

## **BGE 100 II 361**

Bundesgericht (BGE), 1974-09-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_100 II 361](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_100%20II%20361)

FR: ATF 100 II 361

IT: DTF 100 II 361

### **Regeste**

Regeste Art. 413 Abs. 1 OR, ausschliesslicher Mäklervertrag. Gültigkeit einer Klausel, die dem Auftraggeber verbietet, die Dienste eines andern Mäklers zu beanspruchen, und die dem Mäkler das Recht auf den Lohn einräumt, obwohl seine Tätigkeit mit dem Abschluss des Hauptvertrages nicht zusammenhängt (Erw. 3). Der vertragliche Verzicht auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs stellt in der Regel kein Schenkungsversprechen dar. Lohnanspruch des Mäklers im konkreten Fall auf Grund einer Klausel bejaht, die bestimmt, dass der Auftraggeber dem Mäkler die Provision schulde, auch wenn ein Dritter den Käufer gefunden hat (Erw. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Selon les défenderesses, la clause de courtage exclusif, de nature exceptionnelle, ne serait valable que si elle était parfaitement claire et non équivoque. Elle devrait en tout cas prévoir une limitation dans le temps et définir de façon précise le droit du courtier à une commission et l'importance de celle-ci. Ces indications faisant totalement défaut en l'espèce, la clause d'exclusivité serait nulle. a) Dans l'arrêt RO 72 II 422, à propos du droit au salaire de plusieurs courtiers commis indépendamment l'un de l'autre, le Tribunal fédéral, après avoir rappelé qu'il s'agissait BGE 100 II 361 S. 364 là d'un phénomène fréquent dans le marché immobilier, admet implicitement la licéité d'une clause d'exclusivité lorsqu'il considère ce qui suit: "Will sich der Mäkler den ganzen Erfolg allein sichern, so kann er dies dadurch erreichen, dass er die Aufnahme einer Ausschlussklausel in den Vertrag verlangt." Il ne met pas davantage en doute la validité d'une telle clause dans l'arrêt Salzmann c. Gerber, du 14 décembre 1971 (RO 97 II 357). Examinant la portée d'un mandat exclusif de vendre un immeuble, conclu pour une durée de six mois et renouvelable, le Tribunal fédéral admet qu'un tel contrat oblige seulement le mandant à ne pas conclure avec des tiers des contrats de courtage concernant le même immeuble. b) La jurisprudence cantonale admet également la validité de la clause d'exclusivité d'un contrat de courtage interdisant au mandant non seulement de recourir à un autre courtier, mais aussi de procéder lui-même à la vente (SJZ 36/1939-1940, p. 318 No 224). Cet arrêt exige toutefois que l'accord des parties ne laisse aucun doute sur les droits du courtier. D'autres arrêts reconnaissent la licéité d'une clause d'exclusivité au profit du courtier, si elle est limitée dans le temps (SJ 70/1948, p. 598 ss.; 75/1953, p. 280 ss.; cf. aussi SJ 74/1952, p. 538 s.). c) OSER/SCHÖNENBERGER admettent implicitement la validité de la clause d'exclusivité, sauf dans la mesure où elle impliquerait une renonciation du mandant à conclure lui-même l'affaire; ils précisent que cette clause ne doit pas être confondue avec l'accord, licite également, garantissant au courtier tout ou partie de sa provision même si l'affaire se traite par l'intermédiaire d'un tiers ("Provisionsgarantie"; n. 35 ad art. 412, n. 18-19 ad art. 413

