

---

## REDACTION DE CONTRATS<sup>1</sup>

---

### Résumé des étapes de bases

- Regarder juge compétent ;
- Regarder droit applicable ;
- Qualifier contrat ;
- Regarder comment le contrat sera lu selon règles sur l'interprétation :
  - Volonté des parties est le plus important
  - Texte du contrat est le première indice dans l'interprétation de la volonté.
    - Selon JP<sup>2</sup>, il faut des motifs sérieux pour se départir du contrat
    - Usages de rédaction contractuelle permettent de faire coler le texte et la volonté.
- Regarder conformité avec règles impératives
- Regarder documents contractuels
- Regarder documents pré-contractuels
- Regarder respect avec principe de la relativité des contrats.

---

<sup>1</sup> EXA : commenter 2 clauses (apporter solution de clarification ou validité) 6 questions, open book, ANG/FR

<sup>2</sup> Légende des couleurs :

JP ; Bases légales ; titres de phrase ; notions importantes et types de clauses ; 3 étapes de résolution de cas ; Partie incorrecte des clauses fausses / correction des clauses et solutions ;



## 1. Introduction

Liberté contractuelle immense, ici nous aide à faire un bon usage de cette liberté.

### 1.1. Questions

#### 1.1.1. Utilité:

- **Quoi** : Explication du but recherché par la clause contractuelle.
- La clause change-t-elle la situation juridique ? Si elle confirme droit dispositif, est ce utile ?
- La clause déroge-t-elle au droit dispositif ?
- Que serait la situation si elle n'était pas dans le contrat ?
  
- La clause doit être remise dans le contexte du contrat et de l'opération commerciale que sous-tend le contrat.

#### 1.1.2. Validité:

- **Quoi** : licéité de la clause au regard du droit impératif suisse (y'a-t-il des règles impératives qui s'y opposent ?).
- Déterminer à quel système juridique elle correspond
  - Droit applicable ?
    - Selon DIP -> DIP que le juge compétent va appliquer -> le juge est compétent si DIP -> ... si un juge CH est saisi, se déclarera t'il compétent ?
      - Juge CH est-t-il compétent ? OUI donc
      - Juge CH appliquera la LDIP pour le droit applicable
    - Exceptions ?
- Liste complète des dispositions impératives du droit suisse

#### 1.1.3. Interprétation :

- **Quoi** : sens pouvant être donné à la cause dans le cadre d'une interprétation selon le principe de la confiance (18 CO). Si le contrat est mal interprété cela donne lieu à des litiges et juge peut se départir du texte du contrat si la dénomination est inexacte, donc il cherche surtout la volonté des parties.
- **Considérations** :
  - Complexes de contrats : un contrat de sous-traitance doit être lu dans un complexe de contrats (ex : contrats en chaîne).

## 1.2. Fausse clause n°1

*Le présent contrat sera exécuté conformément au droit suisse.* (élection de droit).

- **Utilité** : nous dit quel **droit est applicable**.
  - Pourquoi prévoir le droit applicable si on est censé avoir tout prévu ?
    - Permet de savoir quelles sont les dispositions impératives (cf. connaître validité).

- Permet de savoir quelles sont les dispositions dispositives lacunaires si lacunes (bof).
- Permet de savoir si le contrat est valablement conclu et connaître l'interprétation du contrat
- Élection de droit utile car permet de savoir si droit CH est applicable ?
  - Juge CH est compétent ?
  - Juge appliquera droit CH pour savoir si élection de droit est valable
- Incomplète car il n'y a pas une **élection de for** qui l'accompagne car il y a un lien intrinsèque.
- **Interprétation ?**
  - Incomplet car *exécution du contrat* ici, est trop vague, ne concerne pas l'interprétation, conclusion, problèmes précontractuels, responsabilité délictuelle".
    - Modifier en "*soumis qu'au droit suisse*".
    - Modifier même en, "*tout litige au sujet du présent contrat seront soumis au droit suisse, qu'elle qu'en soit la clause, contractuelle délictuelle ou autre, directement ou indirectement, sera soumis au droit suisse*"
  - Incomplet car on ne sait pas quel droit CH en particulier (CO ? Conventions ?) ;
    - Modifier en *à l'exclusion de la CVIM*
- **Validité** : si par hypothèse le juge CH est compétent :
  - Toutes les exceptions LDIP : si consommateurs, **l'art. 120 al 2 LDIP** exclue l'élection de droit, est nulle (liés aux besoins des usages personnels et familiaux).
  - Clause abusive (**art. 8 LCD**) : si clause en défaveur du consommateur.

## 2. Première approche du contrat,

### 2.1. Usages universels:

- Mettre for et doit applicable à la fin
- Clause pour définir termes et majuscule aux termes qui reviennent
- En anglais

### 2.2. Droit applicable

- Regarder à la fin du contrat : **clause d'élection de droit** :
  - **Validité** : Clause d'élection de droit valable ? Existe-t-il des limites à la liberté contractuel de l'élection de droit ?
    - Regarder règles de conflit : En CH la LDIP. Mais il faut trouver le juge compétent qui appliquera ses propres règles de conflits.
    - Quel est le juge compétent ? Regarder **clause d'élection de for**.
      - **Validité** : clause d'élection de for valable ?
        - Regarder règles de conflit : En CH la LDIP.
        - Elles ne désignent pas quel est le juge compétent universellement, mais dans quels cas précis le juge CH est compétent.
        - Si les parties choisissent un for en CH, le for est admissible.
      - Le juge CH compétent examinera l'élection de droit selon les règles CH, la LDIP.
    - **Condition de validité** : selon LDIP aucune condition de rattachement au droit CH.  
Contrats commerciaux classiques (entreprise, vente internationale, services) : peu de risques que l'élection de droit soit pas valable selon LDIP et lorsque le juge suisse est compétent.
    - Mais élection de droit interdite pour :
      - **Contrats de consommateur** : nécessairement droit du domicile du consommateur ;
      - **Contrats immobiliers** : nécessairement droit du lieu de situation de l'immeuble ;
      - **Contrats de travail** : restreint ;

### 2.3. Qualification du contrat (quel type)

- Pourquoi : car les règles impératives nationales applicables seront différentes en fonction de qualification ;
- Regarder titre du contrat

- Indice, mais les parties ne peuvent pas simplement désigner le contrat d'une telle manière afin de qualifier la nature du contrat
- Nature :
  - Obligations principales du contrat (tout au début du contrat): car ce sont les éléments essentiels de l'accord des parties
    - Prix,
    - Rémunération,
    - Prestations faites par les parties)

Conclusion : nous examinons un contrat de type X, soumis au droit CH.

#### **2.4. Interprétation du contrat**

- **Mécanismes d'interprétation des contrats** : le juge lira le contrat par le biais de ces mécanismes. Différent selon :
  - **Pays de droit civil** : l'important c'est la volonté des parties (18 CO)
    - On s'inspire des circonstances qui entourent la conclusion du contrat. Y.c. texte du contrat.
  - **Pays anglo-saxon** : strict, l'important est le texte du contrat. Le juge ne peut en sortir (*4 corner rule*). Interprétation grammaticale.
- **Clause d'interprétation** : parties peuvent maîtriser de l'interprétation :
  - On ne peut pas demander au juge CH de ne pas tenir compte de la volonté des parties, ni demander au juge US de tenir compte de la volonté.
  - *The agreement shall be construed (=interprété) and performed (=exécuté) in a spirit of good faith and fair dealing* (correcte) ;
    - **Pour juge US** pour dire qu'on ne veut pas une interprétation trop technique ni grammaticale mais raisonnable et correcte. Juge américain sera ici lié par le contrat.
    - **Pour juge CH**, cela est en conformité avec l'art. 18 CO et encouragera le juge à respecter ce qui paraît raisonnable. Permet au juge d'interpréter le contrat contre son texte.
    - **Défaut** : crée une grande imprévisibilité dans la mise en œuvre de ce contrat, car en cas de litige, les parties ne peuvent pas prévoir ce que le juge estime être la bonne foi, le juge va choisir un seul sens.
  - *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*
    - **Pour juge US**, cela confirme que parties savent quelle est la signification technique des termes prévus.

- Pour juge CH, c'est inhabituel, cela informe le juge dans la recherche de la volonté des parties, que les parties ont compris le sens de ce contrat. Il sera lié car cette clause est la volonté des parties, donc que les parties veulent être liés au contrat par sa signification technique.

## **2.5. Documents contractuels**

- Types :
  - Annexes (annexes techniques)
  - Renvoi à des conditions générales
  - Intégration de clauses préexistantes telles : incoterms (en matière de commerce international)
    - Quoi : ensemble de contrats pré-rédigés proposés par la chambre de commerce international (ex : FOB)
  - Renvoi à des documents techniques ou d'autres documents divers.
    - Ex : Contrat cadre, les ventes se font chaque fois que l'acheteur passe un ordre (avec indications).
- Il faut avoir accès à ces documents (sinon indiquer dans notre rapport, sous réserve de clauses contraires dans des CG ou autre).
- Il faut avoir une **clause qui établit quels documents sont contractuels ou non** ;
- Risque : contradiction interne (ex : TDR selon FOB et TDR selon contrat).
  - Créé un désaccord, les parties vont invoquer deux clauses, créé litige compliqué. Il faut limiter au maximum.
  - Solution : **Clause de hiérarchie des documents** / *precedence clause* :  
*Precedence: In the event of any conflict between the following documents, the order of precedence between them shall be as follows:*  
*The Order* (l'ordre passé par le client)  
*The Contract without Annexes and without documents included herein by reference;*  
*The Annexes; Other documents included herein by reference* (ex: une clause FOB)
    - Quoi: solution à la contradiction, on verra quel document l'emporte sur l'autre. Ici, rend le contrat prioritaire par rapport aux annexes.

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

### **2.6.1. Normes générales de droit impératif en droit privé**

Limitation de la liberté contractuelle (19 CO : liberté d'objet du contrat, de conclure ou pas le contrat, la forme du contrat, droit applicable et du for, de

choisir son co-contractant) qui existent dans tous les ordres juridiques. Types de clauses qui sont marécageuses :

- **Clause de responsabilité** : on ne peut pas s'engager et en même temps d'exonérer.
  - Interdiction de s'exonérer de sa responsabilité pour faute grave (**art. 100 CO**)
  - Possibilité de s'exonérer entièrement de la responsabilité envers ses auxiliaires (**art. 101 CO**).
- **Clause de durée du contrat** : Nécessaire, mais :
  - **Art. 27 CO** : un contrat qui a une durée trop longue (ex : 80 ans) n'est pas admissible, selon le type de contrat.
- **Intérêts conventionnels/moratoires** :
  - Intérêts qui mènent à l'usure sont interdits.

### **2.6.2. Normes impératives liées au type de contrat**

Car souvent on tend à protéger la partie faible

- Contrat de travail :
- Contrat de bail
- Contrat avec des consommateurs

### **2.6.3. Normes de droit impératif en raison des droits réels**

- **Quoi** : les droits sur les choses, qui sont opposables à tous tiers,
- **Particularité** : on ne peut pas réglementer de façon contractuelle et s'en remettre à la liberté contractuelle car il n'y a pas de co-contractant, mais on est contre tous. Les droits prévus sur les choses sont l'objet d'un *numerus clausus*, on ne peut pas en créer de nouveaux. Concerne moins les contrats car on prévoit surtout des obligations.
- **Danger** : (ex : moment du transfert de la propriété, réserves de propriété) Très marécageux car doit être compatible avec le droit applicable, mais ces clauses visent des biens qui ne sont pas liés par le contrat et l'élection de droit.

### **2.6.4. Normes impératives de droit de la concurrence**

- **Quoi** : Normes impératives lourdes qui protègent concurrence. Vise tous les contrats qui ont un effet sur la concurrence. Tous les contrats d'organisation du marché, de distribution, joint-venture, d'agence, cad qui organisent la distribution de produits sur un marché. Système libéral qui favorise les meilleurs, mais les gros mangent les petits et donc monopolistique, et donc devient antilibéral.
- **Conséquences** : Si le contrat a pour but d'organiser la distribution de produits et donc la concurrence, certaines clauses seront nulles en fonction des règles de la concurrence et peuvent alors générer des amendes administratives très lourdes ;

- Selon TF, si le contrat affecte le marché EU ce sont les règles de concurrence EU qui s'appliquent peu importe le droit choisi ;
- Types : **Clauses d'interdiction de vente active** : ex : distributeur en CH fait interdiction de recevoir des commandes depuis l'Allemagne, c'est une clause qui n'est pas valable, parce que nous lui interdisons de vendre en Allemagne même s'il s'agit d'une vente passive.

#### **2.6.5. Normes impérative de droit public**

- Difficile de faire liste exhaustive

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

Si il y a violation du droit impératif :

- **20 II CO** le juge doit déterminer la volonté hypothétique des parties, volonté des parties si elles avaient su que la clause était nulle.
  - Si les parties avaient su que la clause était nulle, elles auraient quand même conclu le contrat = **nullité partielle**, le reste du contrat demeure en vigueur mais la **clause est nulle**.
  - Si les parties avaient su que la clause était nulle, elles n'auraient pas conclu le contrat = **nullité totale**, le contrat est totalement nul.
- **UNIDROIT** relatifs aux contrats de commerce international, le juge doit déterminer ce qui est raisonnable (est-ce qu'il est raisonnable de maintenir la totalité du contrat ou juste exclure la clause problématique).
- **Défaut** : volonté hypothétique des parties créé une solution imprévisible en cas de litige car difficile de déterminer à posteriori.
  - **Solution** : **clause de divisibilité** :  
*If any of the provisions of the Agreement are found to be null and void, the remaining provisions of this Agreement shall remain valid and shall continue to bind the parties*
    - **Quoi** : dire dans le contrat ce que les parties considèrent comme raisonnable et ce qu'elles veulent au moment de la conclusion du contrat (afin d'éviter de devoir chercher la volonté hypothétique des parties).
    - **Conséquence** : si une des clauses n'est pas valable, le reste du contrat ne sera pas affecté. Mais contraignant pour notre client qui ne pourra pas dire si j'avais su, je n'aurait pas conclu. Mais avantage de prévisibilité.

## 2.8. Documents pré-contractuels

- **Quoi** : n'est pas encore le texte du contrat mais dans ce qui précède la rédaction de contrat (échange de courriers, e-mail ...) souvent documents informels.
- **Danger** : lorsque on nous soumet un fatras de documents, attention à l'**art 2 al. 1 CO** (universel), si les parties se sont mises d'accord sur tous les points objectivement essentiels, le contrat est **réputé conclu** alors même que des points secondaires ont été réservés, le juge pourra compléter avec les dispositions spéciales du CO (**2 II CO**).
  - Argument que **contrat en réalité déjà conclu avec MOU**. Ex : si non conclu on peut dire on était d'accord sur l'essentiel prix et objet etc.
  - **Solution** : **Clause « subject to contract »** :
    - **Quoi** : tout document est sujet au contrat.
    - **Conséquence** : Si on le met sur les documents précontractuels, ne pourra pas nous dire que le contrat a été conclu car on l'a réservé à la conclusion finale du contrat.
  - **Solution** : **Une réserve de forme (art. 16 CO)** :
    - **Quoi** : même si le droit CH ne prévoit pas une forme particulière pour les contrats (ex : oral) les parties peuvent le prévoir.
    - **Conséquence** : parties ne seront pas obligées tant que cette forme n'est pas respectée. Permet d'éviter qu'une partie dise qu'un contrat était conclu.

Etapas :

- Se demander si contrat a été conclu
- Essayer de classer documents

Deux temps :

### 2.8.1. Si le contrat a été signé

- **Importance** :  
Pour interprétation du contrat : car en CH on interprète le contrat à la lumière de toutes les circonstances pour déterminer la volonté des parties.  
Pour compléter le contrat : accords qui découlent d'un mail ou réunion
- **Danger** : manque de prévisibilité si des obligations peuvent découler d'autres documents moins formels.
- **Solution** : **Clause d'intégralité**  
*this agreement and any schedules constitute the entire understanding between the parties and superseded any prior communication, representations, or agreements whether oral or in writing*
  - **Quoi** : Dit que le contrat constitue l'ensemble de l'accord et remplace tout ce qui a été fait avant. L'accord n'est fondé que sur le texte écrit du contrat.

### **2.8.2. Si le contrat n'a pas été signé**

- **Fondement** : les pourparlers/négociations font naître des responsabilités précontractuelles (parties doivent se conduire de bf, ne pas mentir, ne pas tromper, ne pas continuer à discuter alors que l'on sait déjà que l'on ne va pas conclure le contrat).
- **Conséquence** : si le contrat n'a pas été conclu, la partie insatisfaite de cet échec peut aller chercher dans les documents précontractuels, les sources d'une responsabilité précontractuelle

### **2.8.3. Types de documents pré-contractuels :**

Simple catégorisation de juriste mais parties pas tenu par ces types.

- **Les lettres d'intentions** (*letter of intent*. LOI)
  - **Quoi** : un document dont il ressort que les deux parties ont l'intention de commencer les négociations. Degré 0.
  - **Importance** : car il y a des responsabilités précontractuelles qui découlent d'une relation de négociation
  - **Conséquences** : les parties commencent à négocier ET elles assument des obligations de bonne foi dans cette relation et assument responsabilité précontractuelle si elles violent bf.
- **Les accords-cadres de négociations** (*Vorfelds Vereinbarung ; MOU pr US*)
  - **Quoi** : documents dans lesquels les parties se mettent d'accord sur les modalités de la négociation (ex : date, lieu, envoi de spécialistes, préparation de document, études de marché, promesse de ne pas négocier avec tiers pendant négociations (*Lock out agreement*)). On indique des éléments obligatoires voir contractuels sur droits pendant relations précontractuelles.
  - **Frais importants** : qui paye l'étude de marché ? si le contrat n'est pas conclu peuvent mener à des litiges. Donc il faut se mettre d'accord sur qui va couvrir.
  - **Obligations contractuels** : Il peut y avoir des obligations de nature contractuelle déjà :
    - **Lock out agreement** (cf. je ne négocierai pas avec un tiers pendant toute la durée de nos négociations) :
    - **Accord de confidentialité** (engagement à ne pas révéler l'existence des négociations ni le contenu). Si une partie transmet les informations aux tiers, il y a une violation d'une obligation contractuelle même si précontractuel.
    - Ex : email ou simple PV (*minutes of the meeting*) peut déjà être une source d'obligation

- **Les Memorandum of understanding (MOU)**
  - **Quoi** : document où parties récapitulent les étapes de leurs négociations. C'est une liste de points sur lesquels les parties sont d'accord et des points qui restent à négocier.
  - **But** : ne pas revenir en arrière, obligation de bf de ne pas revenir en arrière sur des points acquis sans aucunes raisons
  - **Conséquences** : source de responsabilité précontractuelle en ce sens que si le contrat n'est pas conclu, on peut dire que la partie adverse est revenu systématiquement sur des points sur lesquels ils s'étaient mis d'accord et donc violation de ses obligations précontractuelle.
- **Promesse de contracter (art. 22 CO)**
  - **Quoi** : les parties s'engagent à conclure un contrat dans un document pré-contractuel
  - **But** : peut être utilisé comme promesse unilatérale.
  - **Conséquence** : presque obligation d'un contrat

## **2.9. Clause Fausse N° 2**

### *Risks of loss of, Risks of ....*

- **Utilité** : clause de TDR, donc détermine le moment T qui dit qui couvre le risque de pertes et de dommage pendant le trajet. Aussi clause de TD propriété.
  - **Droit applicable** : **185 ss CO**, est toujours de droit dispositif (parties peuvent librement choisir le moment T.
    - **Dérogations** ? chose déterminée par son genre, TDR au moment de la mise à disposition. Ici confirme.
  - **Forme** : Souvent par incoterms, en fonction du choix, ca détermine le moment
  - **Propriété** : dur à déterminer cette notion en common law, soit par : *Ownership* (possession), *propriety* (sur la chose), *title to the goods* (propriété). TDP
    - **Utilité** : RC du propriété.  
SURTOUT prétentions de tiers sur la chose, lorsque A ou V a des créanciers (F, saisie, séquestre). S'ils séquestrent, les créanciers de A ne pourront que saisir des choses appartenant à A, pareil pour V. Permet de savoir qui appartient le bien.
    - **Dérogation** ? **714CC** en dr CH, transfert de possession basé sur une cause valable. Ici confirme.
- **Interprétation** ?
  - Confirmation des règles légales

- Éviter de prévoir clause TDR et norme incoterms, car contradiction.
- **Validité** : si dr CH applicable.
  - TDR : aucun pb
  - TDP : Pb de droits réels : la propriété est opposable à tous tiers, donc liberté contractuelle limitée. Les tiers ne sont pas partis au contrat, donc des dispositions d'élection de droit ne sont pas opposables au tiers. La question de la propriété ne se pose que si il y a des tiers (104 II LDIP).
    - Quel juge est compétent au lieu de débarcation, c'est le juge du lieu de situation des biens. Selon règles de DIP du lieu applicable aux droits réels. -> dira à quel moment à lieu le TDP et non pas selon contrat.
    - Selon prof : **enlever la clause du TDP** car source de confusion et effet limité à l'égard des tiers

### 2.10. Clause Fausse N° 3

*I hereby undertake to pay you any amount up to CHF....*

- **Utilité** : déclaration de garantie par actionnaire. C'est une garantie personnelle
  - **Contexte** : contrat d'achat d'actions (SPA), derrière l'achat d'actions on achète aussi la société donc il faut aussi informer sur la santé de la société.
  - Garanties :
    - **Personnelle** : tiers se porte garant
      - Valeur ? c'est proportionnel à la solvabilité du garant.  
Utilité en fonction de la solvabilité du garant.
    - **Réelle** : droit sur une choses (hypothèque, nantissement)
  - **Conséquence** : ca créé une prétention de paiement auprès de l'actionnaire si ne paie pas.
- **Interprétation** ? Pas clair de quelle garantie.
  - **Garantie dépendante (cautionnement)** : plus familiale, le garant conserve les exceptions objections du débiteur. Loi/JP protège de façon stricte les cautions.  
Rajouter : "*CHF, subject to all defenses available to X SA*"
  - **Garantie autonome** : plus commercial, garant ne peut pas faire valoir exceptions/ objections. Doit toujours payer.  
Rajouter : "*CHF, waiving all defenses available to X SA*"
  - **Not receive payment at maturity** : cad demander ou poursuivre ?  
Rajouter : *to pay you at first demand* (cad sans devoir poursuivre le débiteur principal. Mais attention, cette formulation s'utilise surtout pour les garanties autonomes donc juge risque d'interpréter). Si on veut un

cautionnement sans devoir poursuivre, il faut préciser que c'est un cautionnement solidaire.

- Validité :
  - Exigences de forme d'acte authentique (493CO) : en cas de cautionnement dont le garant est une PP, sinon nullité de l'acte. Si PM, la forme écrite suffit.

### 2.11. Clause Fausse N° 4

*Minutes of the Meeting that took place in Geneva, .... Signed by: \_\_\_ date: \_\_\_*

- Utilité :
  - Nature : c'est un PV de réunion
    - Accord cadre de négociation (ACN) : accord sur modalités de négociation. Ex : accord de secret. Contractualise les négociations.
    - MOU : confirmer points déjà été convenu. Ex : ch1 et 2. I
    - LOI : existence d'un rapport de négociation dont découle des devoir de bonne foi. Ex : préambule.
  - Effets : obligation de bf dans cadre de négociation, pas le droit de retourner en arrière sur points déjà convenus (contraire aux règles de la bonne foi). Respect des obligations de négociation.
  - Types :
    - Joint Venture : collaboration
    - Joint Venture contractuel : contrat pour collaborer
    - Joint Venture corporatif : parties constituent une nouvelle société (JV company). Ce contrat prévoit les modalités de détentions et fonctionnement de la société. Ici c'est le cas (nouvelle société, equity donc les parts de la société. Immatriculation. Etude de marché. Emprunts...)
  - Risque : 2 CO a pour conséquence d'avoir valeur de contrat conclu (car universellement un contrat est très informel). Accord de volonté sur les éléments objectivement essentiels, pas de forme. Conclu ?
    - Objections : sous réserve de *formal joint-venture agreement*, est-ce une réserve de forme de laisser à signature ?  
Ne suffit pas de s'accorder sur un contrat écrit, selon JP il faut véritablement avoir voulu créer une nouvelle forme conventionnelle et que les parties en conviennent (16 CO), selon JP (SJ 2006 p443) il faut qu'il ressorte clairement du contrat qu'il n'y aura aucun engagement en l'absence d'un contrat écrit.  
Solution, Il faut rajouter : *ce contrat n'aura aucun effet tant que le contrat n'aura pas été signé par les deux parties*

*/ the contract shall not be binding prior to being executed* (veut dire signé en ANG)

*/ subject to contract* (tampon)

- Clause de confidentialité
- Promesse de conclure ?
- **Interprétation ?**
  - *Must be subject to contract OR subject to a specific form.*
- **Validité :**
  - Aucune forme, PV ou email suffit à créer des obligations.

## 2.12. Clause Fausse N° 5

Monsieur,

Suite aux différents entretiens...

- **Utilité :** Transfère d'entreprise. On laisse ouvert de savoir quelle société se portera acquéreur (possible). 100% des actions.
  - Fixer les bases d'un accord
  - promesse de contracter unilatérale. Mais il s'est réservé le droit d'interrompre les négociations et sans aucune obligation de sa part
  - Déroge au droit dispositif ? Déroge au cas de la vente FOB.
- **Interprétation :** y a-t-il déjà un accord ? Se demander si on peut se retirer de cette lettre ? Promesse de contracter ? (2CO) est peu différent au final, un peu inutile.

**Arguments** (contre conclusion du contrat 2CO) :

- Ce sont des "négociations"
- "un accord sera trouvé", pas encore d'accord de principe, rédigé au futur et au conditionnel,
- Je suis "intéressé"
- Réserve de forme sur la signature ?

