

Droit des obligations Obligationenrecht

*Clause d'entrepreneur – ATC (cour civile II) du 22 février 2019,
dame X. et Y. SA c. Z. et Z. Sàrl - TCV C1 16 309*

Promesse de contracter ; clause d'entrepreneur

- La clause d'entrepreneur est un précontrat au sens de l'art. 22 CO et doit contenir l'engagement de conclure et les éléments objectivement essentiels du contrat d'entreprise futur. L'acquéreur du bien-fonds peut s'en libérer aux conditions de l'art. 377 CO ; l'indemnité consiste en des dommages-intérêts positifs qui correspondent à l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat, laquelle peut être calculée soit selon la méthode de la déduction, soit selon la méthode dite positive, qui aboutissent à des résultats similaires (consid. 10.1 et 10.2) ; rappel de la notion et de la portée de promesse de porte-fort au sens de l'art. 111 CO (consid. 10.3).
- En l'espèce, les parties n'ont jamais été liées par un contrat d'entreprise, mais par une clause d'entrepreneur, engageant l'acheteur ou tout tiers à confier des travaux déterminés lors de la construction future de bâtiments sur les parcelles cédées (consid. 11.1) ; la validité d'une telle clause n'est pas subordonnée à l'indication du prix exact du futur contrat (consid. 11.2). Du moment que les travaux litigieux ont été attribués à d'autres entreprises, la clause n'a pas été respectée (consid. 11.3) et ouvre le droit à l'indemnisation du gain manqué du bénéficiaire (consid. 11.4) arrêté par une expertise complète et précise ne nécessitant aucun complément (consid. 11.5).

Versprechen, einen Vertrag abzuschliessen; Unternehmerklausel

- Die Unternehmerklausel ist ein Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR und muss die Verpflichtung zum Vertragsabschluss sowie die objektiv wesentlichen Punkte des künftigen Werkvertrages enthalten. Der Käufer des Grundstücks kann sich unter den Bedingungen von Art. 377 OR von dieser Verpflichtung befreien. Die Entschädigung besteht im positiven Schadenersatz, welcher dem Interesse des Unternehmers an der vollen Vertragserfüllung entspricht und entweder nach der Abzugsmethode oder nach der Additionsmethode berechnet werden kann, die beide zu vergleichbaren Ergebnissen führen (E. 10.1 und 10.2). Begriff und Wirkung des Vertrags zu Lasten eines Dritten im Sinne von Art. 111 OR (E. 10.3).
- Im vorliegenden Fall waren die Parteien nie durch einen Werkvertrag gebunden, aber durch eine Unternehmerklausel, die den Käufer oder jeden Dritten verpflichtete, bei der künftigen Überbauung der abgetretenen Grundstücke bestimmte Arbeiten zu übertragen (E. 11.1). Die Gültigkeit einer solchen Klausel ist nicht von der Angabe des genauen Preises des künftigen Vertrags abhängig (E. 11.2). Ab dem Moment, in dem die streitigen Arbeiten an andere Unternehmen vergeben worden sind, wurde die Klausel verletzt (E. 11.3) und der Anspruch des Begünstigten auf Ersatz des entgangenen Gewinns begründet (E. 11.4), der durch ein vollständiges und präzises Gutachten festgestellt wurde, das keiner Ergänzung bedarf (E. 11.5).

Faits (résumé)

A. Z. était l'associé et le gérant de Z. Sàrl, active dans la menuiserie. En mars 2010, un projet tendant à la construction, sur des biens-fonds de Z., de sa sœur et des hoirs B., de deux bâtiments d'habitation et d'un garage double, a été mis à l'enquête publique par Y. SA., représentée par le bureau d'architecture A. En mai 2010, Z. Sàrl a rempli trois formules de soumissions relatives aux deux habitations et, suite à une discussion avec BB. en juin 2010, Z. a réduit ses offres à 30 178 fr. pour la villa 1, à 26 239 fr. pour la villa 2 et à 75 633 fr. pour la menuiserie extérieure. A cette occasion, BB. lui a confirmé l'adjudication à Z. Sàrl de l'intégralité de travaux de menuiserie intérieurs et extérieurs dans les deux immeubles.

