



Article scientifique

Article

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La complexité contractuelle en droit privé

Marchand, Sylvain

How to cite

MARCHAND, Sylvain. La complexité contractuelle en droit privé. In: LeGes : Législation & évaluation, 2017, n° 2, p. 223–233.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:101943>

La complexité contractuelle en droit privé

Sylvain Marchand

Table des matières

- 1 *Introduction: définir la définition*
- 2 *Les gages de simplicité du droit contractuel*
- 3 *Quelques ombres au tableau*
- 4 *Le processus de complexification contractuelle: un exemple*
- 5 *Conclusion: un peu plus qu'une poignée de main*

1 Introduction: définir la définition

Au départ, tout est fait pour être simple: les parties n'ont qu'à se mettre d'accord sur l'essentiel, le législateur propose des règles supplétives, et le juge complète¹. À l'arrivée, les contrats commerciaux sont complexes, jargonneuses, prolixes.

Pyrrhon d'Elis, philosophe sceptique du III^e siècle avant Jésus Christ, avait déjà relevé le problème: on ne peut rien expliquer. Car lorsque l'on explique, il faut ensuite expliquer l'explication, puis expliquer l'explication de l'explication, et ainsi de suite jusqu'à un infini conceptuel².

Il existe aussi un infini contractuel: les parties prévoient quelque chose, puis expliquent ce qu'elles ont prévu, puis expliquent l'explication, et le contrat gonfle. Il arrive ainsi assez souvent que le contrat contienne une clause de définition, où les termes utilisés par les parties sont définis. Il arrive même que dans cette clause de définition, le terme «définition» soit défini, pour expliquer que la définition contractuelle doit l'emporter sur toute autre définition d'usage. Définir la définition: c'est du Pyrrhon d'Elis dans le texte.

2 Les gages de simplicité du droit contractuel

Le droit contractuel suisse se résume dans l'article 19 CO: les parties sont libres de convenir ce qu'elles veulent, avec qui elles veulent, dans la forme qu'elles veulent, et en choisissant le droit qui leur convient³. Dans ce système basé sur la volonté des parties, il ne reste qu'à définir cette volonté. L'article 18 CO le fait de la façon la moins technique du monde: le juge doit déterminer cette volonté sans tenir compte des expressions ou dénominations inexactes utilisées par les parties. S'il échoue à le faire, il doit déterminer le contenu du contrat selon ce que les parties pouvaient comprendre, de bonne foi, et en tenant compte de toutes les circonstances⁴.

Bref, le texte du contrat, les technicités d'avocat, les subtilités jargonnesques, les concepts doctrinaux, tout ceci ne devrait jouer aucun rôle dans la formation d'un contrat. Les parties font ce qu'elles veulent, et il s'agit de déterminer ce qu'elles voulaient en tenant compte de critères plus factuels que juridiques.

Si les parties ne savent pas bien ce qu'elles veulent sur les questions secondaires, le droit privé vient à leur secours, gratuitement, sans avoir besoin de services juridiques ou d'avocats spécialisés: le législateur a concocté des contrats types précis et équilibrés, pour tous les contrats classiques, dans ce qu'on appelle la partie spéciale du code des obligations. Et si l'une des parties veut jouer au plus malin, un garde-fou général la remet à sa place: c'est l'article 2 CC avec l'interdiction de l'abus de droit, qui permet au juge de déjouer les ruses du justiciable trop intelligent pour être honnête.

Bref tout est prévu pour que la conclusion d'un contrat soit la chose la plus simple du monde: une poignée de main devrait suffire⁵.

C'est d'ailleurs souvent le cas. La poignée de main entre deux dirigeants d'entreprises a la même valeur juridique qu'un texte touffu et confus préparé par leurs services juridiques. En levant une main dans une salle des ventes, un collectionneur peut acquérir un tableau qui vaut plusieurs millions. Et en cliquant sur une souris, un tradeur à la bourse déplace des fortunes.

