
Journées suisses du droit de la construction 2023

La documentation contractuelle des entreprises et fournisseurs

Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui

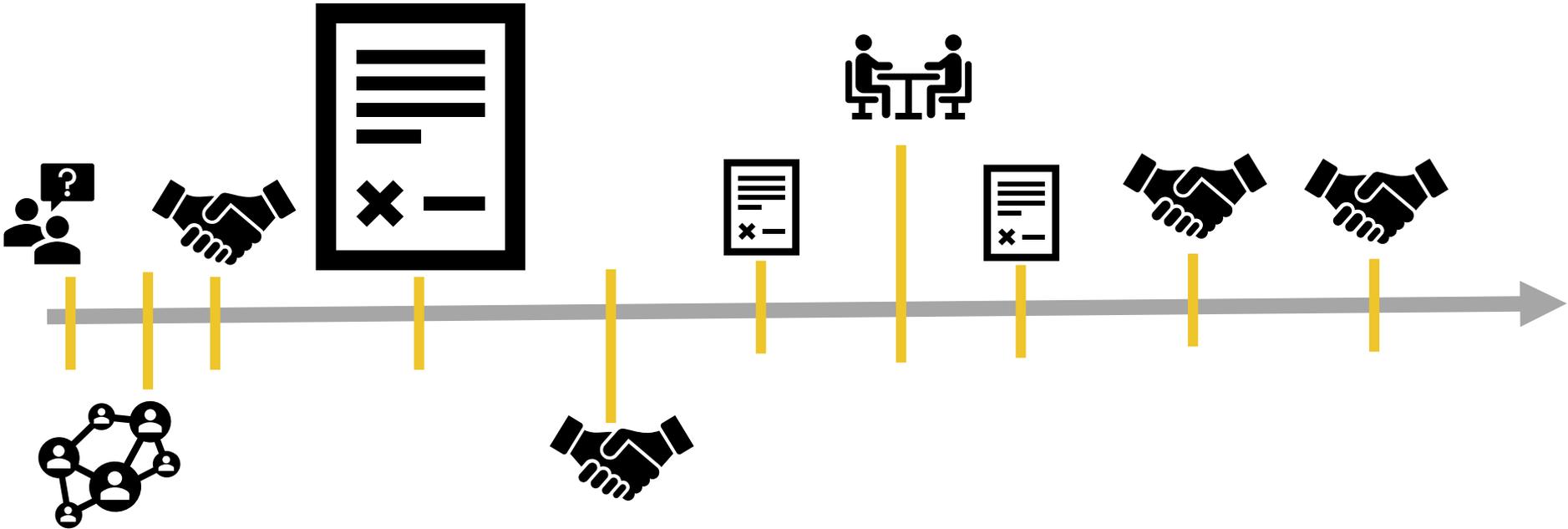
Professeur de droit privé à UniDistance (Brig)

