

*Par arrêt du 28 janvier 2021 (4A\_227/2020), le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile interjeté par S\_, T\_, U\_, V\_, W\_, X\_, Y\_ contre ce jugement.*

C1 17 245

## **JUGEMENT DU 11 MARS 2020**

### **Tribunal cantonal du Valais Cour civile II**

Composition : Jean-Pierre Derivaz président; Stéphane Spahr et Bertrand Dayer, juges;  
Laure Ebener, greffière;

#### **en la cause**

**S** \_\_\_\_\_, **T** \_\_\_\_\_, **U** \_\_\_\_\_, **V** \_\_\_\_\_, **W** \_\_\_\_\_, **X** \_\_\_\_\_,  
et **Y** \_\_\_\_\_, défendeurs et appelants, représentés par M<sup>e</sup> M \_\_\_\_\_,

#### **contre**

**Z** \_\_\_\_\_ **SA**, demanderesse et appelée, représentée par M<sup>e</sup> N \_\_\_\_\_.

(pacte d'emption - clause pénale improprement dite)

appel contre le jugement du 21 juin 2017 de la juge du district de A \_\_\_\_\_

## Procédure

A. Par écriture du 15 mai 2014, Z \_\_\_\_\_ SA a ouvert action contre S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_, en prenant les conclusions suivantes :

### "Principalement

1. **Invalider** les trois actes authentiques des 20 juin 2011 (pacte d'emption), 22 décembre 2011 (avenant n° 1 au pacte d'emption du 20 juin 2011) et 17 avril 2013 (avenant n° 2 au pacte d'emption du 20 juin 2011).
2. **Ordonner** aux Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_ de restituer à Z \_\_\_\_\_ SA l'acompte de CHF 7'000'000.- avec intérêts à 5 % dès le 20 juin 2011.
3. **Constater** que Z \_\_\_\_\_ SA ne doit pas aux Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_ le solde du prix de vente de CHF 6'000'000.-, ni aucun autre montant à quelque titre que ce soit.
4. **Dire** que tous les frais sont mis à la charge des Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_, ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens, débours compris, de Z \_\_\_\_\_ SA.

### Subsidiairement

1. **Constater** que le prix de vente prévu dans les trois actes authentiques des 20 juin 2011 (pacte d'emption), 22 décembre 2011 (avenant n° 1 au pacte d'emption du 20 juin 2011) et 17 avril 2013 (avenant n° 2 au pacte d'emption du 20 juin 2011) est excessif.
2. **Fixer**, par tout moyen probatoire approprié, le prix de vente des parcelles en cause.
3. **Dire** que tous les frais sont mis à la charge des Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_, ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens, débours compris, de Z \_\_\_\_\_ SA.

### Plus subsidiairement

1. **Constater** que l'acompte de CHF 7'000'000.-, valant également clause pénale, prévu dans les trois actes authentiques des 20 juin 2011 (pacte d'emption), 22 décembre 2011 (avenant n° 1 au pacte d'emption du 20 juin 2011) et 17 avril 2013 (avenant n° 2 au pacte d'emption du 20 juin 2011), est excessif.
2. **Réduire** de manière appropriée le montant de l'acompte, respectivement de la clause pénale.
3. **Dire** que tous les frais sont mis à la charge des Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_, ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens, débours compris, de Z \_\_\_\_\_ SA."

Au terme de leur réponse commune expédiée le 20 août 2014, les membres des communautés héréditaires prénommés (ci-après : les hoirs B/C \_\_\_\_\_) ont conclu au rejet des conclusions principales et subsidiaires, en excipant notamment de la prescription, avec suite de frais et dépens.

Les parties n'ont pas modifié leurs conclusions au terme de leur réplique et duplique.

Les 27 avril et 1<sup>er</sup> mai 2017, elles ont fait parvenir au tribunal du district de A \_\_\_\_\_ leurs plaidoiries écrites. Z \_\_\_\_\_ SA a formulé ses conclusions comme suit :

**"Principalement**

1. **Invalider** les trois actes authentiques des 20 juin 2011 (pacte d'emption), 22 décembre 2011 (avenant no 1 au pacte d'emption du 20 juin 2011) et 17 avril 2013 (avenant no 2 au pacte d'emption du 20 juin 2011).
2. **Ordonner** aux Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_, solidairement entre eux, de restituer à Z \_\_\_\_\_ SA l'acompte de CHF 7'000'000.- avec intérêts à 5% dès le 20 juin 2011.
3. **Constater** que Z \_\_\_\_\_ SA ne doit pas aux Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_, née D \_\_\_\_\_, le solde du prix de vente de CHF 6'000'000.-, ni aucun autre montant à quelque titre que ce soit.
4. **Dire** que tous les frais ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens et débours de Z \_\_\_\_\_ SA sont mis à la charge des hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et des hoirs de feu C \_\_\_\_\_, née D \_\_\_\_\_, solidairement entre eux.

**Subsidiairement**

1. **Constater** que l'acompte de CHF 7'000'000.- prévu dans les trois actes authentiques des 20 juin 2011 (pacte d'emption), 22 décembre 2011 (avenant no 1 au pacte d'emption du 20 juin 2011) et 17 avril 2013 (avenant no 2 au pacte d'emption du 20 juin 2011) vaut clause pénale.
2. **Constater** que ce montant de CHF 7'000'000.- est excessif.
3. **Réduire** à CHF 736'680.- le montant de l'acompte valant clause pénale.
4. **Ordonner** aux hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux hoirs de feu C \_\_\_\_\_, née D \_\_\_\_\_, solidairement entre eux, de restituer à Z \_\_\_\_\_ SA le montant de CHF 6'263'320.- avec intérêts à 5 % dès le 20 juin 2011.
5. **Dire** que tous les frais ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens et débours de Z \_\_\_\_\_ SA sont mis à la charge des hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et des hoirs de feu C \_\_\_\_\_, née D \_\_\_\_\_, solidairement entre eux."

Les hoirs B/C \_\_\_\_\_ ont, pour leur part, confirmé les conclusions de leur réponse.

**B.** Statuant le 21 juin 2017, la juge du district de A \_\_\_\_\_ (ci-après : la juge de district) a prononcé le dispositif suivant :

- "1. Les sept membres des communautés héréditaires de B \_\_\_\_\_ et de C \_\_\_\_\_, née D \_\_\_\_\_, à savoir S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_, sont condamnés, comme codébiteurs solidaires, à restituer à Z \_\_\_\_\_ SA la somme de 5'700'000 fr., avec intérêt moratoire au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> février 2014.
2. Les frais judiciaires, arrêtés à 100'000 fr., et l'émolument forfaitaire de conciliation, fixé le 13 mars 2014 à 250 fr. par le juge de commune de E \_\_\_\_\_, sont répartis à raison de 66'833 fr. 35 à la charge de Z \_\_\_\_\_ SA et à raison de 33'416 fr. 65 à celle de S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_.  
Codébiteurs solidairement responsables, S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_ restitueront à Z \_\_\_\_\_ SA le montant des avances de frais fournies, par 33'416 fr. 65.
3. Z \_\_\_\_\_ SA versera solidairement à S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_ une indemnité à titre de dépens réduite de 50'000 francs.
4. Toutes autres et plus amples prétentions sont rejetées dans la mesure de leur recevabilité."

**C.** Contre ce jugement, les hoirs B/C \_\_\_\_\_ ont, le 28 août 2017, interjeté appel, prenant les conclusions suivantes :

- "1. L'appel est admis;
2. Le Jugement du 21 juin 2017 rendu par la Juge du district de A \_\_\_\_\_ est réformé comme suit :
  - 2.1 Toutes les conclusions tant principales que subsidiaires de la demanderesse sont rejetées.
  - 2.2 Les frais et les dépens de première instance et d'appel sont mis à la charge de Z \_\_\_\_\_ SA."

Au terme de sa réponse du 1<sup>er</sup> novembre 2017, la demanderesse a conclu au rejet de l'appel, sous suite de frais et dépens.

La cause a été suspendue du 29 août au 29 novembre 2018 en raison de pourparlers transactionnels.

### **SUR QUOI LE TRIBUNAL Statuant en fait et considérant en droit**

**1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est - comme c'est le cas en l'espèce (13'000'000 fr.) - de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

**1.2** Remis à la poste le 28 août 2017, l'appel principal a été formé dans le délai légal de 30 jours (art. 311 al. 1 CPC), qui a couru dès la notification à l'avocat des appelants - le 28 juin 2017 - du jugement attaqué, et qui a été suspendu du 15 juillet au 15 août 2017 (art. 145 al. 1 let. b CPC).

**1.3** L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel examine avec plein pouvoir les griefs pris de la mauvaise application du droit - fédéral, cantonal ou étranger - et de la constatation inexacte des faits par le premier juge. Elle applique le droit d'office, sans être liée par les motifs invoqués par les parties ou le tribunal de première instance et peut substituer ses propres motifs à ceux de la décision attaquée. Elle ne revoit, en revanche, les constatations de fait que si elles sont remises en cause par le recourant, ne réexaminant d'office les faits non attaqués que lorsque la maxime inquisitoire pure est applicable et uniquement si elle a des motifs sérieux de douter de leur véracité lorsque c'est la maxime inquisitoire sociale qui est applicable. Elle contrôle en outre librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) - ce qui découle de la nature ordinaire de la voie de l'appel, en vertu de laquelle le litige se continue pour ainsi dire devant l'instance supérieure (JEANDIN, Code de

procédure civile commenté, 2<sup>e</sup> éd., 2019, n. 6 ad art. 310 CPC) - et vérifie si ce magistrat pouvait admettre les faits qu'il a retenus.