**Contre-arguments** (pour conclusion du contrat 2CO) :

- L'identité de la partie acquéreuse n'est pas encore déterminée, **clause de nommables**, c'est valable, ça ne remet pas en cause la conclusion du contrat.
- La "présente offre", est un terme juridique qui dit manifestation de volonté qui dit qu'on veut être lié si partie adverse accepte (1CO)
- Éléments objectifs essentiels
- Éléments subjectifs essentiels (audit)
- "Je me réserve de revoir la présente proposition si audit confirment valeur".. (dernier §) à contrario, si les audit confirment la valeur de l'entreprise, il ne peut plus revoir la proposition.

### 2.13. Exemple de document précontractuel

*Cher Edouard,*

*C'était un plaisir de vous rencontrer mardi. Je vous confirme que 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.*

Si B est d'accord, et que partie A considère que le contrat est conclu,

- **Partie B doit plaider** qu'il s'agit d'un document précontractuel : *intéressé n'est pas d'accord, nous avons dit que nous devions nous mettre d'accord, nous avons parlé d'un projet de contrat qui devait être signé, on parle de discussion donc précontractuel, donc nous ne sommes pas liés.*
  - C'est une LOI, car partie souhaite d'entrer en négociation (cad assument obligations précontractuels)
  - Il a des éléments d'un accord cadre de négociation (cad accord forts sur certains éléments de la négociation). Accord de confidentialité et lock out agreement ou d'exclusivité.
    - **En cas de non-respect**, violation d'accords, donc responsable à l'égard du partenaire, mais comment déterminer le dommage ?
  - Il a des éléments d'un MOU (cad accord sur points acquis) Ici accord sur objet (20% CA), prix, un *first refusal* (droit de préemption, si veut vendre des actions, devra proposer en priorité à l'autre actionnaire).
  - Qu'il reste de nombreuses choses à négocier : la garantie de passifs (s'assurer qu'il n'y a pas de passifs qui pourraient faire perdre valeur).
  - Réserve d'un SPA ;
- **Partie A doit plaider que** : nous sommes d'accord sur objet et prix (éléments objectivement essentiels du contrat de vente, donc juge peut compléter sur le reste **2 CO**).
  - La réserve d'un SPA n'est que la formalisation du contrat, la conclusion a déjà eu lieu !
    - **En cas de non-exécution** du contrat, il faut payer des dommages et intérêts à hauteur de la perte subie en cas de non remise des actions (différence entre le prix convenu et la valeur des actions le jour où elles auraient dû être livrées).
  - **2 CO** et **Principe Unidroit 2.1.13** : les parties doivent expressément insister sur le fait qu'elles ne veulent pas être liées tant qu'il n'y a pas

d'accord sur des points marginaux (garantie de passif) ou sur forme particulière (SPA) : **pour éviter** :

- Tampon subject to contract suffit.
- Reserve de forme suffit (**16CO**)

*2.1.13 : Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.*



### 3. Complexes de contrats

**Principe de relativité des contrats** : un contrat n'a aucun lien avec d'autres contrats si ce n'est pas les mêmes parties qui ont conclu ledit contrat = personne ne peut se baser sur un contrat/faire valoir droits s'il n'est pas parti à ce contrat.

**La réalité économique/pratique** : les contrats sont souvent interconnectés et participent à une opération globale.

Deux situations :

- **Un contrat complexe** : un accord global constitué de plusieurs contrats
- **Des chaînes de contrat / des complexes de contrats** : des contrats qui s'enchaînent :

#### 3.1. Contrats complexes

- **Quoi** : un accord global constitué de plusieurs contrats
- Exemple : *A doit livrer une machine à B* (relève du contrat de vente) *et A s'engage à assurer la maintenance de cette machine* (contrat de mandat, ou de service).
- Y a-t-il un ou deux contrats ? important de dire qu'il y a deux contrats, car :
  - Si il y a une élection de droit CH dans le contrat de vente, est ce que cela s'applique au contrat de maintenance ? L'autre partie étant ALL peut invoquer le droit ALL pour la maintenance, vu que rien n'a été décidé et qu'il faut déterminer le **droit applicable selon les règles de rattachement objectif** et selon cela, le droit allemand serait applicable.
  - Si un des contrat est résilié, est-ce que cela emporte la résiliation de l'autre ? litige sur savoir si la vente continue si résiliation.
  - Peut-on refuser d'exécuter le contrat de maintenance parce qu'on n'est pas satisfait de la manière dont le contrat de vente a été exécuté ?
    - Dr CH : **l'exception d'exécution** (fait que si la prestation n'a pas été exécutée, la contrepartie n'est pas due, **art. 82 CO**). Ex : *L'acheteur considère que la machine est défectueuse, peut-il refusé de payer la maintenance ? si le vendeur n'a pas été payé pour le prix de la machine, peut-il refuser d'exécuter la maintenance ? OUI si c'est un seul contrat, NON si il y a deux contrats distincts.*
- **Selon JP** : dit qu'il s'agit que d'un contrat s'il s'agit d'un accord formant un tout ou qu'il n'y a qu'un contrat s'il s'agit d'accords indissociables (inutile). Impossible pour tribunaux de déterminer un critère car tout dépend de la volonté des parties
- **Solution** : *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.*

*La résiliation du contrat cadre conclu entre les parties en date du [ ] impliquera cependant ipso jure la résiliation du présent contrat.*

- **Quoi** : Dissociation des deux contrats et si un des contrat est résilié, l'autre doit l'être.
- **Risque de dissociation** : la liberté contractuelle peut être un abus de droit. Ex : *Vendeur livre machine, A ne paye pas le prix, A demande l'entretien de la machine en argumentant que l'entretien relève d'un contrat distinct et ensuite demande DI. Juge dira que c'est un abus de droit.*

### **3.1. Chaines de Contrat/complexes de contrat**

- **Quoi** : des contrats qui s'enchaînent :
- Exemple : *A (M-O) à B (EG) (Contrat d'entreprise général). L'entrepreneur général n'exécute pas lui-même, mais a des sous-traitant* (contrat de sous-traitance).
- Chaque relation juridique est **distincte** des relations juridiques de l'étage inférieur : **Principe de la relativité des contrats** : le MO n'a de droits qu'à l'égard de l'EG et pas de droits à l'égard des ST (même si ceux-ci se trouvent chez lui en train de réparer les lieux de vie du MO). Les ST n'ont négocié leur contrat qu'avec l'EG donc on ne peut pas déplacer le contrat dans la sphère d'influence de tiers qui n'auraient pas consenti à ces contrats.

#### **3.1.1. Problèmes de coordination :**

- **Coordonner l'entrée en vigueur** : les contrats de ST ne peuvent entrer en vigueur que quand le contrat principal est entré en vigueur.
- **Coordonner durée de ces contrats (résiliation)** : les contrats d'entreprises sont précaires car peuvent facilement mener à résiliation (droit de résilier moyennant indemnité **377 CO**), mais les contrats de ST ne sont pas résiliés ipso jure, donc EG risque d'être lié alors que le contrat principal n'est plus en vigueur.

- **Solution** : lier par une **Clause de coordination des entrées en vigueur et les résiliations** :

*This Agreement shall be effective and binding between the parties upon entry into force of the Joint Venture Agreement to be executed 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.*

- **Contexte** : Ici contrat de joint venture, la new company passe parfois des contrats avec l'une partie constitutrice de la joint venture. Donc prévoit dans le contrat de distribution supplémentaire qu'il prend fin dès que le contrat de joint venture prend fin.

- **Coordonner les durées de garantie** : quand on livre chose/ouvrage, si il y a un défaut, la partie fait valoir ce défaut. Il y a des délais de garanties dispositif de 2 ans, peuvent prévoir plus long ou plus court.
  - **Contexte** : Contrat d'entreprise principal, à la fin du contrat il y a réception de l'ouvrage. Il y a une période de garantie à la suite. Si un défaut survient durant ce délai, le MO peut agir contre l'EG. Mais souvent contrats de ST bcp plus brefs avec une période de garantie plus courte. A la réception finale, si le MO fait valoir droit contre EG, EG peut plus se retourner contre ST, car les garanties contre ST sont prescrites.
  - **Solution** : **clause de coordination des acceptation** : dire que ST ont la même garantie que les autres, donc simplement dire que le délai de garantie commence à partir de la réception finale :  
*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.*
  
- **Coordonner les flux de paiement** : si le paiement ne circule pas, tout s'arrête : l'EG a besoin d'être payé par le MO pour payer ses ST et eux pour leur fournisseur.
  - **Clause d'Indépendance des paiements** :  
*Contractor's obligation to pay Subcontractor (ST) when payments are due is independent of Contractor (EG) receiving payment from Owner. (MO)*  
**Contexte** : Juridiquement, chaque paiement est indépendant, donc EG ne peut se justifier d'un non-paiement en disant qu'il n'a pas été lui-même payé. Si ST ne veulent pas attendre paiement.  
**But** : confirmer le **Principe de la relativité des contrats**.  
**Conséquence** : EG accepte le risqué de payer ST même sans avoir été payé par MO lui-même.
  - **Clauses "Pay when paid"**  
*Upon receipt of payment from the Owner, Contractor will pay the Subcontractor without unreasonable delay.*  
**Quoi** : l'EG paye seulement lorsqu'il est payé par MO. Ne concerne que la date d'exigibilité (c'est un accord sur la date d'exigibilité des honoraires du ST), pas le droit au paiement. En CH, Clause admissible car le paiement est garanti à la fin de l'ouvrage.  
**Conséquence** : ST doivent attendre.  
**Problème** : Si MO ne paye pas du tout, EG doit agir contre lui. Donc au final cette clause devient une clause pay if paid, soit une condition résolutoire de paiement, qui fait que si MO ne paye pas, ST perdent droit au paiement.

En cas d'ambiguïté, ce sera une clause *paye when paid* (on ne peut imposer une renonciation au paiement en défaveur).

- **Clause "Pay if paid" :**  
*Receipt of payment from the Owner is a condition precedent (condition résolutoire) to payment to Subcontractor and payment to Subcontractor will only be made after the Contractor is paid by Owner.*

**Quoi :** si MO ne paye pas, l'obligation de payer ST disparaît.

**Validité :** US/CH considère que non valable (nul) au fondement que les ST ont un droit à une hypothèque légale (Mechanic Lien) :

**Quoi :** les ST travaillent sur un ouvrage, le MO a un immeuble sur lequel les travaux sont faits, les ST qui ont une créance contre l'EG ont aussi une hypothèque légale sur l'immeuble du MO (car ils ont contribué à la valorisation de l'immeuble **et donc** peuvent se faire payer par une réalisation de ce gage).

**Fondement :** Cette hypothèque légale est un droit réel (et donc il n'y a plus de liberté contractuelle : c'est le *numerus clausus* des droits réels opposables à tout tiers. Le *Mechanic Lien* aux USA ou l'hypothèque légale en droit CH (**837 II CC**) est de droit impératif : les parties ne peuvent pas renoncer à l'avance à cette hypothèque légale. C'est une garantie réelle d'une créance. Si on n'a plus de créance, on n'a donc plus de garantie. Conclusion, la clause *pay if paid*, dit qu'il est possible que ST perdent leur créance d'honoraire et donc perdent la garantie de cette créance. Par cette clause, indirectement, ils renonçaient à l'hypothèque légale, ce qui n'est pas valable puisque ce sont des règles impératives.

**Problématique :** ici slmt dans le cadre du contrat d'entreprise avec l'argument de l'hypothèque légale. Dans d'autres contextes, sans hypothèque légale, se poserait la question de leur validité.

### 3.1.2. Clause de jonction/ "Flow through clause"

**But :** éviter de bricoler et créer un lien/pont entre les contrats principaux et les contrats de sous-traitance.

**Avantage :** concilie la situation juridique (plusieurs contrats distincts) avec la réalité (soit un tout, une opération globale avec plusieurs contrats liés).

**Exemple :** un contrat principal et plusieurs contrats de ST,

- **Prime Contract Flow through clause / clauses de jonction « en amont » :**
  - **Quoi :** clause à mettre dans le contrat principal
  - **But :** les parties conviennent que celui qui aura recours à des ST, fera en sorte que les contrats de ST aient les mêmes clauses que le contrat principal. Ne font que rappeler à l'EG sont obligation de s'assurer que les ST réalisent le même ouvrage que celui prévu par le contrat principal.

- **Types** : peut-être totale ou plus technique
- **Conséquence** : L'EG est responsable du simple fait que les contrats de sous-traitance n'ont pas été coordonnés correctement
- **Subcontracts flow through clause / clauses de jonction « en aval »** :  
*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.*
  - **Quoi** : clauses intégrées dans les contrats de sous-traitance. Est contraire au principe de la relativité des contrats, mais les parties sont libres de lier leurs contrats.
  - **But** : prévoir que les clauses du contrat principal s'appliquent au contrat de ST.
  - **Conséquence** : ST sont liés par contrat de ST et contrat principal. Rend le contrat principal applicable dans les relations entre le ST et l'EG.
  - **Problèmes** :
    - **Accès au CP** : les ST doivent avoir accès au CP, donc EG doit donner accès, si les ST n'ont pas pu avoir accès, ca remet en cause validité de l'intégration.
    - **Consultation du CP** : Il faut organiser, les ST ont donc accès à tout, y compris les clauses qui ne les regardent pas forcément.
    - **Mécanismes de modification du CP** : il risque d'être modifié avec le temps, (ex cf. clause supra « *change orders* » = des ordres passés par le client qui conduisent à des modifications du CP). Ne fonctionne que dans la durée, si on intègre les modifications du contrat principal et que le ST soit informé de ces modifications. Cad système de communication des modifications.
    - **Clauses juridiques et procédurales** : si dans le CP, élection de for ou clause compromissoire (élection à arbitre). ST concernés ? Controversé car la compétence des arbitres/juge ne dépend que de la volonté des parties, or ici ce serait une volonté indirecte à travers la clause de jonction « en aval ». Va créer problème lorsque juge va examiner sa propre compétence.  
**Solution** : *exclure les clauses de règlement de litige de ce renvoi général soit inclure expressément les clauses de règlement de litige.*
    - **Clause pénale** : si on a une clause pénale dans le CP (si n'exécute pas correctement ou un retard une prestation, devra payer). ST doit payer la même clause pénale si lui-même est en retard ?  
A priori oui, mais parfois il y a un caractère disproportionné (une clause pénale doit être dans un rapport raisonnable par rapport au dommage qui risque d'être causé). Souvent les contrats de ST portent sur un CHA moins important que le CP.

Prévoir une procédure de réception / défaut !





#### 4. Structure générale du contrat

Basé sur une logique non impérative mais commune :

- **Titre du contrat** : permet aux parties de s'y référer et partiellement de qualifier le contrat, mais la qualification n'est pas tributaire du titre choisi par les parties.
- **Désignation des parties** (cf. infra) : selon principe de la relativité des contrats, seules les parties à ce contrat peuvent en déduire des droits.
- **Préambule** (cf. infra) n'est pas contractuel, donc il ne faut pas y intégrer des obligations contractuelles.
- **Définitions** : utile de définir des termes qui seront utilisés dans le contrat. Ex : termes juridiques (*Filiale : détention de 50% ou 40% du CA, selon la définition*), termes techniques (*Installation : soit telle installation à tel lieu*). En règle générale termes sont capitalisées (« *la Filiale* »).

Contrat à proprement parler : ce sur quoi les parties sont d'accord, « *ceci exposé, les parties se sont mises d'accord sur ce qui suit* »

- **Accord de base** : le plus difficile à maîtriser car relève de la volonté des parties et dépend de la nature du contrat (ce sur quoi elles sont tombées d'accord : prix, prestation qui doit être faite).
- **Conditions** : l'entrée en vigueur ou son existence dans la durée du contrat dépend de conditions (suspensives ou résolutoires).

Clauses juridiques :

- **Clauses de garanties / « representation and warranties »** : important dans les domaines où aliénation d'une chose ou d'un dommage. Une façon de qualifier les obligations contractuelles, d'y conférer un certain nombre de moyens de droits spécifiques (prévoir la durée et les modes d'intervention).
- **Clauses de responsabilité** : les conséquences de la violation d'un contrat, mais solutions légales pas toujours satisfaisantes et il arrive que les parties modèlent leur responsabilité (limitations/plafonds de responsabilité, clauses pénales qui accroissent la responsabilité des parties). Très juridique, théorie générale de la responsabilité et sa limitation.
- **Propriété** : clauses très délicates puisqu'on touche aux droits réels, cette partie se trouve seulement dans les contrats susceptibles de conduire à l'aliénation d'une chose. Mais on en trouve quand même, notamment en matière de propriété intellectuelle (qui reste propriétaire des droits de PI utilisés dans le cadre du contrat)
- **Durée et résiliation du contrat** : important pour contrats de durée (mécanismes d'arrivée expiration ou de résiliation par les parties)
- **Clauses standards / boiler plates clause** : 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 ».

- **Clause de règlement des litiges** : le contrat n'est utile que s'il y a un litige et donc il faut prévoir les modalités du litige (droit applicable, simple élection de for ou mécanismes +/- sophistiqués (arbitrage, médiation, expert).
- **Date et protocole de signature** : pas d'exigence de forme écrite mais bien que soit signé par les parties.

#### **4.1. Désignation des parties**

**Importance** : fait partie de la liberté contractuelle de choisir son co-contractant et donc d'indiquer les parties à ce contrat (19CO). Car en cas de litige et donc de demande en justice ou de poursuite, il faut pouvoir identifier clairement le défendeur, il y a donc des règles procédurales de précision de la désignation.

Ex :

*Entre \_\_ , Société anonyme de droit suisse ayant son siège \_\_ (ci-après le "Cédant"), d'une part, et*

*\_\_\_\_, Société anonyme de droit suisse ayant son siège \_\_\_\_ (ci-après le "Cessionnaire"), d'autre part (ci-après ensemble les "Parties" ou individuellement une/chaque "Partie").*

*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").*

- **Parties doivent être des sujets de droit** :
  - PP et son domicile (éviter homonomie)
  - PM, références au RC et siège. Comment différencier avec son représentant ? Dire sous la signature "pour le compte de la PM".
- **Sujet doit être une personne juridique déterminée** : ne peuvent pas être parties à un contrat :
  - un groupe de sociétés (ex : ne vaut rien si signé par le groupe Nestlé, doit être individualisé par une société partie),
  - une famille
  - une marque (Coca cola est une raison sociale, de nombreuses sociétés portent ce nom, il faut spécifier quelle société est partie)

##### **4.1.1. Parties multiples/pluralité d'acheteurs**

- **Contexte** : un fournisseur de produit et acheteur prévoit un contrat cadre, de nombreuses différentes sociétés d'un contrat en profitent.

**Clause de définition prévoyant 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 (n'importe quelle filiale peut passer un ordre).

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

- **Problème** : solidarité passive (qui doit payer?). Si ce n'est pas prévu c'est ambiguë.
  - **Solution, solidarité absolue** : prévoir que toutes les parties acheteuses sont solidairement responsables du paiement, « *Jointly and severally liable* ». Solution avantageuse pour fournisseur car peut demander à chacun de payer la totalité du prix, problématique pour acheteurs car ne veulent pas payer pour les autres sociétés.
  - **Solution, indivisualisation** : prévoir que seul celui qui passe l'ordre doit payer, cad **définir** dans la clause de définitions aussi le « *Ordering Purchaser* ». Solution problématique pour le fournisseur car il ne sait pas quelle société est solvable ou facile à pourvoir
  - **Solution compromis** : définir 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 dû solidairement par le *Ordering Purchaser* et le *Principal Purchaser* (donc solidarité mais limitée entre le principal purchaser et le ordering purchaser).

*« 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 (solidairement responsables) for the payment of the Purchase Price in relation to an Order. »*
  
- **Problème** : solidarité active (qui doit agir? Si les prestations du fournisseur ne sont pas satisfaisantes, peuvent-ils tous agir ?).
  - **Solution** : prévoir une distinction entre :

La résiliation/annuler/invalidier/résoudre d'un ordre d'achat : c'est le *ordering purchaser* qui peut résilier/annuler/résoudre un ordre d'achat

La résiliation/annuler/invalidier/résoudre du contrat principal : c'est le *principal purchaser* uniquement qui peut résilier ce contrat principal.

*In case of several Purchasers, and for the sake of clarification, mention of the «Purchaser's» right to terminate (la mention du droit de résiliation de l'Acheteur) 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.*
  
- **Plafond de responsabilité**, vaut pour tous les acheteurs ? Il faut trouver des solutions contractuelles pour indiquer que c'est une responsabilité maximale pour l'ensemble des *purchasers* ou pour chacun des *purchasers*.
  
- **Filiales liées/se prévalent du contrat cadre** : difficile de faire signer toutes les filiales et tenir à jour. Donc comment les rendre parties signataires ?

- **Solution** : dès qu'un Purchaser veut placer un ordre, il doit utiliser un **formulaire préétabli** pour cet ordre dans lequel on doit avoir un **renvoi clair au contrat principal**. (la filiale admet se soumettre au contrat principal).

#### **4.1.2. Parties différenciées**

- **Quoi** : les parties ratifient une partie mais pas tout.
- **Contexte** : dans les cas des contrats complexes, p. ex. une partie accepte de *garantir* certaines obligations, l'autre accepte de fournir certains services, l'autre partie assure le reste des services).
- **Solution** : On peut prévoir des contrats distincts **OU** on peut prévoir un contrat global qui dit qui fait quoi (Il faut être sûr de savoir qui signe et pour quelle tâche)  
*X, being a Party to this Agreement for the exclusive purpose of articles 4, 5 and 7 b hereof.*
- **Clauses de nommables** (pratique plus rare en immob) : une des parties pourra dire au dernier moment quel tiers pourra être inscrit comme propriétaire d'immeuble ou de la marque (au RF/registre des marques). Ici désigner un tiers comme le bénéficiaire des droits découlant du contrat. C'est admissible.  
*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.*  
 On dira au vendeur qui devra être inscrit au registre des marques
- **Problème** : interprétation, il faut pouvoir les distinguer des :  
**Clauses de substitution d'exécutant** : cad indiquer qui va exécuter les services, soit une **clause de sous traitance** se réservant le droit de sous-traiter. Ici confie à un tiers l'exécution d'une obligation.  
  
**Clauses de stipulation pour autrui** : désigner un tiers comme le bénéficiaire, il bénéficiera de facto l'exécution du contrat.  
 Ressemble un peu à nommable, mais différence c'est que le nommable acquiert des droits et est inscrit comme tel dans un registre dès la conclusion du contrat. Il n'est pas juste un bénéficiaire d'une prestation qui doit être exécutée par la suite
- **Problème** : savoir si la désignation du nommable implique des obligations. Soit oui, nommable doit donner son accord. Soit non, dire qu'il n'a pas besoin de payer.
- **Usages** de désignation des parties (ces différences ont peu d'effets juridiques)
  - Usage classique dans les pays de droit civil où on a en règle générale la désignation de la partie **A et de la partie B sont distinctes**.
  - 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 ») ».*

#### **4.2. Le préambule**

**Quoi** : explication des parties sur les circonstances les ayant amenés à conclure le contrat. Le contexte. Le projet général. Les qualités respectives des parties.

Ex : Préambule d'un 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 : (...) »*

**Utilité** : n'est pas contractuel (car après "convenu ce qui suit / *Now therefore, in consideration of the mutual covenants and promises contained herein, it is agreed as follows:* "). Mais pas inutile car les éléments subjectifs ayant conduits à la conclusion du contrat peuvent jouer un rôle important notamment en cas de litige :

- **Interprétation du contrat** : pour trouver la volonté des parties en tenant compte de toutes les circonstances, not. le préambule.
- **Invalidation** : pour vice de consentement (erreur, dol), il faut déterminer qu'une partie a été trompée (**28CO**), soit que des indications dans le préambule ne se sont pas révélées exactes (ex : qualités particulière, spécialisation, autorisations).
- **CVIM** : concept d'expectatives des parties : une contravention essentielle au contrat (**25 CVIM**) cad si elle prive substantiellement une partie de ce qu'elle attendait. Ces attentes peuvent être trouvées dans le préambule.

Permet de mettre en place un **système de référencement** : pour éviter d'intégrer une clause de définition dans les cas simples.

**Erreur** : ne JAMAIS indiquer des obligations dans le préambule.

#### **4.3. Clause Fausse N° 6**

**SUBCONTRACT AGREEMENT**

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

- **Utilité** : Coordination des contrats ?

- **Clause de dissociation des paiements** : dit que l'EG doit payer ST peu importe s'il est lui-même payé par MO.
  - Possible de modifier par **clause de pay when paid**, le flux ne sera pas rompu.
- **Clause d'intégralité** : dissociation des contrats, cad que ST n'a pas à se soucier du CP (entre EG et MO), donc n'est pas tenu de livrer conformément à l'objectif du CP
  - Possible de modifier par : **Flowthrough clause/clause de jonction en aval** : permet de lier les contrats et donc suivre le big picture. Dispositions techniques sont applicables. ST a accès à info nécessaire.
- **Absence de clause d'élection de for/droit** : possible de s'en sortir sans (en général for du défendeur), mais ici ST italiens et allemands, donc devra agir via des droits applicables et fors différents.
  - **Solution** : **coordonner les droits applicables et prévoir un for unique**.
- Clause de durée/début, clause pénale (paiement si retard)
- Clause de désignation des parties, pas précis et désigne pas deux parties
- Clause de renonciation d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (*Mechanic Lien*) :
- Clause d'exclusion de doc précontractuels
- **Interprétation ?**
  - **Satisfactory performance** (= pas de défaut), qui détermine ce qui est satisfaisant ? EG ? ST ? MO ? Tier/expert ?
    - Modifier par **procédure de réception** (explique comment noter les défauts, listes de reserves, visites de chantiers, expert)
  - **Excusable delay** ? pas problématique car dans la pratique c'est un cas de force majeur précis. On peut prévoir une check-list des évènements et un évènement généralisé.
  - **Modalité d'intervention**, Attente de notification (combien de temps ?)
    - Modifier en "**Within the period of [...] weeks**" prévoyant la période d'intervention et les conséquences si on ne fait pas appel à lui
- **Validité :**
  - Clause de renonciation **d'hypothèque légale** des artisans et entrepreneurs (*Mechanic Lien*) : on ne peut y renoncer en droit CH (837 II CO) mais c'est un principe universel, HAE est de droit impératif.
    - **Contexte** : l'EG remet l'ouvrage au MO, le MO veut pas acheter un immeuble grevé d'hypothèques légales et surtout c'est l'EG qui doit payer les ST, pas le MO.

