

0. INTRODUCTION

1. Méthodologie d'analyse

1. Utilité
 - a. Explication du but recherché par la clause contractuelle
 - b. La clause doit être remise dans le contexte du contrat et de l'opération commerciale que sous-tend le contrat
2. Validité
 - a. Licéité de la clause au regard du droit impératif suisse
 - b. Liste exhaustive des dispositions impératives : l'ouvrage « Clauses contractuelles »
3. Interprétation
 - a. Sens qu'on peut donner à la clause via interprétation selon le principe de la confiance
 - b. Repérer les ambiguïtés et corriger si nécessaire

2. Structure d'usage du contrat

- (Documents précontractuels)
- Titre du contrat
- Désignation des parties
- Préambule
- Définition
- Accord de base : relève de l'accord des parties
- Conditions
- Garanties
- Responsabilité
- Propriété
- Durée et résiliation
- Clauses standards : on appelle souvent ça « divers » en FR
- Résolution des litiges
- Date et protocole de signature

3. Conclusion du contrat

- Principe
 - o Pas de règles de conclusion de contrat
- Exceptions
 - o Certains contrats précis
 - Cession de créances : forme écrite
 - Vente immobilière, cautionnement : forme authentique

1. PRECONTRACTUELS

1. Le Droit applicable

- Clause d'élection de droit
 - 1. Validité ? : on se réfère aux règles de conflits (LDIP)
 - 2. Tribunal compétent ? il appliquera ses règles de conflit
 - Le for
 - Exemple : « *Tout litige sera soumis aux juridictions suisses* »
 - 3. Selon le tribunal compétent, la clause est-elle valable ? (LDIP)

- Clause d'élection de for
 - Validité ? (LDIP)
 - Le consommateur peut agir à son domicile (15 CLug)

- Élection de droit
 - But possible
 - Eluder l'application de la CVIM au profit de 184ss CO
 - Validité ? Attention aux règles impératives
 - Contrat de consommation
 - Droit du lieu du domicile du consommateur (120 2 LDIP)
 - Contrats immobiliers
 - Contrat de travail

- Qualification du contrat ?
 - On regarde
 - Les obligations des parties
 - Prix
 - Prestations
 - Eventuelles règles impératives donnant un indice sur les obligations des parties
 - Connaître les prestations qui permettent de distinguer un contrat

2. Interprétation du contrat selon la volonté des parties

- Clause de bonne foi : *"Good faith in fair dealing"*
 - Typique de droit civil
 - Peu de prévisibilité. Le juge décide de ce qu'est la bonne foi (18 CO).
 - Le J peut interpréter le contrat contre son texte

- Clause « *Attorney review* »
 - Typique de droit US
 - Exemple
 - « *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* »

3. Documents contractuels (Annexes, conditions générales)

- Le contrat n'est pas un texte autonome
 - o Constitué de pleins de documents, par exemple
 - Annexes
 - Renvois à des conditions générales
 - Intégration de clauses préexistantes
 - Incoterms (FOB)
- Contradiction entre ces documents
 - o Exemple
 - La vente est FOB, puis on dit que le TDR est du vendeur à l'acheteur dès remise de la marchandise, ce qui est contraire aux FOB
 - o Il faut donc limiter les contradictions
 - Solution : **clause de hiérarchie des documents**
 - « Precedence: in the event of any conflict between the following documents, the order of precedence between them shall be as follows. The order :
 - o The contract without Annexes and without documents includes herein by reference
 - o The Annexes
 - o Other documents included herein by reference.”
 - S'il reste une contradiction, le juge décide quel document l'emporte sur l'autre

4. Validité du contrat et droit impératif

- Généralité
 - o Il faut comparer le contrat avec les clauses impératives applicables
- Pas de liste, mais y a certains terrains marécageux
 - o Clause de responsabilité en droit privé
 - Dispositions impératives : limites à 100 et 101
 - On ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité pour faute grave
 - Mais on peut s'exonérer de sa responsabilité pour ses auxiliaires
 - o Clause de durée du contrat
 - Le contrat est une servitude ; pas admissible si dure trop longtemps
 - Pas de contrat sur 80 ans (27 CC)
 - Pas de contrat trop long dans certains domaines
 - o Clause des intérêts (conventionnels ou moratoires)
 - Fixation des montants par la règle de l'usure
- Protection de la partie faible
 - o Le locataire (contrat de bail)
 - o Le consommateur (contrat de consommation)
 - Interdiction de l'élection de droit

- Domaines spéciaux
 - Les droits réels : protection des tiers
 - Sont opposables à tous ; ça pose problème dans un contrat, qui n'a de portée qu'aux parties
 - Numerus clausus de droits réels
 - Certaines règles contractuelles
 - TDR, TDP, droit de gage, servitude
 - Terrain glissant
 - On dépasse le contrat et on est dans le numerus clausus des droits réels
 - Droit de la concurrence (cartels)
 - Concerne
 - Tous les contrats qui ont une influence sur la concurrence
 - Organisent la distribution sur un marché
 - But du législateur : éviter les monopoles
 - Le législateur est donc anti-libéral sur ce point
 - Moyens de lutte
 - Règles impératives
 - Sanctions
 - Interdiction de certaines clauses
 - **Clauses d'interdiction de vente active**
 - Distributeur en Suisse. Dans le contrat, on lui interdit de recevoir des commandes depuis l'Allemagne ; clause non valable
 - Lorsque le marché européen est en jeu, les règles européennes du droit de la concurrence s'appliquent, quel que soit le droit choisi par les parties
- Droit public
 - Exponentiel, change tout le temps, donc non maîtrisable
 - Si par un contrat suisse, on distribue des médicaments en Turquie, c'est le droit turc qui s'applique

5. Nullité totale ou partielle, clause de divisibilité

- Lorsque le contrat est en contradiction avec une règle impérative
 - La contrat est nul ?
 - Nullité totale (20 2)
 - Si, sans cette clause, les parties ne voudraient pas maintenir le contrat
 - La clause est nulle ?
 - Nullité partielle (20 1)
 - Si sans cette clause, les parties voudraient maintenir le contrat
- Le juge doit analyser le raisonnable
 - C'est arbitraire
- Solution
 - **Clause de divisibilité** cf p.36

- Si une des clauses du contrat n'est pas valable, le contrat reste valable
- Exemple
 - « If any of the provisions of this Agreement are found to be null and void, the remaining provisions of this Agreement shall remain valid and shall continue to bind the Parties ».
- Plus de volonté hypothétique, on regarde la volonté expresse

6. Documents précontractuels

- Généralité
 - Les documents précontractuels ont-ils une force juridique ?
 - Deux situations
 - Le contrat après discussion a été signé
 - Interprétation du contrat
 - Les docs montrent la volonté des parties
 - Compléter le contrat
 - Si infos manquantes dans le contrat
 - Pour contrer cela : **clause d'intégralité**
 - Exemple
 - « This agreement and any schedules constitute the entire understanding between the parties and supersede any prior communication, representations, or agreements whether oral or in writing ».
 - En gros, l'accord des parties est uniquement ce qui se trouve dans le texte écrit du contrat, à l'exclusion des échanges de documents
 - Le contrat après discussion n'a pas été signé
 - Responsabilité précontractuelle
 - Obligations de bonne foi
 - Ne pas mentir
 - Ne pas mener des négociations si on sait qu'elles vont pas conclure
 - On peut rechercher la source d'une obligation dans les docs précontractuels
- Différents types de docs précontractuels
 - La lettre d'intention (letter of intent) (LOI)
 - Document dont il ressort que les deux parties ont l'intention de commencer une négociation
 - Lance les pourparlers
 - Des emails suffisent
 - Accords cadre de négociation
 - Documents dans lesquels les parties se mettent d'accord sur les modalités des négociations
 - Exemples de contenu
 - On se retrouve à telle date
 - On promet de ne pas négocier avec un tiers (lock-out)
 - On fait appel à tel expert

