



Rédaction de contrats

Partie I.

1. L'utilité de cette clause consiste à définir l'obligation de diligence et passe par un concept anglo-saxon qui est celui des "best effort". La notion de meilleurs efforts n'est pas définie en droit suisse. Est-ce qu'une clause pareille serait donc utile? On peut difficilement ^{plus} demander à un entrepreneur que d'utiliser de fournir ses meilleurs efforts. 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 droit qui ne sont pas tributaires de la faute. En cas d'obligation de résultat, s'il y a un défaut, on ne va pas se poser la question si l'entrepreneur a été diligent ou pas (art. 368 CO). L'idée est que l'entrepreneur doit livrer un objet sans défaut et s'il y a un défaut, il en est responsable. Du coup, avec cette clause, le maître d'ouvrage n'a-t-il pas renoncé à l'obligation de résultat en ne prévoyant qu'une obligation de diligence? C'est une question d'interprétation du contrat, qui peut être problématique et ne pas aboutir au résultat voulu. Au lieu de renforcer les obligations de l'entrepreneur, cela les affaiblit. Il vaudrait mieux garder la clause en supprimant la première partie "il déploie ses meilleurs efforts".

analyse
gradation

2. Il s'agit ici d'une clause de Force majeure. La force majeure est lorsqu'on a un cas de ~~de~~ force majeure, on est face au contrat, puis un événement extérieur survient ce qui conduit à une impossibilité d'exécuter le contrat (p.ex. circonstances météorologiques, grèves, etc.). La force majeure permet d'exclure sa responsabilité dans ces cas-là.

Le droit suisse prévoit déjà le principe de force majeure à l'art. 116 CO. Il permet d'appréhender la force majeure sans qu'il y ait ce type de clause. Néanmoins, une clause de force majeure reste utile pour deux raisons :

Tout d'abord, cela permet de définir ce qu'on entend concrètement par force majeure (ce que le droit suisse ne précise pas). De ce fait, on peut faire une clause avec une description générale et abstraite suivie d'une check-list n'ayant pas besoin d'être exhaustive, telle que : "Force majeure Event" means circumstances beyond the reasonable control of the Contractor including, without limitation, acts of God, strikes, accidents, plant breakdown, fire, explosion." La check-list peut être plus longue.

La deuxième utilité est qu'elle permet de prévoir les conséquences et ce qui se passe au cas de force majeure (on attend ? fin du contrat ?). On peut faire une clause telle que : "When the circumstances of Force Majeure persist beyond any reasonable extension of time and upon notice, either party may end the agreement". On peut également être plus précis et dire que c'est 3 mois par exemple au lieu du "temps raisonnable". En remplaçant la clause 7.2 par ces deux clauses, la rédaction sera plus complète et laissera moins de place à une interprétation autre que celle voulue.

3. Il s'agit d'une clause pénale cumulative (art. 160 II CO) en ce sens qu'on peut demander cumuler une demande d'exécution et une pénalité de retard cumulativement. Autrement dit, c'est une pénalité de retard.

* Il s'agit ici d'une clause pénale qui est une clause tendant en règle générale à aggraver la responsabilité des parties. Cela fait que la partie en retard devra payer une pénalité en cas de retard. Parfois, il est difficile de calculer le dommage ou s'il n'y en a pas un, et ces clauses sont alors très appropriées.

à développer
4. On peut déconnecter la clause pénale du dommage, néanmoins l'art. 163 III 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, c'est qu'il existe en droit suisse un principe très général que si par hypothèse le dommage effectif est ~~de~~ supérieur au montant de la clause pénale, alors ce montant est dû. En effet, la clause pénale n'est pas un plafond des responsabilités et les dommages qui vont au-delà de la clause pénale peuvent être demandés si on arrive à établir une faute à la charge de l'entrepreneur (art. 161 II CO).

Partie II

~~5 Ce type de clause d'élection de droit était utile pour la problématique du ~~renvoi~~ en droit international privé, avant l'entrée en vigueur de la LDIP. Son entrée en vigueur a tué la controverse, puisque l'art.~~

5. Ce type de clause d'élection de droit était utile pour la problématique du renvoi en droit international privé. C'est l'idée de dire que les parties ont choisi par une élection de droit le droit de l'Etat X, et dans ce droit, il y a des règles de conflit en droit international privé, qui vont peut-être renvoyer à la loi d'un Etat Y. En général, les parties ne souhaitant pas ce renvoi, elles utilisaient ce type de clauses. Néanmoins, ce n'est plus utile en droit suisse, car l'entrée en vigueur de la LDIP a tué la controverse, puisque l'art. 14 LDIP exclut le renvoi.

6 Il est possible d'exclure un recours au TF contre une décision arbitrale, mais avec deux réserves : cela doit être fait expressément dans la clause (dire que la décision sera finale comme dans notre cas ne suffit pas) et l'exclusion n'est pas valable si une des deux parties a son siège ou son domicile en Suisse (art. 192 I LDIP). Un exemple de clause pour exclure le recours serait : "The arbitration award shall be final and subject to no appeal for whatever cause before the Supreme Court of Switzerland within the meaning of art. 190 par. 2 of the Swiss federal Act on private international law."