

*Procédure civile - rejet de l'appel - ATC (cour civile II) du 16 avril 2018, X. S.A. c. Y. S.A. - TCV C1 16 110*

**Protection des cas clairs (art. 257 CPC)**

- La procédure sommaire de l'art. 257 CPC suppose deux conditions cumulatives : d'une part, soit que l'état de fait ne soit pas litigieux, car non contesté par le débiteur, ou soit susceptible d'être immédiatement prouvé, sans délai ni moyens particuliers, en général par pièces (let. a) et, d'autre part, que la situation juridique soit claire (let. b). Toutes les prétentions, y compris pécuniaire même de valeur litigieuse élevée peuvent être invoquées (consid. 3.1).
- Le jugement ainsi rendu est doté de la pleine autorité de la chose jugée, de sorte que la preuve certaine est exigée. En droit, le cas n'est pas clair si le défendeur oppose des objections ou exceptions motivées sur lesquelles le juge ne peut pas statuer immédiatement ou s'il doit statuer en équité ou procéder par appréciation (consid. 3.2).
- En l'espèce, au vu des pièces déposées, il était prouvé que la requérante détient une prétention en paiement du solde de la part variable et des intérêts convenus. Une simple objection non motivée, telle une prétendue modification orale des accords écrits, ne suffit pas à ébranler le caractère convaincant de la version des faits de la requérante (consid. 3.3).
- Les exceptions et objections soulevées peuvent être écartées sans équivoque, et ne font pas obstacle à la procédure de cas clair, même en cas de controverse sur un des points. En cas de paiement sans réserve et en connaissance de cause de la clause pénale (art. 160 CO), il exclut d'en remettre en cause le caractère excessif (art. 163 CO (consid. 3.4). Rejet de l'appel.

**Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO)**

- Das summarische Verfahren nach Art. 257 ZPO unterliegt zwei kumulativen Voraussetzungen: Einerseits muss der Sachverhalt klar sein, entweder weil dieser unbestritten oder sofort, in der Regel durch Urkunden und ohne besondere Beweismittel, beweisbar ist. Andererseits muss auch die Rechtslage klar sein. Jegliche Ansprüche können eingeklagt werden, auch finanzielle Forderungen mit einem hohen Streitwert (E. 3.1).
- Das Urteil erwächst vollumfänglich in Rechtskraft, sodass der volle Beweis erbracht werden muss. Die Rechtslage ist unklar, wenn die beklagte Partei begründete Einwendungen erhebt, welche das Gericht nicht sofort beurteilen kann oder wenn das Gericht einen Billigkeits- oder Ermessensentscheid fällen muss (E. 3.2).
- In casu war aufgrund der vorgelegten Urkunden bewiesen, dass der Gesuchstellerin eine Forderung auf Bezahlung des Saldos des variablen Anteils und der vereinbarten Zinsen zusteht. Ein einfacher, nicht weiter begründeter Einwand wie eine behauptete mündliche Änderung der schriftlichen Vereinbarungen genügt nicht, um den überzeugenden Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin zu erschüttern (E. 3.3).
- Die erhobenen Einreden und Einwände können sofort verworfen werden und stehen dem Rechtsschutz in klaren Fällen nicht entgegen, selbst wenn ein einzelner Punkt strittig bleibt. Im Fall einer bedingungslosen Zahlung in Kenntnis der vereinbarten Konventionalstrafe (Art. 160 OR) ist es ausgeschlossen, sich auf deren Übermässigkeit zu berufen (Art. 163 OR; E. 3.4). Abweisung der Berufung.

## Faits (résumé)

**A.** Par acte authentique du 17 février 2010, X. SA a vendu à Y. SA, pour le prix de 42 550 000 fr. deux parcelles. Une partie du prix, 2 300 000 fr., avait été payé avant la vente et le solde devait être réglé pour le 30 avril 2010, pour autant que l'acte soit inscrit au Registre Foncier et que l'autorisation de construire tous les immeubles inscrits dans le périmètre du plan de quartier soit en force. L'acte prévoyait aussi le versement d'une part variable de 7,5 % des montants encaissés par Y. SA sur la vente des appartements en PPE, mais au minimum garanti de 5 000 000 fr., payables au plus tard le 31 décembre 2011.