B. Par acte authentique du 16 juillet 2010, Z., copropriétaire avec sa sœur de trois parcelles sis sur la Commune de C., les a vendues à BB. qui entendait y réaliser un projet immobilier portant également sur la quatrième parcelle adjacente dont lui-même était copropriétaire avec un cohéritier. L'acte contenait une clause stipulant que la vente était liée à un contrat d'entreprise conclu entre BB. ou un tiers, et Z. Sàrl, portant sur l'attribution à celle-ci de tous les travaux de menuiserie des immeubles à ériger sur les parcelles vendues, pour un prix selon soumissions. Le même jour, BB. et les hoirs B. ont vendu à D. la nouvelle parcelle n° xxx réunissant les trois parcelles précitées à une partie de celle de BB. et de son cohéritier. Dans cet acte figurait une clause indiquant que la vente n'était pas liée à un contrat d'entreprise, mais que l'acquéreur s'engageait à confier à Z. Sàrl. tous les travaux de menuiserie dans les immeubles à ériger sur cette nouvelle parcelle. D. a divisé celle-ci en deux. Par la suite D. a mandaté BB. pour le représenter pour la construction de deux immeubles sur ce bien-fonds.

C. En mars 2011, Z. Sàrl a adressé au bureau d'architecte A. en charge du projet, des soumissions mentionnant les prix arrêtés en juin 2010 et précisé que les travaux de menuiserie lui avaient été attribués dans le cadre du contrat de vente conclu avec BB. Faute d'obtenir des contrats d'entreprise correspondants, Z. s'est adressé à D. le 12 avril 2011, le mettant en demeure, par son avocate, de lui remettre lesdits contrats. Enfin, le 28 avril 2011, après avoir rappelé l'accord passé lors de la vente des parcelles, il a offert encore un rabais afin de montrer sa volonté de collaborer, lui impartissant un ultime délai au 6 mai 2011.

Finalement, le bureau d'architecte A. a conclu un contrat d'entreprise générale avec une entreprise ayant A. comme administrateur unique, qui a attribué les travaux de menuiserie intérieure à E. SA.

D. Le 21 décembre 2012, Z., qui s'était vu céder par sa sœur toute créance contre BB. résultant de l'acte de vente du 16 juillet 2010, et Z. Sàrl ont ouvert action contre BB. et Y. SA, leur réclamant solidairement 40 000 fr., avec intérêt à 5 % dès le jour du dépôt de la requête en conciliation.

Statuant le 25 octobre 2016, le juge de district a rejeté l'action dirigée contre Y. SA et admis celle-ci dirigée contre BB., allouant le montant 40 000 fr. et les intérêts, tels que requis, en se fondant sur l'expertise qui a calculé le gain manqué entre le chiffre d'affaires qui aurait pu être réalisé sous déduction des économies résultant de l'absence d'accomplissement des prestations.

Le 7 décembre 2017, BB. et Y. SA ont interjeté appel, concluant au rejet de la demande.

A la suite du décès de BB. durant la procédure d'appel, sa fille, dame X., lui a succédé.

Considérants (extraits)

10.1 La clause d'entrepreneur fait partie des instruments juridiques bien ancrés dans la pratique du droit de la construction. En substance, elle tend à engager l'acquéreur d'un bien-fonds à confier par avance d'éventuels travaux à un entrepreneur convenu. L'objectif est de limiter d'emblée la liberté contractuelle dudit acquéreur, en vue de la conclusion d'un contrat d'entreprise. La jurisprudence et la doctrine qualifient majoritairement une telle clause de précontrat au sens de l'art. 22 CO, ce d'autant plus si l'entrepreneur, auquel il est convenu que les travaux soient confiés (cf. art. 112 CO), n'est pas partie à la vente immobilière.

Pour donner naissance à une obligation de conclure, la clause d'entrepreneur doit satisfaire à des exigences de contenu minimal. En effet, à l'instar de tout contrat, le précontrat ne peut être conclu que si son contenu essentiel est suffisamment déterminé ou déterminable (cf.

art. 2 al. 1 CO). Son objet étant la conclusion d'un contrat d'entreprise futur, il doit ainsi impérativement comprendre l'engagement de conclure ainsi que les éléments (objectivement) essentiels d'un tel contrat. Les parties doivent dès lors s'accorder sur l'ouvrage à exécuter et sur l'existence d'une rémunération de l'entrepreneur, mais pas forcément sur le montant exact de cette dernière puisqu'elle pourra être fixée par la suite selon les principes posés par l'art. 374 CO.

