

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Édités par Peter Gauch*

372

---

ALBORZ TOLOU

# La forfaitisation du dommage

# Table des matières

<b>Avant-propos</b>	<b>VII</b>
<b>Sommaire</b>	<b>IX</b>
<b>Table des matières</b>	<b>XV</b>
<b>Table des abréviations</b>	<b>XXVII</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>XXXIII</b>
<b>Introduction</b>	<b>1</b>
I. Le thème	1
II. L'intérêt du thème	2
III. Le plan de la thèse	4
<b>Première partie : L'analyse générale de la clause et de l'indemnité forfaitaire</b>	<b>5</b>
<b>§ 1. Les notions, les sources et les fonctions de la clause et de l'indemnité forfaitaire</b>	<b>7</b>
I. Les notions	7
A. La clause forfaitaire	7
1. La clause forfaitaire indépendante	9
2. La clause forfaitaire dépendante	9
B. L'indemnité forfaitaire	10
1. L'indemnité relative	11
2. L'indemnité absolue	14
3. L'indemnité minimale	17
4. L'indemnité maximale	20
II. Les sources	21
A. Les sources légales	22
B. Les sources conventionnelles	24
1. Le contrat individuel	24
2. Les conditions générales	25

3. Les statuts	27
III. Les fonctions de la clause forfaitaire	29
A. Une fonction compensatrice renforcée	29
1. La fonction compensatrice de la responsabilité civile	29
2. La fonction compensatrice de la clause forfaitaire	30
B. Une fonction préventive indirecte	33
C. Une fonction de rationalisation	34
D. Une absence de fonction répressive	35
<b>§ 2. Les caractéristiques et la nature de l'indemnité forfaitaire</b>	<b>37</b>
I. Les caractéristiques de l'indemnité forfaitaire	37
A. Une modalisation anticipée d'une créance en dommage-intérêts	37
B. Une créance qui porte sur le dommage prévisible	38
II. La nature de l'indemnité forfaitaire	39
A. Une obligation primaire ou secondaire	39
1. La clause forfaitaire indépendante : une obligation primaire	40
2. La clause forfaitaire dépendante : une obligation secondaire	41
B. Une obligation conditionnelle	43
<b>§ 3. Les effets de la clause forfaitaire sur la prétention en dommages-intérêts</b>	<b>45</b>
I. Un renversement du fardeau de la preuve de l'existence du dommage	45
II. Une présomption du montant du dommage	51
III. Un renversement du fardeau de la preuve du lien de causalité	54
IV. Une restriction de responsabilité	55
V. Une contractualisation du dommage	55
VI. Une fixation de l'indemnité	57

<b>§ 4. La distinction avec la clause pénale</b>	<b>59</b>
I. La notion et les types de clauses pénales	59
A. La notion de clause pénale	59
B. Les types de clauses pénales	60
1. La clause pénale alternative	61
2. La clause pénale cumulative	61
3. La clause pénale exclusive	62
II. La nécessité de la distinction	62
III. La distinction en particulier	66
A. Des caractéristiques différentes	68
1. Le lien avec l'obligation violée	69
2. Le lien avec le dommage	70
B. Des fonctions différentes	72
1. La fonction compensatrice	73
2. La fonction préventive directe et indirecte	74
3. La fonction répressive	76
C. Des conditions d'exigibilité différentes	79
IV. Les indices de distinction	80
A. Les indices pertinents	81
1. Le degré de concrétisation de la source du dommage	82
2. Le montant de l'indemnité	83
3. Le nombre de violations couvertes par une même indemnité	85
4. La méthode de calcul de l'indemnité	86
5. La prise en compte du moment de la violation contractuelle	88
6. Les caractéristiques de l'indemnité	89
B. Les indices non pertinents	91
1. Les termes utilisés	91
2. La réparation du dommage non patrimonial	92
3. La relation entre l'indemnité et le dommage effectif	94
a. L'arrêt TC (JU), CC 112/2015	94
b. Une analyse critique	95
4. La perte d'une créance comme objet de la clause	98
5. La difficulté de prouver le dommage	99

