

## S. 160 / Nr. 33 Obligationenrecht (f)

## BGE 54 II 160

33. Arrêt de la I<sup>re</sup> Section civile du 7 mars 1928 dans la cause Caselmann contre Société pour la Réglementation en Suisse de produits pharmaceutiques et hygiéniques spécialisés par des marques déposées.

Seite: 160

Regeste:

Il n'est ni immoral ni illicite que des fabricants de produits de même genre, protégés par des marques, s'unissent tant pour la défense des droits que leur confère la législation sur la propriété industrielle que pour réglementer et faire observer les conditions de vente desdits produits (consid. 2).

N'est pas contraire à la loi ni aux moeurs le fait par un fabricant de fixer aux revendeurs de ses produits des prix minima (consid. 3).

Le boycott n'est ni illicite ni contraire aux moeurs lorsque c'est le seul moyen propre à amener un cocontractant à tenir des engagements qu'il viole sciemment et systématiquement, pourvu que la mise en oeuvre du boycott ne cause pas au boycotté un dommage hors de proportion avec l'utilité qu'il représente pour le boycottant (consid. 6).

A. - Le 3 septembre 1920, une société coopérative s'est constituée à Genève sous le nom de Société pour la réglementation en Suisse de produits pharmaceutiques et hygiéniques spécialisés par des marques déposées.

A teneur de la préface du catalogue des spécialités réglementées (édition du 1<sup>er</sup> mars 1923, p. IV): «La Société est composée de fabricants de spécialités, suisses et étrangères... Ces fabricants s'engagent à se solidariser dans la répression des infractions à leurs conditions de vente, de sorte que les détaillants qui viendraient à ne pas observer ces conditions pour une seule spécialité se verraient appliquer les sanctions prévues par tous les membres de la Société. - Les fabricants, en fixant des tarifs minima, ont voulu prévenir l'avisement consécutif des marques de leurs spécialités. - Pour tout

Seite: 161

commerçant, intermédiaire ou détaillant, l'achat de produits réglementés entraîne, à raison des marques dont ces produits sont revêtus, l'obligation de se conformer strictement aux conditions de vente arrêtées par le fabricant. - Pour bien préciser la situation respective des intermédiaires et détaillants vis-à-vis des fabricants et pour déterminer clairement l'obligation qui résulte pour eux de la détention de ces produits, la Société a pris la décision de demander à chaque détaillant la signature d'un engagement précisant ces obligations, étant entendu que tout acheteur qui se refuserait à cette signature perdrait le droit de recevoir lesdits produits, tant du fabricant lui-même que des grossistes.

Le 6 juin 1921, le pharmacien Caselmann a signé l'engagement dit des détaillants. Il était gérant de la Pharmacie de la Palud, anc. Morin & Cie, à Lausanne, pharmacie appartenant à la Société anonyme «Produits chimiques et pharmaceutiques de la Palud». Dans la suite, un conflit éclata entre Caselmann et la Réglementation au sujet de cet engagement.

Le Syndicat des intérêts de la pharmacie suisse est une personne morale distincte de la Réglementation. La S.A. de la Palud faisait partie du syndicat, tant pour son commerce en gros que pour son commerce en détail. Le Journal suisse de Pharmacie du 30 mars 1922, p. I 84, informe ses membres de ce que «le Comité, lors de sa séance du 22 ct., a exclu du sein du Syndicat la maison «Produits pharmaceutiques et chimiques de la Palud S.A.», à Lausanne, ainsi que la Pharmacie de la Palud qu'elle englobe».

Les motifs de l'exclusion résultent du passage suivant du rapport annuel du Comité du syndicat pour l'exercice 1921/1922 (Journal suisse de Pharmacie, No du 11 janvier 1923, p. 20): «La maison Produits chimiques et pharmaceutiques de la Palud S.A. à Lausanne (directeur N. Bonstein) - comprenant aussi la Pharmacie de la Palud (gérant H. Caselmann) - ayant fait une

Seite: 162

tentative ressemblant aux pratiques des rabaisiennes, nous avons été obligés d'exclure cette maison de notre Syndicat et de faire opposition en déclarant le boycottage des marchandises.»