Chargé de cours à l'Université de Fribourg

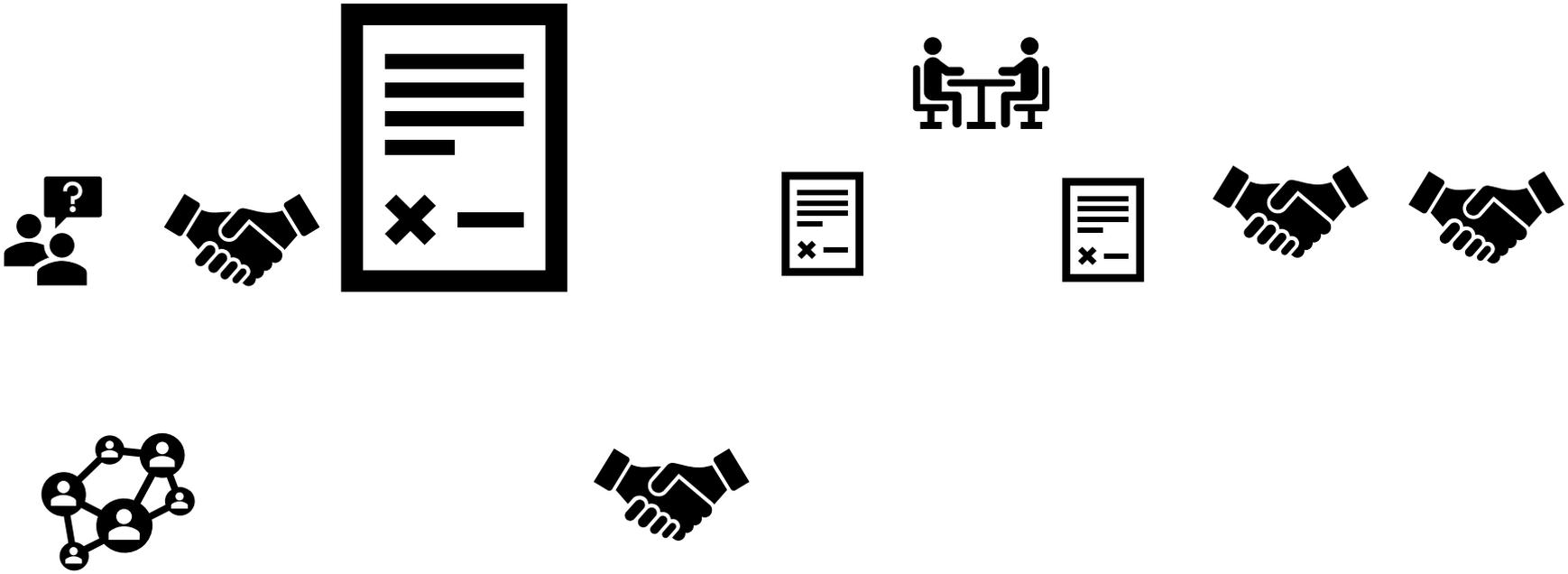
Avocat à Genève



Quelques mots introductifs



Quelques mots introductifs



Éléments textuels ?

Éléments contextuels ?

Quelques mots introductifs

Qu'est ce qu'un accord ?

Le texte
(la documentation contractuelle)

Le contrat

Les descriptifs

Les plans

Les conditions générales

Le contexte

Les contrats satellites

La documentation précontractuelle

La réalité du terrain



Quelques mots introductifs

- Quels sont les éléments qui composent l'accord contractuel ?

(p. 149 à 159)

- Les spécificités liées aux CG

(p. 159 à 163)

- Quelques questions choisies

(p. 163 à 169)

1 slide de
théorie

1 slide de
discussion
autour d'un cas

Toujours indication des pages



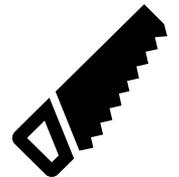
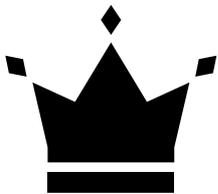
Les éléments qui composent l'accord

Les contrats satellites | **Théorie**

Éléments textuels ?

Éléments contextuels ?

Les contrats satellites



Les éléments qui composent l'accord

Les contrats satellites | Exercice

Une entreprise générale réputée conclut quatre contrats d'entreprise avec quatre sous-traitantes. Les trois premiers contrats contiennent la clause suivante, laquelle correspond à la clause habituellement utilisée par l'entreprise générale réputée :

« Une pénalité de retard de 0,1 % par jour est due avec un plafonnement à 3%. L'art. 160 al. 2 CO est réservé »

Le quatrième contrat contient la clause suivante :

« Une pénalité de retard de 0,1 % par jour est due avec un plafonnement à 3% »

Dans le contexte de ce 4^{ème} contrat, la sous-traitante décide de ne pas livrer l'ouvrage et d'uniquement s'acquitter de la pénalité de 3%.

Quid ?



Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

Avant la conclusion du contrat | **Théorie**

ATF 144 III 93

Versement de CHF 650 K

Don ou prêt ?

Critères
déterminants ?

Situation personnelle (santé)

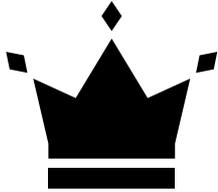
Situation économique



Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

Avant la conclusion du contrat | Exercice



« Lors de la première demande en paiement, l'entrepreneur total remettra au Maître d'ouvrage deux garanties bancaires à première demande de CHF 1'000'000, chacune pour garantir la bonne exécution de toutes les prestations à fournir par l'entrepreneur total »

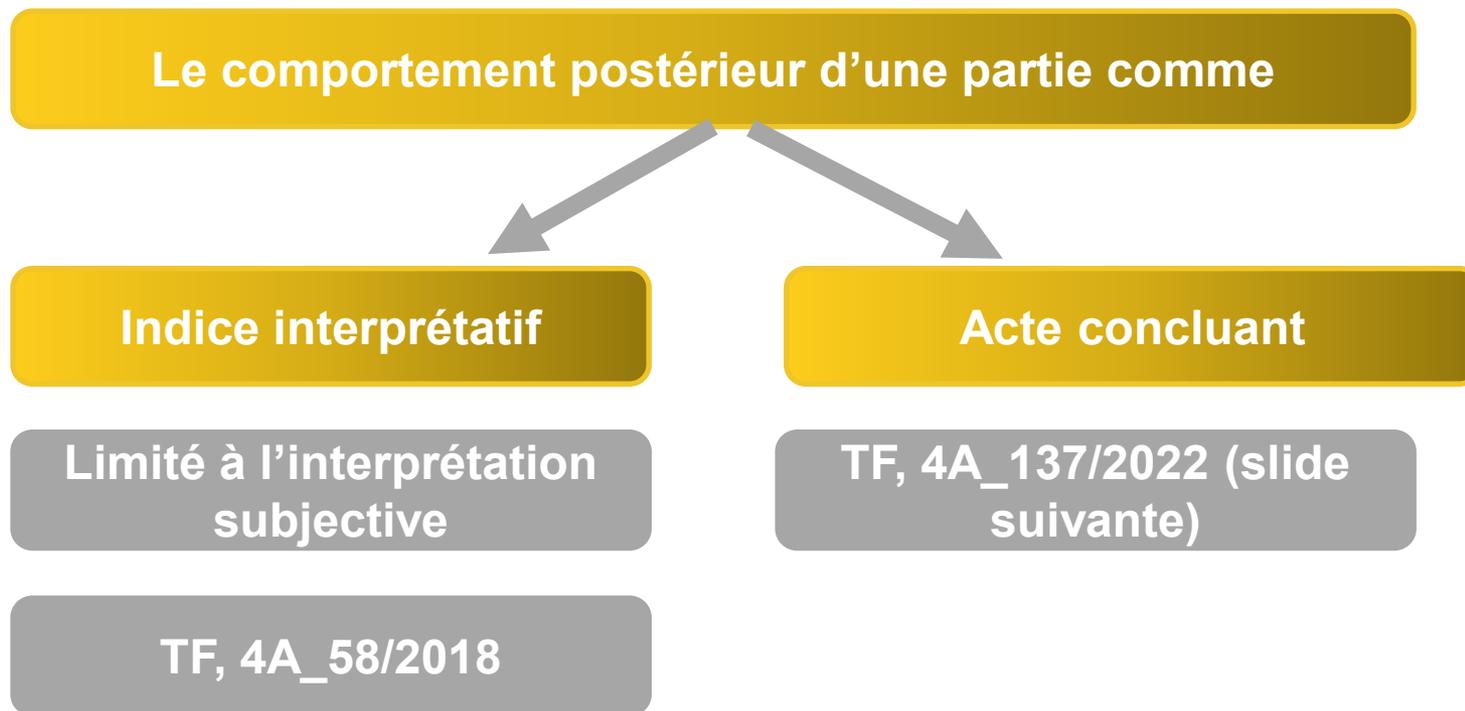
L'entrepreneur total commence le travail de planification sans avoir au préalable constitué les deux garanties bancaires.

