

# Une clause d'entrepreneur valable et les conséquences pour le porte-fort

Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal valaisan examine la validité d'une clause d'entrepreneur. Le promettant n'ayant pas réussi à faire respecter la clause par un tiers acquéreur, il est tenu de payer au bénéficiaire de la clause des dommages-intérêts correspondant à ceux que le maître de l'ouvrage devrait verser en vertu de l'art. 377 CO. Cet arrêt est l'un des rares exemples où une clause d'entrepreneur s'avère finalement efficace pour son bénéficiaire.

*In diesem Entscheid prüft das Walliser Kantonsgericht die Gültigkeit einer Unternehmerklausel. Hat der Versprechende die Einhaltung der Klausel durch einen Drittkäufer nicht durchsetzen können, so ist er verpflichtet, dem Begünstigten der Klausel Schadensersatz zu leisten, wie der Besteller diesen nach Art. 377 OR schulden würde. Dieser Entscheid ist eines der seltenen Beispiele, in denen die Unternehmerklausel letztlich für den Begünstigten wirksam ist.*

Arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 22 février 2019 (C1 16 309)

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

## Les faits

**(255)** 1. Une société à responsabilité limitée (Sàrl), active notamment dans le domaine de la menuiserie, est gérée par un associé au bénéfice de la signature individuelle. Cet associé devient copropriétaire avec sa sœur de plusieurs parcelles au sein d'une commune. Le propriétaire d'une parcelle voisine leur propose d'acheter leurs parcelles, en leur indiquant sa volonté de lancer un projet immobilier et en promettant que les travaux de menuiserie seraient confiés à l'entreprise. Par la suite, une société anonyme active dans le domaine de la construction met à l'enquête la construction de deux bâtiments d'habitation et d'un garage sur l'une des parcelles appartenant à l'associé de la Sàrl et à sa sœur. L'entreprise de menuiserie remplit trois formules de soumissions pour les deux habitations projetées, portant sur les travaux de menuiserie intérieure et extérieure. Après discussion, le promoteur aurait confirmé au titulaire de la menuiserie lui adjuger l'intégralité des travaux de menuiserie liés au projet.

2. Dès lors, l'associé et sa sœur vendent au promoteur les parcelles considérées. L'acte authentique contient notamment une clause selon laquelle «*la présente vente est liée à un contrat d'entreprise conclu entre [le promoteur] et [l'entreprise de menuiserie], portant sur l'attribution à celle-ci de tous les travaux de menuiserie dans les immeubles à ériger sur les parcelles vendues, pour un prix selon soumissions*». Dans un second acte authentique datant du même jour, les parcelles vendues ont été réunies pour n'en former qu'une. Le nouveau bien-fonds a ensuite été vendu à un tiers. Ce dernier acte authentique contenait notamment une clause selon laquelle «*la présente vente n'est pas liée à un contrat*

*d'entreprise ou à un contrat de vente portant sur une construction future, que ce contrat soit conclu ou à conclure avec un vendeur ou avec un tiers, étant précisé que l'acquéreur s'engage à confier à [l'entreprise de menuiserie] tous les travaux de menuiserie dans les immeubles à ériger sur la parcelle*». Par la suite, la parcelle a été divisée en deux immeubles.

3. Après divers contacts, l'entreprise de construction en charge de la réalisation des deux immeubles attribue les travaux de menuiserie à deux sociétés tierces, et non à l'entreprise de menuiserie mentionnée dans les actes authentiques. Suite à l'échec de la conciliation, celle-ci ouvre action contre le promoteur initial, mais aussi contre l'acquéreur ultérieur, en paiement d'une somme de CHF 40 000 en guise d'indemnisation pour la violation de la clause d'entrepreneur. La première instance a admis l'action. En appel, le Tribunal cantonal valaisan a confirmé que des dommages-intérêts étaient dus.

