



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2025

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

L'indemnisation en cas de résiliation du contrat de mandat

Zay, Benoît Jérôme

How to cite

ZAY, Benoît Jérôme. L'indemnisation en cas de résiliation du contrat de mandat. Master, 2025.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:188890>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.11.2025 14:33



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Séminaire de maîtrise
Les contrats de service
Printemps 2025

L'indemnisation en cas de résiliation du contrat de mandat

Benoît ZAY

Sous la direction de la Prof. Julia Xoudis

4 juin 2025

Table des matières

I.	Introduction	1
II.	Des principes jurisprudentiels.....	1
A.	Mandat et droit de le résilier en tout temps	1
B.	Résiliation en temps inopportun	3
1.	Temps inopportun et dommage	3
2.	Absence de motifs sérieux.....	5
3.	Exemples d'application	6
4.	Peines conventionnelles et forfaitisation du dommage	8
III.	De la critique doctrinale	11
IV.	De la pratique et des exceptions qui en découlent.....	12
A.	Confusion autour des clauses pénales/forfaitaires.....	13
1.	Contrat d'architecte	13
2.	Contrat d'enseignement.....	18
B.	Intérêt positif hors de l'art. 404 al. 2 CO.....	22
1.	Honoraires dépendant du résultat	22
2.	Justes motifs et art. 97 CO.....	23
3.	Mandat et demeure	24
C.	Gain manqué.....	25
1.	Élargissement de l'intérêt négatif.....	26
2.	Application de l'art. 42 al. 2 CO	28
V.	Synthèse et conclusion.....	29

I. Introduction

Le secteur tertiaire occupe en Suisse plus de trois quarts des travailleurs¹. Contrat par excellence des services rendus à titre indépendant sans obligation de résultat, le mandat régit donc dans notre pays une part économiquement très importante des relations contractuelles. Une particularité helvétique, nuisible à notre attractivité juridique, est que ces *pacta ne sunt* pas particulièrement *servanda*² : chaque partie peut mettre fin au mandat en tout temps, immédiatement et sans motif³.

Parce que cette rupture abrupte peut causer à la partie qui la subit des souffrances financières, se pose la question d'une éventuelle indemnisation. La présente contribution se concentre sur les conditions de cette dernière, le dommage qu'elle couvre et la liberté restreinte des parties de l'aménager contractuellement. Nous laisserons de côté la question du droit du mandataire à ses honoraires pour le travail déjà accompli et leur éventuelle réduction, de même que celle du remboursement de ses impenses. Les controverses autour de la qualification du contrat de mandat et des mandats *sui generis* ne seront pas non plus développées.

Il s'agira plutôt, dans un premier temps, d'exposer les principes jurisprudentiels en matière de résiliation du mandat et d'indemnisation (II). Nous présenterons ensuite brièvement les principales positions doctrinales critiques concernant le droit de résilier en tout temps (III). Enfin, nous nous intéresserons à la pratique du Tribunal fédéral dans des cas où son système rigide est mis à rude épreuve (IV), avant de conclure (V).

II. Des principes jurisprudentiels

A. Mandat et droit de le résilier en tout temps

« Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis » (art. 394 al. 1 CO). Il s'agit d'un contrat de service, se distinguant du contrat de travail parce qu'il est rendu à titre indépendant et du contrat d'entreprise parce qu'il implique une obligation de moyen⁴. Par la conclusion du mandat, le mandant confie la gestion de ses intérêts à son mandataire⁵. En

¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Secteur et section économique, *in* bfs.admin.ch, accessible sur <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/activite-professionnelle-temps-travail/caracteristiques-main-oeuvre/section-economique.html> (30.05.2025).

² Cf. HUGUENIN, N 835 ; HONSELL, p. 362 ; *contra* : HOFSTETTER, p. 64.

³ Art. 404 al. 1 CO.

⁴ TERCIER ET AL., N 4287 ; CR CO I-WERRO, CO 394, N 22 et 26 s.

⁵ MORIN, p. 121.

pratique, une grande diversité d'activités sont soumis à ses règles, du gestionnaire de fortune à l'architecte, en passant par l'enseignant privé et l'avocat.

D'après l'art. 404 al. 1 CO, « [l]e mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps ». Le mandant révoque le mandat, le mandataire le répudie : en réalité les deux termes désignent simplement la résiliation du contrat et donc une fin de la plupart des obligations avec effet *ex nunc*⁶. Au grand dam de la doctrine, le Tribunal fédéral interprète cette disposition comme octroyant de manière impérative à chaque partie un droit de résilier le mandat en tout temps et sans motif⁷. Les parties ne peuvent ni l'exclure ni le limiter contractuellement, par exemple avec un terme ou un délai de résiliation⁸.

Le Tribunal fédéral fonde cela sur le lien de confiance particulier, ou encore le « caractère personnel prépondérant des relations » entre mandant et mandataire, sans lequel la continuation du mandat serait inconcevable⁹. La résiliabilité en tout temps et sans motif relève dès lors de la nature du mandat¹⁰. Pourtant, l'art. 404 CO s'applique à tous les mandats sans exception, même en l'absence de rapport de confiance particulier¹¹, ainsi qu'à des contrats innommés mixtes comme nous le verrons plus loin. Cela englobe également des contrats pensés par les parties pour être exécutés sur le long terme (mandats de durée), où l'intérêt, pourtant légitime, à la pérennité de leur engagement doit se soumettre à celui de la libre résiliation¹². En pratique, ces mandats de durée en pâtissent, si bien que la jurisprudence est contrainte d'en soustraire certains à l'art. 404 CO en leur attribuant une autre qualification (par exemple le contrat d'arbitre)¹³. Nous ne traiterons ici que de ceux auxquels la jurisprudence applique l'art. 404 CO.

⁶ ATF 98 II 305, JdT 1973 I 536, consid. 2a ; TERCIER ET AL., N 4620 ; BSK CO I-OSER/WEBER, CO 404 N 7 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 16 s.

⁷ TF 4A_490/2021, consid. 4.1.1 ; TF 4A_680/2016, consid. 3.1 ; ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312, consid. 2a ; ATF 98 II 305, JdT 1973 I 536, consid. 2c.

⁸ TF 4A_196/2020, consid. 6.1 ss ; TF 4A_152/2016, consid. 6.3 ; TF 4A_237/2008, consid. 3.2 ; ATF 106 II 157, JdT 1980 I 370, consid. 2b ; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, consid. 1 ; SJ 1978 385, consid. 3.

⁹ ATF 104 II 108, JdT 1980 I 77, consid. 4 ; ATF 98 II 305, JdT 1973 I 536, consid. 2a ; MÜLLER-CHEN ET AL., p. 294 N 113 ; MORIN, p. 139.

¹⁰ ATF 104 II 108, JdT 1980 I 77, consid. 4 ; ATF 98 II 305, JdT 1973 I 536, consid. 2a.

¹¹ CR CO I-WERRO, CO 404 N 7b ; TF 4A.447/2004, consid. 5.4.

¹² ATF 104 II 108, JdT 1980 I 77, consid. 4 ; CARRON, DC 2018, p. 225.

¹³ ATF 140 III 75, consid. 3.2.1 ; WERRO/CARRON, p. 9 ss ; BSK CO I-OSER/WEBER, CO 404 N 9 s ; GAUCH, Recht, N 16 ; MÜLLER-CHEN ET AL., p. 294 N 114 ; MÜLLER, N 3135.

B. Résiliation en temps inopportun

Le droit de chaque partie de résilier le mandat en tout temps et sans motif place chacune dans une situation somme toute assez précaire, et connaît donc, sans qu'elle empêche le mandat de prendre fin, une nuance à l'art. 404 al. 2 CO¹⁴. Aux termes de celui-ci, « [c]elle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause ». Sur le principe, cette règle est également impérative¹⁵, bien que certains auteurs affirment que les parties peuvent renoncer contractuellement à toute indemnité¹⁶. Reste à définir les notions, plutôt vagues, de temps inopportun et de dommage¹⁷.

1. Temps inopportun et dommage

Certains auteurs font un examen différencié de la révocation et de la répudiation en temps inopportun¹⁸. Nous suivrons ici plutôt le raisonnement uniforme du Tribunal fédéral, même si celui-ci s'est surtout développé autour de cas de révocation. Le Tribunal fédéral fait dépendre le temps inopportun de l'existence d'un certain préjudice à réparer, les deux notions étant « étroitement » liées¹⁹. On pourrait définir le temps inopportun comme le moment où une résiliation potentielle causerait ce préjudice. Au demeurant, le non-respect d'un délai de résiliation convenu contractuellement, nul au regard de l'art. 404 al. 1 CO, ne signifie pas non plus nécessairement qu'il y a résiliation en temps inopportun²⁰. Par contre, le Tribunal fédéral admet que le fait qu'un mandat a été convenu pour une certaine durée est « un élément d'appréciation lorsque le juge doit décider si la résiliation a eu lieu en temps inopportun »²¹.

Liées également à la question de préjudice, parce qu'elles en définissent les contours, les notions d'indemnisation de l'intérêt négatif et positif occupent une position de premier plan. La réparation de l'intérêt négatif vise à replacer la partie lésée dans la situation « qui eût été la sienne si les parties n'avaient jamais conclu de contrat »²², au contraire de l'intérêt positif qui

¹⁴ BK-FELLMANN, CO 404 N 47.

¹⁵ TF 4A_437/2008, consid. 1.4 ; TERCIER ET AL., N 4630 ; WERRO, Contrats, p. 607.

¹⁶ TERCIER ET AL., N 4630 ; CARRON, DC 2018, p. 225.

¹⁷ MÜLLER-CHEN ET AL., p. 296 N 121.

¹⁸ MÜLLER, N 3115 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 53 ss.

¹⁹ ATF 106 II 157, JdT 1980 I 370, consid. 2c ; MÜLLER, N 3117.

²⁰ BSK CO I-OSER/WEBER, CO 404 N 16 ; MÜLLER, N 3114 ; *contra* : MÜLLER-CHEN ET AL., p. 296 N 123 ; WERRO, Contrats, p. 607.

²¹ TF 4A_129/2017, consid. 4.1 ; BUFF/VON DER CRONE, p. 340.

²² TERCIER/PICHONNAZ, N 1299.

protège l'intérêt à la bonne exécution du contrat. Dans ce cas, la situation de l'indemnisé « doit correspondre [...] à celle qui eût été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté »²³.

Pour le Tribunal fédéral, la nature du mandat, soit le fait qu'il est fondé sur une relation de confiance particulière, « implique que le droit de le révoquer unilatéralement puisse porter atteinte aux espoirs et aux intérêts de l'une ou l'autre partie »²⁴. Vu cette conception de l'art. 404 al. 1 CO, le dommage à indemniser en vertu de l'art. 404 al. 2 CO ne peut pas consister en l'intérêt à l'exécution du contrat sur la durée, car ce dernier n'est pas protégé²⁵. Si les parties venaient à le prévoir contractuellement, cela reviendrait à limiter le droit de résiliation de manière incompatible avec le caractère impératif de l'art. 404 al. 1 CO.

Il s'agit donc de ne réparer qu'un « préjudice particulier » puisque la résiliation du contrat, même lorsqu'elle intervient en temps inopportun, est licite²⁶. Notons que cette licéité, soit le fait qu'exercer le droit de résiliation ne peut jamais constituer une violation du contrat, implique également que la faute n'est pas une condition de l'indemnisation selon l'art. 404 al. 2 CO²⁷. Le terme de « préjudice particulier », est concrétisé dans la jurisprudence récente comme désignant « les frais désormais inutilement engagés en vue de l'exécution du mandat concerné, ou les gains auxquels le mandataire a renoncé en vue de se consacrer à ce même mandat »²⁸. Le bénéfice que les parties auraient retiré d'une exécution complète du mandat n'est donc en principe pas couvert²⁹. Selon le Tribunal fédéral, l'indemnisation est strictement limitée à l'intérêt négatif³⁰. Parce qu'elle est problématique à ce titre, nous traiterons en détail la question des « gains auxquels le mandataire a renoncé » (IV. C). Traditionnellement, on écartera le manque à gagner et examinera plutôt si le cocontractant a pris des dispositions en vue de l'exécution du mandat, par exemple investi dans du matériel ou engagé des employés, et ce en vain, vu le moment où intervient la résiliation³¹. La partie qui s'en prévaut doit en apporter la preuve³².

²³ TERCIER/PICHONNAZ, N 1300.

²⁴ ATF 98 II 305, JdT 1973 I 536, consid. 2a ; BK-FELLMANN, CO 404 N 48.