Selon le protocole d'accord du 10 janvier 2005, la promesse de vente et achat instrumentée devant notaire le 26 février 2005 ainsi que l'avenant authentique du 12 mars 2008, il apparaît que le prix de 42 550 000 fr., comprenait une augmentation de deux fois 4 mios par rapport au prix initialement convenu, afin de compenser l'abandon par l'acquéresse d'engagements de faire pris envers sa cocontractante, à savoir l'exploitation de l'hôtel A. et d'un hôtel 5\* à construire sur les terrains B.

**B.** Le 31 octobre 2013, les parties ont signé une convention dont il ressort qu'à cette date, Y. SA n'avait rien payé à titre de part variable ; a contrario, le solde du prix avait déjà été versé. Dans cette convention, la part variable a été fixée forfaitairement à 6 mios de francs, payables par tranches de 1,2 mios de francs, la première fois le 31 décembre 2013, avec intérêts à 2,5 % sur le solde dû dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Un montant de 1,2 mios a été payé à X. SA le 5 août 2014. Le 18 septembre 2014, Y. SA a proposé par écrit à X. SA de lui verser 4,8 mios de francs par acomptes annuels de 1,2 mios de francs, le premier au 31 décembre 2014.

Le 4 janvier 2016, X. SA a introduit une requête de cas clair contre Y. SA, lui réclamant le paiement de 1,2 mios de francs avec intérêts à 2,5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015, de 137 833 fr. à titre d'intérêts pour l'année 2014, et sollicitant la mainlevée définitive dans la poursuite n° xxxxxxxx.

Y. SA a conclu au rejet de la requête. Après un second échange d'écriture, le juge de district a, le 29 avril 2016, condamné Y. SA à payer

à X. SA 1,2 mios de francs, avec intérêts à 2,5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 et 137 833 fr., levant définitivement l'opposition à concurrence de ces montants.

**C.** Le 12 mai 2016, Y. SA a interjeté appel, concluant à l'annulation de la décision précitée, et à l'irrecevabilité de la requête de X. SA.

### **Considérants (extraits)**

**3.1** La procédure sommaire prévue par l'art. 257 CPC constitue une alternative aux procédures ordinaire ou simplifiée normalement disponibles, destinée à offrir à la partie demanderesse, dans les cas dits clairs, une voie particulièrement simple et rapide. Cette voie suppose, d'une part, que l'état de fait ne soit pas litigieux ou soit susceptible d'être immédiatement prouvé et, d'autre part, que la situation juridique soit claire (art. 257 al. 1 let. a et b CPC). Toutes les prétentions, y compris pécuniaires, peuvent être invoquées en procédure sommaire si la situation est claire tant en fait qu'en droit car, en ce cas, le créancier d'une somme d'argent doit pouvoir obtenir rapidement une mainlevée définitive (Message du Conseil fédéral, in FF 2006 p. 6841 ss, p. 6959).

Aussi, les considérations d'ordre général émises par l'appelante quant à l'inopportunité de la procédure des cas clairs en cas de valeur litigieuse élevée ou lorsque la voie des poursuites est ouverte au créancier ne trouvent-elles aucun ancrage dans la loi.

**3.2** L'état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il n'est pas contesté par le défendeur; il est susceptible d'être immédiatement prouvé lorsque les faits peuvent être établis sans délai ni moyens particuliers, en général par pièces (art. 254 al. 1 CPC; ATF 138 III 123 consid. 2.1.1; arrêt 4A\_627/2013 du 8 avril 2014 consid. 2.1). En cas d'admission de la requête de protection du cas clair, un jugement doté de la pleine autorité de chose jugée est rendu, si bien que la preuve certaine - et non la simple vraisemblance - des faits justifiant la prétention du requérant est exigée (ATF 133 III 153 consid. 3.3). La situation juridique est claire lorsque l'application de la norme au cas concret s'impose de manière évidente au regard du texte légal ou sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées et qu'ainsi, l'application du droit conduit à un

résultat sans équivoque; tel n'est en principe pas le cas si la subsumption commande une décision en équité ou relève de l'appréciation du juge (ATF 141 III 23 consid. 3.2).