**2.1** En vertu du pacte d'emption instrumenté le 20 juin 2011 en la forme authentique par le notaire F \_\_\_\_\_, S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_ (héritiers de feu B \_\_\_\_\_ et de feu C \_\_\_\_\_; ci-après : les hoirs B/C \_\_\_\_\_), ont, après dévolution à l'hoirie, concédé à Z \_\_\_\_\_ SA (en formation), par l'entremise de sa fondatrice, G \_\_\_\_\_ SA, un droit d'emption sur les parcelles non bâties n<sup>os</sup> yy1 \_\_\_\_\_, yy2 \_\_\_\_\_, yy3 \_\_\_\_\_, yy4 \_\_\_\_\_ et yy5 \_\_\_\_\_, d'une surface totale de 7016 m<sup>2</sup>, toutes les cinq sises au lieu-dit "H \_\_\_\_\_", sur la commune de E \_\_\_\_\_.

Le prix de vente convenu était de 13'000'000 francs. Il devait être acquitté par l'empteur moyennant versement d'un "acompte réservation" de 7'000'000 fr., payable à la signature de l'acte sur le compte de consignation du notaire, le solde de 6'000'000 fr. étant dû pour moitié "lors de la signature de la réquisition de l'exercice du droit d'emption", et pour l'autre moitié "à la prise de possession". Le pacte prévoyait que, "en cas d'exercice du droit d'emption à l'échéance", l'"acompte réservation" serait porté en déduction du prix de vente total, tandis qu'en cas de non-exercice du droit, il serait "définitivement acquis à l'hoirie venderesse" (ch. II/1 du pacte).

Le droit d'emption était octroyé pour la durée de quinze mois à compter de la signature du pacte, mais jusqu'au 30 septembre 2012 au plus tard (ch. II/2 du pacte).

Selon le chiffre II/3 du pacte, l'exercice de l'option de l'empteur devait par ailleurs intervenir dans les 60 jours dès l'entrée en force d'une autorisation de construire sur les parcelles visées, la société acquéresse prenant l'engagement de déposer une demande d'autorisation de construire dans un délai de sept mois à compter de la signature de l'acte, soit pour le 31 janvier 2012 au plus tard. En cas de non-obtention d'une autorisation de construire, le droit d'emption devrait être exercé pour le 30 septembre 2012 au plus tard. En cas de non-présentation d'un dossier de demande d'autorisation dans le délai convenu, l'empteur serait présumé avoir renoncé à son emption; il en irait de même s'il n'exerçait pas son emption dans les 60 jours dès l'entrée en force de l'autorisation de construire, ou pour le 30 septembre 2012 au plus tard; dans ces hypothèses, les engagements mutuellement pris seraient nuls et de nul effet; l'annotation du droit d'emption au registre foncier serait radiée et l'acompte payé définitivement acquis à la communauté héréditaire venderesse.

Lors de l'instrumentation de l'acte, les hoirs B/C \_\_\_\_\_ étaient représentés par U \_\_\_\_\_ et W \_\_\_\_\_. Le premier est ingénieur civil EPFZ; le second, notaire. Quant à Z \_\_\_\_\_ SA en formation, elle était représentée par I \_\_\_\_\_, architecte, auquel J \_\_\_\_\_, habilité à engager G \_\_\_\_\_ SA, avait confié ses pouvoirs de représentation. Ce dernier, qui est expert fiscal et président de la chambre immobilière du Valais, était alors conseiller national et membre de la commission des affaires juridiques du Conseil national.

Conformément au pacte (ch. II/2), le droit d'emption a été annoté au registre foncier. Quant à l'"acompte réservation" de 7'000'000 fr., il avait été versé le 10 juin 2011 déjà sur le compte de consignation du notaire.

**2.2** Le 7 juin 2011, K \_\_\_\_\_, agissant pour le compte de L \_\_\_\_\_ SA, d'une part, et de O \_\_\_\_\_ SA, d'autre part, avait formulé à l'adresse de U \_\_\_\_\_ une proposition portant sur les mêmes parcelles n<sup>os</sup> yy1 \_\_\_\_\_, yy2 \_\_\_\_\_, yy6 \_\_\_\_\_, yy4 \_\_\_\_\_ et yy5 \_\_\_\_\_, pour le prix de 16'000'000 francs. Cette proposition avait été déclinée, car les hoirs B/C \_\_\_\_\_ avaient déjà donné leur accord à Z \_\_\_\_\_ SA.

**2.3** Z \_\_\_\_\_ SA a été inscrite au registre du commerce le 28 juillet 2011.

**2.4** Le 22 décembre 2011, U \_\_\_\_\_ et W \_\_\_\_\_, pour les hoirs B/C \_\_\_\_\_, d'une part, et P \_\_\_\_\_ et I \_\_\_\_\_, en leur qualité d'administrateurs de Z \_\_\_\_\_ SA, d'autre part, sont convenus - toujours en la forme authentique - d'un premier avenant au pacte d'emption du 20 juin 2011. Les parties ont prolongé la durée du droit, prévoyant que l'exercice se ferait avant le 30 avril 2013, supprimant par ailleurs les autres modalités prévues au chiffre II/3 du pacte. Cette prolongation intervenait, selon les termes de l'avenant, en raison de la complexité des démarches à mettre en œuvre tant auprès des voisins que de la Municipalité de E \_\_\_\_\_ et de l'Etat du Valais, aux fins d'assurer un développement harmonieux sur les parcelles concernées. L'avenant prévoyait encore que, eu égard à la prolongation du délai d'exercice du droit, Z \_\_\_\_\_ SA verserait à l'hoirie B/C \_\_\_\_\_, simultanément au paiement du solde du prix, un montant de 65'000 fr., correspondant au 0.5 % de la commission de vente à laquelle l'hoirie était astreinte.

**2.5** Le 14 mars 2012, soit trois jours après l'acceptation, par le peuple, de l'initiative populaire "Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires" (ci-après : initiative sur les résidences secondaires), Z \_\_\_\_\_ SA a déposé auprès de la commune de E \_\_\_\_\_ une demande d'autorisation portant sur la

construction de cinq chalets résidentiels (chalets A, B, C, D et E, renfermant trente-huit appartements, avec l'aménagement de nonante-deux places de parc), sur les parcelles visées par le droit d'emption, dans le cadre d'une promotion intitulée Q \_\_\_\_\_. Il était prévu que, pour la construction desdits chalets, d'une surface totale de plancher de 5162,50 m<sup>2</sup>, 2766 m<sup>2</sup> devaient être affectés aux résidences principales, 1539,50 m<sup>2</sup> devaient être attribués aux résidences secondaires et 857 m<sup>2</sup> supplémentaires aux résidences secondaires, moyennant paiement d'une taxe de remplacement fixée à 1'544'701 fr. par la commune. Plusieurs oppositions ont été formulées contre le projet, notamment par l'association Helvetia Nostra. Selon décision prise en séances des 24 juillet et 21 août 2012, le conseil municipal de E \_\_\_\_\_ a écarté les oppositions et délivré le permis de bâtir requis.

Par écriture du 24 septembre 2012, M<sup>e</sup> R \_\_\_\_\_, agissant pour Helvetia Nostra, a formé recours contre l'autorisation de construire. Le Conseil d'Etat du Valais a, par décision du 19 décembre 2012, déclaré le recours irrecevable, motif pris que la recourante ne disposait pas de la qualité pour recourir au sens de l'article 44 al. 1 let. b de la loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (LPJA). Contre la décision d'irrecevabilité, Helvetia Nostra a, le 1<sup>er</sup> février 2013, formé un recours de droit administratif auprès du Tribunal cantonal.

**2.6** Le 17 avril 2013, les parties sont convenues - toujours en la forme authentique - d'un second avenant au pacte d'emption du 20 juin 2011, tendant à une nouvelle prolongation de la durée du droit, en raison des démarches en cours visant à l'obtention des autorisations de construire sur les parcelles concernées. La durée du droit était nouvellement fixée au 30 avril 2014. Eu égard à cette nouvelle prolongation, Z \_\_\_\_\_ SA prenait l'engagement de verser à l'hoirie B/C \_\_\_\_\_, au 30 septembre 2013, une indemnité de 100'000 francs.

**2.7** Dans deux arrêts du 22 mai 2013 concernant des communes du canton de AA \_\_\_\_\_, le Tribunal fédéral a reconnu aux organisations de protection de la nature et du paysage la qualité pour recourir contre les autorisations de construire des résidences secondaires, mais également posé que l'article 75b al. 1 Cst. féd., en relation avec l'article 197 ch. 9 al. 2 Cst. féd. - entré en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont accepté, soit le 11 mars 2012 - contenait une interdiction de construire immédiatement applicable pour les résidences secondaires dans les communes où la proportion de 20 % était déjà atteinte ou dépassée, précisant que cette interdiction valait pour toutes les autorisations de construire délivrées en première instance par les communes concernées à partir du 11 mars 2012. Les permis délivrés avant le 1<sup>er</sup> janvier

2013 étaient annulables sur recours, alors que ceux octroyés après cette date étaient nuls en vertu de l'article 197 ch. 9 al. 2 Cst. fédérale.

Le recours interjeté auprès du Tribunal cantonal par Helvetia Nostra contre l'autorisation de construire octroyée à Z \_\_\_\_\_ SA a été classé par arrêt du 21 août 2013, en raison de la déclaration émise le 19 août 2013 par cette dernière selon laquelle elle renonçait à son projet de construction.

Le 20 janvier 2014, par l'intermédiaire de son avocat, Z \_\_\_\_\_ SA a déclaré par écrit aux sept membres des communautés héréditaires vouloir invalider le pacte d'emption et ses deux avenants, exigeant par ailleurs la restitution de l'acompte réservation de 7'000'000 fr. pour le 31 janvier 2014.