Lorsqu'une clause d'entrepreneur a valeur de précontrat, elle engage l'acquéreur du bien-fonds à conclure le contrat envisagé. Celui-ci peut néanmoins se libérer de cette promesse aux conditions de l'art. 377 CO (cf. Tercier/Bieri/Carron, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., 2016, n^{os} 3621 et 3622 ; Gabellon, *La qualification juridique des clauses d'architecte ou d'entrepreneur : clause d'exclusivité, précontrat ou contrat ?*, in DC 1/2015 p. 9 ss, p. 9-11 ; Morin, *Commentaire romand*, 2^e éd., 2012, n. 7, 15, 19 et 20 ad art. 22 CO ; Gauch, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., 2011, nos 416 à 433 ; Reber, *Die Baubindung beim Grundstückkauf*, 1999, p. 34, 84 à 88, 141, 142 et 145 ainsi que les références citées).

10.2 Selon cette dernière disposition, tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut toujours se départir du contrat en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur.

Ce droit de résiliation peut être exercé en tout temps, aussi longtemps que l'ouvrage n'est pas achevé, et déploie des effets ex nunc. Il peut également être invoqué avant que l'entrepreneur n'ait commencé ses travaux et même en cas de simple engagement précontractuel, comme on vient de le voir.

L'indemnité due consiste en des dommages-intérêts positifs qui correspondent à l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat. Elle comprend par conséquent le gain manqué. Deux méthodes peuvent être appliquées pour calculer cette indemnité, soit la méthode de la déduction (Abzugsmethode), dans laquelle sont soustraits du prix de l'ouvrage l'économie réalisée par l'entrepreneur ainsi que le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou auquel il a délibérément renoncé, soit la méthode dite positive (Additionsmethode), qui consiste à établir le total des dépenses de l'entrepreneur pour la partie de l'ouvrage qu'il a déjà exécutée et à y ajouter le bénéfice brut manqué pour l'entier de celui-ci, ce bénéfice devant être déterminé sur la base du contrat, voire de tarifs, d'indices ou de la comptabilité de l'entrepreneur et tenir compte des avantages que celui-ci a retirés ou pouvait retirer du fait de la

résiliation. La jurisprudence a laissé indécise la question de savoir laquelle de ces deux méthodes était préférable, étant donné qu'elles aboutissent pratiquement au même résultat et que le choix de l'une ou de l'autre dépend des circonstances du cas d'espèce. Le montant de l'indemnité due à l'entrepreneur ne peut cependant dépasser le prix de l'ouvrage et il incombe dans tous les cas à celui-ci de démontrer son dommage ainsi que ses frais pour le travail qu'il a déjà exécuté (cf. ATF 117 II 273 consid. 4a-4b et 96 II 192 consid. 4-5 ; arrêts 4A_129/2017 du 11 juin 2018 consid. 3.1 et 4A_96/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.1 ; Tercier/Bieri/Carron, op. cit., nos 4159, 4162 et 4164 ; Zindel/Pulver/Schott, Commentaire bâlois, 6^e éd., 2015, n. 13-16 ad art. 377 CO ; Chaix, Commentaire romand, 2^e éd., 2012, n. 12, 15, 16 et 22 ad art. 377 CO ainsi que les références citées).

10.3 Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers (cf. art. 111 CO). Ainsi, par cette promesse, dite de porte-fort, le débiteur (promettant) promet en son nom, pour son compte et à ses risques, au créancier (bénéficiaire) le fait d'autrui, lequel n'est toutefois pas nécessairement obligé envers celui-ci et peut être inconnu des parties, voire non individualisé au moment de la promesse. L'objet de cette dernière est une prestation du débiteur au créancier qui, sauf stipulation contraire, consiste à indemniser ce dernier au cas où le tiers n'a pas le comportement promis. Ce comportement doit donc présenter pour le bénéficiaire un intérêt appréciable en argent. Le dommage à réparer consiste en la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est et telle qu'elle aurait été si le tiers avait eu le comportement promis. En particulier, si le tiers devait exécuter un contrat, le créancier peut demander l'intérêt à l'exécution de celui-ci. Si le tiers devait effectuer un acte juridique, la prestation du promettant consiste à placer le créancier dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si l'acte avait été accompli (cf. Tevini, Commentaire romand, 2^e éd., 2012, n. 1, 2, 12 et 13 ad art. 111 CO ainsi que les références citées).

