

Mémoire de réponse

Adressé à la 1^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral

Formé par

EUROMEDIC SA (Adresse, Bruxelles)

Représentée par l'équipe n° 6491 du Swiss Moot Court.

Intimée

Contre

TECHNOCARE SA (Adresse, Genève)

Représentée par son mandataire, X.

Recourante

Concernant

L'arrêt de la Cour de Justice de Genève du 6 octobre 2023

Équipe n° 6491

(Langue maternelle : français)

Swiss Moot Court 2023-2024

En recommandé

Tribunal fédéral

1^{ère} Cour de droit civil

29, Avenue du Tribunal fédéral

1005 Lausanne

[Lieu], le 6 novembre 2023

Madame la Présidente,

Mesdames et Messieurs les Juges,

En notre qualité de représentant d'EUROMEDIC SA (ci-après : l'intimée), nous avons l'honneur de vous adresser le présent mémoire de réponse contre le recours en matière civile interjeté par TECHNOCARE SA (ci-après : la recourante), à l'encontre du jugement de la Cour de Justice de Genève du 6 octobre 2023.

Recevez par la présente, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs les Juges, l'expression de notre plus haute considération.

Équipe n° 6491

BIBLIOGRAPHIE

- BORY Jonathan, L'effectivité de la liberté contractuelle, Berne (Stämpfli) 2021. [Cité : BORY].
- FOËX Bénédicte, Dédit et clause pénale *in* SCHMID Jürg (édit.) Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zurich (Schulthess) 2010. [Cité : FOËX].
- GEISSBÜHLER Grégoire, Le droit des obligations – Volume 1 : partie générale, Zurich (Schulthess) 2020. [Cité : GEISSBÜHLER].
- MARCHAND Sylvain, Clauses contractuelles, du bon usage de la liberté contractuelle, 1^{re} éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2008. [Cité : MARCHAND].
- MARCHAND Sylvain, Les stipulations codifiées du droit suisse, 1^{re} éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023. [Cité : MARCHAND, Stipulations codifiées du droit suisse].
- PICHONNAZ Pascal, Les grands arrêts du droit des obligations, Résumés des arrêts de la partie générale, Zurich (Schulthess) 2021 pp. 485-508. [Cité : PICHONNAZ, Les grands arrêts]
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 6^{ème} éd., Zurich (Schulthess) 2019. [Cité : TERCIER/PICHONNAZ].
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Code des obligations I. Commentaire Romand, Art. 1-529 CO, 3^{ème} éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021. [Cité : CR CO I-AUTEUR].
- TOLOU Alborz, La forfaitisation du dommage *in* GAUCH Peter (édit.) AISUF – Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Band/Nr. 372, Fribourg (Schulthess) 2017. [Cité : TOLOU].

I. CONCLUSIONS

L'intimée conclut à ce qu'il

Plaise au Tribunal fédéral

Principalement :

- 1) Confirmer le jugement de la Cour de Justice de Genève du 6 octobre 2023.
- 2) Condamner TECHNOCARE SA à payer les frais et dépens.
- 3) Débouter TECHNOCARE SA de toutes autres et contraires conclusions.

II. EN FAIT

1. L'intimée renvoie aux faits établis par l'instance précédente conformément à l'article 105 al. 1 Loi sur le Tribunal fédéral¹ (ci-après : LTF).

III. EN DROIT

2. L'intimée formule les observations suivantes :

1. De l'entrée en vigueur du Contrat de fourniture

3. Le contrat est conditionnel, lorsque l'existence de l'obligation qui en forme l'objet est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain. Il ne produit d'effets qu'à compter du moment où la condition s'accomplit, si les parties n'ont pas manifesté une intention contraire (art. 151 Code des obligations (ci-après : CO))². En d'autres termes, les parties doivent avoir insisté ou indiqué qu'elles n'entendent pas être liées tant que des accords sur des points n'ont pas été réglés³.

¹ Loi sur le Tribunal fédéral, LTF ; RS 173.110.

² Loi fédérale complétant le Code civil suisse, CO ; RS 220.

³ Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ; Art. 2.13.

4. La condition dont il est question s'entend d'un évènement futur dont la survenance est objectivement incertaine⁴. Elle est potestative lorsque son avènement dépend de la volonté d'une des parties⁵. La conclusion d'un contrat assorti d'une condition suspensive lie le créancier et le débiteur par un rapport d'obligations ou rapport de droit. Les parties sont liées par un engagement et ne peuvent s'en libérer unilatéralement⁶.
5. Toutefois, il n'y a pas de condition lorsque les effets du contrat sont certains mais que seule la date de son exécution est incertaine⁷. Il s'agit alors d'un terme. Le terme est un évènement futur dont la survenance est certaine, même si la date de la réalisation de l'évènement n'est pas encore connue, et dont les parties font dépendre le début ou la fin d'un effet juridique⁸.
6. Par ailleurs, une partie peut promettre en son nom, pour son compte et à ses risques au créancier le fait d'autrui (art. 111 CO).
7. Enfin, pour apprécier les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Cette disposition vise à établir la volonté véritable des parties au détriment des expressions qu'elles ont pu utiliser. La manifestation de celle-ci peut être faite de manière tacite (art. 1 al. 2 CO). Pour établir cette volonté, le juge analysera en premier lieu le texte écrit sur lequel les parties sont tombées d'accord⁹. Toutefois, l'interprétation littérale est souvent insuffisante, car la volonté des parties se cache souvent derrière des expressions maladroites, imprécises ou erronées.
8. Selon la jurisprudence et la doctrine, le juge ne doit pas s'arrêter à une interprétation littérale qui ne restitue pas la volonté réelle et commune des parties : « le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu »¹⁰. Le juge établit la volonté des parties telle qu'elle existait au moment de la conclusion du contrat¹¹.

