

Mémoire de recours

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

(Assorti d'une requête d'effet suspensif)

Formé par

TECHNOCARE SA (Adresse, Genève)

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

Recourante

Contre

EUROMEDIC SA (Adresse, Bruxelles)

Représentée par le mandataire X.

Intimée

Concernant

La décision 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,

Nous avons l'honneur de vous adresser le présent recours en matière civile en notre qualité de représentant de TECHNOCARE SA (ci-après : la recourante), sise à Genève en Suisse, à l'encontre du jugement de la Cour de Justice de Genève du 6 octobre 2023, pour la cause l'opposant à EUROMEDIC SA (ci-après : l'intimée), sise à Bruxelles en Belgique.

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].

CARRON Blaise/WESSNER Pierre, Droits des obligations, Partie générale, Volume I, Berne (Stämpfli) 2022. [Cité : CARRON/WESSNER]

CHAUDET François/LANDROVE Juan Carlos/JUNOD Valérie/MACALUSO Alain/CHAUDET Florian, Droit suisse des affaires, 4^{ème} éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023. [Cité : CHAUDET/LANDROVE]

DONZALLAS Yves, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne (Stämpfli) 2008. [Cité : DONZALLAS].

GEISSBÜHLER Grégoire, Le droit des obligations – Volume 1 : partie générale, Zurich (Schulthess) 2020. [Cité : GEISSBÜHLER].

GILLIÉRON Philippe, Les dommages-intérêts contractuels, Lausanne (CEDIDAC) 2011. [Cité : GILLIÉRON, Les dommages-intérêts contractuels].

GILLIÉRON Phillippe/LING Peter (édit.), Les accords de distribution, Lausanne (CEDIDAC) 2005. [Cité : GILLIÉRON/LING].

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].

MARCHAND Sylvain, Clauses contractuelles, du bon usage de la liberté contractuelle, 1^{re} éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2008. [Cité : MARCHAND, Clauses contractuelles].

MARCHAND Sylvain, Les stipulations codifiées du droit suisse, 1^{re} éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023. [MARCHAND, Stipulations codifiées du droit suisse].

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].

I. CONCLUSIONS

TECHNOCARE SA conclut à ce qu'il

Plaise au Tribunal fédéral

Principalement :

1. Admettre le présent recours.
2. Réformer le jugement de la Cour de Justice de Genève en ce sens que le Contrat n'est pas entré en vigueur.
3. Condamner EUROMEDIC SA aux frais judiciaires et aux dépens.
4. Débouter EUROMEDIC SA de toutes autres et contraires conclusions.

Subsidiairement :

5. Admettre le présent recours.
6. Renvoyer la cause à la Cour de Justice de Genève pour qu'elle réduise le montant de la clause pénale.
7. Rejeter la prétention d'EUROMEDIC SA en dommages-intérêts.
8. Condamner EUROMEDIC SA aux frais judiciaires et aux dépens.
9. Débouter EUROMEDIC SA de toutes autres ou contraires conclusions.

II. EN FAIT

1. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 Loi sur le Tribunal fédéral¹ (ci-après : LTF)). Le présent recours renvoie aux faits établis par la Cour de Justice de Genève dans son arrêt du 6 octobre 2023.

III. EN DROIT

A. Recevabilité

2. Le présent litige présente un élément d'extranéité, dès lors que l'une des parties a son siège à Bruxelles, en Belgique. En matière internationale, la Loi sur le droit international privé² (ci-après : LDIP) régit la compétence des autorités judiciaires (art. 1 al. 1 let. a LDIP), sauf si d'autres traités internationaux sont applicables (al. 2). La Convention de Lugano³ (ci-après : CL) est applicable en matière civile et commerciale (art. 1 al. 1 et al. 2 CL *a contrario*). Selon l'art. 24 phr. 1 CL, il y a prorogation de for tacite, si le défendeur comparaît devant le juge d'un Etat lié par la Convention de Lugano. Aucune compétence impérative ne doit être applicable (art. 24 *in fine* CL *cum* art. 22 CL). Pour les sociétés, le siège statutaire et le principal établissement valent domicile (art. 60 al. 1 let. a et c CL).
3. La présente affaire fait suite à une action d'EUROMEDIC SA (ci-après : EUROMEDIC), ayant son siège à Bruxelles, en Belgique, à l'encontre de TECHNOCARE SA (ci-après : TECHNOCARE), ayant son siège à Genève, en Suisse. Les parties ont leurs sièges dans des Etats liés par la Convention de Lugano. Le litige est de nature civile. Enfin, les parties ont toutes les deux comparu devant le Tribunal cantonal de Genève, en Suisse. Par conséquent, les tribunaux suisses sont compétents.
4. L'arrêt de la Cour de Justice de Genève, auquel fait suite ce recours, est une décision finale au sens de 90 LTF rendue en matière civile. Partant, le Tribunal fédéral est compétent conformément à l'article 72 al. 1 LTF.

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

² Loi fédérale sur le droit international privé, LDIP ; RS 291.

³ Convention de Lugano, CL ; RS 0.275.12.

5. Dans les affaires pécuniaires, le recours n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève à CHF 30'000.- au moins (art. 74 al. 1 let. b LTF). La valeur litigieuse est déterminée, en cas de recours contre une décision finale, par les conclusions restées litigieuses devant l'autorité précédente (art. 51 al.1 let. a LTF). Dans le cas d'espèce, la valeur restée litigieuse devant la Cour de Justice de Genève s'élève à CHF 3'500'000.-. Partant, la valeur litigieuse est atteinte.
6. L'arrêt en cause émane de la Cour de Justice de Genève, soit une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF).
7. En vertu de l'article 76 al. 1 LTF, a la qualité pour former recours en matière civile quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente (art. 76 al.1 let. a LTF), s'il est particulièrement touché par la décision attaquée et s'il a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 76 al.1 let. b LTF). En l'espèce, TECHNOCARE a pris part à la procédure devant la Cour de Justice de Genève. Ayant été condamnée à verser la somme de CHF 3'500'000.- par la Cour, elle est touchée plus que quiconque par cette décision. De sorte, elle a un intérêt digne de protection à ce qu'une telle décision soit annulée ou modifiée en sa faveur.
8. La décision de la Cour cantonale a été rendue le 6 octobre 2023 et notifiée le 8 octobre 2023. Déposé le 6 novembre 2023, dans les termes prescrits par l'article 42 LTF, le présent mémoire est déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF).