²⁵ TF 4A_436/2021, consid. 9.6 ; TF 4A_196/2020, consid. 6.1 ; GAUCH, Recht, N 5c ; MÜLLER, N 3121.

²⁶ TF 4A_294/2012, consid. 7.2 ; ATF 106 II 157, JdT 1980 I 370, consid. 2c ; MÜLLER, N 3111 ; CARRON, Mandat de durée, N 345.

²⁷ MÜLLER, N 3112 s ; GAUCH, Recht, N 5 ; DESSEMONTET, p. 192 ; *contra* : CR CO I-WERRO, CO 404 N 13a ; BK-FELLMANN, CO 404 N 52.

²⁸ TF 4A_436/2021, consid. 9.6 ; TF 4A_196/2020, consid. 6.1 ; TF 4A_294/2012, consid. 7.2.

²⁹ WERRO/CARRON, p. 5.

³⁰ TF 6B_807/2021, consid. 4.2.1 ; 4A_196/2020, consid. 6.1 ; TF 4A_129/2017, consid. 7.1 ; MÜLLER, N 3122.

³¹ TF 4A_436/2021, consid. 9.5 ; TF 4C.78/2007, consid. 5.4 ; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 3b.

³² ATF 109 II 231, consid. 3c/bb.

2. Absence de motifs sérieux

En temps opportun, la résiliation peut intervenir sans motif. En temps inopportun, la partie qui résilie le mandat peut échapper au devoir d'indemniser si des motifs sérieux soutiennent sa décision³³. La notion est abordée de manière négative dans la jurisprudence, selon laquelle « il y a résiliation en temps inopportun si elle intervient sans motifs sérieux, c'est-à-dire en l'absence de circonstances qui, objectivement, sont de nature à rendre insupportable la continuation du contrat, en particulier à rompre le rapport de confiance avec le cocontractant »³⁴.

De manière générale, de simples inquiétudes ou des motifs économiques ne mettant pas en cause le rapport entre les parties ne constituent jamais des motifs sérieux³⁵. La pure convenance personnelle n'en est pas non plus un, par exemple lorsqu'un parent ne veut plus amener son enfant à un cours parce qu'il se rend compte que le trafic est trop important et résilie le contrat après avoir trouvé une école plus proche de son domicile³⁶.

Les motifs sérieux doivent par ailleurs provenir du cocontractant³⁷. On doit pouvoir lui en faire le reproche, parce que son comportement a causé une rupture du rapport de confiance³⁸. À l'inverse, un motif émanant de la sphère de risque de la partie qui se retire n'est jamais un motif sérieux³⁹. Ainsi, le fait que la partie qui résilie est atteinte d'un grave problème de santé n'est pas un motif sérieux de résiliation⁴⁰. Il convient également de relever que, si par son propre comportement, la partie qui résilie a montré que les circonstances en question n'étaient pas de nature à rompre le lien de confiance, elle ne peut plus s'en prévaloir par la suite⁴¹.

La notion de motifs sérieux n'est pas sans rappeler celle des justes motifs, principe général du droit des obligations permettant de résilier immédiatement tout contrat de durée⁴². La résiliation d'un mandat, même en temps inopportun, fondée sur un juste motif dispense également son auteur d'indemniser l'autre partie⁴³. Abstraitement, le concept est défini de manière similaire à

³³ TF 4A_436/2021, consid. 9.4 ; ATF 134 II 297, JdT 2009 I 720, consid. 5.2 ; TF 4C.78/2007, consid. 5.4.

³⁴ TF 4A_139/2021, consid. 4.6.1 ; TF 4A_680/2016, consid. 3.1 ; TF 4A_601/2015, consid. 1.2.1.

³⁵ WERRO/CARRON, p. 6.

³⁶ TF 4A_601/2015, consid. 1.2.1.

³⁷ ATF 134 II 297, JdT 2009 I 720, consid. 5.1 s ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4c ; voir néanmoins : JdT 1984 I 210, Note R. Jp., p. 219.

³⁸ TF 4A_275/2019, consid. 1.3.2.

³⁹ *Ibid.* ; *contra* : BK-FELLMANN, CO 404 N 85.

⁴⁰ TF 4A_275/2019, consid. 1.3.2.

⁴¹ TF 4A_680/2016, consid. 3.2.3.1.

⁴² ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284, consid. 3 ; ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, consid. 2a/aa ; ATF 92 II 299, consid. 3b.

⁴³ TF 4A_139/2021, consid. 4.6.1 ; TF 4A_237/2008, consid. 3.2 ; SJ 1998 620, consid. 2 ; ENGEL, p. 511.

celui du motif sérieux, puisque dispose d'un juste motif la partie pour qui, « après un changement des circonstances, le fait d'être lié par le contrat est devenu insupportable de manière générale [...], non seulement pour des raisons économiques mais également pour des raisons personnelles »⁴⁴. À nouveau, cela se manifeste en particulier par une rupture définitive du rapport de confiance⁴⁵.

Les justes motifs se distingueraient néanmoins des motifs sérieux sur trois points notables. D'abord, l'admission des premiers ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel⁴⁶, illustrant peut-être alors une différence de degré par rapport aux seconds. Ensuite, les justes motifs ne sont pas limités à des circonstances imputables à la partie qui subit la résiliation⁴⁷. Enfin, des justes motifs peuvent parfois fonder une prétention en dommages-intérêts positifs pour la partie ayant exercé la résiliation (IV. B. 2).

Face à ces deux échappatoires, en l'absence desquelles l'indemnité est due, se pose la question d'une éventuelle réduction de cette dernière en cas de faute de la partie indemnisée (art. 44 CO). La question a récemment été abordée par le Tribunal fédéral, sans qu'il la tranche⁴⁸. Pour certains auteurs cela implique, malgré le fait que la jurisprudence prétende que l'exercice du droit de résilier est toujours licite, que la responsabilité de l'art. 404 al. 2 CO ne soit pas causale, mais repose sur une faute⁴⁹. Le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO ne concernerait que les fautes contractuelles⁵⁰. Le Tribunal fédéral a pourtant déjà reconnu qu'une responsabilité causale ne s'oppose pas à l'application des art. 43 et 44 CO, dans la mesure où sa nature le permet⁵¹. La perspective de solutions plus nuancées que la logique « tout ou rien »⁵² actuelle nous paraît séduisante, sans qu'on n'y puisse percevoir d'autre obstacle qu'une pratique déjà bien établie.

3. Exemples d'application

En résumé, selon la jurisprudence, il y a résiliation en temps inopportun et obligation d'indemniser lorsque deux conditions sont réalisées. Premièrement, la résiliation intervient sans motifs sérieux et, deuxièmement, elle cause un dommage en raison des dispositions prises par

⁴⁴ ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284, consid. 3.

⁴⁵ SJ 1998 620, consid. 2 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 13.

⁴⁶ ATF 99 II 299, consid. 3b ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 3 et les références citées.

⁴⁷ Cf. ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284, consid. 4 ; ATF 99 II 299, consid. 3b ; DESSEMONTET, p. 172 ; *contra* : HOFSTETTER, p. 60 et les références citées.

⁴⁸ TF 4A_36/2013, consid. 2.5.

⁴⁹ CARRON, Mandat de durée, N 346.

⁵⁰ PICHONNAZ/STÖCKLI/WERRO, Note fw., p. 329.

⁵¹ ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, consid. 2a/aa.

⁵² DC 1985 56, Note pg., p. 56 s.

l'autre partie, rendues inutiles par le moment où elle intervient⁵³. L'indemnisation ne porte que sur l'intérêt négatif⁵⁴. Examinons quelques exemples permettant d'illustrer ces conditions.

Dans l'arrêt 4A_680/2016 du 12 juillet 2017, le Tribunal fédéral examine le cas d'une société exploitant trois boutiques de luxe en litige avec une agence de sécurité. La première résilie le contrat passé avec la seconde pour surveiller les enseignes en invoquant les comportements inadéquats de ses agents : en retard, fumant devant la porte ouverte d'une boutique ou encore s'endormant debout, tête appuyée contre la vitrine, à la vue des clients. En outre, les agents ne sont pas correctement formés en cas d'agression et, de manière générale, affectent dans leur service un niveau d'implication moindre⁵⁵. Vu le prestige entourant les trois boutiques, ainsi que leur fréquentation par des clients aisés et pointilleux, ces comportements sont jugés inacceptables⁵⁶. Le Tribunal fédéral retient que ces derniers sont de nature à détruire le rapport de confiance entre les parties, qu'ils sont imputables à l'agence de sécurité et que par conséquent les conditions de l'art. 404 al. 2 CO ne sont pas réalisées⁵⁷. La boutique disposait donc de motifs sérieux pour résilier.

Dans l'arrêt 4A_36/2013 du 4 juin 2013, une hoirie mandate une société pour que celle-ci développe un projet de construction sur une parcelle. Il s'agit d'un mandat de représentation pour faire les démarches nécessaires (notamment déposer, à ses frais, l'autorisation de construire et organiser la vente des biens construits)⁵⁸. Alors que la société est sur le point d'obtenir un permis de construire pour sa mandante, cette dernière résilie le contrat. Il s'agit d'une résiliation en temps inopportun et les frais d'architecte assumés en vain par la société pour obtenir le permis de construire constituent son dommage (bien qu'on peine à comprendre pourquoi ces frais ne seraient pas simplement remboursables par le biais de l'art. 402 al. 1 CO). La simple inquiétude de certains hoirs de ne pas pouvoir être relogés à l'issue du projet, alors qu'ils n'avaient pas encore de réponse de la société mandatée, n'est pas un motif sérieux⁵⁹.

Dans deux arrêts publiés plus anciens, le Tribunal fédéral examine la résiliation de contrats de transport (l'art. 440 al. 2 CO *cum* art. 404 CO) : l'un par le mandant, l'autre par le transporteur en plein trajet⁶⁰. Il y est énoncé le principe selon lequel l'art. 404 al. 2 CO s'applique aussi lorsque la résiliation n'intervient pas en temps inopportun, mais pour « une cause dont le

⁵³ TF 4A_436/2021, consid. 9.4 ; TF 4C.78/2007, consid. 5.4.

⁵⁴ TF 6B_807/2021, consid. 4.2.1 ; TF 4A_196/2020, consid. 6.1 ; TF 4A_129/2017, consid. 7.1.

⁵⁵ TF 4A_680/2016, consid. 3.2.2.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ TF 4A_36/2013, consid. 2.3.

⁵⁹ *Ibid.*, consid. 2.5.

⁶⁰ ATF 109 II 231 ; ATF 55 II 183, SJ 1930 97.

défendeur doit seul répondre »⁶¹. Vu la définition actuelle du temps inopportun, cet énoncé n'a en réalité plus de portée propre. Cela ressort également des deux cas d'espèce concernés. En effet, dans le premier, le Tribunal fédéral indemnise le transporteur à hauteur des dépenses rendues inutiles par la révocation, parce que l'expéditeur qui l'a exercée n'avait pour motif que sa propre impréparation à l'exécution du contrat⁶². Dans le second, le transporteur ne peut invoquer aucun « motif valable » pour appuyer sa répudiation, puisqu'elle n'avait pour but que de faire pression sur l'expéditeur, et il revient à ce dernier de prouver le dommage en résultant (ce à quoi il échoue)⁶³. On y retrouve donc bien nos deux conditions.

4. Peines conventionnelles et forfaitisation du dommage

Nous avons vu le caractère impératif de l'art. 404 CO, qui empêche théoriquement toute restriction ou suppression du droit de résilier. Il n'est cependant pas totalement impossible pour les parties d'aménager leur relation vis-à-vis du dommage causé par la résiliation du mandat avec des clauses pénales et des clauses d'indemnisation forfaitaire⁶⁴.

a) En général

L'une des fonctions premières des clauses pénales est d'exercer une pression accrue sur le débiteur d'une obligation pour veiller à ce qu'il s'en exécute correctement⁶⁵. Elles sont régies par les art. 160 à 163 CO, sans qu'il en existe une définition légale. Selon la doctrine, « [l]a clause pénale est une convention accessoire par laquelle le débiteur promet au créancier une prestation (la peine conventionnelle) pour le cas où il n'exécuterait pas ou n'exécuterait qu'imparfaitement une prestation déterminée (prestation principale) »⁶⁶. D'après l'art. 161 al. 1 CO « [l]a peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage ». Cette déconnexion du dommage est l'expression même du caractère punitif de cette institution et de la pression que l'on souhaite exercer sur le débiteur en exigeant de lui plus qu'une réparation⁶⁷. Pour éviter les abus, l'art. 163 al. 3 CO prévoit que « [l]e juge doit réduire les peines qu'il estime excessives ». Toujours en raison de la déconnexion entre peine et dommage, la première n'est pas nécessairement réduite au montant du second, et peut lui rester supérieur⁶⁸. Pour ce faire, le juge prend en compte l'ensemble des circonstances d'espèce,

⁶¹ ATF 109 II 231, consid. 3c/bb ; ATF 55 II 183, SJ 1930 97, consid. 3.