- On fait telles recherches
 - Ce qu'on peut faire ou non durant les négociations
 - Si y a des frais, qui paye ?
 - Si le contrat n'est pas conclu, qui paye ?
 - Attention
 - Ces accords impliquent des frais très importants : qui paye ?
 - On paye une éventuelle étude de marché
 - Des investissements sont nécessaires et assumés volontiers par les parties si le contrat est conclu
 - Si c'est pas le cas : il faut se mettre d'accord
 - Aspects du contrat qui sont de vrais contrats
 - **Clause de lockout agreement**
 - Exclusivité pendant un certain temps
 - Vraie obligation contractuelle
 - **Clause de confidentialité**
 - On ne transmet rien à personne
 - Vraie obligation contractuelle
 - Memorandum of understanding (M.O.U.)
 - Liste des points sur lesquels les parties sont déjà d'accord
 - Obligation de bonne foi : on ne peut pas revenir en arrière sur ce qui est acquis
 - Permet d'avancer
 - Potentielle source de responsabilité précontractuelle si le contrat n'est pas conclu
 - Promesse de contracter (22 CO)
 - Doctrine : ça sert à rien si les deux parties s'engage, vu que dans ce cas c'est un contrat
 - Utile si ce n'est qu'une partie
- Danger
- Les parties peuvent faire des documents précontractuels sans forcément s'en rendre compte
 - Les documents peuvent être un peu de l'un dans l'autre, mais il faut quand même essayer de les classer et les distinguer
 - En particulier, la promesse de contracter a presque les conséquences d'un contrat
 - Danger particulièrement important : 2 CO
 - Base légale
 - Le contrat est conclu lorsque les parties se sont mises d'accord sur les éléments objectivement essentiels du contrat (2 1), le juge pourra compléter les éléments secondaires (2 2)
 - Le contrat est conclu lorsque les parties sont d'accord sur les éléments objectivement essentiels
 - Un M.O.U. est-il déjà une conclusion selon cet article ?
 - A peut dire : Avec ce M.O.U. on s'est mis d'accord sur les points essentiels du contrat. Les secondaires (TDR ou autre) sont dans le droit suisse. Donc, contrat conclu
 - Solutions
 - **Clause subject to contract**

- On réserve la conclusion du contrat à la vraie conclusion
- À mettre sur chaque document précontractuel
- Réserve de forme
 - On réserve une forme au contrat
 - Dit que les parties seront engagées que quand il y aura signature du contrat final selon 16 CO
- C'est important d'avoir ces solutions
 - C'est presque trop facile de conclure un contrat sinon
 - Effet négatif : c'est pas jolii
 - On négocie dans la confiance, et ces deux clauses mettent une sale ambiance

7. Exemple de document précontractuel

- S'agissant d'une lettre se référant à une réunion entre deux parties
 - Dans l'esprit de l'envoyeur : il est intéressé et veut juste commencer les négociations
 - Quid si le destinataire dit qu'un contrat est conclu, alors que le but était de faire un document précontractuel ?
- L'envoyeur
 - Peut dire que c'était une lettre d'intention
 - Un accord cadre de négociation
 - Présences d'accords, par exemple l'exclusivité des négociations
 - Si une clause n'est pas respectée
 - Responsabilité mais de quels dommages ?
 - Dur à prouver mais faisable en cas de grands enjeux
 - Vu qu'il reste des points à négocier, peut dire que c'est un MOU
- Le destinataire
 - Peut dire que vu qu'il y a un accord sur l'objet, le prix et sur des éléments annexes comme le first refusal ;
 - First refusal : droit de préemption qui dit que si la partie veut vendre ses actions elle propose en premier à l'autre actionnaire
 - Donc Prix + objet du contrat = juridiquement un contrat
 - Le reste est secondaire et le juge complètera (2 CO)
- Résultat
 - Si l'envoyeur a raison
 - C'est un accord formalisé mais pas conclu
 - Si le destinataire a raison
 - Si l'envoyeur n'exécute pas, il payera des DI correspondant à la perte si les actions ne sont pas rachetées au prix convenu
- Solution
 - L'envoyeur aurait dû (alt)
 - Dire « tant qu'on a pas réglé ci ou ça je ne suis pas engagé
 - Subject to contrat
 - Réserve de forme
 - Principe Unidroit : art. 2.1.13

- **« Conclusion of contract dependant on agreement on specific matters or in a particular form
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”**

2. COMPLEXES DE CONTRATS, DESIGNATION DES PARTIES, PREAMBULE

0. Généralités

- Principe de la relativité des contrats
 - Chaque contrat est un document à part face au reste du monde
 - Un contrat n'a aucun lien avec un autre contrat si ce ne sont pas les mêmes parties, donc personne ne peut faire valoir des droits s'il ne fait pas partie du contrat
- Mais ; souvent les contrats sont interconnectés
 - Il y a deux situations
 - Contrats complexes
 - Un accord global, constitué de plusieurs contrats
 - Complexes de contrats ou chaîne de contrats
 - Contrats de sous-traitance

1. Contrats complexes

- Exemple
 - A vend une machine à B (contrat de vente) et s'engage aussi à assurer sa maintenance (contrat de service)
- Problématique
 - Election de droit ?
 - Dans un des contrats, vaut aussi pour l'autre ?
 - Résiliation du contrat ?
 - Vaut aussi pour l'autre ?
 - Refus d'exécuter un des deux si l'autre n'a pas été effectué ?
 - Si un seul contrat
 - Oui ; exception d'exécution. Si une prestation n'est pas effectuée, la contre prestation non plus (82 CO)
 - Si deux contrats
 - Non
- Comment déterminer si un contrat ou plusieurs ?
 - La volonté des parties doit être exprimée clairement
 - Quant à l'indépendance entre les contrats
 - Encore plus précisément, quant à la question de la résiliation
 - Possible de dissocier les contrats mais de les joindre quant à la résiliation !
 - Liberté quasi illimitée, sous réserve de l'abus de droit
 - Si on met la **clause d'indépendance des contrats**, que le prix n'est pas payé, le vendeur dira qu'il ne vient pas faire la maintenance. L'acheteur dira « si

vous venez pas je demande des DI pour non-exécution et je les déduits du prix de la machine »

- C'est de l'abus de droit !
- Mais ; ils ont accepté le contrat comme ça ; il faut être conscient des conséquences de cette clause.

2. Complexes de contrats ou chaînes de contrats

- Exemple

- Contrat d'entreprise général avec un client (maître d'ouvrage) et l'entrepreneur général. Généralement, l'entrepreneur n'effectue pas lui-même le contrat et passe des contrats avec des sous-traitants
 - Juridiquement, chaque relation juridique est distincte des relations juridiques inférieures
 - Le MO n'a aucun droit à l'égard des sous-traitants à cause de la relativité des contrats

- Problématiques

- Quid si le contrat de base est résilié ?
 - Les contrats ne sont pas résiliés ipso jure
 - Il faut établir une clause contractuelle pour lier le sort des contrats
 - **Clause de coordination des entrées en vigueur et résiliation**
 - *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*
 - La durée de garantie des différents contrats pose aussi un problème de coordination
 - Solution (alt)
 - Rallonger le délai de garantie de la sous-traitance
 - Dire que les sous-traitant ont une garantie de 2 ans à partir de la livraison finale
 - Exemple de **clause de coordination des acceptations**
 - *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 of the thereof by the Architect*

3. Clauses « Pay when paid » et “pay if paid”

- Coordination des paiements

- Ils n'interviennent pas tous en même temps ; comment organiser ?
 - Juridiquement, tous les paiements sont isolés
 - Ex : **Clause d'indépendance des paiements**

- *Contractor's obligation to pay Subcontractor when payments are due is independent of Contractor receiving payment from Owner*
- Solution contractuelle: clauses qui renversent ce principe
 - **Clause pay when paid** : l'entrepreneur paye lorsqu'il a été payé par le maître d'ouvrage
 - *Upon receipt of payment from the Owner, Contractor will pay the Subcontractor without unreasonable delay*
 - Si le maître d'ouvrage ne paye pas et que la clause n'est pas claire, c'est une clause pay when paid
 - Clause pay if paid
 - Beaucoup utilisé en contrats américain ; la JP américaine dit qu'elles ne sont pas valables en droit américain en se basant sur l'hypothèque légale de l'artisan (mechanic lien)
 - En droit suisse comme américain, c'est une disposition impérative
 - *Receipt of payment from the Owner is a condition precedent to payment to Subcontractor and payment to Subcontractor will only be made after the Contractor is paid by Owner*

4. **La Clause de jonction / "Flow through clause"**

- Si il y a trop de coordination, c'est peut être mieux de faire un pont entre les contrats plutôt que juste des clauses : c'est le taf des clauses de Flow Through
- 2 façons de les voir
 - Dans le contrat principal
 - On met une clause de Prime contract flow through clause
 - Celui qui utilise des sous-traitants fera en sorte que les contrats avec ses sous-traitants soient similaires avec le contrat principal
 - Dans le contrat de sous-traitance
 - On met une clause de subcontract flow through clause
 - On prévoit que le contrat principal s'applique
 - *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 the subcontract with the same force and effect as though set forth in full*
- Problèmes
 - Si les ST doivent appliquer le contrat principal, ils doivent y avoir accès
 - Il faut qu'ils soient informés des modifications du contrat principal
 - Pour les clauses procédurales (élection de clause, clause compromissoire...) il y a une divergence en doctrine
 - Il faut pour résoudre ça que l'on exclut ou intègre expressément les clauses de litiges dans les flow through clause
 - En cas de clause pénale dans le contrat principal, le ST doit-il payer la clause pénale ?
 - A priori oui ; mais peut être disproportionné car le CA des ST est bien moins important que les cas du contrat principal