⁴ CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 1.

⁵ CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 29.

⁶ CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 40.

⁷ ATF 122 III 10, p. 15-16 *in* JdT 1998 I, pp. 115-116.

⁸ CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 5.

⁹ ATF 120 IV 25, consid. 3f.

¹⁰ ATF 133 III 61, c. 2.2.1, SJ 2007 I 217, JdT 2008 I 74.

¹¹ CR CO I-PICHONNAZ, CO 18, N 17.

9. Le comportement des parties avant, pendant et après la conclusion du contrat est un moyen d'interpréter la volonté des parties à la conclusion du contrat¹². Selon la jurisprudence, les parties sont présumées avoir voulu un contrat raisonnable et juridiquement correct¹³. Le juge préférera donc une interprétation qui permet de maintenir le contrat.
10. Dans le cas d'espèce, la signature du contrat de collaboration ne constitue pas un évènement incertain pour plusieurs raisons.
11. La première raison est que le Contrat de fourniture prévoit qu'il n'entrera en vigueur que lorsqu'EUROMEDIC et TECHNOSOLUTION auront signé le Contrat de collaboration. Un projet du Contrat de collaboration a été annexé au contrat principal. Dès lors, les parties étaient d'accord sur le principe du Contrat de collaboration. Il ressort notamment de l'audition des témoins que la conclusion du Contrat de collaboration n'était qu'une simple formalité. Les parties ont donc manifesté une intention contraire quant à l'effet de la clause V du Contrat.
12. Par ailleurs, TECHNOCARE s'est engagée dans ce sens en stipulant que le Contrat de collaboration serait signé avant le 20 juin 2023. Cet engagement concerne le moment de la réalisation de l'évènement et non l'incertitude sur la conclusion d'un tel contrat. De sorte que, la date du 20 juin 2023 doit être entendu comme un terme. Les parties ont fixé cette date comme limite de l'exécution du Contrat de fourniture. TECHNOCARE s'est engagée en son nom pour la conclusion du Contrat de collaboration, car elle estimait que cette question était acquise. Elle n'aurait certainement pas fait cette promesse et pris des risques si la conclusion de ce contrat était incertaine.
13. En outre, EUROMEDIC s'est liée d'un contrat avec ULTRAPHARMA, car l'exécution du Contrat de fourniture était certaine.
C'est pourquoi, elle a pris des dispositions en aval pour favoriser la distribution des produits de TECHNOCARE. Elle n'aurait certainement pas pris ces décisions si la question de la conclusion du Contrat de collaboration n'était pas acquise. Ses décisions ont été fortement influencées par le comportement de TECHNOCARE qui s'était même engagée à ce que le début du Contrat de fourniture se fasse avant le 20 juin 2023.
14. Ensuite, TECHNOCARE est l'actionnaire unique de TECHNOSOLUTION. Le projet du Contrat de collaboration a été annexé au Contrat de fourniture. Les parties étaient d'accord sur les éléments essentiels de celui-ci. Il ne restait plus qu'à finaliser certains points secondaires de ce contrat.

¹² CR CO I-WINIGER, CO 18, N 33.

¹³ ATF 119 II 368, consid. 4b.

15. Partant, le Contrat est entré en vigueur car la conclusion du Contrat de collaboration était acquise dans son principe. Il ne s'agit donc pas d'un événement incertain et seule la question du moment de l'exécution l'était. L'intimé s'oppose donc au raisonnement de la recourante, qui affirme qu'il s'agissait d'une condition suspensive du contrat.

2. De la manipulation de l'avènement de la condition

16. Si par impossible, le Tribunal fédéral devait considérer que la clause de l'article V du Contrat de fourniture constitue une condition au sens de l'art. 151 CO, l'intimée formule les observations suivantes.