⁶² ATF 55 II 183, SJ 1930 97, consid. 3.

⁶³ ATF 109 II 231, consid. 3c/bb.

⁶⁴ ATF 140 III 200, JdT 2014 I 401, consid. 5.3 ; TF 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

⁶⁵ TOLOU, N 55.

⁶⁶ CR CO I-MOOSER, Intro. art. 158-163 CO N 6 ; COUCHEPIN, Thèse, N 22.

⁶⁷ COUCHEPIN, SJ 2009, p. 15 ; TOLOU, N 55.

⁶⁸ MARCHAND, N 154.

notamment la disproportion, si elle est évidente, entre le dommage effectif et la peine, la situation économique des parties, la nature et la durée du contrat⁶⁹. Ces éléments doivent être allégués et prouvés par le débiteur qui invoque la réduction⁷⁰. Ce type de clause a donc également pour effet de renverser le fardeau de la preuve du montant et de l'existence du dommage qui pèse normalement sur le créancier (art. 8 CC *cum* art. 42 al. 1 CO)⁷¹. La preuve des autres conditions de la responsabilité reste à la charge du créancier.

La fonction d'allègement de la preuve est partagée par un autre type de stipulation : la clause forfaitaire⁷². « La clause forfaitaire (cf. aussi la convention d'indemnisation forfaitaire du dommage [...]) est la clause contractuelle dans laquelle les parties fixent de manière anticipée l'indemnité (indemnité forfaitaire) que le débiteur s'engage à payer pour couvrir les conséquences dommageables qui font suite à la survenance d'un événement déterminé (violation d'une obligation, sinistre ou comportement d'un tiers) »⁷³. La loi ne réglemente pas cette forfaitisation issue de la pratique contractuelle, mais le Tribunal fédéral en reconnaît l'existence⁷⁴. Si le dommage effectif est inexistant ou inférieur au forfait, le débiteur peut en apporter la preuve pour ne devoir s'acquitter que de ce montant : la clause crée une présomption réfragable que le dommage correspond au forfait⁷⁵. Pour le Tribunal fédéral, il est également possible, si l'indemnité forfaitaire est excessive, de la réduire, en application de l'art. 163 al. 3 CO⁷⁶. Le débiteur devra donc fournir les éléments nécessaires à la reconnaissance de ce caractère excessif, sans avoir à calculer précisément le dommage.

Deux critères principaux permettent, en bonne doctrine, de distinguer une clause pénale d'une convention d'indemnisation forfaitaire du dommage. L'un tient à la volonté première des parties, dans un cas de faire pression sur le débiteur, dans l'autre de forfaitiser le montant du dommage dans l'intérêt de chacun⁷⁷, où l'on ne cherche pas à punir⁷⁸ et où une éventuelle pression n'est qu'indirecte⁷⁹. L'autre relève de la présence ou non d'un lien avec le dommage.

⁶⁹ TF 4A_237/2008, consid. 4.3 ; BSK CO I-OSER/WEBER, CO 404 N 13 ; MARCHAND, N 160 et les références citées.

⁷⁰ TF 4A_237/2008, consid. 4.3.

⁷¹ ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4a.

⁷² TERCIER, p. 9.

⁷³ TOLOU, N 18.

⁷⁴ COUCHEPIN, Thèse, N 1023.

⁷⁵ MARCHAND, N 188.

⁷⁶ ATF 140 III 200, JdT 2014 I 401, consid. 5.3 ; MARCHAND, N 188 ; *contra* : COUCHEPIN, SJ 2009, p. 23 ss ; PICHONNAZ, p. 188.

⁷⁷ COUCHEPIN, SJ 2009, p. 14 s et 18 ; TOLOU, N 48 et 55.

⁷⁸ MARCHAND, N 186.

⁷⁹ TOLOU, N 98.

Vu la fonction répressive de la clause pénale, le montant dû y sera en pratique supérieur⁸⁰. De plus la peine est due même avec un dommage nul (art. 161 al. 1 CO). La clause pénale a un caractère de sanction, tandis que par l'indemnisation forfaitaire, on cherche principalement à compenser le dommage⁸¹. En pratique, la distinction est difficile à effectuer, d'autant qu'elle repose au final souvent sur une interprétation de la volonté des parties⁸².

b) Pour le mandat

Quid du contrat de mandat ? Le Tribunal fédéral considère que les parties peuvent y conclure des clauses pénales pour assurer le respect de leurs obligations, pour autant que ces clauses ne fassent pas obstacle au droit de résilier⁸³. Elles peuvent ainsi par exemple être assorties à une clause d'exclusivité, sachant qu'une résiliation subséquente par celui qui ne la respecterait pas « ne modifie en rien une infraction au contrat déjà commise ni ne concerne une peine conventionnelle encourue de ce chef »⁸⁴. Paradoxalement, cela ne signifie pas pour autant que de telles clauses soient systématiquement nulles (art. 20 CO) lorsqu'elles sanctionnent l'exercice du droit de résiliation. Le Tribunal fédéral retient au contraire que les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire ne sont nulles que si elles ne respectent pas le cadre de l'art. 404 al. 2 CO⁸⁵. Le débiteur peut en outre faire réduire le montant d'une clause valide, mais excessive, preuves à l'appui (art. 163 al. 3 CO)⁸⁶. Selon la jurisprudence récente, le respect du cadre de l'art. 404 al. 2 CO implique que la peine conventionnelle ou l'indemnité forfaitaire ne soit due qu'en cas de résiliation en temps inopportun d'une part, et que, d'autre part, la clause n'ait pas pour but de couvrir plus que l'intérêt négatif⁸⁷.

c) Examen critique

Au regard des développements doctrinaux précédents, on peut admettre que les parties puissent forfaitiser le dommage causé par la résiliation en temps inopportun, plafonné à l'intérêt négatif, avec bien sûr une latitude quant aux montants acceptables puisqu'il ne s'agit justement pas de

⁸⁰ COUCHEPIN, SJ 2009, p. 18 ; TOLOU, N 55 ; WERRO, Peine conventionnelle, p. 4.

⁸¹ TF 4A_141/2008, consid. 15.1.4 ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4a ; MARCHAND, N 189.

⁸² MARCHAND, N 187 s.

⁸³ ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, consid. 1.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ ATF 140 III 200, JdT 2014 I 401, consid. 5.3 ; TF 4A_284/2013, consid. 3.6.1 ; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 3a ; BSK CO I-OSER/WEBER, CO 404 N 13.

⁸⁶ TF 4A_237/2008, consid. 4.4 ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4d.

⁸⁷ TF 4D_64/2021, consid. 3 ; TF 4A_196/2020, consid. 6.1 ; ATF 140 III 200, JdT 2014 I 401, consid. 5.3 ; TF 4A_284/2013, consid. 3.6.1 ; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 3a.

calculer précisément le dommage⁸⁸. Lorsqu'il apparaît manifeste que les parties ont voulu forfaitiser des dommages-intérêts positifs, le juge réduira la clause (art. 20 al. 2 CO). Dans le cas contraire, au débiteur qui considère l'estimation excessive d'apporter les éléments nécessaires à une éventuelle réduction (art. 163 al. 3 CO). En revanche, selon nous, lorsque la nature punitive d'une clause peut être identifiée par le juge, parce que les parties ont manifestement souhaité déconnecter la peine du dommage effectif et faire pression sur le débiteur, cette dernière devrait toujours être déclarée nulle et réduite d'office (art. 20 al. 2 CO)⁸⁹. Le respect du cadre de l'art. 404 al. 2 CO est incompatible avec une clause pénale, dont le but est de faire pression sur les parties pour qu'elles n'exercent pas, ou avec réserve, leur droit impératif de résiliation⁹⁰. La distinction, certes difficile, mais possible, entre les deux types de clauses, permet également de clarifier le fait que l'art. 161 al. 1 CO, propre à la nature même de toute clause pénale⁹¹, ne s'appliquera jamais en cas de résiliation du mandat. À cette distinction ne peut sembler sous-tendre qu'un enjeu minime, qui ne dépasserait pas la satisfaction d'un raisonnement élégant. Néanmoins, la pratique montre à notre avis une autre réalité, où la confusion terminologique débouche souvent sur des résultats difficilement compréhensibles, inconstants d'arrêt en arrêt, voire contraires aux principes établis par le Tribunal fédéral (IV. A. 1). Faire l'effort de la distinction, lorsqu'elle est possible, c'est disposer d'un garde-fou supplémentaire pour garantir des résultats cohérents au regard de l'impossibilité de limiter le droit de résilier.

III. De la critique doctrinale

Le caractère impératif du droit de résilier en tout temps est au cœur du raisonnement du Tribunal fédéral sur une éventuelle indemnisation. Avant de discuter en détail de la pratique jurisprudentielle en la matière, il nous semble pertinent, pour offrir au lecteur un certain recul, de présenter les principales positions doctrinales critiques à cet égard.

Il est possible de catégoriser la plupart des propositions doctrinales en deux groupes. Le premier propose en substance de ne retenir le caractère impératif de l'art. 404 CO que pour certains mandats, où existe un rapport de confiance particulier (mandats typiques), et d'en faire une

⁸⁸ COUCHEPIN, SJ 2009, p. 22 ; TERCIER ET AL., N 4631 ; WERRO, Peine conventionnelle, p. 6 ; HOFSTETTER, p. 59.

⁸⁹ COUCHEPIN, Thèse, N 510 s ; PICHONNAZ, p. 188.

⁹⁰ DC 1985 56, Note pg., p. 56 ; HUGUENIN, N 832.

⁹¹ MARCHAND, N 178.

norme dispositive pour les autres (mandats atypiques)⁹². Pour le second, l'art. 404 CO devrait être de droit dispositif par principe pour tous les mandats, les art. 19 CO, 27 CC et 8 LCD venant corriger, selon certains auteurs, les conventions illicites ou contraires aux mœurs, portant atteinte à la personnalité des parties dans les mandats de nature strictement personnelle ou, pour les consommateurs, les clauses insolites présentes dans des conditions générales⁹³.

Lorsque l'art. 404 CO est considéré comme dispositif, les parties peuvent prévoir des mandats de durée, avec des termes et délais de résiliation, et adapter librement leur convention aux nécessités de leur service⁹⁴. Ne pas respecter ces conventions équivaut alors à une violation contractuelle pouvant fonder une prétention en dommages-intérêts positifs, voire plus par le biais de clauses pénales⁹⁵. Une partie pourra toujours se départir librement du contrat si elle est au bénéfice de justes motifs⁹⁶.

WERRO propose également une intéressante interprétation de l'art. 404 CO, avec un premier alinéa consacrant le pouvoir de résilier le mandat, et un second le droit de le faire uniquement en temps opportun⁹⁷. Une résiliation en temps inopportun est alors une violation du contrat⁹⁸. Les parties peuvent aménager contractuellement pouvoir et droit, dans les limites des art. 27 CC et 8 LCD⁹⁹. Renoncer au pouvoir de résilier, pour autant que cela ne porte pas atteinte à la liberté personnelle, c'est permettre l'exécution forcée du mandat. Renoncer seulement au droit de résilier (par exemple en prévoyant une durée du contrat¹⁰⁰), c'est pouvoir mettre fin au contrat et échapper à l'exécution forcée, mais payer des dommages-intérêts positifs pour violation du contrat, voir plus *via* de véritables clauses pénales¹⁰¹.

IV. De la pratique et des exceptions qui en découlent

Nous avons exposé le système et les critiques faites à son principe fondateur : place à l'examen pratique de ses limites. Une exploration des deux types principaux de mandat pour lesquels le

⁹² MÜLLER, N 3138 ; TERCIER ET AL., N 4350 ; COUCHEPIN, Thèse, N 510 ; CHAPPUIS, *De lege ferenda*, p. 367 ; MORIN, p. 139-140 ; MONDINI/LIATOWITSCH, p. 299 ; STÖCKLI, p. 179 ; ENGEL, p. 510 ; HUGUENIN, N 835 ; *contra* : BUFF/VON DER CRONE, p. 339.