- **Justification** : MAIS le waiver est lié au paiement, donc les ST doivent déclarer lorsqu'ils sont payés qu'ils n'inscriront pas de HAE. Ce n'est pas une renonciation, mais une attestation.
- **Intérêts moratoire** : 30% par an, 2,5% mois, maximum de 15% par ans selon la LCC. C'est usuraire. Pas valable, à reformuler avec un taux valable.

#### 4.4. Clause Fausse N° 7

"Purchaser" means one (1)....

- **Utilité** : parties multiples.
  - Dire que chaque fois qu'un ordre est passé, le contrat cadre s'applique.
  - Permet à toutes les sociétés de bénéficier de ce système. Ici le "purchaser" est le groupe X.
- **Interprétation** :
  - **Subsidiary** : filiale, une PM distincte, relié par le fait que la société mère détient pourcentage de l'actionariat suffisant pour la contrôler. Le contrôle dépend des pourcentages des autres actionnaires. Comment savoir si 10% est assez ou pas ?
    - Solution : Définir *Subsidiary : une société où X SA détient au moins 50 % du CA.*
  - Solidarité passive : qui paye ?
    - Société qui passe ordre paye ? Bof
    - Toutes les sociétés sont solidairement responsables ? Bof pour l'acheteur.
    - Solution avec un système de garantie ? Pb de forme du cautionnement, appel à la garantie (autonome ou dépendante) etc. Un peu lourd.
    - X SA s'engage à payer sans garantie :
      - Definition: Prime Purchaser (X SA) et un Ordering purchaser (Company passing the order)*
      - Price: Ordering purchaser et Prime purchaser shall be jointly and severally liable for the payment of the price in relation to an order.*
  - Chaque fois qu'il y a un order, le contrat s'applique. Si litige avec filiale et que filiale dit qu'elle n'est pas d'accord avec le contrat car elle n'a pas signé. Comment rendre applicable à l'importe quel ordre ?
    - Accord implicite ? bof.
    - Prévoir un modèle d'ordre qui prévoit que toutes les dispositions du contrat principal sont applicables.
- **Validité** : (19CO)



## 5. Accord de base et garanties

L'essentiel du contrat est l'accord des parties sur les prestations réciproques qui devront être échangées. Les juristes ont peu de prises sur cet accord, la seule partie au contrat qui importe au mandant, qui relève avant tout de la volonté des parties et qui est l'objet de négociations (*la prestation, description de l'ouvrage, biens livrés, services, de la contre-partie financière payé*). Liberté contractuelle donc tout est possible.

Cette partie est importante car dit aux parties ce qu'elles doivent faire si ça se passe bien et si ne se passe pas bien ce qu'elles auraient dû faire (déterminer bonne exécution et moyens de droit). Pas seulement utile en cas de litige, comme les autres clauses.

Selon le type de contrat, certaines clauses reviennent et donc des précisions peuvent utilement être apportées par les parties sur les modalités d'exécution des prestations prévues.

Ces prestations peuvent également faire l'objet de garanties diverses.

- **Clause d'Intégration des annexes** : Accord de base souvent décrit précisément dans des annexes et renvois. Il est important de s'assurer que ce renvoi est contractuel.  
«*The Annexes, Schedules and Exhibits to this Agreement shall form an integral part thereof.* » (= les annexes forment une partie intégrante du contrat).
  - **Conséquence** : confère aux annexes une valeur contractuelle. On a un contrat formé de plusieurs documents et il faut s'assurer qu'il n'y a pas de contradiction entre eux, sinon il faut intégrer une **clause de hiérarchie contractuelle**.

### 5.1. Contrat de vente

#### 5.1.1. TDR

- **Contexte** : parties entièrement libres de fixer le moment quand défaut/ endommagement/perte de la chose passe du vendeur à l'acheteur. Si les parties ne choisissent pas, le droit dispositif s'applique (**art. 185 CO**), mais il est rarement satisfaisant car la TDR dépend vraiment de la volonté des parties.
- **Solution** : intégrer dans le contrat une clause Incoterms.
  - **Quoi** : par Chambre de commerce internationale, c'est une série de contrats que les parties peuvent choisir et qui portent un libellé constitué de trois lettres : contrat FAS, contrat FOB, contrat EXW. Ils ont des solutions différentes et des moments TDR différents.

- **Avantage** : on règle facilement ces questions
- **Comment intégrer** :
  - « *Deliveries shall be made in accordance with Incoterm FOB by sea (Incoterm 2010), at the nearest international seaport of the vendor* »
- Free on board (FOB) : prévoit :
  - *Moment du TDR* : est lorsque la marchandise est remise au transporteur maritime au port d'embarquement. Dès ce moment, tous les risques passent à l'acheteur (endommagement supporté par l'acheteur). Il faut dès lors avoir des assurances qui correspondent à ce risque. Cette clause a un effet sur TDR.
  - *Qui paye assurances*
  - *Qui paye dédouanement*
  - *Emballages*

### 5.1.2. Délais

- **Contexte** : dans quel délai la marchandise doit être livrée ou l'ouvrage doit être réalisé ? C'est très factuel comme question.
- **Effet des délais** :
  - **DI de retard** : les règles sur la demeure : retard important, délais supplémentaires fixés, possible de se **départir du contrat** ou renoncer à l'exécution.
  - **Inexécution du contrat** : en fixant délais plus impératifs, a la conséquence de permettre de se départir du contrat. C'est un « **terme fixe** » (108 III CO).  
**la clause *Time is of the essence*** :  
 « *For the purpose of this Agreement, time is of the essence* » (= dans le cadre de cet accord, le temps est essentiel), donc les délais sont des termes fixes, avec des conséquences d'inexécution prévu dans l'OJ. Autorise l'acheteur à résoudre le contrat en cas de retard.
    - **Utilité** ? Utile si on veut être stricte. Pour celui qui livre/ prestataire de service c'est horrible de s'engager aussi fermement.

### 5.1.3. Défaut de la chose/aliud

Deux situations :

- **Défaut de la chose livré** (197ss CO et universel) : dispose de moyens de droit si la chose livrée est défectueuse. Les actions édiliciennes (205 ss CO) (= droits de l'acheteur en cas de défauts de la chose vendue). *Ex : Mercedes qui roule mal.*
- 
- **Aliud : Cad d'inexécution** : la chose n'est pas défectueuse, mais simplement a livré autre chose. Il en découle des moyens de droit différent. *Ex : 2 chevaux au lieu d'une Mercedes.*
  - Conséquences plus lourdes que le défaut

- **Problème** : la marchandise est souvent déterminée par son genre au moment de la conclusion du contrat (accord sur des éléments de genre qui décrivent la marchandise achetée *Ex : tant de blé de tel qualité en tel type*).  
Comment distinguer ? Ils se confondent. Ces clauses se distinguent difficilement. Le régime juridique applicable dépendra de l'appréciation du juge :
  - **Les éléments de description du genre** (détermine quel est l'objet du contrat) :
    - Il suffit qu'un de ces éléments de la chose déterminée par son genre ne soit pas remplis -> **Aliud**  
**Arrêt de 2004 du TF** (1ère cour civile, SJ 2004 I p. 252-258 : vente de pétrole avec des annexes correspondant à des formules chimiques pour décrire la composition du pétrole, et une de ces formules ne correspondait pas au pétrole livré. -> Aliud, inexécution.  
  
 « *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 entraînera la qualification d'aliud (...). La référence des parties à une chose de genre sans spécification particulière entraînera 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 ; (...))* ».
  - **Les qualités promises** (détermine a un défaut)
    - Si pas remplis -> **Défaut**
- **Solution** : **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* »  
(= « il est convenu expressément que toutes les déclarations relatives à la qualité faites par le vendeur ne sont pas des éléments de description de la chose »).
  - But** : lutter contre la théorie de l'*aliud*, théorie du TF sur l'*aliud*, sur la livraison d'une chose différente de celle qui a été convenue, soit mise de côté.
  - Conséquences** : les éléments de description du contrat soient des éléments qui relèvent des garanties promises. Dès lors qu'il y a dans le contrat, une description de la chose c'est une **qualité promise** et ce n'est plus un élément de description de la chose. Étend l'application des règles sur les défauts de la chose vendue.

## 5.2. Contrat de service

- **Quoi** : Contrat par lequel une partie s'engage à exécuter un service en faveur de l'autre partie. L'essentiel c'est la description du service et quasiment tout est envisageable (limites sont rare).
- **3 dangers/problèmes** :
  - **Représentation par le prestataire de service** ? Pour contrat de mandat, il est présumé que celui qui doit rendre ce service a un pouvoir de représentation en lien avec la prestation de service qui doit être faite.
    - **Solution** : **Exclusion du pouvoir de représentation** : il faut le dire clairement/expressément pour éviter ambiguïté.
    - **Clause d'indépendance et de non représentation** : « *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* »
 

Pas le pouvoir de représentation et s'engage à ne pas apparaître comme tel. Il s'agit de deux cocontractants indépendants : l'un n'étant pas le représentant de l'autre.

*In fine* Cette clause évite que le contrat ne soit qualifié de contrat de travail???
  - **Qualification comme contrat de travail** ? Sur le long terme, relations étroites, risque que soit qualifié comme contrat de travail et donc toutes les règles impératives. Difficile à distinguer le prestataire de service (plus autonome et s'organise comme il le souhaite).
    - **Solution** : **Clause d'exclusion de travail** « *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* ». Indique que les parties ne veulent pas être liées par un contrat de travail.
      - **Avantage** : montre que le prestataire de service est conscient que ce n'est pas un contrat de travail (et donc pas possible pour lui de prévaloir des droits sociaux découlant du droit du travail).
      - **Problème** : inefficace car le juge n'est pas lié par les parties pour la qualification du contrat, il détermine avec le contenu de ce contrat et non pas de leurs déclarations. Si des éléments concrets penchent en faveur d'un contrat de travail (ex : *lien de subordination, bureaux mis à la disposition du PS, horaires précis, vacances prévues par*

*contrat*) cette clause ne suffirait pas à écarter un contrat de travail. Atténue seulement.

- **Qualification comme contrat de société/Joint Venture/Partnership ?** risque que la relation est si intense qu'on considère qu'elles se sont associées. Risque de qualifier le contrat de SS, Joint Venture, Partnership. Risque que le Partnership implique des règles de partage du bénéfice et risque de fins du contrat plus compliqué.
  - **Solution : Clause d'exclusion d'un partnership:** « *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* »

Ccl : Si le client est trop autoritaire on risque de qualifier le contrat de travail et si le client est trop collaboratif, risque que ce soit un contrat de Partnership, il faut naviguer à vue entre ces deux rives.

### **5.2.1. Obligation de diligence. Clause de « best efforts »**

- **Quoi :** dans le contrat de service, obligation de diligence du prestataire de service (pas besoin de le mettre dans le contrat prévu **art. 398 CO**). Le prestataire de service n'a pas d'obligation de résultat.
- **Caractériser la diligence** (très, extrêmement, plus diligent). Les anglo-saxons ont estimé des degrés de diligence dans leur *case law*. « *Best efforts* » (un des plus hauts niveaux de diligence attendu d'un PS)
 

**Clause de best efforts :** « *This is a « best efforts » agreement on the part of \_\_\_ and \_\_\_ to market such product in a manner that seems appropriate* » (obligation de meilleurs efforts concernant une commercialisation de produits). Implique une obligation de diligence accrue de la part de A.

  - **Avantage :** impossible de dire qu'il ne va pas déployer ses meilleurs efforts et pour le client ça fait plaisir.
  - **Défaut :**
    - On n'est pas habitué en CH à cette échelle de diligence, soit on est diligent soit on ne l'est pas.
    - En CH, plusieurs contrats, où par la loi, il y a une obligation de résultat et pas simplement à être diligent (ex : contrat d'entreprise, mandat, service). On en peut invoquer la diligence dans ces cas. Si on utilise cette clause dans un contrat qui prévoit une obligation de résultat, crée ambiguïté, l'EG pourra l'invoquer, client dit que le résultat n'est pas satisfaisant. Est-ce qu'on renonce à résultat ? Pb d'interprétation de la volonté des parties. A utiliser avec prudence. Au lieu de renforcer les obligations de l'entrepreneur, cela les affaiblit

- Si prestataire n'a qu'une obligation de moyen, les clauses de best efforts, ne pose pas de problèmes.
- Si obligation de résultat, ces clauses sont ambiguës

### 5.3. Contrats de garantie

- **Quoi** : garantir une prestation matérielle (la livraison d'une chose), ou pécuniaire (le paiement du prix).
- **Types** :
  - **Garanties réelles** : confère au bénéficiaire un droit sur une marchandise/ bien/immeuble (hypothèque, nantissement).
    - Libre mais, mais on touche aux droits réels. On quitte le domaine de la liberté contractuelle (numerus clausus des droits réels. Opposables à tout tiers et pas seulement aux cocontractants.
  - **Garanties personnelles** : Un tiers se porte garant de l'exécution par le débiteur principal. Il y a une obligation subsidiaire du garant : si le débiteur principal ne paye pas/ne s'exécute pas c'est le garant qui devra payer/ indemniser le créancier de la mauvaise exécution/inexécution du débiteur principal. Not. Cautionnement ou d'autres types possibles.
    - Liberté contractuelle
    - Portée de l'engagement du garant ?
      - Obligation de payer lorsque le débiteur principal aurait dû payer. Sera payé dans la mesure où le paiement est dû.
      - Obligation de payer quelque soit les motifs pour lesquels le débiteur principal ne paye pas. Garantie d'être payé peu importe ce qui arrive. Malgré exceptions/objections du débiteur.
    - Garant peut refuser de payer en invoquant les exceptions/objections du débiteur principal ? Ca dépend de la volonté des parties au moment de la conclusion. Le texte du contrat atteste un de ces deux types :
      - **Garantie abstraite** : le garant doit payer quoi qu'il arrive : il ne peut pas faire valoir les exceptions/objections du débiteur principal (CH et univ). Paye et ensuite sera légitimé ou non devant le juge.  
« *On first demand* »
      - **Garantie dépendante** : le garant peut opposer les exceptions/objections du débiteur principal.  
**Clause de dépendance** : « *The Guarantor* (garant) *shall have the right to assert against the Beneficiary* (le créancier) *all of*

*the claims, offsets and defences that the Purchaser (le débiteur) may have against the Beneficiary».*

Pourra être qualifié de contrat de cautionnement (qui est très formel **art. 492 et 493 CO**)

#### **5.4. Contrats de société**

- **Quoi** : ABC se mettent d'accord pour créer une nouvelle société (société simple/de Partnership/de Joint-Venture) en tant qu'actionnaires, ils collaborent. Cette relation est régit par un contrat de Joint-Venture, contrat d'actionnaires (*Share holder agreement*) ou contrat de société simple. Règle gestion de cette nouvelle société (direction, majorité atteinte, blocage...).

- **Sortir de la société : en vendant ses actions** : A peut vendre librement à D, mais ne plait pas forcément à B,C. Problématique qu'il puisse vendre et donc introduire dans la société un étranger/hostile.

- **Solution** : **Droit de préemption** (pré-refus, « *first refusal right* ») : il ne s'agit non pas d'interdire vente des actions, mais prévoir qu'il faut d'abord les proposer à B et C, qui auront un droit prioritaire de rachat des actions. Ce n'est seulement s'ils ne veulent pas les racheter que A pourra les vendre à un tiers.

*« 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 ») ».*

- Coûte cher mais permet de donner la possibilité de rester à deux ou décider qui participera.
- **Validité** : pas réglementé par le CO ni par la loi. **19 CO** liberté contractuelle suffit, si les parties l'ont prévu, c'est valable. Il y a des règles immobilières et sur les durées maximales (devrait pas être applicable par analogie au mobilier).
- **Sanction** : quid si A vend ses actions à D sans les proposer prioritairement à B ou C ? Violation du contrat pour dommages et intérêt, mais dommage difficile à prouver, pas de dommage économique, seul un inconvénient commercial.

**Problème** : Inutile si aucune section sérieuse.

**Solution pour sécuriser** :

- **Une clause pénale** (montant prédéfini à l'avance payé à titre de sanction par A pour violation du droit de préemption)
  - Ne doit pas être disproportionné sinon le juge peut la réduire. Permet de dissuader.

- **Insuffisant** : parfois tenté de violer et payer CP (D peut payer la CP de A s'il souhaite réellement entrer dans la société)
- Prévoir un contrat séparé « **de dépôt séquestre** » (ou « **escrow agreement** ») : les actions de A,B,C sont déposées auprès d'un tiers (notaire ou avocat) avec instruction de ne pas remettre ces actions sans une instruction signée conjointement par A, B et C. Empêche de vendre actions si elles ne sont pas physiquement à sa disposition.
- Autres clauses de contrat de société :
  - **Clauses Tag Along** : si l'un des associés veut vendre, il doit faire une offre globale de la vente de la totalité des actions de la NewCo (*si A veut vendre à D, il devra aussi offrir à D d'acheter les actions de B et C, et si B et C veulent vendre, ils devront être compris dans ce paquet : on ne peut pas contraindre B et C à rester tout seul ; si A s'en va, B et C doivent pouvoir quitter la structure et D doit racheter le tout*).
    - Confère le droit aux autres actionnaires minoritaires d'exiger que l'investisseur achète aussi leurs actions au même prix et dans les mêmes conditions que celles qui prévalent pour les actionnaires majoritaires
  - **Clause Drag Along** : si A veut vendre à D, il peut contraindre B et C à vendre leur part à l'acquéreur D, car D n'a d'intérêt à racheter les parts de A que s'il a le contrôle complet de la NewCo et donc il voudra racheter aussi les parts de B et C
  - **Deadlock resolution clauses** : situation de blocage ( ? )

### 5.5. Droits des tiers sur la base d'un contrat

- **Principe** : cocontractant est le bénéficiaire (relativité des contrats)
- **Exception** : **clause de stipulation pour autrui** (112 CO et univ) : Contrats où un tiers sera désigné comme le bénéficiaire d'un contrat.
  - **Ex** :
    - *Contrat de vente où la marchandise doit être livrée à sa filiale. Possible ? Oui, si c'est ce qu'elles veulent : la filiale bénéficiera du contrat.*
    - *Contrat de transport, expéditeur (vendeur de la marchandise) et transporteur, but : marchandise livrée à l'acheteur (destinataire), dès lors convenu que le bénéficiaire est un tiers : le destinataire.*
    - *Assurance vie, le bénéficiaire (enfants) du contrat sera quelqu'un d'autre vu que nous on sera plus là.*

- **Acquisition de droits ?** Le destinataire (tiers) peut-il invoquer une mauvaise exécution ? Dépend si :
  - Si la **stipulation est parfaite**, alors le destinataire a/acquiert des droits.
    - Cela découle de la nature du contrat (*ex : l'assurance vie, le bénéficiaire doit pouvoir réclamer judiciairement la prime*) ;
    - Cela peut être prévu : **clause de stipulation pour autrui parfaite** « *The Parties agree that the Final consumer (client ou consommateur final) shall have the right to enforce as a third beneficiary this Agreement against the Importer with regard to the Products* ». Bénéficiaire aura droit de faire valoir ce contrat en justice. Est valable même si le *Final consumer* n'est pas partie au contrat.
      - Il faut éviter des problèmes d'interprétation en indiquant clairement des droit ou simple bénéficiaire de facto de la prestation.
  - Si la **stipulation est imparfaite**, destinataire ne peut que constater que la prestation n'a pas été exécutée mais il n'en n'était que le bénéficiaire factuel.
- Sinon utile de prévoir une **exclusion de la clause de stipulation pour autrui** « *The parties to the Contract do not intend that any term of the Contract shall be enforceable by any person that is not party to it.* »  
Cad qu'il n'y aura pas de clause de stipulation pour autrui et que le contrat ne bénéficiera en aucun cas à un tiers.
- **Règles en matière de transport international** : conventions internationales sur le transport (règles de la FEB en matière maritime, convention de Montréal en matière aérien, la CMR (routes)) prévoient à quel **moment** la stipulation pour autrui devient **parfaite**, soit à quel moment le destinataire acquiert des droits contre le transporteur.
  - Ces conventions sont universelles, mais impératives (donc moins de choix pour les parties quant à la question de savoir si le tiers a des droits ou pas).
- **Acquisition d'obligations ?** totalement exclu qu'un tiers puisse se voir infliger des obligations sur la base d'un contrat (contraire au principe de la relativité des contrats). Par une stipulation pour autrui il est possible de conférer à un tiers des droits découlant d'un contrat.
  - Clause prevoyant que le bénéficiaire assumera des obligations est inefficace (*ex : clause sur livraison de marchandise à la Filiale et que la Filiale serait solidairement responsable du paiement du prix.*

*La filiale n'est pas partie au contrat. Il faudrait une ratification ou un contrat séparé où la filiale admet son obligation de payer le prix).*

### **5.6. L'obligation financière**

- **Quoi** : la contrepartie de l'accord de base est souvent une contre prestation financière. Il y a une terminologie diverse :
  - Contrats de vente : paiement du prix/*Price* ;
  - Contrats de mandant ou d'entreprise : honoraires/*Fees* ;
  - Contrat de travail ou de courtage : salaire/*Wages* ;
  - Contrat d'agence : provisions/*Commission fees* ;
  - Contrat de bail ou de leasing : loyer/*Rent* ;
  - Contrats de licence : royalties/*Royalties* ;
  - Contrats de prêts : intérêts/*Interest* ;
  
- Les parties de déterminent certes sa nature, périodicité, les modalités de paiement :
  - **Le contrat de vente** : ici la précision est importante car c'est un **élément objectivement essentiel** du contrat (**2 CO**), tant que les parties ne sont pas d'accord sur le prix, le contrat n'est pas conclu. (*ex : Un document signé par les deux parties selon lequel on achètera une marchandise à un prix qui reste à déterminer est un accord qui n'a donc aucune portée juridique*)
  - **Le contrat d'entreprise** : ici le prix n'est pas un élément objectivement essentiel, pour les honoraires une imprécision peut régner qui ne remet pas en cause la conclusion du contrat, mais il faut dire précisément si l'accord porte sur :
    - **un devis** : une simple estimation du prix
    - **un forfait** : prix payé quel que soit le coût de l'ouvrage réalisé
  
- **En cas de litige** : attention l'obligation de paiement pourrait faire l'objet d'un **chantage du prix**, litige mais il y a un paiement donc tant que le litige n'est pas payé, on retient le paiement
  - **Paiement en cas de litige** : qu'en cas de litige, l'obligation financière devra être remplie en tout cas pour la partie du contrat qui ne fait pas l'objet d'un litige  
*« 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 »*  
(en cas de litige au sujet d'un produit, celui qui achète pourra retenir le prix pour ce qui est de ce produit là),

Mais aussi rajouter :

*« 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 les autres obligations ne sont pas affectées par le litige, les parties doivent continuer à les exécuter).

**Conséquence** : si les parties ne s'exécutent pas, alors elles sont dans un cas d'inexécution du contrat et de demeure de celui qui doit payer.

- **L'exception d'inexécution (82 CO)**, « si vous ne vous exécutez pas, je ne vous paie pas », il faut préciser cette règle vague avec les clauses précitées : cad certes on peut retenir le prix pour le produit problématique qui fait l'objet d'un litige mais pour toutes les autres, l'**82 CO** ne s'applique pas et le paiement doit intervenir.

## **5.7. Conditions contractuelles**

Les obligations peuvent être dues par le contrat ou conditionnelles. Accord de base et ensuite des conditions aux obligations. Deux types de conditions :

### **5.7.1. Conditions matérielles**

- **Quoi** : elles sont liées à des événements extérieurs.
  - Soit **Les conditions suspensives (condition precedent)** : cad conditionne l'**entrée en vigueur** du contrat : (ex : *si telle condition survient si une autorisation d'importation ou d'exportation est délivrée*)
    - « *The entry into force of this Agreement is subject to the condition precedent of the issuance of a valid export licence by (\_\_\_\_\_)* »
    - (l'entrée en vigueur de ce contrat est soumise à la condition suspensive de l'émission d'une exportation d'autorisation valable avant telle date).
  - Soit **Les conditions résolutoires (condition subsequent)** : la résiliation du contrat est conditionnée (ex : *prendra fin si une des deux parties fait l'objet d'une faillite ou d'une procédure concordataire*). A dans la règle un effet non rétroactif.

« *This agreement shall be terminated with immediate effect in case of the Export licence is not renewed* ». Ne doit pas nécessairement être mentionné explicitement comme résolutoire.