Le cas n'est pas clair - et la procédure sommaire ne peut donc aboutir - lorsqu'en fait ou en droit, le défendeur oppose à l'action des objections ou exceptions motivées sur lesquelles le juge n'est pas en mesure de statuer incontinent. L'échec de la procédure sommaire ne suppose pas que la partie recherchée rende vraisemblable l'inexistence, l'inexigibilité ou l'extinction de la prétention élevée contre elle; il suffit que ses moyens soient susceptibles d'entraîner le rejet de l'action, qu'ils n'apparaissent pas d'emblée inconsistants et qu'ils ne se prêtent pas à un examen en procédure sommaire (ATF 141 précité consid. 3.2; 138 III 620 consid. 5). Autrement dit, il n'y a pas de cas clair lorsque le défendeur fait valoir des moyens motivés et concluants ("substanziert und schlüssig") qui, sur le plan factuel, ne peuvent être réfutés immédiatement et qui sont propres à ébranler la conviction du juge. A l'inverse, le cas clair doit être retenu lorsque seules sont émises des objections manifestement mal fondées. De même, il convient d'admettre que le cas est clair lorsqu'au vu du dossier, le tribunal acquiert la conviction que la prétention du demandeur est établie et qu'un examen approfondi des arguments du défendeur n'y pourrait rien changer (ATF 138 III 620 consid. 5.1.1). Des moyens soulevés artificieusement - défenses de façade ("Schutzbehauptungen") - ne suffisent pas à rendre non clair un état de fait en soi établi (arrêt 5A\_645/2011 du 17 novembre 2011 consid. 1.2).

Le seul fait que, pour établir les faits dont il se prévaut à l'appui de ses objections ou exceptions, le défendeur doit recourir à des moyens de preuve dont l'administration serait incompatible avec la célérité requise en procédure de cas clairs - telle l'audition de témoins non amenés - ne suffit encore pas à exclure l'application de celle-ci. Le droit à la preuve ne porte en effet que sur les moyens adéquats (art. 152 al. 1 CPC), c'est-à-dire aptes à la manifestation de la vérité. Si les faits allégués par l'intimée ne sont pas susceptibles de la libérer des fins de la demande, ils n'ont pas à être prouvés.

Lorsque, aux arguments de droit du défendeur, se mêlent des éléments factuels, on peut attendre de lui, qu'il s'agisse d'objections, d'exceptions ou d'éléments visant à remettre en cause les allégués du demandeur, qu'il présente un exposé concret et clair des faits dont il entend déduire

son droit, même s'il n'a pas encore à les rendre vraisemblables (arrêt 4A\_667/2014 du 12 mars 2015 consid. 3.2.2). Il est à cet égard insuffisant, pour exclure la voie du cas clair, d'avancer des arguments sans proposer le moindre indice pour les étayer (Bohnet, Commentaire des arrêts 4A\_273/2012 et 5A\_645/2011, in Newsletter bail.ch de février et décembre 2012; cf. ég. arrêt 4A\_447/2011 du 20 septembre 2011 consid. 2.2).

**3.3** Dans le présent cas, le tribunal de première instance a retenu que la requérante, en produisant comme moyens de preuve la copie de l'acte de vente du 17 février 2010 qui prévoyait, en sus d'un prix fixe de 42 550 000 fr., le versement d'une "part variable", la copie de la convention écrite du 31 octobre 2013 arrêtant forfaitairement ladite part et fixant les modalités de paiement, ainsi qu'un relevé de compte bancaire attestant du versement par son adverse partie de l'une des annuités de 1 200 000 fr., avait prouvé, à satisfaction de droit, qu'elle détenait contre l'intimée une prétention en paiement du solde de la "part variable" et des intérêts convenus.

C'est à juste titre que le magistrat a écarté l'objection de la nullité de la convention du 31 octobre 2013 soulevée par X. SA, relevant que cette dernière agissait de façon contradictoire en se prévalant de la forme viciée d'un contrat qu'elle a passé par écrit, sans ignorer, au vu des précédents actes signés devant notaire - promesse de vente du 26 février 2005, avenant du 12 mars 2008 et acte de vente du 17 février 2010 -, que la forme authentique était exigée, et qu'elle a en partie déjà exécuté, en s'acquittant de la première annuité de 1 200 000 fr. en date du 5 août 2014. Qui plus est, l'intimée a expressément manifesté à sa cocontractante la volonté de respecter l'engagement pris dans un courrier qu'elle lui a adressé le 18 septembre 2014. En invoquant désormais un vice de forme, dans le but apparent non pas seulement de nier l'existence d'une créance en lien avec la "part variable" - puisque celle-ci résulte déjà, pour un montant minimum de 5 000 000 fr., de l'acte de vente conclu en la forme authentique - mais aussi et avant tout de dénier à son adverse partie le droit à la protection des cas clairs, la société recherchée contredit, par opportunisme, son comportement antérieur. Une telle attitude compte parmi les cas typiques, reconnus en jurisprudence et en doctrine (cf. ATF 112 II 330 consid. 3b et 104 II 99 consid. 3d sur l'invocation abusive d'un vice de forme; arrêt 4A\_303/2017 du 13 décembre 2017 consid. 3.3 sur les cas typiques