⁹³ CR CO I-WERRO, CO 404 N 14 ; WERRO/CARRON, p. 26 ; GAUCH, Recht, N 12 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 132 s ; HONSELL, p. 362.

⁹⁴ TERCIER ET AL., N 4645 ; WERRO/CARRON, p. 26 ; MONDINI/LIATOWITSCH, p. 300.

⁹⁵ TERCIER ET AL., N 4645 ; GAUCH, Recht, N 13.

⁹⁶ TERCIER ET AL., N 4649 et 4660 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 79 ; MONDINI/LIATOWITSCH, p. 300.

⁹⁷ WERRO, Thèse, N 269.

⁹⁸ *Ibid.*, N 310.

⁹⁹ WERRO/CARRON, p. 20 ss.

¹⁰⁰ WERRO, Thèse, N 370.

¹⁰¹ *Ibid.*, N 330 et 358.

Tribunal fédéral juge admissibles les peines conventionnelles et indemnités forfaitaires permettra d'abord d'illustrer la confusion régnant autour de ces termes (IV. A). Seront ensuite évoqués trois cas dans lesquels une résiliation du mandat conduit à une indemnité de l'intérêt positif, sans application de l'art. 404 al. 2 CO (IV. B). Enfin, le concept d'intérêt négatif se verra élargi pour accueillir un intérêt positif partiel (IV. C).

A. Confusion autour des clauses pénales/forfaitaires

La relation entre l'art. 404 CO et les notions de peine conventionnelle et de forfaitisation du dommage s'est développée autour du contrat d'architecte (IV. A. 1) puis du contrat d'enseignement (IV. A. 2). Nous verrons les clauses que notre Haute Cour a pu juger licites et pour quels motifs. Cet examen illustrera également la difficulté de généraliser ces raisonnements peu clairs, comme a pu l'admettre lui-même le Tribunal fédéral¹⁰², et parfois contradictoires.

1. Contrat d'architecte

Le contrat par lequel l'architecte ne s'engage qu'à esquisser des plans est un contrat d'entreprise (art. 363 CO), tandis que celui par lequel il est chargé de diriger les travaux est soumis aux règles du mandat (art. 394 CO)¹⁰³. Lorsque l'architecte effectue ces deux prestations, on parle de contrat d'architecte global, contrat mixte dont la résiliation est régie par l'art. 404 CO¹⁰⁴.

La Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) élabore et met à jour régulièrement toute une série de normes techniques et contractuelles auxquelles peuvent se référer les professionnels concernés. Comme ces règlements émanent d'un organisme privé, ils n'ont pas force de loi, mais les parties peuvent les intégrer à leur accord pour leur donner une portée contractuelle, comme des conditions générales¹⁰⁵. Sans cette intégration, il n'est en principe pas possible d'en invoquer les clauses¹⁰⁶. Le règlement SIA 102 en particulier concerne les prestations et honoraires des architectes. Dans ses diverses éditions, on trouve différentes versions de clauses prévoyant des indemnités en cas de résiliation, clauses sur lesquels le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer à plusieurs reprises.

¹⁰² SJ 1989 521, consid. 1b.

¹⁰³ TF 4A_146/2015, consid. 4.1 ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 3d.

¹⁰⁴ TF 4A_534/2019, consid. 2.1 ; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 2 ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 3d.

¹⁰⁵ TF 4A_455/2021, consid. 5.2 ; TERCIER ET AL., N 4680.

¹⁰⁶ TF 4A_146/2015, consid. 5.2.2 ; TERCIER ET AL., N 4680.

a) L'art. 8.1 SIA 102 (1969)

Une première de ces clauses a fait l'objet d'un trio d'arrêts reconnaissant son admissibilité au regard de l'art. 404 al. 2 CO : *Disch*¹⁰⁷, puis *Düssel*¹⁰⁸ et enfin *T*¹⁰⁹. Il s'agit de l'art. 8.1 SIA 102 (dans sa version de 1969), qui stipule ce qui suit :

« Si le maître révoque le mandat sans que l'architecte ait commis une faute, celui-ci a droit aux honoraires correspondant aux prestations accomplies, calculés selon le règlement et majorés de 15 %, ou plus si le dommage que peut prouver l'architecte dépasse ce supplément »¹¹⁰.

La clause est censée s'appliquer à toute résiliation, et ne pose pas comme condition que cette dernière intervienne en temps inopportun. Cela n'est pas un problème pour le Tribunal fédéral qui reconnaît pour la première fois dans l'arrêt *Disch* une sorte de présomption de temps inopportun pour toute résiliation d'un contrat d'architecte en cours d'exécution du projet, car il est « conforme à l'expérience de la vie [...] d'admettre que l'architecte subit un dommage en cas de révocation du mandat [...] »¹¹¹. Le TF justifie l'absence d'une telle présomption pour un médecin ou un avocat, car, abstraitement, l'architecte emploie plus de personnel et planifie son activité à plus long terme¹¹². Nul besoin pour le demandeur d'alléguer ni prouver un dommage¹¹³. Dans l'arrêt *Düssel*¹¹⁴, toutefois, il apparaît que la taille du projet (une « grosse commande », soit 27 millions de francs) est également une condition à cette présomption, ce que l'arrêt *T* confirmera, bien que pour un projet nettement plus modeste (2,4 millions)¹¹⁵.

Le raisonnement et cette présomption ont été transposés dans un arrêt de 1989 concernant un mandat de gérance d'immeuble¹¹⁶. Le contrat prévoyait une indemnisation forfaitaire. Y sont reprises les considérations sur l'activité même, la gérance d'immeuble impliquant aussi une planification sur la durée contrairement à un mandat de médecin ou d'avocat¹¹⁷. Pour lui admettre la présomption, le Tribunal fédéral reconnaît au contrat une importance au moins « moyenne »¹¹⁸.

¹⁰⁷ SJ 1978 385.

¹⁰⁸ ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210.

¹⁰⁹ ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274.

¹¹⁰ SJ 1978 385, consid. 2b.

¹¹¹ *Ibid.*, consid. 3.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 3c.

¹¹⁴ *Op. cit.* n. 108.

¹¹⁵ ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 3c ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4d.

¹¹⁶ SJ 1989 521, consid. 2.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

La qualification de l'art. 8.1 SIA 102 (1969) a connu une histoire plutôt mouvementée. Dans l'arrêt *Disch*, elle est une « appréciation anticipée du dommage causé à l'architecte », soit une clause d'indemnisation forfaitaire¹¹⁹. Le droit de résiliation en tout temps n'en est pas limité dans une mesure inadmissible¹²⁰. TERCIER avait très justement fait remarquer en commentant l'arrêt que le préjudice particulier subi par l'architecte en cas de résiliation a tendance à diminuer au fil de l'exécution du mandat¹²¹. Il est donc « paradoxal » de considérer l'art. 8.1 SIA 102, prévoyant une indemnité croissante plus l'exécution avance, comme forfaitisant ce préjudice¹²². Pour cet auteur, la stipulation est une clause pénale, dont le but premier est de faire pression sur le maître¹²³. En réalité, le problème vient du fait que cet article avait été rédigé alors qu'on pensait encore le contrat d'architecte comme un contrat d'entreprise, et donc non soumis à l'art. 404 CO¹²⁴.

Dans l'arrêt *Düssel*¹²⁵, le Tribunal fédéral relève la contradiction et estime la résoudre en qualifiant l'art. 8.1 de clause pénale, ce qu'il confirmera dans l'arrêt *T*¹²⁶. Notre Haute Cour reconnaît ainsi que la déconnexion entre le forfait et le dommage effectif n'est pas admissible pour une indemnité forfaitaire. En revanche, elle estime que si l'art. 8.1 est une clause pénale, elle est valide dans la mesure où elle ne cherche pas à compenser l'intérêt positif. L'examen du montant de la peine en relation avec le dommage effectif n'aurait donc lieu que si la débitrice invoque l'art. 163 al. 3 CO, ce qu'elle n'a pas fait¹²⁷. Dans l'arrêt *T*, le même raisonnement est appliqué pour l'art. 5.5 du même règlement SIA 102 (1969). Aux termes de ce dernier, si le maître résilie le mandat et confie l'exécution du projet à un autre architecte, l'architecte initial a droit à une majoration de 20 % des honoraires déjà perçus¹²⁸. C'est ainsi que l'art. 5.5, clause pénale, est nul. Il est jugé incompatible avec l'art. 404 al. 2, puisqu'il vise à indemniser l'architecte du profit qu'il ne peut pas tirer de son droit d'auteur, soit un gain manqué¹²⁹. Si l'on suit ces arrêts, il semblerait donc que ce soit « l'intention qui compte », plus que les montants concernés qui ne sont pas examinés d'office.

¹¹⁹ SJ 1978 385, consid. 3.

¹²⁰ SJ 1978 385, consid. 3.

¹²¹ TERCIER, p. 9.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.* ; ABRAVANEL, p. 469.

¹²⁴ TERCIER, p. 9.

¹²⁵ *Op. cit.* n. 108.

¹²⁶ *Op. cit.* n. 108 ; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 3a.

¹²⁷ ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4d.

¹²⁸ ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, consid. 4.

¹²⁹ *Ibid.*, consid. 4b.

Dans l'arrêt de 1989 cité plus haut concernant la gérance d'immeuble¹³⁰, le Tribunal fédéral mentionne les arrêts *T.* et *Düssel* comme qualifiant l'art. 8.1 SIA 102 (1969) d'indemnité forfaitaire conforme à l'art. 404 al. 2 CO¹³¹. Il expose qu'une indemnité forfaitaire allant au-delà de l'intérêt négatif doit être requalifiée de clause pénale, nulle au sens de l'art. 20 al. 1 CO¹³². En vertu de l'art. 20 al. 2 CO, une indemnité réduite peut néanmoins être allouée par le juge, qui dispose d'un certain pouvoir d'appréciation¹³³. Dans le cas d'espèce, l'indemnité prévue de 100 % des honoraires dus si le contrat avait continué est réduite à 10 %¹³⁴.

b) *L'art. 1.14.3 SIA 102 (1984)*

L'art. 1.14.3 SIA 102 (1984) prévoit que :

« 1.14.3 Si la révocation a lieu en temps inopportun et si l'architecte n'a commis aucune faute, il a droit [...] à une indemnité égale à dix pour cent des honoraires correspondant aux prestations non accomplies, ou davantage lorsque le préjudice prouvé dépasse ce pourcentage »¹³⁵.

Par souci de se conformer à l'art. 404 al. 2 CO, est incluse une mention du temps inopportun comme condition d'application, puis un changement de base de calcul, passant des honoraires perçus aux honoraires à percevoir si le contrat continuait¹³⁶. Pour JEANPRÊTRE, cette version de la clause tend ainsi à compenser une partie du gain manqué¹³⁷. Elle devrait donc, au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, être nulle¹³⁸. WERRO complète ce raisonnement en affirmant que la validité de cette disposition se comprend parfaitement si l'on distingue pouvoir et droit de résilier, même en admettant que le premier est illimité, le second étant dispositif et donc non opposé à l'indemnisation de l'intérêt positif¹³⁹. Dans un arrêt non publié du 8 octobre 2012, le Tribunal fédéral qualifie pourtant la clause d'indemnisation forfaitaire du préjudice particulier, admissible au regard de l'art. 404 al. 2 CO¹⁴⁰. « Certes, la règle d'indemnisation forfaitaire fait référence au gain manqué de l'architecte, mais elle assure néanmoins, d'ailleurs bien mieux qu'une référence aux honoraires déjà perçus, un rapport adéquat entre la réparation

¹³⁰ SJ 1989 521.

¹³¹ SJ 1989 521, consid. 1b et 2 ; TOLOU, N 939.

¹³² SJ 1989 521, consid. 1b.

¹³³ *Ibid.*, consid. 1b et 3b.

¹³⁴ *Ibid.*, consid. 3b.

¹³⁵ WERRO/CARRON, p. 12.

¹³⁶ HEIM/BAUDRAZ, p. 133.

¹³⁷ JdT 1984 I 210, Note R. Jp., p. 220 ; ABRAVANEL, p. 469.

¹³⁸ JdT 1984 I 210, Note R. Jp., p. 220. WERRO, Thèse, p. 125 n. 119.

¹³⁹ WERRO, Thèse, p. 125 n. 119.

¹⁴⁰ TF 4A_294/2012, consid. 7.3.