5. La désignation des parties

- Il faut plus que juste dire qui est partie au contrat
 - Il faut savoir qui sera le défendeur ou le débiteur dans les cas d'action intenté ou de poursuite

- Les parties doivent être un sujet de droit (PP ou PM)
 - Il faut donner les infos permettant de les retrouver
 - Pour les PM : il faut que ce soit signifié qu'une personne signataire représente la PM
 - La personne doit être juridiquement individualisé
 - Pas une marque ou une famille

- Les contrats peuvent prévoir des parties multiples
 - Ex : un contrat cadre entre le fournisseur et l'acquéreur de produit
 - L'acquéreur dit qu'il est un groupe de société et veut que toutes les sociétés du groupe bénéficient du contrat cadre
 - On met une **clause de purchaser ou parties multiples**
 - *Purchaser means one or more of the following companies: X SA, X Deutschland GmbH, X España SA and any other Subsidiary of X SA*
 - *The provisions of this Contract shall apply to all Orders placed by the Purchaser upon the Supplier*
 - Difficultés de cette clause
 - La solidarité passive
 - Qui est responsable du paiement du prix ? Il faut le préciser. Souvent, on fait en sorte qu'il n'y a pas de solidarité : pas favorable au vendeur
 - Le compromis entre les deux est de désigner un principal purchaser et un ordoring purchaser et on met une clause de solidarité entre les 2
 - Ça donne une garantie au vendeur
 - Exemple
 - *The Principal Purchaser and the Ordering Purchaser, to the exclusion of any other company referred to as Purchaser in this Agreement, shall be jointly and severally liable for the payment of the Purchase Price in relation to an Order*
 - La solidarité active
 - Est-ce que n'importe quelle société peut résilier ? même solution qu'au-dessus

- *In case of several Purchasers, and for the sake of clarification, mention of the “Purchaser’s” right to terminate herein shall designate the Principal Purchaser as far as the Contract termination is concerned, and the Purchaser having placed an Order as far as the termination of such Order is concerned*
 - Ces clauses facilitent la clarification des relations entre les parties
- En cas de pluralité d’acheteur
 - Il faut aussi faire gaffe à la problématique des plafonds de responsabilité
 - Est-ce que c’est par acheter ou en entier ?
 - Aussi faire gaffe à comment les filiales sont liées au contrat cadre
 - Est-ce que toutes les sociétés doivent se présenter en personne ?
 - Solution : dire que chaque fois qu’un des Purchasers veut placer un ordre, il doit utiliser un formulaire préétabli pour cet ordre
- En cas de parties différenciées (ex : si y a une garantie) et qu’on veut faire un contrat, il faut faire attention à qui signe quoi
 - Il peut y avoir des **clauses de parties différenciées**
 - *“X being a Party to this Agreement for the exclusive purpose of articles 4,5 and 7 b hereof “*
 - C’est une façon d’organiser un contrat avec des parties nombreuses
 - Une pratique a mis à mal ces clauses : **les clauses de nommables**
 - Clause disant qu’au dernier moment, une des parties pourrait dire quelle personne, quel tiers pourrait être inscrit comme proprio au RC en matière immobilière ou dans un registre quelconque en matière de PI
 - Ex : *Within 30 days as from execution of this agreement, buyer shall communicate to Seller the identify of the party to be registered as owner of the Trademark*
 - Danger de ces clauses: Pose un problème d’identification; il faut les différencier des clauses de substitution d’exécutant
 - Si on dit simplement « on vous dira qui va exécuter l’obligation » : clause de sous-traitant
 - Il faut aussi faire la diff avec les stipulations pour autrui
 - Si on désigne un tiers comme le bénéficiaire, mais qu’il n’acquière pas de droit et qu’il n’est pas inscrit dans un registre, ce n’est pas une clause de nommable

- Il faut aussi regarder si la désignation du nommable implique aussi que des obligations lui soient imputées
 - Dépend de ce que veulent les parties ; possible de prévoir les deux
- Usages par rapport à la formulation de la désignation des parties
 - Classiquement en droit civil
 - Une désignation de la partie A et de la partie B, puis ensuite on indique ci-après les parties
 - Dans les contrats anglo-saxon
 - This Gas Sales Agreement is made and entered into effective for all purpose as of ... by and between ... a corporation ... and the other party

6. Le préambule

- Généralités
 - Explique pourquoi les parties ont fait ce contrat
 - N'est pas contractuel
 - Sert à décrire le contexte amenant les parties à vouloir conclure ce contrat
 - Les qualités particulières d'une partie et de l'autre
 - Le projet général
 - Puis on se met d'accord sur ce qui est convenu
- Importance
 - Interprétation des parties
 - Etablissement de la volonté ou du consentement des parties
 - Permet de montrer que des choses dites dans le préambule se sont trouvées inexactes : dol
 - Dans le cadre de la CVIM
 - Permet d'établir ce qu'est l'expectative des parties
 - Peut servir de référencement dans les cas où il n'y a pas assez de termes à définir pour faire une clause de définition
- Exemple de préambule
 - 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

3. L'ACCORD DE BASE, LES GARANTIES

1. Introduction

- Les premières dispositions du contrat règlent généralement l'accord des parties
 - On se met d'accord, dans le respect de la loi, sur les points essentiels du contrat

2. Le contrat de vente : le transfert des risques les délais, le défaut de la chose / l'aliud

- L'accord de base est souvent décrit par le renvoi à des annexes pour autant que celles-ci soient intégrées au contrat
 - Ex de clause d'intégration des Annexes :
 - *The Annexes, Schedules and Exhibits to this Agreement shall form an integral part thereof*
- Le type de contrat a aussi une influence sur les clauses qui figurent dedans
- Contrat de vente (ou autre aliénation)
 - Clause de transfert des risques
 - Liberté contractuelle
 - Clause de transfert des risques
 - Possible d'introduire une clause d'incoterms
 - Ex de clause introduisant les incoterms
 - *Deliveries shall be made in accordance with incoterm FOB by sea (incoterm 2010), at the nearest international seaport of the Vendor*
 - À défaut: 185
 - La question des délais
 - Liberté contractuelle
 - Fixer les délais et les effets du non respect des délais
 - Clause de « time is of essence »
 - En cas de non-respect du délai : cas d'inexécution et non de retard
 - Permet un système très strict, mais pas chouette pour l'autre partie
 - Ex : *For the purpose of this agreement, time is of the essence*
 - À défaut : règles de droit suisse
 - Intérêts moratoire (104)
 - Demeure (102+107)
 - Le défaut de la chose / l'aliud
 - Si défaut de la chose
 - Liberté contractuelle
 - À défaut : 197ss
 - Si aliud (livraison d'autre chose)
 - Liberté contractuelle
 - À Défaut : règles sur l'inexécution
 - Distinction entre aliud et défaut de la chose
 - Chose de genre -> peut être difficile de faire la distinction entre
 - Les éléments de description du genre
 - Les éléments par lesquels les parties ont déterminés l'objet du contrat
 - Les qualités promises
 - Si non réalisées : défaut
 - TF : si chose déterminée par son genre et qu'il manque un des éléments de description, c'est un aliud

- Tf, 1^{ère} cour civile, SJ 2004 I p. 353-358
 - Absence d'un élément présent dans la description détaillée de l'objet du contrat
 - Aliud
 - Référence à une chose de genre sans spécification particulière et objet d'une qualité inférieure à la moyenne (71 2)
 - Défaut
- **Clauses « d'anti-aliud »**
 - But
 - Faire en sorte que tous les éléments de description présents dans le contrat soient des éléments relevant des garanties promises et non pas de la description de la chose
 - Dès qu'il y a une description de la chose dans le contrat, c'est une qualité promise
 - Ce n'est plus une description de la chose
 - Ex
 - *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*

3. Le contrat de services

- L'essentiel : la description du service
 - Liberté contractuelle, mais 3 problématiques
 - Le pouvoir de représentation
 - Question du pouvoir de représentation du prestataire de service
 - Si contrat de mandat ; généralement pouvoir de représentation
 - **Clause d'indépendance et de non-représentation**
 - Permet d'enlever le pouvoir de représentation
 - *Ex : 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.*
 - La requalification du contrat en contrat de travail
 - Possible que le J requalifie le contrat en contrat de travail
 - Différence entre prestataire de service et l'employé : l'autonomie hiérarchique qu'a le prestataire de service
 - **Clause d'exclusion de partnership**
 - Permet d'empêcher une telle requalification
 - Mais ça ne suffit pas, le juge peut le faire quand même
 - Est surtout utile pour établir la volonté des parties
 - *Ex: 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 the agent of the other parties