2.1. L'avènement de la condition potestative est empêché

17. Pour constater si l'avènement de la condition est empêché, le juge doit en premier lieu interpréter la portée de la condition en recherchant la réelle et commune volonté des parties (art. 18 al. 1 CO). Cette interprétation permet parfois de retenir que la condition est déjà réalisée¹⁴.
18. Dans le cas d'espèce, l'article V du Contrat de fourniture prévoit que l'entrée en vigueur du contrat serait conditionnée par la conclusion du Contrat de collaboration entre EUROMEDIC et TECHNOSOLUTION. La conclusion du contrat n'a pas eu lieu, car TECHNOSOLUTION a écrit à EUROMEDIC pour lui annoncer que les négociations du Contrat de collaboration étaient rompues.
19. Par conséquent, l'avènement de la condition a été empêché.

2.2. Le comportement repréhensible de TECHNOCARE SA

20. À teneur de l'article 156 CO, l'acte repréhensible doit être le fait de l'une des parties de l'acte conditionnel. Celui-ci peut être un comportement positif ou une abstention, notamment en refusant de prêter son concours¹⁵.
21. En l'espèce, il n'est pas contesté que TECHNOCARE est partie au Contrat de fourniture. Il n'est d'ailleurs pas non plus contesté que TECHNOCARE ne souhaite plus que TECHNOSOLUTION soit associée à EUROMEDIC. L'avènement de la condition a donc été empêché par TECHNOCARE.
22. Par conséquent, l'acte repréhensible est le fait de TECHNOCARE.

¹⁴ CR CO I-PICHONNAZ, CO 156, N 6.

¹⁵ CR CO I-PICHONNAZ, CO 156, N 11.

2.3. La violation des règles de la bonne foi

23. La condition potestative est celle dont la réalisation dépend de la volonté de l'une des parties¹⁶. Contrairement à la condition purement potestative, où la volonté d'une partie peut s'exercer de manière arbitraire, la condition potestative limitée restreint la volonté de la partie. Cette partie n'a en principe pas une liberté entière¹⁷.
24. La condition est réputée accomplie quand l'une des parties a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi (art. 156 CO). Cette disposition est une concrétisation de l'abus de droit (art. 2 al. 2 Code civil (ci-après : CC))¹⁸.
25. La partie, dont dépend la condition, doit agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi. Pour apprécier si un comportement déterminé ne relève pas de la bonne foi, il convient de l'apprécier en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce et, en particulier, de l'objet et du but du contrat, interprétés selon le principe de la confiance. Toutefois, l'article 156 CO ne doit pas être interprété trop largement, car les parties, en convenant d'une condition, ont introduit un élément d'incertitude qu'elles doivent assumer¹⁹.
26. Dans le cas d'espèce, le Contrat de collaboration entre TECHNOCARE et EUROMEDIC a pour objet la commercialisation des produits auprès des hôpitaux. TECHNOCARE est un fabricant suisse de matériel médical. Elle a envisagé la collaboration avec EUROMEDIC, une société belge spécialisée dans la distribution de médicaments et matériels médicaux auprès des hôpitaux. Naturellement, TECHNOCARE était informée au sujet de son futur contractant. En effet, on voit mal une société conclure un tel contrat dans un contexte international et ne pas prendre soin de s'informer en amont. De plus, il convient de noter que la *class action* américaine était de notoriété publique. TECHNOCARE devait savoir qu'elle ne concerne ni le même territoire, ni le même type de produits. Dès lors, le risque réputationnel est négligeable.
27. Le but de cette collaboration tend à la commercialisation d'un produit de qualité supérieur à la moyenne. La commercialisation de ces produits se fera par une société spécialisée dans ce domaine et connue des hôpitaux. Ces deux éléments associés produiront l'effet escompté, soit la promotion de ses produits en Belgique.

¹⁶ CR CO I-PICHONNAZ, CO 155, N 1.

¹⁷ ATF 135 III 295, consid. 5.2.

¹⁸ Code civil suisse ; CC ; RS 210.

¹⁹ ATF 135 III 295, consid. 5.2.

28. De plus, le Bénéfice distributeur prévisionnel annuel se monte à CHF 1'000'000.-. Ce montant constitue un indice fort que cette collaboration sera grandement bénéfique à TECHNOCARE.
29. Il faut également souligner que cette dernière est actionnaire unique de TECHNOSOLUTION. Elle a une certaine maîtrise sur sa filiale. Conséquemment, la conclusion du Contrat de collaboration ne dépendait que de TECHNOCARE. TECHNOSOLUTION a décidé de rompre les négociations suivant la volonté de TECHNOCARE. Il est contraire à la bonne foi d'invoquer, pour se départir du contrat, une *class action* qui n'aura aucun impact sur la future collaboration.
30. Pour toutes ses raisons, l'intimée estime que le comportement de TECHNOCARE est contraire aux règles de la bonne foi.