à allouer et le préjudice particulier objectivement présumable »¹⁴¹. Malgré cette préférence affichée pour la nouvelle version de la clause, rien n'interdirait en théorie à des architectes de continuer à inclure d'anciennes versions du règlement SIA 102 pour appliquer l'art. 8.1 dans leurs contrats actuels¹⁴². Le règlement SIA 102 a depuis été plusieurs fois mis à jour, sans bouleversement radical du côté de l'indemnisation pour résiliation en temps inopportun¹⁴³.

c) Quelques considérations

Pour des contrats d'importance au minimum moyenne, l'existence du préjudice particulier est donc présumée. Pour les autres, la situation est moins claire puisque le Tribunal fédéral n'énonce plus cela comme une condition¹⁴⁴. Cette présomption a-t-elle un effet si les parties n'ont pas convenu d'une clause pénale ou d'une indemnité forfaitaire, par exemple si elles n'ont pas intégré les règlements SIA ? Dans les trois arrêts cités, elle est d'abord vue comme un prérequis à la validité et l'application de conventions telles que l'art. 8.1 SIA 102 (1969), mais c'est bien la clause qui fournit la base de calcul et un pourcentage. Dans un arrêt plus récent concernant la direction artistique d'un festival (*cf.* IV. C), le Tribunal fédéral présume non seulement une résiliation en temps inopportun, mais estime que le juge doit établir le dommage, alors que les parties n'ont prévu ni peine conventionnelle ni forfait (art. 42 al. 2 CO).

Comme nous l'avons vu, actuellement le Tribunal fédéral applique le même régime aux peines conventionnelles et aux indemnités forfaitaires, toutes deux applicables uniquement en temps inopportun, limitées à l'intérêt négatif, et soumises à la réduction de 163 al. 3 CO en cas d'excès¹⁴⁵. La confusion ne serait donc que terminologique, puisque les « vraies » peines conventionnelles, dont la somme dépasse l'intérêt négatif, n'entrent pas dans ce cadre ou seront réduites *via* l'art. 20 al. 2 CO¹⁴⁶. Pour TOLOU, la jurisprudence n'a cependant pas eu tort de qualifier de peine conventionnelle le supplément de 15 % des honoraires passés prévus par l'art. 8.1 SIA 102 (1969) ; elle ne l'a pourtant pas déclarée nulle, en contradiction avec son propre dogme¹⁴⁷. Cette clause a bien pour but de faire pression sur le maître, dont la liberté de résilier est au moins indirectement restreinte¹⁴⁸, et elle est déconnectée du dommage effectif¹⁴⁹. Le juge peut percevoir par un examen abstrait que la clause ne vise pas à compenser l'intérêt

¹⁴¹ TF 4A_294/2012, consid. 7.3 ; du même avis : WERRO/CARRON, p. 12-13.

¹⁴² JdT 1985 I 274, Note R. Jp., p. 280.

¹⁴³ Pour consulter deux versions ultérieures : TF 4A_642/2017, consid. 5.2 ; TERCIER ET AL., N 4720.

¹⁴⁴ TF 4A_294/2012, consid. 7.2.

¹⁴⁵ ATF 140 III 200, JdT 2014 I 401, consid. 5.3 ; 4A_294/2012, consid. 7.2.

¹⁴⁶ PICHONNAZ, p. 188, TOLOU, N 696 et 979.

¹⁴⁷ TOLOU, N 967 s ; WERRO, Thèse, p. 125 n. 119.

¹⁴⁸ GAUCH critique le doute ainsi créé : DC 1985 14, Note pg., p. 15.

¹⁴⁹ MARCHAND, N 189.

négatif, ni même l'intérêt positif d'ailleurs, vu la base de calcul utilisée. Ce cas illustre selon nous parfaitement pourquoi la distinction entre peine conventionnelle et indemnité forfaitaire se justifie : celle-ci était possible, et pourtant le Tribunal reprochera au débiteur de ne pas être parvenu à démontrer que la peine est excessive au lieu d'en reconnaître d'office la nullité¹⁵⁰.

Tout cela est à mettre en perspective avec le fait que le contrat d'architecte global n'est pas un mandat typique, caractérisé par un rapport de confiance particulier¹⁵¹. Pour GAUCH, la résiliabilité en tout temps du mandat d'architecte n'est justifiée à aucun égard : un art. 404 CO dispositif se prêterait bien mieux à ce type de relation¹⁵². Cette solution permettrait selon nous d'aménager la même indemnisation, voire davantage, tout en libérant le Tribunal fédéral de toutes les circonvolutions auxquelles il se prête dans la poursuite d'un objectif similaire.

Quoi qu'il en soit, en l'état, nous pouvons retenir les montants et bases de calcul déjà validés dans le domaine du mandat d'architecte : 15 % des honoraires dus pour le passé ou 10 % des honoraires dus pour l'avenir.

2. Contrat d'enseignement

Penchons-nous à présent sur un autre type de contrat, dont la relation avec l'art. 404 al. 2 CO et les clauses pénales ou d'indemnisation forfaitaire a occupé la jurisprudence : le contrat d'enseignement (*Unterrichtsvertrag*). Dans ce dernier, l'enseignant (ou l'établissement, par l'intermédiaire de ses enseignants) s'engage envers l'élève à lui transmettre, « dans les locaux mis à sa disposition, les connaissances et aptitudes définies contractuellement et à lui remettre, de manière permanente ou temporaire, le matériel didactique »¹⁵³. Il s'agit, tout comme le contrat d'internat, d'un contrat mixte auquel s'appliquent principalement les règles du mandat, dont l'art. 404 CO¹⁵⁴.

Il est malgré tout fréquent en pratique que les conditions générales des établissements concernés contiennent des peines conventionnelles et des délais de résiliation, souvent quelques semaines

¹⁵⁰ ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, consid. 4d.

¹⁵¹ HUGUENIN, N 385 ; HOFSTETTER voit cependant dans l'application impérative de l'art. 404 CO un moyen de protéger l'architecte en tant qu'auteur, p. 65. C'est à notre avis sans compter sur la décision rendue au sujet de l'art. 5.5 SIA 102 (1969) qui le prive en cas de résiliation anticipée d'une partie de la rémunération y relative, cf. *supra* IV. A. 1. a.

¹⁵² GAUCH, *Entreprise*, N 64.

¹⁵³ BSK CO I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. art. 184 ss CO N 369, traduit par LEXMACHINA (18.04.2025) et revu par l'auteur.

¹⁵⁴ TF 4A_601/2015 ; TF 4A_141/2011, consid. 2.2 ; TF 4A_237/2008, consid. 3.1 ; BSK CO I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. art. 184 ss CO N 372.

avant la fin d'un semestre¹⁵⁵, et pour cause : selon JOST-VON ARX, la règle de l'art. 404 CO n'est pas adéquate pour une telle relation de durée, et ne devrait pas lui être appliquée¹⁵⁶. Si un tel contrat est conclu, c'est avec pour objectif qu'un diplôme soit délivré à la fin d'une durée de formation fixée à l'avance en semestres, modules ou leçons¹⁵⁷. Pour l'auteur précité, auquel nous nous rallions, il n'est absolument pas souhaitable qu'un établissement ait le droit de renvoyer un élève sans motif (art. 404 al. 1 CO), alors qu'il s'est engagé dans une formation sur la durée¹⁵⁸. Il ne voit pas bien quelles solutions l'indemnité de l'art. 404 al. 2 CO viendrait apporter à l'étudiant laissé ainsi sur la paille, son intérêt à achever sa formation n'étant pas uniquement pécunier¹⁵⁹.

La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de résiliation du mandat d'enseignement par l'élève, bien qu'affirmant s'inscrire dans le cadre de l'art. 404 al. 2 CO, protège assez généreusement les intérêts des établissements. Son examen révèle que la casuistique développée en matière d'architecture peut être ignorée : le raisonnement du Tribunal fédéral est propre à ce type de contrat.

Dans une affaire 4A_141/2011 du 6 juillet 2011, le mandant suit des études de gestion hôtelière et touristique et les parties conviennent au début de l'année que l'élève initiera un cours de deux ans dès le premier semestre de cette année, dont l'élève paie d'entrée de jeu les frais. En réalité, l'élève ne commence jamais la formation et résilie le contrat en mai. Les conditions générales stipulent qu'en cas de résiliation unilatérale après le début du semestre, les frais payés ne sont pas remboursés.

Pour le Tribunal fédéral, cette clause peut être réinterprétée comme une peine conventionnelle, due en cas de résiliation en temps inopportun et en l'absence de faute de la partie qui s'en prévaut¹⁶⁰. À noter cependant que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement cantonal selon lequel on ne pouvait pas déduire d'une clause de résiliation prévoyant un délai de deux mois une peine conventionnelle¹⁶¹. Sur la base de la jurisprudence en matière de contrat d'architecte et de l'art. 8.1 SIA 102 (1969), la clause pénale est considérée comme admissible au regard de l'art. 404 al. 2 CO¹⁶². Le Tribunal fédéral admet par ailleurs de

¹⁵⁵ JOST-VON ARX, p. 292.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 291; *contra* : DESSEMONTET, p. 135.

¹⁵⁷ JOST-VON ARX, p. 66 s.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 292 ; voir aussi : WERRO, Thèse, N 391.

¹⁵⁹ JOST-VON ARX, p. 292 ; même considération avec d'autres exemples : CARRON, Mandat de durée, N 406.

¹⁶⁰ TF 4A_141/2011, consid. 2.4.

¹⁶¹ TF 4A_196/2020, consid. 6.2 s.

¹⁶² TF 4A_141/2011, consid. 2.4.

manière toute générale que la résiliation au milieu d'un semestre d'un contrat d'enseignement intervient en principe en temps inopportun¹⁶³.

Ce faisant, notre Haute Cour n'examine qu'une des deux conditions de validité des clauses pénales, à savoir le temps inopportun dont la présomption est admise sans justification, et ignore l'autre. Nulle mention n'est faite de la limite de l'intérêt négatif et tous les frais sont dus¹⁶⁴. Cela conduit certains auteurs à dire que la jurisprudence accepte, en matière d'enseignement, que le gain manqué est au moins en partie couvert par l'art. 404 al. 2 CO, en contradiction avec le dogme habituel¹⁶⁵. Difficile en effet de soutenir que les frais semestriels ne procurent aucun bénéfice pour l'établissement. Contrairement à l'examen subi par l'art. 5.5 SIA 102 (1969), le Tribunal fédéral ne cherche pas à déceler le but de la clause ni à en envisager les postes. La possibilité ou non de remplacer l'élève n'est pas non plus analysée. Pourtant, si un autre élève peut prendre le poste vacant, seuls les frais administratifs de la résiliation en temps inopportun par l'élève devraient être dus¹⁶⁶.

Pour un autre litige 4A_601/2015 du 19 avril 2016, opposant une école privée et deux parents d'élève, le Tribunal fédéral se prononce sur la validité d'une clause prévoyant que les frais du premier trimestre (de septembre à décembre) restent dus en cas de résiliation si celle-ci intervient après le 15 avril, soit bien avant la rentrée. En l'espèce, les parents résilient le contrat le 20 juin.

Pour le Tribunal fédéral, cette résiliation intervient en temps inopportun et la clause est compatible avec l'art. 404 al. 2 CO¹⁶⁷. Certes, la résiliation n'a pas eu lieu en cours de semestre, mais le couple a accepté les conditions générales de l'établissement, qui comprenait la clause et cette date butoir du 15 avril¹⁶⁸. Plutôt que d'argumenter en admettant, de manière analogue à ses réflexions sur le contrat d'architecte global, que l'expérience de la vie enseigne que les parties prennent des dispositions en vue de l'exécution du contrat avant le début du semestre (en refusant d'autres élèves par exemple), notre Haute Cour accepte que le temps inopportun soit défini par la volonté d'une partie, via des conditions générales¹⁶⁹. Par ailleurs, le montant de la clause n'est à nouveau pas examiné.

¹⁶³ TF 4A_141/2011, consid. 2.4.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ WERRO/CARRON, p. 13 ; WERRO, RSJ 2017, p. 297 ; TOLOU, N 960.

¹⁶⁶ JOST-VON ARX, p. 302.

¹⁶⁷ TF 4A_601/2015, consid. 1.2.1.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Cf.* TF 4D_64/2021, consid. 3.

