

Alborz Tolou: La forfaitisation du dommage

Diss. Université de Fribourg 2017. Collection Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, éd. Peter Gauch, AISUF 373, Zurich 2017, 494 pages, ISBN 978-3-7255-7768-2

Laudatio

La thèse de M. Alborz Tolou est consacrée à la forfaitisation du dommage en droit suisse des obligations. Elle porte sur l'analyse de la clause forfaitaire par laquelle les parties à un rapport d'obligation s'accordent par avance sur une indemnité destinée à couvrir le dommage que peut subir le créancier lorsque le débiteur viole une obligation. La clause forfaitaire permet au créancier d'obtenir une indemnité en dommages-intérêts sans devoir prouver son dommage, ce qui a pour effet de faciliter la résolution des litiges.

La thèse est divisée en deux parties. La première partie examine de manière générale la clause et l'indemnité forfaitaire ; elle en présente notamment les sources, les types et les fonctions, ainsi que les effets de la clause forfaitaire sur la prétention en dommages-intérêts et les différentes formes qu'elle peut prendre. L'auteur aborde aussi en détail la distinction entre la clause forfaitaire et la clause pénale, en mettant en évidence les conséquences juridiques différentes que chacune d'elles entraîne et les indices permettant d'interpréter la réelle et commune volonté des parties pour qualifier une clause de forfaitaire ou pénale. Cette partie traite également de la possibilité de conclure des clauses forfaitaires ou des clauses pénales dans les quatre types de contrats particuliers que sont la convention d'arbitrage, la convention d'actionnaire, la clause de non-concurrence et la clause du *break-up fee*, souvent utilisée dans les contrats de fusion et d'acquisition d'entreprise pour couvrir le cas où la transaction n'est pas réalisée.

La seconde partie de la thèse analyse l'ensemble des questions pratiques qui peuvent se poser en relation avec la clause forfaitaire, de sa formation jusqu'à sa fin. L'auteur présente en particulier les règles d'interprétation de la clause forfaitaire en droit suisse, ainsi que sa validité au regard avant tout des art. 19 et 20 CO et dans des conditions générales. Il traite ensuite des conditions auxquelles l'indemnité forfaitaire devient exigible, en rappelant que la clause forfaitaire renverse le fardeau de la preuve de l'existence du dommage et en présume le montant. Si le créancier est ainsi libéré de la preuve de son dommage, il doit cependant prouver la source de son dommage. Pour clore son analyse minutieuse de la clause forfaitaire, l'auteur en aborde la fin, sous la forme de la nullité par contagion de la clause forfaitaire et de l'extinction de la prétention en dommages-intérêts lorsque le débiteur l'exécute ou la prescription de celle-ci conformément aux art. 127 ss CO.

L'intérêt de la thèse est de présenter de manière approfondie et complète un accord contractuel *sui generis* qui n'est pas prévu par le Code des obligations mais a été reconnu par la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'enjeu de la thèse est également pratique, parce que son auteur apporte concrètement des réponses aux questions soulevées par la clause forfaitaire, qui ont trait notamment à la formation, l'interprétation, la forme et la validité de la clause, ainsi qu'aux possibilités pour les parties ou le juge de contrôler le montant de l'indemnité.

M. Alborz Tolou s'est fixé pour but de donner aux praticiens les outils nécessaires pour conclure une véritable clause forfaitaire et éviter le risque que le tribunal qualifie celle-ci de clause pénale et réduise l'indemnité. Il atteint avec brio cet objectif en présentant de manière très claire et détaillée aux praticiens les différents effets qu'une clause forfaitaire peut avoir sur une prétention en dommages-intérêts et les possibilités de modélisation qu'elle offre, par exemple en permettant aux parties de contractualiser le dommage dans une clause forfaitaire et de s'accorder sur la réparation de postes du dommage que le Tribunal fédéral refuse d'indemniser en l'absence d'un contrat. En donnant des exemples concrets de clause forfaitaire, l'auteur montre comment peuvent être contractualisés le dommage de commercialisation, le dommage de frustration, l'intérêt d'affection et la perte d'une chance, la clause forfaitaire permettant de dépasser les limites posées par le Tribunal fédéral pour rejeter la réparation du dommage non patrimonial.

La thèse constitue une analyse extrêmement fouillée, qui repose sur une réflexion en profondeur de nombreux aspects du droit des obligations, démontrant la maîtrise de l'auteur de ce domaine. En particulier, M. Alborz Tolou met en évidence de manière convaincante l'intérêt de la clause forfaitaire en tant qu'elle permet aux parties de réparer des dommages que la jurisprudence considère comme ne pouvant faire l'objet d'une réparation. Exposant les arguments de la jurisprudence pour rejeter la réparation du dommage non patrimonial, il démontre avec finesse que les limites invoquées peuvent précisément être contournées par la clause forfaitaire. Loin de se contenter d'exposer la jurisprudence et la doctrine sur les différents aspects qu'il aborde, l'auteur donne son avis personnel et critique, qui repose sur une argumentation solide et clairement amenée. La compréhension du sujet est encore facilitée par une réelle maîtrise de la langue française, le style et le langage soignés permettant aisément de suivre la démonstration de l'auteur. En conclusion, la thèse de M. Alborz Tolou est d'une très haute qualité et mérite amplement l'attribution du Prix d'Excellence de la SDRCA.

Margit Moser-Szeless