Le 19 mai 1922, la Pharmacie de la Palud faisait paraître dans la «Feuille d'avis de Lausanne» une annonce dans laquelle elle donnait un aperçu de ses prix: 9 produits réglementés étaient offerts en vente à un prix inférieur à celui du catalogue de la Réglementation. La Réglementation invita

Caselmann, le 22 mai 1922, se conformer à ses engagements. Caselmann ne tint pas compte de cet avertissement. En date du 6 juin 1922, nouvelle lettre de la Réglementation: «...Les produits suivants ont été vendus par vous, les 2 et 3 courant: (liste des produits...)- En outre, ces produits ne sont pas munis de la vignette de la Réglementation.- En raison de ces nouvelles infractions notre Direction, en application de l'art. 5 de votre engagement, a décidé de vous infliger la peine contractuelle de 100 fr. par infraction, au total 500 fr., que nous vous invitons à nous verser d'ici au 10 courant, et en outre de vous radier des ce jour de la liste des signataires d'engagement envers la Réglementation.»

B. - Caselmann n'ayant pas acquitté la pénalité dans le délai fixé, la Réglementation l'a assigné, le 14 juillet 1922, devant le Tribunal de première instance de Genève, en paiement de 500 fr. avec intérêts de droit. La demanderesse a conclu en outre à ce qu'il soit fait défense au défendeur «de vendre au-dessous des prix fixés par les fabricants, tous produits réglementés ou des produits réglementés sans l'étiquette de la Réglementation et cela jusqu'à épuisement de son stock».

Entre temps, Caselmann avait fait paraître dans la Feuille d'avis du 8 juin 1922 une nouvelle annonce, par laquelle il offrait en vente des produits réglementés à un prix inférieur à celui qui était indiqué dans le catalogue de la Réglementation, et cette dernière lui

Seite: 163

avait infligé, par lettres des 26 juin, 5 et 12 juillet 1922, des amendes de 100 fr., 200 fr. et 100 fr.

Dans ces deux dernières lettres, la Réglementation invoquait l'art. 4 in fine de l'engagement, soit la clause imposant au signataire le respect de l'engagement, même après expiration de celui-ci, jusqu'à épuisement du stock de produits réglementés -tout en réservant à Caselmann la preuve d'une autre provenance du produit.

Caselmann s'étant borné à répondre, le 13 juillet, qu'il n'était pas d'accord avec les lettres des 5 et 12 juillet, la Réglementation l'assigna derechef en paiement de 400 fr., montant des nouvelles peines prononcées.

Les deux causes ont été jointes.

Le défendeur a conclu, le 23/27 octobre 1922, au déboutement de la demanderesse et à ce qu'elle soit condamnée reconventionnellement à lui payer, avec intérêts de droit, la somme de 5000 fr. à titre de dommages-intérêts.

Par jugement du 6 janvier 1926, le Tribunal de première instance de Genève a rejeté tant la demande principale que la demande reconventionnelle.

La Cour de Justice civile du canton de Genève, devant laquelle le défendeur a porté sa réclamation à 10000 fr., a, par arrêt du 22 novembre 1927, confirmé le rejet des conclusions reconventionnelles, mais admis la demande principale et condamné le défendeur à payer à la demanderesse les sommes de 400 et 500 fr. avec intérêts de droit.

C. - Caselmann a recouru en réforme au Tribunal fédéral. Il reprend ses conclusions libératoires et reconventionnelles,

L'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

A. - Demande principale.

1.- Le défendeur s'est engagé principalement

Seite: 164

vendre au public les produits pharmaceutiques et hygiéniques réglementés «aux derniers prix et conditions fixés par le fabricant». Cet engagement était sanctionné par une clause pénale, au sens des art. 160 et sv. CO. La peine était fixée à 100 fr. au minimum pour chaque infraction, outre la radiation de Caselmann de «la liste des clients autorisés aux membres de la Réglementation et aux marchands en gros pour la vente des spécialités réglementées», une sanction ne pouvant toutefois être prononcée, pour une première infraction, qu'après avertissement dûment signifié.

Le défendeur oppose à la demande notamment les exceptions suivantes:

1° La Réglementation ayant un but illicite et contraire aux moeurs n'a pas la personnalité (art. 52 al. 3 CCS), de sorte qu'elle ne saurait être titulaire de droits ni les exercer.