B. Effet suspensif

9. Le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés (art. 104 LTF). Le juge octroie, en principe, l'effet suspensif si l'intérêt à protéger est digne de protection, si le recours a des chances de succès et si la mesure provisionnelle n'entraîne pas des conséquences irrémédiables⁴.

C. Au fond

10. En vertu de l'article 95 let. a LTF, le recours peut être formé pour violation du droit fédéral. La recourante se plaint de la violation des articles 2 et 4 du Code civil suisse⁵ (ci-après CC), 18 al. 1, 43 al. 1, 44 al. 1, 97 al. 1, 151, 156, 160 al. 1 et 3, 161 al. 2, 163 al. 1 et 3 du Code des obligations⁶ (ci-après : CO).

⁴ DONZALLAS, N 4187.

⁵ Code civil suisse, CC ; RS 210.

⁶ Loi fédérale complétant le Code civil suisse, CO ; RS 220.

1. Qualification du contrat

11. La distribution désigne, au sens large, les divers systèmes commerciaux qui peuvent être mis en place par un fabricant pour commercialiser ses produits, biens ou services, aux consommateurs⁷. La distribution de produits peut se faire par l'intermédiaire de distributeurs indépendants. Dans ce cas, le fabricant et le distributeur règlent leur relation contractuellement⁸.
12. TECHNOCARE et EUROMEDIC sont liées par un Contrat de distribution. Ces deux entreprises sont juridiquement et économiquement indépendantes. TECHNOCARE SA est un fabricant suisse de matériel médical de haut niveau, tandis qu'EUROMEDIC SA est une société belge spécialisée dans la distribution de médicaments et de matériel médical auprès des hôpitaux.

2. Entrée en vigueur du contrat

13. Dans son arrêt, la Cour de Justice de Genève considère qu'il était contraire aux règles de la bonne foi de la part de TECHNOCARE SA de se prévaloir de la *class action* américaine contre EUROMEDIC pour refuser l'entrée en vigueur du Contrat. Dans les lignes qui vont suivre, la recourante démontrera que le Contrat en cause n'est pas entré en vigueur.

2.1. Notion et condition

14. Le contrat est conditionnel, lorsque l'existence de l'obligation, qui en forme l'objet, est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain (art. 151 al. 1 CO). 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 al. 2 CO). Le contrat peut ne pas être conclu alors même que les éléments essentiels ont été réglés. En effet, les parties peuvent considérer que des éléments moins essentiels revêtent une importance telle qu'elles n'entendent pas conclure un accord contraignant avant que ces questions ne soient réglées de manière satisfaisante. Le contrat ne prend donc pas effet sans accord sur ces questions. Toutefois, la manifestation de cette volonté doit être faite sans équivoque⁹.
15. La condition est un événement futur dont la survenance est incertaine auquel les parties font dépendre l'effectivité de leurs obligations¹⁰. La condition est suspensive si l'acte juridique ne produit pas d'effets jusqu'à l'avènement de la condition¹¹.

⁷ GILLIÉRON/LING, N 9, p. 7

⁸ GILLIÉRON/LING, N 13, p. 9

⁹ Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ; Art. 2.13

¹⁰ ATF 135 III 433, consid. 3.1.

¹¹ CR CO I- PICHONNAZ, CO 151, N 3.

16. En d'autres termes, l'acte existe en tant que tel mais les effets sont suspendus. Cette liberté laissée aux parties concrétise le principe de l'autonomie de la volonté et vise à assouplir les risques liés au principe *pacta sunt servanda*¹². La condition est mixte si elle dépend cumulativement d'une partie et d'un tiers¹³. Tandis que, la condition est casuelle si elle dépend d'un tiers ou du hasard¹⁴. Il convient également de souligner que les parties peuvent fixer un délai déterminé durant lequel la condition suspensive doit se réaliser¹⁵.
17. Lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la signification d'une clause, le juge s'intéresse en premier lieu aux termes utilisés et/ou à leurs comportements¹⁶. Les termes utilisés sont pris au sens habituel qu'ils avaient lors de la conclusion du contrat¹⁷.
18. Le rôle de l'assemblée générale est essentiellement interne ; celle-ci n'a ni vocation ni le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers¹⁸. Ainsi, le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers. À moins que les statuts ou un règlement ne prévoient le contraire, chaque administrateur peut engager la société par sa seule signature (art. 718 al. 1 CO). En principe, l'actionnaire unique et la société doivent être traités comme deux sujets de droit distincts¹⁹.
19. Par ailleurs, les contrats composés se caractérisent par l'existence d'une convention qui regroupe des contrats dépendants, constituant un seul et unique accord²⁰. Pour déterminer un tel contrat, il convient de prendre en compte l'importance des prestations, l'adéquation des règles applicables, ainsi que la volonté des parties²¹. Le contrat de distribution aura des fonctions et une organisation qui dépendront de la nature du produit et du public visé. Dès lors, les contrats qui la régissent varieront en fonction de nombreux critères²².
20. Dans le cas d'espèce, l'article V du Contrat prévoit que le Contrat entrera en vigueur dès qu'EUROMEDIC et TECHNOSOLUTION SA (ci-après : TECHNOSOLUTION) auront signé le Contrat de collaboration dont le projet est annexé au Contrat.

¹² CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 11.

¹³ ATF 135 III 433, c.3.1, SJ 2009 I 417.

¹⁴ CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 29.

¹⁵ CR CO I-PICHONNAZ, CO 151, N 55 et 56.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral TF 4A_629/2014 du 9 mars 2015, consid. 4.1.

¹⁷ ATF 104 II 281, consid. 2.

¹⁸ CHAUDET/LANDROVE/JUNOD/MACALUSO/CHAUDET, N 483.

¹⁹ CARRON/WESSNER, N 1267.

²⁰ ATF 94 II 355, consid. 4.

²¹ CARRON/WESSNER, N 1361.

²² GILLÉRON/LING, N 4, p. 6.