Il est aussi établi dans cet arrêt que de telles clauses pénales ou de forfaitisation du dommage incluses dans des conditions générales ne sont pas insolites, car reprenant le système légal de l'art. 404 al. 2¹⁷⁰. « [I]l est présumé que nul n'est censé ignorer la loi »¹⁷¹. Pour certains auteurs, une telle clause pénale, non seulement nulle parce qu'elle limite le droit de résilier, est de plus nuisible à l'élève, consommateur que l'ordre juridique devrait protéger (art. 8 LCD)¹⁷². De manière générale, les conditions générales doivent être interprétées *contra stipulatorem*. La clause en question prévoit un non-remboursement des frais si la résiliation intervient en cours de semestre : la condition du temps inopportun n'est pas mentionnée, ni la possibilité de résilier librement pour justes motifs¹⁷³. Or, le Tribunal fédéral l'interprète comme une clause pénale valide ne sanctionnant qu'une résiliation en temps inopportun. C'est une lecture inverse qui aurait dû en être faite, soldée par la nullité de la stipulation¹⁷⁴. On pourrait leur rétorquer que de toute manière la présomption du temps inopportun est tellement large qu'une résiliation quelconque interviendra le plus souvent en temps inopportun. En outre, la question des motifs sérieux n'est jamais mentionnée comme condition d'admissibilité d'une clause pénale au regard de l'art. 404 al. 2 CO. Pour ces auteurs, dans tous les cas, il ne devrait pas être possible d'altérer le régime de l'art. 404 CO par des conditions générales¹⁷⁵. À ce sujet, mais en citant l'art. 1.14.3 SIA (1989) comme exemple, WERRO affirme que ce type d'extension de la responsabilité pourrait être sanctionné par l'art. 8 LCD si elle ne fait pas l'objet d'une négociation individualisée¹⁷⁶.

Le Tribunal se montre donc plutôt complaisant envers les établissements scolaires. En reconnaissant une large présomption du temps inopportun qui peut être défini par une date butoir, par l'absence d'examen des montants en jeu et par la non-reconnaissance du caractère insolite des clauses, il accorde *de facto* à ces derniers une grande protection de leurs intérêts, au détriment du droit de résilier de l'élève. Le fait que l'indemnisation soit aussi généreuse pourrait être justifié juridiquement par une conception élargie de l'intérêt négatif (IV. C). Elle comprendrait, lorsque l'élève ne peut être remplacé, mais que l'école avait dû refuser des candidats, les fameux « gains auxquels le mandataire a renoncé » déjà évoqués lorsque nous définissions le préjudice particulier¹⁷⁷.

¹⁷⁰ TF 4A_601/2015, consid. 2.2.3.

¹⁷¹ TF 4A_601/2015, consid. 2.2.3.

¹⁷² RUSCH/MAISSEN, p. 32 ; *contra* : PICHONNAZ, p. 188.

¹⁷³ RUSCH/MAISSEN, p. 32.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ WERRO, Thèse, N 346, 351 et N 364.

¹⁷⁷ HOFSTETTER, p. 58 ; DESSEMONTET, p. 191.

Ce résultat n'est dans tous les cas pas nécessairement indésirable. Tout comme les contrats d'architecte et de gérance d'immeubles, le contrat d'enseignement mérite une certaine stabilité¹⁷⁸. Toutefois, le moyen d'arriver à ce résultat est peu clair, voire contredit la jurisprudence de principe de l'art. 404 CO et, ce faisant, nuit inutilement à la prévisibilité des litiges¹⁷⁹. Pour ce contrat, un art. 404 CO dispositif protégerait à la fois l'élève contre son renvoi sans motif par l'établissement et, plus simplement et clairement que dans la conception actuelle, l'intérêt légitime de l'établissement à s'assurer une base de revenu fiable.

B. Intérêt positif hors de l'art. 404 al. 2 CO

Si l'indemnisation forfaitaire du dommage permet parfois une couverture partielle de l'intérêt positif, il existe des cas de résiliation dans lesquels cette couverture est totale, sans besoin de recourir à des peines conventionnelles. Ces cas, malgré la résiliation, sont résolus hors du système de l'art. 404 al. 2 CO. L'indemnité est alors fondée sur la bonne foi (IV. B. 1), l'art. 97 CO (IV. B. 2) ou encore les règles de la demeure (IV. B. 3).

1. Honoraires dépendant du résultat

Même si le mandataire n'est tenu qu'à une obligation de moyen, ses efforts servent factuellement à l'accomplissement d'un résultat souhaité, mais incertain¹⁸⁰. Il arrive alors que les parties conviennent de conditionner le versement des honoraires à la survenance de ce résultat. La jurisprudence considère ce mode de rémunération comme admissible, et compatible avec l'art. 404 CO¹⁸¹. Il est d'ailleurs courant pour les architectes et les ingénieurs¹⁸².

En principe, les honoraires ainsi convenus ne seront pas dus en cas de révocation du mandataire avant la survenance du résultat. La jurisprudence reconnaît cependant que « [I]e gain manqué résultant du contrat résilié lui-même est exceptionnellement dû lorsque le mandant résilie le contrat à un moment où tous les préparatifs d'un résultat réussi ont été fournis mais que seule cette issue n'est pas encore survenue ; il s'agit là d'un comportement contraire à la bonne foi destiné à éviter de payer les honoraires dus en cas de succès »¹⁸³. Cette situation échappe à l'art. 404 al. 2 CO et il n'est donc pas besoin de prouver le temps inopportun ni un préjudice

¹⁷⁸ Cf. WERRO, Thèse, N 391 et 396.

¹⁷⁹ Cf. CARRON, Mandat de durée, N 411.

¹⁸⁰ CR CO I-WERRO, CO 394 N 6.

¹⁸¹ ATF 144 III 43, JdT 2018 II 207, consid. 3.4 ss.

¹⁸² CHAPPUIS, *Pactum de palmario*, p. 105.

¹⁸³ ATF 144 III 43, JdT 2018 II 207, consid. 3.4.4.

particulier¹⁸⁴. Le mandataire doit ainsi être traité comme si les conditions de sa rémunération s'étaient réalisées (art. 156 CO) et dispose alors de la prétention contractuelle y relative¹⁸⁵.

Dans la mesure où le droit de la partie qui résilie n'est limité qu'à des conditions très particulières et strictes, dans une situation d'abus de droit manifeste qui n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC), et qu'un résultat contraire serait choquant, cette exception ne soulève pas de problème particulier.

2. Justes motifs et art. 97 CO

Dans un arrêt opposant deux parties à un contrat d'internat¹⁸⁶, un élève y passe un mois comme interne, avant d'en être suspendu puis renvoyé pour grave indiscipline. Parent et élève réclament à l'institut les frais déjà payés, sous déduction des honoraires dus pour le mois passé sur les bancs. Une clause pénale est prévue dans les conditions générales de l'institut pour ces cas, et prévoit que les frais du trimestre en cours et du suivant restent dus. Par ailleurs, le règlement de l'école liste les fautes considérées comme inadmissibles et justifiant un renvoi immédiat, soit la résiliation du contrat.

Les demandeurs invoquent l'art. 404 al. 2 CO, qui est écarté puisque l'école disposait d'un juste motif¹⁸⁷. On remarquera à ce sujet que la doctrine estime qu'une école plutôt élitiste et conservatrice pourra plus facilement considérer des incartades à un comportement exemplaire comme de justes motifs, contrairement à une école plus libérale¹⁸⁸. Pour le Tribunal fédéral, la révocation pour justes motifs, en plus de libérer la partie résiliant le mandat, peut fonder une prétention en dommages-intérêts positifs contre celui qui a provoqué par sa faute la fin du contrat, en application de l'art. 97 CO¹⁸⁹. Le dommage à prendre en compte ne doit ainsi pas être limité à l'intérêt négatif, puisque ce n'est pas l'art. 404 al. 2 CO qui fonde l'indemnité : le droit de résiliation des parties n'est pas restreint par la clause pénale¹⁹⁰. *In casu*, les demandeurs échouent en outre à fournir les éléments suffisants pour une réduction (art. 163 al. 3 CO)¹⁹¹.

Pour certains auteurs, le caractère rigoureusement impératif de l'art. 404 CO tel qu'exposé par la jurisprudence ne devrait pas permettre qu'une prétention en dommages-intérêts positifs

¹⁸⁴ TF 4A_523/2018, consid. 4.2.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ TF 4A_237/2008.

¹⁸⁷ *Ibid.*, consid. 3.3.

¹⁸⁸ JOST-VON ARX, p. 296.

¹⁸⁹ TF 4A_237/2008, consid. 3.2 ; COUCHEPIN, SJ 2009, p. 23.

¹⁹⁰ TF 4A_237/2008, consid. 3.4.

¹⁹¹ *Ibid.*, consid. 4.3 et 4.4.

puisse naître pour une partie qui résilie un mandat pour juste motif¹⁹². « On ne voit pas ce qui différencie cette situation de celle où une partie qui ne veut pas s'exécuter, ou qui a violé d'une autre manière le contrat, décide de résilier la première le mandat selon l'art. 404 CO ; elle ne devra alors que des dommages-intérêts négatifs »¹⁹³. Selon ces auteurs, si l'élève avait dégainé la résiliation le premier, aucune sanction pécuniaire similaire n'aurait valablement pu l'en empêcher¹⁹⁴. À notre avis, en revanche, c'est bien pour cela que cette solution reste cohérente avec le système du Tribunal fédéral et que son résultat est juste. La clause pénale est valable parce qu'elle sanctionne le fait de rester dans une relation contractuelle que l'on sabote activement, ce qui est différent de vouloir la quitter. La jurisprudence de principe admet déjà pour le mandat la validité de clauses pénales, destinées à faire pression sur les parties pour qu'elles respectent leurs obligations¹⁹⁵, *in casu* disciplinaires. De plus, la violation intervient avant la résiliation, que l'on ne peut pas considérer être exercée par l'élève. En effet, ce qui différencie la résiliation par l'élève de son renvoi est que son indiscipline, même grave, ne lui retire pas nécessairement l'intérêt ni l'espoir de poursuivre le cursus et d'obtenir son diplôme. S'il ne résilie pas, c'est parce que la question n'est pas que pécuniaire. Sa liberté de résilier n'est en rien restreinte par la clause en question. La généralisation de ce raisonnement ne cause ainsi ni incohérences, ni résultats iniques.

3. Mandat et demeure

Le débiteur d'une obligation exigible (art. 75 CO) et échue, par la survenance d'un terme (art. 102 al. 2 CO) ou l'interpellation¹⁹⁶ du créancier (art. 102 al. 1 CO), qui ne s'est pas encore exécuté et ne bénéficie pas d'un motif justificatif, est en demeure¹⁹⁷. Dans les contrats bilatéraux, tels que le mandat onéreux¹⁹⁸, le débiteur peut encore être mis en demeure dite « qualifiée » (art. 107 à 109 CO)¹⁹⁹. Pour cela, le créancier doit d'abord lui accorder un délai supplémentaire raisonnable pour s'exécuter (art. 107 al. 1 CO), sauf cas particuliers (art. 108 CO)²⁰⁰. À défaut d'exécution, le créancier doit choisir entre deux options : résoudre le contrat (ou plutôt le résilier pour un mandat, dont on ne pourra pas répéter les prestations)²⁰¹ et

¹⁹² CARRON, DC 2018, p. 227 ; WERRO/CARRON, p. 14.

¹⁹³ CARRON, DC 2018, p. 227.

¹⁹⁴ WERRO, Peine conventionnelle, p. 8 s.

¹⁹⁵ ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, consid. 1.

¹⁹⁶ Voir en l'absence de terme pour un mandataire : WERRO, Thèse, N 893.

¹⁹⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 1374 ss.

¹⁹⁸ TERCIER ET AL., N 4306 ; HUGUENIN, N 743 ; HOFSTETTER, p. 81.

¹⁹⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 1397.

²⁰⁰ *Ibid.*, N 1404 ss.

²⁰¹ *Ibid.*, N 1421.

réclamer la réparation de l'intérêt négatif (art. 109 al. 2 CO), ou renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts positifs, tandis que le contrat est maintenu (art. 107 al. 2 hyp. 2 CO)²⁰².

L'interaction de ces règles avec le droit impératif de chaque partie de résilier le mandat en tout temps pose question. En effet, la partie en retard peut à tout moment exercer ce droit, au risque de devoir indemniser sa créancière à hauteur de l'intérêt négatif uniquement, tandis que si, passive, elle se laisse entrer en demeure qualifiée, l'autre partie pourra lui réclamer des dommages-intérêts positifs. On retire pourtant d'un arrêt, certes isolé, que les règles de la demeure ne sont pas rendues inapplicables au mandat par le caractère impératif l'art. 404 CO, ouvrant la possibilité à une indemnisation sur l'intérêt à l'exécution du contrat²⁰³. Plus curieux est le fait que, dans le cas d'espèce, le mandataire avait annoncé résilier le mandat, mais s'est tout de même vu octroyer par le Tribunal fédéral des dommages-intérêts positifs²⁰⁴.