Le Maître d'ouvrage le met en demeure de lui remettre immédiatement les garanties en question sans quoi il résiliera le rapport contractuel.

Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

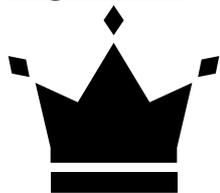
Après la conclusion du contrat | **Théorie**



Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

Après la conclusion du contrat | Exercice



2007: KEG (aucun pv de représentation)



2009: contrat conclu
entre le MO
(représenté par l'EG)
et le ST



?

Quelque temps après la signature du contrat de 2009, une séance de chantier concernant le travail de l'entreprise d'étanchéité s'est tenue. Lors de cette séance, le président du conseil d'administration du maître d'ouvrage était présent tout comme l'entreprise générale (qui a établi le procès-verbal de séance) et l'entreprise d'étanchéité.

Quid ?



Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

Le cas des personnes morales | **Théorie**

Le comportement des
organes de fait

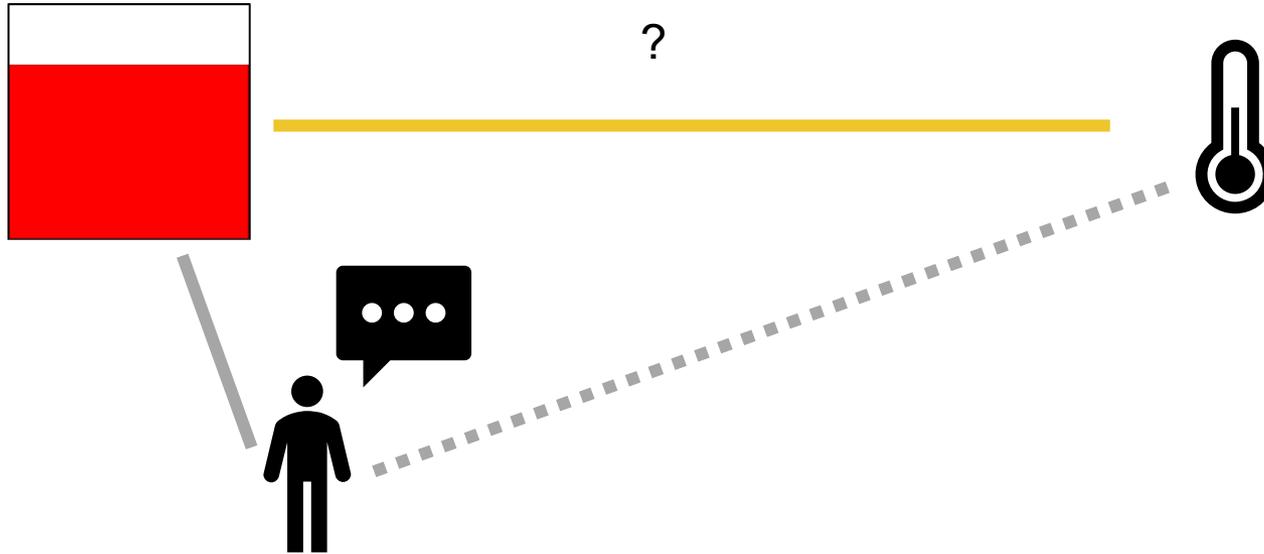
Le comportement des
auxiliaires



Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

Le cas des personnes morales | Exercice 1/2

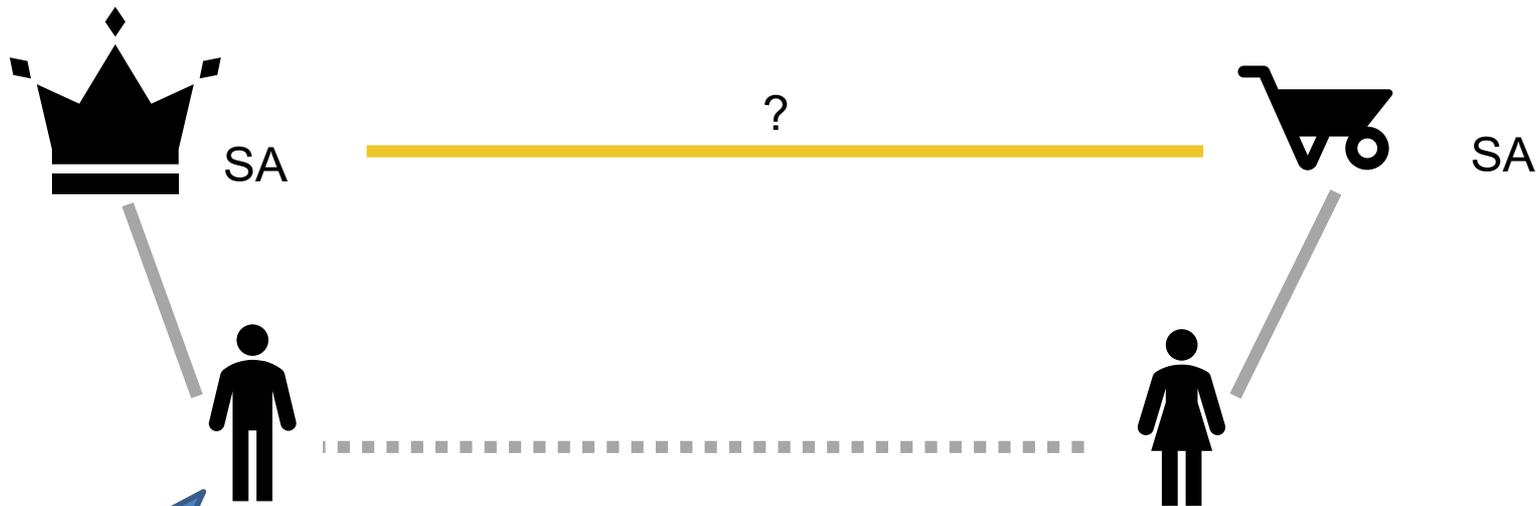


ATF 124 III 418

Les éléments qui composent l'accord

Le comportement des parties

Le cas des personnes morales | Exercice 2/2



« OK avec le draft; lançons le protocole de signatures »

Aucune signature

Exécution du contrat

Quid ?

Inspiré de TC (VD), HC/2021/484

Les éléments qui composent l'accord

Quelle hiérarchie | **Théorie**

Le Tribunal doit «rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices [...]. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes. ***L'appréciation de ces indices concrets par le juge [se fait] selon son expérience générale de la vie*** » (ATF 144 III 93)



Les spécificités liées aux conditions générales

La règle de l'insolite | **Théorie**

Fondements de la règle de l'insolite

Applicable aux contrats B2B

Caractère objectivement et
subjectivement inhabituel

Le droit dispositif comme valeur de
référence

Quid des CG collectives ?



Les spécificités liées aux conditions générales

La règle de l'insolite | Exercice

CG, version mars 2021

[Incessibilité] « *Les prétentions du maître d'ouvrage contre l'entreprise générale sont incessibles sauf accord préalable écrit* »

[For] « *tous litiges en lien avec le Contrat sera de la compétence exclusive des juridictions genevoises sous réserve du recours au Tribunal fédéral* »

[Retrait partiel de prestation]« *Le maître se réserve le droit de se départir du contrat en indemnisant l'entreprise générale pour le travail déjà effectué exclusivement* »



