

Une clause de dédit comme indemnité de résiliation anticipée (art. 377 CO)

Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal valaisan examine si une clause de dédit au sens de l'art. 160 al. 3 CO doit être payée par un maître de l'ouvrage qui a résilié le contrat conformément à l'art. 377 CO. Admettant le caractère dispositif de la disposition, il retient cela et rejette la possibilité de réduire le montant selon l'art. 163 al. 3 CO. Le commentaire montre pourquoi il eût été approprié d'interpréter la clause comme une clause de forfaitisation de l'indemnité au sens de l'art. 377 CO et pourquoi il eût été alors possible de réduire le montant par application de l'art. 163 al. 3 CO.

In diesem Urteil untersucht das Walliser Kantonsgericht, ob ein Wandelpön im Sinne von Art. 160 Abs. 3 OR von einem Bauherrn bezahlt werden muss, der den Vertrag gemäss Art. 377 OR gekündigt hat. Da es den dispositiven Charakter der Bestimmung anerkennt, hält es daran fest und lehnt die Möglichkeit ab, den Betrag gemäss Art. 163 Abs. 3 OR zu reduzieren. Der Kommentar zeigt auf, warum es angemessen gewesen wäre, die Klausel als Pauschalierungsklausel der Entschädigung von Art. 377 OR auszulegen, und warum es dann möglich gewesen wäre, den Betrag durch Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR zu reduzieren.

Commentaire de l'arrêt du Tribunal cantonal valaisan, C1 18 21, du 24 août 2020, RVJ 2021, p. 271

Pascal Pichonnaz, docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg*

Les faits

(272) 1. Un entrepreneur et un maître de l'ouvrage concluent un « contrat de réservation » portant sur la construction d'un chalet sur le bien-fonds du second et comportant une clause de dédit rédigée de la manière suivante: « *En cas de dédit de la part de l'acheteur, il est convenu entre les parties, qu'un montant de 100 000 CHF TTC sera réclamé et facturé par le Constructeur à l'acheteur. Cette somme met une fin définitive aux différents accords signés entre les parties et vaut solde de tout compte.* »

2. Le maître de l'ouvrage décide de résilier unilatéralement le contrat au motif que ses demandes n'avaient pas été respectées et que la confiance entre les parties était rompue. L'entrepreneur agit ensuite en paiement contre le maître de l'ouvrage. La première instance ayant fait droit aux conclusions de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage recourt au Tribunal cantonal.

L'arrêt

3. La qualification du contrat. En dépit des termes employés, l'interprétation du contrat révèle l'intention commune des parties de conclure, par le prisme du « contrat de réservation », un contrat d'entreprise (cons. 6.4.2).

4. Sa résiliation anticipée. Conformément à l'art. 377 CO, tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut se dépar-

tir du contrat en indemnisant complètement l'entrepreneur (dommages-intérêts positifs). L'indemnité peut certes être réduite ou supprimée en cas de justes motifs de résiliation; toutefois, la perte de confiance à l'égard de l'entrepreneur ne constitue pas, à elle seule, un tel juste motif (cons. 6.1.1).

5. Selon la doctrine, l'art. 377 CO est une règle de droit dispositif, sous réserve de la protection des droits de la personnalité des parties; celles-ci doivent néanmoins toujours être en mesure de résilier le contrat au moins pour justes motifs (cons. 6.1.2). Pour le Tribunal cantonal valaisan, la conclusion d'une clause de dédit peut dès lors valablement remplacer le régime légal de l'art. 377 CO (cons. 6.1.2).