<b>§ 5. La distinction avec d'autres institutions voisines</b>	<b>101</b>
I. La forfaitisation légale du dommage	101
A. Quelques généralités	101
B. L'intérêt moratoire (art. 104 al. 1 CO)	102
C. L'indemnité en cas d'abandon d'emploi (art. 337d al. 1 CO)	106
II. La clause restrictive de responsabilité	109
III. La clause d'indemnisation	111
IV. La transaction	112
V. L'exécution en nature de l'obligation	116
A. Quelques généralités	116
B. La relation avec la clause forfaitaire	119
VI. Le dédit réel et le dédit consensuel	121
A. Le dédit réel (art. 158 al. 3 CO)	122
B. Le dédit consensuel (art. 160 al. 3 CO)	122
<b>§ 6. La clause forfaitaire indépendante : l'engagement contractuel</b>	<b>125</b>
I. Le contrat d'assurance dommages	126
A. La notion	126
B. La distinction avec l'assurance de somme	127
C. La forfaitisation du dommage en général	132
1. L'admissibilité et le but	132
2. La clause forfaitaire maximale et absolue	134
D. La forfaitisation dans l'assurance de choses	138
1. Quelques généralités	138
2. La forfaitisation de la valeur de remplacement	140
II. La promesse de porte-fort (art. 111 CO)	142
A. Quelques généralités	142
B. La forfaitisation du dommage	144
<b>§ 7. La clause forfaitaire dépendante : la violation d'une obligation</b>	<b>147</b>
I. La forfaitisation en cas de demeure	147
A. La demeure simple (art. 102 à 106 CO)	148

1.	Quelques généralités	148
2.	La forfaitisation du dommage	149
B.	La demeure qualifiée (art. 107 à 109 CO)	150
1.	Quelques généralités	150
2.	La forfaitisation du dommage	153
a.	Le dommage de retard	153
b.	Le dommage pour cause d'inexécution	155
c.	Le dommage en cas de résolution du contrat	157
II.	La forfaitisation en cas d'impossibilité subséquente fautive	158
A.	Quelques généralités	159
B.	La forfaitisation du dommage	161
III.	La forfaitisation en cas de violation positive du contrat	162
A.	La mauvaise exécution	163
1.	L'exécution défectueuse d'une obligation de résultat	164
a.	Quelques généralités	164
b.	La forfaitisation du dommage	165
2.	La violation d'une obligation de moyens	166
a.	Quelques généralités	167
b.	La forfaitisation du dommage	168
B.	La violation d'une obligation accessoire dépendante	170
1.	La notion d'obligation accessoire dépendante	170
2.	Les devoirs de protection	173
3.	La forfaitisation du dommage	176
C.	La violation d'une obligation d'abstention	177
1.	Quelques généralités	177
2.	La forfaitisation du dommage	178
IV.	La forfaitisation en cas de violation des devoirs précontractuels	178
A.	Les devoirs précontractuels et la <i>culpa in   contrahendo</i>	178
B.	La forfaitisation du dommage	181
1.	Dans un contrat de négociation	182
2.	Dans une promesse de contracter	183

<b>§ 8. La clause forfaitaire dans quelques contrats particuliers</b>	<b>187</b>
I. La convention d'arbitrage	187
A. La notion et la nature	187
B. L'exception d'arbitrage	189
C. La responsabilité en cas de saisie d'un tribunal étatique	190
1. Lorsque le tribunal étatique se déclare incompétent	191
2. Lorsque le tribunal étatique refuse à tort de renvoyer les parties en arbitrage	193
3. Lorsqu'une partie empêche la constitution du tribunal arbitral	194
D. La clause forfaitaire et la clause pénale	197
II. La convention d'actionnaires	201
A. La notion et la violation	201
B. La clause forfaitaire et la clause pénale	204
III. La clause de non-concurrence	207
A. La notion et la violation	207
B. La clause forfaitaire et la clause pénale	209
1. La conclusion d'une clause forfaitaire	209
2. La conclusion d'une clause pénale	213
C. Deux exemples de contrats	214
1. Le contrat de cession d'entreprise	215
2. Le contrat de travail	216
IV. La clause de <i>break-up fee</i>	220
A. La notion	220
B. La qualification	222
1. Une clause pénale dépendante ou indépendante	223
2. Une clause forfaitaire dépendante ou indépendante	224
<b>§ 9. La contractualisation du dommage</b>	<b>229</b>
I. Le dommage réparable selon la loi	229
A. La notion	229
B. Les caractéristiques	230
1. Le principe : le rattachement au patrimoine	231