CO). BECKER souligne que les dispositions légales subordonnant le salaire du courtier à l'existence d'un lien de causalité entre son activité et la conclusion du contrat sont de droit dispositif et que les parties peuvent en principe y déroger (n. 23 ad art. 412; n. 12 ad art. 413 CO). REICHEL (Die Mäklerprovision, 1913) exprime, pour l'essentiel, la même idée (p. 205 ss., 222 ss.). La validité de la clause d'exclusivité est clairement affirmée également par A. GUGGENBÜHL (Die Liegenschaftenmäklerei, thèse Zurich 1951, p. 294 ss., 319), TURRETTINI (Le contrat de courtage et le salaire du courtier, thèse Genève 1952, p. 20 et 151 ss.) et BGE 100 II 361 S. 365 PFENNINGER (Mäklervertrag und Provisionsgarantie, SJZ 46/1950, p. 338). GAUTSCHI considère en revanche que les conditions légales du salaire du courtier, selon les art. 412 et 413 CO, ne peuvent pas être modifiées par un accord des parties; ainsi, les conventions qui supprimeraient l'exigence du lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion de l'affaire et écarteraient le caractère aléatoire qui est fondamental dans le contrat de courtage, ou celles qui - comme la clause d'exclusivité - restreindraient la possibilité de révoquer le mandat donné au courtier, ne seraient pas ou du moins pas entièrement valables (n. 3 a, b, e, n. 6 d et e ad art. 412). d) L'argumentation de GAUTSCHI ne convainc pas. Il n'y a aucune raison de considérer que les dispositions légales en question, en particulier l'art. 413 al. 1 CO qui subordonne le salaire du courtier au succès de son intervention, soient de droit impératif. Il est au contraire normal que le courtier cherche, par un accord avec son mandant, à se protéger contre certaines conséquences très dures du caractère aléatoire de ce type de contrat. La clause d'exclusivité, par laquelle le mandant s'interdit de recourir aux services d'un autre intermédiaire, est en soi parfaitement valable. Peu importe qu'elle puisse impliquer, le cas échéant, une renonciation à l'exigence du lien de causalité - le courtier ayant droit à son salaire bien que son activité d'indicateur ou de négociateur soit sans rapport avec la conclusion de l'affaire par le mandant - ou même qu'elle ait le sens d'une garantie de provision au sens étroit du terme. La validité d'une telle clause suppose seulement un accord de volonté des parties, conformément aux principes généraux du droit des obligations. Il n'est pas nécessaire que cet accord soit particulièrement clair et sans équivoque, ni que l'exclusivité ne soit concédée que pour un laps de temps limité; à défaut d'une telle limite, le contrat de courtage (exclusif ou non) peut être révoqué en tout temps selon l'art. 404 CO. En effet, contrairement à l'opinion de GAUTSCHI, la clause d'exclusivité ne restreint nullement, comme telle, la faculté de révoquer le contrat fondé sur l'art. 404 CO. Seule une convention spécifique excluant la révocation du mandat donné au courtier pourrait être dépourvue de validité, le contrat de courtage exclusif conservant au surplus tous ses effets juridiques. BGE 100 II 361 S. 366 La validité de la clause d'exclusivité pourrait être mise en doute si elle signifiait que le courtier aurait droit à son salaire même en n'exerçant aucune activité quelconque; on pourrait voir là une promesse de donner subordonnée à la forme écrite (art. 243 CO) et à la commune volonté des parties de faire et d'accepter une donation. La question ne se pose toutefois pas en l'espèce: il est constant que la demanderesse, qui devait chercher un amateur pour les deux immeubles des défenderesses, a déployé une activité dans ce sens.

#### **E. 4**

Quant aux conséquences de la violation de la clause d'exclusivité dans le contrat de courtage, deux solutions entrent en considération. On peut considérer cette violation comme la contravention à une obligation de ne pas faire (art. 98 al. 2 CO), le courtier ayant droit à des dommages-intérêts s'il fait la preuve de son préjudice; c'est la thèse adoptée par le Tribunal cantonal dans le jugement déféré. On peut aussi admettre que le mandant doit la commission convenue, s'il conclut l'affaire par l'intermédiaire d'un autre courtier. Le choix