**2.8** Tentée par le juge de commune de E \_\_\_\_\_, la conciliation, requise le 26 février 2014 par Z \_\_\_\_\_ SA, a échoué et l'autorisation de procéder a été délivrée le 13 mars 2014 à celle-ci.

**2.9** L'expert judiciaire (BB \_\_\_\_\_, taxateur officiel de la commune de E \_\_\_\_\_) a arrêté la valeur des parcelles concernées par le pacte d'emption, en prenant en considération les prix pratiqués dans la région avant l'entrée en vigueur de la "Lex Weber" (*recte* : de l'initiative sur les résidences secondaires, laquelle a donné lieu à ladite loi, intitulée Loi fédérale sur les résidences secondaires), au montant de 10'524'000 fr. (1500 fr./m<sup>2</sup> x 7016 m<sup>2</sup>), tout en constatant que la valeur retenue dans le pacte d'emption était de 1850 fr./m<sup>2</sup> environ. Il a estimé à 30 % la dépréciation économique des parcelles provenant de l'impossibilité de construire des résidences secondaires depuis l'entrée en vigueur de la "Lex Weber" (*recte* : de l'initiative). Appelé à compléter son rapport initial, il a confirmé le pourcentage de dépréciation en question, fixant à 7'366'800 fr. la valeur "objective" des parcelles après l'entrée en vigueur de la loi précitée, ce qui représente 1050 fr./m<sup>2</sup>.

**2.10** Les autres faits pertinents pour la solution du litige seront traités *infra*.

**3.** La juge de district a, en substance, considéré que le pacte d'emption et ses deux avenants avaient été valablement conclus. Le premier l'avait été à titre gratuit. Les deux avenants, en revanche, étaient intervenus contre rémunération.

La magistrate a nié que la conclusion du pacte d'emption le fût sous le coup, chez Z \_\_\_\_\_ SA (en formation), d'une erreur essentielle au sens de l'article 24 al. 1 ch. 4 CO (en l'occurrence la constructibilité de résidences secondaires sur les cinq

parcelles visées), consécutivement à l'adoption, par le peuple et les cantons, le 11 mars 2012, de l'initiative sur les résidences secondaires. En effet, l'acceptation ou le rejet de cette initiative constituait un fait futur incertain. Il n'y avait dès lors pas lieu à invalidation du contrat.

La magistrate a retenu ensuite que les parties savaient et avaient accepté que l'acompte de 7'000'000 fr., qui devait, selon les termes du pacte, demeurer définitivement acquis aux B/C \_\_\_\_\_ en cas de non-exercice du droit d'option, tombait sous le coup des dispositions de la clause pénale (art. 160 ss CO) et qu'il pouvait partant être réduit judiciairement, et répété, à tout le moins en partie, dès lors qu'il avait déjà été acquitté. Le montant en question correspondait à 53,84615 % du prix de vente. Une peine dépassant la moitié du prix de vente était sans conteste disproportionnée sur le vu des circonstances du cas d'espèce. La juge de district a ainsi réduit la peine à 1'300'000 fr., représentant le 10 % du prix de vente, et condamné les hoirs B/C \_\_\_\_\_ à restituer le montant de 5'700'000 fr. (7'000'000 fr. - 1'300'000 fr.), avec intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> février 2014, soit dès le lendemain du délai déterminé figurant dans le courrier expédié le 20 janvier 2014 par l'avocat de Z \_\_\_\_\_ SA aux hoirs B/C \_\_\_\_\_.

Statuant sur l'exception de prescription excipée par les défendeurs dans leur réponse du 20 août 2014, la juge de district l'a rejetée. Elle a considéré que le délai d'un an prévu par l'article 67 al. 1 aCO pour l'action pour cause d'enrichissement illégitime avait commencé à courir à partir de la connaissance de l'arrêt 1C\_646/2012 (publié aux ATF 139 II 243) du Tribunal fédéral du 22 mai 2013 rendu sur l'initiative sur les résidences secondaires. La requête de conciliation ayant été déposée le 26 février 2014, le délai avait été valablement interrompu.

**4.1** Les appelants contestent que les parties aient su et accepté que l'acompte de 7'000'000 fr. tombait sous le coup des dispositions de la clause pénale. Ils estiment que la juge de district ne pouvait retenir ce fait, qui ressortait exclusivement des déclarations du notaire en procédure, lesquelles n'avaient été confirmées par aucune des parties. Ils observent que ni le pacte d'option ni les avenants ne contenaient une quelconque allusion à l'existence d'une clause pénale et à la réduction possible du montant versé. Selon eux, le texte prévoyait clairement que, en cas de non-exercice du droit d'option, l'"acompte réservation" restait acquis au vendeur. Les appelants semblent voir dans le versement du montant de 7'000'000 fr. une pure rémunération du droit d'option, due indépendamment de l'exercice de ce droit.

**4.2** Le droit d'emption est la faculté en vertu de laquelle une personne (l'empeur) peut se porter acheteur d'une chose par une simple déclaration unilatérale de volonté et exiger ainsi d'une autre personne (le promettant ou le concédant) le transfert de la propriété de la chose moyennant paiement du prix (STEINAUER, Les droits réels, vol. II, 2012, no 1695). Selon la jurisprudence, il s'agit d'un droit d'acquisition conditionnel subordonné à une condition potestative : la déclaration d'exercice du droit. Lorsque l'empeur a déclaré exercer son droit au propriétaire de la chose, la condition à laquelle la vente était subordonnée est avenue. La vente conditionnelle que constitue le pacte d'emption, devenue parfaite à la suite de l'exercice du droit par son titulaire, produit alors ses effets : l'acheteur a droit au transfert de la propriété de la chose et le vendeur au paiement du prix (ATF 129 III 264 consid. 3.2.1; 121 III 210 consid. 3c; voir FOËX, Le droit d'emption - questions choisies, *in* Les droits d'emption, de préemption et de réméré, Questions pratiques et d'actualité, 2017, p. 1 ss, no 7).

L'article 216 al. 2 CO soumet le pacte d'emption ayant pour objet un immeuble à l'observation de la forme authentique. Cette forme doit recouvrir les éléments objectivement et subjectivement essentiels. Selon le Tribunal fédéral, le pacte d'emption doit contenir les mêmes éléments qu'une vente immobilière (arrêt 5A\_651/2010 du 17 janvier 2011 consid. 5.2.1). Il doit renfermer tous les éléments pour que, lors de la levée de l'option, la vente soit parfaite (FOËX, *op. cit.*, no 17).

Le droit d'emption peut être concédé à titre gratuit ou contre rémunération (CAVIN, Traité de droit privé suisse, La vente/L'échange/La donation, T. VII, 1, 1978, p. 148; MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, 1975, n. 41 ad art. 683 CC; RVJ 1977 p. 106 ss; cf., ég. STEINAUER, *op. cit.*, no 1699b; FOËX, *op. cit.*, nos 20 et 27). Dans cette deuxième hypothèse, les parties peuvent convenir que la contre-prestation en argent sera acquise au concédant si le droit n'est pas exercé ou que, au contraire, elle sera considérée comme un paiement partiel s'il l'est (RFJ 2003 p. 40 ss consid. 2; RVJ 1977 p. 108). La contre-prestation se justifie notamment parce que le concédant peut, selon les circonstances, être lié durant plusieurs années (MEIER-HAYOZ, *loc. cit.*; RVJ 1977, p. 108).

**4.3** On parle d'arrhes ("*Haftgeld*") lorsqu'une partie remet à l'autre une somme ou un objet en signe de la conclusion d'un contrat, au moment de celle-ci (cf. art. 158 al. 1 CO; ATF 133 III 43 consid. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, T. II, 2014, p. 251, no 3857; BENTELE, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, 1994, p. 17). Lorsque les arrhes sont acquises à celui qui les a reçues en cas de violation du contrat, elles ont la portée d'une peine conventionnelle payée d'avance (ATF 133 III précité consid. 3.2).

**4.4.1** Prévues aux articles 160 ss CO, la peine conventionnelle est la prestation que le débiteur promet au créancier en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite d'une obligation déterminée (obligation principale). Une telle promesse vise à protéger l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat, en constituant une incitation supplémentaire pour le débiteur à se conformer au contrat. Elle améliore également la position juridique du créancier, qui est dispensé de prouver son dommage. Vu son caractère accessoire, la peine conventionnelle s'éteint notamment si l'obligation principale devient impossible sans la faute du débiteur (art. 119 al. 1 et 163 al. 2 CO); il appartient à ce dernier de prouver l'impossibilité (subséquente) et l'absence de faute. L'article 163 al. 2 CO réserve une convention contraire; les parties peuvent ainsi conclure une clause pénale indépendante de toute faute, qui aura alors une fonction de garantie (arrêt 4A\_653/2016 du 20 octobre 2017 consid. 3.1 et les réf.).

La peine conventionnelle présente une triple caractéristique. Elle est conditionnelle, puisque l'exigibilité de la prestation à laquelle elle donne lieu dépend de l'inexécution de l'obligation principale. Elle est autonome, puisqu'elle est génératrice d'une obligation propre. Enfin, elle est accessoire, puisqu'elle est au service de l'obligation principale, qu'elle renforce (MOOSER, Commentaire romand, 2012, n. 1 ad art. 160 CO; cf., ég. TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, 2019, nos 1465 ss).