2.	L'exception : le dommage non patrimonial	232
3.	Le caractère involontaire de la diminution	234
C.	La théorie de la différence	235
1.	La comparaison entre deux états du patrimoine	236
2.	Une comparaison statique	237
D.	Le dommage contractuel	238
1.	La détermination du dommage contractuel	238
2.	L'intérêt positif	240
3.	L'intérêt négatif	241
4.	L'intérêt d'intégrité	243
5.	La prévisibilité du dommage	245
II.	Le dommage réparable selon le contrat	247
A.	L'admissibilité et les limites de la contractualisation du dommage	247
1.	L'admissibilité	247
2.	Les limites	251
B.	Le dommage de commercialisation	253
1.	La notion	253
2.	La perte de l'usage de la villa – ATF 126 III 388	254
3.	La contractualisation	255
C.	Le dommage de frustration	256
1.	La notion	256
2.	La villa livrée en retard – TF, 4A_282/2009	258
3.	La contractualisation	260
D.	L'intérêt d'affection	261
1.	L'arrêt Véronèse – ATF 87 II 290	262
2.	La contractualisation	263
E.	La perte d'une chance	264
1.	La notion	265
2.	La méningite mal diagnostiquée – ATF 133 III 462	267
3.	La contractualisation	268
F.	Les mesures préventives	269
1.	La notion	270
2.	Le cycliste stationné sans droit – TF, 6B_192/2014	271
3.	La contractualisation ?	272

a. L'impossibilité de contractualiser les mesures préventives anticipées	273
b. La possibilité de conclure une clause pénale	274
<b>§ 10. Une synthèse</b>	<b>277</b>
<b>Seconde partie : La clause forfaitaire : de sa formation à sa fin</b>	<b>281</b>
<b>§ 11. La formation de la clause forfaitaire</b>	<b>283</b>
I. Les parties	283
II. Les éléments essentiels	285
A. L'indemnité forfaitaire	285
1. La prestation	286
a. Une somme d'argent	286
b. La perte d'un droit ?	286
2. La détermination du montant	287
a. Un montant statique	288
b. Un montant dynamique	289
c. Un montant déterminé par un tiers ?	290
3. Le type d'indemnité	292
4. Les postes du dommage contractualisé	293
B. Les conditions	294
1. La survenance d'un événement déterminé	294
2. La violation d'une obligation	294
3. La concrétisation de la source du dommage	295
III. L'intégration des conditions générales	297
A. L'intégration individuelle	298
B. L'intégration globale	299
<b>§ 12. L'interprétation de la clause forfaitaire</b>	<b>301</b>
I. La possibilité de prouver le dommage effectif	301
A. La volonté réelle et le principe de la confiance	301
B. Les principaux critères d'interprétation	302
1. Le texte de la clause	303
2. La difficulté de prouver le dommage	304
II. La possibilité de faire valoir les facteurs de réduction	307

III. L'interprétation <i>contra stipulatorem</i> dans les conditions générales	308
<b>§ 13. La forme de la clause forfaitaire</b>	<b>311</b>
I. La clause forfaitaire indépendante	311
II. La clause forfaitaire dépendante	312
A. L'intérêt positif : la forme de l'obligation violée	312
B. L'intérêt négatif : la liberté de la forme	313
1. L'ATF 140 III 200	313
a. L'arrêt	313
b. Les réactions de la doctrine	314
c. Une analyse critique	315
2. La justification de la liberté de la forme	318
3. Une synthèse	323
C. L'intérêt d'intégrité : la liberté de la forme	324
<b>§ 14. La validité de la clause forfaitaire</b>	<b>325</b>
I. L'impossibilité et l'engagement excessif	326
A. L'impossibilité	326
B. L'engagement excessif	327
1. La règle	327
2. La clause forfaitaire qui porte sur le dommage corporel	329
3. L'indemnité forfaitaire dérisoire	329
4. L'indemnité forfaitaire extrêmement élevée	330
II. L'illicéité	332
A. La notion et les conséquences	333
B. L'art. 404 CO	337
1. La règle	338
2. Le champ d'application matériel	343
3. Le caractère impératif	344
4. La clause forfaitaire et la clause pénale	348
a. L'évolution jurisprudentielle	348
b. L'inadmissibilité des clauses pénales ?	363
c. L'admissibilité limitée des clauses forfaitaires	367
C. L'art. 100 al. 1 CO	372
1. La règle	372