## L'arrêt

**4. Le contenu minimal de la clause d'entrepreneur.** Selon la première instance, les parties n'étaient pas liées par un contrat d'entreprise. Toutefois, le promoteur s'était engagé, dans le premier acte authentique passé avec l'entreprise de menuiserie, à conclure un contrat d'entreprise avec celle-ci par l'insertion d'une clause d'entrepreneur relative aux travaux de menuiserie. Ces travaux ayant été confiés à des sociétés tierces, la première instance a condamné le promoteur à indemniser l'entreprise de menuiserie en se fondant sur l'art. 377 CO. Une expertise judiciaire a fixé la somme due à CHF 40 000. Le promoteur fait toutefois valoir en appel que le prix pour le contrat d'entreprise n'était pas fixé dans la clause d'entrepreneur, alors qu'il s'agissait d'un élément essentiel d'un éventuel contrat. Le Tribunal cantonal souligne que pour donner naissance à une obligation de conclure, la clause d'entrepreneur doit satisfaire à certaines exigences de contenu minimal (cons. 10.1). En particulier,

\* Je remercie Mme Camille DE SALIS-SOGLIO, sous-assistante à la Faculté de droit, de l'aide à la mise au point de ce commentaire.

l'ouvrage à exécuter doit être déterminé, et le principe de la rémunération fixé. En revanche, contrairement à l'avis du promoteur, le montant exact pourra être fixé par la suite, selon les principes de l'art. 374 CO, et ne constitue donc pas un élément essentiel. Pour le Tribunal cantonal, la clause d'entrepreneur était clairement rédigée et n'impliquait pas que les soumissions proposées par la suite par l'entreprise de menuiserie devaient défier toute concurrence (cons. 11.2). Partant, la clause d'entrepreneur était valable au titre d'un précontrat passé en la forme authentique (CO 22).

### 5. La possibilité de se libérer en invoquant l'art. 377 CO.

Le Tribunal cantonal rappelle que la clause d'entrepreneur valable lie l'acquéreur du bien-fonds, qui doit conclure le contrat en question. Néanmoins, l'acquéreur garde la possibilité de se libérer aux conditions de l'art. 377 CO, ce qui implique alors qu'il doive pleinement indemniser l'autre partie (cons. 10.2). L'indemnité due correspond alors à des dommages-intérêts positifs, à savoir l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat, y compris le gain manqué.

**6. Le calcul de l'indemnité: deux méthodes.** Le Tribunal cantonal expose ensuite deux méthodes permettant de calculer cette indemnité, en soulignant que la jurisprudence n'a pas encore accordé une préférence nette à l'une plutôt qu'à l'autre: celle de la déduction (*Abzugsmethode*) et celle dite positive (*Additionsmethode*) (cons. 10.2). Dans *la méthode de la déduction*, l'économie réalisée par l'entrepreneur ainsi que le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou auquel il a délibérément renoncé sont déduits du prix de l'ouvrage. Dans *la méthode positive*, une addition est faite entre le total des dépenses de l'entrepreneur pour la partie de l'ouvrage déjà exécutée et le bénéfice brut manqué pour son entier. Dans tous les cas, le Tribunal cantonal rappelle que cette indemnité ne peut pas dépasser le prix de l'ouvrage (cons. 10.2)<sup>1</sup>.

**7. La promesse de porte-fort.** Le Tribunal cantonal rappelle enfin que celui qui promet à autrui le fait d'un tiers (art. 111 CO) est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers (cons. 10.3). Le dommage consiste alors en la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est et celle telle qu'elle aurait été si le tiers avait eu le comportement promis. En l'espèce, le Tribunal cantonal retient qu'il existe une telle promesse de porte-fort. Le promoteur s'était engagé à ce que les travaux de menuiserie soient confiés à l'entreprise de menuiserie, que ce soit par lui-même ou par un tiers (cons. 11.3). La promesse n'ayant pas été respectée, une indemnité est due.

**8. L'ampleur de l'indemnisation.** La première instance s'était fondée sur le gain manqué calculé suite à une expertise judiciaire. Selon le Tribunal cantonal, c'est à tort que les appelantes contestent l'exactitude de cette expertise, qui a au contraire été effectuée avec soin et diligence (cons. 11.4).

Aucun complément ne se justifie. L'appel est ainsi rejeté et l'octroi de dommages-intérêts dus à l'entreprise de menuiserie confirmé.

## Commentaire

**9.** Jolie question que celle de la validité et de l'exécution d'une clause d'architecte ou d'une clause d'entrepreneur. Celle-ci a fait l'objet d'une brève analyse dans notre revue, il y a de cela quelques années déjà, raison pour laquelle il peut être judicieux d'y revenir<sup>2</sup>. Les clauses d'architecte ou d'entrepreneur doivent être qualifiées de **précontrat au sens de l'art. 22 CO**, parfois en faveur d'un tiers<sup>3</sup>.