Pour une partie de la doctrine, il faudrait considérer qu'au terme du délai de grâce, le créancier résilie le mandat selon l'art. 404 al. 1 CO, sans que l'art. 107 al. 2 CO ne puisse s'appliquer²⁰⁵. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'indemnité fondée sur l'art. 404 al. 2 CO pour le créancier. D'autres auteurs considèrent que le refus de s'exécuter est assimilable à une résiliation, rendant impossible une résolution à la fin du délai de grâce par l'autre partie²⁰⁶. Avec une telle requalification, si cette résiliation intervient en temps inopportun, l'indemnité ne couvre pas l'intérêt positif. À notre avis, on devra effectivement retenir dans la plupart des cas que le refus d'exécution par le mandataire est une résiliation implicite, mais la demeure qualifiée aura tout de même son utilité dans les rares cas où, par son attitude, ce dernier montre qu'il souhaite que la relation continue tout en repoussant l'exécution²⁰⁷. Vu que la sanction de cette attitude contradictoire ne nous paraît pas inéquitable et qu'elle ne restreint pas le libre droit de résilier du mandataire, qui a choisi de ne pas l'exercer, nous ne voyons pas d'obstacle à l'application, si rare soit-elle, des art. 107 ss CO à un mandat. Cette solution reste cohérente et juste.

C. Gain manqué

La non-indemnisation du gain manqué en cas de résiliation en temps inopportun semble centrale à l'art. 404 CO. Assez ironiquement, cette limite est rendue plus incertaine par l'élargissement

²⁰² TERCIER/PICHONNAZ, N 1413 ss.

²⁰³ TF 4C.18/2005, consid. 2.1 ; CARRON, DC 2018, p. 227.

²⁰⁴ TF 4C.18/2005, consid. 2.1 ; CARRON, DC 2018, p. 227.

²⁰⁵ MÜLLER, N 3126 ; TERCIER ET AL., N 4651.

²⁰⁶ WERRO, Mandat et entreprise, p. 26 ; AEBI-MABILLARD, N 1237 s.

²⁰⁷ DESSEMONTET, p. 186.

progressif du concept d'intérêt négatif²⁰⁸. L'arrêt traité dans cette section en est un exemple saillant²⁰⁹.

Celui-ci implique un violoniste, altiste et chef d'orchestre célèbre travaillant depuis 2003 avec une association Y. dans le cadre d'un festival de musique classique en août-septembre de chaque année. En mars 2011, un nouveau contrat est conclu dans lequel il est engagé pour cinq ans afin, d'une part, d'assurer la direction artistique du festival et, d'autre part, d'exécuter un nombre variable de concerts. L'engagement de l'artiste par une autre association, fin 2011, pour organiser un festival de musique classique à V. est révélé par voie de presse. Après la clôture de l'édition 2012 du festival Y., l'association Y., désapprouvant ce double engagement, met fin au contrat la liant avec le musicien. Ce dernier ouvre alors une action contre elle, réclamant notamment le gain que lui aurait procuré la poursuite du contrat.

Le Tribunal fédéral qualifie la relation de contrat mixte, entre entreprise et mandat, dont la résiliation est soumise à l'art. 404 CO²¹⁰. Dans l'examen d'une éventuelle résiliation en temps inopportun, qui aboutit sur un renvoi à l'instance inférieure, il innove sur deux points.

1. Élargissement de l'intérêt négatif

Le premier point a trait à sa conception de l'intérêt négatif, puisque le préjudice particulier subi par le demandeur ne se composerait pas d'investissements effectués en vain, mais d'une partie des gains auquel ce dernier aurait renoncé pour se consacrer à la direction du festival²¹¹. « [L]orsque le mandat a été conclu pour une certaine durée et qu'il est établi que la partie dont le contrat est résilié a pris des dispositions pour exécuter ce mandat et, par là, a renoncé à d'autres sources de revenu, ces éléments sont constitutifs de son intérêt négatif »²¹². WERRO/CARRON voient dans cette phrase la confirmation d'une tendance générale à considérer, ou présumer, que la résiliation d'un mandat de durée avant son terme intervient en temps inopportun²¹³. Avec cet arrêt, l'intérêt des parties à l'exécution sur la durée n'a plus, comme traditionnellement, à se plier totalement au droit de résilier en tout temps et cela est louable²¹⁴.

Conceptuellement, si on se réfère à la définition générale, on est bien en train d'essayer de placer la partie subissant la résiliation dans la situation qui aurait été la sienne sans la conclusion

²⁰⁸ WERRO, RSJ 2019, p. 388.

²⁰⁹ TF 4A_129/2017.

²¹⁰ TF 4A_129/2017, consid. 5.2.

²¹¹ *Ibid.*, consid. 7 ss.

²¹² *Ibid.*, consid. 7.1.

²¹³ WERRO/CARRON, p. 18.

²¹⁴ *Ibid.* ; WERRO, DC 2019, N 11.

du contrat²¹⁵ : sans ce contrat, d'autres contrats, d'autres gains. La possibilité d'indemniser la renonciation à ce gain alternatif avait d'ailleurs déjà été évoquée dans des arrêts antérieurs, bien que ce soit la première fois qu'on la concrétise de la sorte²¹⁶. Dans l'ATF 106 II 157, le Tribunal fédéral évoque déjà pour un gérant d'immeuble que son dommage au sens de 404 al. 2 CO n'est pas établi parce qu'il n'apparaît pas « que le demandeur ait engagé des frais spéciaux à cause du défendeur, ni qu'il ait renoncé à d'autres mandats ou emplois en raison du contrat [...] »²¹⁷. Plus tard, pour un interprète éconduit, il déclare en se basant sur les arrêts *Düssel* et *T.*²¹⁸, qu'on « peut tout au plus imaginer que l'interprète ait renoncé à une autre opportunité de gain en raison du rendez-vous prévu et subisse ainsi un dommage (gain manqué). Cependant l'art. 404 al. 2 CO ne prévoit pas de droit à l'indemnisation du gain manqué »²¹⁹. Dans un arrêt ultérieur notamment, il fait la distinction entre le « gain que la continuation du mandat aurait procuré au mandataire » et « les gains auxquels le mandataire a renoncé en vue de se consacrer à ce même mandat », seuls les seconds étant couverts par l'art. 404 al. 2 CO²²⁰. C'est d'ailleurs ces derniers que l'art. 1.14.3 SIA 102 (1989) vise à indemniser²²¹.

Le fait que le Tribunal fédéral désigne parfois les deux concepts comme gain manqué (*entgangener Gewinn*) trouble la distinction entre intérêt positif et négatif²²². Il arrive par exemple que le préjudice réparé soit défini comme devant « consister dans des frais assumés en vain par l'autre partie en vue de la continuation du contrat, à l'exclusion d'un gain manqué »²²³. Les montants concernés restent cependant différents, puisque l'intérêt négatif élargi pour inclure le gain manqué relatif à la renonciation à d'autres affaires est limité à la durée nécessaire à la partie révoquée pour se retourner²²⁴.

Quid d'une indemnisation forfaitaire d'un tel dommage ? On pourrait imaginer des clauses couvrant ce gain manqué alternatif²²⁵ et que pour des contrats de ce type se négociant deux ans à l'avance soit prévue une indemnité forfaitaire à hauteur de deux années d'honoraires, par exemple. Cela semble s'inscrire dans la tendance jurisprudentielle, mais restons prudents.

²¹⁵ TF 4A_129/2017, consid. 7.3.

²¹⁶ WERRO, DC 2019, N 10.

²¹⁷ ATF 106 II 157, JdT 1980 I 370, consid. 2c.

²¹⁸ *Op. cit.* n. 108 et 109.

²¹⁹ TF 1P.58/2004, consid. 4.4., traduit par DEEPL (17.04.2025) et revu par l'auteur.

²²⁰ TF 4A_294/2012, consid. 7.2.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Cf.* TF 4A_523/2018, consid. 4.2.

²²³ TF 4A_36/2013, consid. 2.5.

²²⁴ TF 4A_129/2017, consid. 7.4.

²²⁵ DESSEMONTET, p. 195.

2. Application de l'art. 42 al. 2 CO

Deuxième nouveauté, le Tribunal fédéral estime en application de l'art. 42 al. 2 CO, que le préjudice particulier subi par l'artiste devra être fixé par la cour cantonale, à qui il renvoie la cause, pour autant que l'association ne bénéficie pas d'un motif sérieux de résiliation²²⁶. En effet, exceptionnellement, « [l]orsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée » (art. 42 al. 2 CO). Il faut donc qu'au vu de la nature de l'affaire, une preuve stricte soit impossible ou particulièrement difficile à apporter²²⁷. Par ailleurs, si sa cause se prête à l'application de l'art. 42 al. 2 CO, il revient au débiteur d'apporter autant d'indices que possible qui permettront au tribunal, d'une part, d'admettre avec une haute vraisemblance l'existence d'un dommage et, d'autre part, d'estimer celui-ci²²⁸.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral retient en substance comme indice de l'existence du dommage que, d'une part, le musicien, vu sa renommée, n'aurait eu aucune peine à avoir d'autres sollicitations sans l'engagement litigieux²²⁹ et que, d'autre part, les mandats de ce type sont négociés en général des années à l'avance, ce qui ne permet donc pas de retrouver du travail immédiatement après une résiliation²³⁰. La cour cantonale reçoit pour instruction d'établir le dommage en tenant compte de cette durée et des honoraires prévus dans le mandat litigieux²³¹. Vu cette base de calcul, factuellement, c'est l'intérêt à l'exécution du mandat résilié qui est indemnisé, limité par la durée usuelle nécessaire pour se retourner dans la profession en cause.

Quant à la condition d'application première de l'art. 42 al. 2 CO, à savoir « l'impossibilité pour le demandeur d'apporter la preuve de la rémunération qu'il aurait pu réaliser, en l'absence de tout engagement, en réalisant d'autres mandats », elle est retenue sans autre²³². Cette impossibilité pourrait donc être reconnue par nature à chaque fois qu'il est question de renonciation à des gains par des engagements sur la durée, et l'application de l'art. 42 al. 2 CO pourrait être généralisée à tout mandat de ce type. Cela pourrait par exemple être le cas pour les contrats d'architectes, souvent négociés en hiver pour débiter les travaux au printemps, et où la preuve stricte d'un gain alternatif est encore plus difficile à apporter que dans le cas d'espèce²³³. À notre connaissance, aucun autre cas d'application de l'art. 42 al. 2 CO à la

²²⁶ TF 4A_129/2017, consid. 7.4.

²²⁷ ATF 128 III 271, JdT 2003 I 606, consid. 2b/aa ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, CO 42 N 24.

²²⁸ ATF 133 III 462, consid. 4.4.2 ; TF 4A_129/2017, consid. 7.1.

²²⁹ TF 4A_129/2017, consid. 7.3.

²³⁰ *Ibid.*, consid. 7.4.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ WERRO, DC 2019, N 15 s.

résiliation en temps inopportun ne s'est présenté par la suite. En revanche, le gain manqué résultant de la renonciation à d'autres mandats est désormais clairement mentionné dans la définition du préjudice particulier de l'art. 404 CO²³⁴.

V. Synthèse et conclusion

Contre à toute attente, la résiliation du mandat peut mener à une indemnisation généreuse. Selon la règle énoncée par le Tribunal fédéral, elle ne se justifie qu'en temps inopportun, soit lorsque la partie qui résilie le fait sans motifs sérieux et qu'il en résulte pour l'autre un préjudice particulier. La réparation est limitée à l'intérêt négatif. Elle n'est pas due si la partie qui résilie bénéficie de motifs sérieux ou de justes motifs.

À ce titre, il n'est pas exclu que cette dernière puisse elle-même réclamer des dommages-intérêts positifs à la partie lui ayant fourni ces justes motifs. Une telle compensation est également possible après mise en demeure si la partie en retard ne pense pas à exercer son droit de résiliation. La résiliation intervenant dans l'unique but de ne pas payer des honoraires dépendant du résultat est abusive. Tout cela reste selon nous tant cohérent que souhaitable.

Dans les contrats d'architecture et d'enseignement, existe toute une casuistique confuse d'après laquelle les parties peuvent convenir de clauses d'indemnisation forfaitaire du dommage, voire des clauses pénales couvrant une partie de l'intérêt positif. Il est même possible de stipuler ces clauses par des conditions générales dans des contrats conclus avec des consommateurs. Elles ne peuvent être valables qu'en cas de résiliation en temps inopportun, mais celle-ci a tendance à être présumée dans les mandats de durée.