2.4. Causalité adéquate entre le fait de TECHNOCARE et le défaut de la condition

31. Le comportement déloyal doit avoir favorisé de façon déterminante le défaut de la condition, sans pour autant que celui-ci soit nécessairement le résultat exclusif du comportement²⁰. En présence de conditions mixtes, une preuve sous l'angle de la haute vraisemblance suffit²¹.
32. En l'espèce, TECHNOCARE ne souhaite plus que TECHNOSOLUTION soit associée à EUROMEDIC. Cette dernière, craignant l'effet réputationnel de la *class action* américaine, s'oppose à la conclusion du Contrat de collaboration. Cette opposition a un effet immédiat, car TECHNOCARE possède 100 % du capital-actions de TECHNOSOLUTION. C'est pourquoi, TECHNOSOLUTION a fait savoir à EUROMEDIC sa décision de rompre les négociations.
33. Partant, le comportement de TECHNOCARE était propre, d'après le cours ordinaire des choses et de l'expérience de la vie, à entraîner la non-conclusion du Contrat de collaboration. Au vu de ce qui précède, il était contraire aux règles de la bonne foi de la part de TECHNOCARE de se prévaloir de la *class action* américaine pour refuser l'entrée en vigueur du contrat.

²⁰ Tribunal fédéral, TF 4C.281/2005, c. 3.5.2, SJ 2006 I 174.

²¹ *Ibidem*.

3. La clause pénale

3.1. Validité et exigibilité de la clause pénale

34. Selon la doctrine, si la condition d'existence d'une obligation principale valable fait défaut, la clause pénale est nulle²². Concernant l'exigibilité de la clause pénale, celle-ci est subordonnée à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite du contrat. En d'autres termes, le montant de la clause pénale est dû en cas de violation du contrat, indépendamment d'une faute, d'un lien de causalité et d'un dommage. Le moment déterminant est celui de l'exigibilité de l'obligation principale²³.
35. Dans le cas présent, l'obligation principale est la livraison de produits qui incombe à TECHNOCARE. Celle-ci existe et est valable. L'obligation principale est exigible, dès lors que le Contrat de fourniture est entré en vigueur²⁴. TECHNOCARE a violé son obligation de livrer ses produits à EUROMEDIC. Par conséquent, l'inexécution du Contrat rend la clause pénale exigible.

3.2. Qualification juridique

36. L'intimée soutient les conclusions de la Cour cantonale, qui va dans le sens d'une qualification de clause pénale à l'art. VIII du Contrat.
37. La clause pénale, prévue aux art. 160 ss CO, est une peine conventionnelle reposant sur la liberté contractuelle des parties. Elle se distingue de la clause forfaitaire qui vise à compenser le dommage que subit la personne lésée²⁵. Cette dernière n'est pas prévue dans la loi, contrairement à la clause pénale (articles 160 à 163 CO). La qualification est importante, puisqu'elle entraîne l'application de différentes dispositions, notamment en ce qui concerne l'absence de dommage, la faute et la réduction de la peine par le juge. Selon MARCHAND, déterminer si la clause est pénale ou forfaitaire est une question d'interprétation de la clause selon l'art. 18 al. 1 CO. L'intention des parties est déterminante, car elle diffère selon le but recherché par la clause : avec la forfaitisation, les parties conviennent à l'avance d'éventuels dommages-intérêts ; avec la clause pénale, les parties conviennent d'une sanction les incitant à se conformer au contrat²⁶.
38. *In casu*, suivant une interprétation littérale de la clause, l'absence d'indication sur un futur dommage prouve qu'il est question d'une clause pénale comme l'a admis la Cour cantonale.

²² CR CO I-MOOSER, CO 160, N 8.

²³ CR CO I-MOOSER, CO 160, N 8a.

²⁴ *Supra*, p. 1 ss.

²⁵ TOLOU, p. 59.

²⁶ MARCHAND, Stipulations codifiées du droit suisse, N 189, p. 82.

39. Cependant, contrairement à ce que la Cour a conclu implicitement dans sa décision sous II.3, la clause pénale prévue par les parties est alternative et non exclusive.
40. La loi prévoit trois types de clauses pénales, la clause pénale alternative (art. 160 al. 1 CO), cumulative (art. 160 al. 2 CO) et exclusive (art. 160 al. 3 CO). Des présomptions réfragables pour les clauses alternatives et cumulatives permettent d'écarter d'éventuelles ambiguïtés. La clause pénale exclusive est admise subsidiairement aux deux autres, car elle n'est pas présumée par la loi²⁷. La clause pénale est présumée alternative « lorsqu'[elle] a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat » (art. 160 al. 1 CO). La clause exclusive, ou le dédit consensuel, permet de se départir du contrat en versant une « somme expiatoire »²⁸. MARCHAND précise que « [l]es clauses pénales exclusives, [...], doivent [...] être rédigées suffisamment clairement pour permettre au débiteur d'apporter la preuve de sa libération au sens de l'article 160 al. 3 CO »²⁹.
41. En l'espèce, l'art. VIII du Contrat stipule qu'« [e]n cas d'inexécution ou de résiliation injustifiée du présent Contrat, TECHNOCARE paiera à EUROMEDIC une indemnité correspondant au Bénéfice distributeur prévisionnel annuel indiqué à l'annexe C du présent Contrat [...] ». Nous pouvons relever que cette clause ne contient aucune mention d'un dommage. La clause pénale exclusive étant déconnectée du dommage, le fait qu'il n'y ait aucune mention laisse entendre que l'art. VIII est une clause pénale exclusive. Il ne convient donc pas de s'écarter de l'interprétation littérale donnée à la présente clause.
42. Par conséquent, TECHNOCARE n'avait qu'une seule option à son choix pour se départir du Contrat, celle de s'acquitter de la peine. Cette distinction quant à la qualification exclusive ou alternative de la clause a de l'importance pour l'application de l'art. 163 al. 3 CO, car en présence d'une clause exclusive, la réduction de la clause pénale est exclue³⁰.