- La requalification du contrat en contrat de société
 - Même chose que le pont précédent
- L'obligation de diligence, la **clause de « best effort »**
 - Clause dangereuse si elle se retrouve en droit suisse
 - En droit a-s, y a une gradation de la diligence requise
 - Le plus haut degré est instauré par une clause de best-effort
 - Ex : *This is a « best efforts” agreement on the part of X and Y to market such product in a manner that seems appropriate*
 - En droit Suisse (et droit civil)
 - Y a pas de gradation donc elle peut poser problème
 - Aussi autre problème : si dans le contrat il y a une obligation de résultat, il y a plus qu'une obligation de diligence
 - Si clause de best-effort dans un contrat avec obligation de résultat
 - Le client peut se trouver lésé, car il croyait avoir mis le plus haut degré de diligence
 - Or, ce degré est plus bas que ce que propose la loi
 - Le juge interprétera le contrat pour trouver la solution
 - Ces clauses dont donc peu appropriées en contrat de droit suisse

4. Les contrats de garantie et contrats de société

- 2 catégories de garanties
 - Les contrats de garanties réelles
 - On touche les droits réels avec toutes ses conditions
 - Les contrats de garanties personnelles
 - Soumises à la liberté contractuelle
 - Entre autres : cautionnement (contrat formel)
 - Forme authentique
 - Question : jusqu'où va la garantie du garant
 - Alt
 - Uniquement obligation de payer lorsque le D principal aurait dû payer
 - Garantie dépendante : le garant paye que si le paiement est dû
 - Le garant peut invoquer les exceptions / objections du D principal
 - Obligation de payer quels que soient les motifs pour lesquels le D principal ne paye pas
 - Garantie abstraite : le garant paye quoi qu'il arrive
 - Savoir le type de garantie : interprétation du contrat
 - **Exemple de clause de dépendance**
 - *The Garantor shall have the right to assert against the Beneficiary all of the claims, offsets and defences that the Purchaser may have against the Beneficiary*
 - **Garantie « on first demand »**
 - Cautionnement abstrait

- Contrats de société
 - Les parties sont liées pour former une nouvelle société par un contrat de SS, d'actionnaire ou de joint-venture
 - Question : quid si une partie veut sortir de la société ?
 - **Clauses de préemption pour un cocontractant**
 - Règlements la sortie des cocontractants
 - Surtout utile en cas de vente d'action ; on peut ne pas vouloir qu'un asso vende à n'importe qui
 - N'est pas un droit absolu
 - Il faut payer, mais permet un certain contrôle
 - En droit Suisse : pas de réglementation sur les droits de préemption mobilier
 - Donc liberté contractuelle
 - Exemple
 - *if any of the Shareholders wishes to sell, transfer or otherwise dispose of any or all of his/her Shares (such party being called the "Seller"), the other Shareholders (the Offerees") shall have a prior right to buy such Shares (the "Offered Shares")*
 - Difficulté : la sanction
 - Quid si un cocontractant ne respecte pas la cause ?
 - Inexécution du contrat
 - Problème : les autres cocontractants n'ont pas vraiment subi de dommage, donc pas de sanction
 - On peut instaurer une clause pénale (160)
 - Clause pénale ?
 - N'empêche pas de vendre à un tiers mais instaure une « amende »
 - Possibilité de prévoir un contrat séparé du contrat principal
 - **Escrow agreement / contrat de dépôt séquestre**
 - Prévoit que lors de la vente d'une action, il faut passer devant un tiers qui vérifiera si les conditions établies par les actionnaires sont remplies
 - Clauses de Tag along et drag along
 - **Tag along**
 - Si un asso veut vendre, il doit faire dans son offre une offre globale de la vente de la totalité des actions de la société
 - Si A veut vendre à D, il devra aussi offrir à D d'acheter les actions de B et C ; si ces derniers le veulent, les actions doivent être comprises dans le paquet
 - But : ne pas laisser les autres cocontractants tout seul
 - **Drag along**
 - Si A veut vendre. Il peut forcer B et C à vendre leurs parts
 - But : donner le contrôle total de la société à l'acquéreur

5. Droits des tiers sur la base du contrat (stipulation pour autrui)

- Stipulation pour autrui
 - o En principe : le bénéficiaire est le cocontractant
 - Expression du principe de relativité des contrats
 - o Exception : **clause de stipulation pour autrui (112 CO)**
 - Permet de prévoir que le bénéficiaire du contrat n'est pas le cocontractant mais un tiers

- Problème d'interprétation dans ces cas
 - o Deux possibilités
 - Stipulation pour autrui parfaite
 - Le bénéficiaire a des droits découlant du contrat
 - Stipulation pour autrui imparfaite
 - Le bénéficiaire n'a pas de droit
 - o Comment savoir ?
 - Parfois, la nature du contrat implique une stipulation parfaite
 - Ex : les contrats d'assurances vie
 - Sinon, il faut le prévoir dans **une clause de stipulation pour autrui**
 - Ex : *The Parties agree that the Final consumer shall have the right to enforce as a third party beneficiary this Agreement against the Importer with regard to the Products.*
 - Aussi possible **d'exclure la stipulation pour autrui**
 - Ex : *The parties to the Contract do not intend that any term of the Contract shall be enforceable by any person that is not a party to it*

- Attention en cas de transport international
 - o Les conventions internationales (impératives) prévoient à quel moment la stipulation pour autrui est parfaite ou non
 - o Pas totalement exclu qu'un tiers assume des obligations en vertu d'un contrat qu'il n'a pas signé

6. L'obligation financière

- Selon le contrat, la contrepartie financière peut être un critère de qualification
 - o Contrat de vente
 - Le prix est un élément essentiel du contrat
 - o Contrat d'entreprise
 - Un devis suffit
- Quid de l'obligation financière en cas de litige ?
 - o Clause de paiement en cas de litige (estimation ou forfait)
 - Peut prévoir que le prix devra être payé ou la prestation financière devra être faite, en tout cas pour la partie du contrat qui ne fait pas l'objet du litige
 - Exemples
 - *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.*
 - *The parties shall, without delay, continue to perform their respective obligations under this Agreement, which are not affected by the dispute.*

7. Les conditions contractuelles

- Les obligations des parties peuvent être conditionnelles (alt)
 - o Matérielles
 - Liées à un évènement extérieur
 - Exemples
 - Une autorisation d'importation et d'exportation est délivrée
 - Le contrat prendra fin si une des deux parties fait l'objet d'une déclaration de faillite ou d'une procédure concordataire
 - Deux types
 - **Condition suspensive (151) (condition precedent)**
 - o L'EV du contrat dépend d'un évènement incertain
 - o Ex : *The entry into force of this Agreement is subject to the condition precedent of the issuance of a valid export licence by ...*
 - **Condition résolutoire (154) (condition subsequent)**
 - o La fin du contrat dépend d'un évènement incertain
 - o Ex : *This agreement shall be terminated with immediate effect in case of the Export licence is not renewed*
 - o Problème: effet rétroactif ?
 - Présomption de non-effet rétroactif (174 2)
 - Réfragable par une clause
 - En anglais
 - Termination : pas d'effet rétroactif
 - Cancellation : effet rétroactif
 - o Souvent ces conditions sont liées à l'insolvabilité d'une partie
 - Le droit de la faillite est du droit public et impératif
 - Pas possible de prévoir que le C ira rechercher des biens qui entrerait dans la masse en faillite
 - Pour les deux : il faut prévoir les cas dans lesquels une des parties empêche la survenance d'une condition
 - o Limite (156) : règles de la bonne foi
 - La condition est considérée remplie
 - o Même règle dans les principes unidroit
 - 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.
- **Condition potestative**

- Le contrat entre en vigueur si je veux
- Valable (liberté des parties)
- 156 reste applicable dans une certaine mesure (TF)
- Ex : *The entry into force of this Agreement is subject to the condition precedent of the discretionary approval thereof by the board of company A*
- Procédurales
 - Dans le cadre de la conclusion du contrat, les parties s'obligent à toute une série de démarches pour que le contrat entre en vigueur
 - Souvent, en cas de fusion ou d'acquisition d'entreprise
 - Distinction
 - Signing
 - Moment où on signe
 - Closing
 - Moment où on transfère les actions
 - La distinction peut se faire aussi dans un contrat autre
 - Application de 156 (JP)
 - Exemple de **clause signing and closing**
 - Signing.
 - *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 [___].*

8. Les garanties contractuelles

- Très fréquentes, il faut y être attentif
- Garanties contractuelles
 - ≠ garanties réelles ou personnelles
 - En cas de doute, regarder en anglais
 - Warranties ou représentations
 - Garanties contractuelles
 - Certify ou garantie
 - Garanties personnelles
 - Est une description de l'obligation d'une des parties
 - Ex : le vendeur garanti que l'objet vendu est de bonne qualité
- Objet
 - Qualité de n'importe quoi
 - Qualité, formation...
- Sanctions
 - Liberté contractuelle
 - À défaut : 197ss
 - Moyens de droit existent en droit CH
 - Pas de droit à la réparation en droit CH
 - Mais existe dans la CVIM (46)
 - Possible de prévoir un **droit à la réparation est ses modalités**