**10.** Pour être valable, cette clause **doit être suffisamment déterminée**, en ce sens que les éléments essentiels du futur contrat doivent au moins être déterminables. L'ouvrage à exécuter (pour la clause d'entrepreneur) doit être suffisamment déterminable, au moins au moment où l'entrepreneur en exige l'exécution (à savoir lors de la conclusion du contrat d'entreprise). En d'autres termes, il faut pouvoir déterminer sur quel type d'ouvrage porte le précontrat; pour les clauses d'architecte, c'est souvent un point délicat en pratique<sup>4</sup>.

**11.** Comme le relève le Tribunal cantonal, le caractère déterminable **n'impose pas de fixer la rémunération**, puisque l'art. 374 CO permet dans le contrat d'entreprise d'estimer la rémunération en fonction de la valeur du travail et des dépenses<sup>5</sup>. On pourrait toutefois se demander comment estimer la « valeur du travail ». Dans une affaire soumise au Tribunal cantonal lucernois, la clause d'entrepreneur faisait référence à un prix moyennement concurrentiel (« *mittleren Konkurrenzpreisen* »)<sup>6</sup>. Comme le relève judicieusement P. GAUCH, une telle exigence liée au caractère concurrentiel imposerait au promettant d'exiger plusieurs offres, alors qu'il sait qu'il doit confier les travaux au bénéficiaire. Un tel résultat aurait pour conséquence de forcer le promettant à violer ses devoirs précontractuels à l'égard de tiers, en particulier le devoir de négocier sérieusement. Un tel comportement doit être qualifié de contraire à la bonne foi dans les relations précontractuelles et pourrait entraîner l'obligation de payer des dommages-intérêts au tiers non retenu. Forcer à un tel comportement est donc contraire aux mœurs<sup>7</sup>. C'est

<sup>2</sup> A. GABELLON, La qualification juridique des clauses d'architecte ou d'entrepreneur: clause d'exclusivité, précontrat ou contrat?, BR/DC 2015, p. 9 ss; cf. ég. P. TERCIER/L. BIERI/B. CARRON, Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, n. 3621, 3622; CR CO I-MORIN, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, Art. 22 CO, n. 7, 15, 19, 20; P. GAUCH, Der Werkvertrag, 6<sup>e</sup> éd., Zurich 2019, n. 416-433.

<sup>3</sup> Cf. déjà ATF 98 II 305; ATF 103 II 55.

<sup>4</sup> H. STÖCKLI, § 2 Abschluss und Beendigung von Planerverträgen, in: H. Stöckli/Th. Siegenthaler (éds), Planerverträge, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2019, n. 2.64.

<sup>5</sup> GAUCH (n. 2), n. 421.

<sup>6</sup> LGVE 1995 I, N 5, p. 6 s. (TC LU, 18.11.1994), BR/DC 1996, p. 118, n. 239, 240, avec note P. GAUCH, qui souligne que le prix concurrentiel moyen impose de requérir des offres concurrentes; une expertise ne suffit pas.

<sup>7</sup> GAUCH (n. 2), n. 421.

<sup>1</sup> ATF 117 II 273 cons. 4a-4b; ATF 96 II 192 cons. 4-5.

donc à bon droit que le Tribunal cantonal a admis la validité de la clause d'entrepreneur, indépendamment de l'exigence d'un prix concurrentiel; pour lui, l'indication «prix selon soumissions» est tout à fait suffisante et n'impose pas une mise en concurrence qui, comme on vient de le voir, imposerait un comportement contraire aux mœurs.

**12.** Si le précontrat est valable entre le vendeur initial (l'entreprise de menuiserie) et l'acquéreur (le promoteur), il l'est aussi lorsque la même clause est reportée sur un tiers acquéreur. Alors, la clause d'entrepreneur devient une stipulation pour autrui (CO 112), qui entend favoriser un tiers bénéficiaire, l'entreprise de menuiserie. Cette stipulation pour autrui est en principe *parfaite* et donne ainsi un **droit d'action direct au bénéficiaire** contre le promettant<sup>8</sup>. En cas de non-respect de la clause d'entrepreneur, le bénéficiaire peut alors exiger le respect effectif tant contre son partenaire contractuel que contre le tiers. C'est ce qui s'est passé en l'espèce. Le bénéficiaire pourrait alors, en théorie, exiger l'exécution matérielle du précontrat contraignant le tiers à la conclusion du contrat d'entreprise (art. 84 al. 1 en relation avec l'art. 344 al. 1 CPC). Toutefois, comme le tiers (maître de l'ouvrage) pourrait toujours mettre un terme au contrat d'entreprise en tout temps en vertu de l'art. 377 CO, une telle action n'a pas d'intérêt pratique et entraînerait des frais inutiles<sup>9</sup>.