3.3. Interprétation de la clause pénale

3.3.1. Du montant de la clause pénale

43. L'intimée rejoint les conclusions de la Cour cantonale par rapport à l'interprétation du montant de la clause pénale. L'art. VIII du Contrat prévoit une clause pénale d'un montant « correspondant au Bénéfice distributeur prévisionnel annuel indiqué à l'annexe C du présent Contrat ».

²⁷ CR CO I-MOOSER, CO 160, N 15.

²⁸ FOËX, p. 409.

²⁹ MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 214.

³⁰ CR CO I-MOOSER, CO 160, N 15.

44. Le Contrat est convenu pour une durée de trois ans, le Bénéfice distributeur équivaut alors à un total de CHF 3'000'000.-.
45. Pour interpréter la clause pénale, il faut rechercher la volonté des parties. Selon la jurisprudence, le juge doit premièrement rechercher la réelle et commune intention des parties au sens de l'art. 18 al. 1 CO (interprétation subjective) en se basant sur des indices. Cette appréciation effectuée par le juge de l'instance précédente relève du fait et lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF)³¹, mais la détermination de la volonté objective des parties est une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement. Lorsque le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties, car les preuves ne sont pas concluantes, il recherche leur volonté objective, d'après les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), c'est-à-dire d'après le sens que les parties pouvaient et devaient raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance, « [...] qui permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime »³². Pour apprécier (art. 4 CC), le juge se fonde sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté³³.
46. En l'espèce, la Cour cantonale a relevé à raison, dans sa décision sous II.2., que la volonté des parties est de considérer un montant de CHF 3'000'000.-. Cette volonté ressort des conclusions de la recourante, qui considère que le Bénéfice a été « grossièrement surévalué », mais qui ne conteste pas de compter trois fois le Bénéfice distributeur, soit CHF 3'000'000.-.
47. L'interprétation objective de la volonté de TECHNOCARE et d'EUROMEDIC, selon le principe de la confiance, nous permet de tenir compte des circonstances qui ont accompagné la manifestation de volonté. Dans sa décision sous I.9., la Cour cantonale établit, de manière pertinente et déterminante, que la recourante, TECHNOCARE, « [...] n'avait pas contesté ces prévisions, mais nourrissait néanmoins des doutes à leur sujet ». Il convient d'interpréter du comportement de TECHNOCARE, une concession de sa part quant au montant du Bénéfice distributeur, qui est une estimation du chiffre d'affaires que pourrait générer la collaboration. Malgré des doutes sur cette estimation, TECHNOCARE ne l'a pas contestée, ni désapprouvée.
48. Par conséquent, l'interprétation de la volonté objective des parties nous indique que le montant de la clause pénale est de CHF 3'000'000.-.

³¹ ATF 144 III 93, consid. 5.2.2.

³² ATF 144 III 93, consid. 5.2.3 ; et les arrêts cités.

³³ ATF 133 III 61, consid. 2.2.1.

3.3.2. De l'équité de la clause pénale

49. L'art. VIII *in fine* du Contrat stipule que « [l]es parties conviennent qu'il s'agira d'une compensation équitable ». Il convient d'interpréter littéralement cette clause et de ne pas s'en écarter. En effet, en prévoyant une telle clause, TECHNOCARE et EUROMEDIC ont prévenu les éventuelles contestations au sujet du montant. Bien que TECHNOCARE ait eu des doutes au sujet du montant du Bénéfice distributeur, la clause constitue une preuve de son accord. Cette dernière indique que la volonté des parties est commune et concordante à ce sujet. Cette clause est également un frein à l'application de l'art. 163 al. 3 CO.

3.4. Principe de la liberté contractuelle

50. Selon l'art. 163 al. 1 CO, les parties sont libres de fixer le montant de la clause. Cette disposition est une concrétisation du principe général de la liberté contractuelle³⁴. Cet article constitue une limite à la réduction selon l'application de l'art. 163 al. 3 CO, puisqu'en principe, les Contrats doivent être respectés³⁵. Ainsi, face à une prétention en réduction du montant de la clause pénale, le juge doit observer une certaine réserve et s'en tenir principalement à l'accord des parties.

3.5. Réduction de la clause pénale

51. La Cour cantonale conclut, à raison, que la pénalité a un caractère équitable. Elle a eu raison de faire preuve de retenue quant à la réduction.