La peine conventionnelle poursuit plusieurs buts. Elle exerce d'abord une pression sur le débiteur, l'encourageant ainsi à exécuter ses obligations conformément au contrat (effet préventif). Elle a ensuite deux fonctions secondaires qui se manifestent en cas de violation du contrat, soit une fonction compensatrice, visant à l'indemnisation du créancier, ainsi qu'une fonction répressive, tendant à sanctionner l'auteur de la violation (COUCHEPIN, La clause pénale, 2008, no 129; TOLOU, La forfaitisation du dommage, 2017, no 195; MOOSER, n. 2 ad art. 160 CO).

**4.4.2** On est en présence d'une peine conventionnelle improprement dite ("*unechte Konventionalstrafe*") lorsqu'une personne s'engage à exécuter une peine en l'absence de violation d'une obligation, mais dans l'hypothèse où elle n'exercerait pas un droit qu'elle détient (MABILLARD, Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, in PJA 2005, p. 547 ss; le résumé en français de cet article utilise la notion de "quasi-peine conventionnelle"). Cette peine est, à l'instar de la clause pénale proprement dite, conditionnelle, mais n'est pas de nature accessoire, puisqu'elle n'accompagne pas une *obligation* de faire ou de s'abstenir (WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Commentaire bâlois, 2020, n. 3 ad art. 160 CO). La personne concernée dispose d'un choix : soit elle exerce le droit en question, soit elle

doit la peine convenue. Si elle reste entièrement libre d'exercer ou non le droit qui est le sien, la peine à laquelle elle s'est engagée exerce sur elle une certaine pression (MABILLARD, op. cit., p. 548).

Selon la doctrine dominante, il y a lieu d'appliquer à cette figure juridique les règles sur la peine conventionnelle proprement dite (art. 160 ss CO), notamment la disposition de l'article 163 al. 3 CO, qui fait obligation au juge de réduire une peine excessive (WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, loc. cit.; COUCHEPIN, op. cit., no 1082; MABILLARD, op. cit., p. 552; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, op. cit., no 3849; PIETRUSZAK, *in* Kurzkomentar OR, 2014, n. 17 ad art. 161 CO; BECKER, Commentaire bernois, 1941, n. 26 ad art. 163 CO); il ne serait guère soutenable que celui qui renonce à exercer un droit soit traité plus durement que le débiteur qui viole une obligation (MABILLARD, op. cit., p. 553).

**4.5** En procédure, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1; 131 III 606 consid. 4.1). 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, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (arrêts 4A\_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 6.2 et 4A\_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1). Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il s'agit de constatations de fait (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2).

Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, selon les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (arrêts 4A\_508/2016 précité consid. 6.2 et 4A\_98/2016 précité consid. 5.1). D'après ce principe, la volonté interne de s'engager du déclarant n'est pas seule déterminante; une obligation à sa charge peut découler de son comportement, dont

l'autre partie pouvait, de bonne foi, déduire une volonté de s'engager. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3; 130 III 417 consid. 3.2). La détermination de la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance, est une question de droit; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait. Les circonstances déterminantes à cet égard sont uniquement celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; arrêt 4A\_458/2016 du 29 mars 2017 consid. 4.1).

**4.6.1** En l'occurrence, les actes de la cause ne fournissent que peu d'éléments sur les motifs pour lesquels les parties ont décidé de conclure un pacte d'emption, sur la nature de l'"acompte réservation" de 7'000'000 fr. et sur les raisons qui ont motivé l'adoption de la clause selon laquelle ledit acompte resterait acquis au concédant en cas de non-exercice du droit d'emption.

Entendu en qualité de témoin, le notaire F \_\_\_\_\_ a expliqué ce qui suit. Au départ, les parties avaient prévu de signer un acte de vente pour le prix de 13'000'000 fr.; un acompte de 7'000'000 fr. devait être versé immédiatement et le solde à l'obtention de l'autorisation de construire, au plus tard dans le délai d'une année. Comme il avait "discuté avec la famille B/C \_\_\_\_\_ de la garantie pour le paiement du 2<sup>ème</sup> acompte", ils étaient "arrivés à la décision de conclure plutôt un pacte d'emption", d'autant que Z \_\_\_\_\_ SA ne voulait pas délivrer de garantie d'aucune sorte. La famille B/C \_\_\_\_\_ avait estimé en effet que l'hypothèque légale du vendeur était insuffisante. Concernant le montant de 7'000'000 fr., le notaire avait "tout de suite estimé qu'il était élevé pour la conclusion d'un pacte d'emption" et avait proposé aux parties de fixer une somme inférieure. Comme celles-ci "entendaient confirmer l'accord entre elles concernant les deux paiements", il les avait rendues attentives au fait que, "en cas de problème lié au pacte d'emption ce montant ne tiendrait pas et qu'il appartiendrait alors au juge de fixer l'indemnité" (dossier p. 312 sv., R ad Q2). W \_\_\_\_\_ et U \_\_\_\_\_ ont, lors de leur déposition, confirmé les explications du notaire selon lesquelles la décision de conclure un pacte d'emption avait été prise à des fins de garantie (dossier p. 319 et 321; R ad Q34 et R ad Q47). Ceux-ci, et les autres personnes entendues en qualité de partie, ont en revanche déclaré ne pas se souvenir de ce que le notaire les avait avisés du caractère éventuellement réductible du montant de 7'000'000 fr. (I \_\_\_\_\_, dossier p. 315, R ad Q12; P \_\_\_\_\_, dossier p. 317, R ad Q25;

W \_\_\_\_\_, dossier p. 319, R ad Q37; U \_\_\_\_\_, dossier p. 321, R ad Q48). Quant aux autres déclarations des parties relativement à l'"acompte réservation" de 7'000'000 fr., elles seront reprises ci-après dans la mesure nécessaire.

**4.6.2.1** On peine à comprendre en quoi la conclusion d'un pacte d'emption était en soi de nature à garantir au vendeur le paiement intégral du prix de vente. Si un tel pacte a effectivement, par nature, une fonction de garantie, celle-ci bénéficie au potentiel acheteur, et elle est d'autant plus importante qu'il est convenu, comme en l'espèce, d'annoter le droit au registre foncier (cf. FOËX, op. cit., no 70).

S'agissant du montant de 7'000'000 fr. à verser à la signature de l'acte (qui l'a été le 10 juin 2011, soit dix jours avant l'instrumentation), il est, dans le pacte, présenté comme un "acompte réservation". L'importance dudit montant, qui a été dictée par les hoirs B/C \_\_\_\_\_, - la société ne versant ordinairement que 10 % à 20 % jusqu'à l'obtention de l'autorisation de construire (I \_\_\_\_\_, dossier p. 315, R ad Q11) -, résultait vraisemblablement d'une volonté de ces derniers de s'assurer du sérieux de sa cocontractante et de favoriser le bon déroulement de la vente espérée. La nature de cet "acompte réservation" et de la clause selon laquelle il serait acquis au vendeur en cas de non-exercice du droit d'emption est contestée. Les appelants nient qu'il s'agisse d'une peine conventionnelle susceptible de réduction. En première instance, ils ne qualifiaient pas juridiquement cet acompte, dont ils estimaient tout simplement qu'il devait leur rester acquis, selon le texte clair du pacte d'emption. En appel, ils semblent soutenir qu'il s'agissait de la contre-prestation du droit d'option, puisqu'ils reprochent à la juge de district d'avoir constaté à tort que le pacte d'emption avait été concédé gratuitement. Selon eux, Z \_\_\_\_\_ SA en formation, représentée par des personnes particulièrement expérimentées en affaires immobilières et financières, avait parfaitement conscience des conséquences financières en cas de non-exercice du droit d'emption. Aucune des parties entendues en procédure ne se souvenait d'ailleurs que le notaire les aurait avisées de la réduction du montant à laquelle il faudrait le cas échéant procéder.

On ignore qui a proposé la clause stipulant que l'acompte de 7'000'000 fr. resterait acquis aux vendeurs en cas de non-exercice du droit, et si les parties en ont discuté directement entre elles. On doit par ailleurs concéder aux appelants qu'il n'est pas établi à quel moment (lors de l'élaboration du projet ou à la signature de l'acte) et avec quelles précisions le notaire a informé les parties de ce que le montant de 7'000'000 fr. était "élevé", et qu'il devrait, en cas de problème, être réduit par le juge. Tout porte à penser que les vendeurs et acquéresse n'ont pas sérieusement discuté de cette problématique,