- Ex : conséquences de la garantie
 - *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. If any Goods do not conform to that warranty the Seller will at Buyer's option:*
 - replace the Goods found not to conform to the warranty and such replacements shall be supplied subject to these Conditions; or
 - take such steps as the Seller deems necessary to bring the Goods into a state where they are free from such defects; or
 - take back the Goods found
- Durée de la garantie
 - = Délai de prescription de l'action
 - Plus possible d'invoquer la garantie si un défaut apparaît après le délai
 - Prévu par la loi mais mieux de le prévoir dans le contrat
 - Attention : règles de protection des consommateurs
 - Minimum 2 ans
 - Dies a quo de la garantie
 - Il faut le prévoir dans le contrat
- Modalité de l'exercice de la garantie
 - Le moment de l'avis des défauts et/ou son obligation
 - 201 CO et 39 CVIM (non impératif)
 - Exemple de **Clause d'avis des défauts**
 - *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*
 - Possible **clauses de conditions matérielles de la garantie**
 - Instaurent des conditions à la possibilité d'invoquer le défaut
 - Exemples
 - *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.*
 - *The foregoing warranty is conditional upon the Buyer not altering or attempting to repair the Goods without the written consent of the Seller*
- Quid si la réparation du fait d'une garantie ne fonctionne pas, ou si l'objet est à nouveau défectueux ?
 - Rien de clair, il faut prévoir une **clause de garantie de la garantie**
 - *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*

4. LES CLAUSES RELATIVES A LA RESPONSABILITE

1. Introduction, la limitation de la responsabilité et le droit impératif

- Quid si on ne respecte pas le contrat ?
 - o Responsabilité en droit suisse : 97ss

- Possibilité de la moduler par une clause contractuelle
 - o Limiter la responsabilité
 - Prévoir un plafond de responsabilité
 - o Conditionner
 - Exclure la responsabilité en cas de force majeure
 - o Forfaitiser
 - Prévoir à l'avance les DI pour non-exécution du contrat
 - o Aggraver
 - Pénalité en cas de violation du contrat (clause pénale)

- Pas possible de se déresponsabiliser totalement (faute directe grave ou intentionnelle)
 - o Mais, possible de s'exonérer pour les fautes des auxiliaires (100-101)
 - Exception (JP)
 - Les chemins de fer
 - Les banques
 - o La règle de 100 existe aussi dans les principes d'unidroit

- En droit CH, possible de faire une **clause d'exclusion de responsabilité**
 - o Répète juste la loi
 - o Exemple
 - *Except for fraud or wilful misconduct, ... shall not be liable to ...*
 - o Possible d'avoir une clause qui va à l'encontre des règles impératives si on sait qu'elle ne s'appliquera pas dans certains cas
 - Clause limitant la responsabilité sans réserve, dans la mesure où les parties, en tout cas celui qui bénéficie de la limitation, est informé, au moment de la conclusion du contrat, que ça ne s'appliquera pas forcément, notamment en cas de faute grave
 - o Possible de faire une clause qui permet que la petite entorse précédente ne polluera pas l'ensemble du contrat
 - Clause de divisibilité
 - o Possible de faire une clause floue, souvent quand on ne connaît pas l'ordre juridique dans lequel s'appliquera le contrat
 - Ex : *to the extent admitted by the applicable law... shall not be liable to ...*

- Attention
 - o Aux normes impératives (8 LCD)
 - o Aux directives européennes (ex : voyage à forfait)
 - o Au droit de la personnalité (27 CC)
 - Surtout si le contrat implique une intervention sur le corps humain

- Il faut un consentement éclairé pour être valable

Rappel : Possibilités d'exonération en droit suisse

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

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

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

2. La clause de limitation de responsabilité (=/= exclusion)

- Possibilités pour limiter la responsabilité
 - Exclure un poste du dommage
 - Exemple de **clause excluant certains postes du dommage**
 - *The Seller shall not be liable to the Buyer under or in connection with the Contract for any indirect or consequential damages.*
 - Est valable en droit suisse sauf en cas de faute grave
 - Notions
 - Dommage indirect (indirect damage)
 - Résulte de la violation du contrat + d'autres causes (208 CO)
 - Dommage consécutif (consequential damage)
 - Violation du contrat conduit à un dommage qui conduit lui-même à d'autres dommages
 - Dommage direct
 - Une violation entraînant directement un dommage
 - Mais, c'est du droit (définitions) anglo-saxon
 - Si on est soumis au droit Suisse, on a une contradiction
 - Solution
 - Avoir une clause de définition des consequential damages and indirect damages
 - Permet au J de savoir de quoi on parle et donc pas besoin de savoir si on applique le droit CH ou prendre le sens des clauses en droit anglais
 - Plafonner le dommage
 - Exemple de **clause plafonnant le dommage**

- Possible : panneau devant le chantier niant tout accident
 - C'est une déclaration contractuelle d'exclusion de la responsabilité extracontractuelle
 - Possible dans les contrats ; dans ce cas le lésé ne peut le contourner
- Faire croquer les tiers les limitations et exclusions de responsabilité ?
 - Possible via la stipulation pour autrui (portée négative)
 - **Clause d'extension à des tiers**
 - *Neither seller nor its suppliers will be liable to Purchaser, wether in contract or in tort, for [...]*

3. La clause d'indemnité ou hold harmless agreement (HHA)

- Contexte
 - Contrat entre A et B. C est lésé. Si C se retourne contre B, B peut se retourner contre A ?
 - En droit Suisse on a l'éviction qui est semblable
 - Exemple de HHA
 - *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.*
- Pas indispensables en droit suisse
 - Les tiers font partie du dommage
 - Mais : le mettre dans le contrat permet de prévoir la procédure
 - Prévoir la notification du procès entre B et C à A
 - HHA, **Notification du claim clauses**
 - *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.*
 - Permet à A d'intervenir dans le procès B vs C
 - C'est une condition suspensive au droit de B
 - Si B ne notifie pas A, il perd son droit à l'indemnité
 - Quid des frais d'avocat
 - Si B gagne contre C, peut-il se retourner contre A pour les frais d'avocat ?
 - **HHA, Frais d'avocat**
 - *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.*
 - C peut-il passer une procédure à l'amiable avec B? A doit-il payer les montants de cet accord ?
 - Exemple
 - *The User shall be entitled, in its reasonable discretion, to settle claims prior to suit or judgment, and in such event Supplier shall*

indemnify reasonable attorney's fees incurred resulting from such claim.

- Pas optimale, ne donne pas de droit de regard à A

4. La clause de force majeure et la clause de hardship

- Généralités
 - CVIM 79 : « empêchement » au lieu de « force majeure »
 - Doctrine : Applicable aussi au Harsdhip
 - Contrat : faire 2 clauses
 - Une pour la force majeure et une pour le hardship
- Force majeure
 - Sékoi
 - Le contrat devient impossible du fait d'un évènement extérieur postérieur à la conclusion du contrat
 - Donc ?
 - Exonération de responsabilité, inexécution du contrat
 - Exemples **clause de force majeure**
 - *The Supplier is not liable for any failure to perform due to Force majeure*
 - *Contractor shall not be liable for any delay due to circumstances beyond its control including strikes, casualty or general unavailability of materials*
 - Utilité des clauses?
 - En droit
 - Civil et CH, les responsabilités sont des responsabilités pour faute (97)
 - Force majeure : 119 CO et 7.1.7 unidroit
 - Anglo-saxon, déjà plus utile parce que c'est de la responsabilité causale
 - Permettent de définir la force majeure
 - Droit a-s : faire une check-list de ce qui est une force majeure
 - Problème : il faut est exhaustif et c'est dur de prévoir l'imprévisible
 - En droit CH : faire une disposition générale et abstraite
 - Problème : laisse de la place pour argumenter sur l'interprétation de cette règle si litige
 - Solution : marier les 2
 - Faire une **règle générale et abstraite + une check-list non exhaustive**
 - Exemple : *"Force Majeure Event" means circumstances beyond the reasonable control of the Seller including, without limitation, acts of God, governmental actions, war or national emergency, acts of terrorism, protests, riot, civil commotion, fire, explosion, flood, epidemic, lock-outs, strikes or other labour disputes (whether or not relating to either party's workforce), accidents, plant breakdown, restraints or delays affecting carriers or inability or delay in obtaining supplies of adequate or suitable materials,*

and seizure or other action by or compliance with an order of an apparently competent authority.