- **Problème** : « *terminated* » veut dire quoi ?
  - **Effet rétroactif** : auquel cas les prestations faites sur la base du contrat doivent être restituées, dans ce cas-là il faut le dire expressément. Svt : *Cancellation (annulation)*

- **Sans effet rétroactif** : auquel cas les prestations faites sur la base du contrat ne doivent pas être restituées. **Présomption de 154 II CO**, en principe sans effet rétroactif, donc cesse de déployer ses effets mais tout ce qui a été fait sur la base de ce contrat reste valable. Svt : *Termination (resiliation)*.
- **Résolution liée à l'insolvabilité** : c'est valable (*ex : contrat prendra fin si une des deux parties est déclarée en faillite, fait l'objet d'une demande de concordat*) et c'est utile car permet d'éviter que l'AF puisse continuer le contrat elle-même.
  - **Limite : droit public impératif** :
    - **Pénalité** : condition résolutoire en cas de faillite avec en plus droit à une indemnité au co-contractant donc aura une créance dans la faillite, pas admissible de prévoir une pénalité lorsque le contrat prend fin dans la faillite (le droit de la faillite dépend du domicile/siège du débiteur).
    - **Priorité** : pas possible contrat de prévoir que certains biens doivent être restitués au vendeur ; ce serait un droit de distraction non admissible : le contrat n'est pas opposable à la masse en faillite (**art. 212 LP**)
- **Manipulation** : risque de manipulation de l'événement extérieur par les parties de façon à se débarrasser de ce contrat, pour qu'il n'entre pas en vigueur (suspensif) ou qu'il prenne fin (résolutoire). Permet de mettre fin sans frais (indemnisation de résiliation). Exemple :
  - **Condition suspensive** : ne pas demander l'obtention de la licence d'exportation pour l'entrée en vigueur du contrat.
  - **Condition résolutoire** : non renouvellement de la licence d'exportation pour la fin du contrat.
  - **Limite** : **156 CO**, si une partie manipule une condition contrairement aux règles de la bonne foi, le juge doit faire comme si la condition suspensive était survenue et donc le contrat entre en vigueur / ou que la condition résolutoire n'est pas survenue et donc le contrat continue.

**Principes UNIDROIT 2010 ARTICLE 5.3.3** : (*Interference with conditions*).  
*If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to the Duty of good faith and fair dealing or the duty of cooperation, that party may not rely on the non-fulfilment of the condition.(2) If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the fulfilment of the condition.*

Si une condition suspensive est manipulée par une partie, celle-ci ne peut pas se prévaloir du fait que la condition suspensive n'a pas

été réalisée (ch.1) ou si une condition résolutoire et provoquée contre les règles de la BF, la partie ne peut pas s'en prévaloir

- **Condition potestative (« discretionary approval »)** : condition tributaire de la volonté d'une des parties qui pourra approuver ou non ce contrat (le contrat entre en vigueur ou prend fin si je veux). Parties libres et c'est valable.

*« 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 »*. L'entrée en vigueur de ce contrat est soumise à la condition suspensive de l'approbation discrétionnaire par CA.

- **156 CO et 5.3.3** ne s'appliquent pas : pas être contraire aux règles de la BF de faire usage d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le contrat
  - **Contraire aux règles de la BF** : dans certaines situations où on abuse de ce pouvoir discrétionnaire et l'utilise pour spéculer après coup, n'est pas admissible donc considéré comme contraire aux règles de la BF. Le TF a considéré que **156 CO** restait applicable dans une certaine mesure (terme flexible et imprévisible).

### **5.7.2. Conditions procédurales**

- **Quoi** : les parties s'obligent à toute une série de démarches, et le contrat n'entrera en vigueur que lorsque ces démarches auraient été accomplies par les parties (ex : documents doivent être réunis).
- **Distinction** : dans les contrats de vente d'actions ou de vente d'entreprises (M&A) :
  - **Signing** : le moment où le contrat est signé
  - **Closing** : le moment où le contrat entre en vigueur et est exécuté
- **Étapes** : Vente d'actions, le contrat est signé, ensuite démarches (*ex des audits pour connaître la valeur de la société*) ensuite les parties se réunissent pour faire le closing lors de laquelle les actions sont transférées à l'acquéreur.

- **Conclusion en deux étapes** : c'est valable, parties libres de se mettre d'accord sur la procédure de conclusion du contrat.

#### **Signing and closing** :

*« 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 \_\_\_\_\_”*

- 156 CO ou l'art. 5.3.3 Unidroit est applicable ? Selon la JP, oui, ce qui est fait entre le signing et le closing est aussi une condition suspensive (l'entrée en vigueur du contrat en dépend) et donc si une partie manipule cette condition (ex : *ne réunit pas les documents tels que prévus dans la clause au moment du signing*) peut être considéré comme une violation des règles de la BF et donc le juge peut considérer que le contrat EV alors même que la partie n'a pas réuni la documentation nécessaire et que la partie de mauvaise foi peut être tenue responsable pour l'inexécution dudit contrat

## 5.8. Garanties contractuelles

- **Quoi** : engagements pris par le prestataire sur la garantie de la chose livrée ou du service rendu, ces clauses de garanties sont systématiques dans tout sortes de contrats aux obligations.
  - **Garanties personnelles ou réelles** (« ... ???... *guarantees* ».):
    - **Garantie réelle** : créancier dispose d'un droit sur une chose qui lui permettra de procéder à la réalisation forcée de cette chose s'il n'est pas satisfait.
      - Relève des droits réels : sur une chose (sur l'objet du gage), ne peuvent pas être aussi librement consenties par les parties
    - **Garantie personnelle** : créancier qui obtient une déclaration de la part d'un garant, de payer subsidiairement auquel cas le débiteur principal ne paye pas.
      - Relèvent du droit des contrats
      - Ce sont des contrats (prévoir **clause d'indépendance** ou **clause d'abstraction**)
  - **Garanties contractuelles** (« *Warranties and representations* »): (ICI) n'ont rien à voir avec garanties personnelles ou réelles. C'est une description de l'obligation du vendeur : le vendeur assume l'obligation de faire face au risque du défaut de la chose. Clauses par lesquelles une partie garantie la qualité de la chose qu'elle livre ou du service qu'elle rend.
    - Garanties prévues par la loi :
      - **Garantie du vendeur** : actions édiliciennes : 197 ss CO)
      - **Garanties de l'entrepreneur** : en cas de construction d'un immeuble moyens de droit en faveur du client.
      - **Garanties du cédant** : en cas de cession de créances, celui qui a cédé la créance garantit l'existence de la créance ou la solvabilité du débiteur

- Distinctions anglaise :
  - les déclarations sur la situation au moment de la conclusion du contrat (*representations*)
  - les déclaration sur la situation future (*warranties*) relatives à la qualité de la chose qui devrait être livrée.
  
- **Objets** : on peut garantir tout et n'importe quoi (ex : *qualités professionnelles d'un prestataire de service, absence d'actes de corruption dans le cadre de l'attribution du marché*).
  
- **Sanctions** : moyens de droit disponibles aux destinataires de la garantie si les éléments de la garantie ne se réalisent pas.
  - **Prévues par la loi** : La résolution du contrat, diminution du prix, remplacement de la chose ; **197ssCO** et **205/208 CO**).
    - Pas de droit à la réparation pour la vente (mais prévu dans la **46CVIM**).
  
  - **Prévus par le contrat** (si non satisfait des sanctions légales) : peuvent prévoir le droit et les modalités de la sanction (lieu et délai)
    - responsabilité (les dommages et intérêts),
    - résiliation du contrat (violation de la garantie est une cause de résiliation de contrat)
    - réparation
    - remplacement

*The Seller warrants (subject to the other provisions of these Conditions) for a period of 12 months from invoice date that the goods shall be free from defects in workmanship or materials at the time of delivery (déclaration de garantie pour les défauts). If any Goods do not conform to that warranty the Seller will at Buyer's option (moyens de droit alternatifs au choix de l'acheteur)*

- *replace the Goods found not to conform to the warranty and such replacements shall be supplied subject to these Conditions ; or*
- *take such steps as the Seller deems necessary to bring the Goods into a state where they are free from such defects; or (=réparer la merchandise)*
- *take back the Goods found not to conform to the warranty and refund the appropriate part of the purchase price : (résiliation du contrat : reprendre la merchandise et rembourser le prix payé).*

On a trois possibilités alternative prévues dans cette clause au choix de l'acheteur : remplacement de la chose, réparation de la chose ou

remboursement du prix. On peut imaginer d'autres solutions, ceci doit être discuté par les parties

- **Durée** : “12 mois from invoice“. Très important, il faut connaître la durée de la garantie, cad le délai de prescription dans lequel les actions découlant de la garantie doivent être introduites en justice.
  - Donc l'acheteur doit introduire ses demandes de remplacement etc dans le délai d'un an.
  - S'il y a des défauts cachés (des défauts qui n'apparaissent pas) après cette période de garantie, l'acheteur ne pourra plus se prévaloir de cette garantie.
    - possible de prévoir une **durée plus longue ou un mécanisme pour ce type de défaut**.
  - **Règles de protection des consommateurs** (UE et **210 CO**) : prévoir pour les consommateurs un délai de garantie minimale de deux ans dès la livraison de la chose, sinon le contrat avec un consommateur n'est pas valable. Les parties peuvent rallonger cette garantie.
  - **Déterminer le dies a quo** : moment à partir duquel le délai commence à courir, en général c'est le moment de la livraison mais peut différer.
- **Exercice de la garantie** : utile de prévoir également les modalités de l'exercice :
  - **L'avis des défauts** : défaut et agir dans délai ne suffit pas, il faut agir immédiatement, dès la découverte du défaut (facilite la preuve du moment de la survenance du défaut).
    - **201CO et 39 CVIM** (pas FR et autres OJ) pas impératif ;
    - Parties peuvent **exclure ADD ou moins strict ou l'intégrer ou renforcer** :
 

« *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* »

Dès que le défaut apparaît, délai d'avis des défauts de 7 jours (pas immédiat comme en CH) et dans le délai de prescription de la garantie d'1 an (2 en UE)  
L'acheteur perd ses droits s'il ne fait pas un avis des défauts.
  - **Conditions matérielles d'exercice** : que l'acheteur n'ait pas utilisé l'objet conformément à ce qui est prévu, le vendeur ne devrait pas être responsable. Il suffit de prouver qu'il a continué à utiliser la chose et n'a pas respecté les conditions d'appel à la garantie.

« *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 immédiatement cesser d'utiliser la chose, sinon difficile de savoir si le défaut est un défaut de fabrication ou s'il a été aggravé en raison de l'usage fait par l'acheteur.

« *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 découvrir mais qui n'existait finalement pas ou de l'empirer

- **Garantie de la garantie** : vendeur exécute la garantie sur demande. Quid si la réparation ne fonctionne pas plusieurs fois et donc au final dépasse le délai de garantie ? Est-ce que l'objet réparé dispose d'un nouveau délai de garantie ?  
OJ fluctuant donc utile de prévoir que dès qu'une réparation a été effectuée, il y a une nouvelle période de garantie qui commence à courir. Désigne la garantie des marchandises remplacées ou réparées.  
« *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* ».

Il serait dommage de s'en remettre au système légal car les parties ont la liberté de prévoir ce qu'elles veulent.

### **5.9. Clause Fausse N° 8**

« *L'Entrepreneur s'engage à l'égard ...* »

- **Utilité** : Clause de best efforts, caractérisation des obligations de E.
- **Interprétation** :
  - "Meilleurs efforts" : déjà ambigu car concept anglo-saxon, nous n'avons pas cette gradation dans notre JP (*reasonable, best, should endeavor too, ne mentionne rien*)
    - Prévoit obligation de diligence classiques ?
    - Prévoit que parties avaient prévu définitions américaines ?
  - Dans le cadre d'un contrat d'entreprise (368 CO) qui prévoit lui un devoir de résultat (et de service) et non une obligation de diligence. Ambiguïté :
    - Augmentation de sa diligence ?

- Peut se libérer de son obligation de résultat, dérogation ? Certes il y a un défaut, mais contrat dit qu'il suffit qu'il a du tout faire.
- Validité :
  - Valable en soi : mais limite ainsi ici la garantie de l'entrepreneur (?), on ne peut limiter les garanties de l'entrepreneur (368 CO)
  - Sinon dissimulation frauduleuse du défaut (199 CO)

### 5.10. Clause Fausse N° 9

*"(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 ..."*

- Utilité : objet contrat de vente, il faut être d'accord sur les éléments objectivement essentiels du contrat (2CO).
- Interprétation :
  - JP pas strict, objet déterminé ou déterminable, en l'espèce il y a une "liste" déterminable ici. Rajouter la liste dans le contrat pour éviter un désaccord et dire que la liste a été ratifiée par les parties et est intégrée au contrat (liste est contractuelle).
  - Peut-on vendre plusieurs choses ? Principe de spécialité (en droit réel), mais dans un contrat, l'universalité de fait où on vend plusieurs objets est possible, on peut faire ce que l'on veut, c'est le transfert de propriété qui sera individualisé.

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

- Utilité : prix du contrat de vente, il faut être d'accord sur les éléments objectivement essentiels du contrat. Si on n'est pas d'accord, pas de contrat, sauf si on a des éléments de déterminabilité suffisants.
- Interprétation :
  - Comment clarifier ce qu'est la dernière vente ? Ce que sont des "objets similaires" ? On fait une moyenne ?
  - Clarification : moyenne de vente des tableaux de ce peintre durant cette période à Genève. Est-ce déterminable ? Si pas déterminable il n'y a pas d'accord sur l'objet du prix donc pas de contrat.

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

- Clarification : clause du client le plus favorisé : dire au vendeur qu'on veut être assimilé au prix fait au client le plus favorisé. Mais suffit pas,

cette clause implique une fixation du prix et un droit au rabais consenti au concurrent. Ex : svt domaine compétitif.

### 5.11. Clause Fausse N° 11

*"For the purpose..."*

- **Utilité** : C'est un « terme fixe » (108 III CO) strict avec pour conséquence une inexécution du contrat si le délai n'est pas respecté.
  - **Contexte** : en cas de retard, à la date contractuelle si la prestation n'est pas livrée, il faut des D-I de retard (106CO), ce n'est pas encore un cas d'inexécution. Comment déterminer ce moment ?
    - Il y a la fixation d'un délai raisonnable supplémentaire,
    - ensuite on peut faire valoir (107CO) par résolution ou la renonciation à l'exécution avec DI.
  - **Conséquence** : dès la date contractuelle déjà, on bénéficiera de 107CO donc déjà dans un cas d'inexécution.

### 5.12. Clause Fausse N° 12

*"In the event that the... (dans le cas où l'acheteur est déclaré en faillite/liquidation, le vendeur pourra annuler le contrat, si les marchandises ont été livrées mais pas encore payées le prix sera immédiatement exigible OU les marchandises seront restituées au vendeur)*

- **Utilité** : C'est une condition résolutoire (circonstance qui implique la fin du contrat) en cas de faillite et liquidation.
  - gère la situation de la faillite : insolvabilité, ne peut payer tous ses créanciers
  - gère la situation de la liquidation : situation volontaire, créanciers sont tous payés.
- **Interprétation** : on se pose tjr la même question, est-ce avec effet rétroactif ou sans effet rétroactif ? Souvent sans effet rétroactif mais pas clair. Résolutoire laisse penser que c'est rétroactif, mais en général conditions résolutoires n'ont pas d'effet rétroactif
  - **Non rétroactif** : Clarification dire "*termination (résiliation)*" pour non rétroactif,
    - Présomption en dr CH : présomption que ce n'est pas rétroactif (154 II CO)
  - **Rétroactif** : Dire *cancellation (annulation)* pour effet rétroactif.
    - Mais attention 18CO, il faut déterminer la volonté des parties, les parties ont pu mal exprimer leur volonté. Ici *semi-rétroactif limité aux marchandises pas encore payées* : pour ce qui n'a pas été payé (il faut rendre ou payer), et ce qui a déjà été payé n'est pas

remis en cause (pas besoin de restituer). Dérogation à **154 II CO**.

- **Validité ?**
  - Le droit de la faillite, n'est pas celui déterminé par le contrat (choisi par les parties), mais c'est du droit public, donc déterminé selon le droit du domicile/siège du débiteur (ici acheteur).
  - **Règles de formation de la masse** : Il faut se demander, selon ce droit, si le vendeur a un Droit de distraction (droit de rechercher des biens dans la masse en faillite).
    - Biens tombent dans la masse en faillite ?
    - Possibilité de rechercher un bien dans la masse sur la base du contrat ?
      - Rarement possible
      - CH : n'admet pas ces clauses (**212 LP**). On ne peut pas rechercher un bien dans la masse. Seule possibilité, produire sa créance en paiement dans la faillite et touchera au moment de la distribution des dividendes.
      - Clause difficilement admissible car plus on enlève de bien dans la masse, moins on paie les créancier selon le principe d'égalité des créanciers.
  - **Liquidation** : Si droit n'accepte pas cette clause, ca n'annule pas entièrement la clause (seulement pour faillite). Dans la liquidation tous les créanciers sont payés, c'est la liberté contractuelle.
  - **Problème** : tous biens livrés à l'acheteur, tombent dans la masse (active) car l'acheteur en était devenu propriétaire, malgré le contrat qui réservait le paiement du prix.
  - **Solution** : comment éviter qu'il devienne proprio avant d'avoir payé le prix :
    - Il faut faire une **réserve de propriété**, elle sera soumise au droit du lieu de destination. Admissible en dr CH.
      - **Explication** : pour vendre il faut une cause + transfert de possession. Aux conditions de l'OJ, les parties peuvent **rajouter une condition supplémentaire du paiement de prix** : valable selon **715 CC**, mais pour déroger il faut l'indiquer au registre de l'OP du domicile l'acheteur.
      - Permet de protéger contre une faillite.
      - **Problème** : En CH bien. Mais si l'acheteur habite au Mexique ? Comme savoir si il y a un registre ? Se demander quel est le droit applicable à cette réserve de propriété ?
        - C'est une clause contractuelle donc idéalement le droit choisi par le contrat. MAIS la clause a des

effets de droits réel (opposable à l'égard de tout tiers), donc on ne peut librement choisir le droit. Donc selon **règle de conflit en matière de droits réels** c'est le lieu de situation de la chose. Si c'est une chose en déplacement c'est au lieu de sa destination.

- Donc regarder si la réserve de propriété est valable selon ce droit (*ex : mexique*). C'est souvent le **DIP de ce lieu** qui détermine quel est le droit applicable à cette réserve de propriété.

### 5.13. **Clause Fausse N° 13**

*"Subject to the following condition precedent..."*

- **Utilité** : ici clause suspensive (condition précédent) de délivrer un document
  - **Contexte** : SPA, vente d'action donc derrière vente d'une société. Conclu si la république de situation des actions n'aura pas de charges fiscales sur le vendeur.
- **Validité** : ne pas soumettre est possible pour détourner la clause ? **156 CO** si juge admet, le contrat entre en vigueur, et sera responsable pour la violation du contrat pour inexécution en ne remettant pas certificat.

### 5.14. **Clause Fausse N° 14**

*"The contractor warrants that..."*

- **Utilité** : **clause de garantie contractuelle anti-corruption** (peuvent garantir ce qu'ils veulent) par EG qu'aucun employé d'Etat ne recevra un bénéfice du contrat. Si ce n'est pas respecté c'est une violation matérielle du contrat.
- **Val ?** :
  - Est-ce valable ? toute façon un pacte de corruption entre corrompu et corrompeur est nulle.
  - Mais le contrat entre l'EG et le corrompu est valable, Mais cette clause est inefficace car il faut prévoir des moyens de droit
- **Interprétation** :
  - **Material breach** : non définit ici. Il aurait fallu définir notion et ses conséquences.
  - Et moyens de droit que cela implique, ici moyens découlant de la loi :
    - **Domage 97CO** : pas de dommage punitif, difficile de prouver dommage ;
    - **Dol 28CO** : conséquence, invalidation du contrat (avec effet ex tunc). Souvent inopportun d'invalider (*ex : impossible de détruire l'usine construite*) ;
    - **Résiliation pour juste motif** : JM (=circonstance perte de confiance irréparable entre les parties). Pas d'effet rétroactif (*ex*

nunc) mais interrompt travail en cours, donc il faut trouver un entrepreneur qui continue l'ouvrage.

- **Solution** : Moyen de droit contractuel
  - **Clause pénale 160ssCO** :
    - **Avantage** : dissuasif sans interrompre chantier
    - **Limite** : ne doit pas être excessif, sinon réduction (**160 III CO** ; du droit impératif)

### 5.15. Clause Fausse N° 15

" *The contractor warrants that the services...* "

- **Utilité** : simple pétition de principe. Garantie de respect du contrat. Inutile, mais pas négatif car de par la loi, doit respecter (*pacta sunt servanda*)

### 5.16. Clause Fausse N° 16

CONTRAT DE VENTE " *The seller warrants ...* "

- **Utilité** : le vendeur assume l'obligation de faire face au risque du défaut de la chose. Garantie du vendeur pour les défauts .
  - **Sanctions** : deux voies de droit alternatives au choix de l'acheteur, Remplacer (prévu par la loi) ou réparer (non prévu par la loi, sauf CVIM).
    - Remplacement
    - Réparation (UTILITE : moyen de droit non prévu dans **197 CO et 205 ss CO**, on y déroge. )
  - **Dérogation** : **exclusion de garantie** pour les marchandises qui n'ont pas été fabriquées par le vendeur. Brutal pour l'acheteur, il ne peut se retourner contre le vendeur (garantie exclue), ni contre le fournisseur (pas de relation contractuelle).
- **Interprétation** :
  - **Moyens de droit** : Est-ce qu'on exclue tout les autres moyens de droit ? on ne sait pas. Prévoir  
 "a l'exclusion de tous les autres moyens de droit" ou  
 "tout autre moyen de droit est réservé"  
 "any other remedies available under Swiss law being excluded"
  - **Avis des défauts** : défauts cachés doit être réservé dans la clause  
 "[shall immediately] be subject to the rules on latent defect under swiss law".
  - **Clause de la garantie de la garantie** : délai de garantie (ici 2 ans). Suite au remplacement/réparation, il faut prévoir un nouveau délai de garantie de deux ans.

- **Modalité pratiques de réparation/remplacement** : important de prévoir car la loi ne prévoit pas ça.
  - Prévoir où elle a lieu (on site),
  - Prévoir quand, délai maximum, CP/dommage intérêt de retard
  - Prévoir frais de transports
  - Etc
  
- **Validité** : ici dispositif, pas de droit réel ou impératif à priori
  - Clause insolite ? Flou
  - Normes impératifs :
    - **Consommateur** : Délai de garantie en matière de protection des consommateurs, ne peut être inférieur à deux ans (**UE et 210 CO**).
    - **Dissimulation frauduleuse** : **199CO** (lex specialis de **100/101CO** ? controversé) faute grave pour dissimulation par le vendeur du défaut. Conséquence, la garantie ne s'applique plus.
    - **Clause de cession de créance** : Permet de faire valoir les prétentions du Vendeur auprès du fournisseur (possible sans l'accord du fournisseur). Intégrer dans contrat.  
*“with respects to Goods not manufactured by seller, seller shall assign to Buyer all and any of its rights and claims against the supplier of these Goods“*



## 6. Clauses relatives à la responsabilité

Tous les OJ ont un régime de la responsabilité (97ssCO), donc inutile de prévoir dans le contrat, mais parties peuvent moduler/personnaliser la responsabilité. Ainsi limiter (plafond), conditionner (force majeure), forfaitiser (calcul dommage + facile), aggraver (CP).

### 6.1. Règles impératives

**Limitation** : on ne peut pas tout faire car contradictoire de s'engager et en même temps limiter conséquences de l'engagement. Tous les OJ prévoient une certaine limitation des exclusions.

- **Unidroit** : l'art. 7.1.6 **Principes Unidroit 2010** : reprend le principe qu'en cas de faute grave, une partie ne peut pas se prévaloir d'une exclusion ou d'une limitation de la responsabilité
- **CH ; Faute personnelle** : n'est pas possible de limiter sa responsabilité en cas de faute grave d'un des co-contractant (personnelle). **100 et 101 CO** (règles impératives, qui n'empêchent pas grand-chose et peu interventionniste).
  - **Faute auxiliaire** : Il est possible de s'exonérer totalement de sa responsabilité pour la faute de ses auxiliaires même s'ils ont commis une faute grave.
  - **Faute banque** : Pour les banques (industries concédées **selon TF**) les **art. 100 et 101** permettent seulement de s'exonérer pour la faute légère de ses auxiliaires.
    - Tous les autres cas (faute grave ou légère de la banque, faute grave d'un auxiliaire de la B) sont des cas où l'exonération de la responsabilité ne peut pas s'appliquer.

Possibilités de formulation :

- **Exclusion de garantie conforme** aux **100-101 CO** : clause qui reprend le principe de l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité si faute grave.  
« *Except for fraud or wilful misconduct, (\_\_\_) shall not be liable to (\_\_\_)* » (= sauf en cas de faute grave + dol, une partie ne sera pas responsable vis-à-vis de l'autre).
- **Clause d'exclusion générale sans limite** : clause dont on sait qu'elle ne s'appliquera pas dans tous les cas, qui limite la responsabilité sans réserve dans la mesure où les parties sont informés des cas où cette clause ne s'applique pas.
  - Prévoir une **clause de divisibilité** pour éviter que la clause qui fait une entorse sur un point de la responsabilité, ne pollue pas l'ensemble du contrat (*Marchand joue avec les limites ou quoi ? kinda sus*)
- **Clause incertaine des règles impératives**  
« *To the extent admitted by the applicable law, (\_\_\_) shall not be liable to (\_\_\_)* »

(dans la mesure admise par le droit applicable, une partie ne sera pas responsable)

- L'erreur serait d'intégrer ces clauses dans le contrat sans informer les parties des limites admises par le droit applicable

Autres limitations :

- **Protection des consommateurs** : une clause de CG dans un contrat avec un consommateur peut être annulée/nulle si elle modifie considérablement (déroge notablement) au système juridique applicable (8 LCD). Not. clause d'exclusion de la responsabilité.  
**Directive européenne sur les clauses abusives** : limitations de responsabilité peuvent être considérées comme des clauses abusives et si le contrat est conclu avec un consommateur, peuvent être ainsi considérées comme nulles par un juge.
- **Législation sur les voyages à forfait** : cad contrats conclu avec des agences de voyages. **Directive européenne sur les voyages à forfait** et **art. 16 LVF** prévoit que des limitations de responsabilité ne sont pas possibles pour agence de voyage pour des dommages matériels, et pour les dommages corporels (mais ne peut pas aller plus bas que le double du prix du voyage).
- **Droits de la personnalité** : **art. 27 CC**. En cas de contrat commercial rarement contraire aux droits de la personnalité. Mais dès intervention sur le corps humain (p. ex. *un contrat médical, intervention chirurgicale, chirurgie esthétique*). Discutable de limiter responsabilité.