Les spécificités liées aux conditions générales

The battle of forms | Théorie

Fondements de la *battle of forms*

Last Shot Rule

Nette préférence

Knock Out Rule

Les spécificités liées aux conditions générales

The battle of forms | Exercice



SA



SA

CG, version juin 2017

[Cession] « *Le MO se réserve le droit de céder toutes créances qu'il a contre l'entreprise générale* »

[For] « *tous litiges en lien avec le Contrat sera de la compétence exclusive des juridictions genevoises sous réserve du recours au Tribunal fédéral* »

[Retrait partiel de prestation] « *Le maître se réserve le droit de se départir du contrat en indemnisant l'entreprise générale pour le travail déjà effectué exclusivement* »

CG, version mars 2021

[Incessibilité] « *Les prétentions du maître d'ouvrage contre l'entreprise générale sont incessibles sauf accord préalable écrit* »

[For] « *Le for judiciaire est à Fribourg* »

[Fin du contrat] « *L'art. 377 CO est réservé* »



Quelques questions choisies

Le rôle de l'organisatrice de l'appel d'offres | **Théorie**

Appel d'offres = 7 CO

Décision d'adjudication (41 LMP) ≠ 3 CO

Contenu du dossier d'appel d'offres ou d'adjudication ?

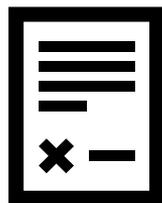
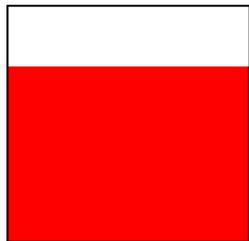
*Quel est l'effet du dépôt d'une offre
par une entreprise soumissionnaire
?*



Quelques questions choisies

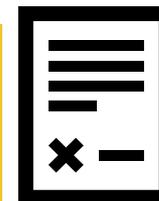
Le rôle de l'organisatrice de l'appel d'offres | Exercice

Organisatrice de l'appel d'offres



For
Lausanne

Soumissionnaire
retenu



For
Lausanne

Est-ce que l'organisatrice de l'appel d'offres a un contrôle sur le contenu des CG du soumissionnaire et de la sous-traitante ?



Sous-traitante



For
Neuchâtel

(p. 163 à 165)



Quelques questions choisies

La clause de réserve de forme écrite | **Théorie**

Quelle est la problématique ?

La solution récente du TF :

« [l]es parties restent [...] libres de lever ultérieurement la réserve de forme convenue, *ce qui peut se faire au moyen d'un accord informel, et même tacite*. Tel est le cas lorsqu'elles exécutent et acceptent sans réserve les prestations contractuelles » TF, 4A_478/2021



Quelques questions choisies

La clause de réserve de forme écrite | Exercice

- Une entreprise de construction conclut un contrat avec un maître d'ouvrage en vue de la construction d'un nouveau bâtiment d'une école.
- Le contrat prévoit que le deuxième étage du bâtiment doit être suffisamment solide pour abriter la bibliothèque de l'école.
- Malgré la présence d'une clause "non verbale" de modification dans le même contrat, les parties conviennent que le deuxième étage de l'édifice ne devrait pas être une construction portante.
- L'entrepreneur achève la construction conformément à la modification et le maître d'ouvrage, qui a suivi les progrès dans la construction sans soulever d'objection, trouve à redire sur la façon dont le deuxième étage a été construit seulement à ce moment-là. **(p. 167 à 168)**

Façon dont le contrat est rédigé ?

Façon dont le contrat est exécuté (contexte) ?

Quelques remarques conclusives

Éléments contextuels

>

Éléments textuels

- Anticiper les modalités d'exécution du contrat
- Soigner son organisation interne
 - Règlement d'organisation
 - Règles de communication dans le contrat
- Se méfier des apparences



Journées suisses du droit de la construction 2023

Place aux questions

Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui

Professeur de droit privé à UniDistance (Brig)

Chargé de cours à l'Université de Fribourg

Avocat à Genève

