

Sylvain Marchand

Clauses contractuelles

Du bon usage de la liberté contractuelle

Helbing Lichtenhahn

Table des matières

Table des abréviations	XV
Bibliographie sélective	XIX
Introduction	1
I. La liberté contractuelle, ses risques et ses limites	3
A. Les dangers de la rédaction de contrat	3
1. Le contrat tient lieu de loi pour les parties	3
2. Le risque du complètement du contrat	3
3. Le risque de l'interprétation	3
4. Le risque de la contradiction interne	4
5. Le risque de la qualification inattendue	5
6. Le risque du dissentiment latent	6
7. Le risque de la nullité partielle ou totale du contrat	6
B. Les limites de la liberté contractuelle	7
1. L'illicéité du contrat	7
2. Les règles impératives du Code des obligations, partie générale	7
3. Les règles impératives du Code des obligations, partie spéciale	9
4. L'impossibilité initiale	19
5. La contrariété aux bonnes mœurs	19
6. La contrariété aux droits de la personnalité (CC 27)	20
7. Les règles impératives du droit civil	24
8. La loi sur les cartels	26
9. Le droit européen de la concurrence	27
10. Les règles impératives de protection des consommateurs	29
11. Les règles impératives pour certains contrats hors de la partie spéciale du CO ...	31
12. Les règles impératives dans les contrats d'assurance	31
13. Les règles impératives du droit des transports	32
14. Les responsabilités objectives	33
15. L'élection de droit	33
16. Les fors impératifs et le règlement des litiges	34
17. Le droit public	35
C. Les limites de la liberté de la forme	37
1. Les contrats soumis à une forme impérative	37
2. L'étendue de la forme authentique	40
3. Les clauses contractuelles soumises à une forme impérative	40
4. Les contrats à contenu minimal impératif	42
5. Les contrats soumis au consentement d'un tiers ou à autorisation	43
D. Justice contractuelle	44
1. Justice contractuelle et pouvoir d'intervention du juge	44

2. Bases légales d'une intervention du juge	45
3. Justice contractuelle et prévisibilité du droit	46
II. Négociation du contrat	49
A. Les documents précontractuels	49
1. Le critère du degré d'engagement	49
2. La lettre d'intention	49
3. L'accord-cadre de négociation	51
4. Le « <i>Memorandum Of Understanding</i> »	52
5. Le contrat-cadre (« <i>framework agreement</i> »)	55
6. La lettre de patronage (« <i>letter of comfort</i> »)	56
7. La promesse de contracter	57
B. Risques et précautions	58
1. Risques liés à la rédaction de documents précontractuels	58
2. Précautions usuelles	58
3. Durée de validité des documents précontractuels	60
4. Risque du prix des documents nécessaires à la négociation	60
5. Projets de contrats	61
III. Structure du contrat et ses relations avec d'autres documents	63
A. Les éléments de base	63
1. Le plan du contrat	63
2. Le corps du contrat	63
3. Les titres d'articles	63
4. Les relations entre les différentes dispositions du contrat	64
5. Les modifications manuscrites	64
6. Aspects formels: langue du contrat, nombre d'exemplaires du contrat	64
B. Renvoi à d'autres documents	65
1. Les annexes au contrat	65
2. Conditions générales	66
3. Clause de priorité des documents contractuels	67
4. Renvoi à un système normatif	68
5. Renvoi à une législation ou à un document technique établi par des tiers	69
C. Contrats complexes	70
1. Notion de contrat complexe	70
2. Interdépendance des relations contractuelles formant le contrat complexe	70
3. Problèmes de forme	71
D. Complexes de contrats	71
1. Notion de complexes de contrats	71
2. La clause de jonction en aval (« <i>Subcontract flow-through clause</i> »)	72
3. La clause de jonction en amont (« <i>Prime contract flow-through clause</i> »)	73
4. Coordination des durées	75
5. Coordination des droits applicables	75
6. Coordination des fors	75
7. Coordination des interventions	75

8. Coordination des clauses pénales	76
9. La clause « <i>pay when paid</i> »	78
10. La clause « <i>pay if paid</i> »	79
11. Paiement des sous-traitants et fournisseurs	80
12. Coordination des acceptations	82
IV. Titre du contrat	83
A. Choix du titre	83
1. Titre juridiquement défini	83
2. Titre juridiquement indéfini	83
3. Titre reprenant l'objet du contrat	83
4. Documents précontractuels	83
5. Transaction, compromis	84
6. Traité	84
7. Titre intégré dans une phrase	84
B. Utilité du titre	84
1. Identification du contrat	84
2. Qualification du contrat	84
3. Interprétation du contrat	85
V. Désignation des parties	87
A. Modalités de la désignation	87
1. Précision de la désignation	87
2. Désignations génériques	88
3. Codification	88
B. Parties multiples	88
1. Parties collectivement désignées	88
2. Précisions contractuelles	89
3. Solidarité passive	89
4. Solidarité active	90
5. Plafonds de responsabilité et quantités minimales	91
6. Parties intervenant à des titres différents	91
7. Clause de nommable	91
VI. Préambule	95
A. Contenu du préambule	95
1. Objet du préambule	95
2. Forme du préambule	95
3. Transition avec le corps du contrat	95
4. Rédaction sous forme d'articles	96
B. Fonction du préambule	96
1. Détermination de la volonté des parties	96
2. Définition des mots-clés	97
3. Etablissement d'un état de fait	97
4. Contractualisation du préambule	98