ni n'ont prêté une attention suffisante aux indications que le notaire a vraisemblablement fournies (malgré l'absence de souvenirs y relatifs des parties). Selon I \_\_\_\_\_, les parties étaient convaincues que l'autorisation de construire serait valable et que la "Lex Weber" n'entrerait en vigueur que postérieurement (dossier p. 315, R ad Q12). L'objet de cette initiative n'a pas fait l'objet de discussions lors de la conclusion du pacte, ni non plus lors de la signature des avenants (F \_\_\_\_\_, dossier p. 313, R ad Q6). W \_\_\_\_\_ a déclaré pour sa part que c'était bien un "acompte sur le prix de vente" qui était prévu - le montant ayant été proposé par l'acquéreur dans l'optique d'une vente - et qu'il ne se souvenait pas du tout que le notaire ait dit qu'il était trop élevé pour un pacte d'emption; il avait "signé l'acte et c'est tout" (dossier p. 319, R ad Q37). Quant à U \_\_\_\_\_, il a exposé que le montant de 7'000'000 fr. était le "premier acompte"; pour l'hoirie, ce qui était primordial, c'était de vendre le terrain "avec un maximum de sécurité" (dossier p. 321, R ad Q47). P \_\_\_\_\_ a simplement relevé que, "[p]our réserver le terrain", il fallait verser le montant de 7'000'000 fr. (dossier p. 317, R ad Q24). Il transparaît de ces déclarations que les parties n'ont vraisemblablement pas envisagé que la vente n'aboutirait pas. Pour elles, le versement de 7'000'000 fr. constituait sans doute le paiement d'un acompte en vue d'une vente qui ne manquerait pas de se réaliser. Aucune des personnes entendues en procédure n'a déclaré que ce montant devait servir de rémunération du droit d'emption, ou remplir une autre fonction. Par ailleurs, même si elles ne s'en souviennent pas, les parties ont, comme déjà mentionné, vraisemblablement été avisées par le notaire que le montant pourrait être réduit. W \_\_\_\_\_, qui est notaire, ne pouvait au demeurant ignorer les difficultés que peuvent poser de telles clauses, et de leur caractère réductible selon les circonstances. Les appelants soutiennent encore que, s'ils n'avaient pas été certains que le montant de 7'000'000 fr. leur était définitivement acquis en cas de non-exercice du droit, ils n'auraient jamais accepté la conclusion du pacte d'emption, alors qu'ils avaient reçu une offre d'achat pour un montant supérieur de 3'000'000 francs. Outre qu'il s'agit d'une argumentation reposant sur des faits en partie non allégués, et qui n'a pas été soutenue par U \_\_\_\_\_ et W \_\_\_\_\_ lors de leur déposition, il faut quoi qu'il en soit objecter aux défendeurs qu'il est pour le moins incertain qu'une vente des parcelles à L \_\_\_\_\_ SA et O \_\_\_\_\_ SA pour le montant de 16'000'000 fr. aurait abouti. Postuler que ces sociétés auraient accepté de conclure une vente inconditionnelle pour le prix en question, et que les vendeurs et acquéreurs ne se seraient pas retrouvés dans la même situation que celle à laquelle font face les parties en raison de l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires semble hasardeux. Les conditions de l'offre du 7 juin 2011 formée à l'adresse de U \_\_\_\_\_ (dossier p. 200) ne sont d'ailleurs pas précises. Il n'y est pas indiqué s'il s'agissait de conclure un pacte d'emption ou une vente,

le cas échéant si celle-ci serait inconditionnelle ou non. La proposition faite de ne payer à la signature de l'acte que le 10 % du prix de vente, le solde au plus tard six mois après, n'aurait au demeurant certainement pas trouvé grâce auprès des vendeurs.

En définitive, il est douteux que les parties (plus particulièrement Z \_\_\_\_\_ SA) aient accepté que l'hoirie se voie purement et simplement gratifier d'un montant de 7'000'000 fr. si la vente ne se concrétisait pas pour quelque raison que ce soit. C'est dire qu'on ne peut retenir une volonté commune et réelle des parties en ce sens, étant précisé qu'une telle volonté peut quoi qu'il en soit être contrariée par des restrictions légales.

**4.6.2.2** Il y a lieu, partant, de recourir à l'interprétation objective.

Le texte du pacte d'emption sur l'"acompte réservation" de 7'000'000 fr. et son sort, en cas d'exercice ou non du droit, est, en soi, limpide. Par ailleurs, on ne dispose pas d'éléments sur les déclarations et comportements des parties durant les négociations et lors de la signature du pacte, dont on devrait inférer un sens objectif.

Compte tenu de ce que le montant de 7'000'000 fr. devait rester acquis à l'hoirie venderesse, et puisqu'un pacte d'emption peut être onéreux, ladite somme peut être comprise comme la contre-prestation de la concession du droit d'emption (étant rappelé qu'une telle contre-prestation avait été prévue pour les avenants au pacte), ainsi que semblent le soutenir les appelants. Une telle interprétation ne se déduit toutefois nullement du texte du pacte, qui n'utilise pas le terme de rémunération, ni une autre notion analogue. L'acte décrit le versement de 7'000'000 fr. à la signature de l'acte comme un "acompte réservation", qui devra être déduit du prix à verser en cas d'exercice du droit d'emption. Les parties à un pacte d'emption peuvent certes prévoir que la rémunération du droit sera déduite du prix de vente (cf., *supra*, consid. 4.2). Cela étant, le montant concerné en l'espèce est beaucoup trop important pour servir de contrepartie au droit d'emption, contrepartie tendant à dédommager le concédant pour la restriction subie, sur une période en l'occurrence réduite. Par ailleurs, la clause prévoyant que le montant reste acquis au vendeur en cas de non-exercice du droit exerce objectivement une véritable pression sur le bénéficiaire du droit d'emption, ce qui est typique d'une peine conventionnelle (improprement dite en l'occurrence, comme on le verra).

Puisque Z \_\_\_\_\_ SA, bénéficiaire du droit d'emption, n'était, en tant que telle, nullement tenue d'exercer le droit d'emption (il s'agit bien plutôt d'une prérogative), il est d'emblée exclu de considérer la clause litigieuse comme une peine conventionnelle proprement dite, réglée par les articles 160 ss CO. Seule est envisageable une peine conventionnelle *improprement dite*, à laquelle, comme on l'a vu (cf., *supra*, consid. 4.4.2),

on applique néanmoins les dispositions du code des obligations précitées. La clause litigieuse doit être objectivement comprise comme prévoyant une telle peine, puisqu'il s'agit d'un montant qui reste dû en cas de non-exercice du droit d'emption et qui est, comme on l'a vu, de nature à exercer une réelle pression sur le bénéficiaire du pacte, dont la liberté d'exercer ou non le droit se voit, pratiquement, limitée.

En définitive, la clause litigieuse doit être interprétée comme une peine conventionnelle improprement dite (dans ce sens, voir l'arrêt rendu le 21 novembre 2016 par le Tribunal cantonal des Grisons dans la cause ZK2 15 55). Quoique semblent penser les appelants, le fait que leur cocontractante était rompue au monde des affaires immobilières ne s'y oppose pas. S'il est vrai que, lors de l'examen du caractère excessif de la peine convenue et d'une éventuelle réduction, les connaissances des parties sont déterminantes (cf., *infra*, consid. 5.2), cette circonstance n'influe pas sur la qualification juridique de la clause. Par ailleurs, il n'importe que l'acompte doive ou non être qualifié d'arrhes, puisque celles-ci ont, en cas de non-exercice du droit, la portée d'une peine conventionnelle improprement dite payée d'avance (la solution posée à l'ATF 133 III 43 consid. 3.2 [cf., *infra*, consid. 5.2] en matière de peine conventionnelle proprement dite devant être appliquée par analogie).

**5.1** Les appelants soutiennent que, à supposer même qu'il faille considérer la clause comme prévoyant une peine conventionnelle, celle-ci n'a pas à être réduite en vertu de l'article 163 al. 3 CO, et encore moins à concurrence du 10 % du prix de vente. Ils soulignent qu'une peine conventionnelle ne peut en aucun cas être réduite à un montant inférieur au dommage effectivement subi. Or, leur préjudice s'élèverait à au moins 6'900'000 fr., compte tenu de la perte de valeur des parcelles résultant de l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires (3'900'000 fr. [30 % de 13'000'000 fr.]), mais également du fait qu'un tiers était prêt à leur offrir un montant supérieur de 3'000'000 fr. à celui prévu dans le pacte d'emption.

**5.2** Comme déjà spécifié, il y a lieu d'appliquer à la peine conventionnelle improprement dite les règles des articles 160 ss CO, dont on rappellera ainsi certains des principes. Il s'agira néanmoins, comme on le verra (cf., *infra*, consid. 5.3), de tenir compte des particularités d'une telle peine.

Aux termes de l'article 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines conventionnelles qu'il estime excessives. La jurisprudence a admis qu'il s'agit d'une norme d'ordre public - destinée à protéger la partie faible contre les abus de l'autre partie -, et que celle-ci est impérative -

ce qui signifie que les parties ne peuvent y renoncer (ATF 143 III 1 consid. 4.1; 133 III 201 consid. 5.2; arrêt 4A\_398/2007 consid. 7.1, non publié à l'ATF 135 III 433).

La réduction d'une peine conventionnelle est un cas d'application du principe général de l'interdiction de l'abus de droit (ATF 143 I 1 consid. 4.1; 138 III 746 consid. 6.1.1). L'intervention du juge dans le contrat ne se justifie que si le montant de la peine est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de ne plus être compatible avec le droit et l'équité (art. 4 CC). Pour juger du caractère excessif de la peine, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais au contraire tenir compte de toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Une réduction de la peine se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Il y a lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur. Il convient également de ne pas perdre de vue les éventuels liens de dépendance résultant du contrat et l'expérience en affaires des parties. La protection de la partie économiquement faible autorise davantage une réduction que si sont concernés des partenaires économiquement égaux et habitués des affaires (ATF 133 III 201 consid. 5.2; 133 III 43 consid. 3.3.2 et 4.2).

C'est au débiteur qu'incombe le fardeau de la preuve des éléments de fait permettant de réduire la peine (art. 8 CC; ATF 143 III 1 consid. 4.1).

Le pouvoir d'appréciation du juge (art. 163 al. 3 CO; art. 4 CC) se rapporte tant au caractère excessif de la peine qu'à la question de l'étendue de la réduction. Si le juge reconnaît que la peine est excessive, il doit en principe seulement la réduire pour qu'elle ne le soit plus. Autrement dit, il ne doit pas la fixer au montant qu'il estimerait correct (ATF 133 III 201 consid. 5.2). La réduction ne pourra avoir pour effet que la peine soit inférieure au montant que le créancier pourrait obtenir selon les règles ordinaires, c'est-à-dire en l'absence de clause pénale (MOOSER, n. 9 ad art. 163 CO).

Selon le Tribunal fédéral, il est possible de réduire une peine conventionnelle déjà acquittée, lorsque l'exécution l'a été avant que les conditions fondant le caractère excessif n'existent ou ne soient connues de celui qui s'exécute (ATF 133 III 43 consid. 3.5.1). Le trop-perçu peut être répété selon les règles de l'enrichissement illégitime (WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, n. 12 ad art. 163 CO).