- Permettent de dire ce qu'il se passe dans ce cas : le contrat continue ou pas ?
 - **Clause prévoyant un délai pendant lequel le contrat continue**
 - Ex : *When the circumstances of Force majeure persist beyond any reasonable extension of time and upon notice, either party may end the agreement clausula rebuc sic stantibus*
- Hardship
 - Sékoi
 - Le contrat devient disproportionné ou trop onéreux pour une des parties du fait d'un changement de circonstance postérieur à la conclusion du contrat
 - Donc ?
 - Adaptation du contrat
 - En droit CH : théorie de l'imprévision
 - Clausula rebuc sic stantibus, toujours rejetée par la JP
 - Donc en pratique, le principe c'est que chacun supporte l'évolution des risques de l'évolution des circonstances
 - Donc il faut prévoir une clause qui détermine ce qu'il se passe en cas de hardship
 - **Ex. clause de Hardship générale**
 - *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*
 - Ex: les MAC (Material Adverse Change)
 - Spécifiquement dans les contrats d'acquisition d'entreprises
 - Situation : la valeur de l'entreprise baisse entre la date du signing et la date du transfert des actions
 - Permet de prévoir l'adaptation du contrat
 - On peut prévoir une indexation si possible
 - Tue l'imprévisibilité
 - On peut prévoir une négociation de bonne foi
 - Complicé en pratique ; on se remet à un expert/arbitre qui va adapter le contrat
 - La clause de hardship n'a pas lieu dans les contrats à portée plus spéculative

5. La clause pénale

- Concept
 - Rien à voir avec le droit pénal
 - Est toujours réductible par le juge
 - But
 - Aggraver la responsabilité en faisant payer (alt)
 - En plus des DI

- À la place d'un certain montant
 - Question : les parties voulaient-ils (alt)
 - Déroger aux règles de la responsabilité contractuelle ?
 - 97 CO (Cum)
 - Violation du contrat
 - Dommage
 - Lien de causalité
 - Faute présumée
 - Clause pénale : On souhaite s'arrêter à la violation du contrat
 - Chiffrer le dommage ?
 - Il faut être précis dans la rédaction de ces clauses
 - Exemples
 - **Clause pénale**
 - *En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de ...*
 - **Fixation forfaitaire du dommage**
 - *Il est convenu que la violation du contrat causera à y un dommage de*
 - Catégories de clause pénale
 - Généralité
 - Dépendent de la relation qu'on veut instaurer entre le droit à l'exécution et le droit au paiement de la clause pénale
 - Possible de prévoir le droit à l'un OU l'autre
 - Qui choisit
 - Le créancier ; on lui donne un moyen de droit supplémentaire
 - **C'est une clause pénale alternative (160 1)**
 - Exemple : *En cas de violation du contrat, Y pourra demander à X un montant de ... au titre de clause pénale, tout autre moyen de droit étant réservé*
 - Le débiteur ; on lui donne un droit de sortie
 - **C'est une clause pénale exclusive (160 3)**
 - Exemple : *En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de À l'exclusion de tout autre moyen de droit*
 - Possible de prévoir qu'on a le droit à l'un ET l'autre
 - **Clause pénale cumulative (160 2)**
 - Droit à l'exécution + à la clause pénale
 - C'est une pénalité de retard
 - Exemple
 - *En cas de retard, X devra payer à Y un montant de ... par jour de retard*
- Le dommage
 - Relation entre la CP et le dommage
 - 2 solutions
 - Dommage < CP
 - Conflit de règles impératives concernant le conflit entre
 - Principe compensatoire de la responsabilité

- Principe de la liberté contractuelle
- Solution : Si CP est excessivement supérieur au dommage, le J peut la réduire (163 3 CO et 7.4.13 unidroit)
 - But : réduire à un montant non excessif
 - \neq ramener le montant de la clause pénale au dommage
- Dommage > CP
 - Pas chouettos pour le lésé
 - Possible de demander le surplus ?
 - Dans les règles sur la responsabilité, il devrait pouvoir le demander sous forme de DI (97 ; 161 2 aussi)
 - Mais ici, ça devient de la responsabilité
 - Donc ; la possibilité de demander un montant > clause pénale se fait sous réserve d'un plafonnement / exclusion par les parties
 - Exemple : **clause de plafonnement du montant supérieur à la clause pénal**
 - *En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de ..., à l'exclusion de tout dommage supplémentaire »*
 - Attention : exclusion dans les limites de 100 et 101
 - C'est contractuel ; la faute grave et le dol ne peuvent pas être exclus
- La force majeure
 - Rapport entre la CP et la force majeure
 - La CP est-elle due en cas d'inexécution pour cause de force majeure ?
 - Selon 163 2 : en principe, non
 - Mais, possible de prévoir une clause qui ferait payer la CP dans tous les cas
 - Exemple de clause pénale avec exclusion de 163 2 (force majeure)
 - *En cas d'inexécution du contrat, peu importe le motif, X paiera à Y un montant de ...*

5. PROPRIETE ET DUREE DU CONTRAT

1. Clauses de propriété

- Concept
 - Propriété peut être
 - Immobilière
 - En CH, on a le RF, donc pas de problème
 - Mobilière
 - Peu de titre
 - Tout est basé sur les situations effectives, présomptions de possession etc
 - Utilité des clauses de transfert de propriété
 - C'est du droit réel ; un droit opposable à tout tiers.

- Le contrat ne suffit pas pour régler la situation
- Les règles diffèrent selon l'ordre juridique et le pays
 - France : le contrat suffit à transférer la propriété
 - Allemagne : le transfert de possession compte. Une fois complété, le transfert de propriété a lieu
 - Système abstrait
 - Suisse : système mix entre les deux (714 CC)
 - Deux conditions nécessaires au transfert de propriété :
 - Cause (contrat)
 - Acte de disposition (transfert de possession)
- Dans la pratique, en Suisse
 - Les deux conditions peuvent être remplies sans qu'on veuille transférer la propriété. Ça ne suffit donc pas
 - Exemple : contrat de bail, de prêt, de services ou location
 - Il faut que (cum)
 - Le contrat exprime clairement la volonté de transférer la propriété
 - Le vendeur doit avoir la volonté de transférer
 - Le fait que les parties soient d'accord sur la vente implique cette volonté
 - Contrats nommés
 - C'est facile
 - Contrats innomés
 - Plus compliqué, la qualification du contrat peut être ambiguë
- Donc :
 - Clause qui dit qu'on veut (ou pas transférer la propriété)
 - **Clause de non-transfert de propriété**
 - *Any Chattel/Item supplied by the Employer to the Contractor for the performance of the Contract shall remain the property of the Employer*
 - Si on ne veut pas transférer la propriété et prévoir la façon d'utiliser la chose
 - **Clause d'utilisation de la chose**
 - « *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. »*
 - Cette clause va même plus loin : l'affectation des biens est vraiment limitée à l'exécution du contrat
 - Question de la restitution de l'objet (quand, frais de transport, quid si dommage)
 - **Clause de restitution**
 - *"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"*
 - Avec une telle clause:

- Vraie obligation contractuelle et chef de responsabilité pour l'endommagement du contrat
- Sans elle, on peut construire
 - Alt
 - Sur les règles de possession de bonne ou mauvaise foi (938 CC)
 - Sur la base d'une gestion d'affaires sans mandat (418ss CO)
 - Pas idéal ; règles casuistiques et compliquée
- Effet à l'égard des tiers
 - Quid si un créancier veut saisir un objet confié ? Quid si le possesseur tombe en faillite ?
 - Si le possesseur tombe en faillite, le proprio aura des problèmes à récupérer ses biens
 - On ne peut pas créer d'obligations à un tiers via un contrat
 - On ne peut que faire en sorte que la situation juridique voulue par les parties soit visible par un tiers ; ils doivent pouvoir reconnaître la volonté des parties et à qui appartiennent les biens
 - Il faut une clause pour définir la propriété des biens ou marquer les biens
 - **Clause de marquage de bien**
 - *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.*
 - Effet: les tiers ne pourront pas dire qu'ils pensaient, de bonne foi, que le bien appartenait au possesseur

2. Clause de réserve de propriété

- Concept
 - Contrat où les parties veulent transférer la propriété, mais le vendeur veut être payé
 - On veut donc mettre le paiement du prix comme condition du transfert de la propriété
 - Problème : c'est un droit réel, donc autre droit applicable que celui du contrat, et déterminé par le lieu de la chose
- En CH : clause de réserve de propriété possible (715 CC)
 - Conditions cum
 - Un acte de disposition
 - Une cause
 - Le paiement du prix
 - Condition supplémentaire à 714 CC
 - Utilité de la clause de réserve de propriété
 - Permet de se créer une garantie réelle sans dépossession du proprio
 - Le vendeur peut récupérer la chose faute de paiement
 - Les J et législateurs sont prudents ; sans transfert de possession, pas de signes visibles