d'abus de droit), qui permettent de sanctionner un abus de droit manifeste en rejetant le moyen de l'intimée sans qu'une appréciation de toutes les circonstances de l'espèce - qui exclurait la procédure de cas clair - ne soit nécessaire (cf. arrêts 4A\_9/2017 du 6 mars 2017 consid. 3.3 et 4A\_350/2015 du 25 août 2015 consid. 4.2).

Contrairement à ce que soutient l'appelante, il n'y a pas deux poids et deux mesures à retenir que la convention écrite du 31 octobre 2013 lie les parties, tout en excluant une modification orale dudit accord. La thèse selon laquelle les parties seraient convenues, oralement, de ne pas inclure dans le calcul de la "part variable" le produit réalisé sur les ventes d'appartements aux actionnaires et aux proches de X. SA n'a pas à être écartée au motif qu'un tel accord ne respecterait pas la forme authentique, car elle ne saurait de toute façon être retenue en fait. Le simple allégué selon lequel les parties ont conclu un accord oral dérogeant au contrat écrit constitue en effet une objection non motivée, qui ne suffit pas à ébranler le caractère convaincant de la présentation des faits de la partie requérante (cf. arrêt 4A\_14/2017 du 15 février 2017 consid. 4.4). La considération générale et abstraite selon laquelle "il est relativement usuel" dans le domaine du courtage d'exempter de commission la vente d'immeubles à des familiers, ne permet pas encore d'affirmer que telle était en l'occurrence la volonté des parties. Celles-ci ont par ailleurs renoncé, dans leur convention du 31 octobre 2013, à calculer la "part variable" en fonction du futur produit de la vente des appartements, au profit d'un montant arrêté forfaitairement à 6 000 000 francs. On peine dès lors à discerner - et l'appelante ne l'explique pas non plus - en quoi l'exemption des ventes aux proches et aux actionnaires de X. SA, qui aurait fait l'objet d'un accord oral préalable dont on ne trouve toutefois trace dans les précédentes transactions, aurait une quelconque pertinence pour s'opposer au paiement d'une dette contractée par la suite à prix fait.

L'appelante pose ensuite la question de savoir si le fait d'avoir prévu, pour le calcul de la "part variable", la garantie d'un montant minimum en sus du pourcentage à prélever sur le produit de la vente des appartements ne constituerait pas une société léonine, proscrite par la doctrine et nulle de plein droit. L'on peut toutefois couper court à toute discussion sur ce point puisque, en signant la convention du 31 octobre 2013 - titre sur la base duquel la requérante agit -, les parties ont, d'un commun accord et sans que l'intimée ne prétende que sa volonté fut alors viciée, remplacé ce mode de calcul par un unique montant forfaitaire.

Partant, c'est à raison que le juge de district a tenu la prétention de la requérante pour clairement établie.

**3.4** L'appelante réitère ensuite les exceptions et objections précédemment soulevées, arguant que celles-ci devaient conduire le juge de district à nier le caractère liquide de la présente cause.

**3.4.1** X. SA excipe d'une première créance compensante en lien avec les deux montants de 4 000 000 fr. inclus dans la "part fixe" du prix de vente pour compenser le fait que, contrairement aux engagements pris, elle n'exploite ni l'hôtel "A.", ni aucun hôtel sur les terrains "B.". Il s'agit, à son avis, de clauses pénales dont la peine serait excessive en raison, d'une part, de l'impossibilité pour elle de remplir lesdites obligations, survenue de manière subséquente et non fautive, et, d'autre part, de l'absence d'intérêt de Y. S.A. à leur exécution. Bien qu'elle se soit déjà acquittée de ces sommes, la société intimée prétend au remboursement du trop payé, qu'il incomberait au juge de chiffrer, d'office et en équité, dans une procédure ordinaire.