3.5.1. Caractère équitable de la peine

52. Au sens de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Bien que cette disposition soit impérative, le Tribunal fédéral ne l'applique que restrictivement³⁶. L'article 163 al. 3 CO a pour effet d'imposer au juge la réduction d'une clause pénale excessive en fixant une peine objectivement équitable³⁷. Selon la doctrine, le pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC) se rapporte tant au caractère excessif de la peine qu'à la question de l'étendue de la réduction.

53. Il est important de souligner que la loi parle d'une peine excessive et non pas d'une peine plus élevée que le dommage. De ce fait, les parties peuvent prévoir une pénalité bien supérieure au dommage prévisible, qui ne sera pas considérée comme excessive³⁸.

³⁴ CR CO I-MOOSER, CO 163, N 1.

³⁵ MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 217.

³⁶ BORY, p. 162.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ TOLOU, p. 77.

54. En l'espèce, les parties se sont mises d'accord sur le montant de la clause pénale selon le principe de la liberté des contrats. De plus, elles se sont mises d'accord sur le caractère équitable du montant de la clause pénale. Par conséquent, cet accord conventionnel doit être pris en compte par le juge, puisqu'un tel accord suppose que les parties ont cherché à écarter toutes prétentions à une éventuelle réduction du montant de la clause pénale. Dans le même sens, cet accord doit orienter le juge dans son appréciation du caractère équitable de la peine. Par ailleurs, le caractère équitable de la clause devrait être admis, car le montant de CHF 3'000'000.- équivaut au gain manqué d'EUROMEDIC, il ne prend pas en compte le dommage économique supplémentaire de CHF 500'000.- subi par EUROMEDIC. La peine est donc inférieure au dommage total supporté par EUROMEDIC. Cet écart défavorable à EUROMEDIC sera abordé ci-dessous³⁹ en lien avec la prétention en dommages-intérêts.
55. Subsidiairement, admettant le caractère excessif de la pénalité, le juge doit la réduire que très légèrement, compte tenu des éléments qui vont suivre.

3.5.2. Etendue de la réduction

56. Le Tribunal fédéral n'intervient que si le Tribunal cantonal « n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération »⁴⁰. Selon la jurisprudence, la réduction n'est justifiée qu'en cas de « disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré [...] au moment de la violation contractuelle [...] »⁴¹. En principe, le juge doit uniquement réduire le montant de la pénalité « dans la mesure nécessaire pour qu'elle ne le soit plus »⁴². En vue d'apprécier le caractère excessif et une éventuelle diminution, le juge tient compte de l'importance des intérêts du créancier lésés ou menacés par l'inexécution, l'importance de la faute du débiteur, le degré d'inexécution des obligations du débiteur, la nature et la durée des obligations et l'étendue dommage⁴³. Il faut tenir compte hypothétiquement du plus grand dommage possible⁴⁴.

³⁹ *Infra*, p. 13 ss.

⁴⁰ ATF 133 201, consid. 5.4 et arrêts cités.

⁴¹ ATF 133 III 201, consid. 5.2.

⁴² Arrêt du Tribunal fédéral TF 4A_227/2020 du 28 janvier 2021, consid. 4.1 ; en référence à ATF 133 III 201, consid. 5.2 ; CR CO I-MOOSER, CO 163, N 9.

⁴³ CR CO I-MOOSER, CO 163, N 8 ; ATF 111 III 201, consid. 5.2 ; GEISSBÜHLER, p. 556.

⁴⁴ PICHONNAZ, Les grands arrêts, p. 499 ; en référence à ATF 114 II 264.

57. Dans le cas d'espèce, une réduction n'est pas justifiée puisqu'il n'y a pas de disproportion grossière entre les CHF 3'000'000.- convenus à titre de pénalité et l'intérêt d'EUROMEDIC à maintenir la totalité de sa prétention, qui s'élève à CHF 3'000'000.- au moment de la violation du Contrat par TECHNOCARE.
58. En outre, les intérêts commerciaux d'EUROMEDIC ont été lésés par l'inexécution de TECHNOCARE du fait de la non-réalisation du Bénéfice distributeur. Il s'agit d'une faute intentionnelle de TECHNOCARE, puisqu'elle a fait croire à EUROMEDIC, de mauvaise foi, qu'elle effectuera la livraison des produits. Aucune situation de force majeure (art. 119 CO) n'entre en considération. Le Contrat devait durer trois ans, une telle collaboration aurait généré CHF 3'000'000.-. Ce montant n'est pas négligeable.
59. La présence d'une clause d'exclusivité n'aurait pas modifié la situation, car EUROMEDIC tenait à recevoir les produits de haut niveau de TECHNOCARE. La preuve réside dans le fait qu'EUROMEDIC n'a pas trouvé de produits de la même qualité que ceux de TECHNOCARE. L'absence de clause d'exclusivité n'indique pas l'absence de lien de dépendance. En effet, dans un contrat de distribution, le distributeur est davantage dans un lien de dépendance avec le fournisseur, puisque ses affaires commerciales dépendent de la livraison de marchandises. De ce fait, EUROMEDIC était beaucoup plus exposée à un risque d'insatisfaction de sa clientèle en cas d'inexécution. A l'inverse, TECHNOCARE ne perd que la chance de promouvoir ses produits et perd une chance de gagner de nouveaux clients. Sa clientèle actuelle n'est pas touchée par la rupture de collaboration.
60. Concernant le dommage subi par EUROMEDIC, il s'élève à un total de CHF 3'500'000.-, soit supérieur au montant de la clause pénale.
61. Selon la théorie de la différence admise par la jurisprudence, le dommage peut consister en une réduction de l'actif ou un gain manqué et « correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit »⁴⁵. Il existe deux types de dommage, le dommage négatif et le dommage positif. Selon la doctrine, le gain manqué sur la commercialisation subséquente de la prestation est un poste du dommage susceptible d'être indemnisé⁴⁶. Le dommage positif « comprend toutes les pertes que subit le créancier du fait que le contrat n'a pas été exécuté »⁴⁷.