- Donc la réserve de propriété doit être inscrite au registre
 - Permet de protéger les tiers de bonne foi
- Autres droits
 - En droit Allemand
 - Réserves inscrites sans aucune restriction / inscription
 - Directive Européenne sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (art. 9)
 - Prévoit que
 - Les EM prévoient, conformément aux dispositions nationales applicables en vertu du DIPrivé, que le vendeur peut conserver la propriété des biens jusqu'au paiement intégral quand une clause de réserve de propriété a été explicitement conclue entre l'acheteur et le vendeur avant la livraison des biens
 - Le RC CH est donc impraticable en matière de commerce international
 - Exemple de clause de réserve de propriété qui correspond aux exigences de l'UE
 - Title to the Goods shall pass to the Buyer upon full payment of the Goods being received by Seller
- Solutions en droit CH pour parer à la difficulté de la réserve de propriété
 - Prévoir une clause qui dit que le paiement doit intervenir avant la livraison, et que la livraison y est conditionnée
 - Clause de non-livraison en cas de facture ouverte
 - *The Seller shall be entitled to withhold delivery of any Goods if at the time delivery is to be made payment is due by the Buyer to the Seller on any account whatsoever*
 - Prévoir dans le contrat le droit unilatéral du vendeur de requérir l'inscription si c'est nécessaire ; le vendeur le fera si pas de paiement : clause de droit au vendeur de requérir l'inscription
 - « *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 consent in advance to such registration.* »
 - Application si l'acheteur fait faillite ? (JP)
 - L'inscription de ce droit après la faillite
 - Pas opposable à la masse en faillite
 - Inscription avant la faillite
 - C'est ok
 - Malgré ces deux solutions, reste le problème du DIPrivé ; le droit réel est le droit du lieu de la chose
 - Cette solution de réserve de propriété
 - Fonctionne bien en Europe (avec la Directive)
 - Fonctionne à peu près en CH
 - Problématique hors UE

3. Propriété intellectuelle

- La clause contractuelle est similaire à la clause de propriété

- Il faut indiquer clairement qui garde les droits de PI, si ils sont gardé par plusieurs parties
 - **Clause de 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.*
 - Les mêmes réserves que pour la clause de propriété doivent être apportées
 - Efficace entre les parties
 - Réserves : droit impératif des Conventions Internationales en matière de PI
 - Pas d'obligation aux tiers
- Il faut penser aux droits de PI qui vont naître du fait du contrat, en cas de collaboration entre les parties
 - Qui sera titulaire de ces droits ?
 - **Clause d'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"*

4. Clause de durée, droit impératif

- Durée du contrat et résiliation ?
 - Si contrat d'exécution instantanée
 - Question de durée pas compliquée
 - Si contrat de durée (service, entreprise, travail, bail, société)
 - La question se pose
 - En CH
 - Contrat à vie impossible (27 CC)
 - Droits éternels possibles
 - Servitude
 - Il faut prévoir la fin du contrat
 - Deux types de résiliations
 - Peut être
 - Ordinaire
 - Le contrat arrive à son terme
 - Extraordinaire
 - Le contrat fini avant son terme pour une raison ou une autre
 - Il faut intégrer les deux au contrat
 - Problème : dispositions impératives
 - Protéger les parties faibles
 - Travail, bail
 - Permettre de choisir à qui on est lié (404 CO)
 - Contrat de service : 404 permet de résilier à n'importe quel moment sans justification
 - JP : toujours possible de résilier un contrat pour juste motif

- Juste motif : toute constance de nature à rompre définitivement la confiance entre les parties
 - Peut-être objectif (facteur extérieur)
- Clauses de résiliation ordinaire
 - Il faut prévoir la fin du contrat
 - Contrat à durée déterminée
 - Une clause expresse parle de la fin du contrat
 - « *This contract shall come into force on July 1, 2014 and expire on July 1, 2018* »
 - Peut poser difficulté si les parties continuent leurs relations après la fin du contrat
 - Renouvellement expresse
 - *... unless extended by mutual agreement in writing between the parties*
 - Renouvellement tacite
 - *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.*
 - Dans les clauses de renouvellement sont prévues les questions
 - De responsabilité
 - De durée du nouveau contrat
 - Contrat à durée indéterminée
 - On peut prévoir une durée indéterminée et donc une procédure de résiliation
 - *“Either Party may terminate this Agreement by the giving of a prior six months written previous notice by registered mail with acknowledgement of receipt »*
 - Important de dire que la clause est sujette à notification et prévoir les modalités
 - Les solutions du droit à ce problème ne sont pas optimales
 - Ex : pour les contrats de SS, 546ss CO donne un délai de résiliation de 6 mois
 - En voulant un contrat de 20 ans, on s’engage en fait pour un contrat qui engage les parties pour 6 mois max
 - Solution : faire un mixte entre contrat à durée déterminée et indéterminée
 - Contrat valable pour 10 ans puis renouvelable avec possibilité de résilier avec préavis
- Clauses de résiliation extraordinaire
 - Situation
 - Le contrat se termine avant son terme
 - Exemple de raisons
 - Persistance d’un cas de force majeure
 - Faillite d’une des parties
 - Sont assez proches de la condition résolutoire

- Cas où la condition de la résiliation extraordinaire est le non-respect du contrat
 - Dans ce cas, c'est une sanction et donc un moyen de droit supplémentaire conféré à l'autre partie
 - Ex : 107 CO prévoit pas la résiliation mais la résolution du contrat en cas de demeure
- Quelles violations du contrat peut mener à la résiliation du contrat ?
 - Si rien de prévu : interprétation du juge (18 CO)
 - Souvent, « Substantial/material breach » (violation substantielle du contrat)
 - **Clause de résiliation extraordinaire**
 - Contient souvent un délai de grâce (Curing Period)
 - Ressemble à la demeure
 - *“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.”*
 - Cohérence nécessaire
 - Pas possible de mettre une clause time is of the essence (violation du retard non réparable) ET une clause de résiliation ordinaire pour cause de demeure
 - Pas possible de faire une liste exhaustive de cause de résiliation extraordinaire
 - Non exhaustive, oui

5. Liquidation des rapports contractuels et « surviving clauses »

- But : Réglementer les conséquences de la fin du contrat
 - Pas beaucoup de solution légale en CH
- On règle (entre autres) les questions
 - De confidentialité
 - Des stocks
 - **Prévoir une clause de rachat du stock par une des parties**
 - *“Upon the termination of this Agreement for any reason, the Manufacturer shall be entitled (but not obliged) to repurchase from the Distributor all or part of any stocks of the Products then held by the Distributor at their Invoice Value or the value at which they stand in the books of the Distributor, whichever is lower.”*
 - Idée: racheter à bas prix le stock si résiliation
 - **Prévoir qu'une des parties continuera à liquider le 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.

- Idée: continuer d'écouler le stock si résiliation, en tout cas pour les commandes en cours, avec les règles du contrat
 - Permet la garantie fabricant de continuer de marcher
- De relations entre les parties
- Les indemnités pour la partie lésée
 - **Clause d'Absence d'indemnité de fin de contrat**
 - *This agreement shall continue in full force and effect until [___], date from which it shall expire automatically, without any right to indemnity for the representative.*
 - Attention aux normes impératives.
 - CH: contrat d'agence (418u CO) et contrat de distribution (418u CO)
- La liquidation suppose des fois que le contrat aura des effets après sa fin
 - Entre autres pour les élections de droit ou de for
 - Possible de faire une clause qui dit quels sont les effets qui persistent
 - **Surviving clauses**
 - *Surviving Clauses: 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*
 - Clauses du contrat qui subsisteront par leur nature
 - Prohibitions de concurrence, clauses de résolution des litiges...
 - C'est très général ; rien n'empêche de préciser quelles clauses

6. CLAUSES STANDARDS ET RESOLUTION DES LITIGES

1. Les boiler places clauses : clauses standards

- Se trouvent souvent à la in du contrat, voir dans la disposition « Divers » (« Miscellaneous »)
- On y trouve des clauses de
 - Divisibilité
 - D'intégralité
 - De modification de contrat
 - De cession
 - De confidentialité
- **Clause de divisibilité** (cf p. 4)
 - Prévoit que si une des parties du contrat est invalidé, le soir reste en force
 - *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.*
 - Concrétisation de la nullité partielle de 20 2 CO
 - Recherche de la volonté hypothétique des parties : voir si le contrat peut, selon la volonté des parties, subsister sans la clause viciée

- Poussée à l'extrême, cette clause peut mener à de l'absurde
 - JP : différence entre la divisibilité
 - Subjective
 - Les parties veulent-ils vraiment que le contrat demeure en vigueur sans certaines clauses ?
 - Objectif
 - Ça fait sens de garder un contrat amputé de certaines de ses clauses essentielles ?
 - Si la clause n'est objectivement pas divisible : nullité du contrat dans son ensemble
- Ces clauses s'appliquent en cas
 - De nullité du contrat
 - D'invalidation
 - Erreur, dol
 - Résolution partielle en cas de demeure ?
 - Si les parties disent que le contrat doit être maintenu, en principe oui