21. Dans sa décision sous I.4., la Cour de Justice souligne, que ce Contrat est soumis à la condition qu'EUROMEDIC et TECHNOSOLUTION signent un Contrat de collaboration. Ainsi, le Contrat de distribution et le Contrat de collaboration sont dépendants l'un de l'autre. En effet, dans un système de distribution, il est nécessaire d'avoir une bonne collaboration afin de répondre au mieux aux objectifs de la distribution des produits. Les questions de l'approvisionnement, de la coordination, de l'effort de vente ou encore du service à la clientèle doivent être réglées. De plus, le Contrat entre TECHNOCARE SA et EUROMEDIC SA prévoit expressément que l'accord envisagé implique la conclusion d'un Contrat de fourniture et d'un Contrat de collaboration entre EUROMEDIC et TECHNOSOLUTION SA. L'interprétation littérale de l'article V est claire et sans ambiguïté, de sorte qu'elle restitue entièrement la volonté des parties. La locution conjonctive « dès que » renforce l'idée que le Contrat ne prendra effet qu'à partir du moment où le Contrat de collaboration est signé. Les parties n'auraient pas mis cette clause dans le Contrat si cette question n'était pas un élément important à leurs yeux. Elles ont indiqué cette clause contractuelle pour manifester la volonté de TECHNOCARE de ne pas être liée par ce Contrat avant que le Contrat de collaboration ne soit conclu. Le fait que les parties aient fixé un délai au 20 juin 2023 pour la conclusion du Contrat de collaboration prouve qu'il s'agit d'une condition suspensive. Dès lors, si le Contrat de collaboration n'est pas signé, alors il va de soi que le Contrat principal n'entre pas en vigueur.
22. Par ailleurs, TECHNOCARE est certes la maison mère de TECHNOSOLUTION (filiale à raison de 100% du capital-actions). Toutefois, la décision de signer le Contrat de collaboration appartiendra à cette dernière. En effet, il appartiendra au conseil d'administration de TECHNOSOLUTION de déterminer dans quelle mesure cette collaboration sert l'intérêt de la société. De sorte, qu'il y a encore une incertitude sur la conclusion d'un tel Contrat.
23. Partant, la conclusion du Contrat de collaboration était une condition nécessaire de l'entrée en vigueur du Contrat de distribution. Le raisonnement de la Cour de Justice de Genève, consistant à affirmer que la conclusion du Contrat de collaboration n'était qu'une formalité, ne peut être suivi.

2.2. L'avènement de la condition

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 CC).
25. Pour constater si la condition a été manipulée, le juge doit au préalable interpréter la portée de la condition. L'interprétation littérale n'est pas forcément déterminante (art. 18 al. 1 CO).

26. Il lui revient d'établir la volonté réelle des parties ou, à défaut, celle qu'il faut retenir en vertu du principe de confiance. Il tient compte de l'ensemble des circonstances et, en particulier, de l'objet et du but du contrat²³.
27. L'interprétation selon le principe de confiance consiste à rechercher comment les parties, lors de la conclusion du contrat, pouvaient comprendre de bonne foi les clauses adoptées par elles²⁴. Toutefois, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral de la clause lorsque celle-ci restitue entièrement la volonté des parties²⁵.
28. Lorsque la réalisation d'une condition dépend de la volonté d'une des parties, cette partie n'a en principe pas une liberté entière²⁶. Elle doit agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi. À défaut, la condition est réalisée (art. 156 CO). 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, en particulier des motifs et du but poursuivi. 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 assumer. Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral soulignent que l'article 156 CO ne contraint pas une partie à faire un acte contraire à ses intérêts²⁷. La bonne foi n'exige pas de la partie qu'elle sacrifie ses propres intérêts. Cette dernière affirmation doit toutefois être nuancée selon le type de condition pour savoir si une partie avait encore une liberté d'action ou si elle avait volontairement restreint celle-ci²⁸.
29. L'article V du Contrat de fourniture prévoit que celui-ci entrera en vigueur dès qu'EUROMEDIC et TECHNOSOLUTION auront signé le Contrat de collaboration. TECHNOCARE s'engage à faire en sorte que TECHNOSOLUTION signe ce Contrat avant le 20 juin 2023. Il ressort de cette clause, que la volonté des parties était de soumettre l'effectivité du Contrat de distribution à la conclusion du Contrat de collaboration. Toutefois, TECHNOCARE s'est engagée à ce que ce dernier Contrat soit signé avant le 20 juin 2023. Cet engagement a trait à la date et non pas à la signature du Contrat en cause, de sorte que le dernier mot revenait à TECHNOSOLUTION. Ce dernier est certes une filiale de TECHNOCARE mais c'est au conseil d'administration de TECHNOSOLUTION qu'il revient de prendre une telle décision.

²³ ATF 135 III 295, consid. 5.2.

²⁴ ATF 132 III 24, consid. 4.

²⁵ ATF 131 III 606, consid. 4.2.

²⁶ ATF 135 III 295, consid. 5.2.

²⁷ ATF 133 III 527, consid. 3.3.3; TF, 4A_460/2018, c. 3 ; TF, 4A_203/2018, c. 3.2 ; TF, 4C.281/2005, c. 3.5, SJ 2006 I 174.

²⁸ CR CO I-PICHONNAZ, CO 156, N 12.