## **6.2. Clause de limitation de responsabilité**

Les exclusions de responsabilité totales sont inacceptables, mais les limitations sont fréquentes. Possibilités :

- **Clause d'exclusion de certains postes de responsabilité** : dire que le co-contractant qui aura violé le contrat répondra seulement pour certains postes qui constituent le dommage global (gain manqué, perte effective, atteinte à la réputation, etc)  
*« The Seller shall not be liable to the Buyer under or in connection with the contract for any indirect or consequential damages »*  
Fréquent. Est valable en droit suisse sauf en cas de faute grave. Ici les postes de dommages exclus sont les dommages indirects et consécutifs de la responsabilité. Sous-entendu, tous les dommages directs feront l'objet d'une prétention en responsabilité aux conditions du droit national choisi.
  - **Application/interprétation** : indirect/consécutif sont des clauses anglaises donc difficile à interpréter en dr CH.
    - **“dommage Indirect”** : est de considérer que le dommage indirect est un dommage causé par la violation du contrat en coordination/

- conjonction avec d'autres causes (au regard de la **JP du TF** sur l'art. 208 CO)
- "dommage consécutif": une violation du contrat conduit à un dommage et le fait que le lésé subisse ce dommage conduit à d'autres dommages.
  - **Problème** : Le juge doit interpréter ces termes inconnus (non pas la définition légale de ces termes, mais quelle était la volonté des parties quand elles ont voulu exclure ces deux types de dommages). Exclusion au sens du droit US (en espérant que ça corresponde à la volonté des parties) ou au sens du droit suisse qui a été choisi (juge applique dr CH mais n'a pas notion donc ne sait pas si conforme à la volonté)? Identité joue un rôle, si société US ou parties professionnelles,
    - **Solution** : prévoir clause de définition pour ces notions.
- **Clause de plafonds de responsabilité** : prendre différents postes de dommage, mais sans définir (droit applicable déterminera) mais de prévoir un plafond (quels que soient les postes, ils ne pourront dépasser le montant du plafond convenu).  
*« 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 »*. Ici plafonné par le prix de la merchandise.  
**Conséquences** : En cas de dommage supérieur on ne pourra demander plus.  
**Exception** : Sauf dans les limites des **100 - 101 CO**, cad si on veut demander plus que le montant du plafonnement, il nous faut prouver soit la faute grave ou le dol de celui qui a violé le contrat.
- **Clauses d'exclusion de responsabilité pour les auxiliaires** : partie ne sera pas responsable pour ce que fait ses auxiliaires/ ST /employés (aucune limite en droit suisse **101CO**). Puis ne pourra agir contre les auxiliaires sur une base contractuelle car ne font pas parties du contrat.
- **Clause de causalité/prévisibilité** : de lege, pour être réparable le dommage doit être dans un rapport de causalité (naturel et adéquat) avec la violation du contrat. On peut avoir une définition différente de la causalité en substituant avec le critère de prévisibilité. Pas contraire au droit CH car prévu dans la **CVIM**.  
*« 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 »*. Qu'était prévisible au moment de la conclusion du contrat.
- **Exclusion de responsabilité en cas de faute concomitante** :  
*« 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. »*. Si celui

qui est victime de la violation du contrat a lui-même commis une faute ou l'un de ses auxiliaires a commis une faute, l'auteur de la violation ne sera pas responsable.

Reprend 44CO mais également les principes UNIDROIT art. 7.4.7. Dans le droit c'est un facteur de réduction de l'indemnité (dans le calcul), alors que dans la clause c'est un facteur d'exclusion d'indemnité.

### 6.2.1. Extension aux responsabilités extra-contractuelles

- **Problème** : en cas de limitation de responsabilité stricte, la partie qui est victime de la violation du contrat pourrait ne pas plaider sur la base du contrat pour éviter cette limitation de la responsabilité en construisant une responsabilité extracontractuelle.
  - **Responsabilité délictuelle (41CO) / Tort** : Ex : *marchandise endommagée donc un dommage plus général à la propriété de l'acheteur, c'est une atteinte à la propriété.*
  - **Responsabilité précontractuelle** : (*culpa in contrahendo*)
  - **Autre responsabilité** en fonction du droit applicable/lieu d'exécution du contrat. Responsabilité extracontractuelle n'est pas soumise au droit choisi par les parties, pas basé sur le contrat.
- **Solution** : **clause d'extension aux responsabilités extracontractuelles** : dire que cette limitation de responsabilité s'appliquera quel que soit le chef de responsabilité, même en cas de responsabilité d'une autre nature.
 

*« 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 (\_500k\_) »* Et ensuite mentionne la limitation de la responsabilité. Cette clause limite la responsabilité délictuelle du vendeur.

  - **Tip** : Il faut avoir une **clause aussi vague/large que possible** pour que quel que soit le droit potentiellement applicable à ces responsabilités extracontractuelle, la clause de limitation contractuelle se trouvant dans le contrat s'y applique néanmoins.
 

**Explication** : Ici on a tous les chefs de responsabilité anglo-saxons (pas tous ces chefs ne correspondent pas à des chefs existants en droit Suisse). Même si contrat est soumis au droit Suisse, ne veut pas dire que les resp extracontractuelle seront soumises au droit suisse (elles sont en règle générale soumises au droit du lieu où l'acte illicite a été commis).
  - **Validité** : peut exclure contractuellement la responsabilité extracontractuelle ? En droit CH, OUI. Ex : *à l'entrée du chantier, « interdit de pénétrer, l'EG décline toute responsabilité en cas de violation de cette interdiction »*. C'est une exclusion contractuelle (le panneau, par indication

générale) de responsabilité délictuelle pour non-respect de consignes (si qqn se blesse, pas de contrat mais dommage).

- **Efficace et utile** : car la meilleure des clauses de limitation de responsabilité peut être facilement contournée et rendue inutile par responsabilité extracontractuelle.

### **6.2.2. Extension à des tiers**

- **Quoi** : la partie qui bénéficie d'une clause de limitation de responsabilité se soucie du sort des employés/ST/autres sociétés du groupe et dise que cette clause bénéficie également à ces derniers
- **Exceptions au principe de la relativité des contrats** : la **stipulation pour autrui**, confère des droits (pas des obligations) à un tiers. Elle peut également être une **stipulation pour autrui négative** : un tiers bénéficie d'une déclaration négative selon laquelle il ne sera pas responsable dans certains cas.
  - En general « *Neither seller nor its suppliers will be liable to Purchaser, whether in contract or in tort, for (\_\_\_)* ».   
Ici, contrat entre un vendeur (fournissait auprès de fournisseurs) et un acheteur. Il y a le risque que l'acheteur subisse un dommage sans pouvoir agir contre le vendeur en raison d'une limitation de la responsabilité, que l'acheteur s'en prenne, sur une base extracontractuelle au fournisseur du vendeur. Ce dernier n'aurait pas de limitation de resp. contractuelle, sauf si cela a été prévu, comme ici.
  - **Utilité en pratique** : dans des transactions, cad contrats amiable ou des *clauses pour solde de tout compte* (renonciation définitive à se prévaloir de prétentions ultérieures ; on ne veut pas que celui qui reçoit le montant s'en prenne à un de nos employés ou société et donc exclue toute responsabilité y compris la responsabilité extracontractuelle des employés /ST/autres).
  - **Utilité en pratique** : s'il y a de nombreuses parties liées directement ou indirectement au contrat. Il faut étendre les limitations de resp aux tiers, qui fait que ces tiers bénéficient de la limitation de responsabilité. On peut conférer le bénéfice d'un contrat à un tiers

### **6.3. Clauses qui façonnent la responsabilité**

Ici pas limitation ou exclusion mais construction de la responsabilité.

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

- **Contexte** : Cas typique, on veut limiter l'action en responsabilité de A contre B. Ici on vise un cas où un tiers C subit des dommages dans le contrat entre A et B. Si C agit en DI contre B. Est-ce que B dans ce cas, peut se retourner contre A ?
- **But** : faciliter pour B de se retourner contre A, ou à façonner la responsabilité (par limitation de responsabilité ou exclusion de certains postes).
- **Règlementation** : l'éviction :
  - **En matière de vente, garantie pour l'éviction** : c'est le cas où le vendeur livre à l'acheteur une marchandise qui fait l'objet de droits appartenant à des tiers. Le tiers agit contre l'acheteur qui peut se retourner contre le vendeur. Le vendeur doit indemniser l'acheteur pour des prétentions que des tiers pourront faire valoir contre lui.
  - **En matière de PI** : fréquent, un droit de PI est transféré à un acquéreur mais toujours le risque que ce droit viole des brevets ou droits d'auteurs appartenant à des tiers qui agiront contre l'acquéreur des PI, qui se retournera contre celui qui lui a cédé ces droits.
- **Clause 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* ».  
Si le produit livré viole des droits de PI appartenant à des tiers, et si ces tiers agissent contre le *User*, l'Utilisateur, l'Utilisateur pourra se retourner contre le *Supplier*.
- **Utilité** : pas indispensable car règles sur l'éviction existent. Et car selon le TF tous les montants qu'une des parties au contrat doit payer à des tiers en raison d'une mauvaise exécution du contrat font partie du dommage, donc on pourrait invoquer sans cette clause dans le contrat. Mais :
  - C'est TJR plus clair si c'est prévu dans le contrat
  - ET, si on le prévoit dans le contrat, on peut aussi **prévoir la procédure**. Car s'est est une difficulté dans le cas où un tier agit contre une des parties au contrat.
    - **Clarification de l'intervention** : Ici serait une procédure entre B et C, mais pas clair si A peut intervenir dans le procès alors qu'il supportera les frais.
    - **Clause de notification / HHA, Notification du claim** : Le bénéficiaire de la clause d'indemnité doit formellement notifier la

situation au co-contractant (si C agit contre B, A doit être informé par une notification formelle de B à A. On ne peut pas attendre que B traite du litige seul dans son coin et une fois qu'il a tout perdu, dise à A de payer)

*"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."*

C'est une condition suspensive au droit du bénéficiaire de la clause d'indemnité à l'égard de son co-contractant.

**Conséquence** : si pas de notification le co-contr perd ses droits

- **Clarification honoraires / HHA, Frais d'avocat** : même si A gagne, il devra payer ses avocats. Confusion, est-ce que cette prétention fait partie de sa clause d'indemnité même si gagne son procès pour ses frais d'avocat, encore plus s'il perd ?

*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.*

Prévoir que le débiteur choisi avocat et négocie frais : sinon dangereux car honoraires seront élevés.

- **Clarification de transaction amiable / HHA, transaction** : est ce que créancier de la clause d'indemnité (B) peut trouver avec le tiers (C) ? A doit payer, les montants prévus dans la transaction ? Il faut clarifier si oui ou non.

*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.*

Clause généreuse pour le User qui est à l'entière discrétion de passer un accord amiable avec un tiers aux frais du (A).

Prof n'aime pas : solution : clause dans laquelle A doit donner son consentement pour la transaction car c'est lui qui paye.

### **6.3.2. Clause de force majeure et clause de hardship**

#### **6.3.2.1. Intro**

- **Problème** : Très communes mais souvent confondues. Ce n'est pas parce que l'on a une clause de FM que l'on a réglé la question du HS et inversement.

**79 CVIM** : une partie (souvent le vendeur) qui a été "empêché" de faire sa prestation (de livrer sa marchandise) sans sa faute n'est pas responsable à l'égard de l'autre.

Terme "empêché" évite de faire confusion avec le terme de force majeure qui est trop connoté juridique.

Est-ce que ça concerne HS ? L'empêchement peut donc être le HS : la prestation n'est pas impossible mais devient excessivement onéreuse pour une partie (ex : les coûts deviennent excessifs car le prix de la matière première a augmenté).

« CISG Advisory Council Opinion No. 7

*Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the 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)."*

- **Solution** : mettre dans le contrat les deux clauses distinctes (FM et HS)
- **Moment** : il s'agit d'évènements qui surviennent après la conclusion du contrat.

#### **6.3.2.1. Clause de force majeure**

- **Notion** = une situation où une partie est empêchée/impossible d'exécuter le contrat sans que ce soit imputable à sa faute.
  - **Temporalité** : la conclusion du contrat -> puis l'évènement extérieur -> cela conduit à ce que l'exécution du contrat devienne impossible/ ne peut être exécuté pendant un certain temps (ex : *circonstances météorologiques ou politiques, invasion Iraq*).
  - **Conséquence** : en principe on a une exonération de responsabilité. On peut indiquer dans le contrat que lorsque l'on a un évènement extérieur indépendant de la volonté d'une des deux parties qui conduit à ce que l'exécution du contrat sera impossible, elle ne sera pas responsable de l'inexécution
- « *The Supplier is not liable for any failure to perform due to Force majeure* » Terme est souvent formulé en français, sinon "act of god" dans les contrats maritimes ou circonstances naturelles. Ici défini "F"

- « *excusable delays* » « *Contractor shall not be liable for any delay due to circumstances beyond its control including strikes, casualty or general unavailability of materials* »  
Est un cas particulier de force majeure qui est un cas particulier de violation du contrat qui est le retard.
- **Inutilité :**
  - **En droit CH et OJ civils :** responsabilité contractuelle conditionnée à la faute (97CO ; et maj des OJ de droit civil), et principe de la force majeure déjà prévu (119 CO cad d'impossibilité objective subséquente). Donc souvent clause pas nécessaire pour appréhender le FM.
  - **Principes UNIDROIT (art. 7.1.7) :** en cas de FM (circonstance extérieure qui ne dépend pas de la faute d'une des parties, cette partie n'est pas responsable de l'inexécution).
  - **Pays anglo-saxons :** en principe responsabilité causale (indépendante de faute) ils intègrent donc ces clauses de FM dans les contrats.
- **Utilité/Avantages :**
  - **Permet de définir et préciser ce qu'on entend par FM :** car le droit CH est trop vague en pratique. Et donc les notions sont discutables et imprévisibles en fonction de l'OJ. Donc utile de prévoir ce que l'on entend par certains termes. [ Ex : *une grève, est-ce vraiment imprévisible et extraordinaire ? Consensus que grèves qui interviennent auprès de fournisseurs ou de tiers (Transporteur), sont des cas de FM mais pas celles qui interviennent dans l'entreprise elles-mêmes (si le vendeur a un conflit social, il doit le régler).* ]
    - En principe, la clause de FM s'exprime sous forme de **check-list des cas** qui sont considérés comme des cas de FM avec deux techniques rédactionnelles en pratique :
      - **OJ droit civil :** faire une règle générale et abstraite : Générale car s'applique à tout le monde et abstraite car s'applique à tous les cas. Ex : FM est une circonstance extérieure, imprévisible et extraordinaire. Permet de s'appliquer à plusieurs cas, mais pose des problèmes de mise en œuvre.
      - **OJ anglo-saxons :** faire check-list de tous les cas de FM. Mais il est difficile de prévoir ce qui est imprévisible.
    - **Solution hybride :** faire une **description générale et abstraite du cas de force majeure suivie d'une check-list non exhaustive** (on bénéficie de la précision de la check-list et si par hasard, pas tout prévu on peut se référer à la clause générale et abstraite).  
« *« Force Majeure Event » means circumstances beyond the reasonable control of the Seller (clause Générale et abstraite) including, without limitation (check-list non exhaustive), 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 (=grève) (whether or not relating to either party's workforce) (ici tous les cas de grève sont des cas de FM qu'il s'agisse de la grève d'un tiers ou d'un des employés ou une partie au contrat), 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 ».*

- **Permet d'établir conséquence d'un cas de FM** : on attend fin de la guerre ? Très souvent, il est prévu qu'après un certain délai, si le cas de force majeure n'a pas disparu, le contrat prend fin. Les deux parties sont libérées du contrat.

*« When the circumstances of Force majeure persist beyond any reasonable extension of time and upon notice, either party may end the agreement ».*

Si les circonstances continuent au-delà de ce qui est raisonnable en termes d'extension de délai, chaque partie pourra mettre fin à ce contrat.

On peut être plus précis et prévoir qu'un cas de force majeur qui durerait plus de **trois mois** pourrait être suffisant pour résilier le contrat pour ne pas laisser au juge la détermination de « *reasonable extension of time* »

### 6.3.2.2. Clause de hardship

- **Notion** = évolution des circonstances qui fait que le contrat devient disproportionné/Inéquitable.
  - **Temporalité** : conclusion du contrat -> puis on a une évolution des circonstances, -> qui conduit à ce qu'un moment le contrat reste possible mais soit déséquilibré. Résultat est excessivement onéreux/déséquilibré (*ex : promis de construire une usine à un certain prix mais le cours des matériaux ou de la main d'œuvre a explosé donc le forfait prévu est trop bas, mais toujours possible*).
  - **Conséquence** : un cas d'adaptation du contrat. Le contrat sera modifié.
- **Utilité** : Car l'existence de la **théorie de l'imprévision/*clausula rebus sic stantibus*** (cad L'évolution des circonstances fait que l'exécution du contrat devient disproportionnée et donc le contrat doit être révisé), est toujours refusée par le TF en justifiant que "c'est la vie que les contrats soient risqués". Le principe de base en droit suisse, et dans le monde, c'est que chacun supporte des risques de l'évolution négative des circonstances. Donc utile de prévoir une clause plus généreuse que ce qu'offre l'OJ.

- **Prévu** : art. 6.2.2 Principes UNIDROIT.
- **Inoportunité** : si c'est un contrat de nature spéculative, cad que les deux parties prennent un risque et que partie qui aurait perdu son pari pourrait demander une adaptation de son contrat.
  
- **Clause générale de Hardship** : « *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* ».   
**Conséquence** : adaptation/revision du contrat.
  
- **Clauses de hardship spécifiques / MAC (Material Adverse Change)** : souvent dans des contrats d'acquisition d'entreprise ou SPA, cad situation où la valeur de l'entreprise évolue de façon négative entre la date du *Signing* (signature du contrat) et la date où le transfert d'actions a effectivement lieu. Mêmes conséquences.
  
- **Conséquence / mise en œuvre de l'adaptation du contrat** : utile (doivent) prévoir les modalités de l'adaptation du contrat., sinon en cas de désaccord, c'est un juge qui adaptera.
  - **Mécanisme d'indexation** : on calcule l'adaptation à l'avance. Meilleure solution. Mais seulement possible lorsqu'il y a un cours officiel établi au moment de l'exécution.
  - **Adaptation de bonne foi** : inutile en cas de désaccord.
  - **S'en remettre à un tiers** : juge/expert/arbitre pour déterminer les modalités de l'adaptation du contrat lorsqu'il n'y a pas d'indexation possible. Mais coûteux et prends du temps. Le contrat est modifié selon la volonté d'un tiers, et les parties seront liées à un contrat, sans nécessairement consentir au changement.

#### **6.4. Clause pénale**

- **Quoi** : clause qui tend à aggraver la responsabilité des parties en prévoyant qu'en cas de violation du contrat, une des parties devra payer un certain montant qui est cette pénalité prévue par le contrat. Universel.
- **Avantages** : Fréquentes. Opportunes. Prétention en DI ne suffit pas parce que c'est trop difficile de calculer le dommage ou parce que la violation du contrat ne conduit pas à un dommage et donc une clause pénale peut être une sanction appropriée à la violation de ce dommage. Permet de sanctionner même lorsqu'il n'y a pas de dommage au sens de la loi (ex : souvent pour sanctionner violation d'une clause de préemption).

- **Défaut en pratique** : souvent malgré CP, parties se retrouvent devant le juge, pour calculer le montant de ce dommage (caractère excessif de la CP ou alors augmentation du montant), elle TJR réductible par le juge.
- **Distinction selon la volonté** : les parties sont libres de choisir ces deux options, mais il faut être clair sur cette volonté (le titre n'est pas nécessairement déterminant)
  - **Clause pénale au sens propre** : Volonté de déroger aux règles applicables de la responsabilité contractuelle. On garde uniquement la condition de violation du contrat, et les trois dernières conditions sont remplacées par une CP qui s'applique automatiquement.

Conditions (97 CO ; universel): :

- Une violation du contrat
- Un dommage
  - Existence du dommage
  - Montant du dommage (qui donne souvent lieu à des controverses)
- Causalité naturelle et adéquate (on peut modifier cela par des clauses supra)
- Une faute (présumée en CH)

« *En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de (\_\_\_\_) »*. Suffit d'une violation du contrat pour que ce montant soit dû, aucune autre condition requise

- **Une fixation forfaitaire du dommage** : volonté de se simplifier la vie en termes de calcul du dommage. Ne pas déroger aux principes de la responsabilité, mais simplement se mettre d'accord sur le montant du dommage. Doit être rédigée clairement car ces clauses sont plus rares.

« *Il est convenu que la violation du contrat causera à Y un dommage de (\_\_\_\_) »*

On indique uniquement quel sera le montant du dommage causé par la violation du contrat mais il ne devra être payé que si les conditions de l'art. 97 CO sont remplies.

- **Catégories de CP** : représentent différentes solutions voulues pas les parties. Dépend du droit à l'exécution et le droit au paiement de la CP.
  - **Clause pénale alternative (art. 160 al. 1 CO)** : donne le choix au créancier entre l'exécution du contrat OU à la CP, cad qu'on confère au créancier un moyen de droit supplémentaire alternatif. Il ne perd pas son droit à l'exécution.

« *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 »*.

- **Clause pénale exclusive (art. 160 al. 3 CO)** : donne le choix au débiteur entre l'exécution du contrat OU à la CP, cad qu'on confère au débiteur un droit de sortie. Un sorte de dédit (si il paye somme il peut se libérer du contrat). Il pourra sortir du contrat en payant ce montant, sans devoir payer des DI ou autres moyens de droit.  
« En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de (\_\_\_) à l'exclusion de tout autre moyen de droit »
- **Clause pénale cumulative (art. 160 al. 2 CO)** : on a le droit à l'exécution ET à la clause pénale (fréquent). On pénalise et on ne renonce pas à l'exécution. C'est une pénalité de retard.  
« En cas de retard, X devra payer à Y un montant de (\_\_\_) par jour de retard.

0 dommage : 161 I CO

- **Deux situations de dommage :**
  - **Un dommage effectif largement inférieur au montant de la CP ( $D < CP$ ).** Avantageux pour le lésé, dur pour le responsable. Dommage de 100CHF, mais droit à 500CHF car la CP le prévoit. Liberté contractuelle, celui qui a accepté cette clause a néanmoins pris ce risque.
    - Théorie : Finit dans une situation meilleure que si le contrat avait été bien exécuté. Mais OJ civil a système compensatoire (sanction de remettre le créancier dans sa situation si le contrat avait été bien exécuté). OJ anglo-saxons ont les punitive damages. Tension avec liberté contractuelle.
    - Règle impérative : **Le principe de la réduction de la clause pénale (art. 163 al. 3 CO ; 7.4.13 Principes Unidroit)**. Lorsque la clause pénale est excessive par rapport au dommage effectif, le juge peut la réduire, ramener la clause pénale à un montant moins disproportionné. Attention : on ne rabaisse pas au dommage, puisque les parties ont dérogé aux règles sur la responsabilité. Juge réduit, 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).
  - **Un dommage effectif largement supérieur au montant de la CP ( $D > CP$ ).** Désavantageux pour le lésé, car une partie du dommage reste non-couverte.
    - **Couverture** : Selon l'art. 161 al. 2 CO, lésé peut demander sous forme de dommages et intérêts (97 CO), donc à condition qu'une faute ait été commise. Sous réserve de :

- **Exclusion** : Une responsabilité façonnée, mais aussi limitée ou exclue par les parties. Cad d'un plafonnement / d'une exclusion par les parties.  
« *En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de (\_\_\_\_), à l'exclusion de tout dommage supplémentaire* ».  
Valable, ici exclusion de **161 II CO**, cela revient à plafonner le dommage à la CP. Mais s'ils ne l'ont pas mis, le lésé pourra le demander.  
  
Limites : 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
- **Relation entre Clause pénale et clause de force majeure** : comment s'articulent ces deux clauses lorsqu'elles figurent dans un contrat ? la CP est due en cas de FM ? Une partie va alléguer CP, l'autre les règles impératives de FM pour ne pas payer la CP.
  - **163 II CO** (pas univ) lorsque l'inexécution du contrat est dû à un cas de FM, le montant de la CP n'est pas dû. FM libère le débiteur de sa responsabilité.
    - Sauf liberté contractuelle : ce principe s'applique sauf convention contraire (**163 II CO**), les parties peuvent tout à fait prévoir que le montant sera dû, même en cas de FM. Dur de convaincre d'accepter cette clause, mais une formulation neutre suffit  
« *En cas d'inexécution du contrat, quel qu'en soit le motif (convention contraire ici), X paiera à Y un montant de ( \_\_\_\_ )* »

### **6.5. Clause Fausse N° 17**

POSTE " *Neither party shall have any liability to the other party whatsoever* (implique les autres chefs de responsabilité)..."

- **Utilité** : (toujours s'informer des limites en droit étranger). Limiter par poste de dommages (certains postes sont dus mais pas les autres). En CH on a simplement deux postes de dommages, pas toutes les catégories US.
  - *Damnum emergens* : perte effective
  - *Lucum cessesn* : gain manqué (ici exclu)
- **Interpétation** :
  - Comment comprendre tous ces postes US ? Est-ce que l'on peut appliquer le droit US pour comprendre ? Non car élection du droit CH mais OUI car volonté des parties de désigner des notions US.  
**Solution** : prévoir clause de définition des postes OU prévoir que les notions de droit US sont prévues malgré droit CH.