⁴⁵ CR CO I-THÉVENOZ, CO 97, N 30.

⁴⁶ CR CO I-THÉVENOZ, CO 97, N 34a.

⁴⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 1300.

62. Dans le cas présent, EUROMEDIC subit un dommage positif. Le dommage correspond au gain manqué de CHF 3'000'000.- qu'EUROMEDIC avait pris soin d'estimer dans l'annexe C du Contrat. Il correspond également à la perte subie par EUROMEDIC du fait de l'inexécution de TECHNOCARE, soit la pénalité réclamée par ULTRAPHARMA d'un montant de CHF 500'000.-. Le préjudice total subi par EUROMEDIC s'élève donc à CHF 3'500'000.-, de sorte que la clause pénale lui est inférieure. Cet écart de CHF 500'000.- en défaveur d'EUROMEDIC donnera lieu à sa prétention en paiement d'une indemnité supplémentaire.
63. Enfin, il convient de rappeler le but d'une clause pénale. Selon la doctrine, la clause pénale est un « moyen de pression sur le débiteur, [...] une incitation supplémentaire à se conformer au contrat »⁴⁸. L'existence ou l'inexistence d'un dommage concret du créancier n'est pas déterminante (art. 161 al. 1 CO). En d'autres termes, la clause pénale est destinée à « contraindre les parties à honorer leurs obligations »⁴⁹. Ainsi, le dommage supporté par EUROMEDIC n'est pas déterminant dans l'exigibilité de la clause pénale, puisque le but de celle-ci est de sanctionner TECHNOCARE pour la violation du Contrat.
64. Au vu de ce qui précède, la clause pénale n'est pas excessive, elle est équitable, puisque son caractère équitable a été convenu d'un commun accord entre les parties. Il n'est donc pas justifié de restreindre la liberté contractuelle en réduisant son montant. Subsidiairement, en vue d'apprécier le caractère excessif de la clause, le juge doit tenir compte des éléments susmentionnés, soit l'intérêt d'EUROMEDIC, sa relation de dépendance avec TECHNOCARE, la faute de TECHNOCARE, et enfin, du dommage positif et de son étendue. Ainsi, le caractère excessif n'étant pas établi, il n'est pas justifié d'appliquer la réduction.

4. Prétention en dommages-intérêts

65. L'article 161 al. 2 CO permet au créancier de réclamer une indemnité supplémentaire dépassant le montant de la clause pénale. Cette disposition rend applicable l'art. 97 al. 1 CO, à la différence qu'il incombe au créancier de prouver la condition de la faute en sus des trois autres conditions⁵⁰. Pour exclure cette possibilité, les parties doivent stipuler une convention contraire.
66. *In casu*, EUROMEDIC subit un dommage de CHF 3'500'000.-, soit CHF 500'000.- de plus que le montant de la clause pénale.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal cantonal VS, TCV C1 20 9 du 14 mars 2022, *in* RVJ 2022, p. 289, 291.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal cantonal VS, TCV C1 20 9 du 14 mars 2022, *in* RVJ 2022, p. 289, 292.

⁵⁰ TOLOU, p. 63-64 ; CR CO I-MOOSER, CO 161, N 3.

67. A raison, la Cour de Justice, dans sa décision sous II.3, a relevé que l'art. VIII du Contrat n'exclut pas une prétention en dommages et intérêts supplémentaire. Il convient donc de suivre ce raisonnement et de ne pas s'écarter de l'interprétation littérale de la clause.

4.1. Conditions de l'art. 97 CO

68. L'application de l'art. 161 al. 2 CO est aux conditions de l'art. 97 al. 1 CO, selon lequel, « [l]orsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation [...], le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ». Cet article fixe quatre conditions, à savoir la violation d'une obligation ; l'existence d'un préjudice et de son montant ; un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation de l'obligation et le dommage ; enfin, une faute intentionnelle ou un manquement à la diligence due⁵¹.