30. TECHNOCARE voyait en cette collaboration avec EUROMEDIC le moyen de promouvoir ses produits en France, en Suisse et en Belgique. La *class action* de consommateurs dirigée à l'encontre d'EUROMEDIC a terni l'image de cette dernière. TECHNOCARE a été informée, en avril 2023, par un de ses auditeurs qu'EUROMEDIC faisait l'objet aux Etats-Unis d'une *class action* de consommateurs qui estiment avoir été empoisonnés par des médicaments distribués par EUROMEDIC. Un journal américain de défense des consommateurs a ensuite comparé cette dernière à une sorcière, affirmant que les médicaments distribués causent la mort. En novembre 2022, le Herald Tribune a consacré un entrefilet à cette affaire. La réputation ou l'image d'une entreprise auprès de ses clients, mais aussi auprès de ses partenaires et de ses fournisseurs, est essentielle. Dès lors, la perte de confiance liée à la déchéance de l'image d'EUROMEDIC peut entraîner son boycottage ou du moins une diminution substantielle de ses ventes. La confiance des clients est primordiale surtout dans un domaine comme la vente où c'est l'offre et la demande qui régissent le marché.
31. La Cour méconnaît l'effet réputationnel que la *class action* américaine de consommateurs peut causer à TECHNOCARE. Le fait que cette affaire soit connue dans les milieux médicaux ou qu'elle soit ou non justifiée n'est pas relevant. En effet, les publications ont suffi à attirer l'attention sur EUROMEDIC et à attiser la méfiance envers ce dernier. Par ailleurs, EUROMEDIC reconnaît la supériorité des produits de TECHNOCARE. Il serait donc contraire à ses intérêts que la promotion de ses produits se fasse par l'intermédiaire d'une société qui est accusée d'avoir empoisonné des consommateurs.
32. Il convient également de souligner que les différents médias, qui ont relaté ces affaires dans leur magazine, ont tous deux un site Internet où ils publient également les affaires qui intéressent le public. De sorte que, toute personne où qu'elle se trouve peut avoir accès à ces informations. Nous vivons à l'ère du numérique et la grande majorité des consommateurs s'informent sur les réseaux sociaux. Les scandales dans ce genre d'affaire circulent à une grande vitesse, de sorte que les informations finissent un peu partout dans le monde. La population perçoit le domaine médical avec une sensibilité accrue. Les questions liées à la santé et à la vie exigent une certaine sécurité et assurance. De plus, ces circonstances étaient, comme le souligne EUROMEDIC, de notoriété publique. Le fait que l'affaire ne concerne ni le même territoire ni le même produit n'est pas pertinent.
33. Enfin, il faut également souligner que TECHNOCARE n'a appris cette affaire qu'en avril 2023.

34. En règle générale, chaque partenaire est tenu de renseigner correctement l'autre dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure ou de le conclure à certaines décisions. Ce devoir revêt une importance primordiale à l'égard des fournisseurs professionnels de biens et services en tout genre²⁹.
35. Certes, TECHNOCARE a omis de se renseigner sur son partenaire avant de conclure le Contrat mais il n'en reste pas moins qu'elle n'a appris cette affaire qu'à partir de cette date. De plus, elle a immédiatement informé EUROMEDIC de ses intentions le 18 mai 2023. Cette démarche prouve que l'effet réputationnel de cette *class action* est important à ses yeux. Il n'est nullement contraire à la bonne foi que d'informer TECHNOSOLUTION de cette affaire et de ne plus vouloir qu'elle soit associée à EUROMEDIC. Le courrier de TECHNOCARE à EUROMEDIC, pour l'informer qu'elle ne procédera à aucune livraison de produits, constitue une lettre informative de la non-réalisation de la condition. En effet, en l'absence de la conclusion du Contrat de collaboration, le Contrat de distribution n'entre pas en vigueur.
36. Partant, force est de constater que le comportement de TECHNOCARE ne constitue pas une déloyauté compte tenu des circonstances, des motifs et du but du Contrat. Le raisonnement de la Cour de Justice de Genève, consistant à dire que la *class action* américaine contre EUROMEDIC était connue dans les milieux médicaux et que rien n'indiquait sa justification, ne peut être suivi. Dès lors, il n'était pas contraire aux règles de la bonne foi de la part de TECHNOCARE de protéger ses intérêts en informant sa filiale de la *class action* et ainsi éviter l'entrée en vigueur du Contrat.

3. La clause pénale

3.1. Qualification juridique

37. La clause pénale, prévue aux art. 160 ss CO, est une peine conventionnelle reposant sur une convention et sur la liberté contractuelle des parties. Elle se distingue de la clause forfaitaire qui vise à compenser le dommage que subit la personne lésée³⁰. 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, en ce qui concerne notamment 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 CO.

²⁹ ATF 92 II 328, consid. 3b.

³⁰ TOLOU, p. 59.

38. 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 contrat³¹.
39. *In casu*, suivant une interprétation littérale de la clause, l'absence d'indication sur un éventuel futur dommage indique qu'il est question d'une clause pénale comme l'a admis la Cour cantonale, mais contrairement à ce qu'elle 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) ; la clause pénale cumulative (art. 160 al. 2 CO) et la clause pénale exclusive (art. 160 al. 3 CO). Les présomptions réfragables permettent d'écarter d'éventuelles ambiguïtés. La clause pénale est dite alternative « lorsqu'[elle] a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du Contrat » (art. 160 al. 1 CO). En ce qui concerne la clause pénale exclusive, elle n'est admise que subsidiairement aux deux autres. MARCHAND précise que « [l]es clauses pénales exclusives, [...], doivent donc être rédigées suffisamment clairement pour permettre au débiteur d'apporter la preuve de sa libération au sens de l'article 160 al. 3 CO »³². En d'autres termes, pour qu'une clause pénale soit qualifiée juridiquement sans ambiguïté, « [i]l doit être clairement indiqué que la clause pénale est due indépendamment de l'existence d'un dommage ou d'une faute, de façon alternative, cumulative ou exclusive »³³.
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 suffisamment précise permettant d'exclure la clause alternative, telle que : « à l'exclusion de tout autre moyen de droit »³⁴. Si les parties entendaient se réserver uniquement le paiement de la pénalité, elles l'auraient stipulé de façon expresse. Il ne convient donc pas de s'écarter de l'interprétation littérale donnée à la présente clause.
42. Par conséquent, la clause convenue à l'art. VIII est une clause alternative en application de la présomption légale, car il n'y a pas de convention contraire. EUROMEDIC pouvait agir en exécution contre TECHNOCARE ou demander à ce dernier de s'acquitter de la peine.

³¹ MARCHAND, Stipulations codifiées du droit suisse, N 189, p. 82.

³² MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 214.

³³ MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 215.

³⁴ *Ibidem*.

43. Cette distinction quant à la qualification alternative ou exclusive de la clause a de l'importante pour l'application de l'art. 163 al. 3 CO, car en présence d'une clause exclusive, la réduction est exclue³⁵. Ce point sera abordé plus loin dans le présent Mémoire³⁶.

3.2. Validité et exigibilité de la clause pénale

44. Selon la doctrine, si la condition d'existence d'une obligation principale valable fait défaut, la clause pénale est nulle³⁷. En l'espèce, l'obligation principale étant la livraison de marchandises de la part de TECHNOCARE. Celle-ci existe et est valable.

