au contrat, on peut de toute façon déroger au moment du transfert des risques (typiquement par les Incoterms qui sont un modèle de transfert des risques que les parties peuvent choisir). Le problème c'est plutôt le transfert de propriété. Il faut regarder à quel droit le contrat est soumis. Si il est soumis au droit suisse, est-ce que pour autant la propriété est soumise au droit choisi par les parties ? La propriété est un droit absolu opposable à tout tiers, serait soumise à un droit dans un contrat qui lui n'est pas opposable à tout tiers. Problématique. Donc on regarde les règles de droit international privé : si le juge suisse est compétent, il va réfléchir sous l'angle de la LDIP et on pourrait appliquer 101 LDIP qui dit que lorsqu'une chose mobilière est en cours de déplacement, le droit applicable est le lieu de destination. L'art. 104 al.2 LDIP dit qu'on peut faire une élection de droit mais elle n'est pas opposable aux tiers, donc ce n'est pas intéressant pour nous ici, donc si juge suédois, il appliquera les règles suédoises et ne tiendra pas compte de l'élection de droit. Il faut attirer

l'attention du client là-dessus. Faut-il l'enlever ? Non, pas nécessairement. L'important c'est que les parties soient conscientes des effets de la clause.

**CAS 3.** La société X SA achète des actions à Y. En annexe au contrat de vente d'actions, se trouve une déclaration de l'actionnaire principal de X SA qui a la teneur suivante. Avant la signature du contrat, Y vous consulte.

***I hereby undertake to pay you any amount up to CHF [\_\_] in the event that you have not received payment at maturity for the sum claimed under this Shares Purchase Agreement between you and [\_\_]. This is an irrevocable commitment.***

X SA est l'acheteur et Y est le vendeur. On a ici un actionnaire qu'on peut appeler X qui soumet cette déclaration au vendeur Y.

- Utilité : elle sert à garantir le paiement au cas où il y a une défaillance de X SA. Si X SA ne paie pas le prix des actions, Y pourra le demander à X. C'est une garantie du paiement des actions, donc une sûreté. La clause est utile.
- Interprétation : ça a l'air d'être clair, si on n'a pas reçu le paiement à une date spécifique, on nous paiera ce montant. Mais n'y a-t-il pas quelque chose à préciser, en particulier si on est le bénéficiaire (donc Y en l'espèce) ? Conditions d'appel à la garantie, abstraction de la garantie mais aussi « en renonçant à toute objection et exception invocables par X SA » (= « *waiving all defenses available to X SA* »). Si X n'est pas d'accord de signer, ce sera un échec de la transaction. Il faut prévenir le client de cette éventualité, pour qu'il choisisse ensuite si il préfère prendre le risque de faire rater cette opération ou préfère conclure avec une ambiguïté dans le contrat. N'empêche que ça vaut mieux d'éviter ce type de désaccord, car le jour où il y a un litige, on peut se prendre cette ambiguïté en pleine figure. En outre, il faut encore qualifier le contrat. Il y a différents types de garanties en droit suisse : les garanties autonomes (contrats innomés) et le cautionnement (492ss CO), que le droit suisse distingue difficilement et donc c'est problématique (faiblesse du droit suisse, pas très clair quand il faut appliquer les art. 492ss CO). Les parties n'ayant pas la maîtrise de la qualification du contrat, il faut se demander si il ne faut pas trouver un autre droit applicable, plus clair que le droit suisse ? Quand le droit suisse a des faiblesses, il vaut mieux choisir un autre droit. Mais si les parties restent en droit suisse, on arrive à la question de la validité.
- Validité : délicat ici, puisque si c'est un cautionnement et que la caution est une personne physique, le cautionnement doit être fait en forme authentique (art. 493 CO). Donc ce papier ne vaut rien si c'est juste un bout de papier. Donc vaut mieux faire passer ça comme garantie autonome, en rajoutant « On first demand » (en général interprété par les juges comme 2<sup>ème</sup> signe d'une garantie autonome, en plus du « *waiving (...)* »). Donc pas soumis à l'art. 493 CO et donc valable, mais on voit bien le danger que l'autre partie invoque que c'est un cautionnement.

**CAS 4.** *Votre client vous soumet le document suivant, avant de le signer.*

***Minutes of the Meeting that took place in Geneva, at [\_\_] on January 13, 2011.***

***List of presence: Company A: M \_\_, M \_\_; Company B. Mrs \_\_M\_\_***

***The parties agreed that [Company A] and [Company B] are in the process of negotiating a Joint Venture Agreement. A formal agreement is to be drafted by [Company A], based on the following principles:***

- 1. The above named two Companies shall promote a joint venture company to assemble/manufacture [products] in [company A's country].***
- 2. The equity will be jointly subscribed in the ratio of [.../...] by the above two companies.***
- 3. [Company A] will source out all the required documentation/formalities to register a joint venture company in [company A's country] with the above equity participation. Any technical assistance from [Company B] will have to be discussed.***
- 4. [Company A] shall arrange for a fresh feasibility study report along with market research to submit the project propose to the concerned financial institutions, for availing of the loan for the project and for necessary approval from the Government authorities.***
- 5. For the sourcing of working capital loan from the local banks; [Company A] will provide all kind of documents required for the processing of loan along with the collateral as security.***
- 6. [Company B] will assist [Company A] in meeting equity participation by way of equipment, raw material, etc.***
- 7. [Company A] agrees to pay the Technology transfer fee prior to commencing of ordering of machinery and equipment.***
- 8. [Company A] and [Company B] shall maintain secrecy at all time.***

***All the above terms and conditions of the proposed transaction will be stated in a formal Joint Venture Agreement, to be drafted by [Company A], and submitted for review and comments to [Company B] by March 15, 2011 at the latest. The final draft will be executed by the parties prior to June 15, 2011.***

Tracer 2011 et mettre 2016. C'est les *Minutes of the Meeting*, qui est un procès verbal de négociation. Elles sont en train de négocier un *joint venture*. Ils veulent créer une nouvelle compagnie. Certains principes sont déjà acquis (qu'ils vont constituer une nouvelle société, qu'ils en auront chacun un pourcentage, le matériel et les équipements, le secret des négociations, etc). Le dernier paragraphe dit que c'est la compagnie A qui va rédiger le contrat formel dans un certain délai (March 15, 2016). Notre client envisage de signer ceci.

- Utilité : c'est utile pour savoir ce qui a été dit / décidé pendant la réunion.
- Interprétation : est-ce que ce document clair ou y a-t-il des dangers liés à la signature de ce document ? Quels peuvent être les différents problèmes ? Principe de droit suisse : art. 2 CO, il faut être d'accord sur les éléments objectivement essentiels pour conclure un contrat, sans avoir besoin de signer quoi que ce soit. C'est quoi les points essentiels dans un *joint venture* ? Les activités (on vend des stylos à billes), la structure, c.à.d. si c'est un *joint venture* plat, ou corporatif via lequel on constitue une société, et si c'est corporatif qui aura quelle partie des actions (ici joint venture corporatif et l'equity). Ils sont d'accords ici sur ces points. Quid si une partie vient en disant que finalement le contrat est conclu alors que l'autre dit qu'ils ne sont que en train de discuter ? On peut invoquer que c'est juste une formalité mais que l'accord est passé, et que le draft sera juste une répétition du contrat. Est-ce valable en droit suisse ? Art. 2 CO, oui, l'accord sur les éléments objectivement essentiels suffit, la seule difficulté est de le prouver. Ici la preuve serait ce PV. Donc on peut bel et bien qualifier ce document de contrat, ils n'envisagent pas cela mais c'est bien un accord (« *The parties agreed* »). Donc si une partie change d'avis : responsabilité précontractuelle. Pour éviter cela, on aurait pu mettre que cet accord n'est pas valable tant qu'un contrat n'a pas été fait en bonne et due forme (« *subject to contract* », les anglais utilisent cette formule comme un tampon). A l'inverse, on peut dire qu'ils ont fait la réserve de forme (art. 16 CO) dans le premier (« *a formal agreement is to be drafted* ») et le dernier paragraphe (« *will be stated in a formal Joint Venture Agreement to be drafted by Company A and submitted for review and comments* »). On aurait pu le faire autrement mais on peut tout de même plaider cela. Arguments pour dire que ce contrat n'a pas été conclu : on pourrait dire que certes les parties sont d'accord, mais sur des négociations ! Quand on est d'accord qu'on est en train de négocier, cela a un sens de se mettre d'accord là-dessus car cela peut être seulement précontractuel et cela peut aussi avoir des conséquences juridiques. Les parties auraient voulu dire par processus de négociation qu'elles faisaient une LOI (*Letter of Intent*) ! Cela a des effets juridiques : c'est la preuve qu'il y a une responsabilité précontractuelle et il faut être de bonne foi au sens de l'art. 2 CC mais ce n'est pas encore contractuel par contre ! Donc ce serait intéressant d'argumenter que tout ce qui se trouve ici sont des documents précontractuels classiques, relevant de la négociation uniquement. On peut donc dire qu'il y a malgré tout ce Final Draft qui devait être signé, c'est une réserve de forme au sens de 16 CO.
- Validité : parfaitement valable.

Comment neutraliser ce type de document ? Méthode anglo saxonne : on met « *Subject to contract* », comme une sorte de tampon, pour éviter que n'importe quel document ne devienne contractuel, ils ne sont que précontractuels. En Suisse on n'a pas le même tampon mais on peut parfaitement utiliser la même méthode, sinon on peut faire une réserve de forme (art. 16 CO) plus claire que celle-ci, p.ex : « les parties ne sont pas engagées tant que le contrat final n'est pas signé », parfaitement valable. Cf. arrêt publié dans SJ 2006, p. 443 : les parties doivent exprimer clairement leur volonté de ne pas être engagé.

**CAS 5.** *Votre client a rédigé la lettre suivante.*

*Monsieur,*

*Suite aux différents entretiens que nous avons eu à propos de la société A enregistrée à Genève [\_\_] que vous souhaitez céder, désignée par la suite la cible, je suis intéressé à conclure cette cession, pour mon compte personnel ou pour le compte de ma société, F, ou encore pour le compte d'une société en création que je me réserve de substituer dans la présente offre.*

*Cette cession qui concerne 100% du capital de la cible, pourrait avoir lieu sur les bases suivantes : [description du prix, des conditions suspensives liées au financement et aux audits, et des garanties de passif et d'actif.]*

*Dès qu'un accord de principe sera trouvé entre nous, nous vous proposons la signature d'un protocole nous engageant réciproquement sur les bases qui précèdent et dont la préparation pourrait être confiée à votre conseil juridique / mon conseil juridique en coordination avec le mien / le vôtre.*

*Le présent courrier est basé sur l'opinion que je me suis faite sur cette entreprise à partir de l'ensemble des informations écrites et verbales qui m'ont été transmises lors de nos entretiens. Si les audits apportaient un doute sur certaines de ces informations, ou une minoration sensible de la valeur de l'entreprise, je me réserve de revoir la présente proposition, voire d'interrompre les négociations à tout moment, sans aucune obligation à votre égard.*

*Je souhaite votre accord sur la présente et vous prie d'agrèer...*

*Votre client, qui a changé d'avis, souhaite savoir dans quelle mesure il est engagé par ce courrier.*

La question ici est si ça engage notre client d'envoyer cette lettre. Autrement dit quels arguments peut-on faire valoir pour qualifier cette lettre de document précontractuel ?

- Ils parlent de négociations qui peuvent être interrompues, donc peut-être responsabilité précontractuelle (mais il faut encore prouver la mauvaise foi).
- Ensuite c'est marqué « si il y a un accord de principe qui sera trouvé », c'est au futur, ce qui signifie qu'il n'y a pas d'accord encore, et donc pas de contrat.
- En outre on peut faire valoir qu'il y a une réserve de forme au sens de 16 CO (« un protocole sera signé »).

Contre-arguments (pour dire qu'un contrat est conclu) ?

- Argument mortel : il dit que c'est une offre. Et une offre est le début d'un contrat (art. 1 CO, il faut une offre et une acceptation pour qu'un contrat soit conclu), donc terme catastrophique dans cette lettre ! Connotation très forte de ce terme. Ce sera difficile de dire qu'il a utilisé ce terme et qu'il ne pensait pas vraiment à une offre. En plus il dit « je souhaite votre accord », donc il demande une acceptation !
- On a toutes les indications sur les éléments essentiels (le prix, etc).
- Dernier argument plutôt puissant aussi : négociations interrompues seulement si les audits apportent un doute, mais a contrario si elles confirment les informations, on ne pourra plus remettre en cause cette opération. C'est une condition suspensive (art. 151 CO) et si elle survient, le contrat entre en vigueur !

## II. Complexes de contrats, désignation des parties, préambule

---

### 1. COURS THEORIQUE

#### A. Exemple de document précontractuel

On va faire un exercice pour montrer comment un document qui n'a pas l'air de grand chose peut vite s'avérer dangereux.

C'est document par lequel une partie se réfère à une réunion avec une autre partie qui s'appelle Edouard : « *Cher Edouard, c'était un plaisir de vous rencontrer mardi. Je vous confirme que c'était nous sommes très intéressés par l'acquisition de 20% du capital-actions de votre société Alphafinance, au prix que vous avez indiqué. Il faudra bien sûr que nous nous mettions d'accord sur les garanties de passifs et nos avocats reviendront vers vous avec un projet de Share Purchase Agreement qui devrait servir de base à nos discussions. Ce projet intégrera le principe du first refusal sur lequel nous étions d'accord. En attendant, nous comptons sur votre promesse de nous garder l'exclusivité de l'affaire pendant le temps de nos discussions, qui doivent bien sûr rester confidentielles. Si tout ceci vous convient, merci de nous le confirmer pour que nous puissions aller de l'avant* ».

On voit bien que dans l'esprit de celui qui rédige cette lettre, il s'agit d'engager des discussions. Mais quid si l'autre partie dit oui je suis d'accord avec votre proposition et que l'autre partie considère que le contrat est déjà conclu ? L'autre partie va dire non, nous avons simplement dit que nous étions intéressés, que nous devions nous mettre d'accord, que nous devrions établir un projet de contrat, etc. L'autre partie va dire qu'il s'agit d'un document précontractuel qui a pour but d'ouvrir les négociations seulement.

La partie qui plaide ceci doit peut être aller un peu plus loin dans sa réflexion et dire ce dont il s'agit. La partie qui plaide ceci peut dire qu'il s'agit :

- en tout cas d'une **LOI (Letter of Intent)** car il ressort de ce document que les parties souhaitent ouvrir des négociations. C'est une information importante car les deux parties assument des obligations précontractuelles sur la base de ce rapport de pourparlers qui se met en place sur la base de cette lettre.
- d'un **accord cadre de négociation**. Les parties se mettent d'accord sur certains éléments de la négociation. Là il y a des accords forts sur les éléments de la négociation. Il y a l'idée que les discussions doivent rester confidentielles et que tant que les parties discutent, il faut que l'exclusivité de l'affaire soit réservée au

correspondant de celui qui veut vendre. Ce sont des accords pour le premier de confidentialité et pour l'autre de lock out (exclusivité).

Quid si ces clauses ne sont pas respectées ? C'est à la fois grave et pas grave. Grave car c'est la violation claire d'accords qui ont été passés. La partie qui viole ces obligations serait donc responsable à l'égard de son partenaire précontractuel. Mais pas trop grave car responsable d'accord mais pour quel dommage. Il faudrait que le partenaire précontractuel établisse que la violation de l'accord de confidentialité ou d'exclusivité lui a causé un dommage ou donc qu'il serait dans une meilleure situation économique sans la violation d'une telle clause.

- La partie qui plaide qu'il ne s'agit que d'un document précontractuel pourrait aussi admettre qu'il y a les éléments d'un **MOU**, à savoir sur certains points déjà acquis. D'après cette lettre, les parties sont d'accord sur l'objet de la vente : 20% du capital-actions d'Alphafinance, sur le prix indiqué et sur le fait qu'il y aura un first refusal qui est une sorte de droit de préemption, de sorte que si une des parties veut ensuite vendre ses actions, la partie devra d'abord les proposer à l'autre partie. Il y a donc des accords déjà assez avancés qui font que l'on peut déjà qualifier cela de MOU, mais seulement de MOU car il y a encore des points à négocier, p. ex. la garantie de passifs. Lorsqu'on achète une société, il faut s'assurer qu'il n'y a pas des passifs importants.

Cela pourrait être l'avis d'une partie : ce n'est qu'un document précontractuel. L'autre partie pourrait dire non ce n'est pas un document précontractuel mais un document contractuel car nous sommes d'accord sur l'objet du contrat et le prix qui sont des éléments objectivement essentiels. Les éléments sur lesquels nous ne sommes pas encore d'accord ne sont que secondaires et ce sera au juge de compléter l'accord des parties.

Il y a la réserve d'un projet de Share Purchase Agreement (contrat de vente d'actions) soit signé mais il arrive souvent que les parties soient d'accord, qu'elles se serrent la main et qu'ensuite pour d'autres raisons, on soit obligé de formaliser un accord. Mais formaliser un accord ce n'est pas le conclure. Même si les parties ont réservé la formalisation de leur accord ne remet pas en cause le fait qu'elles étaient d'accord sur les éléments objectivement essentiels. Vous devez donc accepter que le contrat soit conclu et l'on pourra calculer des DI faciles à calculer, à savoir la perte que nous subissons si de telles ne nous sont pas versées.

Ce sont des litiges extrêmement importants car à supposer que ces actions d'Alphafinance bondissent, l'acheteur voudra que ce soit un contrat et le vendeur ne voudra plus. Le dommage serait la différence entre le prix convenu et la valeur des actions le jour où elles auraient dû être livrées.

La partie qui considère que c'est un contrat qui a été conclu a tout de même de très bon arguments qui sont confirmés par 2 CO si le droit suisse est applicable et qui sont confirmés par tous les principes en matière de contrats commerciaux. Il y a les principes UNIDROIT en matière de contrats en commerce international. La clause qui correspond à 2 CO c'est 2.1.13 des Principes UNIDROIT : « Where in the form of negotiations (...) ». Il faut que l'une des parties insiste ou indique expressément n'être pas lié lorsque des accords marginaux ou sur une forme particulière n'en seront pas passés.

Est-ce que celui qui a écrit la lettre imprudente a expressément indiqué qu'il n'entendait pas s'engager avant que l'accord sur la garantie de passif et que l'accord de Purchase Agreement soit signé ? Cela se discutera devant les tribunaux. Cela n'est pas difficile de pallier à ce problème en mettant un tampon : subject to contract ou en faisant une réserve de forme. Mais elles ne l'ont pas fait ici, elles voulaient le formaliser et auraient du dire « nous ne serons pas liés tant que le contrat n'a pas été signé », c'est une simple phrase qui peut nous épargner des mois voire des années de litige.

## **B. Contrats complexes**

Une fois que les documents précontractuels ont été rédigés, il est utile de réaliser que le contrat n'est pas un objet isolé d'autres structures. La théorie juridique classique c'est que chaque contrat est isolé (principe de relativité des contrats), il n'y a pas de lien avec d'autres contrats si ce n'est pas les mêmes parties. Personne ne peut se baser sur un contrat si il n'est pas parti à ce contrat. Mais la réalité économique des choses c'est que souvent les contrats sont interconnectés et participent à quelque chose de global. On a des situations où il y a soit un accord global, soit des chaînes de contrats.

Pour les contrats complexes, imaginons une situation où la partie A et la partie B négocient une opération. A doit livrer une machine (relève du droit de la vente) et s'engage à assurer la maintenance de cette machine (accord lié relevant plutôt du contrat de service). D'un point de vue juridique il y a deux contrats différents. Dans l'esprit des parties il n'y a qu'un seul accord. Ainsi, y a-t-il un ou deux contrats ? Est-ce important de s'y intéresser ? D'un côté, peu importe car il n'y a qu'un accord, donc en réalité cette question paraît extrêmement théorique. Mais en réalité, cette question là a plus de conséquences qu'on ne peut penser. Imaginons qu'il y ait une élection de droit dans ce contrat de vente, prévoyant que le droit suisse est applicable. Est-ce que cette élection vaut aussi pour le contrat de maintenance ? Le jour où il y a un litige, l'autre partie étant allemande peut invoquer le droit allemand pour la maintenance, vu que rien n'a été décidé et qu'il faut déterminer le droit applicable selon les règles de rattachement objectif. Les parties n'ont pas forcément le même point de vue sur ces contrats et sur leur résiliation.

Autre exemple : peut-on refuser d'exécuter le contrat de maintenance parce qu'on est pas satisfait de la manière dont le contrat de vente a été exécuté ? Exception d'exécution (fait que si la prestation n'a pas été exécutée, la contreprestation n'est pas due, art. 82 CO). Le vendeur peut refuser la maintenance si le prix n'a pas été payé, mais ne peut pas refuser si deux contrats distincts. On a beaucoup de jurisprudence qui distingue les contrats globaux

indissociables et d'autres qui ne le sont pas, mais cela ne nous amène pas très loin, parce qu'ensuite il faut encore déterminer si ils sont indissociables ou pas. Donc il faut que la volonté des parties soit exprimée clairement. Exemple de clause à utiliser : « Ce contrat de service est un contrat indépendant du contrat cadre conclu entre les parties en date du \_\_\_ et aucun de ces deux contrats n'est la cause ou la condition de l'autre ». On peut encore rajouter : « La résiliation du contrat cadre conclu entre les parties en date du \_\_\_ impliquera cependant ipso jure la résiliation du présent contrat ». Là on voit l'expression de la volonté des parties : on dissocie totalement les deux contrats et prévoit aussi que si un des contrats est résilié, l'autre doit l'être. Parfaitement possible, liberté contractuelle.

Attention aux abus de droit ! Exemple : les parties ont mis cette clause dans le contrat. Le vendeur livre la machine, B ne paie pas et demande à A de faire la maintenance. Et là B dit que c'est deux contrats distincts. L'acheteur demande des demandes-intérêts pour le refus de maintenance, compense avec le prix qu'il doit payer et a la machine gratuitement. Le juge ira-t-il jusqu'à admettre cela ? Peu probable.

### C. Complexes de contrats / chaines de contrats

Exemple classique / systématique : contrat d'entreprise générale entre deux parties : A (maitre de l'ouvrage/client) et B (entrepreneur général). La plupart des cas l'entrepreneur passe des contrats de sous-traitance et n'exécute pas lui même le contrat. Dans ce type de configuration, juridiquement à la base chaque relation juridique est distincte des relations de l'étage inférieur. Potentiellement le maitre de l'ouvrage n'a de droits qu'à l'égard de l'entrepreneur général et pas à l'égard des sous-traitants, qui ne négocient leur contrat qu'avec l'entrepreneur général (principe de la relativité des contrats). Mais cela pose certains problèmes de coordination :

- Entrée en vigueur et durée : l'entrepreneur peut commencer à contacter les sous-traitants avant que le contrat d'entreprise n'est conclu. Il va de soit que les contrats de sous-traitance n'entreront en vigueur qu'au moment ou le contrat d'entreprise est conclu. Mais il faut bien le coordonner. Cf. art. 377 CO, résiliation du contrat principal. Qu'advient-il des contrats de sous-traitance si le premier contrat est résilié ? L'entrepreneur peut se retrouver lié alors que le contrat principal n'est plus en vigueur. Donc il faut lier la durée de ces contrats par des clauses contractuelles. Exemple de clause de coordination : « *This Agreement shall be effective and binding between the parties upon entry into force of the Joint Venture Agreement to be excuted by the parties, and will be terminated with immediate effect in the event that the Joint Venture Agreement is terminated, or ineffective for whatever cause* ». Ici la construction juridique est un peu différente, on a un contrat de Joint Venture entre A et B (on les fait pour constituer une nouvelle société). Dans le cadre de la mise en place des activités de cette nouvelle société, B peut passer un contrat de distribution avec elle. Si le contrat principal de JV est résilié, il est nécessaire que le contrat de distribution soit résilié aussi.
- Question des durées de garantie : important car la chose ou l'ouvrage peut avoir un défaut et la partie qui l'a reçu peut agir contre l'autre. On appelle cela la garantie pour les défauts, sauf qu'il y a des délais, souvent assez brefs (2 ans en droit suisse),

on peut en prévoir un plus court ou plus long. Exemple : on a un contrat principal exécuté dans la durée, au terme de ce contrat on a la réception de l'ouvrage par le lien puis on a une période de garantie. Si un défaut survient pendant cette période, le client peut agir. Problème : cet ouvrage est souvent réalisé par des sous traitants mais leur intervention est beaucoup plus courte. Ce contrat de sous traitance a aussi une période de garantie, seulement si le maître d'ouvrage au moment de la réception fait valoir des droits contre l'entrepreneur, celui-ci devrait pouvoir se retourner contre le sous-traitant, mais les droits à la garantie peuvent être déjà prescrits. Solutions ? Rallonger le délai de garantie pour le sous-traitant (difficile à avaler pour lui). On préfère souvent une solution plus simple qui consiste à dire que les sous traitants assument la même garantie que pour tout le monde mais ne commence que à partir de la réception finale par le maître d'ouvrage, et non pas par l'entrepreneur. On change seulement le moment à partir duquel commence à courir le délai ! « *Subject to the terms and conditions of this contract, final acceptance of the Work under this Subcontract shall be deemed to take place upon final acceptance of the work by the Owner and the approval thereof by the Architect* ».

#### D. Clauses « Pay when paid » et « Pay if paid »

Si le paiement ne circule pas, tout s'arrête : l'EG a besoin d'être payé par le MO pour payer ses ST. Mais les paiements n'interviennent pas forcément au même moment, peut être que le MO attend la fin du chantier pour payer l'EG, qui lui peine ensuite à payer ses ST. Juridiquement chaque paiement est indépendant l'un de l'autre (le paiement du par le MO au EG n'a rien à avoir avec le paiement de l'EG envers ses ST, donc l'EG ne peut pas justifier le non paiement au ST par le fait qu'il n'a pas été payé par le MO). Il faut donc trouver des solutions contractuelles. On peut se satisfaire du principe de la relativité des contrats mais il y a aussi d'autres solutions, puisque les ST ne sont pas forcément d'accord d'attendre. Ex : « *Contractor's obligation to pay Subcontractor when payments are due is independent of Contractor receiving payment from Owner* ». Donc l'EG paie lorsqu'il est payé par le MO. C'est une clause admissible, il s'agit d'un accord sur la date d'exigibilité et non pas sur le droit au paiement !

Quid si MO disparaît, fait faillite, etc ? Est-ce que ces clauses « Pay when Paid » ne peuvent pas devenir des clauses « Pay if paid » ? C.à.d. que ce soit une vraie condition de paiement résolutoire qui fait que si le MO ne paie pas, que les ST perdent leur droit au paiement ? Le principe admis de façon générale (et internationale), c'est que si la clause n'est pas clause, c'est une clause « Pay when paid ». En cas d'ambiguïté on ne peut pas imposer aux ST une renonciation au paiement. Mais on peut imaginer une clause « Pay if paid » très claire. On en trouvait souvent en droit anglo-saxon. Exemple : « *Receipt of payment from the Owner is a condition precedent to payment to Subcontractor and payment to Subcontractor will only be made after the Contractor is paid by Owner* ». Clause résolutoire : si le MO ne paie pas, le droit au paiement des ST cette fois disparaît. Souvent utilisé dans les contrats américain jusqu'aux années 1980. L'affaire est arrivée devant les tribunaux américains (suisse ne s'est jamais prononcée) : arrêt *Clark*. Les juges américains ont décidé que ces clauses ne doivent pas être considérées comme valables en droit américain. Argument : il existe en droit américain (comme en droit suisse) un droit des ST à une hypothèque légale (Mechanic Lien). C.à.d., si les ST travaillent sur un ouvrage, le MO a un immeuble sur lequel les travaux sont

faits, les ST ont une créance contre l'EG mais aussi une hypothèque légale sur l'immeuble du MO. Idée selon laquelle les ST ont contribué à la valorisation de l'immeuble, il est donc juste que leur travail soit garanti. C'est des droits réels, et donc on est en droit réels il n'y a plus de liberté contractuelle : c'est le *numerus clausus* des droits réels opposables à tout tiers (art. 837 al.2 CC). La solution serait probablement la même en Suisse.