**13.** Selon la *Einstufentheorie*<sup>10</sup>, si le maître refuse de conclure le contrat, l'entrepreneur peut obtenir directement ce qu'il aurait pu obtenir en cas de conclusion du contrat, sans opérer en deux temps. Lorsque l'entrepreneur – bénéficiaire de la clause – ouvre action contre le promettant, cela signifie qu'il peut *obtenir ce à quoi il aurait eu droit si le contrat avait été conclu* et résilié selon l'art. 377 CO. C'est là que l'exigence de détermination de l'objet du contrat est importante, puisqu'il faut pouvoir établir ce qui devait être réalisé et déterminer ainsi quel est le bénéfice que le bénéficiaire aurait pu faire si le contrat avait été conclu et exécuté.

**14.** Le Tribunal cantonal valaisan relève ainsi à juste titre que l'on peut envisager **deux approches** pour estimer les

<sup>8</sup> GABELLON, BR/DC 2015, p. 10; GAUCH (n. 2), n. 428; BK-KRAMER, Art. 22 CO n. 99; M. REBER, Die Baubindung beim Grundstückkauf, th. Berne 1999, p. 146; STÖCKLI, § 2 Abschluss, n. 2.62.

<sup>9</sup> GABELLON, BR/DC 2015, p. 10; GAUCH (n. 2), n. 429.

<sup>10</sup> Elle est aujourd'hui privilégiée par le Tribunal fédéral (ATF 118 II 32, JdT 1993 I 387), contrairement à la *Zweistufentheorie* qui prévalait précédemment; pour des explications sur ce point, cf. A. GABELLON, Le précontrat, Développements et perspectives, th. Fribourg, Zurich 2014, n. 136 ss.

dommages-intérêts positifs au sens de l'art. 377 CO. Selon *la méthode de la déduction (Abzugsmethode)*, on déduit du prix de l'ouvrage les économies réalisées par l'entrepreneur (parce qu'il n'a pas dû se procurer les matériaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage), ainsi que le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou auquel il a délibérément renoncé. Ce dernier point est essentiel lorsque l'entrepreneur est limité dans le nombre de mandats qu'il peut assumer; en effet, ce n'est que dans un tel cas qu'il y a un lien de causalité entre l'absence d'exécution d'un ouvrage et la possibilité d'en réaliser un autre. Selon *la méthode positive (Additionsmethode)*, on additionne le total des dépenses de l'entrepreneur pour la partie de l'ouvrage déjà exécutée et le bénéfice brut manqué pour l'entier de l'ouvrage<sup>11</sup>. Lorsque le contrat n'est pas exécuté du tout, la méthode de la déduction est probablement la plus simple. En l'espèce, c'est une expertise qui avait posé tous les éléments du dommage.

**15. La promesse de porte-fort (CO 111)** évoquée par l'arrêt est une situation un peu plus inhabituelle. Elle est liée au fait que l'acheteur de l'immeuble ne savait pas encore s'il allait lui-même exécuter un ouvrage sur celui-ci ou vendre le terrain à un tiers, ou encore confier les travaux à un entrepreneur général. Partant, la clause d'entrepreneur faisait peser la charge tant sur l'acquéreur de l'immeuble que sur le tiers, puisque l'acquéreur s'engageait «à conclure un contrat entre lui-même ou un tiers, d'une part, et l'entreprise de menuiserie, d'autre part». Fort à propos, le Tribunal cantonal retient dès lors que l'acheteur s'est «porté fort» que le tiers conclue le contrat d'entreprise avec le bénéficiaire au sens de l'art. 111 CO. Partant, l'acquéreur de l'immeuble «est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution»; il doit donc verser le montant en dommages-intérêts que le tiers qui a refusé de conclure le contrat aurait dû payer au sens de l'art. 377 CO. Le montant dû en vertu de l'art. 111 CO correspond donc bien à ce qui pourrait être réclamé en vertu de l'art. 377 CO à l'encontre du tiers.

**16. En conclusion**, on peut constater que la formulation retenue dans la clause d'entrepreneur considérée est probablement la plus efficace, **puisqu'elle permet** au bénéficiaire d'avoir potentiellement **deux débiteurs**, celui qui a accepté la clause d'entrepreneur et le tiers qui a acquis l'immeuble et a repris cette clause dans son contrat.

<sup>11</sup> ATF 117 II 273 cons. 4a-4b; ATF 96 II 192 cons. 4-5.