- **Validité** :
  - Valable, sauf faute personnelle grave du vendeur/organe (réponse type)

### **6.6. Clause Fausse N° 18**

PLAFOND " *The Supplier's aggregate...* "

- **Utilité** : Clause de limitation de responsabilité par plafond.
  - *Damnum*
- **Interprétation** :
  - *Agregate liability* = en tout et pour tout. Est-ce par objet ou évènement ou par année ou par victime? Il faut préciser (*p. event*).
- **Validité** :
  - Valable, sauf faute personnelle grave du vendeur/organe (réponse type)
  - Limitation de responsabilité pour dommage corporel possible ? **27CC** ? **16LVF** ? Selon prof cette norme spéciale prouve qu'à contrario si pas voyageur peut s'exonérer, il doit être possible de consentir expressément (controverse jamais tranché par TF).
  - **Relativité des contrats** : la clause n'est pas opposable aux tiers qui sont les employés, agents et Customers

### **6.7. Clause Fausse N° 19**

" *Unless otherwise provided in the law..* "

- **Utilité** : Joint Venture
  - déclaration de solidarité (jointly and severally)
  - "*Unless provided in the law governing JV*"  
On se réfère au droit impératif ? (inutile, petition de principe) OU  
On se réfère au droit dispositif ? (inutile car contrat prime dispositif, et droit dit sauf convention contraire. **544 III CO**, société simple)  
Préciser "*..in the mandatory rules...*". Reste inutile, mais clair.

### **6.8. Clause Fausse N° 20**

AGENCE VOYAGE " *La responsabilité de Sun&Dream ...* "

- **Validité** : loi sur les voyages à forfait (impératif). Si on en reste au CG c'est valable.
  - **Art 16 LVF** : on ne peut exclure sa responsabilité pour les dommages corporels ET plafond maximum à 2x le prix.
  - **Art 14 LVF** : exclusion des clauses d'intermédiaires, l'agence doit assumer tous les intermédiaires
  - Conséquence : clause est nulle

### 6.9. Clause Fausse N° 21

“Wir übernehmen ...“

- **Utilité** :
  - Aucune responsabilité sauf faute grave ou intention (reprise de **100CO**, mais vise aussi faute d'un auxiliaire ? Il faut préciser si on exclue faute des auxiliaires. Industrie concédée donc doit être une faute légère).
  - La responsabilité est limitée aux dommages prévisibles (reformule causalité)
- **Validité** : non valable car va contre le régime légal de la responsabilité

### 6.10. Clause Fausse N° 22

“ RIGHT OF FIRST REFUSAL AGREEMENT...“

- **Utilité** : droit de préemption/“droit de premier refus“, actionnaire n pourra vendre ses actions à un tiers, il devra communiquer infos sur tiers et société aura le choix d'acheter les actions.
  - **But** : permet d'éviter les OPA (clause anti OPA) ou que tiers indésirable achète cette société. Garantie de stabilité de l'actionariat.
  - **Types** :
    - **Droit de préemption ouvert** : négociable par rapport au prix du marché (Ici c'est le cas, (D) ). En matière immobilière : Acte écrit (**216CO**).
    - **Droit de préemption fermée** : sacrifice pour actionnaire car ne pourra bénéficier de la valorisation de ses actions et ne pourra les vendre pour plus cher. En matière immobilière : acte authentique (**216CO**).
    -
  - ~~Clause pénale : Prévoit responsabilité en cas de violation. Permet de sanctionner même lorsqu'il n'y a pas de dommage au sens de la loi (ex : souvent pour sanctionner violation d'une clause de préemption).~~
  - ~~Prévoit conséquences juridiques de violation~~
  - ~~Prévoit la Procédure~~
- **Validité /enforcable** ? Ca fonctionne ? Sanctions appropriées ?
  - Conséquence :
    - Vente sera nulle. Mais le tiers est protégé dans sa bonne foi, il n'est pas partie à cette convention. L'acte de disposition est valable
    - Responsable, mais il n'y a pas de dommage purement économique (**réécouter précision**).
  - Solution :
    - **Clause pénale** : n'empêche rien

- **Contrat de dépôt séquestre/ escrow agreement** : mandat conjoint des actionnaires, déposer les actions auprès d'un tiers (notaire/avocat). Mandat que le tiers devra rendre sur demande, mais il faut l'accord des tous les autres actionnaires. Actionnaire ne pourra disposer de ses actions.

### 6.11. Clause Fausse N° 23

*" The principal shall..."*

- **Utilité** : exclusion des dommages indirects.
- **Validité** : valable sauf faute grave personnelle du débiteur (principal) (100 CO)
- **Interprétation** : difficile de déterminer ce qu'est un dommage direct ou indirect, ici une tautologie qui ne change pas grand-chose.
  - **Art 408 al 2 et 3 CO** : référence à l'ATF 133 III 257 l'oiseau malade qui a tué le reste des oiseaux.
    - **Direct** : Si c'est un dommage qui est la conséquence du défaut
    - **Indirect** : si c'est un dommage qui est lié au défaut + d'autres facteurs.
    - **Problème** : est ce que les parties qui mentionnent cela, avaient la volonté que leurs termes correspondent à la définition du TF. Clause peu efficace.
    -

### 6.12. Clause Fausse N° 24

*" Toute prétention..."*

- **Utilité** : délai de prescription contractuel
- **Interpétation** : tout bon car, il faut TOUJOURS prévoit le délai + le dies a quo.
- **Validité** : Prévoit la procédure, délai de la responsabilité
  - Délai de prescription générale : 10 ans (127 CO) dès l'exigibilité (dans un cas de violation, dès la date de la violation du contrat). C'est impératif (129 CO). Ici la clause est nul de plein droit, on ne peut modifier les délais.
  - Délai spécifique :
    - Délai de garantie 210 CO. Le délai est libre (droit dispositif, sauf contrat avec un consommateur).
    - 60 CO : 127ssCO s'applique, et le caractère impératif de 129CO s'applique.

### 6.13. Clause Fausse N° 25

*" (a) If the Seller fails to deliver..."*

- **Utilité** : CP cumulative (pénalité de retard), on cumule le montant de la clause et l'exécution. Mélange ici des 3 catégories, liberté contractuelle :
  - Alternativement exécution (CP alternative) + pénalité de retard (CP cumulative)
  - Résiliation + pénalité globale (CP exclusive)
- **Validité** : possible, sauf réduction **163 III CO** (universel)
- **Interprétation** : "*liquidated damages*" montre plutôt des DI donc une fixation forfaitaire du dommage. Mais attention selon le droit anglo-saxon "les penalty" sont nulles car excessives.
  - **Fixation forfaitaire du dommage** : on fixe simplement la future prétention du dommage.

#### 6.14. Clause Fausse N° 26

*" It is agreed that any..."*

- **Utilité** : doit payer ? Car il n'y a aucun dommage
  - Si c'est une CP : **161 al 1 CO**, oui. (Ici ce n'est pas un cas d'impossibilité, sinon ça aurait été art. 163 al. 2 CO)
  - Si c'est une FFD : **97 CO**, pas d'action en DI car il n'y a pas de dommage. Car les parties ont voulu anticiper ici une prétention en dommage.  
Préciser : "*In case of breach [.....]. the contractor shall pay to the client an amount of (\_\_\_)*"

## **7. Propriété et durée du contrat**

L'exécution du contrat peut donner lieu à des transferts d'actifs dont les parties veulent transférer ou pas la propriété. Diverses clauses standard permettent de clarifier la volonté des parties à ce propos. Les ordres juridiques appréhendent cependant de façon très diverses la validité et les effets de ces clauses.

### **7.1. Clauses de propriété**

#### **7.1.1. Concept**

- **Application** : cette partie se trouve seulement dans les contrats susceptibles de conduire à l'aliénation d'une chose
  - La propriété immobilière est très simple, on a le RF.
  - La propriété mobilière plus complexe (il y a rarement des titres ou pas de registres) donc tout est basé sur les situations effectives, les présomptions liés à la possession.
- **Difficulté** : la propriété ce n'est plus droit des contrats mais des droits réels, cad droit absolu, opposable à tout tiers. Dès lors, le contrat ne suffit pas à régler l'entier de cette relation juridique. Il faut être prudent car il y a un *numerus clausus* des droits réels en droit CH et universel).
- **Système de transfert de propriété** : très différents, même au sein de l'europe :
  - **En FR système consensuel** : le contrat opère et suffit à ce que la propriété soit transférée. Il faut clairement exprimer dans le contrat, la volonté de transférer la propriété puisque cela suffit.
  - **En ALL système abstrait** : contrat importe peu, c'est le transfert de possession volontaire (que la chose soit remise par une partie à l'autre). Suffit que le transfert soit complété par la volonté de transférer la propriété, qu'elle se base sur un contrat valable ou non, peu importe, le transfert de propriété a lieu. Il faut que le contrat montre clairement que les parties voulaient transférer la propriété car cette volonté est essentielle.
  - **En CH système mixte** : si on veut transférer la propriété, on a besoin de deux conditions (**art. 714 CC**)
    - Une cause, cad un contrat (cf. droit français = système consensuel)
    - Un acte de disposition : en matière de propriété mobilière, le transfert de possession (ex : moyens de prendre le contrôle de la chose comme la livraison) (cf. droit allemand = système abstrait)
- **Problème en pratique** : compliqué car on a souvent un contrat et un transfert de possession sans que les parties ne veuillent transférer la propriété. *Ex : contrat de bail immobilier/mobilier (contrat et transfert de possession de l'appartement du bailleur au locataire), contrat de prêt (contrat et chose remise à l'emprunteur), contrat de services (contrat et un transfert de possession d'instruments).*
  - Contrat + transfert de possession ne suffit pas. Il faut que :

- le **contrat exprime la volonté de la TDP** ET
  - qu'au moment du transfert de possession, la partie ait eu la volonté du TD
- **Qualification pas compliquée/contrat nommé** : c'est facile de déterminer la volonté de TDP des parties ou non. Souvent on s'en tire avec le type de contrat.
- **Si contrat de vente** : le seul fait que les parties se soient mises d'accord sur la vente implique cette volonté du TDP. Même si le contrat n'est pas clair sur ce point, si les parties étaient d'accord sur le contrat de vente c'est qu'il impliquait un TDP.
  - **Si contrat d'entreprise** : cela va de soi que l'entrepreneur (celui qui réalise l'ouvrage) va transférer la propriété de l'ouvrage au MO.
  - **Si contrat de bail** : il va de soi que le bailleur ne veut pas transférer la propriété de l'immeuble au locataire.
- **Qualification compliquée** : voulait conclure un contrat de vente ? Contrats innommés (contrat de service ou prévu qu'un certain nombre de biens seront mis à la disposition d'un prestataire de service), et on se pose la question s'il s'agit de TDP. Il faut **exprimer clairement la volonté des parties de transférer la propriété de ces biens** qui vont être. Prévoir le régime juridique de ce transfert de possession
- **Non transfert de propriété** : visent à réserver la propriété et faire en sorte que le TDP n'ait pas lieu. Sans cette clause, c'est un risque car c'est une question d'interprétation de la volonté des parties.  
« *Any Chattel/Item supplied by the Employer to the Contractor for the performance of the Contract shall remain the property of the Employer* ». (Tous les biens qui auront été remis par le MO à l'entrepreneur pour la réalisation de ce contrat resteront la propriété du MO. Indique la volonté des parties de mettre des biens à disposition de l'autre sans en TDP).
  - **Modalités de l'utilisation** (de l'objet où pas de TDP) : prévoir la façon dont la chose est utilisée durant la durée du contrat.  
« *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* ». (Les biens doivent être seulement utilisés pour l'exécution du contrat. L'affectation des biens est limitée à l'exécution du contrat, ne peuvent pas sortir du site où ils ont été livrés ou remis à des tiers, sous forme de prêt ou autre forme).

- **Modalités de la restitution** (de l'objet où pas de TDP) : qui paye les frais de transport s'il faut restituer ? Quel montant ? Quid si l'objet est endommagé ?

*« 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 ».*

Restitution de la chose aux frais de celui qui l'a reçu.

Restitution sur demande (pas de date particulière).

Restitution sous réserve de l'utilisation normale de la chose.

Chef de responsabilité, DI si la chose est endommagée, clause de dommage. Avantageux. Si on ne met pas chef de responsabilité, comment construire cette responsabilité ? Complicé :

- sur les règles de la possession de bonne ou de mauvaise foi (**art. 938 ou 939 CC**)
- sur gestion d'affaires sans mandat (**art. 418ss CO**) (nuances et règles casuistiques).

### **7.1.2. Effet à l'égard des tiers**

Selon le Principe de la relativité, le contrat n'a d'effets qu'entre les parties.

Quid si un tiers, par exemple un créancier de celui qui a reçu la chose, veut faire saisir/séquestrer la chose pour garantir sa créance ? Quid si celui qui a reçu la chose tombe en faillite ? Cela peut être difficile pour celui qui a confié la chose de récupérer si d'autres font valoir. Le contrat n'a pas d'effet à l'égard des tiers, donc difficile par un contrat de régler la situation des tiers qui ne sont pas parties à ce contrat.

**Solution partielle** : c'est de rendre visible la situation juridique voulue par les parties aux tiers. Si elle n'est pas visible, les tiers de BF voient que la partie est possesseur de la chose et donc a priori, selon les présomptions légales, propriétaire.

**Marquage des biens** : *« 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 »*

**Comment** : Marquer les biens de façon à indiquer clairement que ces biens n'appartiennent pas à celui qui en est possesseur. Mettre des signes, banderoles ou des éléments visibles

**Effet** : des tiers ne pourront pas dire de BF qu'ils pensaient que ces biens appartenaient à celui qui en était le possesseur (en droit réel, la BF des tiers est un élément important, c'est universel).

Ça ne garantit pas pour le propriétaire qu'il pourra récupérer ses biens. Le véritable propriétaire, aura des difficultés pour récupérer les biens qu'il a mis à sa disposition, et difficultés procédurales qui découleront du fait que le droit de la faillite sera le droit du domicile de la partie en faillite (pas le droit choisi).

## 7.2. Clause de réserve de propriété

- **Quoi** : conditionner le transfert de la propriété à l'exécution de la contreprestation
- **Contexte** : parties veulent ici véritablement transférer la propriété (ex : vente), Il suffit de dire dans le contrat qu'elles veulent un TDP.
- **Un TDP conditionnel** : TDP mais en contrepartie être payé. Peut-on incorporer une clause selon laquelle le TDP a lieu si le prix a été payé ? On peut se poser la question d'une réserve de propriété ou d'une condition de paiement du prix selon le droit CH si applicable au contrat mais également si la clause est admissible du point de vue du droit étranger :
  - Dépend du droit applicable au contrat
  - Dépend du lieu de situation de la chose (droits réels)
- **Une clause de réserve de propriété** :
  - **Pourquoi** : car en droit CH, Numérous clauses des droits réels et la propriété conditionnelle n'existe pas. Mais on peut insérer cette clause dans le contrat.
  - **Comment** : consiste à modifier les conditions de TDP. Conditions du TDP :
    - **Une cause** (art. 714 CC : règle impérative) : contrat valable ;
    - **Un acte de disposition** (art. 714 CC) : transfert de possession, livraison de la marchandise ;
    - **Le paiement du prix** : Selon l'art. 715 CC on peut ajouter une condition supplémentaire comme exception à ce TDP. C'est une clause de réserve de propriété.  
*« Title to the Goods shall pass to the Buyer upon full payment of the Goods being received by Seller ».*  
Facile à insérer et conforme aux exigences UE tout en conférant au vendeur une garantie très appréciable, puisqu'elle lui permet de récupérer la chose s'il n'est pas payé
- **But** : pouvoir récupérer la chose s'il n'est pas payé.
- **Problème de nature** : Se créer une garantie s'il n'est pas payé de pouvoir récupérer la marchandise livrée. Ces clauses s'apparentent à des garanties réelles.
  - En droit CH, c'est un nantissement qui est soumis à un principe de dépossession du débiteur qui fait que l'objet de la garantie doit être remis en main du créancier. Ex : *Si on veut mettre en gage un tableau pour dégager des fonds, on doit remettre le tableau au créancier.*

- Pour la réserve de propriété, pas question que le créancier (le vendeur) garde la chose car il doit livrer la chose mais il veut récupérer la marchandise s'il n'est pas payé. Le problème des réserves de propriété est que les parties créent une garantie réelle sans dépossession du débiteur (l'acheteur) : c'est l'acheteur qui doit payer le prix et qui en même temps a la possession.
- **Publicité** : Législateur et JP sont pusillanimes par rapport à ces clauses de réserve de propriété : ces gages sans dépossession restent problématiques et il faut dès lors que son existence apparaisse publiquement quelque part. On veut faire coïncider la réalité à la situation juridique. En principe quand on est possesseur, a priori on en est propriétaire. Si on ne l'est pas, création d'une apparence trompeuse pour les tiers qui doivent être protégés dans leur BF en faisant en sorte qu'ils puissent être informés dans le registre public.
  - **L'art. 715 CC** ces clauses doivent être inscrites dans un Registre des Pactes de réserve de propriété (registre public)
    - tenu par l'Office des Poursuites (si on doit faire une saisie, l'OP sait exactement qu'un certain nombre de biens en possession du débiteur ne lui appartiennent pas car réserve de propriété en faveur du vendeur).
- **Problème de conformité UE** : complètement dépassé aujourd'hui :

La réalité est souvent trompeuse car beaucoup paraissent plus riches qu'ils ne le sont.

  - **Droit ALL** : réserves admises sans restriction/aucune inscription requise. De plus, de nombreux contrats suisses reprennent les contrats allemands donc en CH, on est très souvent confrontés à des réserves de propriété.
  - **EU** : la réserve de propriété est la règle. Ces clauses sont valables dans tous les pays membres de l'UE.

Directive de l'UE sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (**Directive 2011/7**) qui prévoit à **l'art. 9 al. 1** que : « *Les EM prévoient, conformément aux dispositions nationales applicables en vertu du DIP, 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* ».

Possibilité qui doit être offerte à tous les EM. En CH, est possible mais à des conditions qui la rendent impraticables. En particulier, un vendeur qui livre régulièrement des marchandises, ne va pas s'amuser à aller inscrire ces réserves à chaque fois dans un pacte.

○ Solutions CH :

- **Non-livraison en cas de facture ouverte** : 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.

*« 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 ».*

S'il y a des dettes en cours de l'acheteur à l'égard du vendeur, ce dernier peut arrêter de livrer en marchandises

**Solution partielle** : Ce n'est pas exactement une réserve de propriété: l'idée que le vendeur peut ne pas continuer à livrer s'il n'a pas été payé sur un des postes ouverts dans ses relations avec l'acheteur.

- **Droit unilatéral de requérir l'enregistrement** : Prévoir dans le contrat le droit unilatéral du vendeur de requérir l'inscription si c'est nécessaire. Si la marchandise est livrée sans problème, pas d'inscription. Si problème et l'acheteur ne paye pas, le vendeur qui est le bénéficiaire de la clause peut unilatéralement inscrire cette réserve, sans le consentement de l'acheteur.

- **Validité** : Cela a été admis par les tribunaux suisses.
- **Utilité** : évite d'avoir des pb avec **715 CC**
- **Justification** : C'est une petite dérogation à ce que prévoit l'**art. 715 CC**, qui dit qu'il doit y avoir une inscription sans en donner les modalités. Ainsi une clause qui dit que le vendeur a le droit unilatéral d'inscrire la réserve de propriété si les choses tournent mal est admissible.

*« 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 »*

Le vendeur a le droit unilatéral et discrétionnaire de requérir n'importe quand l'inscription de la réserve de propriété au registre approprié là où se trouveront les biens et l'acheteur accepte irrévocablement à l'avance cette enregistrement.

- **Opposabilité aux tiers** : opposable à une masse en faillite ? Si A qui a reçu la marchandise fait faillite. Dans ce cas, les biens tombent dans la masse en faillite et en principe doivent être réalisés au profit des créanciers. Selon **ATF 93 III 96**, le vendeur ne peut inscrire la réserve de propriété dès la faillite pour qu'on lui restitue les biens, le droit unilatéral d'inscrire la

réserve de propriété n'est pas opposable à la masse en faillite.

- **Solution** : une course de vitesse, si le vendeur s'aperçoit que A ne pourra le payer, il doit immédiatement inscrire la réserve de propriété avant la faillite et donc opposable à la masse en faillite. Mais si la faillite est déclarée, c'est trop tard.
- **Prof** : il y a des limites à ces clauses et ne peut pas se substituer à une véritable garantie réelle qui aurait été constituée valablement.
- **Réserve de propriété en DIP** : même si on s'est débarrassé de l'inscription dans un registre, la question du droit applicable reste.
  - Fonctionne bien à l'intérieur de l'UE
  - Fonctionne moins bien avec la CH
  - Fonctionne mal hors UE : si la marchandise doit être livrée de ALL à CHI et que l'acheteur de CHI ne paie pas le prix, le vendeur ALL dit qu'il fait valoir la réserve de propriété mais pour récupérer la chose il doit revendiquer la chose. Comment ?
    - Droit choisi par les parties ? Revendication soumise au droit ALL.
    - Droit de situation de la chose ? droit CHI
    - Créanciers qui ont saisi la chose ? s'en foutent de la réserve de propriété selon le droit ALL, ça dépend du droit du lieu de situation du bien puisque ce sont des tiers, le contrat ne leur est pas opposable.

### **7.3. Propriété intellectuelle**

C'est un droit très casuistique, donc sur le fond, très spécifique. Les mécanismes sont les mêmes qu'en matière de propriété.

- Il faut clairement indiquer qui garde les droits de PI lorsque ces biens sont utilisés par plusieurs parties en commun.

**Réserve des droits de PI** : « *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* »

Parties indiquent qu'elles ne souhaitent pas transférer les droits de PI.

**Avantage** : Clauses sont efficaces dans les relations entre les parties, sous réserve des dispositions des conventions internationales ou lois nationales en matière de PI

**Bémol** : ce n'est pas une clause qui s'impose à des tiers qui feraient valoir des droits sur des biens qui ont été livrés à l'acheteur, y compris des droits de PI.

- Droit de PI qui peuvent naître pendant l'exécution d'un contrat : les parties peuvent, dans le cas d'un contrat de service ou de société collaborent et dans ce cadre, font des découvertes ou créer des éléments qui sont protégés par les droits de PI. Qui est titulaire de ces droits de PI. Prévoir cela à l'avance :

**Attribution des droits de PI pendant l'exécution du contrat** : « *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 »*

## 8. Clause de durée, droit impératif

- **Contexte :**
  - **Contrats immédiats :** dans certains contrats la question ne se pose pas, si contrat instantané (ex : livrer tel marchandise à tel date, le contrat sera épuisé par son exécution à la date convenue).
  - **Contrats de durée :** contrats de service impliquent un service qui s'exécute sur une certaine durée (contrat de mandat, d'agence, transport), d'entreprise (durée prévue de plusieurs années), travail (CDI), de bail, de sociétés (les parties envisagent de façon pérenne la mise en œuvre de leurs relations).
  - **Éternel ?** en droit CH, n'est pas admissible et contraire à l'art. 27 CC (protection de la personnalité) ; malheureusement il n'y a pas de règles très claires pour savoir ce qui est excessif car dépend de l'intensité de l'engagement.
- **Fin du contrat :** pour qu'il ne soit pas éternel. Une résiliation du contrat n'a pas d'effet sur les prestations déjà effectuée.
  - **Résiliation ordinaire du contrat :** on peut envisager la fin naturelle du contrat (ex : décès). Doit être intégrées dans les clauses de durée.
  - **Résiliation extraordinaire :** Nécessite une cause. Motifs qui justifient que le contrat prenne fin plus rapidement que prévu (ex : accidents de la vie ou exécution capitale qui font que la durée est moins longue que prévue). Doit être intégrées dans les clauses de durée.
- **Normes impératives CH :** qui vont primer sur notre contrat. On ne peut pas contourner les règles sociales en choisissant un droit d'un autre pays.
  - **Contrat de travail :** protection de la partie faible, doit être protégé de la résiliation abusive
  - **Contrat de bail :** protection de la partie faible, doit être protégé des congés abusifs. Règles formelles sur les modalités de la résiliation (formule officielle lorsque le bailleur veut résilier le bail qui donne des indications au locataire sur la manière de contester ce congé)
  - **Droit de la personnalité :** avec les contrats de durée excessive (**art. 27 CC**) on ne peut pas envisager un contrat qui aliénerait trop longuement la liberté économique d'une partie.
  - **Contrats de mandat** (s'applique à tous les contrats de services qui ne font pas l'objet d'une législation spé) : **art. 404 CO**, le contrat peut être révoqué en tout temps et sans motivation et sans motifs, peu importe les clauses du contrat (ex : avocat, médecin, paraît un peu excessif dans d'autres cas ; réforme en cours).
  - **Résiliation pour justes motifs :** principe jurisprudentiel général pour tous les contrats posés (**ATF 122 III 263**) 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.

- **JM** : toute circonstance de nature à rompre définitivement la confiance entre les parties = destruction définitive de la confiance entre les parties.
  - Souvent violation grave du contrat
  - Parfois une circonstance extérieure (*ex : coca travaille avec une fabrique de bouteille qui est racheté par Pepsi, on peut comprendre que Coca ne veut pas travailler avec cette fabrique, malgré l'absence de violation*).