Avec le premier magistrat, il convient de retenir que l'augmentation de 8 000 000 fr. du prix initialement convenu, en tant qu'elle représentait la compensation de l'abandon de deux obligations de faire, procédait bien d'une clause pénale, soit la promesse par le débiteur de s'acquitter d'une peine conventionnelle pour le cas où il n'exécuterait pas, ou qu'imparfaitement, une prestation déterminée (Ehret/Widmer, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n. 1 ad art. 160 CO; Tercier/Pichonnaz, Le droit des obligations, 5<sup>e</sup> éd., 2012, n° 1365; Couchepin, La clause pénale, 2008, n° 22). Le fait que la partie appelée ne souscrive pas à cette qualification juridique, opposant que l'acte de vente du 17 février 2010 ne fait mention d'aucune clause pénale et prévoit uniquement que "la vente est faite et consentie pour le montant global de 42 550 000 [fr.]", ne donne pas lieu à une interprétation plus approfondie. En effet, bien que l'acte authentique ne reprenne pas le détail du calcul du "montant global" de la transaction, en particulier le poste afférent aux peines conventionnelles, celui-ci ressort de façon certaine des conventions précédentes. Ainsi, le protocole d'accord du 10 janvier 2005 prévoyait un prix de vente de 33 000 000 fr., lequel serait augmenté d'un montant de 8 000 000 fr. en cas de non-réalisation des engagements relatifs aux terrains "B." et à l'hôtel "A."; la promesse de vente du 26 février 2005 reprenait cette même hypothèse, alors que l'avenant authentique du 12 mars 2008 incluait déjà

les peines conventionnelles comme postes du prix de vente, désormais arrêté à 42 000 000 francs. La volonté subjective commune des parties relativement à la cause de cette augmentation de 8 000 000 fr. du prix de vente est donc établie. En opposant que le caractère conditionnel et accessoire que doit revêtir la clause pénale par rapport à l'obligation principale ne se retrouverait pas dans l'acte de vente - lequel ne fait plus mention de l'exploitation des deux hôtels -, l'appelée perd de vue que ce lien de dépendance n'est pas sans limite; une fois la condition suspensive de l'inexécution réalisée, la peine conventionnelle devient une prétention autonome, sans pour autant perdre la qualification juridique de "sanction" qui la rend réductible (Mooser, Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd., 2012, n. 1 ad art. 160 CO et n. 11 ad art. 163 CO). La novation ne se présument point (art. 116 al. 1 CO), on ne saurait non plus souscrire à l'appréciation selon laquelle les 8 000 000 fr. litigieux constitueraient une prétention distincte, sans que l'appelée n'ait avancé aucun indice attestant de la volonté des parties de remplacer le fondement de cette obligation par un autre. Bien que l'argumentaire de la requérante ne corresponde pas à l'interprétation juridique à laquelle l'on parvient, il n'est pas exclu de retenir, en application du droit d'office (art. 57 CPC), l'existence d'une situation juridique univoque (cf. arrêt 4A\_374/2016 du 20 octobre 2016 consid. 5.2). Tel est en l'occurrence le cas puisqu'il ressort, à n'en pas douter, des pièces fournies par les parties que celles-ci ont conclu deux clauses pénales, dont l'obligation d'acquitter les peines conventionnelles, devenues exigibles du fait de l'inexécution des prestations principales, a été reprise, sans la nommer, dans l'acte de vente du 17 février 2010. Le contenu de leur accord est par conséquent dépourvu d'ambiguïté.

Ceci étant posé, seule reste à trancher la question de savoir si X. SA dispose d'une créance - compensante - en restitution d'une partie des peines conventionnelles déjà acquittées. Le juge de première instance l'a nié, au motif que l'intimée avait, en payant sans réserve le montant préalablement déterminé de 8 000 000 fr., irrévocablement manifesté sa volonté de ne pas contester la peine. L'appelante objecte que la situation juridique ne serait pas aussi limpide et que la doctrine serait au contraire partagée sur le point de savoir, d'une part, si une peine excessive déjà acquittée peut être mitigée et, dans l'affirmative, à quelles conditions. L'intéressée de citer également deux arrêts publiés (ATF 133 III 43 et 201), aux termes desquels le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 163 al. 3 CO, consacrant le principe de la réduction des peines excessives - applicable directement ou par le renvoi de l'art.