11.1 Comme le premier juge l'a pertinemment indiqué, et contrairement à ce que pensent les appelés, BB. et Z. Sàrl n'ont jamais été liés par un contrat d'entreprise ayant pour objet les travaux de menuiserie intérieure et extérieure à réaliser dans le cadre de la construction des deux habitations projetées sur les parcelles xxx1 et xxx2. En effet, tout d'abord, les déclarations de Z. n'ont jamais été confirmées par BB., bien

au contraire. Ensuite, et surtout, la seule lecture de la clause II/10 de l'acte qu'ils ont signé ensemble, le 16 juillet 2010, suffit à démontrer que la conclusion d'un tel contrat n'était alors pas effective puisque la personne du maître de l'ouvrage n'était pas encore certaine (« BB. ou un tiers »). Il faut bien plutôt considérer à cet égard que les parties à cet acte ont convenu d'une clause dite d'entrepreneur par laquelle BB. s'est engagé à conclure lui-même, ou a promis qu'un tiers le ferait (cf. art. 111 CO et consid. 10.3 ci-dessus), le contrat d'entreprise précité avec Z. Sàrl, non partie audit acte (cf. art. 112 CO). Cette clause constituait un précontrat (cf. art. 22 CO) ayant pour objet l'engagement de confier à cette société « tous les travaux de menuiserie » à effectuer « dans les immeubles à ériger sur les parcelles vendues », ce qui recouvrait, contrairement à ce qui est soutenu dans l'écriture d'appel, bel et bien l'ensemble des travaux de menuiserie intérieure et extérieure devant être réalisés lors de la construction des deux habitations sises non seulement sur la surface des biens-fonds vendus par Z. et sa sœur, mais également sur celle détachée de la parcelle xxx3 propriété de BB. et de son cohéritier. En effet, pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux procédures de mise à l'enquête publique et d'appel d'offres effectuées en rapport avec cette construction au printemps 2010, de même qu'au second acte authentique signé le 16 juillet 2010, notamment au chiffre II/10 de ses conditions de vente, toutes ces pièces indiquant que les travaux en question devaient être accomplis sur la nouvelle parcelle n° xxx, laquelle a été créée par la réunion de toutes les surfaces.

11.2 Par ailleurs, ainsi qu'on l'a vu et contrairement à ce que soutiennent les appelantes, la validité de la clause d'entrepreneur en question ne peut être niée pour le seul motif qu'elle n'indique pas le prix exact du futur contrat d'entreprise prévu. En outre, telle qu'elle est rédigée, il est manifeste qu'elle comporte un engagement ferme de conclure ce contrat, et non pas seulement conditionnel - comme l'ont prétendu les parties défenderesses tout au long de la procédure - selon lequel la réalisation des travaux de menuiserie en question ne serait attribuée à Z. Sàrl que si, au terme d'un appel d'offres devant encore être mis en œuvre, les soumissions déposées par cette dernière s'avéraient les plus avantageuses. En effet, l'expression « prix selon soumissions » ne permet pas, à elle seule, une interprétation aussi extensive. En outre, il est établi qu'un appel d'offres avait déjà eu lieu plus de deux mois auparavant, que celles déposées à cette occasion par V. Sàrl avaient été dûment comparées - par le bureau d'architecture mandaté

dans ce but - à celles émanant d'autres entreprises et avaient ensuite donné lieu à des négociations entre Z. et BB. au terme desquelles les prix initialement proposés avaient été réduits d'un commun accord. De surcroît, après que le notaire lui eut adressé son projet d'acte, Z. l'avait soumis à « un ou une avocate notaire » qui avait insisté pour que le prix convenu pour les travaux de menuiserie précités soit mentionné, ce qui n'a en définitive pas été fait - vraisemblablement pour éviter des frais de registre foncier - mais autorise néanmoins à penser qu'un tel prix avait bel et bien été arrêté. La formulation de la clause litigieuse doit ainsi être comprise comme signifiant que ce prix devait correspondre à celui ressortant des soumissions établies par Z. Sàrl, puis négocié avec BB., ce qui, au vu des courriers que cette société lui a adressés en mars et avril 2011, semble bien être également le sens qu'elle lui donnait.

11.3 Dans la mesure où, finalement, les travaux litigieux ont été attribués à d'autres entreprises, soit E. SA et F. Sàrl, la clause par laquelle BB. s'est engagé à ce qu'ils soient confiés à Z. Sàrl, par lui-même ou par un tiers (cf. art. 111 CO), n'a pas été respectée, si bien que c'est à bon droit qu'il a été astreint à indemniser cette société - en faveur de qui l'obligation de contracter avait été stipulée (cf. art. 112 CO ; cf. également *Tevini/Du Pasquier*, Commentaire romand, 2^e éd., 2012, n. 12 et 18 ad art. 112 CO) - conformément à l'art. 377 CO.