**5.3** On précisera en préambule que le fait que les allégués de la demanderesse ne contiennent pas d'allusion à l'existence d'une clause pénale, ni au caractère excessif du

montant convenu est irrelevante, du moment qu'il existe des faits dont on peut déduire l'existence d'une telle clause et permettant d'en apprécier le caractère approprié, ce qui est le cas en l'espèce.

La peine conventionnelle convenue paraît, à première vue, exorbitante, puisqu'elle correspond à un peu plus de la moitié du prix de vente. Il s'agit au demeurant d'un montant en soi très important; du moins, rien ne permet d'affirmer que, pour la société concernée, il s'agirait d'une somme insignifiante. Le fait que Z \_\_\_\_\_ SA était représentée par des personnes expérimentées en matière immobilière ne saurait par ailleurs, comme on l'a vu, exclure l'application de l'article 163 al. 3 CO; il s'agit en revanche d'un facteur influençant l'appréciation du caractère excessif de la peine et son éventuelle réduction.

Les particularités de la peine conventionnelle improprement dite, découlant du fait qu'elle ne sanctionne pas la violation d'une obligation, empêchent d'utiliser les mêmes critères que ceux utilisés pour la réduction d'une peine conventionnelle proprement dite. Il est ainsi exclu de considérer la gravité (objective) de la violation de l'obligation et de la faute de l'obligé. Par ailleurs, en l'absence de violation d'une obligation, le créancier ne pourrait obtenir aucun montant selon les règles ordinaires du code des obligations sur les dommages-intérêts, de sorte que le juge ne dispose pas non plus de cet étalon pour déterminer le montant au-dessous duquel la peine ne peut être réduite.

Il convient de tenir compte avant tout des raisons pour lesquelles le droit d'emption n'a pas été exercé (simples convenances, voire motifs sérieux relevant de la propre personne du titulaire du droit; circonstances extérieures indépendantes de sa volonté, prévisibles ou non). En l'occurrence, la volonté de Z \_\_\_\_\_ SA d'exercer le droit était fermement établie. Si l'intéressée y a renoncé, c'est parce que l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires, et son entrée en vigueur immédiate, ont rendu impossible le projet immobilier envisagé, qui avait manifestement influencé le prix de vente convenu. Comme on l'a vu, les parties n'ont - certes à tort - pas sérieusement envisagé que ladite initiative, dont l'adoption n'avait au demeurant rien de certain (elle a été acceptée par 1'152'598 oui contre 1'123'802 non, ainsi que par les cantons, par 12 3/2 oui contre 8 3/2 non; cf. l'Arrêté du Conseil fédéral du 20 juin 2012 constatant le résultat de la votation populaire du 11 mars 2012, *in* FF 2012 p. 6149; voir ég. pièce n° 19 déposée par les défendeurs, dossier p. 149 ss), empêcherait l'obtention du permis de construire. Elles ont notamment estimé que l'entrée en vigueur serait différée. Elles ont d'ailleurs déposé la demande d'autorisation de construire postérieurement à l'acceptation de l'initiative. Il n'est par ailleurs pas contesté que la valeur des parcelles a

nettement diminué en raison de l'adoption du texte, de sorte que le prix de vente fixé dans le pacte d'emption était trop important en regard des possibilités de construction restantes. Lors de leur déposition, W \_\_\_\_\_ et U \_\_\_\_\_ ont reconnu sans hésitation que la valeur des parcelles avait diminué (dossier p. 320 et 322, R ad Q42 et Q54). Les hoirs B/C \_\_\_\_\_ connaissaient d'ailleurs sans doute dès les négociations portant sur la vente des parcelles la nature du projet de Z \_\_\_\_\_ SA, au moins dans les grandes lignes. Le pacte d'emption prévoyait ainsi que la société s'engageait à céder gratuitement à U \_\_\_\_\_ trois places de parc dans le garage souterrain qui serait construit sur les parcelles objet du pacte d'emption (ch. III/4). Il est d'autant moins concevable que les hoirs B/C \_\_\_\_\_ ne se soient pas d'emblée préoccupés de la nature du projet qu'ils devaient, en tant que propriétaires des parcelles, cosigner la demande d'autorisation de construire (art. 33 al. 2 de l'ancienne loi cantonale sur les constructions du 8 février 1996), ce qu'ils ne pouvaient ignorer. C'est au demeurant W \_\_\_\_\_ qui sera chargé de constituer la propriété par étages du projet, ce qui l'amènera à communiquer avec la commune de E \_\_\_\_\_, notamment par mails des 30 juillet 2012 et 20 août 2012 (dossier p. 92 sv.). Les hoirs B/C \_\_\_\_\_ étaient ainsi nécessairement conscients de l'importance, pour Z \_\_\_\_\_ SA, de l'obtention d'une autorisation de construire portant notamment sur des résidences secondaires, même si le pacte d'emption ne se référait qu'à une "autorisation de construire sur les parcelles objet du présent". Les appelants soutiennent en vain que la société doit assumer le fait qu'elle n'a pas fait figurer, dans le pacte ou ses avenants, de condition relative à l'obtention d'un tel permis. S'agissant d'un droit d'emption, la pose de conditions, par l'empteur, ne fait pas de sens. Il appartenait bien plutôt aux vendeurs d'anticiper les éventuels motifs qui conduiraient le titulaire du droit à renoncer à celui-ci. En définitive, le non-exercice de ce droit, par Z \_\_\_\_\_ SA, ne trouve pas son origine dans des pures convenances personnelles, mais bien dans des circonstances extérieures - certes non complètement imprévisibles - sur lesquelles elle n'avait cependant aucune emprise, et qui étaient de nature à justifier sa renonciation à exercer le droit d'emption. On ajoutera qu'il n'apparaît pas que Z \_\_\_\_\_ SA, par négligence, ait tardé à présenter la demande d'autorisation de construire. Le texte du premier avenant au pacte d'emption a mis en évidence la complexité des démarches à mettre en œuvre tant auprès des voisins que de la Municipalité de E \_\_\_\_\_ et de l'Etat du Valais.

Il semble indiqué ensuite de tenir compte de l'intérêt du concédant à la conclusion de la vente (ou à l'exercice du droit d'option), ainsi que des risques supportés par celui-ci en raison de la concession du droit, d'autant qu'aucune rémunération spécifique n'a été prévue comme contrepartie du droit. A cet égard, il faut relever premièrement que les

hoirs B/C \_\_\_\_\_ n'avaient apparemment aucun intérêt particulier à conclure le pacte d'emption avec Z \_\_\_\_\_ SA plutôt qu'avec un tiers (le cas échéant sous la forme d'une vente). Il n'existait en particulier pas de lien de dépendance entre les parties, du moins rien n'a-t-il été allégué en ce sens. Pour le surplus, les parties, expérimentées en matière immobilière, étaient sans doute conscientes que la valeur des parcelles diminuerait en cas d'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires, partant qu'il existait une certaine urgence à obtenir un permis de construire portant (notamment) sur de telles résidences. Les hoirs B/C \_\_\_\_\_ n'avaient ainsi pas intérêt à différer par trop la vente de leurs parcelles, s'ils entendaient en tirer le meilleur profit. Cela étant, il n'a pas été allégué, ni *a fortiori* prouvé, que de telles considérations avaient guidé les parties, lesquelles, comme on l'a vu, étaient sans doute convaincues de ce qu'une autorisation de construire pourrait être obtenue à temps. Il n'a pas été prétendu - et cela ne ressort pas non plus du pacte d'emption - que Z \_\_\_\_\_ SA s'était engagée à prendre toutes les mesures permettant de concrétiser la vente avant l'entrée en vigueur de l'initiative sur les résidences secondaires, à supposer celle-ci adoptée, et que la peine conventionnelle (qui aurait alors pris la forme d'une peine conventionnelle proprement dite) avait été convenue pour sanctionner la violation de cet engagement et compenser le dommage en découlant. S'ils entendaient s'assurer de la vente de leurs parcelles, il incombait aux B/C \_\_\_\_\_ de conclure non un pacte d'emption, mais un contrat de vente. En optant pour le pacte, ils ont pris le risque que la vente ne se réalise pas, risque qu'il appartient avant tout à eux de supporter.

Il apparaît adéquat que le bénéficiaire d'un pacte d'emption soit appelé à assumer une partie du risque - inhérent - de dépréciation de la valeur de l'objet pendant la durée de l'accord (de sorte que ni l'empteur, ni un tiers ne veuille ensuite l'acheter au prix fixé). Ce risque pourrait être pris en compte dans la rémunération du droit d'emption éventuellement convenue (de façon plus ou moins importante selon la durée du pacte, notamment). Il peut également justifier la conclusion d'une peine conventionnelle improprement dite. Une telle peine doit cependant, puisqu'elle ne sanctionne rien d'autre que le non-exercice d'un droit, rester raisonnable. A défaut, le bénéficiaire ne serait plus libre de son choix et se verrait, certes non juridiquement, mais pratiquement contraint d'exercer le droit. Cela reviendrait, dans le cas d'espèce, à obliger Z \_\_\_\_\_ SA à faire usage du droit d'emption, ce qui est contraire à la nature de l'institution.