162 CO -, permettait la réduction, et donc la restitution, de paiements partiels déjà effectués et acquis au créancier en cas de résiliation, cela sans que la partie lésée n'ait à respecter un délai analogue à celui que lui impose l'art. 21 CO pour répéter ce qui a été versé à la faveur d'une exploitation usuraire.

Le seul fait qu'une question juridique soit controversée ne suffit pas à exclure que le cas soit clair; encore faut-il que l'une des opinions - même minoritaire mais en principe pas celle d'un auteur esseulé au sein d'une doctrine sinon largement consensuelle (Göksu, ZPO Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n. 11 ad art. 257 CPC et note de bas de page n<sup>o</sup> 32) - puisse permettre à l'intimé d'obtenir gain de cause (Sutter-Somm/Lötscher, n. 9 ad art. 257 CPC; Egli, Rechtsschutz in klaren Fällen, in PraxiZ 2013, V. II, p. 6). Une jurisprudence fédérale publiée, même si elle est critiquée en doctrine, met en général fin à la controverse (Göksu, n. 11 ad art. 257 CPC).

En l'occurrence, l'appelante ne retranscrit que partiellement la jurisprudence fédérale topique et perd ainsi de vue que si la Haute Cour a certes admis la répétition d'une peine excessive déjà acquittée, corollaire de la réduction prescrite par l'art. 163 CO, elle a excepté le cas où il fallait voir dans le paiement effectué une reconnaissance faite sans réserve et en connaissance des circonstances donnant droit à la réduction (ATF 133 III 43 consid. 3.6), ce qu'elle a exclu s'agissant de versements partiels acquis au créancier en cas de résiliation – assimilables à une peine conventionnelle (art. 162 CO) - dans la mesure où, au moment de s'en acquitter, le débiteur, qui n'a pas encore violé le contrat, ne pouvait déjà en requérir la réduction; dans cette hypothèse, l'article 63 CO, applicable uniquement lorsque, au moment du paiement, la dette n'existe pas ou n'existe plus, n'entre pas en ligne de compte (ATF 133 III 43 consid. 3.5.1 et 3.7). Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a derechef admis la restitution, sans délai de péremption, de versements partiels ne revêtant pas l'attribut d'arrhes, qui peuvent être conservés par celui qui les a encaissés si le contrat n'est pas exécuté (ATF 133 III 201 consid. 3.2). Les juges fédéraux ont en revanche laissé indécise l'admissibilité d'une restitution en dépit d'un paiement fait en connaissance du motif de réduction, par exemple lorsque perdure un rapport de dépendance entre les parties (ATF 133 III 43 consid. 3.7). Sur le vu de ce qui précède, il convient d'observer que le Tribunal fédéral a partiellement mis fin à la controverse doctri-

nale mise en exergue par l'appelante, en arrêtant qu'une peine conventionnelle acquittée est réductible, à moins d'un paiement effectué en ayant connaissance d'un motif de réduction déjà existant - rendant l'article 63 CO applicable -, et valant ainsi reconnaissance (Mooser, Commentaire romand, n. 12 ad art. 163 CO; Tercier/ Pichonnaz, op. cit., no 1387). Nul n'est donc besoin d'exposer les différents avis doctrinaux auxquels la Haute Cour s'est elle-même référée aux fins de statuer sur ce point. Seule demeure ouverte la question de savoir si un montant versé malgré une excessivité reconnue peut néanmoins être restitué, "à titre exceptionnel" (ATF 133 III 43 consid. 3.7). Si d'aucuns l'excluent (not. Fischer, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, 1998, p. 62 et les réf.), d'autres avancent comme circonstance particulière susceptible de justifier la répétition d'un paiement effectué consciemment, la situation de dépendance économique, juridique ou factuelle - telle celle d'un employé - dans laquelle le débiteur peut se trouver au moment d'acquitter la peine (Ehrat/ Widmer, n. 5 ad art. 158 CO et n. 12 ad art. 163 CO; Gauch/ Schluep/ Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 3832; Couchepin, op. cit., n° 950; Santoro, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, 2001, p. 111). En ce cas, c'est en réalité le caractère volontaire du paiement au sens de l'art. 63 al. 1 CO qui fait défaut, le débiteur n'étant pas en mesure de décider librement d'acquitter ou non le montant réclamé. Cette dernière controverse n'est, cela étant, d'aucun secours à l'intimée, pour les raisons qui suivent.