### **8.1. Clauses de résiliation ordinaires**

- **Quoi** : prévoir modalité de mort naturelle du contrat. Nécessaires quand il y a un contrat de durée, il faut bien que l'on sache quand un contrat peut prendre fin. Dangereux de prévoir ordinaire sans prévoir les cas extraordinaires.
- **Contrat de durée déterminée** :
  - « *This contract shall come into force on July 1, 2014 an expire on July 1, 2018* »  
Le contrat prend fin en juillet 2018 et donc pas tellement besoin de savoir quelle est la date de fin du contrat, c'est prévu expressément dans le contrat.
  - **Continuation d'exécution du contrat** : après la date de résiliation prévue dans le contrat si les parties sont satisfaites de leur collaboration. Quid si litige survient alors qu'elles ont dépassé la date d'expiration du contrat ? Situation juridique très complexe (basé sur contrat, nouveau contrat, sans contrats ?). **Solution** :
    - Prévoir le **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* »  
**Utilité**: on prévoit au moins que si il y a prolongation, celle ci a lieu par écrit. Mais pas clair si continue sans écrit.
    - Prévoir le **renouvellement tacite** : moins prévisible mais plus flexible.
      - « *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* »  
**Avantage**: très clair, très prévisible, très mécanique, très satisfaisant.

- **Tacitement** : donc pas nécessaire qu'il y ait un document écrit : donc malgré oubli, la relation reste soumise aux clauses du contrat (droit applicable, limitation de responsabilité, garantie etc)
  - **Prévoir la durée du renouvellement** : ici, au bout d'un an, on dit soit on continue pour un an soit on ne renouvelle pas.  
**Utilité** : car la question de la durée du renouvellement n'est pas bien régie par les OJ.
    - **En droit CH** : plusieurs solutions. Si contrat travail on applique règles sur CDI. Si contrat d'agence, **art. 418t CO** : le renouvellement est pour une durée d'un an. Si c'est un contrat innommé, aucune solution.
  - Prévoir une clause qui **ne ferme pas la porte à un renouvellement implicite** (en prévoyant les modalités, la durée et la forme de la résiliation, ex : envoi d'une notice par courrier recommandé avant la fin d'une période d'une année si on ne veut pas procéder à un renouvellement tacite).
- **Contrat de durée indéterminée** : le principe est qu'il faut prévoir une procédure de résiliation ordinaire, il faut dire comment ils peuvent y mettre fin.  
*« Either Party may terminate this Agreement by the giving of a prior six months written previous notice by registered mail with acknowledgement of receipt »*  
*Receipt* évite une contestation sur la réception de cet avis. Mais les conséquences sont graves donc il ne faut pas qu'il y ait d'ambiguïté sur la mise en œuvre de la procédure. La résiliation est un acte juridique, donc sujet à réception et donc il faut prévoir la réception.
    - **Solutions légales à la résiliation** : au cas où les parties omettent de prévoir la résiliation. Ex : **contrat de société simple** (contrat de Joint-Venture) :
      - **Quoi** : deux parties mettent en commun leurs ressources et leurs travaux pour collaborer à une activité commerciale (distribution de produits par exemple). Deux grandes entreprises se mettent d'accord pour collaborer en vue de la distribution d'un produit.
      - **Problème** : Ils ne veulent pas mettre une durée limitée (tant qu'ils gagnent de l'argent) donc font un contrat de durée indéterminée en mettant la clause supra (**pas de résiliation tant qu'il n'y a pas de déclaration de résiliation**). Mais si ne prévoit pas les modalités de la résiliation, ce sont les règles sur la SS qui s'appliquent. Selon l'**art 546 CO**, il faut un délai de résiliation de 6 mois pour pouvoir mettre fin à un CDI de SS.
      - **Conséquence** : envisagent une relation sur le très long terme (ex : plus de 20 ans), mais en réalité font un contrat précaire qui n'engagent pas les parties pour plus que six mois. A vouloir faire un contrat trop long, on fait un contrat très précaire

- **Solution** : CDD pas satisfaisant. Donc une **durée initiale prévue** (10 ans, ce qui empêche de tomber dans les contrats à durée indéterminée) et avec un **système de renouvellement implicite** (évite que les parties rediscutent chaque année) **d'année en année mais avec après la première période de 10 ans, la possibilité de résilier moyennant un avis dans les trois mois** (cf. mécanisme du CDD, renouvellement implicite avec possibilité de résiliation d'année en année).
- **Conséquence** : ce contrat correspond à la volonté des parties (contrat à long terme) sans les empêcher de résilier le contrat après une durée minimale de 10 ans.

## **8.2. Clauses de résiliation extraordinaires**

- **Quoi** : accident en cours de route, le contrat prend fin hors expectatives initiales des parties (ex : devait durer 10 ans, mais au bout de 3 ans résiliation extraordinaire). Prévoir des événements particuliers, souvent une violation du contrat qui conduira à ce que le contrat prenne fin avant la durée telle qu'elle avait été prévue initialement par les parties.  
Dangereux de prévoir cas extraordinaire sans prévoir un moyen de résiliation ordinaire.
- **Évènements perturbateurs extérieurs** :
  - **But** : ici ressemble à des conditions résolutoires
  - **Cas de force majeure** : la partie qui ne peut pas exécuter n'est pas responsable. On prévoit que si le cas de FM n'est pas levé après un temps T, le contrat pourra être résilié.
  - **Cas de faillite** : peut être un cas de résiliation extraordinaire du contrat
- **La violation du contrat** :
  - **But** : ici moyen de sanction de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat. Un moyen de droit supplémentaire conféré aux parties pour la violation du contrat par l'autre partie.
  - **Droit applicable** : **art. 107 CO**, prévoit seulement en cas de demeure la résolution du contrat (mais pour les contrats de durée, le **TF** admet que c'est la résiliation). On peut étendre la résiliation/résolution dans d'autres cas de violation du contrat
  - **Cas de toutes les violations ?** pas une bonne solution, sinon dès le plus petit retard, il y aura résiliation. Partie sera de mauvaise foi si utilise cette clause dans un cas mineur (est-ce que c'est vraiment la volonté des parties selon **l'art. 18 CO**).
  - **Cas de « Substantial (ou material) breach » ?** : pas super utile, car la violation substantielle du contrat est difficile à définir ce n'est grave que selon les conséquences quand cela intervient. Si on ne définit pas, pas de

définition en droit CH, il faut donc interpréter selon la volonté des parties. C'est une concrétisation contractuelle de la possibilité légale de résiliation pour de JM.

- **Rédaction de la procédure de résiliation** : où la partie victime de la violation du contrat fixe un délai/période de grâce à l'autre partie pour remédier à cette violation (« *Curing Period* »). Ce n'est qu'à la fin de cette période, si la violation du contrat n'a pas été remise en ordre, que la résiliation peut intervenir. Ici ce qui rend la violation grave est le fait que malgré une mise en demeure, la partie adverse ne se conforme pas au contrat.

**Période de grace** : « *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 ».*

Avis et 28 j pour remédier. Sinon, résiliation.

C'est une reprise de la solution de **107CO**, avec la fixation d'un délai supplémentaire lorsque la partie n'exécute pas le contrat, avant que l'on puisse résoudre le contrat, mais appliqué à un autre cas que la demeure.

- **Compatibilité** : On ne peut prévoir en même temps qu'une clause « *time is of the essence* » (= si on a une violation du délai ce n'est pas réparable) et ensuite prévoir que la résiliation du contrat se fera après l'expiration d'un certain délai : il faut choisir entre les deux :
  - Soit couperet, tout retard conduit à la résiliation du contrat.
  - Soit flexible, après un délai, le retard devient une violation du contrat qui justifie la résiliation de ce contrat
- **Dispositions impératives** : on peut dresser une liste des cas de résiliation extraordinaire mais elle ne pourra pas être exhaustive si le droit suisse est applicable car **selon TF**, on ne peut pas exclure la possibilité de résilier le contrat pour JM, cad que tout contrat de durée peut être résilié pour JM

### **8.3. Liquidation des rapports contractuels**

- **Utilité** : il faut prévoir les conséquences de la fin du contrat, car les solutions des OJ sont souvent insatisfaisantes

- En droit suisse, on a peu de dispositions sur la fin des contrats de durée dans la partie générale du CO (certaines dispositions sur la partie spéciale mais tributaire de la qualification du contrat donc si contrat innommé problématique).
- **Quoi** : il faut prévoir un système de liquidation des rapports contractuels, dit la situation juridique et les obligations des parties au moment de la résiliation. Plusieurs questions à régler :
  - **La communication des rapports avec les tiers** (le fait qu'une partie n'est plus l'agent ou le représentant de l'autre)
  - **Les obligations de confidentialité** (est-ce que les documents restent confidentiels)
  - **Les stocks** : contrats de distribution de produit comme contrat d'agence, de licence, de distribution etc. On peut prévoir ce que l'on fait de ce stock dans le contrat. OJ CH ne règle pas la question, cela dépend de la volonté des parties.
    - **Obligation ou droit de rachat du stock par celui qui met fin au contrat** :  
**Rachat du stock** : « *Upon the termination of this Agreement for any reason, the Manufacturer shall be entitled (but not obliged = c'est un droit mais pas une obligations) to repurchase from the Distributor all or part of any stocks of the Products then held by the Distributor at their Invoice Value (avec une majuscule cela veut dire qu'on a une définition de la valeur) or the value at which they stand in the books of the Distributor, whichever is lower* »  
 L'idée est de racheter à bas prix le stock du distributeur et surtout en cas de résiliation extraordinaire du contrat.
    - **Droit de l'autre partie** (distributeur, agent, représentant = celui qui a ces produits) **de continuer à les écouler jusqu'à épuisement du stock** :  
**Utilité** : si il n'existe pas de droit/obligation de rachat (supra) et s'il y a un droit au rachat qui n'est pas une obligation (il faut prévoir ce qu'il se passe si le fabricant ne souhaite pas racheter les produits, il faut que le distributeur puisse écouler son stock, il ne va pas détruire).  
**Écoulement du stock** « *Upon the termination of this agreement for any reason (=résiliation ordinaire ou extraordinaire), 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 and effect* ». Continuer d'écouler le stock pour les commandes en cours et surtout sous l'empire du contrat avec ses règles qui continuent à s'appliquer malgré résiliation (si acheteurs pas satisfaits et qu'il y a une garantie fabricant, on peut toujours l'appliquer).

- **Des indemnités en conséquence d'une résiliation:** A priori non, car la résiliation est prévue par le contrat et donc dans la mesure où elle est justifiée, pas de raison.
- **Absence d'indemnité de fin de contrat:** « *This agreement shall continue in full force and effect until (\_\_\_), date from which it shall expire automatically* (attention il faut prévoir les cas de continuation implicites), *without any right to indemnity for the representative* ». Le représentant n'aura aucun droit à indemnités lors de la résiliation du contrat.

**Indemnités impératives :** prévues par le droit applicable

- **Contrat d'agence :** l'agent (*ex : de l'assurance ou représente le fabricant du produit*) a droit à une indemnité pour la clientèle qu'il a constituée ; **art. 418u CO + directive européenne**. Même une résiliation non contestée dans son principe, même ordinaire, peut donner lieu à indemnité.
- **Contrat de distribution :** selon TF (contestable) **l'art. 418u CO** applicable par analogie aux contrats de distribution (contrats innommés). Il y a une similitude entre l'agent et le distributeur. Les parties ne choisissent plus le droit suisse comme droit applicable en matière internationale.

#### **8.4. « Surviving clauses »**

- **Contexte :** le contrat même « mort » continue à se survivre à lui-même. *Ex : lors d'un écoulement du stock ou un litige qui survient selon les dispositions du contrat qui prévoient le règlement du litige.*
- **Problème :** N'aurait pas de sens que les clauses d'élection de droit/for/compromissaires ne s'appliquent plus une fois que le contrat est résilié. Mais si le contrat est résilié, il ne déploie plus d'effets. Il faut éviter que le juge décide que des clauses ne s'appliquent plus.
- **« Surviving clauses » ou Survivance au contrat :** « *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* “ (= certaines clauses du contrat survivront à la résiliation du contrat).

Clause est très générale, car on parle des clauses qui « par leur nature » doivent subsister à la résiliation du contrat (règlement du litige ou prohibition de concurrence post-contractuel). Vise notamment les clauses de règlement des litiges.

Mais on pourrait être plus précis et dire précisément quels sont les dispositions du contrat qui survivront à la mort juridique du contrat (ex. clauses de confidentialité, sanctions contractuelles pour la violation après la résiliation du contrat).

### **8.5. Clause Fausse N° 27**

*" Title to the Sold Product..."*

- **Utilité** : condition supplémentaire au transfert de propriété (TDP) conditions cause valable + transfert de possession (714CC). Ici il y a une condition supplémentaire de paiement du prix (n'existe dans aucun OJ).
  - Réserve de propriété
  - Dans un contexte international ? Il n'y a pas de pacte à l'étranger.
    - Quel est le droit applicable au pacte ? 103 LDIP, la clause est soumise au droit de destination. Donc ici le droit étranger est applicable. Mais il veut récupérer la statue,
- **Interprétation** :
- **Validité** : à condition que ce soit inscrit au registre des pactes de réserves de propriété (tenu par l'OP du domicile de l'acheteur) 715CC.

### **8.6. Clause Fausse N° 28**

*" This Service agreement..."*

- **Utilité** :
  - clause de durée
  - clause de renouvellement automatique du contrat
- **Interprétation** :
  - Renouvelé pour une durée indéterminée ou la même durée ? Pas clair. Prévoir la durée de renouvellement,
    - 2 ans (possibilité de résilier reviens) ou
    - indéterminé (plus de possibilité de résilier).
- **Validité** :
  - Seulement période de 2 ans résiliable sur JM, il faut prévoir une clause de résiliation ordinaire, sinon le contrat est perpétuel sans JM. Pas valable (27CC).
  - Si c'est un contrat de mandat (404CO) on peut résilier en tout temps sans JM. Le contrat d'agence peut être soumis à une durée.
  - Si c'est un contrat de travail, protection du licenciement abusif.

### **8.7. Clause Fausse N° 29**

*" Upon termination of the..."*

- **Utilité** : Liquidation des rapports contractuels, il faut prévoir tout ce qui se passe.
  - **Contexte** : contrat de distribution (contrat innomé), contrat où distributeur achète produit et les revend à des consommateurs. Le contrat prévoit à quelles conditions le fournisseur livre les produits etc. Souvent constitue un stock.

- Dit ce qu'il se passe avec le stock. Prévoit que le fournisseur peut racheter le stock au prix distributeur (prix auquel il vend normalement à ses clients). Prévoit qu'il n'y aura pas d'indemnités.
- **Interprétation :**
  - Non rachat : A le droit, pas l'obligation de racheter. Mais que se passe-t-il si le fournisseur ne rachète pas ? Est-ce que le distributeur peut continuer à vendre des produits DIOR malgré le fait qu'il n'y a plus de contrat avec DIOR ? Il faut le prévoir
    - Attention : les cas où il y a une seule possibilité de prévue de mentionnée, mais qu'en réalité ce n'est pas la seule, il faut également régler les autres cas.
    - Solutions : **écoulement du stock / revente à d'autres distributeurs / destruction du stock et ses modalités.**
- **Validité :** disposition impérative
  - **Indemnité clientèle (418uCO et directive UE)** : agent ou distributeur (**selon TF**), constitue une clientèle, à la fin du contrat le fournisseur va profiter de cette clientèle, donc on indemnise.
    - Prix : 1 année de revenu
    - Conditions, prévu à 418u
    - *"no further indemnity shall be.."* remis en cause.



## 9. Cluses standards / Boiler plate clauses

- **Quoi** : on les trouve dans tous les contrats, clauses qui ressemblent à des couvercles de marmite. Cluses qui se caractérisent par le fait qu'elles peuvent être intégrées dans n'importe quel contrat (*de vente, d'entreprises, de service, de mandat etc.*). Elles ont des effets juridiques importants
- **Où** : souvent à la fin du contrat, dans une seule disposition nommée « Divers » (« *Miscellaneous* »), attire peu l'attention des parties, car elles sont habituées à voir ces clauses

### 9.1. Clause de divisibilité

**Clause de divisibilité** : « *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 demeure valable.

- **Utilité** : d'éviter que le contrat soit totalement nul en cas de la nullité d'une clause, parties affirment qu'elles souhaitent que le contrat demeure amputé de la clause qui a dû en être écarté en raison de sa nullité.
  - Ce n'est plus une volonté hypothétique mais une volonté clairement exprimée
  - Évite spéculation sur la volonté des parties.
- **Droit applicable** :
  - CH : Selon **20 II CO**, il faut aller rechercher la volonté hypothétique des parties, pour savoir si elles auraient conclu le contrat même en sachant que la clause était nul.
    - Si on considère que les parties l'auraient quand même conclu mais sans la clause, le contrat n'est que partiellement nul
    - Si on considère qu'elles n'auraient pas du tout conclu le contrat, le contrat est totalement nul.
  - Les principes **UNIDROIT** se réfère à une solution raisonnable du maintien ou non du contrat
- **Problèmes** : la clause de divisibilité poussée à son extrême pourrait néanmoins conduire à l'absurde. Si la clause nulle est une clause essentielle, le contrat n'aurait plus de sens. Donc la volonté des parties doit être raisonnable. La **JP** suisse fait une distinction entre :
  - **La divisibilité subjective du contrat** : la volonté des parties : est-ce que les parties veulent que le contrat demeure en vigueur sans une clause nulle ; la clause de divisibilité répond à cette question : les parties veulent qu'il subsiste.

- **La divisibilité objective du contrat** : est-ce qu'objectivement le contrat garde un sens après l'avoir amputé de la clause problématique. Si le contrat n'a plus aucune signification raisonnable sans la clause nulle, on considère que le contrat n'est objectivement pas divisible et que par conséquent, il faut en prononcer la nullité
- **Autres situations d'application** : normalement nullité du contrat, mais aussi :
  - **L'invalidation partielle du contrat pour vices de consentement** (en cas d'erreur ou de dol).
    - Selon **JP suisse** : si erreur ou tromperie sur certaines clauses du contrat, possible d'invalider partiellement ce contrat, et d'autant plus si les parties ont intégré une clause de divisibilité.
  - **Résolution partielle du contrat en cas de demeure**: le contrat n'est partiellement pas exécuté par une des deux parties, il est possible de résoudre ce contrat QUE partiellement, cad que pour la prestation pas exécutée.

## **9.2. Clause d'intégralité**

**Clause d'intégralité** : « *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* ».

Tout accord qui n'est pas transcrit dans le contrat n'a pas été passé entre les parties et ne lie pas les parties. Exclut tout accord annexe au contrat.

- **Quoi** : aussi très standardisée que l'on trouve quasiment dans tous les contrats, ce contrat c'est l'ensemble des accords passés par les parties et remplace tout le reste, y compris des éventuels accords oraux qui auraient pu être passés.
- **Validité** : tout à fait valable
- **Utilité** :
  - **Protège contre les accords/promesses non-inscrites dans le contrat** : un contrat peut être passé par oral car nous n'avons pas des règles formelles pour la conclusion des contrats commerciaux (ex : poignet de main suffit).
    - Sauf pour certains contrats comme les contrats immobilier etc.
    - **Ex : accords annexes sous forme orale** : promesses exprimées lors des négociations, même si non inscrites dans le contrat, peuvent être considérés comme un accord oral et donc valable car pas de forme particulière.
    - **Solution** : risque pas exclu sauf si les parties l'ont dit en intégrant une **clause d'intégralité en excluant les accords potentiels à l'écrit ou à l'oral**.

- **Protège contre les dispositions d'un ancien contrat** : plusieurs contrats conclus entre les parties (vieille relation commerciale), si on fait un nouveau contrat on veut être sûr qu'il remplace les anciens contrats et cristallise la relation juridique par les parties à l'exclusion de toute ancienne relation contractuelle
- **Reserve de forme au sens de 16CO** : montre qu'il n'y a aucun autre accord à part celui-ci qui est écrit, les parties ne sont liées que par ce qu'elles ont signées.
- **Limites** : l'efficacité de cette clause n'est pas absolue,
  - Il faut faire une distinction entre :
    - La détermination des différents accords : la clause est très utile pour cela, puisqu'il n'y a d'accord entre les parties que sur ce qui a été rédigé dans le contrat.
    - **Interprétation des différents accords qui ont été intégrés dans le contrat** : exhaustif, mais ne permet pas de comprendre l'étendue de l'accord qu'elles ont exprimé dans le contrat. Selon les mécanismes d'interprétation classique des contrats :
      - Dr US : le texte du contrat doit être interprété de manière stricte.
      - Dr civil : la manière dont les parties devaient de BF comprendre le texte du contrat en tenant compte de toutes les circonstances ; **18 CO** et **principe de la volonté des parties**.
        - **Défaut** : malgré clause, au final le juge va examiner négociations, documents précontractuels, relations passées entre les parties. Non pas pour déterminer si d'autres accords exprimés dans le contrat mais pour interpréter les accords dans ce contrat. Les parties peuvent en être déçues.
  - **Ne cristallise pas l'avenir** : ne cristallise que la situation à la date de la conclusion du contrat s'agissant des accords passés. Cad que n'exclut pas que d'autres accords sont passés dans l'avenir.
    - **Solution** : si on veut s'intéresser à ce qui va se passer dans l'avenir, il faut une **clause de modification du contrat** (une autre clause standard *cf. infra*)

### **9.3. Clause de modification du contrat**

**Clause de modification du contrat** « *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* »

- **Quoi** : le contrat ne peut pas être modifié sans accord écrit.
  - On ne peut pas exclure toute modification du contrat, même si on en avait une on pourrait modifier cette clause donc n'aurait pas de clause.
- **Utilité** : permet de formaliser la modification, afin d'éviter qu'elle ne se fasse implicitement, par acte concludant. Aussi utile aux fins de sécurité juridique pour éviter que le contrat n'évolue sans que les parties ne s'en rendent compte.
- **Limites** : utile et compréhensible. Mais ce n'est pas une clause absolue, le droit doit s'adapter à la réalité, si la relation entre les parties *de facto* évolue les parties se mettent d'accord sur les modifications. Cela peut paraître abusif de se référer à cette clause très formelle de non-modification orale, alors que de par leur attitude les parties se sont acceptées sur certaines modifications.
  - **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* (Confirmation de la validité de la clause de modification).  
*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* »  
(réserve: une partie peut se voir empêcher le droit de se prévaloir de cette règle si c'est contraire à la façon dont elle s'est conduite et que l'autre partie s'est fiée au comportement de l'autre partie).

Exemple : un contrat d'entreprise, à la base on a une description très claire de l'ouvrage. Sur le chantier, il peut y avoir des modifications demandées par le MO à EG. Ces modifications peuvent faire l'objet d'amendements très formels et parfois, l'urgence faisant foi ou la confiance entre les parties les conduisant à ne pas être trop formalistes. EG donne suite à ces demandes de modification ; donc le contrat est modifié car la description de l'ouvrage est modifiée. Si le MO dit que ce n'est finalement pas ce qui était prévu dans le contrat, EG lui dirait à juste titre qu'il a obéi à ses demandes de modifications, et le MO pourrait dire qu'on ne pouvait pas modifier le contrat que par écrit et donc sans amendements écrits, vous devez réparer. Ce serait contraire aux **règles de la BF** et donc à ce **principe UNIDROIT** selon lequel on ne peut pas se prévaloir de cette clause de façon contraire à notre comportement pendant l'exécution du contrat.

#### 9.4. Clauses de cession

- **Quoi** : « *cessibility assignment of claims under this contract* »
  - **Importance** : car l'identité des parties peut être modifiée, le contrat peut être transféré à un tiers, partie aura un nouveau co-contractant. Pas choquant puisqu'on donne l'accord, soit au moment du transfert, soit de manière anticipée par une clause de cession.
  
- **Cession de créance** : Dans tous les OJ, il est possible de céder les créances découlant d'un contrat et c'est possible sans l'accord du débiteur (**art. 164ss CO** : Univ) une créance est un actif transmissible à un tiers de manière assez peu formelle. Impose un accord écrit entre le cédant et le cessionnaire mais sans l'accord du débiteur (il doit en être informé). Une partie au contrat pourrait céder ses droits découlant du contrat sans demander son accord aux autres parties.
  - **Exceptions** : à moins que la créance ne soit réputée incessible, ou conditionnée :
    - Par la nature de la créance
    - Par **clause d'incessibilité** : Pour éviter que les créances découlant du contrat puissent être cédées, il faut l'indiquer dans le contrat.
      - **Utile** ? a priori pas pratique pour les parties de totalement exclure cette possibilité. Une cession aux fins de recouvrement c'est pratique (via contrat de *factoring*, on cède au recouvreur la créance qui fait l'objet du recouvrement).
    - Par **clause de cessibilité conditionnée** : dérogation valable au principe selon lequel une cession de créance se fait sans l'accord du débiteur.

« *The rights of any Party under this Agreement cannot be assigned without the prior written consent of all Parties* ». Si on veut céder des créances, il faut que tout le monde soit d'accord. Sinon, les créances sont réputées incessibles au sens de **164 CO**. Cette clause constitue une incessibilité conventionnelle de créance.
  