6. La clause de dédit. La Cour cantonale rappelle ensuite le régime du dédit, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral définit le dédit comme une indemnité qu'une partie promet à une autre pour le cas où elle userait du droit de résoudre le contrat qu'elle s'est réservé. Il distingue le dédit réel (art. 158 al. 3 CO) du dédit consensuel (cons. 6.2). Le dédit réel est une somme *versée à la conclusion* du contrat, qui n'est toutefois due que si une partie fait usage de son droit de résilier unilatéralement le contrat ou en empêche fautivement l'exécution; le dédit réel doit ainsi être remboursé dans les cas où l'inexécution n'est pas imputable à la partie au bénéfice de la faculté de résilier le contrat (cons. 6.2.1). Contrairement au dédit réel, le dédit consensuel n'est *versé qu'au moment de l'exercice* de la faculté de se départir du contrat. Ce type de dédit se confond avec la peine résolutoire prévue à l'art. 160 al. 3 CO; le Tribunal cantonal valaisan retient donc, à l'instar du Tribunal fédéral et d'une partie de la doctrine, qu'il ne peut pas être réduit (cons. 6.2.2). En l'espèce, la Cour civile valaisanne examine la clause de dédit à la lumière du principe de la confiance et conclut qu'il s'agit d'une clause de dédit consensuel, donnant au seul maître de l'ouvrage la faculté de résilier unilatéralement le contrat (cons. 6.4.1).

* Je remercie M. Victor Sellier, sous-assistant à la Faculté de droit, de l'aide apportée à la mise au point de ce commentaire.

7. L'inefficacité de la clause de dédit. La Cour civile soutient toutefois qu'en présence d'un juste motif de résiliation, la clause de dédit est inefficace. Elle souligne à cet égard que l'emploi de termes juridiques impropres, la signature de documents successifs indiquant des prix différents, ainsi que la clause particulière en cas de non-paiement du maître de l'ouvrage, ne sont pas propres à démontrer une volonté de l'entrepreneur de tromper ce dernier. En outre, le dépôt incomplet de la demande de permis de construire n'est pas déterminant pour juger de la compétence de l'entrepreneur en matière de construction. Ainsi, par application analogique de la jurisprudence liée à l'indemnité de l'art. 377 CO, la Cour civile constate l'absence de justes motifs susceptibles d'exclure l'application de la clause de dédit (cons. 6.4.2). Le maître de l'ouvrage est donc débouté et doit régler le montant du dédit dans son intégralité à l'entrepreneur (cons. 6.5).

Le Commentaire

8. L'arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal valaisan soulève plusieurs questions qui suscitent notre intérêt. D'abord, peut-on considérer qu'une clause de dédit puisse être interprétée en général comme une clause de forfaitisation du dommage? Une telle clause peut-elle ensuite être réduite en raison de son caractère excessif au sens de l'art. 163 al. 3 CO? Et enfin, de justes motifs de résiliation peuvent-ils faire obstacle à l'application de la clause de dédit? Nous traiterons brièvement de ces trois points.

9. Une clause de dédit comme clause de forfaitisation du dommage. La fonction d'une clause de dédit est d'abord de donner à une partie (voire aux deux) la faculté de se «dédire», c'est-à-dire de renoncer unilatéralement au contrat conclu. Permettant de déroger au principe de la force obligatoire des contrats, cette clause de dédit n'octroie la faculté de se dédire que moyennant paiement du «dédit», soit à la conclusion du contrat («dédit réel», «*Reugeld*»), soit au moment de l'exercice du droit de résoudre le contrat («dédit consensuel», «*Wandelpön*»). Dans le contrat d'entreprise toutefois, le droit de résilier le contrat de manière unilatérale existe déjà pour le maître de l'ouvrage en vertu de l'art. 377 CO. Il n'est dès lors pas nécessaire de prévoir une clause de dédit en faveur du maître, puisque il détient déjà la faculté de se dédire; il y a encore moins de raisons de faire «payer» ce droit.

10. Qu'ont donc voulu faire les parties dans l'affaire soumise au Tribunal cantonal? Peut-on raisonnablement admettre qu'elles aient souhaité faire payer le maître de l'ouvrage pour l'octroi d'un droit qui lui appartenait déjà de par la loi? C'est ce qu'a retenu la Cour cantonale, en qualifiant la clause de «dédit consensuel» (*Wandelpön*). Toutefois, même si l'art. 377 CO est de droit dispositif, il nous paraît douteux et peu conforme au principe de la bonne foi de retenir cette qualification. Faire payer une partie pour l'octroi d'un droit qui lui appartient déjà pose problème. Doit-on dès lors considérer que la somme de «dédit» tombe purement et simple-