Ces clauses Pay if Paid ont été analysées dans le cadre de contrats d'entreprise. Dans d'autres contextes, sans hypothèque légale, se poserait la question de leur validité, mais leur question ne s'est pas encore posée. En revanche la clause Pay when Paid est parfaitement admissible.

### E. Clause de jonction / « Flow through clause »

Il faut différentes coordinations : des garanties, des paiements, etc. Donc si les relations sont très interdépendantes, il faut se demander si on peut continuer à bricoler ou si il ne vaut pas mieux de faire cela de manière systématique, donc créer un pont entre les contrats principaux et les contrats de ST. Il y a ce qu'on appelle des clauses « Flow through clause ». On peut les voir de deux façons :

- On a un contrat principal entre A et B avec des contrats de ST entre B et X, Y et Z. On va mettre dans le contrat principal une clause de jonction que les anglo saxons appellent les « Prime Contract Flow through clause ». But ? Les parties conviennent que celui qui devra avoir recours aux ST fera en sorte que ces contrats aient les mêmes clauses que le contrat principal. Cela peut être une clause Flow through totale, ou plus technique. En disant cela, ces clauses de jonction « en amont » ne font que rappeler à l'EG son obligation que ses ST fassent l'ouvrage prévu dans le contrat principal. Il serait responsable du simple fait que les contrats de ST n'ont pas été coordonnés.
- Plus intéressant : les subcontracts flow through clause, ou en français des clauses de jonction « en aval », qui prévoient simplement que les clauses du contrat principales s'appliquent. Exemple d'une telle clause se trouvant dans un contrat de ST « *Provisions of prime contract: The provisions of the prime contract, plans, specifications, addendums, change orders, and other documents that comprise the prime contract are incorporated into this subcontract with the same force and effect as though set forth in full* ».

Ces clauses posent un certain nombre de problèmes :

- Si les ST doivent se voir appliquer les dispositions du contrat principal, il faut qu'ils y aient accès. Donc l'EG doit s'organiser de cette manière. Si les ST n'ont pas accès, est-ce que les clauses ont bien été intégrées dans le contrat de ST ? Il faut se le demander.
- Il faut organiser la consultation par les ST au contrat principal, qui ont accès à tout, y.c. les clauses qui ne les regardent pas forcément.
- Le contrat principal peut être modifié, p.ex avec des ordres passés par le client, et les ST ne peuvent pas forcément être au courant, leur contrat doit intégrer ces

modifications mais les ST doivent être informés de ces modifications, donc il faut mettre en place un système de communication approprié.

- Clauses juridiques et procédurales : il se peut qu'il y ait une élection de for dans le contrat principal, voire une clause compromissoire (qui fait que tout litige est porté devant un arbitre et non pas devant un juge). Est-ce que cela implique que les ST ayant un litige avec l'EG seront aussi liés par ces clauses juridiques et procédurales ? Il y a de nombreuses réserves dans la JP et la doctrine sur cette idée où ils pourraient être liés par cela alors même qu'ils n'ont pas expressément consenti. Ainsi il vaut mieux éviter tout problème et soit exclure ces clauses, soit les inclure expressément.

Quid si on a un contrat principal dans lequel il y a une clause pénale ? Si on a une clause de jonction en aval, est-ce que le ST doit payer la même clause pénale si il est en retard ou n'a pas livré correctement l'ouvrage ? A priori oui, mais parfois il y a un caractère disproportionné entre la clause pénale et le dommage causé, or les contrats de ST portent souvent sur un chiffre d'affaires beaucoup moins important que le contrat principal.

## **F. Structure générale du contrat**

- Titre du contrat
- Désignation des parties
- Préambule, avec phrase de transition en général « Les parties ce sont mises d'accord sur ce qui suit ». Puis le contrat à proprement parler :
- Définitions : ça peut être des termes juridiques (p.ex qu'est-ce qu'une filiale, etc), des termes plus pratiques (l'installation dont on parlera sera telle ou telle installation). Lorsque les termes définis sont utilisées dans le contrat, elles sont en général capitalisées (première lettre est en majuscule : « la Filiale »).
- Accord de base : ce sur quoi elles sont tombées d'accord (prix, objet, etc), volonté des parties.
- Conditions : parce que souvent l'entrée en vigueur du contrat ou son existence dépend de conditions (suspensives ou résolutoires). Puis les clauses beaucoup plus juridiques :
- Garanties : évidemment très importantes dans tous les domaines.
- Responsabilité : toutes les ordres juridiques prévoient des règles en matière de responsabilité mais ces solutions légales ne sont pas forcément satisfaisantes et les parties peuvent les modeler (plafonds de responsabilité, clauses pénales qui accroissent la responsabilité des parties, etc).
- Propriété : clauses très délicates puisqu'on touche aux droits réels, mais on en trouve quand même, notamment en matière de propriété intellectuelle.
- Durée et résiliation : important notamment pour les contrats de durée.
- Clauses standards : c.à.d. des clauses passe-partout qu'on peut utiliser pour tous les contrats (clause de divisibilité, clause d'intégralité, de hiérarchie des documents contractuels, etc), se trouvent souvent à la fin du contrat sous « divers » / « miscellaneous ».
- Résolution des litiges : modalités du litige, c.à.d. le droit applicable, mais aussi simple élection de for ou des mécanismes plus ou moins sophistiqués (arbitrage, médiation).
- Date et protocole de signature

## G. Désignation des parties

La désignation des parties a priori a l'air d'être qqch qui ne nécessite pas l'intervention de juristes. Cela fait partie de la liberté contractuelle (art. 19 CO). Cette question est importante notamment lorsqu'il y a un litige, car quand on envisage une demande en justice, il est important de pouvoir identifier clairement le défendeur. Même chose si on va dans la direction d'une poursuite contre un débiteur, sa désignation doit être précise dans les formulaires de réquisition de poursuite.

La règle est simple : les parties doivent être des sujets des droits. Il peut s'agir d'une personne physique (donc indiquer son nom mais pas seulement sinon risque d'homonymie, aussi son domicile, etc), mais aussi d'une personne morale (nom, lieu du siège social, référence au registre du commerce, etc). Difficulté avec les PM : la distinction entre la PM elle-même et les signataires (qui ont le pouvoir de représenter cette PM, donc membre du CA ou un fondé de procuration). Il arrive qu'il n'y ait que la signature d'une personne sans que cela soit indiqué clairement que c'est au compte de la société, ce qui peut poser problème, car on se demande si c'est la PM qui est engagé ou la personne qui a signé (qui se trouvait dans un arrêt être l'actionnaire unique de la société ; finalement les juges ont décidé que c'est la société). On peut éviter tout ça en le précisant.

Le sujet de droit qui peut être parti au contrat doit être une personne juridiquement déterminée. Un groupe de sociétés ne peut pas l'être : p.ex le Groupe Nestlé ne peut pas le faire, la Famille Marchand ne peut pas non plus le faire, ni la Marque Chanel, etc.

Les contrats peuvent prévoir des parties multiples. Ex : entre un fournisseur et un acquéreur de produits on a un contrat cadre. L'acquéreur est en fait un groupe de sociétés, ne peut pas signer comme groupe mais voudrait que toutes les sociétés bénéficient de ce contrat cadre et passer des ordres d'achat avec le fournisseur. C'est tout à fait possible : on a ce type de clauses dans les contrats : « *Purchaser means one (1) or more of the following companies : X SA, X Deutschland GmbH, X España S.A, and any other Subsidiary of X SA. The provisions of this Contract shall apply to all Orders placed by the Purchaser upon the Supplier* ».

Si on peut admettre cette flexibilité, il faut aussi faire attention aux difficultés juridiques qu'elle peut impliquer, p.ex en termes de solidarité passive (qui doit payer). Imaginons qu'une des filiales de X SA passe commande, qui est responsable du paiement ? Si on a rien prévu dans le contrat, c'est l'acheteur, mais ici l'acheteur c'est toutes ces sociétés. Donc toutes les parties acheteuses peuvent être désignées comme « Jointly liable for the price » (toutes solidaires). Solution idéale pour le fournisseur. Mais pour les acheteurs c'est difficile à accepter. Donc la solidarité passive, en tout cas lorsque le nombre d'acheteur est important est une mauvaise solution. On peut faire la solution inverse : celui qui paie, c'est celui qui passe l'ordre, donc ici la filiale de X SA qui a commandé. On devrait définir dans la clause de définitions le « Ordering Purchaser » et pas seulement le « Purchaser ». Solution difficilement acceptable pour le fournisseur, qui ne connaît pas toutes les filiales, une d'elle peut ne pas être solvable, ça peut être difficile de la poursuivre aux Bahamas, etc.

Il faut trouver une solution de compromis, qui passe en général par la solution suivante : dans la clause de définition les parties désignent un Ordering Purchaser et un Principal

Purchaser (celui qui représentera l'ensemble des Ordering Purchaser), puis d'insérer une clause selon lequel le prix serait du entre l'Ordering Purchaser et le Principal Purchaser (donc solidarité oui, mais limitée).

Quid de la résiliation ? Si une obscure filiale de X SA résilie le contrat avec le fournisseur ? Il faut prévoir une clause où la résiliation d'un ordre d'achat, alors que la résiliation du contrat ne peut résilier que le contrat principal.

Exemple pour la solidarité passive : « *The Principal Purchaser and the Ordering Purchaser, to the exclusion of any other company referred to as Purchaser in this Agreement, shall be jointly and severally liable for the payment of the Purchase Price in relation to an Order.* »

Exemple pour la résiliation : « *In case of several Purchasers, and for the sake of clarification, mention of the « Purchaser's » right to terminate herein shall designate the Principal Purchaser as far as the Contract termination is concerned, and the Purchaser having placed an Order as far as the termination of such Order is concerned.* »

Il y a d'autres questions encore, p.ex si le contrat prévoit un plafond de responsabilité (qu'elle est limitée à tel montant) : est-ce que c'est par Purchaser ou globalement ? Il faut à nouveau prévoir une clause.

Dernier point : on doit analyser la façon dont les filiales vont être liées par le contrat cadre et pourront se prévaloir, puisqu'au moment où on signe on ne va pas défilier toutes les filiales (mais si théoriquement c'est possible de demander a chaque fois une procuration mais ça fige le système et c'est compliqué). Solution simple et en général utilisée pour ce type de construction juridique : à chaque fois qu'un Purchaser veut placer un ordre, il doit remplir un formulaire préétabli qui comporte un renvoi au contrat principal.

Situation où on n'a pas des parties multiples, mais des parties différenciées : on peut avoir un contrat avec un accord global mais avec des parties qui acceptent différentes choses (p.ex une partie accepte de garantir, l'autre de fournir, etc). C'est possible, c'est un peu délicat et il faut faire attention à qui signe, etc. Exemple : « *X, being a Party to this Agreement for the exclusive purpose of articles 4, 5 and 7 b hereof* » (i.e : X signe ce contrat uniquement pour ces dispositions particulières du contrat).

On a une pratique qui vient un peu compliquer cette désignation des parties, on trouve des clauses de nommables (on nous dit qu'au dernier moment qu'une partie pourra dire quelle personne pourra être inscrite au Registre pour la propriété intellectuelle). On trouve moins ces clauses aujourd'hui qu'avant, mais elles existent toujours. Exemple : « *Within 30 days as from execution of this agreement, Buyer shall communicate to Seller the identity of the party to be registered as owner of the Trademark* ». Maintenant, du point de vue juridique il faut faire attention car parfois ces clauses posent des problèmes d'interprétation, il faut les distinguer des clauses de sous-traitance. Différence : dans la dernière on confie à un tiers l'exécution d'obligations alors que dans la clause de nommable on attribue des droits à une autre personne. Aussi distinguer les clauses de nommables des stipulations pour autrui (qui désignent un tiers comme étant un bénéficiaire). Il y a une certaine parité entre les deux mais la différence c'est que le nommable acquiert des droits et est inscrit comme tel dans un

Registre (des marques, foncier, etc), il n'est pas juste un bénéficiaire d'une prestation. Dernière chose : savoir si la désignation du nommable (donc de la société qui sera inscrite), fait qu'elle aura aussi des obligations, si elle sera aussi responsable du paiement du prix de cette marque. Cela dépend des parties, bien sûr il faudra que le nommable donne son accord aussi.

Attention aussi à la formulation. Usage classique dans les pays de droit civil ou on a en règle générale la désignation de la partie A et de la partie B, ou dans les contrats anglo saxons en une seule phrase on indique l'identité des parties : « *This Gas Sales Agreement (this « Contract ») is made and entered into effective for all purposes as of \_\_\_ (the « Effective Date »), by and between \_\_\_ a \_\_\_ corporation (« Buyer »), and \_\_\_ (« Seller »)* ».

## H. Le préambule

En règle générale, on commence un contrat avec un préambule. On voit que les parties expliquent finalement quelles sont les circonstances qui les ont amenées à conclure ce contrat. Exemple (contrat d'agence) :

« *Considérant que le Mandant est le fabricant des produits dont la liste se trouve à l'Annexe I au présent contrat (ci-après « Les Produits ») ;*

*Considérant que le Mandant souhaite engager l'Agent, et que l'Agent souhaite agir comme son agent commercial exclusif, pour promouvoir la vente des Produits dans le territoire défini à l'Annexe II au présent contrat (ci-après : « le Territoire ») ;*

*Il est convenu ce qui suit : (...) »*

But ? Le préambule n'est pas contractuel ! Et la preuve c'est la phrase que l'on retrouve systématiquement : « Il est convenu ce qui suit », et non ce qui précède, donc ce qui précède n'est pas contractuel. Idem en anglais : « *Now therefore, in consideration of the mutual covenants and promises contained herein, it is agreed as follows : (...)* ». Donc l'erreur à ne pas commettre c'est indiquer des obligations dans le préambule.

En cas de litige, les éléments du préambule peuvent aider (interprétation et tenir compte des circonstances qui ont amené à la conclusion du contrat. On peut aussi trouver des éléments pour l'invalidation du contrat, le préambule peut parfois le montrer. P.ex si dans le préambule une partie indique ses qualités particulières ou qu'elle bénéficie de certaines autorisations, et que c'était inexact, alors oui il n'y a pas d'engagement mais elle a trompé l'autre partie et on peut invoquer une invalidation pour dol (art. 28 CO). S'agissant de la CVIM : il y a un concept d'expectative des parties, art. 25 CVIM : une contravention du contrat est essentielle si elle prive une partie de ce qu'elle attendait. Comment définir ses expectatives ? Notamment pck elle l'a indiqué dans le préambule.

Le préambule peut aussi être utilisé pour un référencement. Si on a juste 2 ou 3 termes à définir, ce n'est pas utile d'inclure une clause de définitions dans les cas simples.

**2. SEANCE DE TRAVAIL**

**CAS 6.** Dans le cadre de la réalisation d'un complexe hôtelier à Genève, l'entrepreneur général recourt à des sous-traitants basés en Suisse et en Allemagne et en Italie. Il envisage d'utiliser le formulaire suivant, dont il a trouvé copie sur internet.

***SUBCONTRACT AGREEMENT***

*This subcontract Agreement is entered into this [ ] day of [ ] between [ ].*

*Subcontractor, [ ], agrees to provide the following described labor, materials and construction (Work) in accordance with plans and specifications attached to this Subcontract Agreement, or as may be referred to herein by reference, upon the following described property.[ ]*

***DESCRIPTION OF WORK: [ ]***

*Prime Contractor, [ ], agrees to pay to the Subcontractor for the satisfactory performance of the Subcontractor's work the sum of [ ] in accordance with the following terms and conditions: [ ]*

***SCHEDULE OF PAYMENTS: [ ]***

*This schedule of payments is strictly construed and is not conditioned upon Contractor first being paid by owner.*

***TIME AND SCHEDULING WORK:*** *Subcontractor shall not deliver any materials to the job site or commence Work until notified to do so by Prime Contractor. Subcontractor shall commence work within [ ] days after written notice from Prime Contractor. After Subcontractor commences Work, he will then complete the Work within [ ] working days thereafter subject to excusable delays.*

*Any amounts that are not paid when due shall bear interest at a rate of 2,5 % per month until paid or the maximum rate permitted by law, whichever is higher.*

***REMEDIES:*** *Subcontractor shall provide a waiver of any mechanic's or materialman's lien conditioned upon payment for the work completed or material supplied.*

***SOLE AGREEMENT:*** *This Agreement, including all terms and conditions hereof, is expressly agreed to and constitutes the entire Agreement as of this date. No other Agreement or understandings, verbal or written, expressed or implied, are a part of this Agreement unless specified herein.*

***IN WITNESS HEREOF*** *the parties have accepted this Agreement the day and year first above written.*

En somme, on lit que l'entrepreneur est d'accord de réaliser un ouvrage, ensuite on a la description de l'ouvrage, ensuite il y a un montant du qui est prévu (donc pas simplement un devis), etc. On a le *Schedule of payments* qui est prévu, avec une clause d'exclusion du « *Pay when paid* » selon laquelle le sous-traitant serait payé quand l'entrepreneur serait payé par le maître d'ouvrage. C'est tout à fait valable. Autrement dit, cela implique pour notre client la difficulté suivante : il faut avoir certaines liquidités pour faire ça car en général il faut avoir certaines difficultés, or ici il doit payer les sous-traitants même si il n'est pas payé par le maître d'ouvrage. Donc il faut le lui faire remarquer. Ensuite paragraphe sur le *Time and Scheduling Work* : certaine flexibilité prévue ici, il commencera l'ouvrage une fois qu'il est notifié. Puis intérêts moratoires prévus, ensuite une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (« *Mechanic lien* »), ce qui correspond à l'art. 837 CO en droit suisse. Puis clause standard selon laquelle il n'y a pas d'autre accord que celui-là. Ensuite les parties signent.

Première réaction par rapport à ce texte là ? Est-ce adapté à la situation de notre client ? Le contrat ne prévoit pas de droit applicable ni de for. Le droit nous permet de le déterminer si celui-ci n'est pas prévu, c'est vrai, mais c'est mieux de le prévoir soit même. En outre, c'est un complexe de contrats, donc si on laisse faire les règles de rattachement objectif, il y aura plusieurs contrats de sous-traitance et on a un risque que tous ces contrats soient soumis à des droits différents, même si le contrat principal est soumis au droit suisse. C'est donc mieux d'avoir le même droit applicable et le même for pour tous ces contrats liés. Ensuite, **analyse classique** :

- **Utilité** : ce contrat sert à organiser une partie de l'ouvrage. On a un contrat principal, avec le Owner qui passe un contrat avec le Prime Contractor (entrepreneur général en français) et ce Prime Contractor passe un contrat avec des Subcontractors. Le but est la réalisation d'une partie de l'ouvrage final. A priori il s'agit d'un contrat d'entreprise. En termes d'utilité, le but est de coordonner ces interventions et c'est dans ce cadre là qu'on peut se poser la question du droit applicable et du for. On peut suggérer au client de prévoir cela. On peut également faire autrement pour que tous les contrats soient soumis au même droit applicable : l'idée serait de mettre une *Subcontract Flow Through Clause*. Ce serait une clause de jonction pour lier les contrats. Intérêt de faire comme ça ? Faire en sorte que les clauses applicables en matière de règlement des litiges du contrat principal soient applicable à tous les autres contrats liés, l'intérêt est que si il y a des changements dans le contrat principal, les modifications sont reportées aussi dans les contrats de sous-traitance automatiquement.
- **Interprétation** : Est-ce que tout est clair ? A priori tout est assez précis.
  - o On a tous les documents techniques qui décrivent l'ouvrage. Pour le paiement, pas de clause « *Pay when paid* », c'est tout aussi clair, il faut juste que notre client en soit conscient. Si notre client décide quand même de mettre cette clause, mais en réalité ce n'est pas ça qu'il veut, mais une clause « *Pay IF paid* », or ce ne serait pas valable et problématique, car les juridictions américaines ont décidé que les hypothèques légales sont impératives et les sous-traitants ne peuvent pas renoncer à leurs créances

- (clauses « *Pay if paid* »). Ajouter au pire qu'au plus tard à la fin du chantier le ST sera payé.
- Ensuite, autre ambiguïté ? Réglementer les garanties, qu'est-ce qu'un défaut, etc. En soit c'est pas grave, c'est réglé par le droit mais on pourrait quand même compléter le contrat au cas.
  - Ensuite, il est d'accord de payer une somme de tant (forfait) pour l'exécution satisfaisante de l'ouvrage : c'est délicat comme clause, car la *Satisfactory performance* le serait du point de vue de qui ? C'est une condition du paiement, donc elle est importante, elle doit être satisfaisant pour le ST, l'EG ou le MO ? Il faudrait le définir, p.ex mettre en place une procédure un peu plus formelle de réception (un peu lacunaire en droit suisse !), qui peut être relativement élaborée (p.ex prévoir des visites contradictoires de chantiers avec des experts, ou faire des réserves pour l'EG avec un délai pour que le ST corrige ce qui va pas, etc). Et une fois cette procédure suivie, celle-ci conduira à la *Satisfactory performance*, voir même une acceptation de l'ouvrage. Et la dedans se pose la question du rôle du client final (dans quelle mesure il doit intervenir pour dire si c'est satisfaisant ou pas). Ce serait bien de le prévoir contractuellement.
  - Ensuite, est-ce que le *Time and Scheduling Work* paraît clair dans toutes ses composantes ? La notion d'*excusable delays* est juridiquement assez connue, correspond à la force majeure en terme de retard (119 CO). En outre, quid si il ne notifie pas ? Il faudrait le préciser. En plus, ils ne peuvent pas être disponibles tout le temps et rester à attendre qu'on les appelle. Donc flexibilité ok, mais cela ne doit pas se transformer en caractère discrétionnaire et doit avoir des limites bien définies, donc bien dire cela dans le contrat, p.ex dire au plus tard 6 mois après le début du chantier. Quid si il ne veut pas faire appel exprès pck il trouve qqn de moins cher ? Choquant, le juge risque de trouver qu'il s'est quand même engagé de le faire à la base. Ce serait quel type de responsabilité ? Pb d'interprétation donc juge interprètera comme il peut selon 18 CO, comme étant une flexibilité de la date d'intervention mais pas du tout une remise en cause de la notification au ST.
- Validité : est-ce que tout est valable dans ce contrat ou non ? Il y a quand même une difficulté ici s'agissant de la renonciation (*waiver*) sur l'hypothèque légale. Ce n'est pas valable en soit (art. 837 CO), car ce sont des droits réels et là il n'y a plus de liberté contractuelle, on ne peut pas y renoncer. Or, ce qui est surprenant en réalité c'est que cette clause est parfaitement valable à cause de l'art. 837 al.2 CO ! Pourquoi ? Avec ceci, le ST atteste simplement du fait qu'il a été payé, donc logiquement si il est payé, il n'y a plus d'hypothèque légale, ceci afin de simplement rassurer le client final avec tous les ST confirmant avoir été intégralement payés et qu'il n'ont plus d'hypothèque légale. C'est donc parfaitement valable, c'est une simple confirmation de paiement.
- Autre chose ? Il y a un petit piège ici : intérêts moratoires à 2,5%, ça va mais attention c'est illicite de les faire usuraires/excessifs. Jusqu'à 18% ça va mais c'est très cher déjà, ensuite ça devient suspect. Mais ça doit être par année ! Or là c'est 2,5% par mois, autrement dit 30% par année !!! Carrément inadmissible.

**CAS 7. Parties multiples.**

***"Purchaser" means one (1) or more of the following companies: X SA, X Deutschland GmbH, X España S.A., and any other subsidiary of X SA.***

***The provisions of this Contract shall apply to all Orders placed by the Purchaser upon the Supplier.***

Désignation des parties : celle-ci doit être précise. Ici on définit l'acheteur, donc n'importe laquelle des sociétés du groupe X. On indique que chaque fois une des sociétés du groupe place un ordre au fournisseur, c'est ce contrat qui encadre la commande.

- Utilité : il s'agit de désigner qui est l'acheteur juridiquement. Du point de vue économique, l'utilité de ce type de structure vient d'un lapsus qui existe entre la notion de groupe (notion économique) et la notion d'autonomie des personnes morales. Mais il n'y a pas de définition juridique de groupe. Chaque société d'un groupe est une personne morale et totalement indépendante des autres sociétés. Mais ici on peut réconcilier cette idée qu'un Supplier peut passer un contrat avec un groupe, même si c'est pas possible de passer un contrat avec un groupe : en réalité il passe un contrat avec chaque société de ce groupe.
- Interprétation : faut-il préciser quelque chose ici ? Est-ce que la clause est claire ? Les sociétés sont bien définies. Mais ce qui manque c'est le terme de filiale (« *subsidiary* »). Une filiale est contrôlée économique, or contrôler économiquement, ça dépend des circonstances, du point de vue, etc. Il n'existe pas de définition juridique. On sait en outre qu'il n'a pas été défini car la première lettre n'est pas en majuscule.
- Validité : attention ! Les anglo-saxons distinguent 2 choses dans la validité : savoir si la clause est valide et si elle est *enforceable* (peut être mise en œuvre efficacement). Rien ne nous interdit d'avoir plusieurs sociétés qui participent au même contrat. Pour ce qui est de la mise en œuvre par contre, la clause peut-elle fonctionner comme ça (qui doit payer ? etc) ? On utilise un formulaire (ordre pré formulé) et dans la rédaction de l'ordre on marque que le contrat principal est applicable. Question : qui paie le prix ? On pourrait dire qu'il y a une solidarité de tous les acheteurs (après tout ils ont voulu définir *Purchaser* de façon collective), en plus ici c'est presque implicite avec cette simple clause, sauf que ce serait difficilement acceptables pour tous les membres du groupe X, il n'y a aucune raison pour qu'ils soient tous solidairement responsables. Pas vraiment une bonne solution. On peut aussi envisager que la responsabilité ne soit que celle du *Ordering Purchaser*, c.à.d. la société du groupe X qui a placé l'ordre et c'est assez logique. Il faut néanmoins le préciser, le système n'étant pas très clair sinon. Mais ce n'est pas très satisfaisant pour le vendeur, puisque l'identité de l'acheteur n'est pas prévisible pour lui (il ne sait pas si la société qui passe l'ordre est solvable, où elle se trouve, etc). Autre solution ? On peut faire un système de solidarité avec le *Ordering Purchaser* et les autres, et c'est seulement si lui ne paie pas que le vendeur pourra se retrouver contre les autres. Les définir !!!

## III. Accord de base et garanties

---

### 1. COURS THEORIQUE

#### A. Introduction

L'accord de base peut tout et n'importe quoi, dans quelques limites lointaines (respect des droits de la personnalité, etc). N'importe quel ouvrage peut être livré ou commandé. Cela dit il y a un certain nombre de clauses qui reviennent en fonction du type de contrat. Souvent, cet accord de base est décrit par des annexes ou des renvois (c'est très difficile parfois de décrire directement dans le contrat quel ouvrage et comment il doit être réalisé). Evidemment ces annexes sont contractuelles. Exemple : « *The Annexes, Schedules and Exhibits to this Agreement shall form an integral part thereof.* » (Partie intégrante du contrat). Il faut s'assurer qu'il n'y a pas de contradiction, sinon intégrer clause de hiérarchie.