Pour le même motif, il n'est pas possible de tenir compte du dommage prétendument subi par le bénéficiaire de la peine conventionnelle improprement dite en utilisant les notions développées en matière de violation contractuelle. Les appelants, qui se

prévalent de la perte de valeur des parcelles, en prenant en compte la différence entre la valeur à la date de la conclusion du pacte et après la renonciation à l'exercice du droit d'option, se réfèrent apparemment implicitement à la notion de "dommage positif". Il s'agirait de replacer le bénéficiaire de la peine dans la situation qui serait la sienne si le titulaire du droit avait exercé celui-ci (sur la notion de dommage positif, développée en matière de violation d'une obligation contractuelle, cf. TERCIER/PICHONNAZ, op. cit., no 1300). Prendre en compte un tel "dommage" pour déterminer le caractère approprié de la peine conventionnelle improprement dite suppose toutefois qu'on admette que le titulaire du droit aurait dû exercer celui-ci, ce qui, comme on l'a vu, n'est pas admissible.

Les appelants, qui font valoir qu'un tiers était prêt à leur offrir un prix supérieur pour l'achat des parcelles (16'000'000 fr.), semblent se référer concurremment à la notion de "dommage négatif". Il conviendrait apparemment de les replacer dans la situation qui serait la leur si la peine conventionnelle n'avait pas été convenue, plus précisément si le pacte d'emption renfermant cette peine n'avait pas été conclu (sur la notion de dommage négatif, développée en matière de violation d'une obligation contractuelle, cf. TERCIER/PICHONNAZ, op. cit., no 1299). Le dommage négatif est, en principe, inférieur au dommage positif. Il en va autrement lorsque le créancier a accordé au débiteur des conditions particulièrement favorables, qu'il n'aurait pas octroyées à un tiers (LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, 1999, no 309). Prendre en compte un tel dommage dans l'appréciation du montant de la peine conventionnelle improprement dite suppose également de raisonner comme si le titulaire du droit (et débiteur de la peine) était tenu d'exercer celui-ci. Il n'est quoi qu'il en soit pas établi que les hoirs B/C \_\_\_\_\_ auraient effectivement pu conclure avec L \_\_\_\_\_ SA et O \_\_\_\_\_ SA une vente pour le prix de 16'000'000 francs. Comme déjà spécifié, il est douteux que ces sociétés auraient accepté de conclure une vente inconditionnelle (soit non soumise à l'obtention d'une autorisation de construire portant sur des résidences secondaires), respectivement qu'elles auraient été en mesure d'obtenir un tel permis de bâtir avant l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires, et ainsi de finaliser la vente à l'entière satisfaction des B/C \_\_\_\_\_.

Vu les éléments qui précèdent, en particulier les motifs légitimes ayant conduit Z \_\_\_\_\_ SA à renoncer à l'exercice du droit d'emption, ainsi que, par ailleurs, la durée restreinte du pacte, la cour de céans estime que la peine convenue est manifestement excessive, et qu'il se justifie de procéder à une réduction drastique. Un montant de l'ordre de 10 % du prix de vente, qui a déjà été utilisé par le Tribunal fédéral en matière de peine conventionnelle proprement dite (certes en s'inspirant de

dispositions légales désormais abrogées; cf. ROTH PELLANDA, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, n. 19 ad art. 163 CO), constitue, dans le cas spécifique d'une peine conventionnelle improprement dite, une somme déjà très importante, qu'il n'apparaît pas raisonnable d'excéder, même si les parties étaient expérimentées en matière immobilière. Il tient équitablement compte du fait que le pacte a été, en l'occurrence, conclu à titre gratuit, du risque inhérent que prend le concédant d'un droit d'emption (soit celui d'une dépréciation de la valeur de l'objet du pacte), et du fait que ce risque s'est réalisé en l'espèce, sans que ce ne soit imputable à l'une ou l'autre des parties.

La juge de district a relevé à raison que, en payant, le 10 juin 2011, le montant de 7'000'000 fr. sur le compte de consignation du notaire, la demanderesse avait réglé en avance le premier acompte, exigible le 20 juin suivant, et non payé volontairement une peine conventionnelle à due concurrence, qui en excluait la réduction et la répétition. Le seul fait que le notaire a vraisemblablement avisé les parties de ce que le montant pourrait être réduit ne saurait conduire à une appréciation contraire, puisqu'il ressort du pacte d'emption, mais également des déclarations des parties (cf., *supra*, consid. 4.6.2.1), que le versement de la somme de 7'000'000 fr. était d'abord un premier acompte, à déduire du prix de vente, effectué pour "réserver le terrain" (F \_\_\_\_\_, dossier p. 317, R ad Q24). Au surplus, les circonstances qui ont conduit Z \_\_\_\_\_ SA à renoncer à exercer le droit d'emption, déterminantes, entre autres éléments, pour apprécier le caractère excessif ou non de la peine, se sont produites bien après le paiement dudit montant.

En définitive, c'est à juste titre que la juge de district a réduit la peine conventionnelle à 1'300'000 fr., de sorte que le montant à restituer par les hoirs B/C \_\_\_\_\_ s'élève à 5'700'000 fr., avec intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> février 2014, soit dès le lendemain du délai déterminé figurant dans le courrier expédié le 20 janvier 2014 par l'avocat de la demanderesse aux codéfendeurs, vraisemblablement reçu le 21 janvier 2014, et valant interpellation à terme (le point de départ fixé n'ayant pas été contesté subsidiairement, la cour de céans fait siennes les considérations, au demeurant pertinentes, du jugement attaqué; consid. 10.8.3 *in fine* de ce prononcé).

**6.1** Les appelants invoquent une violation de l'article 230 CPC. Ils se plaignent de ce que la juge de district, en admettant la réduction et en les condamnant à restituer la partie de la peine qualifiée d'excessive, a fait droit à des conclusions que la demanderesse n'a formulées que dans les plaidoiries écrites du 27 avril 2017, soit tardivement, une modification étant inadmissible à ce stade du procès. Ce n'est, écrivent-

ils, que dans cette écriture que la partie concernée a formulé une conclusion en restitution du montant en capital de 6'262'320 fr. avec intérêt à 5 % dès le 20 juin 2011.

**6.2** En vertu de l'article 57 CPC, le tribunal applique le droit d'office. Il examine dès lors le bien-fondé des conclusions sous tous les aspects juridiques possibles, sans être lié par les arguments de droit des parties (ATF 135 III 397 consid. 1.4).

La demande fixe l'objet du litige. Le fondement juridique sur lequel elle repose n'entre pas dans la définition de cet objet, ce qui découle du principe *jura novit curia* rappelé à l'article 57 CPC précité. Dès lors, si tous les faits pertinents sont allégués au soutien de conclusions inchangées, une partie pourra basculer en cours de procédure d'une argumentation à fondement contractuel à une réclamation délictuelle, par exemple, sans qu'il y ait modification de la demande au sens de l'article 227 CPC. Reste le cas dans lequel le demandeur lui-même qualifie ou limite ses prétentions dans les conclusions elles-mêmes. Là, il y a un spectre juridique dont on ne peut déborder (SCHWEIZER, Commentaire romand, 2019, n. 11 ad art. 227 CPC; ATF 139 III 126 consid. 3.2.2; arrêts 4A\_307/2011 du 16 décembre 2011 consid. 2.4 et 4A\_464/2009 du 15 février 2010 consid. 4.1).

**6.3** En l'occurrence, il est constant que la demanderesse a, dans son mémoire-demande, formulé plusieurs conclusions (principales, subsidiaires, encore plus subsidiaires), selon que le tribunal entrait dans telles ou telles de ses vues. Dans ses conclusions encore plus subsidiaires, qu'elle prenait dans l'hypothèse où le tribunal admettait l'existence d'une clause pénale, elle s'est contentée de demander la réduction de la peine conventionnelle, sans conclure ensuite au versement du montant excédant la peine admissible. Elle ne l'a fait que dans son mémoire-conclusions, soit en principe tardivement, en l'absence de faits ou de moyens de preuve nouveaux permettant une modification des conclusions à ce stade (cf. art. 230 al. 1 let. b CPC). Cela étant, sous peine de formalisme excessif, on ne saurait considérer que les conclusions encore plus subsidiaires de la demande ne contenaient pas implicitement une conclusion condamnatoire visant à la restitution du montant excédant la peine conventionnelle admissible. Quoi qu'il en soit, le chiffre 2 des conclusions principales du mémoire-demande ("Ordonner aux Hoirs de feu B \_\_\_\_\_ et aux Hoirs de feu C \_\_\_\_\_ née D \_\_\_\_\_ de restituer à Z \_\_\_\_\_ SA l'acompte de CHF 7'000'000.- avec intérêts à 5 % dès le 20 juin 2011") était formulé de façon suffisamment large pour englober la prétention octroyée dans le jugement querellé (cf. ATF 109 II 120).

Le grief est, partant, rejeté.

**7.1** Les appelants estiment encore que la prétention de la demanderesse est quoi qu'il en soit prescrite. Invoquant une violation de l'article 67 al. 1 aCO, ils soutiennent que, contrairement à ce que retient le jugement attaqué, ce n'est pas lorsque la société a eu connaissance des arrêts du Tribunal fédéral du 22 mars 2013 rendus sur l'initiative sur les résidences secondaires qu'elle a disposé de suffisamment d'éléments pour ouvrir action en répétition. De leur point de vue, la question de savoir si un permis délivré après le 11 mars 2012 mais avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013 serait valable avait fait l'objet de nombreuses discussions bien avant les arrêts du Tribunal fédéral précités. Z \_\_\_\_\_ SA connaissait non seulement l'existence du recours de droit administratif d'Helvetia Nostra du 1<sup>er</sup> février 2013, mais également le contenu de l'ordonnance sur les résidences secondaires du 22 août 2012, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. La société savait par ailleurs que CC \_\_\_\_\_ (*recte* : E \_\_\_\_\_) faisait partie des communes assujetties à l'ordonnance sur les résidences secondaires depuis la publication de cette ordonnance. Selon les appelants, elle disposait à ce moment-là des éléments suffisants pour, le cas échéant, établir un acte interruptif de prescription. Elle a cependant signé le 17 avril 2013, plus d'une année après l'acceptation de l'initiative sur les résidences secondaires, un second avenant au pacte d'emption sans toutefois solliciter l'ajout d'une condition particulière au sujet de l'acceptation de ladite initiative. Ce comportement de professionnels de l'immobilier démontre une fois de plus que, pour les parties, il était parfaitement clair que la rémunération du droit d'emption était acquise aux vendeurs en cas de non-exercice du droit. En tout état de cause, l'action en répétition de l'indu était prescrite au 26 février 2014, date à laquelle Z \_\_\_\_\_ SA a déposé la requête de conciliation.