45. Concernant l'exigibilité de la clause pénale, celle-ci est, selon la doctrine, subordonnée à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite du Contrat et le moment déterminant est celui de l'exigibilité de l'obligation principale³⁸. Dans le cas présent, cette condition fait défaut, nous renvoyons à l'argumentation de la recourante tenue précédemment au sujet de la non-entrée en vigueur du Contrat de fourniture³⁹. De ce fait, la livraison de matériels par TECHNOCARE n'était pas exigible.

46. Subsidiairement, suivant l'hypothèse que la condition d'exigibilité de la clause pénale est remplie, la recourante, TECHNOCARE, conteste l'interprétation réalisée par la Cour cantonale quant à la qualification juridique de la clause pénale et l'interprétation de son contenu.

3.3. Interprétation de la clause pénale

47. L'art. VIII du Contrat prévoit une clause pénale d'une indemnité « correspondant au Bénéfice distributeur prévisionnel annuel indiqué à l'annexe C du présent Contrat », soit un montant s'élevant à CHF 1'000'000.-. La recourante s'oppose totalement à la conclusion du Tribunal cantonal qui l'a condamnée à tort à payer, à titre de clause pénale, une somme de CHF 3'000'000.-, soit trois fois le montant prévu par les parties, pour la raison que le Contrat devait durer trois ans au minimum.

48. Pour interpréter la clause pénale, il faut déterminer la volonté des parties au sens de l'art. 18 al. 1 CO. Selon la jurisprudence, le juge doit premièrement rechercher la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective) en se basant sur des indices.

³⁵ CR CO I-MOOSER, CO 160, N 15.

³⁶ *Infra*, p. 14.

³⁷ CR CO I-MOOSER, CO 160, N 8.

³⁸ CR CO I-MOOSER, CO 160, N 8a.

³⁹ *Supra*, p. 4.

49. Cette appréciation effectuée par le juge de l'instance précédente relève du fait et lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF)⁴⁰. En revanche, 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 »⁴¹. 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 volonté⁴². En outre, selon le Tribunal fédéral, l'interprétation de la volonté subjective des parties prime sur l'interprétation objective et ce principe de priorité relève du droit⁴³, le Tribunal fédéral est ainsi compétent pour l'examiner.

50. Dans le cas présent, la Cour cantonale a recherché la volonté objective des parties, puisqu'elle déclare dans sa décision sous II.2, que « [...] c'était sans doute la volonté des parties et c'est en tout cas ainsi que l'art. VIII du Contrat de fourniture devait être compris de bonne foi par les parties ». En évoquant expressément la bonne foi, elle se réfère implicitement au principe de la confiance. Ainsi, le juge a recherché la volonté objective des parties avant même d'avoir recherché la volonté subjective des parties. En employant les termes « en tout cas », dans le sens « quoi qu'il en soit », le juge cantonal a mis la volonté subjective commune des parties en arrière-plan. Il n'a pas constaté l'échec de sa détermination de la volonté subjective commune des parties. Conséquemment, il viole le principe jurisprudentiel de priorité. En appréciant la volonté subjective des parties, le juge aurait pu déterminer que la volonté de TECHNOCARE, respectivement d'EUROMEDIC, correspondait à une compensation d'un montant égal au Bénéfice prévisionnel annuel indiqué dans l'annexe C du Contrat, soit CHF 1'000'000.- sans considération de la durée du Contrat. Cet accord de fait, déduit de l'interprétation littérale de la clause, aurait dû être pris en compte par le juge cantonal. En effet, la clause pénale ne contient aucune indication de la durée du Contrat, portant à croire que l'indemnité est égale à CHF 1'000'000.- et non au multiple du Bénéfice prévisionnel annuel par la durée du Contrat, soit un résultat de CHF 3'000'000.-.

⁴⁰ ATF 144 III 93, consid. 5.2.2.

⁴¹ ATF 144 III 93, consid. 5.2.3 ; et les arrêts cités.

⁴² ATF 133 III 61, consid. 2.2.1.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral TF 4A_227/2020 du 28 janvier 2021, consid. 3.2.2., en référence à ATF 144 III 93 consid.5.2.1 ; ATF 131 III 606, consid. 4.1; CR CO I- WINIGER, CO 18, N 133.

51. Dans un deuxième temps, 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 ». C'est au sujet du Bénéfice distributeur prévisionnel annuel d'un montant d'un million, que TECHNOCARE a eu des doutes, car ce montant dit « prévisionnel » n'est qu'une estimation du chiffre d'affaires d'EUROMEDIC que sa collaboration avec la filiale TECHNOSOLUTION aurait pu générer. Si cette estimation faisait déjà l'objet d'interrogations de la part de TECHNOCARE, car « grossièrement surévalué[e] », il convient d'interpréter du comportement de TECHNOCARE, une désapprobation quant à un montant supérieur au Bénéfice distributeur d'une estimation déjà fixée à un million de francs suisses. Il ne ressort pas non plus des enquêtes que le montant de la clause pénale devait être indexé à la durée des rapports contractuels de trois ans, et à l'inverse, être baissé au fur et à mesure de l'écoulement de la durée du Contrat, car si le litige était survenu après des rapports contractuels d'une durée d'un an, le montant de la clause pénale aurait été de deux millions de francs suivant le raisonnement de la Cour. Or, ni les négociations, ni la clause pénale ne font aucunement mention du caractère décroissant du montant de la peine.
52. 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 »⁴⁴. 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 »⁴⁵, elle n'a pas pour but de dédommager une partie. Concernant l'absence de dommage concret en l'espèce, nous renvoyons à l'argumentation ci-dessous⁴⁶.
53. Ainsi, il serait contraire au droit et à l'équité d'admettre le caractère proportionnel d'une peine conventionnelle de CHF 3'000'000.- équivalant à l'estimation d'EUROMEDIC de son profit, car la clause pénale n'a pas pour but de dédommager EUROMEDIC du montant qu'elle aurait pu tirer de sa collaboration avec TECHNOCARE. Si la clause pénale ne vise pas à dédommager le créancier, il vise encore moins à compenser la perte d'une chance du créancier.
54. Au vu de ce qui précède, la Cour cantonale s'écarte, à tort, de l'interprétation littérale de l'art. VIII du Contrat, ainsi que de la volonté objective commune des parties.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal cantonal VS, TCV C1 20 9 du 14 mars 2022, *in* RVJ 2022, p. 289, 291.