#### B. Contrat de vente : transfert des risques et délais

Contrat très classique d'aliénation de la propriété d'une chose. Par rapport à ces contrats là, la question très importante est celle du transfert des risques. Pour cette question, les parties sont totalement libres de déterminer le moment du TDR. Si elles ne le font pas, le droit dispositif s'applique (art. 185 CO en droit suisse), mais rarement très satisfaisant car correspond rarement à ce que veulent les parties. On peut simplement intégrer dans le contrat une clause Incoterm (contrats types publiés par la Chambre de commerce internationale, nouvelle version en 2010, donc le préciser sinon ambiguïté de la version). C'est une série de contrats que les parties peuvent choisir (ex : contrat FAS, contrat FOB, contrat XYZ, des séries de 3 lettres). On a ce genre de clauses : « *Deliveries shall be made in accordance with Incoterm FOB by sea (Incoterm 2010), at the nearest international seaport of the vendor* ». Clause générale intégrant dans le contrat l'Incoterm FOB 2010. La question du TDR est réglée comme ça. Aucune règle impérative en la matière et donc le choix des clauses Incoterm permet de déterminer ce moment.

Autre question importante : les délais (dans quel délai la marchandise doit être livrée, l'ouvrage réalisé, etc). La aussi les parties doivent se mettre clairement d'accord, c'est plus factuel que juridique. Ce qui est juridique c'est l'effet de cet accord sur les délais, car celui qui ne respecte pas ces délais est en retard. Il peut payer des intérêts pour le retard, et on applique le cas échéant les règles sur la demeure, etc. Cela peut être une solution. Mais on peut aussi renforcer ce système et rendre les délais beaucoup plus impératifs, avec comme conséquence que si ils ne sont pas respectés, on ne va pas considérer que c'est une demeure mais un cas d'inexécution du contrat dont on peut se départir. C'est prévu par l'art. 108 CO. Les anglo saxons ont, pour exprimer cette idée là, une clause classique : « *For the purpose of this Agreement, time is of the essence* » (= dans le cadre de cet accord, le temps est essentiel). Les délais sont des termes fixes, raison pour laquelle cela devient une inexécution et non pas un simple retard, les conséquences étant également beaucoup plus lourdes. Cette clause peut être utile si on veut avoir un système très strict, mais évidemment pour

l'autre partie c'est une clause horrible car suivant le type de marchandises c'est difficile de prendre un engagement aussi ferme. Cela peut se négocier biensûr.

### C. Contrat de vente : défaut de la chose / aliud

Question juridique très délicate touchant à l'essence même du contrat, puisqu'elle touche au défaut de la chose. Dans tous les systèmes juridiques on a des règles là-dessus (art. 197ss CO en droit suisse). On a les actions édiliciennes (droits de l'acheteur s'agissant de la chose vendue). Mais ces règles sont inadaptées aux cas où il s'agit d'un aliud (pas une chose défectueuse mais un autre objet que celui qui a été acheté, p.ex des pommes au lieu des bananes, ou une Volvo au lieu d'une Mercedes), donc situation d'inexécution cette fois.

Dans les contrats commerciaux, dans la plupart des cas, la marchandise est simplement déterminée par son genre au moment de la conclusion du contrat (« Je veux tant de tonnes de blé de tel type » etc). Par conséquent, l'objet de la chose est décrit par un certains nombres d'éléments (éléments de description du genre). Du coup on arrive à cette situation délicate ou faire une distinction entre les éléments de description de la chose et les qualités promises qui font que si elles ne sont pas réalisées il y a un défaut, est de plus en plus difficile à faire. Le TF dit qu'il suffit qu'un de ces éléments ne soit pas remplis est un cas d'aliud et non pas un défaut (avec des conséquences lourdes). Arrêt de 2004 du TF (1<sup>ère</sup> cour civile, SJ 2004 I p. 252-258) sur une vente de pétrole correspondant à des formules chimiques pour décrire précisément la composition du pétrole, et une de ces formules ne correspondait pas, et le TF a considéré que c'était un aliud, avec comme conséquence l'application des règles sur l'inexécution qui sont beaucoup plus lourdes pour le vendeur que les règles sur les défauts : « En effet, si les parties s'entendent sur une description détaillée de l'objet du contrat, l'absence d'un élément – au moins – du descriptif entrainera la qualification d'aliud (...). La référence des parties à une chose de genre sans spécification particulière entrainera en revanche l'application des règles sur la garantie pour les défauts (art. 197ss CO) si l'objet du contrat est d'une qualité inférieure à la moyenne (art. 71 al.2 CO ; (...)) ». Problématique puisque ça dépend de la décision du juge sur comment il qualifie la description et la situation d'espèce. Quel intérêt d'avoir cette distinction en pratique ? Clause « anti-aliud » : « *It is hereby expressly declared that any statements as to quality made by the Seller do not form part of the description of the Goods* ». Derrière cette phrase il y a très clairement la volonté de lutter contre la théorie de l'aliud et que ce soit considéré comme une qualité promise et non plus un élément de description de la chose. C'est la liberté contractuelle et on peut jouer là-dessus.

### D. Contrats de service

La aussi l'essentiel c'est la description du service et quasiment tout est envisageable. Il faut faire attention à trois problématiques liées aux contrats de service :

- Il y a toujours une ambiguïté sur le fait de savoir si le prestataire de service a un pouvoir de représentation vis à vis de son client, typiquement dans le cadre d'un contrat de mandat. Les parties peuvent exclure ce pouvoir de représentation mais il faut le faire expressément. Exemple : « *Neither Party shall have the right to contract or in any other way to enter into commitments on behalf of or in the name of the*

*other and shall not by course of conduct or otherwise hold itself out to third parties as having such authority. The relationship of the Parties under the Contract shall be that of independent contractors. »*

- Risque que les relations étroites soient qualifiées autrement comme des contrats de services à long terme : p.ex le pire c'est le contrat de travail, ayant pour conséquence l'application de toutes les règles impératives du droit de travail. En effet, la distinction est souvent ténue. Que peut-on faire ? Exemple : « *Nothing in this Agreement shall be taken to constitute or create a relationship between the parties that could be characterized as a work or employment agreement* ». Efficace ? Oui et non, car cela montre que les deux parties sont conscientes qu'il ne s'agit pas d'un contrat de travail. Mais attention, le juge n'est pas lié en ce qui concerne la qualification du contrat et la détermine toujours en fonction du contenu de ce contrat et non pas de leurs déclarations. Si tous les éléments d'un travailleur sont présents, cette clause risque de ne pas suffire pour écarter les dispositions du droit de travail.
- Dernier risque : la relation est si intense qu'on peut considérer qu'ils sont associés et de qualifier le contrat de Partnership, de Joint Venture ou de société. Exemple pour contrecarrer cela : « *Nothing in this Agreement shall be taken to constitute or create a partnership between any of the parties to this Agreement or to make or appoint each party to the agent of the other parties* », ceci pour éviter p.ex les règles sur le partage des bénéfices ou encore la difficulté sur la fin d'un contrat de partnership qui n'est pas la même que dans un contrat de services.

#### **E. Obligation de diligence, clause de « best efforts »**

Clause qu'on utilise assez souvent dans les contrats de service et qui est assez dangereuse lorsqu'elle est soumise au droit suisse. Art. 398 CO est un exemple de diligence à fournir en matière de contrat de mandats. Mais il peut y avoir une tentation des parties de caractériser la diligence que doit avoir le prestataire de services. Notamment les anglo saxons / américains ont identifié des degrés de diligence, notamment celui qui a une obligation de *Best efforts*. Exemple : « *This is a « best efforts » agreement on the part of \_\_\_ and \_\_\_ to market such product in a manner that seems appropriate* ». Délicat pour le prestataire de services de dire qu'il ne va pas déployer ses meilleurs efforts mais des efforts ordinaires de toute façon, et puis pour le client ça fait plaisir. Mais dans les pays de droit civil c'est délicat car on n'est pas habitué à cette échelle de diligence (soit c'est diligent, soit pas chez nous).

Autre difficulté liée à ces clauses : on a un certain nombre de contrats où le prestataire s'oblige à un résultat et pas seulement être diligent, p.ex comme dans un contrat d'entreprise, un immeuble bien réalisé / construit. Et donc si s'effrite et que les fenêtres ne s'ouvrent pas, l'entrepreneur ne pourra pas dire qu'il a été diligent. Du coup, si on utilise les clauses de best efforts de manière excessive, on peut les retrouver dans de tels contrats avec une ambiguïté : l'entrepreneur dirait qu'il a fait de son mieux et qu'il n'est pas responsable, et le client dirait que le résultat n'y est pas et qu'il est responsable. Qui a raison ? Il faut interpréter le contrat selon la volonté des parties, si celles-ci ont voulu diminuer la responsabilité du prestataire de service, ce qui paraîtrait bizarre. Cela peut être

très trompeur pour le client qui avait l'impression de mettre quelque chose de radical dans le contrat en mettant le best efforts et du coup en renonçant au résultat prévu par la loi. Discutable, ça dépend de l'interprétation du juge.

Attention, ces clauses ne sont pas forcément inappropriées mais il faut utiliser ces clauses avec prudence, voir pusillanimité, car elles risquent de dénaturer un contrat de droit civil. L'utiliser plutôt dans des contrats de services ou de mandats mais faire attention quand le contrat implique des obligations de résultat.

## F. Contrats de garantie et contrats de société

- Sur les contrats de garantie : Il s'agit de garantir une prestation matérielle, ou pécuniaire. La on peut imaginer différents types de garanties :
  - Garanties réelles, mais on touche au droits réels et lorsqu'on y touche, on quitte le domaine de la liberté contractuelle.
  - Personnelles : un tiers se porte garant de l'exécution par le débiteur principal. Son obligation est subsidiaire : slmt si débiteur principal ne s'exécute pas. La question est jusqu'ou va l'engagement du garant. S'oblige-t-il à s'exécuter quels que soient les motifs pour lesquels le débiteur principal ne s'est pas exécuté ? Est-ce que le garant donne au créancier la garantie d'être payé quoi qu'il arrive ou donne-t-il simplement au créancier d'être payé seulement dans la mesure où le paiement est dû ? Le créancier a un droit contre le débiteur et un droit subsidiaire contre le G. Mais il est possible que le débiteur ne s'exécute pas parce qu'il a des exceptions/objections à faire valoir (p.ex il a été trompé et invalide le contrat pour cause de dol, etc). Est-ce ces exceptions/objections peuvent être utilisées par le garant dans son rapport avec le créancier ? Ca dépend de la volonté des parties au moment ou le contrat a été conclu. On peut avoir une garantie :
    - Abstraite : admise en droit suisse, le garant paie quoi qu'il arrive et ne peut pas faire valoir les exceptions/objections du débiteur principal.
    - Dépendante : peut opposer les exceptions/objections du débiteur principal.

Il faut le prévoir par contrat. On peut typiquement utiliser ce type de clause pour qualifier très clairement une garantie (ici dans l'exemple une garantie dépendante) : « *The Guarantor shall have the right to assert against the Beneficiary all of the claims, offsets and defences that the Purchaser may have against the Beneficiary* ». Attention au contrat de cautionnement, règles formelles aux articles 492 et 493 CO, il faut être prudent par rapport à la rédaction de contrat, mais sous cette réserve la, si on a cette clause, c'est un contrat de cautionnement (garantie dépendante). On peut prévoir aussi le contrat : « *On first demand* », on parle même de garantie a première demande sans exception/objection possible (garantie abstraite).

- Sur les contrats de société : parfois les parties veulent faire un contrat de société. Plusieurs parties (p.ex A, B et C) se mettent d'accord pour créer une nouvelle société (p.ex « NC»). Cette nouvelle structure permet à A, B et C de collaborer. Les relations entre ces trois parties sont liées par un contrat de Joint Venture, ou de partnership

ou éventuellement d'actionnaires ou en droit suisse de société simple. Le contrat définit comment la société sera gérée. Ces contrats sont assez fréquents et la question se pose c'est quid si une partie veut sortir de la société, p.ex si A peut sortir en vendant ses actions de la NC à un tiers (pas forcément amical) (par hypothèse D), et bien A ne sera plus membre de ce Joint Venture, sauf que cela risque de ne pas plaire à B et C, qui étaient d'accord de collaborer avec A mais pas avec D (qui pourrait p.ex être une société hostile). Donc en principe il y a un droit de préemption : il s'agit non pas d'interdire à A de vendre ses actions mais simplement que A doit d'abord les proposer à B et C, qui auraient un droit prioritaire. Et c'est seulement si ils ne veulent pas que A pourra les vendre à un tiers. Exemple : « *If any of the Shareholders wishes to sell, transfer or otherwise dispose of any or all of his/her shares (such party being called the « Seller »), the other Shareholders (the « Offerees ») shall have a prior right to buy such Shares (the « Offered Shares »)* ». Validité ? art. 19 CO : liberté contractuelle. Attention, durée maximale d'un droit de préemption en matière immobilière ne devrait pas s'appliquer en matière mobilière selon Prof. Marchand. La difficulté pour ce type de clause c'est la sanction. Quid si ce droit de préemption n'est pas respecté ? Violation du contrat par A, donc B et C peuvent lui demander des DI, mais ils n'ont aucun dommage en soit, ils n'ont pas acheté les actions, cela en revient au même du point de vue économique. Bien sûr commercialement c'est un inconvénient important mais en termes de calcul du dommage leur situation patrimoniale avant et après la vente à D reste inchangée. Donc cela rend ces clauses de préemption soumises au risque d'inefficacité. Il faut donc trouver un moyen pour le sécuriser. P.ex une clause pénale à titre de sanction pour violation du droit de préemption (ne doit pas être excessive sinon le juge peut la réduire). Mais même si on a cette clause pénale, des circonstances commerciales peuvent faire que A viole quand même ce droit de préemption (p.ex D peut payer en plus la clause pénale de A). Donc il est préférable de prévoir un contrat séparé « de dépôt séquestre » : les actions de A, B et C sont déposées chez un tiers (typiquement un notaire) qui a pour instruction de ne pas remettre ces actions sans une instruction des 3 signée conjointement. Ce sont des clauses utiles et nécessaires pour ce type de contrat mais il faut aussi prévoir des sanctions. En outre, on peut imaginer un tas d'autres clauses pour ce type de contrat. P.ex : clauses *Tag Along*, si un des associés veut vendre, il doit faire une offre globale de la totalité des actions de la NewCo (donc offrir à D aussi les actions B et C, pour qu'ils puissent aussi quitter la structure et ne pas se retrouver toute seule). Autre ex : clause *Drag Along* : A peut forcer B et C de vendre aussi leur part car D n'a d'intérêt à racheter que si il a le contrôle complet. Etc

### G. Droit des tiers sur la base d'un contrat

Cette question se pose quel que soit le type d'accord : si des tiers peuvent bénéficier de droits ou de bénéfices sur la base d'un contrat alors qu'ils ne sont pas cocontractants, comme cela devrait être le cas d'ordinaire (principe de relativité des contrats). Exemple : contrat de livraison ou l'acheteur demande à ce que la marchandise soit livrée à sa filiale. Possible ? Oui. Autre exemple : assurance vie, initialement le bénéficiaire du contrat sera quelqu'un d'autre vu que nous on sera plus là. Etc. C'est ce qu'on appelle une clause de stipulation pour autrui (art. 112 CO en droit suisse) et on trouve ça dans n'importe quel OJ mais avec toujours la même question, celle de l'interprétation. En droit suisse c'est est-ce

que la stipulation est parfaite ou imparfaite. P.ex si l'expéditeur et le transporteur sont d'accord pour que la marchandise soit livrée à un tiers, et que la marchandise n'est pas livrée, qui peut agir ? Si la stipulation est parfaite, alors le destinataire a des droits. Si elle est imparfaite, alors c'est le destinataire ne peut que constater que la prestation n'a pas été exécutée. Dans l'assurance vie, il va de soit que le bénéficiaire doit pouvoir réclamer, le cas échéant, judiciairement la prestation, donc elle est parfaite. Mais dans d'autres cas c'est plus ambigu, et il faut le prévoir, p.ex avec ce type de clauses : « *The Parties agree that the Final consumer shall have the right to enforce as a third beneficiary this Agreement against the Importer with regard to the Products* ». On peut aussi prévoir que le contrat ne bénéficiera en aucun cas à un tiers : « *The parties to the Contract do not intend that any term* ».

Remarque : Il y a des conventions internationales qui prévoient à quel moment le destinataire acquiert des droits contre le transporteur, donc que la stipulation devient parfaite. Ces conventions sont impératives ! En outre, attention, il est possible qu'un tiers soit bénéficiaire d'un contrat mais il est exclu, sans exception, qu'un tiers puisse se voir infliger des obligations sur la base d'un contrat !

#### H. L'obligation financière

En principe il y a une contrepartie dans un accord de base et dans la plupart des cas c'est une obligation financière (paiement du prix/*Price*, honoraires/*Fees*, salaire/*Wedges*, provisions/*Commission fees*, loyer/*Rent*, royalties/*Royalties*, intérêts/*Interest*, etc).

Il appartient aux parties de déterminer la nature, les modalités de paiement, etc. Dans certains contrats la précision de l'obligation financière est essentielle car on considère que c'est l'objet essentiel pour la conclusion du contrat (art. 2 CO), typiquement pour les contrats de vente où le prix est un objet élément essentiel (ex : « J'achète tel objet pour un prix qui reste encore à déterminer » est un accord sans aucune conséquence juridique).

En revanche il y a beaucoup d'autres contrats où ce n'est pas un élément objectivement essentiel, typiquement les contrats d'entreprises où une estimation du prix (devis !) suffit. Il faut préciser évidemment si c'est un devis ou un forfait. Cela ne remet pas en cause la conclusion du contrat, simplement il faut le préciser.

Une question peut être utile de traiter, c'est celle de leur sort en cas de litige : il est souvent utile de le prévoir, car l'obligation de paiement peut vite faire l'objet d'un chantage (« on retient les paiements tant qu'il y a un litige »). Raison pour laquelle il est souvent justifié de prévoir que l'obligation financière devra être remplie en tout cas pour la partie du contrat qui ne fait pas l'objet d'un litige. Exemple : « *In the event of a bona fide dispute between the Parties with respect to a delivery of Products, the Purchaser shall be entitled to withhold payment hereunder in respect of such delivery until resolution of such dispute* », mais aussi rajouter « *The parties shall, without delay, continue to perform their respective obligations under this Agreement, which are not affected by the dispute.* ». Et si les parties ne s'exécutent pas, alors cas d'inexécution du contrat.

En droit suisse on a l'exception d'inexécution (art. 82 CO), « si vous ne vous exécutez pas, je ne vous paie pas », règle très générale qu'il faut préciser avec typiquement les clauses précitées, ce qui rendra cette exception irrecevable.

### I. Conditions contractuelles matérielles

Les conditions, si il y en a, viennent après l'accord de base. Elles sont assez fréquentes et c'est tout à fait possible pour des parties d'en prévoir. Il y en a de deux types : matérielles et procédurales.

Les conditions matérielles sont des conditions liées à des événements extérieurs. Le contrat entre en vigueur ou prend fin uniquement si la condition survient (p.ex si une autorisation d'importation est délivrée ou si la partie fait l'objet d'une faillite). En résumé, on a :

- Les conditions suspensives (*Condition precedent*) : pour l'entrée en vigueur du contrat, qui dépend d'un événement. Exemple : « *The entry into force of this Agreement is subject to the condition precedent of the issuance of a valid export licence by (\_\_\_\_\_)* ». Cette condition suspensive est explicite.
- Les conditions résolutoires (*Condition subsequent*) : pour la fin du contrat. On peut avoir des conditions résolutoires qui ne sont pas forcément explicite : « *This agreement shall be terminated with immediate effect in case of the Export licence is not renewed* ». Il ne s'agit pas d'une clause expresse mais on peut le déduire du texte puisque c'est bien la fin du contrat qui est tributaire de cet événement extérieur. Question lorsqu'on parle de la fin du contrat : avec effet rétroactif ou sans ? C.à.d. si les prestations doivent être restituées. En principe non, donc sans effet rétroactif, art. 154 CO présomption en droit suisse. MAIS on peut aussi prévoir que le contrat est annulé avec effet rétroactif, sauf qu'il faut le prévoir expressément. En général les anglo-saxons parlent de *Termination* qui est la résolution du contrat sans effet rétroactif, mais parlent de *Cancellation* si il s'agit d'une annulation avec effet rétroactif.

Limites : Souvent ces conditions, not. résolutoires sont liées à l'insolvabilité d'une partie (demande de concordat, faillite, etc). C'est tout à fait valable, voire utile car les administrations de faillite peuvent parfois continuer le contrat. Attention : dès qu'on touche au droit de la faillite ou du concordat, on a du droit public qui entre en jeu et qui est souvent impératif. P.ex contrat qui prévoit que non seulement il y a une condition résolutoire mais qui donnera aussi une indemnité au cocontractant en cas de faillite de l'autre, sauf que ce n'est pas valable en principe (mais ça dépend évidemment du droit applicable à la faillite).

Autre question : peut-on prévoir qu'en cas de faillite le cocontractant peut aller rechercher des biens ? Non, ils tombent dans la masse en faillite et on ne peut pas prévoir autre chose contractuellement (art. 212 LP).

On peut se demander quand même si il n'y a pas un risque qu'une partie manipule l'évènement extérieur de façon à se débarrasser de ce contrat (pour qu'il n'entre pas en vigueur ou qu'il prenne fin), p.ex ne pas demander exprès une autorisation ou ne pas

renouveler une licence d'administration. On a donc dans certains OJ (notamment en Suisse) une limite à ce type de manipulation : art. 156 CO prévoit que si une partie manipule une condition contrairement aux règles de la bonne foi, le juge fait comme si la condition suspensive est survenue ou que la condition résolutoire n'est pas survenue. Exemple : on trouve dans les Principes Unidroit 2010 l'art. 5.3.3 qui est la même idée. C'est un principe universel en réalité.

Question : si les parties peuvent faire ce qu'elles veulent faire en terme de conditions, elle pourraient prévoir une condition potestative, où en gros le contrat entre en vigueur ou prend fin « si je veux », p.ex : « *The entry into force of this Agreement is subject to the condition precedent of the discretionary approval thereof by the board of the company A* ». C'est valable (liberté des parties). Est-ce que la règle de l'art. 156 CO s'applique aussi lorsqu'il s'agit d'une telle condition ? Parce qu'en soit cela ne peut pas être contraire aux règles de la bonne foi que de faire usage d'un pouvoir discrétionnaire (qu'on a pas à motiver) selon le contrat conclu. Mais ça peut être choquant. Et donc il n'est pas totalement exclu qu'il soit considéré comme contraire à la bonne foi : le TF a considéré que l'art. 156 CO reste applicable dans une certaine mesure.

#### J. Conditions contractuelles procédurales

Dans le cadre de la condition du contrat, les parties s'obligent à toute une série de démarches, et ce n'est que lorsqu'elles sont accomplies que le contrat entre en vigueur. P.ex réunir un certain nombre de documents. Différence faite traditionnellement dans les contrats de vente d'actions ou de vente d'entreprises : on distingue le *Signing* (on signe puis on fait les démarches, p.ex pour évaluer la valeur des actions) et le *Closing* (on se réunit une deuxième fois et si tous les documents ont été réunis, alors les actions sont transférées). Cette distinction à deux étapes a tendance à se développer dans d'autres contrats. Exemple :

« *Signing shall take place in Geneva on \_\_\_\_\_. Upon signing, the parties shall proceed as follows : \_\_\_\_\_.*

*Closing : The documents referred to above shall be delivered to the Buyer during the Closing, which will take at a date and place to be determined jointly by the parties, but no later than \_\_\_\_\_ ».*

Valable, parties libres. Question : est-ce que 156 CO ou 5.3.3 Principes Unidroit est applicable à ce type de clause ? Selon la JP suisse oui, ce qui est fait entre les deux étapes est aussi une condition et que si une partie ne réunit pas exprès les documents, cela peut être considéré comme contraire aux règles de la bonne foi et le juge peut considérer que le contrat entre quand même en vigueur et que la partie de mauvaise foi peut être tenue responsable pour l'inexécution dudit contrat.

#### K. Garanties contractuelles

Après l'accord de base et les conditions éventuelles on arrive très vite à des conditions juridiques : ce sont les clauses de garantie, systématiques dans les contrats de vente et d'aliénation mais aussi des garanties prises par des prestataires de services.

Il faut faire attention au terme de garantie, puisque le sens est toujours à chaque fois un petit peu différent. On a vu les garanties réelles ou personnelles, qui sont une manière de sécuriser la créancier (soit droit sur l'objet du gage, soit droit contractuel de se faire payer subsidiairement par un garant). Attention, on a par exemple la garantie du vendeur : le vendeur assume l'obligation de faire face au risque du défaut de la chose, on appelle également cela une garantie même si c'est pas forcément exact, c'est la description de l'obligation du vendeur. On a d'autres garanties : celles de l'entrepreneur, du cédant, etc elles sont prévues par la loi mais les parties peuvent prévoir des garanties multiples (liberté contractuelle). Il faut les distinguer des garanties réelles ou personnelles ! En anglais, les termes sont parfaitement distincts : « *Warranties and representations* » qui sont les garanties contractuelles du droit suisse. Les anglais font une distinction que nous ne faisons pas en droit suisse entre les déclarations au moment de la conclusion du contrat (*representations*) et sur la situation future (*warranties*). En revanche, lorsque les anglais parlent de garanties réelles ou personnelles, ils parlent de « *guarantees* ». La terminologie est donc plus claire.

L'objet de la garantie peut être n'importe quelle déclaration d'une partie. Les garanties les plus classiques sont les garanties pour les défauts, mais aussi pour le fait qu'il n'y a pas eu d'acte de corruption, etc.

Les sanctions sont parfois prévues par la loi, quand les garanties elles même le sont. P.ex en matière de défaut de la chose on a des moyens de droit (résolution du contrat, diminution du prix, remplacement) : art. 197ss CO et plus précisément 205 et 208 CO. Mais on peut avoir des garanties pas prévues par la loi et donc pas de sanctions prévues par la loi : c'est utile donc d'y réfléchir. On peut prévoir ça en termes de responsabilité biensûr, ou résiliation du contrat mais aussi d'autres moyens de droits indispensables (réparation ou remplacement). Et alors même si il s'agit d'une garantie prévue par la loi il est utile de se demander quelles sont les sanctions : p.ex en matière de vente en droit suisse, le CO ne prévoit pas de droit à la réparation de la chose, car le vendeur n'est qu'un intermédiaire et n'a peut être pas les compétences techniques pour la réparation. Par contre l'art. 46 CVIM le prévoit (les parties peuvent cependant l'exclure). On peut aussi prévoir les modalités (délai, lieu, qui se déplace, etc) par contrat.

Exemple : « *The Seller warrants (subject to the other provisions of these Conditions) for a period of 1 months from invoice date that the goods shall be free from defects in workmanship or materials at the time of delivery. If any Goods do not conform to that warranty the Seller will at Buyer's option:*

- *Replace the Goods found not to conform to the warranty and such replacements shall be supplied subject to these Conditions; or*
- *Take back the Goods found not to conform to the warranty and refund the appropriate part of the purchase price. »*

Moyens de droits alternatifs ici, au choix de l'acheteur. Soit remplacement, réparation, soit remboursement partiel (résiliation du contrat). On prévoit aussi une durée de 12 mois, c'est important car on parle en fait du délai de prescription durant lequel les actions (demandes de remplacement, etc) doivent être introduites. Il faut faire attention parce que si il y a des défauts cachés après cette période, qui est la période convenue, l'acheteur ne pourra plus se

prévaloir de garanties. On peut prévoir des mécanismes différents si les défauts apparaissent ultérieurement. Mais la durée doit être prévue ! Si elle ne l'est pas, alors la loi le prévoit.

Attention aux règles sur les consommateurs avec une réforme de l'art. 210 CO et certaines directives européennes qui prévoient un délai de garantie minimal de 2 ans. Donc si c'est un contrat de consommation ici, cette clause ne serait pas valable car elle ne prévoit que 12 mois. A noter que le droit européen autorise les parties à rallonger ce délai (souvent dans la vente de voitures c'est le cas), mais pas à le réduire. Il faut également déterminer le dies a quo (moment à partir duquel le délai commence à courir), en général c'est le jour de livraison mais ça peut varier.