11.4 S'agissant de l'ampleur de cette indemnisation, le premier juge s'est fondé à juste titre sur le gain manqué calculé par l'expert judiciaire. En effet, ce dernier s'est prononcé de manière complète et précise sur toutes les questions qui lui ont été soumises, lesquelles avaient été préalablement formulées par les demandeurs en lien avec des pièces déterminées du dossier, sans que les défendeurs ne s'en plaignent à ce moment-là (cf. *Schweizer*, Commentaire romand, 2019, n. 8 ad art. 185 CPC ; *Dolge*, Commentaire bâlois, 3^e éd., 2017, n. 2 ad art. 185 CPC), de sorte qu'ils sont particulièrement malvenus de le faire au stade du présent appel. De plus, cet expert ne s'est pas contenté de reprendre le contenu desdites pièces, comme l'affirment les appelantes, mais a également consulté une « série de prix de l'association valaisanne des entreprises de menuiserie », procédé à deux inspections des lieux, entendu les parties - lesquelles ont ainsi encore eu l'occasion de commenter les questions qui lui étaient soumises - demandé un avis technique à un « maître menuisier » et pris connaissance de l'intégralité du dossier. Il faut par conséquent admettre qu'il a

accompli son mandat avec soin et diligence, en répondant en outre à toutes les questions dont il était saisi de manière claire et exempte de contradiction. Dans ces conditions, contrairement à ce que soutiennent les appelantes, son rapport ne peut être considéré comme lacunaire ou insuffisamment motivé, de sorte qu'aucun complément ou explication au sens de l'art. 188 al. 2 CPC ne se justifiait (cf. Schweizer, n. 7 à 10 ad art. 188 CPC ; Weibel, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3e éd., 2016 n. 4 à 8 ad art. 188 CPC), ce qu'au demeurant elles n'ont jamais prétendu auparavant, notamment dans leur requête adressée au juge de première instance le 5 mai 2014.

En réalité, cette dernière avait pour but d'obtenir, dans le cadre d'un complément au sens de l'art. 187 al. 4 CPC, que l'expert judiciaire modifie les conclusions de son rapport en fonction de statistiques générales en matière de marges bénéficiaires dans le secteur de la menuiserie, telles qu'elles ressortaient de documents dont les défendeurs se prévalaient alors pour la première fois en procédure, sans en avoir jamais formellement requis l'édition, ainsi que de « renseignements » qu'ils prétendaient avoir recueillis « auprès de professionnels de la branche », de « données statistiques » qu'ils souhaitaient être fournies par le Service cantonal des contributions et d'un comparatif comptable sur cinq ans qu'ils voulaient obtenir de la part de la fiduciaire de Z. Sàrl. Or, à ce stade de la procédure, de tels faits et moyens de preuves nouveaux ne pouvaient plus être amenés en cause (cf. art. 229 CPC) et, quoi qu'il en soit, n'étaient pas pertinents – comme du reste les dires de A. ou de la partie Z. (au sujet des marges bénéficiaires « usuelles » pour les travaux de menuiserie - puisque le calcul de l'indemnité au sens de l'art. 377 CO doit se faire de manière concrète sur la base du prix convenu pour l'ouvrage en question et de la marge bénéficiaire y relative, ce qu'a d'ailleurs fait l'expert judiciaire en se fondant, d'une part, sur les soumissions spécifiquement remplies par Z. Sàrl pour les travaux litigieux et, d'autre part, sur son décompte précis des frais qu'elle a estimé avoir économisés en ne les réalisant pas. Ainsi, dans la mesure où il était dénué de pertinence, voire destiné à permettre aux défendeurs de réparer leurs manquements procéduraux, c'est à juste titre que le premier juge a refusé d'administrer le complément d'expertise qu'ils ont sollicité (cf. Weibel, n. 14 ad art. 187 CPC ; Müller, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2^e éd., 2016, n. 17 ad art. 187 CPC ; Rüetschi, Commentaire bernois, 2012, n. 10 ad art. 187 CPC).

11.5 Au vu de ce qui précède, force est d'admettre que le jugement entrepris a retenu à bon droit, en se fondant sur l'expertise judiciaire précitée et les conclusions des demandeurs (cf. art. 58 al. 1 CPC), que l'indemnité, au sens de l'art. 377 CO, à verser par BB. respectivement, à l'heure actuelle, par son unique héritière, dame X., à Z. Sàrl s'élevait à 40 000 fr., avec intérêt moratoire à 5 % dès le 9 août 2012, comme requis.