- **Distinctions avec** :
  - **≠ La reprise de dettes** : les obligations (et non pas les droits) découlant du contrat peuvent être reprises, ici il faut l'accord de tout le monde.
  - **≠ La cession de contrat** : fréquent, une partie cède sa place dans un contrat à une autre partie. Ici n'est possible qu'avec l'accord de toutes les parties (celui qui veut transférer le contrat, co-contractant et celui qui reprendrait le contrat). Conséquences plus lourdes qu'une cession de créance, car ici nouvelle partie.
    - **≠ La sous-traitance** : n'est pas une cession de contrat.
    - Inutile de dire que l'accord de la partie adverse est nécessaire car c'est le propre de cette cession ;

- Utile de prévoir à l'avance l'accord d'une des parties sur un transfert de contrat. (Ex : *contrat où on admet que l'autre partie transfère le contrat à une autre société, si cette société est l'une de ses filiales, ou fait l'objet d'un cercle connu de co-contractants*)
  - « *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* ». Ici contrat d'entreprise. Le fournisseur se réserve le droit de transférer le contrat à l'une de ses filiales ; ici donne son accord à l'avance à ce transfert de contrat ; cet accord n'est pas déraisonné, vu que le cercle des reprenant se limite aux filiales du Supplieur. Bien de définir filiale (*Subsidiary*)

### **9.5. Clause de confidentialité**

- **Quoi** : moins systématique mais fréquent, où l'existence du contrat et/ou que ses conditions doivent demeurer confidentielles
  - Clause de confidentialité**
    - « *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* »
- **Objet** : préciser ce qui est confidentiel pour que la clause fonctionne :
  - **Les dispositions du contrat** (cf. supra : *The terms et conditions*) ;
  - **L'existence du contrat** (*The Agreement*) : que des tiers ne sachent même pas qu'un contrat a été conclu ;
  - **Les informations techniques** : informations échangées par les parties dans le cadre de l'exécution du contrat.
- **Limites** : la clause n'est pas absolue, ça ne fait pas sens qu'elle soit totale, il faut prévoir les exceptions à cette confidentialité. Il faut prévoir de :
  - Révéler à certains financiers/banquiers (qui ne financeront pas sans voir le contrat) ;
  - Révéler à certains sous-traitants ou employés ;
  - Produire dans le cadre d'un litige : malgré une clause de confidentialité, les parties produire le contrat devant le juge.
    - Peut choisir arbitrage qui est plus confidentiel.
- **Sanctions** : il faut prévoir des moyens de droit spécifiques en cas de violation de la clause de confidentialité
  - **Principe général** : toutes violation d'une clause contractuelle donne lieu à des dommages et intérêts. Mais difficile de calculer les montants d'une

- violation de la confidentialité, ce ne sont pas des dommages purement économiques. Sans autre clause, la procédure est difficile.
- **Clause pénale** : dissuasif et sanctionne automatiquement la violation de l'obligation de confidentialité, permet d'éviter de calculer le dommage.
    - Sous réserve du principe que la CP excessive peut-être réduite, vu qu'une divulgation cause rarement de dommages, pourra facilement être considéré comme excessif.
  - **Durée de vie** : Il faut voir quelle est la durée de vie de ces clauses :
    - Selon la durée de vie du contrat :
      - Si contrat existe encore, peut être limité si informations sont de notoriété publique (ex : *construction d'un métro, peut-être pendant les premiers mois, après, la clause est inutile*).
    - Après fin du contrat : **Clauses de survivance** (cf. cours précédent) : ca prolonge la durée d'existence du contrat. Elles sont adaptées pour renforcer ces clauses :
      - Confidentialité sur les clauses contractuelles est inutile ;
      - Confidentialité sur informations techniques est utile.

### **9.6. Clause Fausse N° 30**

" *Le present contrat...* "

- **Utilité** : assure la confidentialité du contrat ;
- **Interprétation** : qu'est ce qui est confidentiel ?
  - contenu ?
    - contenu du contrat ?
    - ou toutes les informations échangées dans le cadre de l'exécution du contrat (ex: *un savoir-faire, annexes techniques*) ?
  - OU l'existence du contrat ?
  - "Tiers" ? Préciser : **Absolument confidentiel ? Sous traitant ? Employés ? Banques ? Enquête administrative ? Juges/arbitres ?**

### **9.7. Clause Fausse N° 31**

*Partie 1 " If any provisions..."*

- **Utilité** : clause de divisibilité, est de la prudence qui permet de se protéger contre une disposition nulle dans le contrat.
  - Est plus certain. Cette partie seule, renforce l'idée que le contrat doit rester valable.
  - **Solution légale** : **20 II CO**, selon la volonté hypothétique des parties, si ils auraient quand même signé si ils connaissaient, c'est très incertain.
  - **Distinction** :
    - **Divisibilité subjective** :

- **Divisibilité objective** : est ce que le contrat a encore un sens si on écarte la disposition nulle (ATF 133 III 49). Si non pas possible, contrat ne peut rester en vigueur.

*Partie 2 " unless... "*

- **Utilité** : C'est ici une confirmation de l'art 20 II CO. Sert à rien.

## 10. Règlement des litiges

Si le contrat est bien exécuté, le texte n'est pas intéressant.

Si le contrat est mal exécuté, en cas de litige, c'est la première clause que l'on lit.

Si elle est mal rédigée, cela se remarquera assez rapidement.

Deux aspects différents (ce n'est pas parce que le droit CH est applicable que le juge CH sera compétent et ce n'est pas parce que le juge CH est compétent que le droit CH sera applicable), mais liés car important de connaître les deux, quel juge est compétent et quel droit sera applicable.

### 10.1. Droit applicable au contrat

- **Utilité** : ne sert à rien de rédiger un contrat si on ne sait pas quel est le droit applicable. Mais important de savoir le droit applicable en cas de litige.
- **Trouver le droit applicable** : pas si compliqué pour les contrats :
  - **Limite OJ** (rare) : parfois (dans d'autres OJ avec DIP plus restrictifs) on exige un rattachement entre le droit choisi par les parties et le contrat lui-même.
  - **Limite consommateur** : tendance à limiter le libre choix du droit applicable dans les contrats conclus avec les consommateurs (soit achat pour des motifs personnels ou familiaux ex : *même un Yacht*). Droit applicable souvent au lieu du domicile du consommateur.
- **Principe de base** : les parties déterminent librement le droit applicable **116 LDIP**. Cette question se résout très rapidement dans une clause d'élection de droit (Ex : *DIP CH permet contrat entre une société CH et une société US pour une construction en UAE, avec le droit applicable ALL*). Ici vise contrat commercial.  
**Clause d'élection de droit ordinaire** : « *This Contract shall be governed by the laws of Switzerland, without reference to its conflicts of law rules* »
- **Éléments à prendre en compte** :
  - **Caractère approprié** : du droit qu'on choisit, il faut le connaître pour en connaître les limites à la liberté contractuelle
  - **Droit d'un Etat fédéral** : choisir droit fédéral ou d'un Etat fédéré. Ex : USA, une partie du droit privé US se trouve dans des droits des EM des USA il faut préciser droit de l'Etat de NY.
  - **Droit interne/international** : déterminer si on vise le droit interne ou y.c les conventions internationales ratifiées par cet Etat :
    - **En matière de vente** : CVIM peut s'appliquer, en vigueur en CH. On a voulu aussi se référer à la CVIM ? Cad on applique **184 ss CO** ou la **CVIM** ? Si on choisit le droit d'un Etat

contractant de la CVIM, en principe la CVIM s'applique, pas nécessaire de désigner la CVIM.

- **Solution** : **clause de *opting out*** : clause qui indique qu'on choisit le droit CH à l'exclusion de la CVIM.
- **Le renvoi en DIP** : *"[...] without reference to its conflicts of law rules »*
  - **Quoi** : si on désigne droit CH, DIP suisse dit que le droit ALL s'applique, c'est ambiguë. **Devient inutile, mais sv** présent qd mm.
  - **Utilité** : permet d'éviter le renvoi, clarifie. Mais aujourd'hui superfétatoire en CH, il est admis de manière générale que le renvoi ne doit pas avoir lieu à **14 LDIP**.
  - **Défaut** : certaines règles du DIP peuvent être utiles (compétences, arbitrage). En excluant *"règles de conflit"*, pas clair si on exclut uniquement les règles déterminant le droit applicable ou d'autres règles aussi. Selon prof il faut préciser cette notion.
- **Moment/stabilité** : lors d'un litige, le droit qui s'appliquera est le droit choisi au moment du litige, pas forcément à la date de la conclusion du contrat. Le droit évolue (JP et leg qui le modifient considérablement).
  - **Solution ?** **Clause de stabilisation** : application du droit CH dans son état au moment de la conclusion du contrat. Séduisant car prévisible. Mais très problématique dans mise en oeuvre. On ne peut empêcher le juge de considérer nouvelle JP lors du litige, ni empêcher des nouvelles dispositions impératives de s'appliquer. Difficile d'étudier un vieux droit. Il faut donc prendre le risque que le droit évolue selon le prof.

## **10.2. Mode de règlement du litige (classique ou alternatif)**

Comment les litiges vont être réglés et quelles procédures se mettent en place en cas de litige ?

Réflexion en deux étapes :

### **10.2.1. Avant le litige / mécanisme extra judiciaire**

Ce sont des étapes préalables durant laquelle les parties tentent de trouver un accord amiable, qui évite qu'une décision exécutoire ne soit prise à leur endroit.

Les parties ont tout intérêt à ne pas porter le litige devant une juridiction (coûts, temps, décision exécutoire pas très favorable). Si on peut l'éviter, tant mieux.

- **Conciliation** : **Clause de négociation préalable** : *« 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* » En cas de litige, les parties feront de leur mieux pour trouver un accord amiable.

- **Utilité** : Une pétition de principe. Pas utile de le mettre dans le contrat : aucune partie n'a jamais été obligée de saisir un juge. Simple règle de savoir-vivre, presque insultant pour elle de l'intégrer. Toutefois, cela peut inciter à ne pas saisir un juge et essayer de discuter.
- **Mediation** : **Clause de médiation** : « *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* ». Les parties se réfèrent aux règles suisses en matière de médiation qui règlent les questions de la procédure de médiation.
  - **Quoi** : pas simple discussion, mais fait intervenir un tiers professionnel dans cette relation juridique, pour parvenir à un accord selon des techniques de médiation (pas déterminer qui a tort)
  - **Utilité** : efficace pour trouver un accord.
  - **Modalités** : médiation est plus formelle et certaines modalités peuvent être choisies par le contrat et donc vaut la peine de le mettre dans le contrat.
    - CH : règlement sur la médiation qui peut être référence qui indique les étapes et les coûts de la médiation

### **10.2.2. Bindingness / Pouvoir de lier les parties**

- **Sanction** : non-respect de ces clauses
  - Refus de négocier de bonne foi :
  - Refus d'aller devant un médiateur .:
- **Deux solutions** : non-respect de ces clauses
  - **Clause est un déclinatoire de la compétence du juge** : FR, le juge saisi décline sa compétence, il n'est pas compétent tant qu'il n'y a pas d'essai de conciliation ou de médiation, il faut un document attestant de l'échec pour être compétent. Juge renvoi au médiateur/aux parties.
    - **Utilité** : Juste, mais limites, ne sert à rien car parties ne veulent visiblement absolument pas négocier
  - **Clause non déclinatoire de la compétence du juge** : CH, **selon TF**, tribunaux CH saisis ne devaient pas décliner leur compétence lorsque la procédure préalable n'a pas été respectée. Peut évoluer. Ces clauses sont bien, mais il ne faut pas oublier que ce sont des pétitions de principes avec des limites.

## 10.1. Élection de for (juge compétent) et clause compromissoire

Il faut déterminer devant quelles juridictions on porte le litige si les parties n'ont pas trouvé d'accord amiable.

### 10.1.1. Systeme étatique

- **Quoi** : Systeme des tribunaux étatiques qui fonctionnent pour rendre justice dans chacun des États organisés
  - Il faut dire quel juge est compétent ;
  - On peut laisser les règles de compétence des OJ s'appliquer, mais au final elles prévoient toujours que les parties choisissent le juge compétent.
- **Défauts** : lents, cher, inflexibles en termes de convocations
- On peut choisir librement le for, c'est prévu dans : LDIP, CL (relations entre UE et CH) et RB I (UE). Contrat commercial, ça vaut la peine de le faire  
**Election de for** « *The English courts shall have jurisdiction over any disputes arising under the Agreement* ». Election de for en faveur des tribunaux UK.
  - **Validité** : dans toute l'UE
    - **Limites** : règles de protection pour contrat avec consommateurs, on ne peut pas choisir librement le for du litige, le for du domicile des consommateurs est à certaines conditions protégé par les textes de détermination du for.
  - **Conséquence** : les tribunaux UK sont compétents et la procédure civile UK s'appliquera (peut avoir un effet déterminant sur le sort de ce litige).
  - **Précisions** : "un litige à propos du contrat". Litige lié à l'exécution du contrat ou responsabilité précontractuelle, ou responsabilité délictuelle ? (ex : dans le cadre de l'exécution du contrat, l'ouvrage réalisé par l'entrepreneur s'écroule et crée des dommages au MO ou à sa propriété).
    - « [...] arising directly or indirectly in relation to this Agreement, be it a dispute in tort or in contract or for any other cause » = quelle que soit la cause, les juridictions UK auront la compétence.
      - **Utilité** : élargit la clause pour que le juge soit compétent pour tous les aspects du litige, y.c simple mise en œuvre du contrat, d'éléments extracontractuels, précontractuels ou délictuels.

### 10.1.2. Arbitrage

- **Avantages** : choix de l'arbitre donc plus de sensibilité, permet d'avoir des arbitres avec des compétences particulière, permet d'avoir un tribunal arbitral spécialisé par rapport au type de contrat conclu, grande flexibilité dans l'organisation de la procédure (ouvert à des propositions) et une seule instance donc devient exécutoire sans recours longs.
- **Inconvénient** : aussi voir plus cher, prend aussi du temps.
- **Élection** : Nombreuses règlements et clauses standard, ces règlements auront un impact sur la procédure, son coût et sur le contrôle fait sur procédure
  - *Règlement de la chambre de commerce et d'industrie Suisse* ;
  - *CNUDCI* ;
  - *Règlement ICC* (CCI : chambre de commerce international) : le plus classique en EU.  
**Clause compromissoire** «*Any dispute 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* ». Renvoi très clair au règlement d'arbitrage ICC, qui permet de régler toute une série de choses procédurales pour que la clause compromissoire fonctionne.
- **Précisions** : en soi, une fois le renvoi fait, pas grand-chose de plus à prévoir. Mais bien d'apporter les précisions suivantes au sein de la clause compromissoire :
  - **Nombre d'arbitres** : c'est au choix des parties. On peut en avoir un, deux, plus. On choisit un nombre impair, pour qu'une majorité se décide en cas de désaccord entre les arbitres ;
  - **Langue de la procédure est utile** : une procédure arbitrale est lourde, s'il faut traduire toutes les pièces ca peut être couteux ;
  - **Siège du tribunal arbitral** : Cela paraît être un détail mais c'est une précision indispensable pour que la clause fonctionne (en technique juridique) c'est le lieu où l'arbitrage sera rendu.  
« *The venue of arbitration shall be in Geneva, Switzerland* ». Le siège du tribunal arbitral est à Genève.  
**Utilité** :
    - **Connaitre la nationalité de la sentence arbitrale rendue** : sinon on ne sait pas si c'est une sentence étrangère qui doit être *exequaturée* (selon la **Convention de NY de 1958**)  
OU si c'est une sentence CH donc pas besoin d'être *exequaturée*.

- **Recours contre la sentence arbitrale dépend du siège** : on peut recourir selon les règles nationales d'arbitrage du siège ;
      - Droit CH : on peut recourir au TF (à des conditions extrêmement restreintes et que le siège du Tribunal arbitral soit en CH (**190 LDIP**) ;
      - Si siège UK, législation UK déterminera si on peut recourir contre la sentence arbitral ;
    - **Détermination du juge d'appui** : not. lorsqu'une partie ne désigne pas d'arbitre, Il faut connaître le siège qui doit être indiqué dans la clause arbitrale
      - **Quoi** : c'est le juge auquel on peut se référer lorsqu'une des parties ne fait pas des démarches ou mesures provisionnelles requises.
      - **Cas** : *Ex : chaque partie doit nommer un arbitre, qui nommeront eux un président de tribunal arbitral. Un litige survient : une partie nomme son arbitre et dépose une requête d'arbitrage mais l'autre partie ne nomme pas un arbitrage, l'arbitrage est bloqué.*  
 La partie qui souhaite l'arbitrage peut saisir le juge étatique du siège du tribunal arbitral pour qu'il désigne l'arbitre à la place des partis qui se défile de cette obligation. Sinon cela bloque l'arbitrale et rend la clause d'arbitrage inefficace.
  - **Consequences** (clause *cf supra*):
    - C'est une sentence arbitrale suisse ;
    - La sentence pourra être l'objet d'un recours au TF selon **190ss LDIP**
    - On peut aller au TPI à GE, pour demander de nommer l'arbitre à la place de la partie qui se défile.
- **Recours** : rarement possible de recourir contre une sentence arbitrale, qu'un recours au TF à des conditions strictes.
  - **Renonciation au recours** : possible en principe d'exclure le recours au TF. **Renonciation au recours** « *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* ».
 Mais :
  - Doit être fait expressément dans la clause. Dire "*la décision est finale*" ne suffit pas.
  - L'exclusion n'est pas valable si une des deux parties a son siège OU son domicile en CH (**192 LDIP**).

- **Arbitrage interne** : si le contrat est interne (contrat entre parties domiciliées dans le même État), ce sont les règles sur l'arbitrage interne qui s'appliquent (moins fréquent).
  - CH : le CPC détermine les modalités d'un arbitrage interne si les parties sont domiciliées en CH
  - Autre : si dans un autre Etat, regarder le droit interne de cet Etat

### 10.1.3. Remarques complémentaires

- **Continuation de la relation contractuelle durant le litige** : si malgré litige, le contrat n'est pas arrivé à son terme et que l'exécution continue. Quel est l'effet du litige ?  
 « *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.
  - **Utilité** : prévoir que le contrat continue à être exécuté dans une certaine mesure malgré le litige (pour questions non affectées par le litige), évite que tout se bloque. Permet d'éviter les effets du principe de **82 CO** (on ne peut pas demander l'exécution du contrat si on ne l'exécute pas nous-mêmes) dès qu'il a un litige, pourrait être une justification pour la fin de l'exécution de ce contrat.
  - **Sanction** : si elles ne le font pas, elles sont en violation du contrat et donc on pourrait leur demander des DI pour le fait d'avoir arrêté l'exécution du contrat pour les aspects non affectés par le litige.
- **For de poursuite** :
  - **Quoi** : totalement différent, c'est le lieu de l'exécution forcée du contrat (saisie, poursuite, faillite).
  - **Droit applicable** : régi par la LP si le contrat est soumis au droit CH (pas par LDIP, CL, RB).
  - **Élection de for de poursuite** : **L'art. 50 LP** dit qu'on peut prévoir un for de poursuite.  
 « *The Parties choose domicilium citandi et executandi (lieu de citation et de l'exécution forcée) for all purposes under this Agreement, including without limitation for delivery of notices, enforcement and debts collection proceedings, as follows : (\_\_\_\_)*  ».
    - **Inutilité** : C'est valable mais assez rare et finalement peu opportun. Le lieu d'EF doit nécessairement être le lieu où le débiteur a des actifs (et le plus possible) ; s'il n'en a pas au lieu choisi, cela n'a aucun sens. Le lieux d'actifs peut évoluer, circuler ; puis on peut créer un nouveau for de séquestre ou for des succursales.

## 10.2. Clause Fausse N° 32

" *This contract...* "

- **Utilité** : Élection de droit
  - **Contexte** : élément d'internationalité (domicile des parties)
- **Interprétation** :
  - Droit d'un état fédéré ou de l'état fédéral ? Pas clair. Cette clause va être contestée, partie va plaider que le droit applicable est le droit objectif de rattachement, donc dr CH. **Préciser l'Etat concerné.**
  - Droit suisse ou CVIM ? il faut faire un opting out, sinon la CVIM s'applique. **Préciser que la CVIM ne s'applique pas.** Pas nécessaire de dire qu'elle s'applique, mais possible de **confirmer que la CVIM s'applique.**
  - "*This contrat*" : on vise cas de RC ? précontractuel ?
    - **Défaut** : Si ce n'est pas précisé, pour détourner un litige basé sur le droit NY, on plaidera simplement RC 41CO, le droit suisse sera applicable.
    - **Solution** : "*any disputes, directly or indirectly in relation to this Contract, for whatever cause, should be..*"
- **Validité** :
  - La validité s'examine selon les règles du DIP, donc le droit impératif applicable s'examine selon le for
  - Protection des consommateurs
    - For ?
    - Juge applique ses propres règles de DIP

## 10.3. Clause Fausse N° 33

" *Tout litige...* "

- **Utilité** : election de for et de droit, dissociation du for et du droit.
  - Possible, mais absurde et cher, cela implique que le juge CH devra appliquer le dr FR. Complicé. Coût de l'information du juge.
- **Interprétation** : "*contrat est soumis au TPI GE*". Est-ce que on exclue un recours au TF ?
  - Possible ? Selon **ATF 141 III 596**, ce n'est pas valable d'exclure un recours au TF.
- **Validité** : possible de choisir un for et droit différents.
  - **Conditions générales** : ici l'élection se trouve dans CG (rarement signé). Peut on choisir un droit autre que celui du domicile du consommateur ?
    - Clause dans CG a été valablement intégré dans le contrat ?
      - OUI, si il y a une référence claire aux CG.

- **Si clauses insolites** : ce sont des dispositions surprenantes, **selon TF** elles n'ont pas été intégrées dans le contrat si n'ont pas été portées à l'intention de co-contractant. *En l'espèce c'est surprenant.*
  - Vaut pour toutes les CG, pas seulement consommateurs.
  - **Solution** : on les **met en excergue/majuscule/gras**.
  - **Solution pour élection de for** : c'est une renonciation au juge naturel, si c'est le cas, cela doit être **spécialement mis en exergue**.
- **Si clause abusive** : **8 LCD** (reprend la législation UE), ces clauses sont nulles car trop défavorable au consommateur.
  - Vaut uniquement pour consommateurs.
- **Élection de droit / de for dans un contrat avec consommateur.**  
**Art 15 CL** dit quand consommateur peut agir à son domicile

#### 10.4. Clause Fausse N° 34

" *In the event...* "

- **Utilité** : prévoit des modes de règlements des disputes / *Alternative dispute resolution (ADR* ; ex : conciliation, médiation, arbitrage). Permet d'aller direct devant un tribunal.
  - Ici c'est une conciliation préalable (on dit simplement résoudre, pas médiation, sinon serait plus structuré)
- **Interprétation** :
  - Prévoir un délai ? "*[...] to do so, after a negotiation period of 2 months*".  
Quid si on met un délai long ? il faut régler la question de la **prescription** puisqu'on repousse la possibilité d'agir en justice.
  - Prévoir une procédure de négociation ?
- **Validité** : possible, mais *enforcability* ? Ca marche vraiment ?
  - **Est-ce déclinatoire de compétence** ? Juge doit refuser si parties ne respectent pas ?
    - CH : Non, **TF** dit que juge ne doit pas décliner, mais doit simplement tenir compte au stade de l'octroi des dépens. Donc ca reste une pétition de principe.

#### 10.5. Clause Fausse N° 35

1) " *Tout litige...* "

- **Utilité** : deux clauses compromissoires. Permet d'être une alternative à la justice étatique. Plus rapide, plus flexible, choix d'arbitre et spécialistes, exécutoire d'un coup (peu de recours), plus confidentiel.

- Ici choix de l'arbitrage. Valeur juridique de ce jugement ? **Convention de NY de 1958** a la même valeur qu'un jugement. C
  - **Interprétation :**
    - "execution du contrat" on vise aussi problème de conclusion ? Interprétation ? Validité ? Formulation trop étroite à remplacer par "tout litige au sujet du présent contrat"
    - Il faut choisir une **procédure**, donc choisir un règlements d'arbitrages (règle les questions de procédure et prix ; ex : CCI, CNUCI, CCS)
    - Préciser **langue** d'arbitrage
    - Prévoir **nombre impair d'arbitres** pour éviter blocage
    - Clarification **siège de l'arbitrage** (détermine voies de recours nationales et connaitre nationalité de la sentence dont dépendra la nécessité d'exequatur ou non)
  - **Validité :**
    - Litige est arbitral ? Contrats commerciaux en général, mais certains litiges non, *ex : l'autorité parentale sur enfants.*
    - Le recours au TF possible certes, mais les motifs sont extrêmement restreints (**190 LDIP**)
      - Limité aux violations grossières procédurales internationales et de l'ordre international.
- 2) "In case of any..."
- **Utilité :** clause compromissoire dans le cadre de JVA
    - **Contexte :** contrat de JV, créer New Co/JV co. Cette compagnie a des filiales, les actionnaires à la JV co passent des contrats avec les filiales. Si il y a un litiges entre actionnaires ou entre actionnaires et filiales.
  - **Interprétation :**
    - "**Geneva law**" ? Pas clair mais par interprétation on comprend que c'est le droit suisse.
  - **Validité :**
    - Il n'y a pas de siège. Quel est la *Lex arbitri* ? Il y a de nombreuses normes qui entourent l'arbitrage (ex : LDIP)
      - Permet de connaitre juge d'appuie ou mesure provisionnelles, EF, et recours.
    - Enforcable ? relativité des contrats, toutes ces personnes sont autonomes, les filiales ne sont pas parties au JVA, donc n'ont pas acceptées la clause compromissoire. Les arbitres n'ont que de légitimité dans la désignation par les parties.
    - "**finally referred to**" cad ne permet pas de recours contre arbitrage. Impossible de renoncer au recours au TF contre sentence tribunal si une des parties a leur siège en Suisse **192 LDIP**. C'est potentiellement invalide.

## **11. Conclusions finales**

- **Signature** : Il reste à signer le contrat, en usant d'une formule assez standard  
**Protocole de signature** : « *In witness whereof, this Agreement has been executed in Geneva, Switzerland, this 6th day of July 2015* »
  - **Représentation** : Vérifier que les parties qui signent ont les procurations nécessaires pour engager les parties au contrat.
- **Date** : utilité d'indiquer au moment de la signature la date du contrat pour :
  - Permet de se référer facilement au contrat : on parle du contrat du 6 juillet 2015 ;
  - La date de conclusion du contrat fait partir un certain nombre de délais de prescription ;
  - Effet sur le TDR si celui-ci est lié au moment de la conclusion du contrat.

La rédaction du contrat est l'art du pessimisme et il faut cultiver l'imagination (liberté contractuelle).

Parabole du *meccano* : tout est possible dans l'art de la rédaction du contrat, sous réserve de quelques limites impératives, en réalité, les relations humaines sont très souvent les mêmes et on finit tous et toutes par faire plus ou moins la même chose.