On a dit l'essentiel, mais suivant les situations il peut être utile de prévoir également les modalités de l'exercice. En général la question qui tracasse les juristes c'est la question de l'avis des défauts. Pourquoi ? Parce que c'est toujours difficile de savoir à quel moment le produit est endommagé. C'est la raison pour laquelle cet avis des défauts permet de faciliter la preuve du moment où le défaut est survenu (art. 201 CO ; art. 39 CVIM ; pas prévu en droit français ; etc), mais dans le fond quel que soit le système juridique, on peut l'exclure ou en prévoir un qui est moins strict que le droit suisse ne le prévoit, ou l'intégrer contrairement au droit français. Exemple : « *The foregoing warranty is conditional upon the Buyer giving written notice to the Seller of the alleged defect in the Goods, such notice to be received by the Seller within 7 days of the time when the Buyer discovers or ought to have discovered the defect and in any event within one year of delivery of the Goods* ».

Ici, dès que le défaut apparaît, l'acheteur a un délai de 7 jours pour faire l'avis des défauts (moins rigide que le droit suisse qui veut qu'on doit le faire immédiatement) et une garantie de maximum 1 année.

Il y a certaines conditions matérielles pour l'exercice de cette garantie (p.ex à condition que l'acheteur ait manipulé la chose et l'ait utilisé conformément à ce qui est prévu). Exemple : « *The foregoing warranty is conditional upon the Buyer making no further use of the Goods that are alleged to be defective after the time at which the Buyer discovers or ought to have discovered that they are defective* ». Si l'acheteur s'aperçoit qu'il y a un défaut, il doit tout de suite arrêter de l'utiliser. Ou alors autre clause qu'on peut encore prévoir : « *The foregoing warranty is conditional upon the Buyer not altering or attempting to repair the Goods without the written consent of the Seller* ». Bien sûr il ne faut pas que l'acheteur essaie de réparer lui-même la chose car il risque de créer lui-même le défaut qu'il pensait seulement exister, ou risque de l'empirer.

Si on ne met pas ces clauses, le bon sens veut qu'on arrive à ce type de solutions dans n'importe quel OJ, mais ces clauses restent utiles, notamment pour des moyens de preuve (le vendeur n'a plus à prouver que l'acheteur a effectivement aggravé le défaut mais qu'il n'a simplement pas respecté les conditions d'appel à la garantie).

Enfin, il faut examiner le problème de la garantie de la garantie : quid si l'acheteur fait usage de cette garantie et demande la réparation de la chose ? Le vendeur exécute la garantie. Quid si la réparation ne fonctionne pas ? Le vendeur le refait. Mais au bout d'un moment ça

va poser problème car on va sortir du délai de garantie. Que faire ? A-t-on un nouveau délai de garantie qui court dès la réparation ? Cela paraît logique, mais les OJ sont fluctuants sur ce point là et il est donc utile à nouveau de le prévoir par contrat, p.ex : « *Any new equipment installed to replace the defective equipment will be subject to a new contractual warranty period starting from the day of entry into service* ».

## 2. SEANCE DE TRAVAIL

**CAS 8.** Dans le cadre d'un contrat d'entreprise soumis au droit suisse, le maître d'ouvrage prévoit d'insérer la clause suivante, sur laquelle il vous demande votre avis :

*L'Entrepreneur s'engage à l'égard du Maître d'ouvrage et des utilisateurs de l'Immeuble à utiliser ses meilleurs efforts pour livrer un ouvrage conforme aux spécifications convenues, dans les dates prévues.*

L'accord de base est la partie la plus importante mais aussi la plus difficile à décrire puisqu'elle consiste à définir les obligations principales des parties, qui dépendent du type de contrat. Il y a un certain nombre de principes à respecter lorsqu'on définit les obligations des parties et le degré de diligence qu'on attend de l'une des parties. On peut mettre une clause comme ci-dessus, c'est un engagement à l'égard du MO mais aussi à l'égard des utilisateurs.

- Utilité : elle consiste à définir l'obligation de diligence et passe par un concept anglo-saxon, qui est celui des « *best efforts* ». Est-ce bien de dire ça ? On peut difficilement demander mieux à un entrepreneur que de fournir ses meilleurs efforts. Mais est-ce utile d'insérer une telle clause ? On a une obligation de résultat en tant qu'entrepreneur, c.à.d. que dans notre système de droit civil, on distingue l'obligation de diligence de l'obligation de résultat, avec comme conséquence toute une série de moyens de droits qui ne sont pas du tout tributaires de la faute. En cas d'obligation de résultat, si il y a un défaut, on ne va pas se poser la question si l'entrepreneur a été diligent ou pas (art. 368 CO). C'est l'idée que l'entrepreneur doit livrer un objet sans défaut et qu'il est responsable du défaut. Du coup avec cette clause, le MO n'a-t-il pas renoncé à cette obligation de résultat en ne prévoyant que la clause de diligence ? Ce sera ensuite une question d'interprétation du contrat mais cette clause peut être embêtante si ce n'était pas du tout le but ou la volonté du MO, qui pensait que ça renforcerait les obligations de l'entrepreneur, alors que ça les affaiblit au contraire. Remarque : il y a une jurisprudence américaine sur la gradation de la diligence mais en gros on a « *X shall...* » (1<sup>er</sup> degré), ensuite « *X shall endeavour to...* » (2<sup>ème</sup> degré, il tentera de), ensuite « *X shall use it's reasonable effort...* » (3<sup>ème</sup> degré) et enfin « *X shall use it's best efforts* » (meilleur degré). Mais en droit suisse on n'a pas ces gradations. Cela va presque de soit que p.ex un médecin ou un avocat va déployer ses meilleurs efforts.
- Interprétation : problème d'interprétation déjà évoqué ci-dessus pour le concept de « *best efforts* », mais également le fait que « l'utilisateur d'immeuble » n'est pas défini (lettre non capitalisée). On pourrait p.ex dire que c'est l'acquéreur d'une part

de PPE dans cet immeuble, etc. Il faut attirer l'attention des parties qu'elles doivent définir ce qu'elles veulent concrètement entendre par « utilisateur ». Est-ce que cela suffit à clarifier les choses ? Les utilisateurs ne sont pas parties à ce contrat, uniquement le MO et l'entrepreneur. Est-ce que cela pose un problème que l'on donne une garantie aux utilisateurs non parties à ce contrat ? Est-ce que cela ne pose pas un problème avec le principe de relativité des contrats ? Non, ils peuvent parfaitement être bénéficiaires de cette garantie car ils peuvent être bénéficiaires de droit ; ils ne doivent pas avoir d'obligations, car là ce serait contraire à la relativité des contrats (illicite au sens de l'art. 20 COS). En effet, concernant le problème de la relativité des contrats, la stipulation pour autrui ne pose pas de problème du moment que le tiers n'en reste qu'un simple bénéficiaire (art. 112 COS). En terme d'interprétation, il y a toujours la même question qui se pose : stipulation pour autrui parfaite (les utilisateurs ont des droits contre l'entrepreneur) ou imparfaite (simple bénéficiaire factuel) ici ? Pour le savoir on doit l'interpréter au sens de 18 CO et se demander ce que voulaient les parties. Ici a priori elle est parfaite mais on en sait rien, simplement il serait mieux de le dire, donc on pourrait rajouter quelque part que les utilisateurs pourront agir contre l'entrepreneur pour un éventuel défaut de l'ouvrage. Ex : « (...) des utilisateurs de l'immeuble, *qui pourront s'en prévaloir juridiquement (...)* ». Là ce serait beaucoup plus clair.

- Validité : concernant les droits accordés aux utilisateurs de l'immeuble, il n'y a pas de problème de validité car les utilisateurs ne sont que les bénéficiaires de la garantie. Il n'y a pas d'autres problèmes de validité à priori.

**CAS 9.** Dans le cadre d'un contrat de vente, les parties se mettent d'accord sur les points suivants :

**1. La vente porte sur le stock de marchandises se trouvant dans l'entrepôt X50 du port franc à Genève, et dont la liste a été établie par les parties.**

**2. Le prix sera calculé selon les dernières ventes d'objets similaires opérées à Genève par le vendeur.**

- Utilité : assez clair, c'est la définition de l'objet de la vente et du prix. Accord de base classique d'un contrat de vente avec la prestation principale du vendeur et la prestation principale de l'acheteur.
- Interprétation : la clause est-elle bien rédigée ?
  - o S'agissant du premier paragraphe, peut-on dire que la vente porte sur « un stock de marchandises » ? Quand on utilise cette expression, on parle d'une universalité de fait (c'est un ensemble de biens liés car tout se trouve dans le même entrepôt). En droits réels on a le principe de spécialité et le droit réel doit porter sur quelque chose de défini. Peut-il porter sur quelque chose d'universel tel qu'un stock ? En principe non mais c'est nuancé. Il n'y a pas de tel principe en droit des contrats donc en principe on peut désigner quelque chose d'universel comme l'objet du contrat. Néanmoins on doit faire

attention lorsqu'on désigne l'objet de la vente car il s'agit d'un élément essentiel du contrat au sens de l'art. 2 COS et le contrat n'est conclu que lorsqu'il y a un accord sur les éléments objectivement essentiels du contrat. Cela implique par conséquent que l'objet doit être déterminé et déterminable ! En l'occurrence, ils disent qu'ils ont fait la liste du stock. Mais il faudrait rendre cette liste contractuelle car un stock en soit est mouvant et donc si c'est juste « un stock », ça ne suffit pas. On pourrait rajouter la liste en annexe, avec une clause telle que par exemple : « la liste du stock établie par les parties est annexée au présent contrat dont elle est partie intégrante ». Ainsi on évite le risque qu'un juge considère que le contrat n'est pas conclu.

- S'agissant du second paragraphe, est-ce que cela paraît clair de dire que le prix sera calculé selon les dernières ventes d'objets similaires opérés par le vendeur sur le marché à Genève ? Le prix doit être déterminable, ici c'est le cas, il suffit de regarder les dernières ventes. Cependant il faudrait également préciser sur quelle période il faudrait regarder mais également définir les « objets similaires » ou au moins de quel type de marché il s'agit, sinon c'est un peu ambigu. De même, est-ce que c'est sur les meilleurs prix ou sur la moyenne des prix ? Il faudrait préciser tout ça. Le prix en l'espèce semble ne pas être suffisamment déterminable et, étant un élément objectivement essentiel, il y a un risque que le contrat soit considéré comme non conclu.

- Validité : Cf. plus haut.

*Elles vous demandent si cette rédaction est appropriée et quel serait l'effet de l'adjonction suivante à la fin de la clause 2 :*

***...aux conditions du client le plus favorisé.***

Qu'est-ce que cela change par rapport à ce qui a été dit précédemment s'agissant du paragraphe 2 ? C'est une clause standard, cela se fait très fréquemment (notamment en matière d'aviation) et cela ne pose pas de problème de détermination de prix car cela fonctionne de la façon suivante : on met un prix qui est fixe (les parties se mettent d'accord là-dessus) et ensuite il est convenu que si par hasard le fournisseur propose des meilleurs prix au concurrent de l'acheteur, il devra adapter le prix (en d'autres termes, une adaptation du prix en cas de rabais consenti au concurrent).

**CAS 10.** *Quelle est la validité de l'engagement suivant :*

***I hereby undertake to buy the above mentioned Painting. The Purchase price will be 20 % higher than the best offer made to you in good faith by a third party, by October 27, 2014.***

Remarque : cf. arrêt de 1993 dans lequel cette clause n'est pas valable car le prix n'est pas suffisamment déterminé et donc le contrat ne peut pas être conclu dans ces conditions-là. Revue fribourgeoise : RFJ 1993 p. 33. On va l'examiner ici néanmoins.

**CAS 11.** *Quel est l'effet juridique de la clause suivante ?*

***For the purpose of this agreement, time is of the essence.***

- Utilité : clause générale où on a délai pour cause de retard, donc utile.
- Interprétation : il faut interpréter selon le principe de la confiance et savoir ce que les parties voulaient entendre, et si c'était vraiment dans le but de n'admettre aucun retard. Art. 106 CO pour le retard mais ici ce qu'on aimerait c'est demander plus et dire que c'est carrément un cas d'inexécution. On trouve les moyens de droit à l'inexécution à l'art. 107 CO. Mais le **retard et l'inexécution** sont **deux choses très différentes**. Comment on passe de l'un à l'autre ? Combien de temps faut-il attendre ? Il y a un système général dans le CO et la CVIM : il faut fixer un **délai de grâce** au terme duquel ce sera considéré comme un cas d'inexécution, avec ses propres conséquences juridiques lourdes qui dépendent du droit applicable au contrat. En droit suisse c'est l'art. 107 CO qui prévoit des DI ou la résolution + des DI négatifs. Avec cette clause, pas de retard possible, on passe direct dans une inexécution sans recourir au délai de grâce. Clause très dure pour le débiteur.
- Validité : clause parfaitement valide.

**CAS 12.** *Votre client vous soumet un contrat de vente qu'il s'apprête à signer comme vendeur, et qui comprend la clause suivante :*

***In the event that the Buyer becomes bankrupt, or goes into liquidation, the Seller shall be entitled to cancel the Contract and if the Goods have been delivered but not paid for, the price shall become immediately due or the Goods shall have to be returned to the Seller.***

- Utilité : clause qui fait une distinction entre faillite et liquidation, qui sont bien deux choses différentes. Pour quelle raison ? C'est mieux pour les créanciers que le débiteur soit en liquidation plutôt qu'en faillite, car dans le premier cas on met fin aux activités de la société mais les dettes sont intégralement payées, tandis que dans le second cas les créanciers participent à un processus dans lequel ils touchent un dividende de leurs créances qui est rarement 100% de ce qu'on leur doit. Quid du but de la clause ci-dessus ? Sorte de garantie pour le vendeur qui pourra récupérer sa marchandise si le débiteur tombe en faillite. L'utilité ici est donc de régler la situation en cas d'insolvabilité du débiteur, respectivement de sa liquidation. Le principe de base de cette clause c'est que le contrat prend fin si certaines circonstances arrivent : autrement dit c'est une **condition résolutoire**, régie par les art. 151ss CO en droit suisse, mais c'est quelque chose de très classique qu'on trouve dans tous les ordres juridiques.
- Interprétation : d'abord, le terme « *cancel* » : la question est de savoir si avec cette terminologie, le contrat prend fin tout simplement ou si il est annulé avec effet rétroactif. En réalité si ils avaient voulu faire avec effet rétroactif, ils auraient du

utiliser le terme de résilier, en anglais « *terminated* ». Donc ici cela signifie qu'il prend fin tout simplement. Remarque : art. 154 al.2 CO : présomption que le contrat prend fin sans effet rétroactif, mais ça reste une simple présomption. En l'occurrence c'est une **condition ex tunc** (≠/≠ ex nunc) **sans effet rétroactif** car a contrario les biens qui ont été payés ne sont pas restitués. Une autre question

- Validité : Une bonne partie de cette clause est tout à fait valable, notamment le fait qu'un contrat prend fin en cas de liquidation ou de faillite. C'est également utile de le faire car si on ne le fait pas, on a l'art. 211 LP (en tout cas en droit suisse) qui prévoit que le contrat peut continuer car la masse en faillite peut décider de continuer le contrat. Pour ce qui est de la liquidation, c'est la liberté contractuelle et cela implique que les créanciers soient payés. Pour ce qui est de la faillite c'est plus délicat parce que les créanciers ne sont pas payés : il y a des règles de protection (impératives) des créanciers et donc on va se demander si on peut prévoir une résiliation du contrat et que les biens doivent être restitués. Les règles impératives de protection des créanciers sont : le contrat prévoit que le droit suisse est applicable, donc c'est la LP qui s'applique ? En réalité la faillite est régie par le for de la faillite, donc si c'est une société américaine, ce sera du droit américain. En plus pas tout le monde est d'accord sur ce que c'est le for de la faillite : en Suisse c'est le lieu où on est inscrit, c'est le principe de l'immatriculation. Mais il y a d'autres critères, notamment en droit européen : le for c'est là où la société en faillite avait ses intérêts principaux. La clause implique donc en l'espèce deux questions : peut-on prévoir la fin du contrat en cas de faillite ? Oui, et c'est même souvent prévu, même en droit suisse (p.ex art. 405 CO : le contrat de mandat prend fin en cas de faillite). Et puis quid de la restitution de biens non payés par le débiteur en faillite ? Non, il n'y a pas de droit de distraction contractuelle, en tout cas en droit suisse. Que peut-on faire ? On pourrait faire une réserve de propriété afin que la propriété des biens ne passe pas au débiteur tant que les biens n'ont pas été payés. Mais selon l'art. 715 CC ça doit être inscrit. Et on ne peut pas dire que « en cas de faillite, V aura le droit unilatéral (donc sans l'accord de l'acheteur) d'inscrire une réserve de propriété sur les biens » car pour être opposable elle doit avoir été inscrite avant la faillite. En effet, ce sera valable MAIS inopposable à une masse en faillite selon le TF.

**CAS 13.** *Les sociétés S (Seller) et B (Buyer) signent un accord de vente d'actions soumis au droit suisse, qui contient la clause suivante :*

***The entry into force and the effectiveness of this agreement is subject to the following conditions precedent, to be satisfied prior to [ ]:***

***(...)***

***The Sellers shall cause to be delivered to the Buyer a certificate, by which the Republic of [ ] agrees that no withholding taxes or other taxes or charges will be due in relation to the sale and transfer of the Shares.***

*S souhaite se libérer de ce contrat et vous demande s'il lui suffit de ne pas soumettre ce certificat au vendeur pour que le contrat n'entre pas en vigueur.*

- Utilité : c'est une clause qui se trouve dans un contrat de vente d'actions. Quelle est son utilité ? C'est une « *condition precedent* », autrement dit c'est une **condition suspensive de nature procédurale**.
- Interprétation : Ce n'est que lorsque certains documents sont réunis que le contrat entre en vigueur, en l'occurrence notamment le fameux certificat que S aimerait ne pas soumettre au vendeur. Mais la JP a dit qu'il y a une obligation de bonne foi donc on pourrait envisager qu'il y a une violation des règles de la bonne foi (art. 2 COS) qui donne lieu à une responsabilité précontractuelle. Mais ce ne sont que des DI et si les actions valent plus cher, tant pis, l'autre partie restera bénéficiaire même si elle doit payer des DI. Par conséquent il vaut mieux d'utiliser l'art. 156 COS : si une des parties empêche la survenance d'une condition, le juge fera comme si elle était survenue et le contrat sera considéré comme entré en vigueur, avec un droit à l'exécution du contrat et donc une possibilité de demander des mesures provisionnelles comme le blocage des actions.
- Validité : valide, aucun problème spécifique.

**CAS 14** *Un projet avec l'Etat du (...) contient la clause suivante. Quel est son impact en droit suisse ?*

***The contractor warrants that no official or employees of the Republic of [ ] shall be admitted by it to any direct or indirect benefit arising from this Contract or the award thereof. Failure to comply with the foregoing shall constitute a material breach of this Contract.***

- Utilité : c'est une clause anti-corruption. Il va de soit qu'elle est interdite, ainsi est-ce vraiment nécessaire d'insérer une telle clause ? En réalité oui car ça ne va pas de soit tant que ça : en droit suisse il faut distinguer entre le contrat de corruption et le contrat conclu suite à une corruption. En effet, le contrat de corruption est nul en raison de l'art. 20 CO, mais le contrat que le corrupteur en payant le corrompu, c.à.d. le contrat qu'il obtient avec l'Etat suite à une corruption, lui est valable ! Le principe se trouve à l'ATF 119 II 580 en droit suisse. C'est valable sous réserve évidemment d'une invalidation pour dol (28 CO). Quid si c'est la construction d'une usine ? On ne va pas invalider le contrat et démonter les installations. C'est donc pas la meilleure solution et on se retrouve avec une « *material breach* » ce qui va poser la question de l'interprétation. La clause est donc utile.
- Interprétation : on ne sait pas ce que veut dire la « *material breach* ». Cela devrait être défini, or cela ne l'est pas (pas de majuscule). Il faut aussi en donner les conséquences ! Il faudrait prévoir que le « *material breach* » est un cas de résiliation pour justes motifs. Et l'auteur du « *material breach* » sera responsable. Quid de l'« *enforcability* » ? On peut prévoir des DI, mais c'est toujours difficile de quantifier

un dommage. Le problème c'est que souvent il n'y a pas de dommage. Si on confie la résiliation d'une usine à X plutôt qu'à Z, en gros le prix est le même et c'est le même marché, et ça en revient au même pour la République, donc le dommage est difficile à apprécier, voire inexistant. Le choix du « Contractor » n'est pas forcément dommageable. C'est donc utile dans cette situation de rajouter une **clause pénale** avec un montant prévu à l'avance qui aurait un effet dissuasif. P.ex : « En cas de *material breach* X devra payer un million ». Est-ce que cela peut être un milliard ou cent milliards ou serait-ce abusif ? Art. 163 al.3 CO : toute clause est pénale est réductible si elle est excessive. Un juge sera assez sévère à l'égard du corrupteur, prendra compte du caractère de sanction de la clause et acceptera probablement une clause pénale assez élevée, pour qu'il la réduise, il faut que ce soit extrêmement excessif.

- Validité : La clause est parfaitement valable mais devrait être précisée / complétée.

**CAS 15.** Dans un contrat de service de maintenance, la clause de garantie contient la disposition suivante, dont on vous demande l'utilité en droit suisse :

***The contractor warrants that the services are of the quality, quantity and description required by the Contract.***

- Utilité : selon l'art. 398 CO, le service doit être de qualité promise, donc ça ne sert pas à grand-chose, c'est juste confirmer que le prestataire de service doit être diligent, ce qui est la conséquence de l'art. 398 CO en droit suisse, ce qui est probablement aussi prévu dans d'ordres juridiques. Ici donc c'est une simple confirmation superflue de l'art. 398 CO. On peut donc s'arrêter là.
- Interprétation : /
- Validité : /

**CAS 16.** La clause suivante vous est soumise. Elle est proposée par le vendeur à votre client, dans le cadre d'un contrat de vente :

***The Seller warrants (subject to the other provisions of these Conditions) that, in so far as the Goods are of its own manufacture, they shall be free from defects in workmanship or materials at the time of delivery. If any Goods do not conform to that warranty the Buyer shall immediately give notice to the Seller, and Seller will at its option:***

- ***Replace the Goods found not to conform to the warranty ; or***
- ***take such steps as the Seller deems necessary to bring the Goods into a state where they are free from such defects***

*La situation juridique serait-elle différente si cette clause se trouvait dans les conditions générales du vendeur, et était utilisée pour les contrats conclus avec des consommateurs ?*

- **Utilité** : sous réserve des moyens de droits prévu, est-ce une clause favorable à l'acheteur dans la mesure où elle régit les défauts ? Pour la notice immédiate, c'est comme l'art. 211 CO, mais au delà même et au niveau des principes, il se trouve qu'il y a des conséquences très négatives pour l'acheteur : il y a une limitation très drastique de la garantie du vendeur. Il y a un certain nombre de marchandises qui ne sont pas fabriquées pour le vendeur pour lesquels il n'y a, a contrario, aucune garantie, puisque la clause prévoit qu'il n'y a une garantie que pour les biens fabriqués par le vendeur. Quoi qu'il en soit, la clause porte sur les défauts, par conséquent elle est utile par rapport à la question qu'elle traite.
- **Interprétation** : on aurait besoin d'un délai absolu, autrement dit un délai de garantie, mais en droit suisse c'est l'art. 210 COS en droit suisse, et d'autres OJ le prévoient aussi certainement, donc ce n'est pas forcément nécessaire. Et puis on a cet avis immédiat qui correspond à l'art. 201 CO. Ambiguïté dans ce qu'on entend par « immédiat ». Donc le problème c'est quand commence le *dies a quo* ? Est-ce à la livraison ? A la découverte du défaut ? En plus on ne distingue pas les défauts apparents (que l'acheteur peut déceler tout seul) et les défauts cachés (qui ne peuvent pas être décelés par l'acheteur). En outre l'art. 201 CO a trois alinéas, or ici ils n'ont qu'une phrase : ont-ils exclus l'application de 201 CO ? Ce n'est pas clair. Il faut aussi faire attention à si c'est un consommateur, car il bénéficiera de règles particulières (directives UE, règles impératives, délai de garantie de 2 ans qui ne peut pas être raccourci selon 210 COS, etc). Mais on part du principe que c'est un contrat commercial. Quid si on veut résoudre le contrat ? Résolution : 205 COS. On doit se demander si ils excluent la résolution ou si ils prévoient des moyens de droit supplémentaires, car ici ce n'est pas clair non plus (« à l'exclusion de tout autre moyen de droit » ou à l'inverse « tout autre moyen de droit réservé »). On peut aussi prévoir dans quel délai la réparation ou le remplacement peut intervenir ainsi que les modalités pratiques, ainsi que le lieu de réparation (si le vendeur doit envoyer quelqu'un chez l'acheteur, ou si la marchandise doit être envoyée chez le vendeur, alors qui paie les frais de transport, etc).
- **Validité** : on doit se demander si on peut exclure la garantie pour les biens qu'il n'a pas fabriqués et dans la mesure où l'acheteur n'est pas un consommateur européen ? Oui, sous quelle réserve ? Il y a une limite, c'est l'art. 199 COS, lorsqu'il y a une dissimulation frauduleuse du défaut. Il sera quand même responsable si il sait qu'il y a un défaut et même si il l'exclut contractuellement.

Cette clause n'est donc pas du tout acceptable pour l'acheteur. Que peut-on faire comme aménagement contractuel ? La **solution logique** dans ce cas et afin de compléter utilement ce type de clause et dire que le vendeur ne répond pas pour des marchandises qu'il n'a pas fabriquées, mais il cède ses droits d'agir contre le fabricant à l'acheteur. C'est une simple cession de créances, ici une **cession des droits de garantie**, en droit suisse à simplement faire par écrit (art. 164 ss CO). Ceci rend alors ce type de clause acceptable pour l'acheteur !

## IV. Clauses relatives à la responsabilité

---

### 1. COURS THEORIQUE

#### **A. Introduction, limitation de responsabilité et droit impératif**

.Le plus classique des effets du contrat c'est que si il n'est pas exécuté, le cocontractant est responsable. Tous les OJ prévoient des règles juridiques en matière d'inexécution, donc il n'est pas nécessaire d'indiquer forcément les conséquences en cas d'inexécution dans le contrat. En revanche ce que peuvent faire les parties c'est moduler cette responsabilité, c.à.d. ne pas s'arrêter a la solution de l'OJ. On peut faire beaucoup de choses :

- Décider du montant qui sera payé à titre de DI
- Limiter la responsabilité
- Aggraver la responsabilité, avec une clause pénale
- Etc

En droit suisse, art. 97ss CO. Peut-on tout faire ? Non. La liberté contractuelle est le principe de base, oui. Mais il y a aussi du droit impératif, afin de limiter la liberté des parties. Art. 100 et 101 CO sont des règles impératives mais si on en fait l'analyse, elles n'empêchent pas grand-chose. On ne peut pas s'exonérer pour faute grave. En revanche, il est possible de s'exonérer totalement pour la faute de ses auxiliaires, même si eux ont commis une faute grave.

Attention, en droit suisse, selon le régime dérogatoire pour les industries concédées (CFF etc) et selon la JP pour les banques, les art. 100 et 101 CO ne permettent de s'exonérer que pour la faute légère de ses auxiliaires uniquement !

Dans tous les OJ il y a toujours ce type de règles qui limitent les possibilités de façonner la responsabilité. Ex : l'art. 7.1.6 Principes Unidroit 2010 aussi reprend ce principe.

On peut décider de faire une clause contractuelle qui correspond à cette législation, p.ex en droit suisse on peut avoir ça : « *Except for fraud or wilful misconduct, (\_\_\_) shall not be liable to (\_\_\_)* ».