2.	Les effets sur la clause forfaitaire	375
D.	Les art. 267 al. 2 et 299 al. 4 CO	376
1.	La règle	376
2.	L'admissibilité d'une clause forfaitaire	377
3.	Quelques exemples	381
E.	L'art. 842 al. 2 CO	383
1.	Quelques généralités	384
2.	Les conditions de validité de l'indemnité équitable (art. 842 al. 2 CO)	384
a.	Une base statutaire	385
b.	L'existence d'un dommage sérieux	387
c.	Une indemnité équitable	389
3.	L'admissibilité limitée des clauses forfaitaires en cas de sortie d'un associé	391
a.	L'admissibilité des indemnités relatives et maximales	391
b.	L'inadmissibilité des indemnités absolues et minimales	394
III.	Le contrôle des conditions générales	395
A.	Quelques généralités	396
B.	L'art. 8 LCD	398
1.	La règle et le champ d'application personnel	398
2.	Les conditions	399
3.	Le contrôle des clauses forfaitaires	401
4.	Les conséquences de l'application de l'art. 8 LCD	404
C.	La clause insolite	405
1.	La règle et le champ d'application	405
2.	Les conditions	407
3.	Le contrôle des clauses forfaitaires	409
4.	Les conséquences de l'application de la clause insolite	411
IV.	Les vices de consentement	412
A.	Quelques généralités	412
B.	Les limites à l'invocation d'une erreur sur les faits	412
<b>§ 15.</b>	<b>L'exigibilité de l'indemnité forfaitaire</b>	<b>417</b>
I.	L'existence d'un dommage	417

A.	Le renversement du fardeau de la preuve de l'existence du dommage	417
B.	La preuve de la source du dommage	419
II.	La survenance d'un événement dommageable	420
III.	Le lien de causalité	422
A.	Le renversement du fardeau de la preuve du lien de causalité	422
B.	Le lien de causalité entre l'événement dommageable et la source du dommage	424
IV.	La faute	425
<b>§ 16.</b>	<b>L'augmentation et la réduction de l'indemnité forfaitaire par les parties</b>	<b>427</b>
I.	L'augmentation de l'indemnité par le créancier	427
A.	Quelques généralités	427
B.	La preuve du dommage supérieur (art. 42 CO)	428
1.	Le principe : la preuve du dommage (art. 42 al. 1 CO)	428
2.	L'exception : le pouvoir d'appréciation (art. 42 al. 2 CO)	431
II.	La réduction de l'indemnité par le débiteur	433
A.	La preuve du dommage inférieur (art. 42 CO)	433
1.	Les exigences de preuve	434
2.	Le devoir de collaboration du créancier	434
3.	L'imputation des avantages	436
B.	Les facteurs de réduction de l'indemnité	438
1.	L'admissibilité	438
2.	Les différents facteurs de réduction	439
<b>§ 17.</b>	<b>Le contrôle de l'indemnité forfaitaire par le juge</b>	<b>443</b>
I.	La réduction de l'indemnité absolue et minimale	444
A.	La non-application de l'art. 163 al. 3 CO	444
1.	Quelques généralités sur l'art. 163 al. 3 CO	444
2.	L'état de la jurisprudence fédérale	447
a.	L'ATF 83 II 525	448
b.	L'ATF 109 II 462 et l'arrêt TF, 4A_294/2012	450

c. L'ATF 140 III 200	451
d. L'arrêt TF, 4A_601/2015	454
3. L'état de la jurisprudence cantonale	457
a. L'arrêt OGer., LGVE 1983 I n° 12 24 s.	457
b. L'arrêt OGer. (OW), RSJ 1986 66 ss	459
c. L'arrêt OGer., LGVE 2006 I n° 50	462
d. L'arrêt TC (JU), CC 112/2015 (04.04.2016)	463
4. La position de la doctrine	464
5. Une prise de position contre l'application de l'art. 163 al. 3 CO	467
B. La <i>clausula rebus sic stantibus</i>	469
1. L'admissibilité	469
2. Les conditions	473
3. Les conséquences : la réduction	474
C. La faute concomitante grave	475
II. L'augmentation de l'indemnité absolue et maximale	477
A. La faute grave ou le dol du débiteur (art. 100 al. 1 CO)	478
B. La <i>clausula rebus sic stantibus</i>	479
<b>§ 18. La fin de la clause forfaitaire</b>	<b>481</b>
I. La nullité par contagion de la clause forfaitaire	481
II. La prescription de la créance en dommages-intérêts	482
<b>§ 19. Une synthèse</b>	<b>485</b>
<b>Conclusions</b>	<b>489</b>
<b>Schlussfolgerungen</b>	<b>495</b>
<b>Table des dispositions légales citées</b>	<b>503</b>
<b>Répertoire alphabétique des matières</b>	<b>507</b>