Alors pourquoi s'embêter avec des avocats, des services juridiques, des échanges de projets en mode suivi des modifications, avec différentes couleurs pour indiquer les provenances des propositions, des commentaires en marge, et des discussions sans fin pour savoir si le prestataire de services doit fournir ses meilleurs efforts ou des efforts raisonnables⁶, ou si l'acheteur a droit à une garantie de la garantie⁷ (on sent revenir Pyrrhon d'Elis)? Le Colonel Chabert, sous la plume de Balzac, offre une analyse juridique saisissante et qui résume tous les cours de droit des obligations:

*«Vivez tranquille sur la foi de ma parole, elle vaut mieux que les griffonnages de tous les notaires de Paris.»*⁸

3 Quelques ombres au tableau

Il est vrai que ce tableau idyllique de la simplicité contractuelle a quelques zones d'ombre, dans lesquelles s'engouffre le peuple des tribunaux et des services juridiques.

D'abord, quoiqu'en ait dit le législateur à l'article 18 CO, le texte du contrat joue un rôle essentiel dans la détermination de la volonté des parties. Après tout, la première des «circonstances» qu'il faut prendre en considération est la formulation utilisée dans le contrat⁹. Certes le juge ne doit pas s'arrêter aux «expressions et dénominations inexactes», mais comment démontrer qu'elles sont inexactes et qu'elles ne correspondent pas à la volonté des parties? On ne peut pas non plus

passer son temps à jouer les imbéciles, et à prétendre ne pas avoir compris ce que l'on a signé, surtout lorsqu'on est rompu aux affaires.

«Une interprétation stricte selon la lettre s'impose également lorsque les parties sont expérimentées en affaires et familières des termes techniques utilisés (ATF 131 III 606 consid. 4.2; 129 III 702 consid. 2.4.1).»¹⁰

Et si les parties ont recouru à un service juridique ou à un avocat, elles ne peuvent pas prétendre que cet avocat n'a pas compris le texte qu'il a préparé. Le choix d'un conseil juridique n'est-il pas, en un sens, une renonciation à la simplicité juridique de l'article 18 CO, au profit d'une approche beaucoup plus technique? Le Tribunal fédéral considère en tout cas qu'un justiciable qui s'attache les conseils d'un professionnel doit se laisser opposer ensuite le fait que ce professionnel a compris le sens juridique des termes utilisés.

«Rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots, le conseil de l'intimée, mandataire professionnel, a écrit en effet que sa cliente était "prête à renoncer (...) à invoquer l'exception de prescription", et non simplement qu'elle renonçait à cette exception.»¹¹

Cela implique qu'un avocat mandaté pour rédiger un contrat sait que sa propre intervention impliquera une lecture plus technique du contrat. Il rédige et relit le contrat en tenant compte de cet impact de sa propre intervention, comme un scientifique doit tenir compte de son intervention pour interpréter les résultats de l'expérience. Cette logique va parfois jusqu'à son aboutissement contractuel, avec les clauses dites d'«attorney review» qui se présentent ainsi:

Attorney Review. The parties have had the opportunity to review this Agreement with an independent attorney of their choice and are satisfied that they fully understand their rights and obligations under this contract.¹²

Ces clauses s'imposent-elles au juge? Celui-ci a le mandat, selon l'article 18 CO, de déterminer la volonté des parties. Difficile de ne pas tenir compte dans ces conditions de la volonté clairement exprimée par les parties que leur contrat soit interprété strictement selon son texte.

Alors pourquoi recourir aux services d'un professionnel du droit? Pourquoi prendre le risque de la technicité, lorsque la simplicité vous est offerte sur un plateau? Deux raisons au moins peuvent justifier le rôle des services ou conseils juridiques:

En premier lieu, il arrive que les solutions légales soient insatisfaisantes¹³ ou ne correspondent pas à la volonté des parties. Il faut alors les corriger, ce qui est tout à fait possible, puisque le principe de base est le principe de la liberté contractuelle. Mais pour les corriger, encore faut-il les connaître. Ce risque-là implique le recours à un professionnel du droit, ce qui conduit à une juridisation de la lecture du contrat.