On peut aussi avoir dans le contrat une clause dont on sait qu'elle ne s'appliquera pas dans tous les cas, dans la mesure où les parties sont informés des cas où cette clause ne s'applique pas. L'idée n'est pas de faire le contrat le plus licite possible, dans la mesure où les parties en sont informés. Pour être certain que la petite entorse ne pose pas problème, on peut faire une clause de divisibilité. Et puis on peut faire une clause plus « civile », lorsqu'on n'est pas sur des clauses impératives. Exemple : « *To the extent admitted by the applicable law, (\_\_\_) shall not be liable to (\_\_\_)* ». Manière classique et neutre de formuler ces clauses pour se mettre en accord avec le droit impératif sans forcément le connaître, par contre il faut informer les parties des limites admises par le droit applicable ! Sinon il faudrait choisir un autre droit applicable.

Protection des consommateurs : art. 8 LCD (Loi contre la concurrence déloyale), évidemment une forte limitation de responsabilité peut être considérée comme dérogeant au régime légal applicable et donc susceptible de nullité si elle se trouve dans des CG. Idem pour la Directive européenne sur les clauses abusives.

Lois spéciales dans des domaines particuliers : p.ex en Suisse et en EU la législation sur les voyages a forfait et la Directive EU (reprise en droit suisse), art. 16 LVF prévoit que des limitations de responsabilité ne sont pas possibles pour l'agence de voyage pour des voyages matériels, et pour les voyages corporels ne peut pas aller en dessous du double.

Art. 27 CC, règle très général protégeant les droits de la personnalité. Dans la plupart des cas, aucune raison que des règles qui façonnent la responsabilité y soient contraire, mais dès que c'est un contrat médical, de chirurgie esthétique, etc, l'idée qu'on puisse limiter sa responsabilité est très discutable (pas d'arrêt sur cette question) et pas de principes acquis en droit suisse. Mais abondante JP sur le consentement éclairé du patient (lorsque médecin opère, il doit informer complètement le patient sur les risques). C'est mieux selon Prof.

## B. Clause de limitation de responsabilité

Dans ces quelques limites, on peut faire un peu ce qu'on veut. Différentes clauses qu'on peut intégrer. S'agissant des **exclusions de responsabilité** totales, elles sont difficilement acceptables et très rares. En revanche, s'agissant des limitations, on peut envisager d'exclure certains postes du dommage (gain manqué, perte effective, atteinte à la réputation, etc). On peut dans une clause contractuelle de dire qu'on répondra seulement pour certains postes du dommage. Exemple : « *The Seller shall not be liable to the Buyer under or in connection with the contract* ».

Ces clauses sont valables dans les limites du droit mais parfois difficiles à appliquer car la différence entre dommage indirect et dommage consécutif n'est pas évidente. Article du Prof en 2010 dans la revue du droit comparé : ce sont des clauses anglaises, ou on a des définitions claires de ces dommages mais en droit suisse ce n'est pas le cas. Le juge doit se débrouiller avec ces termes qui ne correspondent pas forcément à des catégories connues en droit suisse. La solution du TF est de considérer que le dommage indirect est un dommage causé par la violation du contrat en coordination avec d'autres causes. En revanche le dommage consécutif c'est lorsque vous avez une violation du contrat qui conduit à un dommage et le fait que le lésé subisse ce dommage conduit à d'autres dommages.

Problème : le juge doit déterminer non pas la définition légale de ces termes mais quelle était la volonté des parties quand ceux-ci ont voulu exclure ces dommages. Voulaient-ils l'exclure au sens de la JP du TF ou au sens des définitions anglo-saxonnes ? Soit le juge applique le droit suisse car c'est le droit choisi par les parties, mais là il n'est pas sûr de la définition, soit il part vers les définitions anglo-saxonnes en espérant que cela correspond à la volonté des parties. P.ex le fait que l'une des parties soit anglaise, professionnelle ou encore qu'elle ait une société anglaise ou américaine peut jouer un rôle. L'idéal bien sûr serait une clause de définition dans le contrat pour ces dommages indirects et/ou consécutifs.

Autre façon de faire : les **plafonnements de responsabilité**, on peut prendre le dommage avec ces différents postes toujours mais de ne pas rentrer dans leurs définitions : juste de prévoir un plafond. Quels que soient les postes, ils ne pourront dépasser le montant du plafond. Exemple : « *The Seller's total liability arising in connection with the performance or contemplated performance of the Contract shall be limited to the purchase price of the Goods* ». Si on veut demander ce qui correspond au delà du plafond, il faut prouver la faute grave ou le dol de celui qui a commis la faute grave. On peut aussi trouver des clauses qui excluent la responsabilité pour les auxiliaires (101 CO).

On peut aussi avoir des clauses qui visent la causalité : pour que le dommage soit réparable, il doit être dans un rapport de causalité avec la violation du contrat. En droit suisse, elle doit être naturelle et adéquate. On peut se contenter de ces critères ou alors préférer une définition différente en substituant à la notion de causalité adéquate celle de la prévisibilité, p.ex « *Where either party is liable in damages to the other, these shall not exceed the damage which the party in default could reasonably have foreseen at the time of the formation of the Contract* ». Typiquement dans la CVIM c'est ce critère qui est retenu.

On peut également envisager de limiter la responsabilité lorsque la victime a elle même commis une faute, ce qu'on appelle une faute concomitante. Ex : « *The company shall however be relieved of liability for any loss or damage if such loss or damage was caused directly or indirectly, exclusively or not, by an act or omission of the Customer, or of any person acting on its behalf.* ». Faute concomitante en droit suisse : art. 44 CO, On a aussi un principe équivalent à l'art. 7.4.7 Principes Unidroit. Donc c'est un principe aussi général, sauf qu'en général la faute du lésé est un facteur de réduction pour le juge dans le calcul de l'indemnité qui est due. Evidemment si on a cette clause dans le contrat va plus loin, parce que la faute concomitante n'est plus un facteur de réduction mais un facteur d'exclusion. Même si la partie adverse est également fautive le lésé perd son droit de demander des DI.

Si on fait une clause de limitation de responsabilité stricte, la victime peut éviter de plaider sur la base du contrat pour éviter cette clause et peut arriver à construire une plaidoirie sur une base extracontractuelle, si p.ex cela a conduit à un dommage plus général, p.ex le lésé pourrait plaider sur la base d'une responsabilité délictuelle (atteinte à la propriété p.ex). Art. 41 CO en droit suisse, et tort law en droit anglo-saxon. Du coup, on a souvent dans le contrat la mention que la responsabilité contractuelle s'appliquera quel que soit le chef de responsabilité ! Exemple : « *The Seller's total liability in contract, tort (including negligence), breach of statutory duty, misrepresentation, restitution or otherwise, arising in connection with the performance or contemplated performance of the Contract shall be limited to (\_\_\_)* ». Clauses utiles et efficaces.

Dernier point : savoir si des tiers peuvent bénéficier de ces clauses d'exclusion/de limitation de responsabilité, malgré le principe de la relativité des contrats. On peut le faire via une stipulation pour autrui. Elle peut être positive mais aussi négative (p.ex il ne sera pas responsable dans certains cas). Exemple : « *Neither seller nor its suppliers will be liable to Purchaser, whether in contract or in tort, for (\_\_\_)* ».

### C. Clause d'indemnité, *Hold harmless Agreement*

Ces clauses tendent à façonner la responsabilité et pas simplement de la limiter. Les clauses précitées visaient à limiter la possibilité d'agir de B contre A. Maintenant on peut imaginer que ce n'est pas B qui subit des dommages mais des tiers (C). C pourrait envisager d'agir contre B. Est-ce que B pourrait par conséquent se retourner contre A ? On vise en fait les situations où le dommage a été subi par un tiers qui veut agir contre une partie du contrat, et ladite partie voudrait se retourner contre son cocontractant.

Ex : éviction en matière de vente, le vendeur livre à l'acheteur un objet sur lequel un tiers a des droits. Cette garantie contre l'éviction est un principe légal d'indemnité. Ces clauses d'indemnité sont utilisées dans de nombreuses situations, typiquement en matière de propriété intellectuelle, où il y a un risque que ce droit viole des brevets appartenant à des tiers. Alors les tiers agiront contre l'acquéreur de ces droits. Ce sont des clauses d'indemnité assez classiques en matière de PI. Exemple de ces clauses de *Hold harmless Agreement* : « *The Supplier shall indemnify and hold harmless User against any costs, demands, expenses, liabilities or loss arising out of any claims of infringement of copyrights, industrial designs, patents, trademark, or other property rights affecting the product* ».

Difficulté avec ces clauses d'indemnité : façon dont la procédure doit se dérouler dans le cas où un tiers agit contre une des parties au contrat (ici ce serait la procédure entre B et C, et dans quelle mesure A intervient dans la procédure, vu qu'à la fin c'est lui qui va devoir payer les indemnités. Il faut donc prévoir cette procédure là, et que si un tiers fait valoir des droits contre le bénéficiaire d'une clause d'indemnité, celui doit notifier formellement son cocontractant. Autrement dit on ne peut pas attendre que B traite du litige, perde tout et agisse contre A en l'informant seulement à ce moment là. Exemple de clause de notification : « *This hold harmless agreement is subject to the User immediately notifying to the Supplier such claim or suit brought against the User within the scope of this agreement* ». Il s'agit ici d'une condition suspensive au droit à l'indemnité.

Quid si B est condamné à payer un montant à C ? B peut se retourner contre A, mais B peut aussi devoir payer ses avocats. Pourra-t-il se retourner contre A pour ces frais-là ? La aussi on peut le prévoir plus ou moins strictement, sinon il y a une ambiguïté (pas l'indemnité mais conséquence indirecte). Donc on pourrait avoir ce type de clause : « *In the event any claim or suit is brought against the User within the scope of this agreement, the Supplier shall pay for legal counsel chosen by the User to defend against same* ».

Puis, est-ce que le créancier (B) peut passer une transaction amiable avec le tiers (C) sans aller devant un tribunal (pas toujours très opportun, surtout si position de B est mauvaise) ? Est-ce un cas qui relève de la clause d'indemnité ? On peut prévoir que oui, ou non, ou autre chose mais il faut le prévoir. Exemple : « *The User shall be entitled, in its reasonable discretion, to settle claims prior to suit or judgment, and in such event Supplier shall indemnify and hold harmless the User for any such claims paid, including the User's reasonable attorney's fees incurred resulting from such claim* ».

#### D. Clause de force majeure et clause de hardship

Souvent confondues par la pratique, ce sont deux types de clauses différentes. Ce n'est pas parce qu'on a l'une qu'on règle l'autre. Cette question s'est notamment posée dans la CVIM et on a prévu l'art. 79 CVIM selon lequel le vendeur qui a été *empêché* de livrer sa marchandise n'est pas responsable, ceci pour éviter le terme connoté juridiquement de force majeure, mais c'est bien le cas ici. Tout de suite est apparue la question de savoir ce qui se passe pour le hardship (évolution des circonstances qui fait que le contrat devient disproportionné). On a eu l'opinion numéro 7 de la CISG Advisory Council (Exemption of Liability for Damages under Article 79 of CISG) « *A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous (« hardship »), may qualify as an « impediment » under ... article 79(1) »*. On arrive à cette solution dans la CVIM que l'empêchement pouvait aussi être le hardship, ou la prestation n'est pas impossible mais devient excessivement onéreuse.

Il vaut mieux mettre les deux clauses dans le contrat. Dans les deux cas il s'agit d'évènements qui surviennent après la conclusion du contrat. Lorsqu'on a un cas de **force majeure**, on a la fin du contrat, puis l'évènement extérieur et cela conduit à ce que l'exécution du contrat devienne impossible (p.ex circonstances météorologiques, circonstances politiques, grèves, etc). Et le principe de la force majeure c'est qu'on a une exonération de responsabilité dans ces cas là. On peut indiquer dans le contrat que lorsqu'on a ce type de cas, la partie ne sera pas responsable. En revanche, lorsqu'on a un cas de **hardship**, on a aussi la conclusion du contrat et puis on a une évolution des circonstances qui conduit à ce qu'un moment le contrat reste possible mais soit déséquilibré. Le résultat ici n'est pas le même (impossible VS excessivement onéreux/déséquilibré mais toujours possible). Par conséquent ce n'est plus un cas d'exonération de responsabilité mais un cas d'adaptation du contrat. Donc contrairement à ce que pense le Conseil de la CVIM on ne peut pas confondre les deux et celles-ci doivent faire l'objet de deux clauses distinctes dans le contrat.

S'agissant de la force majeure: peut être exprimée de façon très générale dans le contrat, p.ex par ce type de formulation : « *The Supplier is not liable for any failure to perform due to Force majeure* ». F avec un majuscule ce qui signifie que le terme a été défini dans une clause du contrat (ou annexe). On a aussi la possibilité d'avoir des clauses plus précises pour des retards dus à des évènements extérieurs (donc pas impossible au sens propre du terme, mais impossible à la date prévue) : « *Contractor shall not be liable for any delay due to circumstances beyond its control including strikes, casualty or general unavailability of materials* ». Cela vise donc les retards « excusables ». Ces clauses sont très fréquentes, c'est rare d'avoir un contrat où il n'y a pas de clause de force majeure, même si les contrats sont soumis au droit suisse. Mais ces clauses sont-elles vraiment utiles ? On a en droit suisse le principe de la force majeure exprimée à l'art. 119 CO (impossibilité objective subséquente non fautive d'exécution). L'arsenal juridique suisse permet d'appréhender la force majeure sans qu'il y ait ce type de clause et ce dans beaucoup d'OJ de droit civil. On a aussi l'art. 7.1.7 des Principes Unidroit 2010. Mais c'est pas inutile de mettre cette clause pour deux raisons :

- 1) Première raison d'utilité : ça permet de préciser ce qu'on entend concrètement par force majeure, ce que le droit suisse ne précise pas (p.ex certains pays ne vont pas considérer une grève comme un évènement

extraordinaire et imprévisible, alors qu'on ne veut pas être responsable a cause de ça parce qu'on a quand même aucun contrôle la dessus), en principe on l'exprime sous forme de check-list des cas qui sont considérés comme force majeure avec deux techniques rédactionnelles :

- a. Celles des pays de droit civil : consiste à faire une règle générale et abstraite. P.ex idée qu'un cas de force majeure est une circonstance extérieure et imprévisible. Ce qui est pratique avec cette définition c'est qu'elle peut s'appliquer à toute une série de cas différents mais ce qui est moins pratique c'est qu'au moment de la mise en œuvre il faut passer de cette règle au cas particulier (problèmes d'interprétation, parties pas d'accord, etc).
- b. Celles des pays anglo-saxons : faire des check-list (plus ou moins précises) de tous les cas considérés comme des cas de force majeure. Beaucoup plus simple en termes de mise en œuvre. Désavantage : il faut être vraiment exhaustif et le risque c'est de faire des check-lists à rallonges pour prévoir plein d'évènements, y compris les moins improbables avec toujours la crainte qu'on ait oublié quelque chose.

Résultat : la vraie bonne méthode : marier ces deux approches. Faire une description générale et abstraite suivie d'une check-list qui n'a plus forcément besoin d'être exhaustive. Exemple : « *Force Majeure Event* » means circumstances beyond the reasonable control of the Seller including, without limitation, acts of God, governmental actions, war or national emergency, acts of terrorism, protests, riot, civil commotion, fire, explosion, flood, epidemic, lock-outs, strikes or other labour disputes (whether or not relating to either party's workforce), accidents, plant breakdown, restraints or delays affecting carriers or inability or delay in obtaining supplies of adequate or suitable materials, and seizure or other action by or compliance with an order of an apparently competent authority ».

- 2) Deuxième raison d'utilité : ça permet de prévoir les conséquences et ce qui se passe en cas de force majeure (on attend ? le contrat reste valable ? fin du contrat ? etc)., car la encore les OJ ne disent pas grand chose si ce n'est qu'une partie n'est pas responsables. P.ex on peut comprendre qu'une tempête retarde la livraison, mais quid si elle dure pendant un mois, etc. Très souvent c'est prévu qu'après un certain délai, si le cas de force majeure n'a pas disparu, le contrat prend fin. Exemple : « *When the circumstances of Force majeure persist beyond any reasonable extension of time and upon notice, either party may end the agreement* ». On peut aussi toujours être plus précis et dire que c'est 3 mois au lieu du « temps raisonnable ».

S'agissant du hardship: visent les déséquilibre du contrat (évolution des marchés p.ex, etc). Deux remarques :

- 1) Cela existe en droit suisse, on appelle cela la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*). Existe en théorie mais dans la JP du droit suisse on ne trouve des arrêts qui ne font que de l'exclure. Donc le principe de base en droit suisse c'est que chacun supporte des risques de l'évolution des circonstances. Art. 6.2.2 Principes Unidroit

2010, aussi très exceptionnel. On peut donc prévoir une clause dans un contrat un peu plus générale que ce qu'offrent les OJ, p.ex : « *If events occur which have not been contemplated by the Parties and which fundamentally alter the equilibrium of the present Agreement, thereby placing an excessive burden on one of the Parties in the performance of its contractual obligations, that Party shall be entitled to request revision of this Agreement* ». Clause de hardship générale. On a aussi les MAC (*Material Adverse Change*), clauses qu'on utilise plus spécifiquement dans les contrats d'entreprise, situations où la valeur de l'entreprise évolue de façon négative entre la date du Signing et la date où le transfert d'actions a effectivement lieu. Du coup, que faire quand le contrat devient déséquilibré ? Il faut bien sûr toujours l'exécuter mais il faut aussi adapter le contrat. Mais quid si l'autre partie n'est pas d'accord ? Ou d'accord sur le principe mais pas sur les modalités ? La difficulté c'est qu'il faut aussi essayer de prévoir comment le contrat peut être adapté, sinon c'est un juge qui va probablement adapter, avec une procédure judiciaire et surtout un résultat imprévisible. Meilleur système possible : une indexation, ce qui tue l'imprévisibilité. Mais pas toujours possible : souvent il est prévu que les parties doivent négocier de bonne foi, mais à nouveau le problème c'est que quid si on n'obtient pas de résultat, même de bonne foi ?

- 2) Il ne faut pas les accepter trop facilement car les parties peuvent être liées par un contrat qui sera adapté par un juge/arbitre. Si le contrat a des éléments spéculatifs alors cette clause n'est pas du tout adaptée ! Elles doivent être parfois incompatibles.

### E. Clause pénale – concept

La **clause pénale** est une clause qui tend en règle générale à aggraver la responsabilité des parties qui fait que la partie en retard devra payer une pénalité en cas de retard. Parfois difficile de calculer le dommage ou il n'y en a pas, et ces clauses sont alors très appropriées. C'est utile mais cela reste une clause contractuelle et donc on doit se poser la question de la volonté des parties (si elles voulaient effectivement déroger aux règles de la responsabilité contractuelle ou si elles voulaient simplement se simplifier la vie en terme de calcul du dommage).

Art. 97 CO : principe général de la responsabilité contractuelle, selon lequel il faut :

- Une violation du contrat
- Un dommage (existence du dommage + montant du dommage)
- Causalité naturelle et adéquate
- Faute (présumée en droit suisse)

Avec la clause pénale, on garde uniquement la violation du contrat. Mais il est aussi possible que les parties n'aient pas voulu déroger à ces 4 conditions et aient simplement voulu se mettre d'accord sur uniquement le montant du dommage. C'est ce qu'on appelle des **fixations forfaitaires du dommage**. Attention, le titre de la clause n'est pas déterminant ! Si cela s'appelle « clause pénale » ou « fixation forfaitaire du dommage », cela ne signifie pas que cela en est une !!! Deux exemples :

- « En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de (\_\_\_\_) ». Comment on voit que c'est une clause pénale ? Il suffit d'une violation du contrat, aucune autre condition requise.
- « Il est convenu que la violation du contrat causera à Y un dommage de (\_\_\_\_) ». Mais il le montant sera payé aux conditions prévues par 97 CO, ici c'est juste pour déterminer le montant, donc là c'est une fixation forfaitaire du dommage.

Quand on a décidé qu'on fait une clause pénale, il faut encore déterminer quel type de clause pénale il faut. On peut imaginer différentes stipulations.

- P.ex on peut prévoir qu'on a droit à l'exécution du contrat OU à la clause pénale. C'est un choix. Dans ce cas là il faut encore savoir qui décide (le créancier ou le débiteur ?). Si c'est le créancier, cela signifie qu'en réalité c'est conférer au créancier un moyen de droit supplémentaire alternatif. C'est ce qu'on appelle une **clause pénale alternative** (art. 160 al.1 CO). Exemple : « En cas de violation du contrat, Y pourra demander à X un montant de (\_\_\_\_) au titre de clause pénale, tout autre moyen de droit étant réservé ».
- On peut aussi avoir le débiteur qui décide. C'est une **clause pénale exclusive** (art. 160 al.3 CO). La fonction est différente ici : on donne au débiteur un droit de sortie. Exemple : « En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de (\_\_\_\_) à l'exclusion de tout autre moyen de droit ».
- On peut aussi envisager une clause où on a le droit à l'exécution ET à la clause pénale, c'est la **clause pénale cumulative** (art. 160 al.2 CO). Autrement dit, c'est une pénalité de retard. Exemple : « En cas de retard, X devra payer à Y un montant de (\_\_\_\_) par jour de retard ».

Il s'agit dans les trois cas d'une clause pénale et pas d'une clause forfaitaire, maintenant en raison de leurs nuances, ces clauses remplissent des fonctions différentes. L'exclusive joue le rôle d'un droit de sortie, l'alternative joue le rôle d'un moyen de droit supplémentaire conféré au créancier et la cumulative joue le rôle d'une pénalité de retard.

## F. Clause pénale – dommage

Quand le contrat n'est pas exécuté ou mal exécuté, le cocontractant subit un dommage. On se demande donc quel est le rapport entre la clause pénale (quelle qu'en soit le type) et le dommage. On peut envisager deux situations :

- On a un dommage effectif largement inférieur au montant de la clause pénale. La clause est donc une très bonne affaire pour le lésé et une très mauvaise pour l'autre partie. Celui qui a accepté cette clause a néanmoins pris ce risque. Mais dans tous les OJ il y a des règles impératives à prendre en considération. En tout cas dans les pays de droit civil il y a quelque chose de gênant dans le fait de payer un montant complètement déconnecté du dommage réel, et le créancier est dans un contrat encore meilleur que dans la situation où le contrat aurait été exécuté. Mais on a un système compensatoire : la juste sanction de la mauvaise exécution du contrat c'est de mettre le créancier dans la situation où il aurait été si le contrat avait été bien exécuté. Les anglo-saxons eux admettent facilement les *punitive damages*,

totallement inadmissibles dans les pays de droit civil. En même temps ce principe compensatoire est contrebalancé par la liberté contractuelle. Et donc cette tension entre ces deux principes fait qu'on a cette règle que lorsque la clause pénale est excessive par rapport au dommage effectif, le juge peut la réduire. C'est le principe de la réduction de la clause pénale (art. 163 al.3 CO). On a le même principe à l'art. 7.4.13 Principes Unidroit qui prévoit lui aussi cette réduction. Attention : il ne s'agit pas du tout de ramener la clause pénale au dommage ! Les parties ont justement voulu déroger aux règles sur la responsabilité. Le juge peut juste réduire, ramener à un montant moins disproportionné, en restant toujours plus élevé que le dommage mais moins violemment, avec des critères à prendre en compte (durée du contrat, situation du lésé, gravité de la faute, etc).

- On a un dommage effectif largement supérieur au montant prévu par la clause pénale. Pour le lésé la clause pénale devient une mauvaise affaire car une partie du dommage reste non-couverte. Est-ce que le lésé peut demander le solde / le montant qui va au delà de la clause pénale ? Oui et non. Oui, parce que dans le principe les règles sur la responsabilité, il devrait pouvoir le demander sous forme de DI (au sens de 97 CO). L'art. 161 al.2 CO le prévoit d'ailleurs également. Sauf que la ça devient la responsabilité, qui peut être façonnée, mais aussi limitée ou exclue par les parties. Donc cette possibilité de demander un montant allant au delà de la clause pénale se fait sous réserve d'un plafonnement / d'une exclusion par les parties ! Exemple : « *En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de (\_\_\_), à l'exclusion de tout dommage supplémentaire* ». Parfaitement valable, exclusion de la règle de l'art. 161 al.2 CO, cela revient à plafonner le dommage à la clause pénale. Mais si ils ne l'ont pas mis, le lésé pourra le demander. Attention, l'exclusion se fait dans les limites de l'art. 100 et 101 CO puisque c'est contractuel, selon lesquels la faute grave et le dol ne peuvent pas être exclus.

### **G. Clause pénale – force majeure**

Si on met dans le contrat une clause pénale et une clause de force majeure, comment s'articulent elles ? Notamment si le montant de la clause pénale est du en cas de force majeure ? Lorsque l'inexécution du contrat, une des parties peut faire valoir qu'elle bénéficie des règles applicables en matière de force majeure et qu'elle ne doit pas payer la clause pénale. Valable ? En principe oui, art. 163 al.2 CO, lorsque l'inexécution du contrat est du à un cas de force majeure, le montant de la clause pénale n'est pas du.

Sauf que revient à la charge le principe de la liberté contractuelle : l'art. 163 al.2 CO s'applique sauf convention contraire, les parties peuvent out a fait prévoir que le montant sera du même en cas de force majeure. Evidemment pour l'autre cocontractant c'est un peu difficile de l'admettre.

## **2. SEANCE DE TRAVAIL**

**Rappel : Possibilités d'exonération en droit suisse**

	FAUTE GRAVE OU DOL	FAUTE LEGERE
Faute directe	Dérogation nulle CO 100 I	Dérogation valable CO 100 I a contrario
Faute d'un auxiliaire	Dérogation valable CO 101 II	Dérogation valable CO 101 II

**En cas d'industrie concédée ou lorsque le créancier est au service du débiteur :**

	FAUTE GRAVE OU DOL	FAUTE LEGERE
Faute directe	Dérogation nulle CO 100 I	Dérogation annulable CO 100 II
Faute d'un auxiliaire	Dérogation nulle CO 101 III	Dérogation valable CO 101 III

Dans tous les systèmes juridiques on a des dispositions impératives en matière de responsabilité pour la simple et bonne raison que c'est contradictoire de prendre un engagement et de s'exonérer de certaines responsabilités, même si la liberté contractuelle reste un principe de base. Cette liberté est simplement nuancée. Le droit suisse étant un droit très libéral, ces « nuances » sont assez douces et on les trouve aux art. 100 et 101 CO. La seule chose qu'on ne peut pas faire en droit suisse c'est exclure sa responsabilité en cas de faute directe (commise par le cocontractant, donc personnelle) grave ou intentionnelle. Néanmoins on peut exclure la responsabilité pour ses auxiliaires. Attention : ce n'est pas la même chose pour les **industries concédées**, p.ex les CFF, les banques, etc. Ce régime dérogatoire fait que dans ce cas-là, la seule chose qu'une banque peut faire en Suisse c'est exclure sa responsabilité pour les fautes légères de ses auxiliaires.

**CAS 17.** Dans le cadre d'un contrat de vente, le vendeur envisage d'insérer la clause d'exclusion de responsabilité suivante :

*Neither party shall have any liability to the other party whatsoever for loss of profits, loss of business, depletion of goodwill and/or similar losses, loss of contract, loss of use or any special, indirect, consequential or pure economic loss, costs, damages, charges or expenses.*

- Utilité : Limitation assez importante de responsabilité ici avec différents postes de dommages. En droit suisse, la JP et la doctrine est peu évoluée concernant ses différents postes. On parle de gain manqué, de tort moral, de perte de soutien, etc ce n'est pas très élaboré contrairement au droit anglo saxon p.ex. A quoi sert cette clause ici ? A exclure certains postes du dommages, et non pas la responsabilité en général, attention. En somme, la clause est utile en l'espèce.