Il semble désormais reconnu que l'intérêt négatif comprend une partie des gains auxquels la partie subissant la résiliation a renoncé en concluant le mandat de durée. Du fait que la preuve stricte de ce gain alternatif est impossible, l'indemnité doit être fixée par le juge.

Au vu des développements précédents, on constate la difficulté éprouvée par le Tribunal fédéral à concilier la rigidité de sa jurisprudence de principe avec les enjeux pratiques de certains mandats, en particulier les mandats de durée. Les incohérences qui en découlent et la confusion ambiante font les choux gras de la doctrine, qui, si elle peut saluer certaines concessions, n'est pas à court d'idées pour modifier le système en profondeur.

Pour certains auteurs minoritaires cependant, le caractère impératif de l'art. 404 CO reste justifié. Certains ne proposent qu'une permission accordée aux parties d'aménager une répartition équitable des coûts de la résiliation anticipée²³⁵. À notre avis, les besoins particuliers

²³⁴ TF 4D_64/2021, consid. 3 ; TF 4A_196/2020, consid. 6.1 ; ATF 144 III 43, JdT 2018 II 207, consid. 3.4.4.

²³⁵ BUFF/VON DER CRONE, p. 341-342.

de certains mandats (architecte, ingénieur, gestion d'immeuble, enseignement) justifient que l'art. 404 CO puisse être dispositif, à tout le moins pour ces mandats atypiques. Pour d'autres auteurs, le fait d'admettre le gain manqué alternatif comme faisant partie de l'intérêt négatif et de généraliser les présomptions d'un préjudice, y compris estimé à l'aide de l'art. 42 al. 2 CO, est une solution satisfaisante²³⁶. Ce système, correspondant à la pratique évolutive du Tribunal fédéral, mériterait alors selon nous d'être grandement clarifié et appliqué avec bien plus de rigueur et de transparence pour être pleinement fonctionnel.

Une tentative de réforme législative relativement récente pour « adapter le droit du mandat et l'art. 404 CO au XXI^e siècle », reconsidérant le caractère impératif de cette disposition, a échoué : le Conseil fédéral a préféré laisser la jurisprudence évoluer, si besoin, à sa discrétion. Chose amusante, les milieux intéressés, lors de la procédure de consultation, ne semblaient pas ressentir outre mesure le besoin d'une telle réforme²³⁷.

La doctrine nous invite cependant à ne pas sous-estimer l'impact négatif que cette situation juridique a sur l'attractivité du droit suisse sur le plan international, notamment en matière d'arbitrage²³⁸. Elle déplore également le fait que, pour des contrats de service de durée, la solution consiste pour les parties à obtenir une qualification de leur contrat comme *sui generis*, et donc soustrait à l'art. 404 CO²³⁹.

La pratique actuelle du Tribunal fédéral au sujet de l'art. 404 al. 2 CO, même si elle était clarifiée, ne nous semble donc pas répondre de manière aussi complète aux problèmes soulevés que la solution d'un art. 404 CO dispositif, au moins pour les mandats atypiques tels que ceux analysés dans la présente contribution.

L'art. 404 CO, source intarissable de jurisprudences et de contributions doctrinales, risque d'occuper encore longtemps le monde juridique suisse, vu la fermeté avec laquelle le Tribunal fédéral maintient sa position dogmatique. Peut-être qu'à force d'y introduire des exceptions de plus en plus larges, le Tribunal fédéral finira toutefois par la faire voler en éclats.

²³⁶ DESSEMONTET, p. 136, 179, 183 et 194 s ; HOFSTETTER, p. 59.

²³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport demandant le classement de la motion Barthassat 11.3909 « Adapter le droit du mandat et l'art. 404 CO au XXI^e siècle », 25 octobre 2017, FF 2017 p. 7031 ss, p. 7032 s.

²³⁸ MONDINI/LIATOWITSCH, p. 294.

²³⁹ CR CO I-WERRO, N 17.

Bibliographie

Doctrine :

ABRAVANEL Philippe, L'empereur de Chine et le grain du tabac – réflexion sur l'article 404 CO, *in* JdT 1987 I, p. 466 ss.

AEBI-MABILLARD Jessica, La rémunération de l'architecte, thèse Fribourg, Genève (Schulthess) 2015.

BUFF Felix/VON DER CRONE Hans Caspar, Zwingende Natur von Art. 404 OR, *in* RSDA 2014, p. 332 ss.

CARRON Maxence, Le mandat de durée, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2018 (cité : Mandat de durée).

CARRON Maxence, Le mandat de durée : état de la jurisprudence sur l'art. 404 CO et perspectives, *in* DC 2018, p. 225 ss (cité : DC 2018).

CHAPPUIS Benoît, Des mandats de durée déterminée *de lege ferenda*, *in* De lege ferenda : réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain HIRSCH [HÉRITIER LACHAT Anne/HIRSCH Laurent, édit.], Genève (Slatkine) 2004, p. 359 ss (cité : *De lege ferenda*).

CHAPPUIS Benoît, De l'interdiction de la multidisciplinarité au *pactum de palmario* en passant par l'instigation à un acte illicite : la jurisprudence récente sur la profession d'avocat, *in* La pratique contractuelle 6 [WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal, édit.], Zurich (Schulthess) 2018, p. 91 ss (cité : *Pactum de palmario*).

COUCHEPIN Gaspard, La clause pénale: Étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2008 (cité : Thèse).

COUCHEPIN Gaspard, La forfaitisation du dommage, *in* SJ II 2009, p. 1 ss (cité : SJ 2009).

DESSEMONTET François, Les contrats de service, *in* RDS 1987 II, p. 97 ss.

ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2000.

FELLMANN Walter, Berner Kommentar, Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Berne (Stämpfli) 1992.

GAUCH Peter, Artikel 404 OR: Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, *in* *Recht* 1992, p. 9 ss (cité : *Recht*).

GAUCH, *Le contrat d'entreprise*, Zurich (Schulthess) 1999.

HEIM Jean/BAUDRAZ Henri, La révision du règlement SIA 102, *in* *JdT* 1984 I, p. 130 ss.

HOFSTETTER Josef, Le mandat et la gestion d'affaires, *in* *Traité de droit privé suisse* [VON GREYERZ Christoph, GROSSEN Jacques-Michel, GUTZWILLER Max, HINDERLING Hans, MEIER-HAYOZ Arthur, MERZ Hans, PIOTET Paul, SECRÉTAN Roger, VON STEIGER Werner, TERCIER Pierre, VISCHER Frank, WIEGAND Wolfgang, édit.], Fribourg (Éditions Universitaires Fribourg Suisse) 1994.

HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10^e éd., Berne (Stämpfli) 2017.

HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008.

JOST-VON ARX Roland, *Der Unterrichtsvertrag*, thèse Zurich, 2008.

MARCHAND Sylvain, *Les stipulations codifiées du droit suisse*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023.

MONDINI Andrea/LIATOWITSCH Manuel, Jederzeitige Kündigung von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz, Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR, *in* *PJA* 2009, p. 77 ss.

MORIN Ariane, La jurisprudence du Tribunal fédéral publiée depuis 1994 en matière de mandat, *in* *Évolution récente du droit des obligations* [ENGEL Pierre/CHAPPUIS Christine/MARCHAND Sylvain/MORIN Ariane, édit.], Lausanne (CEDIDAC) 2004, p. 117 ss.

MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne (Schulthess) 2021.

MÜLLER-CHEN Markus/GIRSBERGER Daniel/DROESE Lorenz, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2017.

PICHONNAZ Pascal, Le point sur la partie générale du droit des obligations, *in* *RSJ* 113/2017, p. 183 ss.

PICHONNAZ Pascal/STÖCKLI Hubert/WERRO Franz, Contrat d'architecte et d'ingénieur, *in* DC 2013, p. 329.

RUSCH Arnold/MAISSEN Eva, Fällt das zwingende Kündigungsrecht beim Auftrag ?, *in* PJA 2017, p. 26 ss.

STÖCKLI Hubert, Art. 404 OR ist zwingend, was sich aber nicht immer auswirkt, *in* DC 2010, p. 178 ss.

TERCIER Pierre, Encore la nature juridique du contrat d'architecte, *in* DC 1979, p. 9.

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich (Schulthess) 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 7^e éd., Genève (Schulthess) 2024.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR-E).

TOLOU Alborz, La forfaitisation du dommage, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2017.

VENTURI-ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, la résiliation pour justes motifs des contrats de durée, *in* SJ II 2008, p. 1 ss.

WERRO Franz, Le mandat et ses effets, thèse, Fribourg (Éditions Universitaires Fribourg Suisse) 1993 (cité : Thèse).

WERRO Franz, La peine conventionnelle : quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle, *in* La pratique contractuelle 2 [WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal, édit.], Zurich (Schulthess) 2011, p. 1 ss (cité : Peine conventionnelle).

WERRO Franz, La responsabilité contractuelle professionnelle : Entre mandat et entreprise, *in* La pratique contractuelle 5 [WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal, édit.], Zurich (Schulthess) 2016, p. 1 ss (cité : Mandat et entreprise).

WERRO Franz, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, *in* RSJ 113/2017, p. 293 ss (cité : RSJ 2017).

WERRO Franz, Du nouveau dans l'interprétation de l'art. 404 CO et son potentiel pour le mandat d'architecte ou d'ingénieur, *in* DC 2019, p. 129 ss (cité : DC 2019).

WERRO Franz, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, *in* RSJ 115/2019, p. 384 ss (cité : RSJ 2019).

WERRO Franz, Le droit des contrats, 3^e éd, Bâle (Stämpfli) 2024 (cité : Contrats).

WERRO Franz/CARRON Maxence, Le caractère impératif de l'art. 404 CO selon le Tribunal fédéral et les exceptions, *in* La pratique contractuelle 6 [WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal, édit.], Zurich (Schulthess) 2018, p. 1 ss.

WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2020 (cité : BSK CO I-AUTEUR-E).

Règlementation privée :

SOCIÉTÉ SUISSE DES INGÉNIEURS ET DES ARCHITECTES, Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes SIA 102 (1969).

SOCIÉTÉ SUISSE DES INGÉNIEURS ET DES ARCHITECTES, Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes SIA 102 (1984).

Arrêts cités

ATF 55 II 183, SJ 1930 97.

ATF 92 II 299.

ATF 98 II 305, JdT 1973 I 536.

ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150.

ATF 104 II 108, JdT 1980 I 77.

ATF 106 II 157, JdT 1980 I 370.

ATF 109 II 231.

ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, DC 1985 14.

ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, DC 1985 56.

ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312.

ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13.

ATF 128 III 271, JdT 2003 I 606.

ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

ATF 133 III 462.

ATF 134 II 297, JdT 2009 I 720.

ATF 140 III 75.

ATF 140 III 200, JdT 2014 I 401.

ATF 144 III 43, JdT 2018 II 207.

Arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 1977, *in* SJ 1978 385.

Arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 1989, *in* SJ 1989 521.

Arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 1998, *in* SJ 1998 620.

Arrêt du Tribunal fédéral 1P.58/2004 du 15 novembre 2004.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A.447/2004 du 31 mars 2005.

Arrêt du Tribunal fédéral 4C.18/2005 du 30 mai 2005.

Arrêt du Tribunal fédéral 4C.78/2007 du 9 janvier 2008.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_237/2008 du 29 juillet 2008.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_437/2008 du 10 février 2009.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_141/2008 du 8 décembre 2009

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_141/2011 du 6 juillet 2011.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2012 du 8 octobre 2012.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_36/2013 du 4 juin 2013.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_284/2013 du 13 février 2014.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_146/2015 du 19 août 2015.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_601/2015 du 19 avril 2016.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_152/2016 du 26 août 2016.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_680/2016 du 12 juillet 2017.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_129/2017 du 11 juin 2018.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2017 du 12 novembre 2018.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_523/2018 du 6 décembre 2018.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_275/2019 du 29 août 2019.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_196/2020 du 16 juillet 2020.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_534/2019 du 13 octobre 2020.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_139/2021 du 2 décembre 2021.

Arrêt du Tribunal fédéral 4D_64/2021 du 8 décembre 2021.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_455/2021 du 26 janvier 2022.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_436/2021 du 22 mars 2022.

Arrêt du Tribunal fédéral 6B_807/2021 du 7 juin 2022.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_490/2021 du 20 décembre 2022.