⁴⁵ Arrêt du Tribunal cantonal VS, TCV C1 20 9 du 14 mars 2022, *in* RVJ 2022, p. 289, 292.

⁴⁶ *Infra*, p. 15 ss.

55. La clause pénale prévue par les parties selon le principe de la liberté contractuelle (art. 163 al. 1 CO) doit être comprise dans le sens que l'indemnité équivaut au montant précis du Bénéfice annuel prévisionnel chiffré dans l'annexe C du Contrat, soit CHF 1'000'000.-.

3.4. Réduction du montant de la clause pénale

56. Au sens de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Cette disposition est impérative et le juge doit l'appliquer même en l'absence de volonté expresse de la part du débiteur de la clause pénale⁴⁷. 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. Le juge doit « en principe la réduire uniquement dans la mesure nécessaire pour qu'elle ne le soit plus »⁴⁸. Le Tribunal fédéral revoit librement, mais avec réserve, la décision du Tribunal cantonal et intervient si cette dernière « n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération »⁴⁹.

57. En l'espèce, dans sa décision sous II.3., le juge cantonal considère, à tort, que l'absence de dommage et la faute concomitante ne sont pas pertinentes et il n'a pas tenu compte d'autres éléments qui sont en faveur d'une réduction de la clause pénale.

58. Selon la jurisprudence, la réduction est justifiée 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 [...] »⁵⁰. En vue d'apprécier le caractère excessif du montant de la clause pénale et la diminuer, le juge doit tenir compte de l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation et du risque de dommage auquel ce dernier était exposé. Il tient également compte de l'existence ou l'absence d'un dommage effectif et de son étendue. En outre, la durée du Contrat sera prise en considération, ainsi que la relation de dépendance qu'il existe entre le débiteur et le créancier de l'obligation. Enfin, le juge tiendra compte du but répressif de la clause pénale, celle-ci n'a pas pour but de répondre du dommage⁵¹. En conséquence, le juge ne pourra pas réduire le montant de la clause pénale au montant du dommage effectif, mais il pourra s'en rapprocher⁵².

59. Dans le cas présent, EUROMEDIC était exposé à un risque de dommage minime, voire inexistant. En effet, le Contrat de fourniture entre TECHNOCARE et EUROMEDIC ne comporte pas de clause d'exclusivité.

⁴⁷ ATF 133 III 201, consid. 5.2. ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 218.

⁴⁸ TF 4A_227/2020, 28 janvier 2021, consid. 4.1 ; en référence à ATF 133 III 201, consid. 5.2 ; CR CO I-MOOSER, CO 163, N 9.

⁴⁹ ATF 133 III 201, consid. 5.4 ; et les arrêts cités.

⁵⁰ ATF 133 III 201, consid. 5.2.

⁵¹ CR CO I-MOOSER, CO 163, N 8 ; ATF 111 III 201, consid. 5.2.

⁵² CR CO I-MOOSER, CO 163, N 9.

60. Conséquemment, EUROMEDIC était libre de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs pour maintenir son stockage, et cela, avant et durant les rapports contractuels. Dans le même sens, EUROMEDIC n'était pas en rapport de dépendance avec TECHNOCARE et l'absence de clause d'exclusivité dans le Contrat devait pousser EUROMEDIC à diversifier et accroître ses relations d'affaires et maintenir son réapprovisionnement auprès d'autres fournisseurs. EUROMEDIC n'a d'ailleurs rencontré aucune difficulté à s'approvisionner auprès d'un tiers fournisseur pour répondre à la demande de sa cliente ULTRAPHARMA SÀRL (ci-après : ULTRAPHARMA). Le seul intérêt d'EUROMEDIC à collaborer avec TECHNOCARE réside dans la qualité des produits de haut niveau TECHNOCARE.
61. De surcroît, il faut tenir compte de la durée des rapports contractuels. Certes, le Contrat prévoit une durée de 3 ans, reconductible, mais au moment de l'ouverture du litige, les rapports contractuels entre EUROMEDIC et TECHNOCARE n'ont aucune durée, puisque le Contrat n'est pas entré en vigueur et que TECHNOCARE n'a effectué aucune livraison. De ce fait, la requête d'EUROMEDIC est excessive, puisqu'il apparaît que les deux parties n'ont aucune connaissance des pratiques contractuelles respectives l'une de l'autre. Il n'existe aucune relation de confiance entre les parties. Ainsi, une clause pénale d'un montant aussi élevé n'est pas justifiée pour cet accord à court terme dont la durée n'a pas commencé à s'écouler. En l'absence d'un passé contractuel commun avec TECHNOCARE, la requête d'EUROMEDIC n'est fondée que sur une estimation du fruit de la collaboration, soit une éventualité optimale chiffrée sur trois ans sur la base d'aucun rapport contractuel antérieur. Celle-ci ne prend pas en compte l'évolution future de la collaboration.
62. Par ailleurs, il convient de mentionner qu'EUROMEDIC calcule son dommage à hauteur de CHF 3'500'000.-, néanmoins, la somme de CHF 3'000'000.- correspond à l'estimation de son chiffre d'affaires généré par sa collaboration avec TECHNOCARE. A la suite de la rupture de la collaboration par TECHNOCARE, EUROMEDIC subit une perte de chance de réaliser le Bénéfice distributeur et non un dommage économique, c'est-à-dire selon le Tribunal fédéral, une « perte d'une chance mesurable de réaliser un gain [...] ; il correspond ainsi à la probabilité pour le lésé d'obtenir ce profit [...] »⁵³. Selon le même arrêt du Tribunal fédéral, considérer la perte de chance comme un dommage réparable est problématique en droit suisse, car cela revient à réparer un préjudice en fonction d'une probabilité que le fait du débiteur ait causé le dommage⁵⁴. Cet élément a son importance, car le juge en tient compte pour réduire le montant de la clause pénale.

⁵³ Arrêt du Tribunal fédéral TF 4A_18/2015 du 22 septembre 2015, consid. 4.1.