- Interprétation : on sait ce que c'est qu'une perte de gain, idem pour le « *loss of business* », pas besoin de le définir. Ensuite l'atteinte à la réputation, la clientèle, etc ce n'est pas forcément nécessaire de les définir. Idem pour « *loss of contracts* » (le fait que la partie n'a pas pu conclure d'autres contrats). Par contre, le « *indirect, consequential or pure (...) damages* » ne sont pas définis en droits suisses. La notion de dommage direct et indirect est utilisée dans les règles sur la vente à l'art. 208 CO, si on veut résoudre un contrat en raison d'un défaut de la chose vendue. Il y a des discussions sans fin en droit suisse sur ce qu'est un dommage direct ou indirect, une JP a été rendue (arrêt *Papagay Fall*, TF a dit que la maladie du perroquet est intervenue directement dans le dommage survenu en transmettant sa maladie à tous les autres dans la volière, mais ça s'arrête là au niveau des définitions). Même dans les pays anglo-saxons ces notions sont beaucoup utilisées mais jouent avec d'autres éléments (causalité, etc). Ils ont du mal à donner une définition. Donc si on n'arrive pas à faire une définition contractuelle, pourrait-on dire que les clients ont voulu se référer à ce qui se fait dans la JP anglo-saxonne ou le US case law en utilisant cette terminologie là ? Peu logique, contradiction avec le droit applicable puisqu'après tout les parties ont choisi l'application du droit suisse au contrat. Il faudrait apporter une définition contractuelle à ces termes-là. La clause est donc mal rédigée.
- Validité : ce n'est pas clair ici, en raison de la terminologie. Elle a sa limite en raison du droit impératif, mais comment pourrait-on tourner ça si on est l'avocat du demandeur ? Il ne faut surtout pas dire que les parties voulaient tout exclure, ce serait en défaveur du demandeur. Dire que c'est « excessif » n'est pas une bonne idée non plus, puisqu'on est en droit des contrats, il n'y a pas le principe de proportionnalité et il y a la liberté contractuelle. En plus il n'appartient pas au juge de dire aux parties ce qu'elles auraient dû déterminer dans un contrat. Il y a des limites (droit impératif) mais elles sont assez faibles. Il ne faut surtout pas dire non plus que la clause est excessive, que notre client l'a mal rédigé, etc ! Le bon argument serait en revanche de dire que le défendeur a commis une faute grave et donc que la clause ne s'applique pas, c'est ce qui est prévu à l'art. 100 CO et c'est ainsi qu'on sort de cette situation.

**CAS 18.** Dans un contrat de livraison de matériel électroménager se trouve la clause suivante :

***The Supplier's aggregate liability under this Contract for any damage, injury, or death howsoever caused by the Goods to the Buyer, its employees or agents, or its customers, will be limited to € 100 000.-.***

- Utilité : clause dans un contrat de livraison de matériel électroménager. Ici c'est une limite de responsabilité qui sert à plafonner le dommage à 100'000 EUR, quels que soient en fait les postes de responsabilité. C'est un **plafond de responsabilité**. Utile !
- Interprétation : si par hypothèse une machine explose en janvier 2016 et le vendeur doit 100'000 EUR. Il les paie. Puis en février 2016, une seconde machine explose. Le

vendeur doit-il repayer 100'000 EUR ? Quid si la seconde machine explose en 2017, est-ce qu'on repart à zéro ou alors c'était 100'000 EUR en tout et pour tout jusqu'à la fin des temps ? Ce n'est pas très clair. Imaginons aussi qu'on a plusieurs lésés dans une explosion, le vendeur doit-il payer 100'000 EUR par personne ? Ou au total et ensuite les victimes s'arrangent pour répartir la somme entre eux ? Cela non plus ce n'est pas clair, malgré le terme « *aggregate liability* » (= « responsabilité totale »). Bref, en résumé on ne sait pas si c'est une responsabilité par défaut, par livraison, par victime, par période, etc. Au surplus, ce n'est pas raisonnable de dire qu'une fois que le vendeur a payé les 100'000 EUR, il n'est plus responsable pour rien du tout jusqu'à la fin des temps et peut livrer n'importe quoi. Attention, ce n'est pas un argument pour dire que la clause n'est pas valable, mais on peut argumenter sur cette base que ce n'est probablement pas ce que les parties voulaient. Cette clause devrait donc être précisée et il faudrait mettre un système plus précis en place.

- Validité : si par hypothèse le vendeur a livré une machine et on en a pour 300'000 EUR de dommage, que fait-on valoir comme argument ? La faute grave, art. 100 CO. Système simple. Donc en résumé cette clause est valable sauf en cas de faute grave. Y a-t-il d'autres problèmes de validité dans cette clause ? Pour rappel, validité au sens large : cette clause est-elle « *enforceable* » ? Typiquement on parle de mort dans la clause, or il faudrait que la famille des victimes puisse agir. Idem pour les clients de l'acheteur ou les employés, etc et en vertu du principe de la relativité des contrats, les tiers ne sont pas liés par cette clause. Donc en résumé clause valable uniquement vis-à-vis du cocontractant.

**CAS 19.** *Clause trouvée dans un contrat de joint venture :*

***Unless otherwise provided in the law governing the Joint Venture, the Parties shall be liable jointly and severally towards any third parties for any debt, commitment or other liability of the Joint Venture.***

- Utilité : cette clause qui se trouve dans un contrat de Joint Venture (contrat où deux parties décident de collaborer en vue d'un but commercial / commun, autrement dit un contrat qualifié de **contrat de société simple** en droit suisse). Remarque : il y a deux types de Joint Venture : a) contractuel (contrat entre A et B par lequel A et B vont collaborer) et b) corporatif (contrat entre A et B selon lequel A et B vont constituer une nouvelle compagnie). Ici on ne sait pas lequel c'est mais peu importe en réalité. Que signifie « *liable jointly and severally* » ? Solidairement responsables. C'est une solidarité des parties au sens des art. 143 ss CO à l'égard des tiers, qui peuvent demander le paiement à A ou à B, et ensuite les rapports internes s'organisent entre A et B sans concerner le tiers. Ainsi, par cette terminologie on implique tout un régime spécifique de solidarité. Cette clause est donc utile.
- Interprétation : pas vraiment de problème d'interprétation (la clause est claire) sauf un point qui pourrait être éventuellement ambigu : « *unless otherwise provided in the law governing the Joint Venture* » : il y a une réserve de droit applicable. Mais est-ce que cela signifie qu'on réserve le droit impératif ? La ça servirait à rien de le

dire, biensûr que par définition le droit impératif s'applique quel que soit le contrat. Ou alors c'est le droit dispositif ? Mais c'est absurde, on y déroge par contrat, il suffit de rien faire dans ce cas là. Et donc finalement cette expression crée quand même un doute. Il vaudrait mieux enlever cette clause.

- Validité : valide.

**CAS 20.** *Dans les conditions générales de l'agence de voyage Sun&Dream SA se trouve la clause suivante :*

***La responsabilité de Sun&Dream n'excédera en aucun cas le montant du prix global du voyage.***

***Sun&Dream est le représentant direct du Client à l'égard de l'Hôtel et des autres prestataires de service. Elle s'engage à faire preuve de diligence dans le choix de ces prestataires de service, mais décline toute responsabilité pour leurs fautes ou celle de leurs auxiliaires.***

- Utilité : plafond de responsabilité ici et ce qu'on appelle une clause d'intermédiaire (l'agence n'est qu'un intermédiaire entre le client et le prestataire de service).
- Interprétation : le plafond de responsabilité est claire, et la clause d'intermédiaire dit qu'elle est responsable de bien choisir l'hôtel mais elle n'est pas responsable de ce que fait l'hôtel.
- Validité : il faut faire attention à ce type de configuration car ce n'est pas un contrat commercial mais un contrat de consommation, et donc il faut faire attention aux règles impératives de protection des consommateurs. Ici on a des règles strictes en matière de voyage à forfait : la directive européenne sur les voyages à forfait au niveau de l'UE et la Loi fédérale sur les voyages à forfait en Suisse. A l'art. 16 LVF sur les limites de responsabilité et sur les clauses d'intermédiaires : l'agence ne peut pas limiter sa responsabilité sur le dommage corporel, mais matériel oui du moment que ça ne descend pas en dessous d'un certain montant. La clause d'intermédiaire n'est pas valable non plus car elle est responsable de ce que fait l'hôtel, la compagnie aérienne etc (art. 14 LVF).

**CAS 21.** *La banque FreeCredit Schweiz AG utilise des conditions générales d'ouverture de compte dans lesquelles se trouve la clause suivante :*

***Wir übernehmen im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Erfüllung von Verträgen keinerlei Haftung für Schäden, mit Ausnahme derer welche auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruhen. Die Haftung für Schäden ist auf den Umfang beschränkt, welcher sich aus dem vorhersehbaren vertragstypischen Verlauf der Dinge ergibt.***

- Utilité : Traduction : « Nous n'acceptons en rapport avec la conclusion et l'exécution des contrats aucune responsabilité pour les dommages, sous réserve des cas de faute

grave et de négligence. La responsabilité pour les dommages est limitée aux cas où les dommages étaient prévisibles ». En termes d'utilité, ils ont repris l'art. 100 CO dans la première phrase. C'est une exclusion de responsabilité sous réserve de faute grave et surtout il y a une modification du critère de causalité. Les parties peuvent déroger au principe général de causalité prévu en droit suisse en lui substituant le principe de prévisibilité (il était prévisible pour la banque que la violation de ce contrat conduirait à ce dommage). On trouve la même idée dans la CVIM (le dommage réparable que si il était prévisible). Donc cette clause est utile.

- Interprétation : relativement clair mais il y a quand même peut être une ambiguïté : ils ont voulu reprendre l'art. 100 CO mais quand ils parlent de responsabilité, est-ce personnel (de la banque) ou de ses employés (des auxiliaires) ? Ils ne précisent pas, donc on ne sait pas si c'est pour les deux ou seulement pour la banque (faute directe). C'est ambigu.
- Validité : l'ambiguïté ci-dessous n'est pas très grave car cela se résout au niveau de la validité. En effet, la banque a tenté de reprendre les principes de l'art. 100 et 101 CO sauf que c'est le régime général, or la banque est soumise au régime dérogatoire, celui des industries concédées ! Et ce régime est impératif : la seule chose qui est possible de faire, c'est une exclusion de responsabilité pour faute légère des auxiliaires. Toute autre exclusion de responsabilité n'est pas valable pour une banque. Donc cette clause n'est pas valable.

**CAS 22.** *La société A (the Company) passe avec les actionnaires de la société B (the Holders) un contrat de préemption soumis au droit suisse, et sur l'efficacité duquel elle vous consulte :*

***RIGHT OF FIRST REFUSAL AGREEMENT***

***No Holder may sell or engage in any transaction which has resulted in or will result in a change in the ownership of any Shares held by the Holder except as provided in this Agreement.***

***Any such Transfer of Shares or attempted Transfer of Shares in contravention of this Agreement shall be void and ineffective and shall cause the Holder to be fully liable vis-à-vis the Company for any damage incurred in relation to such Transfer of Shares or attempted Transfer of Shares***

***Each time a Holder proposes to Transfer any or all of the Shares owned by him, such Holder shall first offer such Shares to the Company in accordance with the following provisions: Such Holder shall deliver a written notice to the Company stating (A) such Holder's bona fide intention to Transfer such Shares, (B) the name and the address of the proposed transferee, (C) the number of Shares to be transferred, and (D) the purchase price per Share and terms of payment for which the Holder proposes to Transfer such Shares.***

***Within 90 days after receipt of the Notice, the Company or its designee shall have the first right to purchase or obtain such Shares, upon the price and terms of payment designated in the Notice.***

- Utilité : Le « *right of first refusal agreement* » se traduit littéralement par « Droit de premier refus », mais appelé **droit de préemption** surtout utilisé en matière immobilière. On a un droit de priorité par rapport à n'importe quel acheteur : au cas où les parties souhaitent vendre, elles doivent le proposer en priorité. Utilité de ce type de clause : si A veut vendre des actions à un tiers, il doit d'abord demander à la société de racheter ses actions qui peut le faire, mais peut aussi décider de ne pas les racheter et seulement là A pourrait les vendre à un tiers. C'est une **règle de stabilisation de l'actionariat**, pour éviter que des personnes dont on ne veut pas rentrent dans la société. C'est une clause classique et évidemment utile.
- Interprétation : assez clair, si un des actionnaires veut vendre, il doit d'abord faire une « notice » à la société et dans les 90 jours la société se décide. Sanction : si A vend à un tiers en violation de cet accord, la vente est nulle et en plus A est responsable à l'égard de la société. Attention, lorsqu'on a un droit de préemption, la question d'interprétation qui se pose toujours c'est si c'est un **droit de préemption ouvert** (au prix du marché) **ou fermé** (au prix convenu à l'avance). En l'espèce, on considère que c'est plutôt un droit de préemption ouvert car les parties n'ont pas fixé de valeur ici. En plus, il est prévu que A doit, dans la notice, mettre le prix pour lequel il a trouvé un acheteur (voir lettre d de la clause).
- Validité : on a des dispositions en matière immobilière (216a ss CO) où le droit de préemption est mentionné, avec durée maximale de 25 ans. A priori, un droit de préemption est donc possible en matière mobilière, sans durée maximale par contre. Mais la clause est-elle néanmoins valable dans la manière dont elle a été rédigée ? Situation délicate si le tiers est de bonne ou de mauvaise foi. Est-ce que ce contrat est opposable au tiers ? En principe non, donc si par hypothèse A vend à un tiers (T) qui est propriétaire de ces actions, la société ne peut pas se retourner contre le tiers en disant que la vente n'est pas valable, contrairement à ce que prévoit la clause. C'est un problème de droits réels. Il y a donc trois problèmes : la nullité de la vente aux tiers et le problème de la protection du bonne foi du tiers et l'opposabilité du contrat au tiers. Le fait que A soit responsable à l'égard de la société en cas de vente non autorisée n'est pas suffisant, car il n'y aurait pas de dommage en soit : la situation économique de la société serait la même et c'est un droit de préemption ouvert, donc il faut trouver autre chose en termes de sanction. En outre, comment pourrait-on sécuriser le droit de préemption ? On pourrait insérer une clause pénale (attention aux limites à l'art. 163 al.3 CO sur la réduction des clauses pénales excessives). Mais ce n'est pas une solution absolue. D'autres possibilités ? Le dépôt séquestre (« *escrow agreement* ») : l'idée est de séquestrer les actions pour ne pas que l'actionnaire puisse les transmettre au tiers acquéreur. Le séquestre ne pourra restituer les actions qu'à la demande/accord conjoint(e) de tous les actionnaires !

**CAS 23.** *Quel est l'effet de la clause suivante se trouvant dans un contrat d'agence soumis au droit suisse ?*

***The Principal shall be liable to the Agent for the timely and proper performance of its obligations under the Contract and shall be liable for all direct costs, losses, damages and liabilities which may be incurred by the Agent as a direct consequence of the failure by the Supplier to comply with its obligations under the Contract.***

- Utilité : c'est un contrat d'agence dans lequel il est prévu que le mandant est responsable vis-à-vis de l'agent pour tout dommage direct. Elle prévoit que le mandant devra indemniser l'agent, donc elle est utile (c'est une confirmation partielle de l'art. 97 CO).
- Interprétation : est-elle claire ? Quid si l'agent trouve un gros client et le mandant ne donne pas suite, ce qui a pour conséquence que l'agent ne touche pas sa provision. Est-ce un dommage direct ? On ne sait pas, le dommage direct n'est pas défini dans la loi. On a une mention à l'art. 208 CO de « dommage direct » et « dommage indirect » mais c'est uniquement en matière de vente, ça n'a rien à avoir avec un contrat d'agence, et même en matière de vente la notion a été très débattue. Donc « *direct costs, losses, damages and liabilities* » sont des critères qui devraient être définis dans le contrat. Même si on voit que cela a probablement un lien avec la causalité, on ne peut pas se baser uniquement sur la théorie connue en droit suisse.
- Validité : si on part du principe qu'on a une responsabilité uniquement pour des dommages directs, alors on peut tout à fait exclure de la réparation les dommages « indirects », mais alors il y a la limite de l'art. 100 CO : tant qu'il n'y a pas de faute grave du mandant.

**CAS 24.** *Dans un contrat de livraison d'ouvrage soumis au droit suisse, vous trouvez la disposition suivante.*

***Toute prétention en dommages et intérêts du Maître d'ouvrage contre l'Entrepreneur, quel qu'en soit le motif ou la cause, devra être introduite au plus tard dans un délai de deux ans dès la livraison de l'ouvrage, sous peine de forclusion.***

- Utilité : on limite les possibilités d'agir dans une limite temporelle en justice (délai de deux ans dès la livraison de l'ouvrage) et ça ne s'applique pas qu'en cas de défaut mais en cas de n'importe quelle violation du contrat. Cela s'appelle un **délai de prescription**. Cette clause déroge ainsi aux délais de prescriptions légaux dans un contrat prévus à l'art. 127 CO (en principe c'est 10 ans, et pour les défauts plus spécifiquement c'est l'art. 229 CO qui renvoie à l'art. 210 CO qui prévoit 2 ans).
- Interprétation : la clause est claire.

- Validité : Peut-on déroger aux délais de prescription légaux ? Il y a des aspects de droit public et donc on trouve une limite à la possibilité de dérogation à l'art. 129 CO, qui prévoit que l'on ne peut pas déroger aux délais des art. 127 ss CO à l'avance. Donc il y a toute une partie de la clause qui ne serait pas valable (sauf pour les défauts ou c'est effectivement 2 ans).

**CAS 25.** *Votre client vous demande d'examiner sous l'angle du droit suisse les deux clauses suivantes :*

**(a) If the Seller fails to deliver the supplies or performs the services within the time specified in this subcontract, or any extension, the Seller shall pay to the Company as agreed liquidated damages, for each calendar day of delay the sum of £2000.- [but not to exceed 50 days].**

**(b) Alternatively, if delivery or performance is so delayed, the Company may terminate this subcontract in whole or in part under the default provisions of this subcontract and that event, the Seller shall be liable for fixed, agreed, and liquidated damages accruing until the time the Company may reasonably obtain delivery or performance of similar supplies or services. The liquidated damages shall be in addition to excess costs under the default provisions.**

**If a party fails to abide by the provisions of this agreement, the other party may claim for an amount of USD 200 000.-, in place of actual damages, as fixed and liquidated damages, to the exclusion of any other remedies or compensation in excess of this amount.**

- Utilité : s'agissant de la lettre (a), c'est une **clause pénale** cumulative (art. 160 al.2 CO), en ce sens qu'on peut cumuler une demande d'exécution et une pénalité de retard cumulativement. S'agissant de la lettre (b), c'est un choix qui peut être fait par le créancier, celui de terminer le contrat au lieu de demander le paiement de la clause pénale. Donc il y a un élément de clause pénale alternative. Enfin il y a un élément de clause pénale exclusive car si on applique la lettre b, on ne peut plus demander la lettre a. Cette clause est donc une combinaison des trois possibilités de clauses pénales offertes par la loi. C'est la liberté contractuelle, on peut faire ce qu'on veut. Cette clause est donc utile.
- Interprétation : pourquoi ont-ils parlé de « *agreed liquidated damages* » au lieu de tout simplement « *penalties* » ? On ne va jamais trouver le terme de « *penalties* » dans un contrat pour la simple et bonne raison que c'est une façon de stigmatiser la clause, puisque cette expression se traduit littéralement par « clause pénale excessive » en anglais.
- Validité : On peut déconnecter la clause pénale du dommage, néanmoins l'art. 163 al.3 CO est un principe impératif selon lequel on ne peut pas autoriser les parties à prévoir une clause pénale excessive. La clause est donc valable, mais le cas échéant réductible. Autre élément dont il faut prévenir notre client encore qu'il existe en

droit suisse un principe très général que si par hypothèse le dommage effectif est supérieur au montant de la clause pénale, alors ce montant est dû ! En effet, la clause pénale n'est pas un plafond de responsabilité et les dommages qui vont au delà de la clause pénale peuvent être demandés (art. 161 CO). Quid de la dernière clause ? « A l'exclusion de tout autre moyen de droit », donc clause pénale exclusive qui correspond à un droit de sortie. Mais au surplus cette clause se limite à 200'000 USD, donc c'est un plafond de responsabilité. Valable ? Oui, car ce n'est pas une faute grave de recourir à cette possibilité là et l'art. 100 CO n'est pas applicable ici.

**CAS 26.** Dans un contrat de construction, se trouve la clause suivante :

***It is agreed that any breach of this schedule shall cause to the Client a damage amounting to CHF 3000.- per day.***

Votre client, l'entrepreneur, vous indique qu'il est effectivement en retard, mais que de toute façon le client n'a pas encore reçu l'autorisation administrative d'utilisation des locaux.

- Utilité :
- Interprétation :
- Validité :

## V. Propriété et durée du contrat

---

### 1. COURS THEORIQUE

#### **A. Clauses de propriété – Concept**

Si on parle de la propriété immobilière, les choses sont assez claires. En Suisse on a le RF et donc cette question n'est pas très compliquée en soit, mais pour la propriété mobilière c'est plus compliqué. Il y a peu de titres et donc tout est basé sur les situations effectives, les présomptions de possession, etc. Et c'est là que ces clauses de transfert de propriété sont nécessaires : cela relève des droits réels et dès lors qu'on touche à un droit opposable à tout tiers, le contrat ne suffit pas pour régler l'essentiel de la situation.

Les règles en matière de transfert de propriété sont très différentes suivant l'OJ dans lequel nous nous trouvons. Même en Europe les systèmes sont très différents. P.ex en France c'est un système consensuel ou le contrat suffit à ce que la propriété soit transférée. Et puis on a des systèmes bcp plus abstraits p.ex en Allemagne ou c'est le transfert de possession qui compte et qui, dès qu'il est complété, fait que le transfert de propriété a lieu : c'est un système abstrait.

Le système suisse est un système un peu batard (mix du droit français et du droit allemand): on a cette idée que si on veut transférer la propriété d'une chose, on a besoin de deux

conditions : une cause (donc le contrat) ainsi qu'un acte de disposition (donc le transfert de possession). C'est le mécanisme de l'art. 714 CC.

En pratique c'est un peu plus compliqué : on peut avoir ces deux conditions présentes sans qu'en réalité on ne veuille transférer la propriété (contrat de bail, contrat de prêt, contrat de services ou de location, etc). Donc se baser uniquement sur ces deux conditions ne suffit pas, il faut que le contrat exprime clairement la volonté de transférer la propriété et le vendeur doit en outre avoir la volonté de transférer. Bien sûr, le seul fait que les parties se soient mises d'accord sur la vente implique cette volonté. Même chose pour toute une série de contrat : p.ex dans le contrat d'entreprise, cela va de soit que l'entrepreneur va transférer la propriété de l'ouvrage au maître. En contrat de bail, il va de soit que le bailleur ne veut pas transférer la propriété de l'immeuble au locataire. Donc dans les contrats nommés c'est plutôt facile. Mais dans les contrats innommés (qui existent puisqu'il n'y a pas de *numerus clausus* des contrats) cela peut être plus compliqué, la qualification du contrat peut également être ambiguë.

Ainsi, lorsqu'on rédige un contrat qui implique un transfert de propriété, surtout si sa qualification n'est pas certaine, il faut faire attention aux clauses. On peut avoir des clauses de réserve de propriété de ce type : « *Any Chattel/Item supplied by the Employer to the Contractor for the performance of the Contract shall remain the property of the Employer* ».

On peut p.ex aussi prévoir dans la clause de réserve de propriété de la façon dont la chose va être utilisée : « *The Contractor shall not use any Employer's chattel/item for any purpose other than the performance of the Contract. The Contractor shall not loan or pass on to a third Party or remove from a specific site any Employer's chattel/item without the prior written consent of the Employer* ». Ici la clause va même plus loin : l'affectation des biens est vraiment limitée à l'exécution du contrat.

Quelles sont les modalités de la restitution de l'objet ? Cela peut aller de soit mais sur le moment des questions peuvent surgir : à quel moment restituer ? Qui paie les frais de transport de la chose ? Qu'est-ce qui se passe si l'objet est endommagé ? Etc. On peut avoir des clauses telles que : « *Such Chattel/Item shall be returned to the Employer at no cost to the Employer upon its request in good and serviceable condition (normal wear and tear excepted), failing which the Employer shall be entitled to full compensation for the damage caused to such Purchaser's Property* ». C'est presque évident, mais pas tant que ça. Si on le met dans le contrat on a une vraie obligation contractuelle et un chef de responsabilité pour l'endommagement du contrat. Or si on ne la pas, on pourrait construire sur les règles de la possession de bonne ou de mauvaise foi (938 CC) ou sur la base d'une gestion d'affaires sans mandat (418ss CO) mais c'est pas la meilleure situation, il s'agit de règles casuistiques et compliquées, donc afin de s'éviter tout débat on prévoit dans le contrat lui même un chef de responsabilité.

## **B. Clause de propriété, effet à l'égard des tiers**

Quid si un tiers (p.ex un créancier) veut faire saisir la chose ? Quid si celui qui a reçu la chose tombe en faillite et que la chose tombe dans la masse en faillite ? Etc. Il y a toujours des présomptions liées à la possession de la chose donc celui qui a confié la chose peut avoir des

problèmes pour la récupérer. Le contrat n'a pas d'effet à l'égard des tiers, donc la solution qu'on peut envisager (elle est partielle, mais peut limiter les dégâts) c'est de rendre visible la situation aux tiers. Si on ne veut pas que les tiers soient abusés, il faut que les tiers puissent reconnaître la volonté des parties et que les biens appartiennent en réalité à une autre partie. Technique utilisable : marquer les biens. Exemple de clause : « *Each Employer's chattel shall be identified by the Contractor, especially in the Contractor's premises, with appropriate tags or labels as the property of the Employer* ».

### C. Clause de réserve de propriété

Evidemment se pose une question de savoir si lorsqu'on se trouve dans un contrat où les parties veulent transférer la propriété (p.ex contrat de vente), il suffit qu'elles le mettent dans le contrat, sauf qu'en fait ça dépend. Le vendeur veut bien sûr transférer la propriété mais il veut être payé. Peut-on mettre comme condition du transfert de la propriété le fait que le prix ait été payé ? Transfert de propriété conditionnel. Est-ce possible ? Cela dépend, c'est des droits réels qui sont déterminés par le lieu de situation de la chose, et non pas par le droit applicable au contrat !

En droit suisse c'est possible de créer cette condition là, mais pas sous n'importe quelle forme, et pas sous une condition au sens auquel on l'a vu. Mais on peut insérer dans le contrat une clause de réserve de propriété qui consiste à modifier les conditions de transfert de propriété. Pour rappel, il faut une cause et un acte de disposition au sens de 714 CC. C'est une règle impérative, mais selon l'art. 715 CC on peut ajouter une condition supplémentaire à ces deux là, troisième condition qui est précisément le paiement du prix. C'est précisément une clause de réserve de propriété. C'est l'idée du vendeur de pouvoir récupérer la chose si il n'est pas payé. Donc c'est pas tellement à vouloir garder la propriété mais à se créer une garantie. Et donc ces clauses s'apparentent en réalité à des garanties réelles, sauf que c'est un peu problématique car c'est une sorte de nantissement : l'objet de la garantie doit en principe être remis en gage en mains du créancier (principe de la dépossession des gages), or ici il n'est pas question que le créancier (vendeur) garde la chose. Donc par ces clauses là les parties créent une garantie réelle mais sans dépossession ! C'est la raison pour laquelle les juges suisses et le législateur ont toujours été prudents par rapport à ces clauses, car ces gages sans dépossession restent problématiques et c'est pourquoi l'art. 715 CC prévoit que ces clauses de réserve de propriété sont possibles mais qu'elles doivent être inscrites dans un Registre des Pactes de réserve de propriété (registre public) tenu par l'Office des Poursuites (qui saura alors que si il doit saisir des objets, lesquels n'appartiennent pas au débiteur et lesquels oui). Le but est de protéger les tiers dans leur bonne foi et que l'apparence corresponde à la réalité. Mais en réalité c'est dépassé dans la pratique, p.ex par rapport au droit allemand où ces réserves sans admises sans inscription. Aussi dépassé par une Directive européenne sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (Directive 2011/7) dont la Suisse peut difficilement ne pas en tenir compte pour des raisons de commerce international notamment. Cette Directive prévoit à son art. 9 al.1 que : « Les Etats membres prévoient, conformément aux dispositions nationales applicables en vertu du droit international privé, que le vendeur peut conserver la propriété des biens jusqu'au paiement intégral lorsqu'une clause de réserve de propriété a été explicitement conclue entre l'acheteur et le vendeur avant la livraison des biens ». Le Registre suisse est donc impraticable en matière de commerce international et il faudrait

envisager que le droit suisse évolue un peu sur ce point pas. Il est plus facile d'insérer une clause de ce type : « *Title to the Goods shall pass to the Buyer upon full payment of the Goods being received by Seller* ». Clause standard très simple et correspond aux exigences de l'UE, tout en conférant au vendeur une garantie très appréciable.