En second lieu, nul n'ignore que la liberté contractuelle n'est pas complète, et qu'il existe des dispositions impératives auxquelles les parties ne sont pas libres de déroger¹⁴. La protection des parties faibles (travailleur, consommateur, locataire) et la protection de certains marchés (la surveillance des marchés financiers, le droit de la concurrence, etc.) battent en brèche le principe de la liberté contractuelle, et contraignent les rédacteurs de contrats à slalomer entre les règles impératives. Pour slalomer, encore faut-il savoir où sont les piquets. Et c'est le retour des avocats et des prestataires de services juridiques, qui pendant leurs longues années d'université et de formation continue ont appris à repérer les piquets.

Ces critères expliquent sans doute la professionnalisation de la rédaction des contrats, en tout cas lorsqu'il s'agit de contrats commerciaux dont les enjeux justifient un certain investissement juridique. Mais en réalité, même en dehors de toute disposition impérative, et alors même que la loi n'est pas critiquable, il est difficile de résister à la complexité contractuelle. L'exemple qui suit n'est pas un exemple de contrat compliqué (il n'eût pas été difficile d'en trouver de beaucoup plus compliqués), mais plutôt un exemple simple de l'inévitable processus de complexification contractuelle.

4 Le processus de complexification contractuelle: un exemple

Un exemple permet de mieux comprendre comme le texte d'un contrat se complexifie, quelle que soit par ailleurs la volonté de simplicité des parties.

Imaginons qu'une société suisse A, ayant plusieurs filiales en Suisse et à l'étranger, a conclu un contrat avec une société B, représentée par son actionnaire et directeur X pour la représenter comme agent en Grande-Bretagne. Après quelques années d'activité de B., le contrat est résilié par A. Un litige survient sur la validité et sur les conséquences de cette résiliation. Après quelques discussions, A et B conviennent de mettre un point final à ce litige par un paiement de CHF 100 000.– de A à B pour solde de tout compte.

Un paiement de CHF 100 000.– pour solde de tout compte? On imagine mal un accord plus simple. Une simple poignée de main, et l'affaire est réglée.

Théoriquement, la poignée de main est suffisante. L'accord ainsi trouvé est parfaitement efficace du point de vue juridique¹⁵. Une transaction amiable n'est soumise à aucune condition de forme particulière¹⁶.

Pratiquement, la poignée de main pose quelques problèmes: d'abord la preuve. Comment prouver que l'accord était bien pour solde de tout compte? A ne peut pas prendre le risque de payer, et de se retrouver confronté à des prétentions supplémentaires de B, B doit pouvoir justifier le paiement qu'il aura reçu de A. Les deux parties se sentent pousser des envies de papier. Le directeur de A commence à rédiger:

By way of out of court final settlement of their outstanding dispute A hereby undertakes to pay to B the sum of CHF 100 000.– (the Indemnity).

Bien sûr, cela vaut peut-être la peine d'organiser ce paiement. Pour ne pas compliquer les choses, A accepte de payer d'avance. En contrepartie, la convention vaudra aussi reçu.

B hereby acknowledges receipt of the Indemnity.

En se relisant, le directeur de A est pris d'un doute. «Outstanding dispute» est peut-être un peu flou. D'accord c'est un accord pour solde de tout compte, mais pour solde de quel compte? Il faudrait définir plus clairement de quel litige il s'agit. Un petit préambule s'impose, juste de quoi apporter les explications nécessaires et balayer tous les doutes sur l'objet de la transaction:

Whereas in 2010, A and B entered into an Agency Agreement.

Whereas in 2016 a dispute arose between the parties, B considering that its contractual arrangement with A had been unduly terminated by A, while A considered that the termination was justified for cause (hereafter the Dispute).

Whereas the parties intend to settle this dispute amicably.

Now therefore, the parties agree as follows:

Oui, c'est mieux. On voit de quoi il s'agit. Il n'y a plus de doute possible. Peut-être encore une chose: il faut bien confirmer que le contrat d'agence est résilié, puisque justement le litige portait sur la validité de cette résiliation. Une phrase de plus, mais une phrase utile:

The Agency Agreement is hereby fully and unconditionally terminated. The termination shall be effective as from January 1st 2017.