VII. Définitions	99
1. Système de référencement	99
2. Objet des définitions	99
3. Définition des rapports de groupe	101
4. Définition de l'insolvabilité	104
5. Définitions ouvertes	104
6. Clauses de style	105
7. Utilisation des définitions	105
VIII. Accord de base	107
A. Règles générales	107
1. Objet de l'accord de base et avertissement	107
2. Subdivisions	107
3. Caractère obligatoire de l'accord	107
4. Renvoi à des annexes	108
B. Contrats d'aliénation (vente, échange, donation, entreprise)	108
1. Aperçu des clauses essentielles	108
2. Description de la chose/ <i>aliud</i>	114
C. Contrats de service (travail, mandat, courtage, agence, commission, transport)	114
1. Aperçu des clauses essentielles	114
2. Clause d'indépendance et de non-représentation	117
3. Clause de substitution des employés dans les contrats de service	118
D. Contrats de mise à disposition (bail, prêt)	120
1. Aperçu des clauses essentielles	120
2. Clauses hypothécaires négatives	123
E. Contrats aléatoires (porte-fort, cautionnement, assurance)	125
1. Aperçu des clauses essentielles	125
2. Abstraction ou dépendance	127
F. Contrats d'association (joint venture, contrat entre actionnaires, partenariat)	128
1. Aperçu des clauses essentielles	128
2. Offre préférentielle (« <i>First refusal right</i> »)	133
3. Droit de vendre (« <i>Put option</i> »), droit d'acheter (« <i>Call option</i> »)	137
4. Clauses de sortie (« <i>Tag-along clause</i> , <i>Drag-along clause</i> »)	139
5. Clause de résolution des blocages (« <i>Deadlock resolution clause</i> »)	140
G. Transactions	144
1. Aperçu des clauses essentielles	144
2. Stipulation pour autrui négative, coobligés, porte-fort	146
H. L'obligation de paiement	147
1. Terminologie	147
2. Modalités de l'obligation de paiement	148
3. Détermination du prix	152
4. Tarifs publiés par les associations professionnelles	153
5. Clause du « client le plus favorisé » (« <i>most favored customer</i> »)	153

6.	Clause « <i>earn-out</i> »	154
7.	Devis et forfait	156
8.	Quittance et clause de solde de tout compte	157
9.	Expertise arbitrale	158
10.	Titre de mainlevée	158
I.	Autres modalités liées à l'accord de base	159
1.	Clause d'exclusivité	159
2.	Prohibition de concurrence	160
3.	Exécution personnelle et sous-traitance	163
4.	Stipulation pour autrui/Clause bénéficiaire	164
5.	Clause de « <i>best efforts</i> »	166
6.	Clause « <i>Take or pay</i> » et « <i>Ship or pay</i> »	167
7.	Terme fixe	169
8.	Délais indicatifs	170
9.	Clause de prise en charge des assurances	172
IX.	Conditions	175
A.	Conditions matérielles	175
1.	Condition résolutoire et condition suspensive	175
2.	Condition résolutoire d'insolvabilité	175
3.	Conséquences d'une condition résolutoire	177
4.	L'article 156 CO	177
B.	Conditions procédurales	178
1.	Notion	178
2.	« <i>Signing</i> » et « <i>closing</i> »	178
3.	Condition formelle et condition potestative	180
X.	Garanties	181
A.	La notion de garantie	181
1.	Terminologie	181
2.	Garanties réelles ou personnelles	181
3.	Garanties contractuelles	181
B.	Garanties contractuelles	182
1.	Objet des garanties contractuelles	182
2.	Durée des garanties	185
3.	Conséquences des garanties	187
4.	Rapports entre les moyens de droit contractuels et le droit dispositif	189
5.	Conditions procédurales d'exercice de la garantie	190
6.	Conditions matérielles liées à la cause du défaut	191
C.	Exécution de la garantie	192
1.	Modalités d'exécution	192
2.	L'extension des garanties découlant d'un autre contrat	193