**7.2** Le 1<sup>er</sup> janvier 2020 est entrée en vigueur la nouvelle du 15 juin 2018 portant révision du droit de la prescription (RO 2018 p. 5347).

Le nouveau droit allonge notamment le délai de prescription en matière d'enrichissement illégitime (art. 67 al. 1 CO). D'une année, il est porté à trois ans, le point de départ du délai, soit le jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, restant inchangé.

Compte tenu de l'article 49 al. 1 Tit. fin. CC révisé - qui dispose que, lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus longs que l'ancien droit, le nouveau droit s'applique dès lors que la prescription n'est pas échue en vertu de l'ancien droit - tous les délais d'un an de l'article 67 al. 1 aCO qui couraient encore au 1<sup>er</sup> janvier 2020 sont

prolongés de deux ans supplémentaires. En revanche, tout délai échu avant l'entrée en vigueur du nouveau droit ne renaît évidemment pas au 1<sup>er</sup> janvier 2020 (PICHONNAZ/WERRO, Le nouveau droit de la prescription : Quelques aspects saillants de la réforme, *in* Le nouveau droit de la prescription, Werro/Pichonnaz [édit.], 2019, p. 32).

En l'occurrence, les appelants soutiennent que le délai de prescription de l'article 67 al. 1 aCO (un an) était échu lorsque leur partie adverse a effectué le premier acte interruptif de prescription (au sens de l'art. 135 ch. 2 CO, qui n'a pas été modifié par la révision du droit de la prescription), le 26 février 2014 (dépôt de la requête de conciliation), de sorte que la question doit être examinée selon l'ancien droit.

**7.3** En vertu de l'article 67 al. 1 aCO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit.

Le créancier a connaissance de son droit de répétition - et le délai de prescription relatif d'un an commence à courir (art. 67 al. 1 aCO) - lorsqu'il connaît suffisamment d'éléments pour fonder et motiver son action en justice, laquelle n'a pas besoin d'être chiffrée (art. 85 CPC). Cela suppose qu'il ait connaissance de la mesure approximative de l'atteinte à son patrimoine, de l'absence de cause du déplacement de patrimoine et de la personne de l'enrichi. Est déterminant le moment de la connaissance effective de sa prétention, et non celui où il aurait pu connaître son droit en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (ATF 129 III 503 consid. 3.4; 109 II 433 consid. 2; arrêt 4A\_254/2016 du 10 juillet 2017 consid. 3.1.3.1).

**7.4** L'argumentation des appelants ne saurait être suivie. Il est constant que l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires, le 11 mars 2012, a entraîné une période d'incertitude pour les acteurs du monde immobilier. Z \_\_\_\_\_ SA avait néanmoins la quasi-certitude que, malgré l'acceptation du texte en question, elle obtiendrait l'autorisation de construire requise. C'est d'ailleurs postérieurement à la votation qu'elle a, au demeurant avec le concours indispensable des B/C \_\_\_\_\_, propriétaires des parcelles, déposé la demande de permis de bâtir, le 14 mars 2012, puis conclu un avenant au pacte d'emption, le 17 avril 2013, prolongeant la durée de celui-ci, dans l'attente de l'aboutissement des démarches en cours. Il n'était de loin pas acquis, même au sein des milieux avertis (y compris les autorités), que les permis délivrés entre le 11 mars 2012 et le 31 décembre 2012 autorisant la construction de résidences secondaires dans les communes ayant atteint le taux autorisé, seraient annulables sur recours. En posant, dans son arrêt du 22 mai 2013, que l'article 75b Cst. féd. contient

une interdiction de construire immédiatement applicable pour les résidences secondaires dans les communes concernées, le Tribunal fédéral a d'ailleurs désavoué différents tribunaux cantonaux s'étant exprimés sur la question (Grisons, Vaud, Valais), et écarté les avis d'une partie de la doctrine (ATF 139 II 243). Il faut relever en sus que, dans la décision d'autorisation de construire délivrée à Z \_\_\_\_\_ SA à la suite des séances des 24 juillet et 21 août 2012, le conseil municipal de E \_\_\_\_\_ a relevé que "[l]a question de l'application de l'art 75b Cst (Initiative Weber) n'a pas échappé à la Commune. Conformément aux directives données par le Canton du Valais qui se réfère à la disposition transitoire de l'art 75b Cst, les demandes d'autorisation déposées entre le 11.03.2012 et le 31.12.2012 peuvent être autorisées jusqu'au 31.12.2012." (dossier p. 61). On doit ainsi considérer que c'est à la suite des arrêts du Tribunal fédéral du 22 mai 2013 seulement que Z \_\_\_\_\_ SA a su, avec le degré de connaissance suffisant, que, compte tenu du recours d'Helvetia Nostra, l'autorisation de construire délivrée ne pourrait entrer en force - élément qui l'a conduite à renoncer à l'acquisition des parcelles - et qu'elle disposait d'une créance en restitution de l'acompte versé. A supposer même qu'on aurait pu attendre d'elle, compte tenu notamment des compétences de ses représentants, qu'elle décèle dès l'adoption de l'initiative l'interdiction immédiate de construire en cause, cela n'influerait pas le point de départ du délai de prescription. On rappelle en effet que, contrairement à ce qui prévaut en matière d'erreur (art. 26 CO), on ne se fonde pas sur le moment où le lésé aurait pu connaître son droit de répétition en usant de l'attention commandée par les circonstances, mais sur la connaissance effective de la prétention (ATF 129 III 503 consid. 3.4; HUWILER, Commentaire bâlois, 2020, n. 9 ad art. 67 CO). C'est dire que son droit n'était pas prescrit lorsque Z \_\_\_\_\_ SA a déposé la requête de conciliation, le 26 février 2014, soit accompli un acte interruptif de prescription (art. 135 ch. 2 CO).

**8.** En définitive, c'est à bon droit que la juge de district a condamné les hoirs B/C \_\_\_\_\_ au remboursement d'un montant de 5'700'000 fr., avec intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> février 2014. La décision entreprise est, partant, confirmée.

**9.** En vertu de l'article 106 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1). Lorsque aucune partie n'obtient entièrement raison, les frais sont répartis selon le sort de la cause (al. 2). Cette disposition s'applique également pour régler le sort des frais de seconde instance.

**9.1** Puisque l'appel est rejeté, il n'y a lieu de modifier ni les montants - qui n'ont pas été contestés -, ni la répartition des frais et des dépens de première instance (art. 318 al. 3 CPC *a contrario*).

Les codéfendeurs succombent en procédure d'appel; ils doivent dès lors supporter les frais de cette procédure. La cause présentait un degré de difficulté ordinaire. Dans ces circonstances, eu égard notamment aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, vu en outre la valeur litigieuse en appel (5'700'000 fr.), l'émolument de justice en seconde instance est arrêté à 30'000 fr. (art. 13, 14 al. 1, 16 al. 1 et 19 LTar).

**9.2** Les honoraires sont également calculés par référence au barème applicable en première instance, compte tenu d'un coefficient de réduction de 60 % (art. 27, 29 al. 2, 32 et 35 al. 1 let. a LTar). L'activité du conseil de l'appelée a, pour l'essentiel, consisté à prendre connaissance de la déclaration d'appel et à rédiger une réponse, dans une cause de difficulté ordinaire mais dont la valeur litigieuse est élevée. Par conséquent, les dépens (honoraires et débours) dus par les appelants à l'appelée sont arrêtés à 18'000 francs.

Par ces motifs,

### **Prononce**

L'appel est rejeté; en conséquence, il est statué :

1. Les sept membres des communautés héréditaires de B \_\_\_\_\_ et de C \_\_\_\_\_, née D \_\_\_\_\_, à savoir S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_, sont condamnés solidairement à restituer à Z \_\_\_\_\_ SA 5'700'000 fr., avec intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> février 2014.
2. Toutes autres et plus amples prétentions sont rejetées dans la mesure de leur recevabilité.
3. Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 100'000 fr., et l'émolument forfaitaire de conciliation, fixé le 13 mars 2014 à 250 fr. par le juge de commune de E \_\_\_\_\_, sont répartis à raison de 66'833 fr. 35 à la charge de Z \_\_\_\_\_ SA et à raison de 33'416 fr. 65 à celle de S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_.

S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_,  
X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_ restitueront solidairement à Z \_\_\_\_\_ SA le  
montant des avances de frais fournies, par 33'416 fr. 65.

4. Z \_\_\_\_\_ SA versera à S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_,  
V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_, créanciers communs,  
une indemnité réduite de 50'000 fr. à titre de dépens de première instance.
5. Les frais judiciaires de la procédure d'appel, par 30'000 fr., sont mis à la charge  
solidaire de S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_,  
W \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_.
6. S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_,  
X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_ payeront, solidairement entre eux, à Z \_\_\_\_\_  
SA 18'000 fr. à titre de dépens pour la procédure d'appel.

Sion, le 11 mars 2020