Le problème avec ça, c'est que quand on est trop précis, cela donne l'impression qu'il y a autre chose. Ça fait quand même quelques années que A et B travaillent ensemble. Cela vaut peut-être la peine de préciser qu'il n'y a plus aucune relation contractuelle, expresse ou implicite, entre A et B.

A and B hereby acknowledge that as from January 1st 2017 there has been no contractual relationship of any sort between them and they expressly confirm that there is no residual relationship of any sort between them as of the date of this agreement.

Ça paraît parfait, sauf que le concept de «*final settlement*» est peut-être un peu flou. Or, c'est justement le corps de l'accord. Puisqu'on a décidé de faire un texte, autant bien préciser que l'accord implique une renonciation à toute prétention. Et pour être bien sûr, il faut indiquer que cela vaut aussi pour les prétentions non-contractuelles. C'est tellement facile de construire une responsabilité délictuelle, précontractuelle, quasi contractuelle¹⁷, et de prétendre ensuite qu'on a renoncé aux prétentions contractuelles mais pas aux autres¹⁸.

Except as expressly provided in the present agreement, the parties hereby waive any rights of whatever nature or origin, including non-contractual rights, arising out of or from their former contractual relationship, in particular with regard to its termination.

À propos de cette renonciation, il y a quand même un petit problème. À la fin d'un contrat d'agence, l'agent a droit à une indemnité de clientèle pour la clientèle qu'il a constituée et qu'il transmet au mandant¹⁹. Or, l'article 418u al. 1 CO est clair: cette indemnité ne peut pas être supprimée par convention²⁰. On pourrait peut-être soumettre la convention à un autre droit, mais ça risque de soulever d'autres problèmes, et l'indemnité de clientèle de l'agent est impérative dans toute l'Europe²¹. En fait, ce n'est pas si grave que ça. En premier lieu, les auteurs considèrent que l'agent peut renoncer à l'indemnité de clientèle à la fin du contrat, seule une renonciation anticipée étant exclue²². En second lieu, on peut toujours prévoir que cette indemnité est comprise dans les CHF 100 000.–. C'est juste une question de formulation, et un paragraphe supplémentaire.

In particular B hereby acknowledges that the agreed Indemnity shall include an indemnity for the clientele within the meaning of SCO art. 418u, and hereby acknowledges that B's right thereto shall be fully extinguished upon payment of the said Indemnity.

Le directeur de A, échaudé par le texte de l'article 418u CO, parcourt le Code. Selon l'article 418t al. 2 CO, toutes les créances de l'agent à titre de provisions ou de remboursement de débours sont exigibles à la fin du contrat. B pourrait faire valoir que, certes, il n'a plus de nouvelles prétentions découlant de la résiliation du

contrat, mais qu'au moins toutes les commissions dues pour le passé doivent être payées comme c'est prévu par la loi. Cela mérite une précision supplémentaire:

B confirms that no other commission or remuneration, or payment of any sort based on any fact known or unknown at the time of signature of the present Agreement will remain due by A to B after the date of this Agreement and should the case occur, waives the right to claim for such payment.

Pendant qu'on est à l'article 418t CO, il reste peut-être une ambiguïté: les parties peuvent convenir que l'agent aura droit à une commission pour les nouvelles commandes passées par les clients qu'il a procurés au mandant. Or, cette convention peut être implicite²³. A a bien l'intention de reprendre le marché, et il est hors de question qu'une quelconque rémunération soit due à B chaque fois que l'un de ses anciens clients passe une commande à A. Un paragraphe de plus n'est pas inutile:

B further confirms that A shall be free to conduct its business with any customer of its choice, either directly or indirectly, irrespective of the fact that such customer might have been introduced to A by B or by any person employed by or related to B, without having any obligation or liability to B for whatever reason.