ment, parce que la clause est due sans qu'il y ait une contre-prestation? Est-ce contraire aux mœurs (art. 20 CO), lésionnaire (art. 21 CO) ou doit-on admettre l'existence d'une erreur essentielle sur les motifs du maître (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)? Ne doit-on pas plutôt retenir une interprétation favorable au maintien de la clause, en la considérant comme une clause de forfaitisation du dommage? Certes, Alborz TOLOU souligne dans sa thèse qu'il y a une différence entre la forfaitisation du dommage et le dédit consensuel parce que «contrairement à l'indemnité forfaitaire, le dédit consensuel n'est pas subordonné à une violation contractuelle ou à la survenance d'un autre événement dommageable»¹. En effet, le dédit consensuel ne vise pas à réparer le dommage que subit le créancier en raison de la fin du contrat. Cependant, la clause interprétée comme une «clause de forfaitisation du dommage» serait apte à couvrir la question de l'entière indemnisation de l'entrepreneur telle que l'envisage l'art. 377 CO.

11. Prévoir une clause de forfaitisation de la «complète indemnité» en cas de résiliation au sens de l'art. 377 CO est possible compte tenu du caractère dispositif de l'art. 377 CO retenu par la doctrine², même si la jurisprudence a laissé la question indécise³. La clause de forfaitisation du dommage⁴ est un moyen de faciliter la preuve du dommage; en ce sens, elle allège les conditions d'application de l'art. 377 CO, ce qu'admet la doctrine, en particulier Peter GAUCH⁵. Si l'usage de termes erronés par les parties ne nuit pas (art. 18 CO), ce qui a permis à la Cour civile de qualifier le contrat en question de contrat d'entreprise alors que les parties l'avaient qualifié de «contrat de réservation», il doit en aller de même pour la clause d'indemnité, qualifiée par les parties de «dédit», mais qui était véritablement une clause de forfaitisation du dommage.

12. La réduction de l'indemnité. La Cour cantonale a constaté que le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine excluent de réduire une clause de dédit conventionnel⁶, notamment parce que (ou même si) elle assume la même fonction qu'une clause pénale résolutoire («*Wandelpön*») au sens de l'art. 160 al. 3 CO⁷, et que cette doctrine et la jurisprudence excluent également la réduction d'une clause pénale

¹ A. TOLOU, La forfaitisation du dommage, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2017, n. 335.

² CR CO I-CHAIX, 3^e éd., Bâle 2021, art. 377 CO, n. 20; P. GAUCH, Der Werkvertrag, 6^e éd., Zurich 2019, n. 582 s.

³ ATF 117 II 273 cons. 4a.

⁴ Sur une telle clause, cf. not. G. COUCHEPIN, La clause de forfaitisation du dommage, SJ 2009 II, p. 1 ss.

⁵ GAUCH (n. 2), n. 583, qui mentionne également le fait de rendre l'exercice plus difficile par une peine conventionnelle («*[Erschwerung] durch Abrede einer (unechten) Konventionalstrafe*»).

⁶ TF, arrêt 4C.97/2004 du 23 juin 2004, cons. 3.1.2; CR CO I-MOOSER, 3^e éd., Bâle 2021, Intro. aux art. 158-163 CO, n. 7a; BSK CO I-WIDMER/KOSTANTINI/EHRAT, art. 158 CO, n. 13 s.; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/S. EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, n. 3867.

⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 6), n. 3810 ss.; P. TERCIER/P. PICHONNAZ, Le droit des obligations, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, n. 1474.

résolutoire⁸. D'une part, la systématique légale, qui place l'art. 160 al. 3 CO dans la section consacrée aux clauses pénales, et d'autre part le fait que l'art. 163 al. 3 CO est une concrétisation de l'abus de droit justifiant la réduction des montants excessifs, devraient toutefois inciter à appliquer le régime de réduction de l'art. 163 al. 3 CO également à la clause pénale résolutoire⁹ et potentiellement au dédit conventionnel. La question peut toutefois rester indécise, puisqu'il faut qualifier ici la clause de « clause d'indemnité forfaitaire ».