⁵⁴ TF 4A_18/2015, 22 septembre 2015, c. 4.1.

63. En effet, seul le dommage effectif est déterminant et celui-ci correspond, dans le cas présent, à la pénalité réclamée à EUROMEDIC par ULTRAPHARMA, soit CHF 500'000.-. Il reste à déterminer, en l'espèce, s'il existe un lien de causalité entre ledit dommage et l'inexécution du Contrat. Nous renvoyons à l'argumentaire ci-dessous concernant l'absence d'un lien de causalité entre le dommage subi par EUROMEDIC d'un montant de CHF 500'000.- et le manquement de TECHNOCARE à son obligation⁵⁵. Concernant le montant du dommage, il est largement plus bas que le montant de la clause pénale admise par la Cour cantonale dans sa décision sous II. 2 (CHF 3'000'000.-). Quant à la clause pénale à laquelle fait référence la recourante (CHF 1'000'000.-), elle est deux fois plus élevée que le dommage effectif susmentionné. Cet écart doit conduire le juge à réduire le montant de la clause pénale.
64. La Cour cantonale conclut, à tort, qu'en raison du caractère équitable convenu par les parties à l'art. VIII, il n'est pas justifié de réduire la clause pénale. Le caractère impératif de l'art. 163 al. 3 CO a pour effet d'imposer au juge la réduction d'une clause pénale excessive en fixant une peine objectivement équitable⁵⁶. Ledit article est une disposition légale protectrice pour les contractants d'une clause pénale, mais il restreint la liberté contractuelle, c'est pourquoi la réduction est admise restrictivement.
65. Concernant le caractère excessif de la peine, il n'existe aucune limite fixe dans la loi et la jurisprudence. En revanche, le Tribunal fédéral s'est déjà penché sur la question et a conclu qu'une peine de 10 % de la valeur du contrat est généralement un maximum⁵⁷. Dans un autre arrêt du Tribunal fédéral, une peine dépassant le 20 % du prix de la chose vendue a été considérée comme excessive⁵⁸. Ainsi, il faut comprendre qu'une peine de 10 à 20 % de la valeur du Contrat ne peut être admise que si les circonstances le justifient.
66. En l'espèce, d'après l'estimation d'EUROMEDIC (voir Bénéfice distributeur dans l'annexe C du Contrat) grossièrement surévaluée selon la recourante, la valeur du Contrat d'une durée de 3 ans est de CHF 3'000'000.-. Une peine de plus de 20 % de cette valeur, soit plus de CHF 600'000.-, doit être considérée comme excessive.
67. Par conséquent, la clause pénale est excessive, car le montant de CHF 3'000'000.-, qui ne correspond pas au montant convenu par les parties dans la clause pénale, est excessivement élevé au vu des circonstances que nous avons relevées.

⁵⁵ *Infra*, p. 17-18.

⁵⁶ BORY, p. 162.

⁵⁷ GEISSBÜHLER, pp. 558-559.

⁵⁸ ATF 133 III 201, consid. 5.3.

68. Subsidiairement, un montant de CHF 1'000'000.- est trop élevé compte tenu principalement de la durée des rapports contractuels et du montant du dommage effectif de CHF 500'000.-, car il n'y a pas lieu de tenir compte de la perte de chance de CHF 3'000'000.-. Au surplus, la recourante estime qu'une réduction du montant de la clause pénale à un montant maximal de CHF 600'000.- se justifie en considération de la pratique jurisprudentielle susmentionnée, ainsi que du caractère punitif de la clause pénale, celle-ci n'ayant pas pour but de compenser le montant du dommage.

4. La prétention en dommages-intérêts

69. Selon l'art. 161 al. 2 CO *a contrario*, le créancier ne peut réclamer une indemnité supérieure à la peine conventionnelle que s'il établit une faute à la charge du débiteur. Cette disposition rend applicable l'art. 97 al. 1 CO, à la différence qu'il incombe au créancier de prouver la condition de la faute⁵⁹.

70. La recourante conteste la prétention d'EUROMEDIC en dommages-intérêts. Cette indemnité supplémentaire est infondée puisqu'elle ne répond pas aux conditions de l'art. 97 al. 1 CO, principalement à la condition de l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation par TECHNOCARE et le dommage subi par EUROMEDIC, et subsidiairement, en raison de la faute concomitante.

4.1. Conditions de l'art. 97 CO

71. Selon l'art. 97 al. 1 CO, « [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 due⁶⁰.

1) Violation d'une obligation

72. Dans le cas d'espèce, la première condition fait défaut, parce que l'obligation de TECHNOCARE de livrer la marchandise n'est pas exigible du fait de la non-entrée en vigueur du Contrat⁶¹.

⁵⁹ TOLOU, p. 63-64.

⁶⁰ CR CO I-THÉVENOZ, CO 97, N 3a-3b.

⁶¹ *Supra*, p. 4 ss.

73. Subsidiairement, suivant l'hypothèse que le Contrat est entré en vigueur, il y a violation d'une obligation de livrer et la première condition est remplie.

2) Le dommage

74. Le dommage consiste en une diminution de la fortune nette, pouvant survenir sous la forme d'une réduction de l'actif. Il 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 »⁶².

75. En l'espèce, EUROMEDIC prétend avoir subi un dommage d'un montant de CHF 500'000.- qu'elle a dû payer à sa cliente ULTRAPHARMA, pour mauvaise exécution de ses obligations contractuelles. Il s'agit d'une réduction de son actif. Ce dommage est purement économique et il est indirect, puisqu'il est une « conséquence éloignée du fait dommageable initial »⁶³. En effet, en ne livrant pas ses produits, TECHNOCARE ne réduit pas l'actif d'EUROMEDIC, puisque cette dernière a pu se réapprovisionner auprès d'une tierce société. La conséquence éloignée de ce fait est l'insatisfaction d'ULTRAPHARMA, contractuellement indépendante de TECHNOCARE. Ainsi, la condition du dommage est remplie, bien que le dommage soit éloigné du manquement initial reproché à la recourante.