Voilà, c'est parfait. Mais au moment d'envoyer le projet de convention à B, le directeur de A a un doute: bien sûr, formellement, l'agent était B, mais toutes les correspondances sont adressées à l'actionnaire et directeur de B, qui est X. En réalité, B n'est qu'une structure derrière laquelle se trouve X. Or, jusque-là, toutes les renonciations ont été faites par B, et non par X. Le principe de l'autonomie des personnes morales en droit suisse²⁴ repose sur une distinction claire entre la société, ses organes et ses actionnaires. La convention est devenue suffisamment précise pour que X puisse spéculer sur ses imprécisions. Il faut mettre les choses au clair.

By signing the present agreement as a representative of B, X recognises that he has no personal right of any sort, be it in tort or contractual, against A, based on his past activities for A or any of its subsidiaries, and as the case may be, that he waives such a right.

Et au-delà de X, il y a tous les employés de B, qui pourraient faire valoir des prétentions extracontractuelles contre A. Bien sûr, ces employés ne sont pas parties à la convention et ne seront pas engagés par sa signature. En revanche, on peut prévoir une clause d'indemnité (Hold Harmless Agreement), pour qu'au cas où

un employé de B aurait la mauvaise idée d'agir contre A, B doit indemniser A. À ces conditions, B saura retenir ses employés revendicatifs.

Moreover B, together with X, hereby warrants that no employee or agent of B will claim for compensation or for a commission of any sort against A based on facts directly or indirectly connected to B's past activities for A, and, as the case may be, B and X shall jointly and severally hold A harmless of such claim or commission.

Il faut aussi préciser qui sont les bénéficiaires de ces renonciations. Le principe de la relativité des contrats implique que seul A, partie au contrat, bénéficie de ce contrat et des renonciations qu'il contient. Or, derrière A, il y a toutes ses filiales, dont certaines ont travaillé avec B, et qui pourraient faire l'objet de prétentions de sa part. Il faut une stipulation pour autrui qui mette toutes ces personnes au bénéfice de la convention. Le Tribunal fédéral, heureusement, a déjà admis le principe selon lequel une renonciation à agir peut également protéger des tiers, par une stipulation pour autrui négative²⁵. Cette précaution-là n'est pas inutile pour éviter que X ne tente de contourner la convention en s'attaquant à des filiales de A.

B hereby acknowledges that any company related to A can avail itself, as well as A, of any right or exception arising out of the present agreement. These related companies will therefore be entitled to the same protection as A, insofar as this protection is based on the present agreement.

Enfin, pour parer à toute éventualité, il faut prévoir que B renonce à toute action judiciaire, en Suisse ou ailleurs. Le monde est vaste, et allez prévoir dans quelle juridiction exotique X pourrait tenter d'agir pour échapper aux effets de la convention.

The parties further waive their right, if any, to instigate any action in court or out of court, be it in the UK, in Switzerland, or in any other country or jurisdiction based on their formal contractual relationship, whatever the nature of the said action (provisional measures, action on the merits, debts collection proceedings, attachment, action in tort, action for damage etc.).

Malgré tout, un litige pourrait survenir sur l'interprétation de cette convention. Sur son efficacité aussi. Une transaction pour solde de tout compte peut par exemple être invalidée pour vice de consentement²⁶. Dans ce cas, encore faut-il savoir devant quelle juridiction contester cette invalidation, et selon quel droit applicable en décider. La transaction sera soumise au droit suisse, et tout litige à arbitrage.

5 Conclusion: un peu plus qu'une poignée de main

Voilà, c'est terminé. Peut-être un peu plus long que prévu. D'une simple poignée de main, on est passé à ça:

SETTLEMENT AGREEMENT

Whereas in 2010, A and B entered into an Agency Agreement.

Whereas in 2016, a dispute arose between the parties, B considering that its contractual arrangement with A has been unduly terminated by A, while A considered that the termination was justified for cause (hereafter the Dispute).

Whereas the parties intend to settle this dispute amicably.