En droit suisse, il y a plusieurs solutions envisageables :

- Prévoir que le paiement doit intervenir avant la livraison de la chose et que la livraison peut ne pas avoir lieu si le paiement n'a pas été fait. Exemple : « *The Seller shall be entitled to withhold delivery of any Goods if at the time delivery is to be made payment is due by the Buyer to the Seller on any account whatsoever* ».
- Prévoir dans le contrat le droit unilatéral du vendeur de requérir l'inscription si c'est nécessaire. Si il y a un problème, le vendeur qui est le bénéficiaire de la clause peut inscrire cette réserve, sans le consentement de l'acheteur. Cela a été admis par les tribunaux suisses. Exemple : « *Title to the Goods shall pass to the Buyer upon full payment of the Goods being received by Seller. Seller shall have the unilateral and discretionary right to request at any time registration of this retention of title clause with the appropriate registers at the place of location of the goods, and Buyer hereby irrevocably consent in advance to such registration* ». Mais il y a un problème si l'acheteur fait faillite : le TF a dit que l'inscription de ce droit après ne sera pas opposable à la masse en faillite. Si par contre il l'inscrit avant la faillite (p.ex il voit que l'autre partie a des soucis d'argent et risque de tomber en faillite), alors là tout va bien, mais il faut être vigilant. C'est donc une solution partiellement satisfaisante...

La réserve de propriété pose toujours le problème du DIPrivé, donc du droit applicable. Si la réserve est soumise au droit allemand, ils l'admettraient facilement. Mais si la marchandise doit être livrée de Munich à Singapour et que l'acheteur de Singapour ne paie pas le prix, le vendeur allemand doit revendiquer la chose. Cette revendication est-elle soumise au droit allemand (choisi par les parties) ou au droit de situation de la chose (Singapour) ? Pire, si la chose est saisie par des créanciers de l'acheteur à Singapour dans le cadre de poursuites ? C'est le droit du lieu de situation des biens qui va s'appliquer, pas le droit du contrat, donc c'est un problème. Ainsi, il ne faut pas surévaluer cette solution de réserve de propriété : elle fonctionne bien en Europe avec sa Directive, un peu moins bien en Suisse mais on peut encore s'arranger, mais dès qu'on sort de l'Europe, la question du droit applicable rend cette réserve problématique.

#### **D. Propriété intellectuelle**

Du point de vue de la simple rédaction de contrats les mécanismes sont un peu les mêmes qu'en matière de propriété. Il faut indiquer qui garde la propriété intellectuelle. On peut donc p.ex avoir ce type de clause : « *The Buyer acknowledges that any and all Intellectual Property Rights used or embodied in or in connection with the Goods or any parts thereof in which the Seller has an interest is and shall remain vested at all times in the Seller. The Buyer shall not at any time in any way question or dispute the ownership of any such rights* ». C'est une clause qui correspond à ces clauses selon lesquelles elles indiquent qu'elles ne souhaitent pas transférer les droits de PI. Elles sont efficaces entre les parties sous réserve

de droit impératif des conventions internationales en matière de PI, mais elles ne s'imposent pas contre des tiers.

Par ailleurs il faut faire attention aux droits de PI qui peuvent naître pendant l'exécution d'un contrat : les parties peuvent collaborer et faire des découvertes ou créer des éléments. La question est de savoir à qui appartiennent alors ces droits de PI. On peut avoir ce genre de clause : « *The Buyer acknowledges that any and all Intellectual Property Rights created in the performance of, or as a result of the Contract (whether new or by way of development of an existing right) shall belong to the Seller unless otherwise agreed in writing by an Appointed Person* ».

### **E. Clause de durée, droit impératif**

Les parties intègrent un certain nombre de clauses sur la durée du contrat et sur sa résiliation. Dans certains contrats la question ne se pose pas (le contrat sera épuisé par son exécution à la date convenue, p.ex livraison). Dans les contrats d'agence, de transport, de société, d'entreprise etc par contre il y a une durée souvent assez longue ce qui implique des clauses de durée.

Il faut faire attention à ce terme de relation pérenne, car un contrat ne peut pas être éternel, en tout cas pas en droit suisse, ce serait contraire à l'art. 27 CC (protection de la personnalité, un contrat à durée excessive n'est pas valable en droit suisse ; il n'y a pas de règles, l'excessivité dépend donc du contrat). Remarque : on peut avoir certains droits « éternels » (= sans limite de temps) par contre, tels que des servitudes.

Si on envisage la fin du contrat, on peut envisager (et intégrer dans le contrat) : la fin ordinaire du contrat et/ou la résiliation extraordinaire du contrat.

Il faut également faire attention aux dispositions impératives en matière de résiliation des contrats. Parmi les contrats de durée les plus classiques on en a deux où il y a la partie faible qui doit être protégée : le contrat de travail et le contrat de bail, tout deux s'inscrivant dans la durée avec chacun leurs règles de protection spécifiques, ainsi que des règles formelles sur la résiliation. Ces dispositions impératives prévalent évidemment sur les dispositions contractuelles.

Il y a donc ces contrats dits sociaux, il y a aussi le principe très général de l'art. 27 CC, mais il y a aussi une difficulté particulière en droit suisse qui est l'art. 404 CO qui s'applique aux contrats de mandat, donc tous les contrats de services. Cette disposition prévoit que le contrat peut être révoqué en tout temps, sans motivation. Cela peut paraître choquant que contre le texte même du contrat l'une des parties puisse résilier sans motif particulier. Mais attention le mandat est un contrat spécial avec un lien de confiance fort. Serait-il admissible qu'un avocat fasse signer à son client un contrat selon lequel c'est son avocat pendant 5 ans et que le contrat est non résiliable ? Si le client n'est plus à l'aise, il doit pouvoir choisir un autre avocat, même si ce dernier n'a commis aucune faute. Idem pour un médecin ou un psychologue. Une clause qui nous empêche de résilier ce type de contrat est abusive. Néanmoins il y a beaucoup d'autres contrats de services qui sont commerciaux. L'art. 404 CO peut être un peu excessif dans son champ d'application. Du coup il y a une réforme en cours

au Parlement suisse sur une révision de l'art. 404 CO qui viserait à ne plus le rendre impératif.

Dernier principe de droit impératif suisse : pas un principe légal mais jurisprudentiel posé par l'ATF 122 III 263 pour tous les contrats selon lequel il est toujours possible de résilier un contrat de durée pour justes motifs, quel que soit le type de contrats et quelles qu'en soient ses clauses. C'est prévu pour certains contrats en droit suisse (travail, agence etc) mais le TF a élargi ce principe à l'ensemble des contrats de durée. Un juste motif se définit comme toute circonstance de nature à rompre définitivement la confiance entre les parties. Souvent une violation grave, mais aussi une circonstance extérieure (p.ex entreprise de bouteille qui travaille avec Coca Cola est rachetée par Pepsi, c'est normal que Coca Cola ne veuille plus travailler avec elle).

#### F. Clauses de résiliation ordinaire

Dans les limites du droit impératif il faut tout de même prévoir des modalités de résiliation. S'agissant de la résiliation ordinaire (« mort naturelle du contrat »), elle peut poser des difficultés de mise en œuvre. Quid si les parties continuent d'exécuter le contrat après la date de résiliation prévue dans le contrat ? Le problème c'est que si un litige survient alors qu'elles ont dépassé la date d'expiration du contrat, la situation juridique est complexe puisque la continuation des rapports juridiques ne se fait a priori pas sur la base du contrat. Est-ce implicite ? Ce n'est pas clair. Auraient-elles continué de travailler sans contrat ? Du coup les litiges se règlent-ils sur la base de règles sur la gestion d'affaires sans mandat (419 ss CO) ? Situation compliquée.

Donc il ne faut pas laisser les choses se faire comme ça et il est préférable de prévoir le renouvellement possible de ce contrat, tel que p.ex un renouvellement exprès : « *This contract shall come into force on July 1, 2014 an expire on July 1, 2018.. --- unless extended by mutual agreement in writing between the parties* ». Là c'est mieux car le principe de prolongation est posé dans le contrat et demande en plus que la prolongation soit mise par écrit, ce qui est assez rassurant, mais ensuite question : si il y a prolongation sans mise par écrit, quid ? On peut donc préférer une règle un peu plus flexible qui est la règle du renouvellement tacite, p.ex avec ce type de clause : « *This agreement shall be automatically extended by tacit agreement from year to year unless terminated by either Party by the giving of three months written previous notice by registered mail with acknowledgement of receipt prior to the end of any latter one year period* ». Clause intéressante car là le contrat peut être renouvelé, donc au pire leur relation reste soumise aux clauses du contrat. Et puis les parties prévoient la durée de renouvellement.

On peut dès le départ prévoir que le contrat aura une durée indéterminée, et donc prévoir une procédure de résiliation. On a ce type de clause : « *Either Party may terminate this Agreement by the giving of a prior six months written previous notice by registered mail with acknowledgement of receipt* ». Souvent pour les contrats à durée indéterminée l'OJ prévoit des solutions, donc ce n'est pas très grave mais simplement ce n'est pas toujours satisfaisant pour les parties. Typiquement si on a un contrat de *Joint Venture* où deux grandes entreprises collaborent, sans clauses spécifiques sur la résiliation et à durée indéterminée, les règles sur la société simple s'appliquent (art. 546 ss CO). L'art. 546 CO nous dit qu'il faut

un délai de résiliation de 6 mois pour pouvoir mettre fin à ce type de contrat. Les parties qui veulent un contrat très long de 20 ans p.ex, en réalité, sont en train de faire un contrat totalement précaire et qui n'engage pas les parties en tout cas pour plus de 6 mois. Donc en voulant faire un contrat trop long, on peut faire un contrat très précaire. Ainsi la durée indéterminée n'est pas très satisfaisante comme solution. Donc souvent on a un compromis avec une durée initiale (p.ex de 10 ans, ce qui empêche de tomber dans les contrat à durée indéterminée) et avec, à partir de la fin de cette durée initiale, un système de renouvellement implicite et avec la possibilité de résilier moyennant un préavis

### G. Clauses de résiliation extraordinaire

S'agissant de la résiliation extraordinaire, ce sont des clauses qui conduisent à ce que le contrat prenne fin hors des attentes initiales des parties. On peut envisager une clause qui vise des événements perturbateurs extérieurs tels que p.ex un cas de force majeure qui dure notamment. On peut prévoir que si après un certain temps le cas de force majeure n'est pas levé, le contrat prend fin. Autre exemple : on peut aussi prévoir que si une partie fait faillite, le contrat prend fin. En fait on est très proche des clauses qui correspondent à des conditions résolutoires. On peut aussi penser à des clauses de violation du contrat qui entraînent la résiliation du contrat (moyen de droit supplémentaire conféré aux parties pour la violation du contrat par l'autre partie). L'art. 107 CO p.ex prévoit non pas la résiliation mais la résolution du contrat en cas de demeure. Le système en soit existe.

Si on fait ça, on doit se demander quelle violation du contrat justifie la résiliation. Art. 18 CO : interprétation par le juge si rien n'est prévu, mais il vaut mieux prévoir. Souvent les parties utilisent le terme de « Substantial (ou material) breach », autrement dit une violation substantielle du contrat, et parfois les parties essaient de la définir dans le contrat ; c'est mieux mais c'est difficile de tout prévoir. Donc souvent, la solution passe en réalité par la rédaction de la procédure de résiliation avec très souvent un délai / une période de grâce, où la partie victime fixe un délai à l'autre partie pour remédier à / réparer la violation du contrat. C'est ce qu'on appelle en anglais une « *Curing Period* » et ce n'est qu'à la fin de cette période, si il n'a pas été remédié à cette violation, que la résiliation peut intervenir. On a par conséquent ce genre de clauses : « *In the event the Supplier breaches or fails to comply with one or more of its obligations hereunder, the Purchaser shall give the Supplier written notice of such breach or non-compliance at any time thereafter. The Supplier shall remedy such breach or non-compliance within twenty-eight (28) days from the date of such notice. – In the event that the Supplier does not remedy the breach or non-observance within the said twenty-eight (28) days; then the Purchaser shall, without incurring any liability whatsoever, have the right to immediately terminate this Agreement by giving written notice of termination to the Supplier to that effect* ».

Attention : il est possible de mettre la clause « *Time is of the essence* » mais il faut se méfier de cette clause. On ne peut pas mettre cela puis dire que la résiliation du contrat se fera après un certain délai : il faut choisir entre les deux sinon c'est contradictoire !

## H. Liquidation des rapports contractuels et « *Surviving clauses* »

Une fois que l'on a prévu ces clauses de résiliation, cela peut être utile de déterminer dans le contrat quelles sont les conséquences de la fin du contrat. Cela peut découler de l'OJ dans lequel on se trouve mais en tout cas en droit suisse on a peu de dispositions, facilement applicables en tout cas.

Il est préférable d'utiliser des solutions contractuelles, notamment un système de liquidation des rapports contractuels. Plein de questions peuvent être réglées, telles que les rapports avec les tiers, la question des obligations de confidentialité, la question des stocks, etc. P.ex on peut prévoir que celui qui met fin au contrat devra racheter le stock avec ce type de clause : « *Upon the termination of this Agreement for any reason, the Manufacturer shall be entitled (but not obliged) to repurchase from the Distributor all or part of any stocks of the Products then held by the Distributor at their Invoice Value or the value at which they stand in the books of the Distributor, whichever is lower* ». Ici l'idée donc est de racheter à bas prix le stock. On peut aussi prévoir alternativement que l'autre partie pourra continuer d'écouler le stock : « *Upon the termination of this agreement for any reason, Distributor may sell stocks for which it has accepted orders from customers prior to the date of termination, and for this purpose and to the extent the provisions of this Agreement shall continue in full force* ». Ici l'idée est de continuer d'écouler le stock en tout cas pour les commandes en cours et surtout on continue d'écouler le stock sous l'empire du contrat avec ses règles, alors même que le contrat est terminé. Comme ça p.ex la garantie fabricant continue de marcher.

Se pose aussi souvent la question de savoir si la partie a droit à des indemnités en conséquence d'une résiliation. On prévoit en principe que : « *This agreement shall continue in full force and effect until (\_\_\_), date from which it shall expire automatically, without any right to indemnity for the representative* ». Ici expiration automatique du contrat sans droit à des indemnités pour le représentant. La il faut faire attention pck on a un certain nombre de contrat pour lesquels il y a des indemnités impératives, typiquement pour des contrats d'agence (droit à une indemnité pour la clientèle constituée) en droit suisse ainsi que dans une Directive européenne. C'est aussi le cas aujourd'hui en droit suisse pour les contrats de distribution car le TF a considéré que l'art. 418u CO (règle applicable pour les contrats d'agence) devrait aussi être appliquée pour les contrats de distribution qui eux sont des contrats innommés.

La liquidation des rapports contractuels suppose ainsi que le contrat même « mort » peut continuer à survivre parce qu'on peut avoir un litige qui survient après la fin de ce contrat. On peut prévoir aussi de le prévoir dans le contrat lui même pour éviter que le juge considère que plus aucune clause (de for ou de droit) ne s'applique. C'est précisément ce qu'on appelle les « Surviving clauses ». Exemple : « *Upon the termination or cancellation of this Agreement or any clauses hereof for any reason, those clauses which are intended to continue and survive such termination or cancellation shall so continue and survive* ». Donc certaines clauses du contrat survivront à la fin du contrat. C'est très général, car on parle des clauses qui « par le nature » vont subsister (on pense à la prohibition de concurrence, aux clauses de résolution des litiges, etc), mais rien ne nous empêche de préciser les clauses qui subsisteront dans le contrat.

## 2. SEANCE DE TRAVAIL

**CAS 27.** *La société ARTANTIC SA vend des antiquités grecques. Pour s'assurer contre les risques de non-paiement par ses clients, elle envisage d'insérer la clause suivante dans son contrat et vous demande si elle serait efficace en droit suisse :*

***Title to the Sold Product shall pass to Buyer upon payment of Purchase price.***

- Utilité : cela peut se traduire comme : « La propriété des produits vendus passera à l'acheteur dès le paiement ». Cela déroge à quel principe de droit suisse ? A l'art. 714 CC selon lequel la propriété passe avec une cause (contrat valable) et un transfert de possession (pour ce qui est des choses mobilières). Attention, en droit français, la cause suffit, et en droit allemand c'est le transfert de possession qui est le plus important. Ici, la clause rajoute une condition supplémentaire à ce qui est prévu en droit suisse, c'est le paiement du prix. Cela sert à sécuriser la transaction pour le vendeur : si le prix n'est pas payé par l'acheteur, le vendeur garde la propriété de la chose et peut la revendiquer / la récupérer. C'est donc une clause utile.
- Interprétation : cette clause est claire.
- Validité : on a des règles spécifiques en droits réels et cette clause là s'appelle une **réserve de propriété**. On trouve cela dans de très nombreux systèmes juridiques (en Allemagne c'est quasiment systématique). On a même une directive européenne sur les retards de paiements, qui prévoit que tous les Etats membres doivent laisser la possibilité de prévoir une telle réserve de propriété. Il se trouve que la Suisse n'est pas très moderne sur cette question là. On a l'art. 715 CC qui prévoit une inscription dans un Registre des Pactes de Réserve de Propriété qui est tenue par l'Office des Poursuites au domicile de l'acheteur. C'est embêtant parce que finalement on est dans un contrat et pour une question d'opposabilité aux tiers, on a donc cette nécessité d'inscription. Mais ce n'est pas du tout pratique. Deuxième problème : pour les contrats suisses ça va, mais si on se trouve dans un contrat international, il n'y a pas forcément de tel Registre dans un autre pays. Donc en résumé, cette clause est valable mais pose un problème en droit suisse. Quid du droit applicable ? La LDIP ne permet pas de choisir si facilement le droit applicable au transfert des droits réels. On peut le faire mais ce n'est pas opposable aux tiers. Il y a donc la question du droit applicable en matière de droits réels qui se pose également.

**CAS 28.** *Validité et efficacité de cette clause :*

***This Service agreement is for a period of two years. It shall be automatically renewed by tacit agreement unless otherwise declared by either party at the end of the two-years initial period. This Service agreement could still be terminated after the two-years initial period in accordance with the provision of this Service agreement dealing with termination for cause.***

- Utilité : si une partie souhaite mettre fin au contrat, elle doit le dire avant la fin de la première période de deux ans. Si personne dit rien, le contrat continue. Après la période de deux ans, c'est toujours possible de mettre fin au contrat, mais uniquement en liaison avec la résiliation pour justes motifs. A quoi sert cette clause ? A prévoir une durée initiale et un mécanisme de renouvellement.
- Interprétation : le système est le suivant : on a une première partie de deux ans et ensuite c'est renouvelé. Le problème c'est la durée. Cela peut être deux ans, contrat à durée indéterminée, contrat perpétuel (contraire à l'art. 27 CO en droit suisse), etc. Est-ce que cela suffit de dire qu'ils peuvent résilier le contrat pour justes motifs ? A contrario, quand on lit cette clause, on comprend que le contrat ne peut être résilié que pour justes motifs uniquement, donc pas de résiliation ordinaire, ce qui ne va pas du tout puisque dans un contrat de durée on peut avoir une clause de résiliation extraordinaire telle que des justes motifs, mais il faut aussi une possibilité de résiliation ordinaire !
- Validité : est-ce que cette clause est valable ? Une fois amélioré d'une clause de résiliation ordinaire, etc ? Une disposition impérative du droit suisse va poser problème ici : dans un contrat de services / de mandat, il y a un rapport de confiance entre les parties et que si une des parties n'a plus confiance, elle doit pouvoir résilier le contrat. C'est l'**art. 404 CO**, qui autorise les parties à résilier le contrat en tout temps.

**CAS 29.** *Clause se trouvant dans un contrat de distribution :*

***Upon termination of the Distribution Agreement, the Principal shall have the right, but not the obligation to repurchase the outstanding stock of product owned by the Distributor at Distributor price. No further indemnity shall be due to the Distributor upon termination of this Contract.***

- Utilité : le distributeur (D) achète des produits à un fabricant (F) et les revend à des consommateurs (C). Evidemment D achète des produits à F et un donc stock. Il est prévu dans cette clause que si le contrat est résilié, F aura le droit mais pas l'obligation de racheter le stock de D au prix de D. C'est une **clause de liquidation des rapports contractuels**.
- Interprétation : assez clair, on nous dit que ce sera un droit mais pas une obligation (il appartient à F de décider si il veut racheter le stock ou non), au prix du distributeur. Qu'est-ce qui manque éventuellement ici ? Il faut prévoir ce qui se passe si cette possibilité de rachat n'est pas utilisée (logiquement p.ex D peut continuer d'écouler les produits, mais alors il faut prévoir à quelles conditions, si F continue de donner des garanties).
- Validité : la question qui se pose c'est qu'en principe un agent a droit à la clientèle qu'il a constitué. C'est un peu le même principe ici : le fabricant va bénéficier de la

clientèle que le distributeur a constitué. Est-ce que le principe de **l'indemnité de clientèle** (art. 418u CO, disposition impérative, ne peut pas être exclu par le contrat) qui vaut pour un agent, vaut aussi pour le distributeur (qui agit pour son propre compte et qui est plus libre que l'agent) ? Pendant longtemps on a considéré que non en droit suisse mais aujourd'hui le TF considère que cela s'applique aussi aux distributeurs mais à certaines conditions.

## VI. Clauses standards et résolution des litiges

---

### 1. COURS THEORIQUE

#### **A. Introduction – Boiler plates clauses**

Il faut déjà envisager un futur litige possible, au cas où. C'est essentiel car le contrat n'est utile dans le fond que si il y a un litige, ce n'est qu'à ce moment là qu'on va voir si il a été bien ou mal rédigé.

S'agissant des Boiler plates clauses, il semble que pour désigner un texte standardisé est né d'une plaque de taule/de chaudière qui se trouvait dans le même immeuble que l'American press association. On trouve les Boiler plates clauses souvent a la fin du contrat, voire dans une seule disposition nommée « Divers » (« Miscellaneous »). Typiquement il y a des clauses de divisibilité, d'intégralité, de modification de contrat, de cession et de confidentialité.

#### **B. Clause de divisibilité**

Exemple : « *If any of the provisions of this Agreement are found to be null and void, the remaining provisions of this Agreement shall remain valid and shall continue to bind the Parties* ». L'idée est la même : si une des clauses du contrat n'est pas valable, le reste du contrat reste valable.

Si il n'y a pas de telle clause, d'après la théorie du droit suisse (art. 20 al.2 CO) il faut aller chercher la volonté hypothétique des parties, si pour elles le contrat serait resté valable malgré la nullité d'une seule clause. La clause de divisibilité est une affirmation des parties selon laquelle elles souhaitent simplement amputer le contrat de cette clause et garder le contrat valable.

Une clause de divisibilité poussée à son extrême pourrait néanmoins conduire à l'absurde. En effet, si la clause problématique est une clause essentielle, le contrat n'aurait plus de sens. Donc le TF fait une distinction entre la divisibilité subjective (la volonté des parties) et la divisibilité objective (est-ce qu'objectivement le contrat garde un sens après l'avoir amputé de(s) (la) clause(s) problématique(s)) du contrat. Si la clause n'est objectivement pas divisible, alors on prononce la nullité du contrat dans son ensemble.

Il ne faut pas négliger ces clauses car elles ne s'appliquent pas que à la nullité mais aussi à l'invalidation (pour vices de consentement). Il est possible d'invalider partiellement un contrat grâce à de telles clauses. Quid d'une résolution en cas de demeure ? Peut-on

résoudre le contrat partiellement, que pour les prestations non-exécutées ? A partir du moment que les parties disent elles même que le contrat doit être maintenu, en écartant ce qui pose problème, c'est déjà un bon argument.

### C. Clause d'intégralité

C'est une clause aussi très standardisée. Exemple : « *This Agreement and any schedules constitute the entire understanding between the parties and supersede any prior communication, representations, or agreements whether oral or in writing* ».

Ce contrat c'est l'ensemble des accords passés par les parties et remplace tout le reste. Quel est le but ? C'est utile pck nous sommes dans un système, en tout cas en droit suisse, ou un contrat ou une partie de contrat peut être passée par oral pour la plupart (sauf immobilier etc). Ainsi très souvent les parties négocient, discutent, font des réunions, des PV etc et une partie peut faire un certain nombre de promesses, sans les concrétiser... donc l'autre partie peut dire que c'était un accord oral sur ce point là et faire chier.

Cette clause est aussi utile ou plusieurs contrats se sont conclus entre les parties, et on veut tous les remplacer par un nouveau contrat.

Ce sont des clauses parfaitement valable et il est tout a fait possible qu'il n'y aucun autre accord a part celui-ci (sorte de réserve de forme au sens de 16 CO) mais a nouveau il faut distinguer entre la détermination des différents accords entre les parties et l'interprétation des accords passés entre les parties et qui ont été intégrés à ce contrat, ce qui signifie que cette clause n'est pas absolue. Comment interpréter l'accord ? Selon les mécanismes d'interprétation des contrats classiques qui se basent sur la manière dont les parties devaient, de bonne foi, comprendre le texte du contrat en tenant compte de toutes les circonstances. Donc le juge va quand même aller voir ce qui s'est fait pendant les négociations, voir les documents précontractuels, etc conformément a l'art. 18 CO et au principe général de la volonté des parties. Les parties peuvent en être déçues, néanmoins elles ne peuvent pas interdire au juge d'aller voir dans d'autres documents pour comprendre le contrat.

Attention, les clauses d'intégralité ne cristallisent pas la situation pour l'avenir, de même que pour les accords futurs. Ce n'est pas une clause d'intégralité dans ce cas qu'il faut mais une clause de modification du contrat (cf. plus bas). Les clauses d'intégralité ne valent que pour le passé.

### D. Clause de modification du contrat

Si on a réglé la question du passé, on doit encore régler la question de l'avenir, raison pour laquelle on trouve souvent des clauses de modification du contrat qui contiennent souvent d'ailleurs le fait que toute modification du contrat doit se faire par écrit, ceci aux fins de sécurité juridique pour éviter que le contrat évolue (oralement, tacitement) sans que les parties s'en rendent compte jusqu'à un éventuel litige.

Exemple : « *No modification of any of the terms or conditions herein shall be valid or binding on either Party, unless in writing and signed by an authorized representative of each Party* ».

La encore c'est une clause utile et compréhensible, on voit bien quel est le but des parties, etc mais la encore ce n'est pas une clause absolue car on ne peut pas totalement nier la réalité, et lorsqu'on a une clause de ce type, il se peut que la relation entre les parties *de facto* évolue et que les parties se mettent d'accord plus ou moins formellement sur les prestations à fournir, etc et cela peut paraître abusif de se référer à cette clause, alors que de part leur attitude les parties se sont mises d'accord sur certaines modifications. On a un principe de ce genre exprimé dans les Principes Unidroit à l'art. 2.1.18 : « *A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct* ». A partir de « *However* », c'est la réserve, donc ledit principe.