3) Le lien de causalité

76. En ce qui concerne l'existence d'un rapport de causalité entre la violation du Contrat de TECHNOCARE et le dommage d'EUROMEDIC, admise erronément par le Tribunal cantonal dans sa décision sous II.4., il convient d'analyser la causalité naturelle et la causalité adéquate. 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 »⁶⁴. C'est en procédant à un pronostic rétrospectif objectif, que le juge doit déterminer si le dommage en question est objectivement prévisible⁶⁵.

77. En l'espèce, il est reproché à la recourante d'avoir violé ses obligations contractuelles en ne livrant pas ses produits à EUROMEDIC.

⁶² CR CO I-THÉVENOZ, CO 97, N 30.

⁶³ CR CO I-WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 13.

⁶⁴ CR CO I-WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 43.

⁶⁵ *Ibidem*.

78. Cependant, le dommage en question, c'est-à-dire la pénalité de CHF 500'000.-, n'était pas objectivement prévisible. En effet, TECHNOCARE n'avait pas connaissance du contenu du Contrat conclu entre EUROMEDIC et ULTRAPHARMA qui prévoit que les produits à livrer sont ceux de TECHNOCARE. En d'autres termes, il n'avait pas connaissance de l'existence d'un autre contrat qui dépendait de sa relation commerciale avec EUROMEDIC. De plus, grâce à l'absence de clause d'exclusivité dans le Contrat de fourniture, EUROMEDIC a pu se fournir auprès d'un tiers fournisseur sans difficulté afin de répondre à la demande de sa cliente, ULTRAPHARMA. Si les parties entendaient dépendre commercialement l'une de l'autre, et de leurs produits et services respectifs, elles auraient, dans ce cas, conclu une clause d'exclusivité. L'absence de celle-ci suppose donc que les parties doivent assurer leur prospérité et leur sécurité commerciale avec ou sans la collaboration de l'autre partie.

79. De manière objective, TECHNOCARE ne pouvait pas s'attendre aux conséquences résultant de son manquement, ni à l'aggravation des conséquences dont EUROMEDIC est responsable. De bonne foi, TECHNOCARE pouvait s'attendre à ce que EUROMEDIC, en l'absence de clause d'exclusivité, se constitue un stockage provenant d'autres fournisseurs co-contractants pour répondre à la demande générale de sa clientèle et d'autant plus pour sa clientèle particulière. Par ailleurs, TECHNOCARE pouvait s'attendre à ce qu'EUROMEDIC ne prenne aucune mesure aggravant le dommage. Au contraire, EUROMEDIC a conclu, au même moment, un Contrat prévoyant la livraison des produits de TECHNOCARE. Ainsi, il s'est exposé au risque de pas pouvoir répondre de ses obligations s'il ne recevait pas les produits de TECHNOCARE. En liant un Contrat tiers aux obligations de TECHNOCARE prévues dans le Contrat de fourniture, EUROMEDIC a causé et aggravé le dommage pouvant résulter d'un manquement de TECHNOCARE.

80. Par conséquent, la causalité adéquate n'est pas établie, car selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le dommage susmentionné (la pénalité de CHF 500'000.-) n'était pas objectivement prévisible. En l'absence de lien de causalité adéquate, la prétention en dommages-intérêts à l'encontre de TECHNOCARE est infondée.

81. Subsidiairement, les dommages-intérêts doivent être supprimés, car la prise de risque d'EUROMEDIC constitue une faute concomitante grave.

4) La faute concomitante de l'art. 44 CO

82. Les articles 42 à 54 CO sont applicables par analogie à la responsabilité contractuelle des art. 97 ss CO (art. 99 al. 3 CO).

83. Selon la doctrine, la causalité adéquate n'est pas remplie lorsqu'il existe un facteur interruptif de causalité⁶⁶, telle que la faute concomitante de la victime prévue à l'art. 44 CO. Ce facteur, permettant au juge de réduire ou de supprimer l'indemnité, peut intervenir en cours d'exécution en contribuant à causer le dommage, ou à la survenance du dommage, si la partie lésée ne prend pas les mesures raisonnablement exigibles de sa part pour réduire ou éviter l'aggravation du dommage⁶⁷. Si le fait est considéré comme simple et qu'il n'interrompt pas totalement le lien de causalité, il peut conduire à une réduction de l'indemnité conformément à l'art. 43 al. 1 CO *cum* art. 99 al. 3 CO.
84. En l'espèce, la conclusion d'un Contrat par EUROMEDIC avec ULTRAPHARMA, prévoyant que les produits livrés seraient précisément ceux de TECHNOCARE, contribue aisément au dommage en question, puisqu'aucune alternative ne s'offrait à EUROMEDIC pour satisfaire sa cliente ULTRAPHARMA, dans la mesure où seul un fournisseur, TECHNOCARE, pouvait influencer la bonne exécution du Contrat entre ces dernières. Ce fait est si déterminant qu'il met à l'arrière-plan le manquement initial de TECHNOCARE. En d'autres termes, ce fait est si important qu'il apparaît comme la seule cause propre à faire survenir le dommage, et par conséquent, il est suffisamment grave pour interrompre le lien de causalité. L'indemnité doit donc être totalement supprimée.
85. Cette situation juridique est analogue au porte-fort au sens de l'art. 111 CO, selon lequel une partie promet en son nom, pour son compte et à ses risques à une autre le fait d'autrui. Le fait peut être un prestation future⁶⁸. Dans ce cas, il appartient au promettant de réparer le dommage subi par le bénéficiaire en raison de la non-réalisation du fait. *In casu*, EUROMEDIC a promis à ULTRAPHARMA la livraison des produits de TECHNOCARE, il a alors aussi promis la livraison de TECHNOCARE, soit le fait d'un tiers. Il incombe donc à EUROMEDIC de réparer le dommage subi par ULTRAPHARMA.
86. Au vu de ce qui précède, la prétention en dommages-intérêts d'EUROMEDIC est infondée, cela est dû, d'une part, à l'absence de lien de causalité, d'autre part, à la présence d'une faute concomitante. En conclusion, le juge doit rejeter cette prétention dans son ensemble, ou au surplus, la réduire.

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

Équipe n° 6491

⁶⁶ CR CO I-WERRO-PERRITAZ, CO 41, N 45.

⁶⁷ GILLIÉRON, Les dommages-intérêts contractuels, p. 591.

⁶⁸ CR CO I-TEVINI, CO 111, N 1.