Now therefore, the parties agree as follows:

1. By way of out of court settlement of the Dispute. A hereby undertakes to pay to B the sum of CHF 100 000.– (hereafter the Indemnity).
2. B hereby acknowledges receipt of the Indemnity.
3. The Agency Agreement is hereby fully and unconditionally terminated. The termination shall be effective as from January 1st 2017.
4. A and B hereby acknowledge that as from January 1st 2017 there has been no contractual relationship of any sort between them and they expressly confirm that there is no residual relationship of any sort between them as of the date of this agreement.
5. Except as expressly provided in the present agreement, the parties hereby waive any rights of whatever nature or origin, including non-contractual rights, arising out of or from their former contractual relationship, in particular with regard to its termination.
6. In particular B hereby acknowledges that the agreed Indemnity shall include an indemnity for the clientele, within the meaning of SCO art. 418u, and hereby acknowledges that B's right thereto shall be fully extinguished upon payment of the said Indemnity.
7. B confirms that no other commission or remuneration, or payment of any sort based on any fact known or unknown at the time of signature of the present Agreement will remain due by A to B after the date of this agreement and should the case occur, waives the right to claim for such payment.
8. B further confirms that A shall be free to conduct its business with any customer of its choices, either directly or indirectly, irrespective of the fact that such customer might have been introduced to A by B or by any person employed by or related to B without having any obligation or liability to B for whatever reason.
9. By signing the present agreement as a representative of B, X recognises that he has no personal right of any sort, be it in tort or contractual, against A, based on his past activities for A or any of its subsidiaries, and as the case may be, that he waives such a right.
10. Moreover X, together with B, hereby warrants that no employee or agent of B will claim for compensation or for a commission of any sort against A based on facts directly or indirectly connected to B's past activities for A, and, as the case may be, B and X shall jointly and severally hold A harmless of such claim or commission.
11. B hereby acknowledges that any company related to A can avail itself, as well as A, of any right or exception arising out of the present agreement. These related companies will therefore be entitled to the same protection as A, insofar as this protection is based on the present agreement.
12. The parties further waive their right, if any, to instigate any action in court or out of court, be it in the UK, in Switzerland, or in any other country or jurisdiction based on their formal contractual relationship, whatever the nature of the said action (provisional measures, action on the merits, action in tort, debts collection proceedings, attachments, action for damage etc.).
13. This agreement is governed by Swiss laws. 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. The seat of the arbitration shall be Geneva. The proceedings shall be conducted in English.²⁷

C'est un peu ridicule, d'accord, mais que peut-on enlever? Qui prendra le risque de supprimer l'un de ces paragraphes? Quel juriste consciencieux conseillera à A de le faire, et lui garantira qu'il peut le faire sans risque? C'est le drame de la précision. Soit on reste flou et général, et on s'expose alors à une grande incertitude dans la mise en œuvre de l'accord. Soit on essaie d'être précis, mais la précision appelle la précision, la précision rend l'imprécision suspecte, la précision implique la complexification.

C'est le principe de Pyrrhon d'Elis: l'explication appelle l'explication de l'explication. La précision appelle la précision de la précision. Pyrrhon d'Elis en déduisait qu'il était vain de vouloir expliquer quoi que ce soit. Le pari des juristes est que ces précisions, et ces précisions de précisions, ne sont pas vaines mais qu'elles sont la seule parade possible contre l'infinie imagination des obsédés de la procédure et des maîtres de la chicane. Pyrrhon d'Elis était un philosophe sceptique. On a le droit de l'être avec lui.