### E. Clauses de cession

Art. 164ss CO en droit suisse mais ce sont des principes très généraux : une créance est un actif tout à fait transmissible, qui se fait sans l'accord du débiteur (mais nécessite un accord entre le cédant et le cessionnaire selon l'art. 165 CO), ceci a moins que la créance ne soit réputée incessible (cas le plus réputé : parce qu'elle a été prévue comme tel dans le contrat).

Ainsi faut-il totalement prescrire/exclure les cessions ? Non, pas très pratique, surtout si il faut procéder à un recouvrement. Donc s'empêcher de céder les créances, c'est s'empêcher qqch qui peut être très pratique. En revanche on peut prévoir que la cession de créance doit faire l'objet de l'accord de l'autre partie, donc revenir sur le principe général selon lequel l'accord du débiteur n'est pas nécessaire, et au contraire prévoir qu'il le sera. On peut aussi prévoir les conditions de la cessibilité.

Exemple classique : « *The rights of any Party under this Agreement cannot be assigned without the prior written consent of all Parties* ».

Attention : quand on parle d'une cession de créance, il faut la distinguer de la reprise de dette (accord de tout le monde nécessaire) mais aussi de la cession de contrat (une partie peut céder sa place dans le contrat à une autre partie). C'est possible, on appelle cela un transfert de contrat, qui lui aussi nécessite l'accord de toutes les parties.

Pour les cessions de contrats, dire que l'accord de la partie adverse est nécessaire n'est pas très utile car c'est déjà obligatoire, par conte on peut prévoir un accord « à l'avance », typiquement un contrat ou une partie admet que l'autre partie transfère le contrat à une autre société si il s'agit d'une de ses filiales, etc. Exemple : « *The Supplier reserves the right to assign the whole or part of the Contract to a Subsidiary who shall undertake both benefit and burden of this Agreement* ». Clause importante car l'identité des parties peut être modifié, et donc pour celui qui demeure, il a en face de lui un nouveau cocontractant. Pas choquant car il a donné son accord, soit lors du transfert, soit de manière anticipée.

## F. Clause de confidentialité

Assez fréquentes. Souvent il est prévu que l'existence du contrat et/ou que ses conditions doivent demeurer confidentielles. Exemple : « *The terms and conditions of this Agreement shall be treated as confidential and such terms and conditions shall not be disclosed in whole or in part by either of the Parties without the prior consent of the other Party* ».

Remarques :

- Il faut savoir ce qui est confidentiel. Ici on nous dit que ce sont les dispositions du contrat qui sont confidentielles, mais on peut même prévoir que l'existence même soit confidentielle. On peut aussi porter cette confidentialité aux termes techniques, etc. Donc il faut déterminer l'objet couvert par cette confidentialité si on veut que la clause fonctionne.
- La clause n'est pas absolue : le contrat n'est pas un document destiné à rester dans un tiroir mais à être utilisé (avec des financiers, des sous-traitants, dans le cadre d'un litige, etc), et donc on peut pas prévoir une clause de confidentialité totale, cela n'aurait aucun sens et donc il est préférable de prévoir les exceptions dans le contrat (p.ex être produit vis à vis de banquiers, à un cercle restreint d'employés, etc). Il va de soit qu'ils peuvent le produire dans le cadre d'un litige, peu utile de le dire mais les parties doivent en être conscientes (attention : parfois préférable de choisir l'arbitrage qui est plus confidentiel, plutôt qu'une procédure étatique dans un tribunal qui l'est moins).
- Lorsqu'on fait cette clause, évidemment c'est une clause contractuelle dont la violation pourrait donner lieu à des DI, mais quels sont les dommages générés par la violation d'une telle clause ? Souvent très difficile à calculer car ce ne sont pas des dommages purement économiques. Donc si on a juste cette obligation sans moyens de droit prévus dans le contrat, c'est problématique, donc préférable de prévoir des moyens de droit spécifiques. La clause classique, c'est la clause pénale, qui est évidemment un moyen efficace pour éviter de calculer le dommage (sous réserve du principe qu'une clause pénale excessive risque d'être réduite par le juge).
- Enfin, il faut voir quelle est la durée de vie de ces clauses. La durée de vie logique c'est la durée de vie du contrat, et encore on pourrait vouloir limiter les clauses de confidentialité à partir du moment où il y a de la notoriété publique (p.ex construction d'un métro, quand on commence à le construire, la tout le monde sait qu'il existe). En outre, se pose aussi la question de la survivance de cette clause après le contrat (p.ex infos techniques échangées peuvent et doivent rester confidentielles souvent après la fin du contrat, donc on peut compléter le contrat par des clauses de survivance).

Cela reste des clauses qui se caractérisent par le fait qu'elles peuvent être intégrées dans n'importe quel contrat (de vente, d'entreprises, etc). Même si elles ne sont pas totalement dénuées d'effets juridiques, elles sont évidemment bcp moins importantes que les clauses de règlement des litiges.

## G. Règlement des litiges – Droit applicable

Deux aspects différents, mais liés, à considérer : c'est la question classique du droit applicable mais aussi la question du juge compétent, du for, du mode de règlement du litige (en particulier le plus classique étant l'arbitrage).

S'agissant du droit applicable, quelques remarques :

- Le principe de base, en tout cas celui du DIP suisse (art. 116 LDIP) c'est que les parties déterminent librement le droit applicable. Attention : L'art. 116 LDIP n'est pas universel et il y a d'autres systèmes plus restrictifs ou on exige un rattachement entre le droit choisi par les parties et le contrat lui même. Mais en droit suisse, on peut imaginer un contrat entre une société suisse et une société américaine pour une construction en Arabie saoudite, avec comme droit applicable le droit allemand. C'est tout à fait possible dans notre DIPrivé suisse. Néanmoins il y a une tendance à réduire cette liberté pour certains types de contrats, notamment les contrats avec les consommateurs, car on a tout un mouvement de protection des consommateurs (UE, Suisse, monde). Exemple de clause de choix du droit applicable: « *This Contract shall be governed by the laws of Switzerland, without reference to its conflicts of law rules* ». Il faut aussi penser au caractère approprié du droit qu'on choisit. En outre, si l'Etat dont le droit est choisi est un Etat fédéral, se pose aussi la question de quel Etat fédéré le droit est choisi. P.ex pour la Suisse, le DIPrivé a été unifié, mais aux USA ce n'est pas le cas.
- Attention aux conventions internationales ! Typiquement, la CVIM peut aussi s'appliquer, il faut y faire attention. Si on a choisi le droit d'un Etat qui a ratifié la CVIM, se pose la question si on a voulu choisir le droit interne de cet Etat ou si on a voulu aussi se référer à la CVIM. Donc le mieux c'est de le dire clairement dans le contrat : s'y référer ou l'exclure (ce qu'on appelle une clause de *opting out*, clause qui indique qu'on choisit le droit suisse à l'exclusion de la CVIM). Si on choisit le droit suisse sans rien préciser, la CVIM s'applique aussi car elle en fait partie intégrante.
- Attention aux règles de conflit ; on peut les exclure (« *This Contract shall be governed by the laws of Switzerland, without reference to its conflicts of law rules.* ») mais il faut préciser ce qu'on entend par son exclusion. Aujourd'hui plus nécessaire d'exclure le risque du renvoi si on choisit le droit suisse.
- Lorsqu'on choisit un droit applicable, le jour du litige, le droit applicable s'appliquera comme il est au jour du litige et non pas comme il était quand le contrat a conclu, car il peut y avoir des réformes etc. Si les parties choisissent le droit d'un Etat, cela peut être surprenant pour elle que ce droit s'applique dans une version nouvelle. Alors il est possible de mettre dans le contrat une clause de stabilisation. Assez séduisant car au moins c'est très prévisible. Mais c'est plus problématique qu'autre chose, surtout au niveau de la mise en oeuvre, car en effet si la JP a évolué ou le droit a évolué, on ne peut pas empêcher le juge d'en tenir compte, et lorsqu'il y a des réformes et que le législateur a prévu de nouvelles dispositions impératives, on ne peut pas les

ignorer et on met dans le juge dans une position délicate avec cette clause. Donc il vaudrait mieux accepter le risque que le droit évolue tout simplement.

## H. Règlement des litiges – Solutions extrajudiciaires

On peut envisager une réflexion en deux temps : d'abord on a ce qui se passe avant le litige lui-même / qu'il ne soit porté devant les juges, autrement dit si les parties doivent d'abord se concilier ou si elles souhaitent passer par une médiation. Etape préalable via laquelle les parties tentent de trouver un accord à l'amiable. On peut donc trouver ce type de clauses : « *This Contract shall be governed by the laws of Switzerland, without reference to its conflicts of law rules. In the event of a dispute, controversy or claim (« Dispute »), arising out or in connection with the Contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the Parties shall use their best endeavours to immediately resolve the Dispute amicably* ».

On peut aussi faire intervenir un tiers / un professionnel selon les techniques de médiation (pas simple décision pour savoir qui a tort et qui a raison mais plutôt une démarche pour trouver un accord, donc plutôt extra juridique). Un peu plus formel mais cela vaut la peine de le mettre dans le contrat, notamment pour choisir les modalités (en Suisse typiquement on a un règlement sur la médiation). Exemple : « *Any disputes arising out of or in connection with this Contract shall be submitted to mediation in accordance with the Mediation Rules of the Swiss Chamber of Commercial Mediation* ».

MAIS est-ce que ces clauses là lient vraiment les parties ? Quid si elles ne respectent pas ces clauses et/ou décident de ne pas accepter devant un médiateur ? Le juge saisi doit-il décliner sa compétence tant qu'il n'a pas de document attestant d'un échec de médiation ? On trouve souvent cette solution en France. Solution juste en soit, mais renvoyer les parties à une négociation, c'est déjà un mauvais départ. Néanmoins, en droit suisse, le TF a considéré que les tribunaux saisis ne doivent pas décliner leurs compétences.

## I. Election de for et clause compromissoire

Deux systèmes pour rendre justice : le système des tribunaux étatiques, ce qui donne le droit aux parties de choisir le for (c.à.d. le juge compétent), ce qui peut être utile. C'est aussi prévu dans la CL et dans le Règlement de Bruxelles, avec toujours les mêmes limites (typiquement droit des consommateurs, etc). Exemple : « *The English courts shall have jurisdiction over any disputes arising under the Agreement* ». On peut préciser quand même ce que c'est qu'un litige lié au contrat comme marqué dans cette clause. Exemple de type de précision qu'on peut envisager : « *The English courts shall have jurisdiction over any disputes arising under the Agreement, arising directly or indirectly in relation to this Agreement, be it a dispute in tort or in contract or for any other cause* ».

On peut aussi choisir l'arbitrage, autrement dit une clause compromissoire, « en principe » (mais pas toujours) plus rapide que les tribunaux étatiques et avec un choix possible des arbitres. Règlement ICC est le plus classique qu'on peut choisir. Exemple : « *Any disputes arising between the Parties shall be referred to and resolved through arbitration by the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce in accordance* ».

*with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce in force, which rules are deemed to be incorporated by reference into this clause* ». Pas bcp de choses à apporter en plus vu qu'il y a un règlement, il faut quand même préciser le nombre d'arbitres (nombre impair au cas ou pour une majorité), langue de la procédure pour au cas ou la traduction des pièces et surtout la détermination du siège.

Ensuite, peut-on recourir contre la sentence arbitrale ? Ca dépend du siège ? Art. 190 LDIP pour la Suisse mais à condition que le siège soit en Suisse. Si c'est en Angleterre alors c'est la législation anglaise qui déterminera si c'est possible de recourir. Le siège est aussi nécessaire pour déterminer quel est le juge d'appui, surtout si une des parties ne désigne pas d'arbitre.

#### J. Règlement des litiges – Remarques complémentaires

Peut-on exclure le recours au TF contre une décision arbitrale ? Oui dans le principe mais avec deux réserves : cela doit être fait expressément dans la clause (dire que la décision sera finale ne suffit pas) et l'art. 192 LDIP dit que cette exclusion n'est pas valable si une des deux parties a son siège OU son domicile en Suisse. Exemple : « *The arbitration award shall be final and subject to no appeal for whatever cause before the Supreme court of Switzerland within the meaning of article 190 par. 2 of the Swiss federal Act on private international law* ».

Si le contrat est interne, ce sont les règles sur l'arbitrage interne qui se mettent en place, plus souvent le Code de procédure civile si on est en Suisse.

Il peut être utile de prévoir ce qui se passe entre les parties pendant le litige : il peut arriver que le contrat ne soit pas arrivé à son terme pour autant ! Quel est l'effet du litige sur la continuation de la relation contractuelle ? On peut prévoir que le contrat continue à être exécuté dans une certaine mesure. Exemple : « *The Parties shall, without delay, continue to perform their respective obligations under this Agreement, which are not affected by the dispute* ». Dans la mesure où il s'agit d'obligations qui n'ont pas affectées par le litige, elles continuent. Si on n'a pas cette clause, cela peut être un peu ambigu. Dans ce cas là, l'effet du litige pourrait passer par le principe de l'art. 82 CO (justification pour la fin de l'exécution de ce contrat).

Les fors (judiciaires) sont les fors qui consistent à déterminer le tribunal compétent. Dans un autre compétent on parle de fors de poursuite, c.à.d. le lieu de l'exécution forcée du contrat (saisie, poursuite, faillite du débiteur). Le for de poursuite n'est pas du tout régi par le LDIP, la CL ou le RB : c'est qqch de tout à fait différent régi par la LP en droit suisse. L'art. 50 LP dit qu'on peut prévoir un for de poursuite. C'est pas forcément très opportun mais on peut utiliser ce type de clause : « *The Parties choose domicilium citandi et executandi for all purposes under this Agreement, including without limitation for delivery of notices, enforcement and debts collection proceedings, as follows : (\_\_\_\_)* ». Mais prof dubitatif car l'exécution forcée consiste à saisir des actifs appartenant au débiteur de manière à l'obliger à payer, par conséquent le lieu d'exécution devrait être le lieu où le débiteur a des actifs ; si il n'en a pas et qu'il n'y a rien à saisir, cela n'a aucun sens. Et donc cela n'a pas tellement de sens de le choisir à l'avance puisque les actifs du débiteur peuvent évoluer, voire circuler.

Mieux de le choisir après, donc ces clauses sont plutôt inopportunes, vaut mieux se limiter au for judiciaire.

## K. Conclusion finale

Exemple de protocole de signature : « *In witness whereof, this Agreement has been executed in Geneva, Switzerland, this 6th day of July 2015* », utile au moment de la signature d'indiquer la date du contrat, cela permet de s'y référer notamment si il y a plusieurs contrats et puis cela fait partir le délai de prescription, voire avoir un rôle sur le transfert des risques. Attention : vérifier que les parties qui signent ont le droit de le faire (représentation, etc).

## 2. SEANCE DE TRAVAIL

**CAS 30.** Dans le cadre d'un contrat de collaboration technique, la clause suivante vous est proposée :

***Le présent contrat est confidentiel et ne pourra être en aucun cas transmis à un tiers.***

- Utilité : clause de confidentialité, clause très standard. Le but est de garder le contrat confidentiel. Cette clause est donc utile.
- Interprétation : il y a certaines clauses qui doivent continuer de déployer leurs effets même après la fin du contrat et ce type de clause n'a de but justement que si elle « survit » à la résiliation du contrat. Parfois ça va de soit (pour une clause de résiliation des litiges p.ex), mais c'est moins claire pour une clause de confidentialité. Est-ce qu'elle doit survivre au contrat ? C'est la liberté des parties et c'est un choix qui doit être fait. On peut le mettre dans la clause elle même, mais ce serait mieux selon Prof de faire une clause séparée appelée « clause de survivance ». Ensuite quid de l'étendue de la confidentialité ? Notamment par rapport aux tiers concernés ? Pas par rapport à tout le monde, p.ex pas pour le juge. Il faut délimiter ce qu'on entend par « tiers », si on ne peut jamais sortir le contrat en aucun cas, il n'a plus de but. Autres exceptions à envisager ? Les sous-traitants ou même les employés ? Il faut délimiter ! Si n'importe qui peut avoir accès au contrat, il n'y a plus de confidentialité, mais on peut avoir un cercle restreint (p.ex uniquement 5 qui vont exécuter le contrat). Et aussi dans quelles circonstances ? On peut p.ex ajouter « sauf demande pénale ou administrative de divulgation » et on ne va pas nous reprocher d'avoir violé le contrat dans ce cas là. Cela va de soit mais pourquoi ne pas le mettre. Cf. art. 163 al2. CO : on ne peut pas sanctionner des actes licites par une clause pénale, donc on ne peut pas sanctionner la divulgation si on doit le faire dans une enquête pénale.
- Validité : valable.

**CAS 31.** Dans le cadre de la négociation d'un contrat soumis au droit suisse, une partie propose la clause suivante :

***If any of the provisions of this Agreement are found to be null and void, the remaining provisions of this Agreement shall remain valid and shall continue to bind the Parties.***

Votre client, qui est le cocontractant, propose la réserve suivante :

***... unless it can be concluded from the circumstances that, in the absence of the provision(s) found to be null and void, the Parties would not have concluded the present Agreement.***

La partie adverse refuse cette adjonction en faisant valoir que cette solution est trop compliquée. Elle propose soit de laisser la clause en l'état, soit de la supprimer complètement. Que conseillez-vous à votre client ?

- Utilité : en droit contractuel nullité totale ou partielle est une question qui se pose (si un article n'est pas valable, est-ce que tout le contrat est totalement nul ou juste la clause problématique doit être écartée ?). Art. 20 al.2 CO en droit suisse : c'est la volonté hypothétique des parties, auraient-elles conclu le contrat en sachant que cette clause était nulle ? Difficulté : c'est une volonté présumée. Pour éviter que le juge reconstitue leur volonté après coup, les parties peuvent le prévoir par une **clause de divisibilité**, comme c'est le cas de la première clause. Donc cette clause est utile et les parties expriment clairement leur volonté. Quid de la seconde ? Si on supprime complètement toutes ces clauses, on revient à 20 al.2 CO (contrat valable sauf si les parties n'auraient pas voulu conclure cette clause si elles avaient que telle ou telle clause était nulle), or avec son adjonction, c'est exactement ce que veut notre client, donc on a intérêt à tout supprimer pour revenir à l'art. 20 al.2 CO. Evidemment si on est dans un autre système juridique (pas droit suisse), il faut vérifier ce que le droit prévoit en matière de nullité totale ou partielle.
- Interprétation : la clause est claire.
- Validité : valable mais garder à l'esprit qu'il y a des limites intrinsèques à l'efficacité de ces clauses : si on a un contrat de vente et que l'objet de la vente est quelque chose qui ne peut pas être vendu (p.ex œuvre d'art), on ne peut pas dire que le contrat reste valable sauf l'art. 1 qui désignait l'objet de la vente... C'est la notion de divisibilité objective. En droit suisse cela a été posé dans l'arrêt 130 III 49.

**CAS 32.** Dans le cadre d'un contrat de vente entre une société du New Jersey et une société suisse, vous trouvez la clause d'élection de droit suivante :

***This Contract shall be governed in accordance with the Laws of the United States.***

- Utilité : utile car ça sert à déterminer le droit applicable au contrat (élection de droit).
- Interprétation : La Suisse est un Etat fédéral avec un droit unifié, mais ce n'est pas le cas des USA, donc il faut préciser le droit de quel Etat américain s'applique : il y a des différences importantes entre les Etats américains en matière de droit privé. Art. 14 LDIP : pas de renvoi au droit d'un autre Etat, c'est admis à peu près partout ainsi qu'aux US. Ce n'est donc pas indispensable d'ajouter « à l'exclusion des règles de conflit du droit américain ». En outre, contrat de vente international : il faut penser à la problématique de la CVIM. Dernier point qui mériterait une précision : a priori la volonté des parties est de limiter cette élection au contrat, donc ce qui se passe au niveau précontractuel, extracontractuel, responsabilité délictuelle, etc on ne sait pas ce qui se passe, donc il faudrait élargir le champ d'application de cette clause d'élection de droit, p.ex en disant « Tout litige sujet du présent contrat, quelle qu'en soit la cause sera soumis au droit du Texas/New Jersey/etc ».
- Validité : c'est un contrat de vente. La question du droit applicable et de la compétence du juge sont complètement différentes : si c'est un juge suisse, il va appliquer ses propres règles de conflit où il trouvera des règles de protection des consommateurs. Idem pour les USA, l'Allemagne, etc. Donc il faut trouver d'abord le juge compétent. Ensuite il y a certains contrats où on ne peut pas choisir n'importe quel droit pour n'importe quel contrat : ici on sait juste que c'est un contrat de vente, mais si c'est un contrat de vente d'immeubles, la règle c'est le lieu de situation de l'immeuble ! Idem pour contrat de travail, etc. Donc faire attention.

**CAS 33.** Dans les conditions générales de Compufast SA, société suisse de vente de matériel informatique, vous trouvez la clause suivante :

***Tout litige au sujet du présent contrat sera soumis au Tribunal de première instance de la république et canton de Genève, l'appel à la Cour de justice étant réservé. Le droit français est applicable.***

- Utilité : clause d'élection de for à Genève ici et élection du droit français comme droit applicable. Donc clause utile.
- Interprétation : s'agissant de **l'élection de for**, plutôt classique sauf qu'ils ne réservent que la Cour de Justice, donc *a contrario* un recours au Tribunal fédéral est exclu. Cela pourrait être l'argument de l'autre partie, mais en même temps c'est une question d'interprétation !
- Validité : s'agissant de **l'élection de for**, si on interprète cela comme une exclusion au TF, est-ce valable ? Selon l'ancienne jurisprudence, on peut y renoncer si il s'agit d'un droit disponible (sauf si c'est p.ex une affaire de filiation, etc). Cela a changé ! ATF 141 III 596 : on ne peut plus renoncer à un recours au TF et interprétée comme telle, la clause doit être considérée comme illicite. + Si c'est dans des conditions générales comme c'est le cas ici, il y a la protection des consommateurs (art. 8 LCD + directive

européenne). Risque que la clause ne soit pas valable, selon l'art. 120 LDIP (élection de droit) et l'art. 15 CL (élection de for), un consommateur peut agir à son domicile et selon son propre droit (à certaines conditions tout de même). Ensuite, peut-on déconnecter le for et le droit applicable comme ici ? Oui, tout à fait possible, maintenant autre est la question de savoir si c'est opportun ou pas.

**CAS 34.** *Une société partie au contrat comprenant la clause suivante agit en justice sans avoir tenté de négocier un accord amiable avec son cocontractant. Ce dernier vous consulte.*

***In the event of a dispute, controversy or claim ("Dispute"), arising out or in connection with the Contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the Parties shall use their best endeavours to immediately resolve the Dispute amicably. Should they fail to do so, then the dispute will be submitted to the Ordinary Courts of Geneva.***

- Utilité : d'abord elles doivent trouver un accord amiable, à défaut les parties devront soumettre leur litige aux tribunaux ordinaires de Genève. Donc élection de for subsidiaire mais avant c'est une **clause de conciliation**. Donc clause utile.
- Interprétation : il faut dire pendant quelle période ils doivent négocier, sinon c'est un peu théorique, on prend notre téléphone, on demande à l'autre partie si ils veulent payer, l'autre dit non et voilà fini. Donc il faudrait aussi prévoir une période de négociation, voire des modalités (se rencontrer 3x pour les parties par exemple), expliquer en gros ce que signifie « *best endeavours* », etc. Sinon franchement c'est une pétition de principe.
- Validité : biensûr que oui. La question n'est pas tellement de validité au sens strict en conformité avec les règles impératives, mais plutôt une question d'efficacité (« *enforceable* »). C'est délicat, car même si on rajoute les délais de négociation, etc qu'est-ce qui se passe si une partie viole cette clause ? Il faudrait prévoir que le juge décline sa compétence si les parties n'ont pas essayé de négocier (c'est ce qui se passe en droit français, mais ce n'est pas le cas en droit suisse pour le moment).

**CAS 35.** *Quelle est votre opinion de la clause compromissoire suivante :*

***Tout litige au sujet de l'exécution du présent contrat pourra être soumis à arbitrage à Genève. Chaque partie désignera un arbitre. La sentence pourra faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.***

- Utilité : c'est une **clause compromissoire** classique donc en termes d'utilité le but est de trouver un moyen de résolution des litiges qui est l'arbitrage.
- Interprétation : ce n'est pas très bien rédigé. L'exécution est trop restrictive et cela engendre un problème d'interprétation : si on a un autre problème, on va aussi devant l'arbitre ou chez le juge ? Qui a raison ? On ne sait pas. En outre, nombre pair d'arbitres, il faudrait plutôt en avoir un nombre impair avec un président du tribunal

arbitral. Pour la langue de l'arbitrage, on ne sait pas non plus : on peut déduire que si la clause est en français, l'arbitrage l'est aussi, mais quid si l'autre partie est allemande, peut-elle produire tous ses documents en allemand ? Faut-il qu'elle traduise ? Etc. Autre question importante : on nous dit que l'arbitrage est à Genève, donc on peut déduire que le siège est à Genève, mais c'est une question très importante en arbitrage et donc il vaudrait mieux utiliser cette terminologie (for pour les tribunaux), car cela détermine le droit applicable à l'arbitrage (la *lex arbitrii*), si le siège est en Suisse, c'est les art. 177ss LDIP qui s'appliquent et donc c'est important ! Ce serait bien aussi de prévoir un règlement d'arbitrage (p.ex le règlement de l'ICC, le règlement de la Chambre Suisse de Commerce, etc, ce sont des questions purement pratiques mais ça serait un gain de temps tout de même).

- Validité : oui parfaitement valable de faire une clause compromissoire, mais il faut que ce soit arbitrable (si c'est commercial ok, si c'est de la famille c'est pas bon). Quid quand la clause dit que la sentence arbitrale pourra faire l'objet d'un recours au TF, est-ce possible de prévoir ça ? C'est limité : elle peut faire l'objet d'un recours au TF dans les limites très restreintes de l'art. 190 al.2 LDIP (violation de l'ordre public, de règles élémentaires de procédures, etc), donc la clause est valide mais limitée.

**CAS 36.** *Quelle est votre opinion de la clause compromissoire suivante :*

*In case of any breach of this Joint venture agreement, and/ or any breach of an agreement entered into by a party to the present agreement with a subsidiary of the Joint Venture Company, the dispute will be finally referred to three arbitrators. Geneva laws will apply.*

- Utilité : c'est une **clause compromissoire** classique donc en termes d'utilité le but est de trouver un moyen de résolution des litiges qui est l'arbitrage. Mais cette fois-ci on est dans un contrat de Joint Venture, donc c'est un peu plus particulier.
- Interprétation : ce serait mieux de prévoir le droit suisse et non pas le « droit genevois ». Il y aussi le problème de siège qui n'est pas prévu, ce qui bloque complètement la clause !
- Validité : est-ce que c'est valable ? D'abord peut-on prévoir qu'une telle clause s'applique dans le contrat entre Y et une des filiale, sachant que la clause figure dans le contrat entre X et Y ? C'est délicat, car un principe élémentaire de droit s'oppose à ce genre de situation, c'est le principe de la relativité des contrats. On peut néanmoins prévoir et obliger Y à mettre une clause compromissoire à chaque fois qu'elle passe un contrat avec une filiale. Mais prévoir déjà dans ce contrat que la clause compromissoire s'applique à tous les autres contrats est problématique. Ensuite, second problème : exclusion d'un recours « *the dispute will be finally referred (...)* », or problème avec art. 192 LDIP : on ne peut pas renoncer à un recours au TF si une des parties au moins a son siège en Suisse.