13. Si l'on retient cette qualification, il faut alors déterminer si celle-ci est une clause absolue¹⁰, à savoir une clause qui exclut que les parties démontrent que le dommage était plus important ou moins important que ce qui était prévu par la clause. Dans notre cas, une interprétation objective semble tendre vers une telle clause absolue. Or, dans un cas similaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 163 al. 3 CO

devait aussi s'appliquer par analogie à la clause d'indemnité forfaitaire absolue¹¹. Nous avons approuvé cette position¹². En l'espèce, cela pourrait apporter une solution cohérente et conforme au sentiment d'équité. En effet, la clause, interprétée comme une clause absolue de forfaitisation de la « complète indemnité », serait ainsi réductible.

14. Les justes motifs excluant une indemnité. Le Tribunal fédéral reconnaît que si la résiliation au sens de l'art. 377 CO a lieu en raison de justes motifs, il n'y a pas d'indemnité due par le maître de l'ouvrage; nous avons approuvé ce point, avec des nuances apportées dans un commentaire d'un arrêt du Tribunal fédéral¹³. En l'espèce, au vu de l'état de fait, le Tribunal cantonal valaisan n'a pas retenu de justes motifs de résiliation, ce qui impose d'envisager le paiement d'une indemnité pour la résiliation. Le Tribunal cantonal a ainsi imposé le paiement complet du « dédit ». À notre sens toutefois, en qualifiant la clause comme une « clause d'indemnité forfaitaire », il aurait pu réduire cette dernière s'il avait constaté son caractère excessif. Apprécier le caractère excessif dépend toutefois d'une analyse au cas par cas selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁴, ce qui ne nous permet pas de dire si, en l'espèce, la clause de « dédit » aurait dû ou non être réduite. Ce que l'on peut dire en revanche, c'est qu'elle aurait pu l'être, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal cantonal.

⁸ MOOSER (n. 6), n. 7a; CR CO I-MOOSER, 3^e éd., Bâle 2021, art. 163 CO, n. 5; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 6), n. 3824; ég. TF, arrêt 4C.97/2004 du 23 juin 2004, cons. 3.1.2; *contra*, en faveur d'une réduction, G. COUCHEPIN, La clause pénale – Etude Générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 1127; P. HABERBECK, Unterliegt die Wandelpön der richterlichen Herabsetzung?, Jusletter, 1.4.2019, p. 1 ss, en part. p. 6 s. <https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2019/974/unterliegt-die-wande_3495b81854/Jusletter_unterliegt-die-wande_3495b81854_de.pdf> (11.4.22); le juge du district de Zurich (ZR 117/2018 260), arrêt commenté par HABERBECK ayant toutefois laissé la question indécise; sur l'état de la question, cf. ég. TOLOU (n. 1), n. 334 s., qui ne prend toutefois pas position.

⁹ COUCHEPIN (n. 8), n. 1127; HABERBECK (n. 8), p. 7.

¹⁰ Sur les divers types de clauses (absolues et relatives), cf. COUCHEPIN (n. 4), p. 11 ss; TERCIER/PICHONNAZ (n. 7), n. 1343 ss; TOLOU (n. 1), n. 30 ss; A. TOLOU, Les clauses de liquidation forfaitaire du dommage en pratique, in: P. Pichonnaz/F. Werro, La pratique contractuelle 6, Genève/Zurich 2018, p. 176-179.

¹¹ Cf. not. TF, arrêt 4A_601/2015 du 19 avril 2016, cons. 2.3.3.

¹² P. PICHONNAZ, RSJ 113/2017 p. 188; voir ég. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 6), n. 3851; *contra* TOLOU (n. 1), n. 1195 ss et 1236 ss.

¹³ P. PICHONNAZ/F. WERRO, Les conséquences d'une résiliation anticipée du contrat d'entreprise sans fixation d'un délai de grâce, BR/DC 3/2015 p. 146 s.

¹⁴ Cf. p.ex. ATF 133 III 201 cons. 5.2; TF, arrêt 4A_5/2015 du 20 avril 2015, cons. 5.4.1.