- Clause d'intégralité

- Utilités
 - Dire que ce contrat représente le seul document du contrat
 - Donc exclusion de promesse orale ou négociations
 - Remplacer plusieurs contrats conclus entre les parties par un seul nouveau contrat
- Exemple
 - *"This Agreement and any schedules constitute the entire understanding between the parties and supersede any prior communication, representations, or agreements whether oral or in writing"*
- Attention
 - N'est pas absolue
 - Sorte de réserve de forme (cf 16 CO)
 - Il faut distinguer entre la détermination des accords et l'interprétation des accords
 - Ne règle que la détermination, pas l'interprétation
 - Pas possible de changer les règles d'interprétation
 - On interprète selon 18 CO
 - Ne gèrent pas les contrats passés dans le futur
 - Ça, c'est les clauses de modifications du contrat

- Clause de modification du contrat

- Utilité
 - Formaliser la future modification du contrat
 - Pas possible de l'interdire !
- Exemple
 - *"No modification of any of the terms or conditions herein shall be valid or binding on either Party, unless in writing and signed by an authorized representative of each Party"*

- Attention
 - N'est pas absolue
 - La relation peut évoluer de facto et les parties peuvent s'entendre sur les prestations à fournir plus ou moins formellement
 - C'est peut-être abusif de se référer à cette clause dans ce cas
 - 2.1.18 unidroit
 - *A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.*
- Clause de cession
 - But : appliquer 164ss (cession de créance)
 - Droit CH : pas besoin du consentement du débiteur
 - Donc, il faut une clause pour empêcher/limiter la cession de créance
 - Exemple : **clause d'inaccessibilité conventionnelle de créance**
 - *The rights of any Party under this Agreement cannot be assigned without the prior written consent of all Parties.*
 - Distinction importante
 - Distinguer
 - Cession de créance
 - Reprise de dette
 - Nécessite l'accord de toutes les parties
 - Cession de contrat
 - Nécessite l'accord de toutes les parties
 - Comment distinguer ?
 - Mettre dans la clause une **acceptation de cession de contrat dans certains cas**
 - Exemple, pour les filiales
 - *The Supplier reserves the right to assign the whole or part of the Contract to a Subsidiary who shall undertake both benefit and burden of this Agreement.*
- Clause de confidentialité
 - But
 - Régler la confidentialité
 - Exemple
 - *"The terms and conditions of this Agreement shall be treated as confidential and such terms and conditions shall not be disclosed in whole or in part by either of the Parties without the prior consent of the other Party"*
 - Sont traités dans la clause
 - Confidentialité?

- Le contrat ? Son contenu ? Les documents techniques ?
- Limites
 - Pas possible de prévoir une clause de confidentialité totale
- Donc
 - Déterminer l'objet couvert par cette confidentialité
 - Prévoir à qui s'applique la clause
- Quid si violation de la clause ?
 - Calcul du dommage
 - Moyens de droits spécifiques
 - Prévoir une clause pénale et les règles y relatif
- Durée de vie de la clause ?
 - Fin de la clause lorsque il y a notoriété publique
 - Survivance après le contrat ?
 - Souvent, la clause de confidentialité est cumulée d'une clause de survivance

2. Règlement des litiges

- Droit applicable
 - Déterminé librement par les parties (116 LDIP)
 - Dans le système CH, c'est pas une loi universelle
 - Exceptions
 - Contrats avec consommateur
 - **Clause d'élection de droit**
 - *This Contract shall be governed by the laws of Switzerland, without reference to its conflicts of law rules.*
 - Caractère approprié du droit choisi ?
 - Si c'est un Etat fédéral, de quel Etat fédéré on choisit le droit ?
 - Ex : USA
 - Attention
 - Conventions internationales ?
 - Si on choisi le droit d'un Etat qui a ratifié la CVIM ; on a voulu choisir le droit interne de l'Etat ou aussi se référer à la CVIM ?
 - **Spécifier si on veut s'y référer ou l'exclure**
 - Clause de opting out
 - Sinon, si on choisi le droit Suisse, la CVIM s'applique aussi
 - Règles de conflit
 - On peut les exclure
 - Exemple
 - Mais il faut préciser « exclusion »
 - Ex : en droit CH, on peut avoir un renvoi qui dit qu'on applique le droit Allemand. Est-ce qu'on
 - Applique le droit Allemand y compris le renvoi et donc le droit allemand
 - Applique uniquement le droit Suisse
 - Plus nécessaire d'exclure le risque de renvoi si on choisit le droit Suisse

- Renvoi exclus par 14 LDIP
 - Le droit choisi s'applique tel quel au jour du litige, pas au jour de conclusion
 - **Clause de stabilisation**
 - Séduisant car prévisible
 - Mais problématique en pratique
 - Si la JP a évolué, on ne peut pas empêcher le J d'en tenir compte
 - On ne peut pas ignorer de nouvelles dispositions impératives
- Solutions extrajudiciaires
 - Quelles procédures sont applicables au litige ?
 - Procédures préalables (médiation, etc)
 - **Clause de négociation préalable au litige**
 - *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.*
 - **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“*
 - Important de prévoir la médiation et ses modalités
 - Règles applicables, coûts...
 - Quid si une partie ne respecte pas ses clauses ?
 - Le J saisi peut décliner sa compétence s'il n'a pas d'attestation de médiation ?
 - C'est le cas en France
 - Problème ; cas où les parties ne veulent absolument pas s'entendre
 - TF : les tribunaux ne devraient pas décliner leur compétence
- Election de for et clause compromissoire
 - Généralités
 - 2 systèmes pour décider devant quelle juridiction on va porter le litige
 - La voie des tribunaux étatiques
 - Utilité
 - Permet de choisir le for (juge compétent)
 - Il faut dire quel juge est compétent
 - En principe, election de for libre
 - Limites : protection de la partie faible (consommateurs)
 - **Clause election de for**
 - *The English courts shall have jurisdiction over any disputes arising under the Agreement.*
 - Possible de **prévoir un juge compétent pour tous les aspects du litige ou juste pour une partie**

- *..arising directly or indirectly in relation to this Agreement, be it a dispute in tort or in contract or for any other cause.*
 - La voie de l'arbitrage
 - Permet de
 - Choisir les arbitres
 - Avoir un tribunal de spécialistes
 - Réduire les possibilités de recours
 - Nécessite une **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.*
 - Il faut prévoir
 - Le nombre d'arbitre
 - La langue de la procédure
 - Le siège du tribunal arbitral
 - Pour la nationalité de la sentence arbitral et les possibilités de recours
 - Suisse : 190 LDIP si le siège est en Suisse
 - Pour déterminer le juge d'appui
 - Si un des parties ne désigne pas d'arbitre, on saisi le juge su siège qui va désigner un arbitre
 - Si aucun siège n'est désigné : ça paralyse l'arbitrage, l'autre partie ne pourra pas nommer d'autre arbitre
 - Exemple **de clause instaurant un siège du tribunal arbitral**
 - *The venue of arbitration shall be in Geneve, Switzerland*
 - Sentence arbitrale Suisse, donc recours possible au TF
 - Si une des parties ne nomme pas son arbitre on peut aller devant le TAPI qui nommera un arbitre
 - Pour le surplus, le Règlement ICC règle.
- Remarques complémentaires
 - Suppression de la possibilité de recours contre la décision arbitrale (cond. Cum)
 - Être prévu expressément dans le contrat
 - **Dire que la decision sera finale ne suffit pas**
 - *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.*
 - Aucune partie n'a son domicile ou siège en CH (190 2 LDIP)

- Quid sur le rapport entre les parties durant le litige, et l'effet du litige sur la relation contractuelle ?
 - Ça peut être important de continuer le contrat !
 - **Clause de continuation du contrat pendant le litige**
 - *The Parties shall, without delay, continue to perform their respective obligations under this Agreement, which are not affected by the dispute.*
 - Ainsi, les obligations non affectées par le litige continuent
 - Importance: 82 CO peut faire que le contrat est annulé
 - 82 CO : justification pour la fin de l'exécution de ce contrat
- Il faut régler le for de poursuite
 - Pas réglé par la LDIP
 - Possible de faire une élection de for pour la poursuite (50 LP)
 - **Election de for de poursuite**
 - *The Parties choose domicilium citandi et executandi for all purposes under this Agreement, including without limitation for delivery of notices, enforcement and debts collection proceedings, as follows : [_____].*
 - Très rare en pratique et peu efficace

3. Conclusion finale

- Signer le contrat avec une clause classique et la date
 - Utilité de la date
 - On peut s'y référer si plusieurs contrats
 - Fait partir le délai de prescription
 - Peut jouer un rôle sur le transfert des risques
 - Attention
 - Vérifier que les parties qui le signent ont le droit de le faire
 - Représentation...
- **Protocole de signature**
 - *In witness whereof, this Agreement has been executed in Geneva, Switzerland, this 6th day of July 2015.*