1) La violation d'une obligation

69. Dans le cas d'espèce, la première condition est remplie, parce que l'obligation de TECHNOCARE de livrer la marchandise est exigible du fait de l'entrée en vigueur du Contrat⁵². A cela s'ajoute le fait TECHNOCARE a inexécuté le Contrat en ne livrant pas ses produits. Partant, la première condition est remplie.

2) Le dommage

70. Selon la doctrine, « [l]orsque le tiers qui subit un dommage peut exiger du créancier qu'il l'indemnise, la dette indemnitaire du créancier est un dommage propre dont il peut exiger à son tour d'être indemnisé »⁵³.

71. Nous avons vu précédemment⁵⁴, qu'EUROMEDIC subit un dommage positif d'une somme totale de CHF 3'500'000.-. L'indemnité supérieure est la peine réclamée par ULTRAPHARMA, qui correspond à un dommage de CHF 500'000.-. Ce dommage trouve sa source dans l'incapacité d'EUROMEDIC à exécuter son obligation à cause de la violation du contrat par TECHNOCARE.

72. Par conséquent, la condition de l'existence d'un dommage est remplie.

⁵¹ CR CO I-THÉVENOZ, CO 97, N 3a-3b.

⁵² *Supra*, p. 1 ss.

⁵³ CR CO I-THÉVENOZ, CO 97, N 43a.

⁵⁴ *Supra*, p. 12-13.

3) Le lien de causalité

73. Le Tribunal cantonal admet à raison, dans sa décision sous II.4., l'existence d'un rapport de causalité entre la violation du Contrat par TECHNOCARE et le dommage supporté par EUROMEDIC.
74. La causalité naturelle est une question de fait que le Tribunal fédéral ne revoit pas. S'agissant de la causalité adéquate, qui est une question de droit, elle est admise que « si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, [la cause envisagée] est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question »⁵⁵. C'est en procédant à un pronostic rétrospectif objectif, que le juge doit déterminer si le dommage en question est objectivement prévisible⁵⁶. Une preuve stricte et absolue n'est pas requise. La vraisemblance suffit⁵⁷.
75. En l'espèce, TECHNOCARE a violé ses obligations contractuelles en ne livrant pas ses produits à l'intimée. La pénalité exigée par ULTRAPHARMA (CHF 500'000.-) était objectivement prévisible. De manière objective, TECHNOCARE pouvait s'attendre aux conséquences résultant de son manquement, puisqu'en raison du climat de confiance instauré, TECHNOCARE devait savoir qu'EUROMEDIC avait pris des dispositions en vue de promouvoir ses produits. Dans ce sens, EUROMEDIC avait convenu avec sa cliente que les produits livrés seraient ceux de TECHNOCARE. Il serait de mauvaise foi de reprocher à l'intimée d'avoir fait ce qui était attendu d'elle, soit la promotion des produits de TECHNOCARE. Il était prévisible qu'en l'absence de livraison des produits de haut niveau attendus par la clientèle d'EUROMEDIC, cela conclurait à l'insatisfaction des clients et à des dommages-intérêts. Ainsi, nous pouvons admettre que, si TECHNOCARE avait livré ses produits, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, ULTRAPHARMA n'aurait vraisemblablement, voire certainement, pas réclamé des dommages et intérêts à EUROMEDIC.
76. Par conséquent, le caractère objectivement prévisible du dommage est admis avec vraisemblance. La causalité adéquate est donc établie et la condition de l'existence d'un lien de causalité est remplie.

4) La faute intentionnelle

77. La faute est définie « comme un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique »⁵⁸. Une faute est réalisée lorsque le débiteur a intentionnellement violé une obligation.

⁵⁵ CR CO I- WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 43.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ CR CO I- WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 50.

⁵⁸ TERCIER/PICHONNAZ, N 1317.

78. La faute intentionnelle est grave « lorsque le comportement est objectivement ou subjectivement inexcusable »⁵⁹. La faute objective consiste en un manquement aux devoirs contractuels. La faute subjective de l'auteur réside dans la mise en œuvre de sa capacité de compréhension et sa volonté pour agir de façon dommageable⁶⁰.
79. Dans le cas présent, TECHNOCARE commet une faute intentionnelle subjective quand elle écrit à EUROMEDIC pour lui informer qu'elle ne procédera à aucune livraison de produits. Elle viole ainsi son obligation contractuelle de livrer les produits en question, constituant une faute objective.
80. Partant, la condition de faute est réalisée et les conditions de l'art. 97 al. 1 CO sont remplies.
81. En conclusion, l'intimée maintient sa prétention en dommages-intérêts d'une valeur de CHF 500'000.-, cette somme dépassant le montant de la clause pénale.

Nous vous prions de croire, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs les Juges, à l'assurance de nos sentiments distingués.

Équipe n° 6491

⁵⁹ CR CO I- WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 70.

⁶⁰ CR CO I- WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 63.