XI. Clauses de responsabilité	195
A. Les limites de la liberté contractuelle	195
1. Possibilités d'exonération en droit suisse	195
2. Conséquence pour le rédacteur de contrat	195
3. Règles spéciales	196
4. Possibilités d'exonération en droit délictuel	197
B. Les exonérations de responsabilité	198
1. Exonération et limitation	198
2. Extension de l'exonération au-delà de la responsabilité contractuelle	199
3. Extension de l'exonération à des tiers	200
4. Exclusion de responsabilité en cas de faute concomitante	200
C. Indemnités (« <i>hold harmless agreement</i> »)	201
1. Le concept de l'« <i>hold harmless agreement</i> »	201
2. Exemples de clauses d'indemnité	201
3. Utilité en droit suisse	202
4. Modalités d'exercice de la clause	203
5. Illicéité des couvertures d'amendes ou sanctions	203
D. L'intégration des frais d'avocat dans le dommage	204
1. L'« <i>attorneys fees clause</i> »	204
2. La situation en droit suisse	204
E. La clause de force majeure	205
1. Concept de force majeure	205
2. Utilité de la clause en droit suisse	206
3. Définition de la force majeure	206
4. Conséquences de la force majeure	207
5. « <i>Excusable delay</i> »	208
F. La clause de « <i>hardship</i> » (« <i>clausula rebus sic stantibus</i> »)	208
1. Rattachement au droit suisse	208
2. Principes Unidroit	208
3. La clause de « <i>hardship</i> »	209
G. La clause « <i>MAC</i> » (« <i>material adverse change</i> »)	210
1. Notion	210
2. Principes jurisprudentiels	211
H. Les clauses pénales	212
1. Notion	212
2. « <i>Penalty</i> » et « <i>liquidated damages</i> » dans les pays de « <i>common law</i> »	212
3. Utilité	212
4. Typologie	213
5. Possibilités de combinaison	214
6. Distinction avec la fixation forfaitaire de l'indemnité	214
7. La question du dommage supplémentaire	216
8. La force majeure	217
9. Le risque de la réduction par le juge	217
10. Illicéité de la clause pénale dans les contrats de mandat et les contrats apparentés	218

XII. Transfert de propriété	219
A. Liberté contractuelle et <i>numerus clausus</i> des droits réels	219
1. Contrats concernés par les clauses de propriété	219
2. Droit impératif	219
3. Exclusion du transfert	219
4. Clause de réserve de propriété	220
B. Droits de propriété intellectuelle	221
1. Réserve en faveur de l'aliénateur	221
2. Les développements indépendants	222
XIII. Durée et résiliation	223
A. Clauses de durée	223
1. Droit impératif	223
2. Durée du contrat	224
3. Clauses de renouvellement	225
B. Clauses de résiliation	227
1. Résiliation ordinaire du contrat	227
2. Résiliation extraordinaire du contrat	227
C. Conséquences de la fin du contrat	228
1. Liquidation des rapports contractuels	228
2. Les indemnités de fin de contrat	231
XIV. Clauses standards	233
1. « <i>Boilerplate clauses</i> »	233
2. Clause de modification	233
3. Clause de modification unilatérale	234
4. Clause de cessibilité	236
5. Clause de non-renonciation	238
6. Clause d'intégralité	238
7. Clause d'interprétation	239
8. Clause de confidentialité	241
9. Clause de notification et communication	244
10. Clause de divisibilité	246
11. Clause d'exclusion de compensation	247
12. Clause de survivance au contrat	248
XV. Règlement des litiges	251
A. Les clauses de droit applicable	251
1. Le principe de la liberté de choix du droit applicable	251
2. L'exclusion des règles de droit international privé	251
3. Les conventions internationales	252
4. L'élargissement de la clause de droit applicable	252
5. Clause d'évolution du droit/de stabilisation	253
6. La référence aux principes du commerce international	254

B. L'élection de for ou la clause compromissoire	254
1. Clause de négociation préalable ou de médiation	254
2. L'élection de for	257
3. Précision de la clause et recours au Tribunal fédéral	257
4. Clause de renonciation au jury (« <i>waiver of jury trial</i> »)	258
5. Clause compromissoire	259
6. « <i>Dispute review board</i> »	260
7. Renonciation au recours contre la sentence arbitrale	261
8. Arbitrage et expertise arbitrale	263
9. Règlement de la relation contractuelle pendant le litige	264
10. Clause d'élection du for de poursuite	265
XVI. Protocole de signature	267
1. L'indication du lieu de conclusion	267
2. L'indication de la date	267
3. La signature des parties	267
4. Procurations	269
5. Originaux et copies	269
Conclusion	271
Répertoire des clauses et documents	273
Table des équivalences terminologiques	283