entre l'une ou l'autre de ces deux solutions dépend essentiellement du contenu du contrat. En l'espèce, il ressort clairement de l'engagement du 24 novembre 1967 que le contrat de courtage exclusif a été conclu aux conditions usuelles mentionnées sur la formule de la Société vaudoise des régisseurs. La Cour civile ne dit pas si toutes les clauses du contrat type annexé à l'engagement, ainsi que celles des conditions générales et des usages et tarifs professionnels imprimés au verso de ce contrat type, s'appliquent aux rapports des parties. Mais on doit admettre que tel est le cas en principe, sinon l'autorité cantonale n'aurait pas pu considérer, faute d'accord sur les points essentiels, qu'un contrat de courtage avait été conclu. Elle se réfère d'ailleurs expressément, pour la durée du mandat et la rémunération en cas d'exclusivité, au contenu du contrat type et des usages et tarifs professionnels. Aux termes de l'art. 4 desdits usages, en cas d'exclusivité conférée au courtier, la commission lui sera due par le mandant, même si c'est ce dernier ou un tiers qui a trouvé l'acheteur. Le Tribunal cantonal considère que ce texte figurant au verso du contrat type ne satisfait pas à l'exigence d'"une forme écrite ne prêtant pas à discussion", forme qui s'imposerait en l'espèce parce que la clause d'exclusivité "confinerait à BGE 100 II 361 S. 367 la promesse de donation pure et simple" dans la mesure où elle impliquerait une renonciation au lien de causalité entre l'activité du courtier et l'existence du contrat. Ce point de vue est erroné. La renonciation au lien de causalité, qu'elle résulte d'une clause d'exclusivité ou d'une autre disposition, ne constitue en règle générale pas une promesse de donation (cf. OSER/SCHÖNENBERGER, n. 18 ad art. 413 CO; BECKER, n. 12 ad art. 413 CO; GUGGENBÜHL, op.cit., p. 188; SJZ 35/1938-1939, p. 77). Il convient seulement de réserver l'hypothèse d'une promesse de rémunération pour le cas où le courtier ne déploierait aucune activité, hypothèse envisagée par TURRETTINI (op. cit., p. 154) mais qui n'est pas réalisée en l'espèce. Dans l'arrêt précité Salzmann c. Gerber, le Tribunal fédéral, après avoir déclaré qu'on pouvait renoncer conventionnellement à l'exigence du lien de causalité, a recherché si le contrat consacrait en l'espèce une telle renonciation, mais sans qu'il soit question de l'assimiler à une promesse de donner (RO 97 II 357). La clause d'exclusivité peut ainsi être convenue par actes concluants, même si elle emporte renonciation à l'exigence du rapport de causalité. En l'espèce, l'art. 4 des usages et tarifs professionnels, applicable aux rapports des parties, prévoit que le mandant doit la commission au courtier même si c'est un tiers qui a trouvé l'acheteur. Les immeubles visés par le contrat de courtage exclusif ayant été vendus, les défenderesses sont donc en principe débitrices de la commission convenue, sans que la demanderesse doive établir l'existence d'un préjudice égal au montant de cette commission et sans qu'il y ait lieu de rechercher si le Tribunal cantonal a refusé à tort d'appliquer l'art. 156 CO. Cette solution correspond d'ailleurs à l'équité. Les défenderesses ont donné le mandat de courtage exclusif à la demanderesse en contrepartie d'un prêt de 50 000 fr. que celle-ci leur accordait. La demanderesse ne pouvait exiger le remboursement de ce prêt que lors de la vente de l'un des immeubles ou du capital-actions de l'une des sociétés défenderesses. Ces dernières agissaient par l'intermédiaire de leur administrateur Otto Kappeler, qui était parfaitement au courant des affaires de ce genre. Dans de telles conditions, il n'apparaît nullement injuste qu'elles doivent payer le salaire de la demanderesse en plus de celui qu'elles ont versé au second courtier mandaté en BGE 100 II 361 S. 368 violation flagrante de la clause d'exclusivité. Les défenderesses savaient fort bien qu'aussi longtemps qu'elles étaient liées par cette clause, elles s'exposaient à payer deux fois la rémunération d'un courtier si elles chargeaient un tiers de la mission confiée à la demanderesse.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.