Sylvain Marchand, Professeur à l'Université de Genève

Notes

- 1 Article 2 al. 2 CO.
- 2 Sur ce philosophe, voir Marcel Conche, *Pyrrhon ou l'apparence*, PUF, 1994.
- 3 Sur les éléments de la liberté contractuelle, Ruth Arnet, *Freiheit und Zwang beim Vertragschluss*, thèse d'habilitation Bâle, Berne 2008; Eva Maria BELSER, *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, thèse Fribourg 2000, Gillod/Steffen, *Commentaire romand du CO I*, 2ème éd., art. 19, 20 N 34 à 56.
- 4 Voir notamment ATF 127 III 444 consid. 1b et la jurisprudence citée.
- 5 Article 11 CO. In TF, 5P.312/2005 du 14 décembre 2005, le Tribunal fédéral a jugé que la Cour cantonale n'était pas tombée dans l'arbitraire en se fondant sur une simple poignée de main pour admettre un accord entre les parties sur la construction d'un muret.
- 6 Sur ces deux concepts, voir Chappuis/ Marchand/ Meakin in *Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn 2013, p. 45 ss; et Chappuis, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art*, *Revue de droit des affaires internationales (RDAI)* 2002 N 3 s., p. 281 à 301.
- 7 Clause prévoyant qu'un nouveau délai de garantie commence à courir dès remplacement ou réparation de la chose défectueuse.
- 8 Balzac, *Le colonel Chabert*, *Livre de poche* 1973, p. 73.
- 9 TF in SJ 1996, p. 549, cons. 3a; «Pour ce faire [interpréter un contrat], il convient de partir du texte du contrat avant de l'examiner dans son contexte.»
- 10 TF, 5A_59/2013.
- 11 ATF 140 III 6; voir également ATF 129 III 702 cons. 2.4.2.
- 12 Par souci de réalisme, les modèles de clauses proposées dans cette contribution seront en langue anglaise.
- 13 Par exemple au sujet de l'article 185 al. 1 CO qui met les risques à la charge de l'acheteur dès la conclusion du contrat lorsque le contrat porte sur un corps certain, le Tribunal fédéral a déjà admis en 1958 (ATF 84 II 158) que la règle légale «est du reste contraire aux conceptions généralement admises dans le public». Cette règle légale reste néanmoins toujours applicable à ce jour, si les parties n'y dérogent pas.
- 14 Pour un recensement des règles impératives du droit suisse, voir Marchand, *Clauses contractuelles*, Helbing & Lichtenhahn 2008, p. 7 à 47.
- 15 Article 11 CO.
- 16 Favre-Bulle/ Babel Casutt, *Contrat de transaction in Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn 2013 p. 1289, N 0.9.
- 17 Le droit suisse repose sur le principe du concours alternatif des différents types de prétentions, voir ATF 113 II 246.
- 18 Sur la possibilité d'exclure par contrat une responsabilité extracontractuelle, voir Marchand, *Clauses contractuelles*, Helbing & Lichtenhahn 2008, p. 197; ATF 120 II 58; ATF 107 II 161.
- 19 Sur cette indemnité, voir Mirfakhraei, *Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive*, Schulthess, *Collection genevoise*, 2014.
- 20 Dreyer, *Commentaire romand du CO I*, 2ème éd., art. 418u N 4.
- 21 Directive 86/653 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, art. 17 et 19. Selon la Cour de justice européenne, ces règles s'appliquent impérativement si l'agent à son activité dans un territoire européen, indépendamment du droit applicable au contrat d'agence (*Ingmar GB Ltd vs Eaton Leonard Technologies Inc*, affaire C-381/98, RJ 2000 p. I-09305).
- 22 Dreyer in *Commentaire romand du CO I*, 2ème éd., art. 418u N 4. Ce point est confirmé par l'article 11 de la directive 86/653.
- 23 Dreyer in *Commentaire romand du CO I*, 2ème éd., art. 418t N 1.
- 24 TF, 5A_994/2014 du 11.01.2016, cons. 5.4; TF, 5A_739/2012 du 17.05.2013 cons. 7.2.1: «En principe, il faut prendre en compte l'indépendance juridique d'une personne morale. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tiers peut être tenu des engagements d'un débiteur.»
- 25 ATF 121 IV 317 cons. 3a; voir à ce sujet Marchand, *Clauses contractuelles*, Helbing & Lichtenhahn 2008, p. 146.
- 26 Voir à ce sujet Favre-Bulle/ Babel Cassut, *Contrat de transaction*, in *Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn 2016, p. 1297; TF, 4A_303/2007 du 29.11.2007.
- 27 Ce texte n'est pas un modèle, mais une illustration du processus de complexification d'un contrat. Pour un modèle commenté, voir le *Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn 2013, qui contient un modèle de transaction.