Tant en première instance qu'en appel, X. SA a invoqué, comme motifs de réduction des deux peines conventionnelles de 4 000 000 fr., d'une part, le fait qu'elle n'avait pu remplir ses obligations principales, soit l'exploitation de deux établissements hôteliers, premièrement parce que le propriétaire de l'hôtel "A." avait renoncé à vendre son bien, continuant à le gérer lui-même, et secondement car la commune avait refusé de lui vendre les terrains "B.", préférant entrer en discussion avec le groupe hôtelier C., et, d'autre part, le fait que le but de Y. S.A. de conserver des "lits chauds" était ainsi atteint, annihilant son intérêt à l'exécution par l'intimée des engagements pris sous la menace de clauses pénales. L'appelante ne dit en revanche mot du moment auquel elle a eu connaissance de ces faits, en sorte que l'on ignore si, lorsqu'elle s'est acquittée des 8 000 000 fr. - intégrés au prix de vente et payables, selon les termes de l'accord, après l'inscription de l'acte au registre foncier et l'entrée en force des différentes autorisations de construire -, elle était déjà au fait des circonstances qui rendaient la

somme excessive. Cela étant, il ressort de l'avenant du 12 mars 2008 qu'à cette date - et contrairement à ce qui prévalait encore lors de la promesse de vente du 26 février 2005 -, l'acquiescement des peines conventionnelles était exigé, en lieu et place de l'exécution par l'acquiescesse de ses obligations de faire, si bien que, en 2008 déjà, soit avant de s'acquiescer du prix de vente, X. SA savait qu'elle n'exploiterait pas les deux hôtels et en connaissait certainement les raisons. Quoi qu'il en soit, il incombait à la partie intimée, non pas de prouver ni même de rendre vraisemblables les faits fondant son exception, mais à tout le moins de les alléguer de manière motivée et concluante, ce d'autant que la maxime des débats est applicable. Partant, on ne saurait retenir que ce n'est qu'après avoir versé les peines conventionnelles que la débitrice a connu les motifs dont elle se prévaut aujourd'hui pour requiesrir leur réduction.

X. SA fait ensuite valoir qu'elle devait payer les 8 000 000 fr. litigieux pour devenir propriétaire des terrains et pouvoir finaliser un projet dans lequel elle avait déjà engagé des fonds conséquents. L'appelante de préciser qu'à défaut de paiement, elle n'aurait pas pu signer l'acte de vente définitif. Cet argumentaire, qui tend à démontrer que c'est sur la base de pressions que la débitrice s'est appauvrie, est en complet portea-faux avec l'état de fait tel qu'il ressort du dossier. Il appert en effet qu'au moment de signer l'acte de vente du 17 février 2010, en vertu duquel l'acquiescesse a ensuite été inscrite, le 18 mai 2010, comme propriétaire au registre foncier, l'intéressée ne s'était acquiescée que de 2 300 000 fr., par compensation avec un montant de 2 000 000 fr. déjà versé en 2005, le solde de 300 000 fr. devant être payé pour le 31 octobre 2008. C'est donc après l'instrumentalisation de la vente que les peines conventionnelles ont été acquiescées, ce qui correspond du reste aux termes de l'acte authentique, qui prévoit que le solde de la "part fixe" du prix, soit les 35 250 000 fr. incluant les pénalités de 8 000 000 fr., devait être payé au 30 avril 2010, "pour autant que [l'acte] soit inscrit au Registre Foncier de Martigny et que l'autorisation de construire tous les immeubles inclus dans le périmètre du plan de quartier soit en force". X. SA a reçu l'autorisation de construire son projet "début 2010". Aussi, il est invraisemblable qu'elle ait payé les peines conventionnelles dans la crainte de ne pas devenir propriétaire des terrains, respectivement de ne pas pouvoir poursuivre la réalisation de son projet. Le moyen de l'appelante - qui, en violation de son devoir d'alléguer les faits fondant son exception, ne précise d'ailleurs pas la date à laquelle elle s'est exécutée - apparaît donc spécieux.

On retiendra par conséquent, à l'instar du juge de district, que X. SA s'est acquittée volontairement et en connaissance de cause des peines convenues, ce qui exclut toute répétition et rend vaine l'analyse de leur caractère prétendument excessif (Couchepin, op. cit., n° 947).