2° Subsidiairement: La clause pénale sanctionne une obligation nulle, parce qu'illicite et contraire aux moeurs (art. 20, al. 1 CO).

2.- Considérant sur la première exception:

D'après l'art. 52 al. 3 CCS, «les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux moeurs ne peuvent acquérir la personnalité».

Ce qui est déterminant, d'après cette disposition, c'est l'illégalité du but et non des moyens que la société ou l'établissement met en oeuvre pour l'atteindre. Si une société cherche à atteindre un but licite et conforme aux moeurs par des moyens illicites ou contraires aux moeurs, elle n'en acquiert pas moins la personnalité. Le recours aux moyens prohibés constituerait ou bien un acte illicite ou

immoral engageant la responsabilité de la personne juridique et celle de ses organes qui y ont pris part (art. 55 al. 2 et 3 CCS, art. 41 CO), ou bien créerait des rapports juridiques illicites ou contraires aux moeurs, et partant nuls (art. 20 al. 1 CO; sic HAFTER,

Seite: 165

note 25 sur art. 52 CCS; contra EGGER, note 5b B sur art. 52 CCS).

Les buts d'une société apparaissent de ses statuts, à moins que la société ne dissimule ses fins réelles, qu'il appartient alors au juge de rechercher sans s'arrêter à des énonciations inexactes (v. EGGER, loc. cit.).

D'après ses statuts, la Réglementation a pour but:

«a) de défendre la propriété et la valeur des marques déposées par ses membres;

»b) de réglementer les conditions de vente des spécialités pharmaceutiques et hygiéniques;

»c) de développer la bonne entente entre les membres de la société, d'une part, les grossistes et détaillants, d'autre part, et notamment de servir d'intermédiaire dans les différends qui pourraient surgir entre les parties.»

ad a) et c) On ne voit pas en quoi le premier et le dernier buts seraient contraires à la loi et aux moeurs. Il n'est ni immoral ni illicite que des fabricants de produits du même genre, protégés par des marques, s'unissent tant pour la défense des droits que leur confère la législation sur la propriété industrielle, que pour affermir la bonne entente entre eux et les commerçants, grossistes et détaillants qui travaillent avec eux ou s'occupent de la vente des articles fabriqués par eux.

ad b) Reste le second but statuaire: Réglementer les conditions de vente des spécialités pharmaceutiques et hygiéniques, ou - selon les termes plus précis de la préface du catalogue et de la circulaire du commencement de 1921 - unir les fabricants en vue de la répression des infractions à leurs conditions de vente, ces conditions comprenant notamment la fixation, par chaque fabricant, du prix de vente de ses produits aux détaillants, aux médecins et au public. Car ce n'est pas la Réglementation qui fixe ce prix, c'est le fabricant lui-même. La demanderesse ne peut intervenir que sur un point: Le prix aux détaillants doit tenir compte de la remise ratifiée par la Commission des spécialités

Seite: 166

de la Société suisse de pharmacie, c'est-à-dire qu'entre le prix pour les détaillants et le prix pour le public il doit y avoir une marge assurant aux détaillants un gain jugé suffisant par ladite commission. La Réglementation ne supprime donc pas la libre concurrence entre les fabricants, pour autant que leurs produits peuvent se faire concurrence; son but est de rendre plus efficace la répression de toute violation, par les commerçants, des conditions de vente fixées par les fabricants. Un commerçant qui n'observerait pas ces conditions pour une spécialité serait privé non seulement des produits du fabricant de cette spécialité, mais aussi des produits réglementés fabriqués par tous les autres membres de la Réglementation. La fixation des prix de vente aux détaillants tend en revanche à supprimer la libre concurrence entre grossistes, d'une part, entre détaillants, d'autre part, aux fins d'empêcher l'avilissement des prix, et l'avilissement consécutif des marques.

Quant à l'emploi de la vignette, il tend à empêcher l'introduction sur le marché suisse de produits destinés par les fabricants au marché étranger. Par exemple, un fabricant fabrique en Suisse, et en Suisse seulement, une spécialité. Il vend cette spécialité, en Suisse, à un certain prix et, à l'étranger, dans un pays à change déprécié, à un prix inférieur. Le prix de vente au public est aussi, dans le pays étranger, inférieur au prix de vente au public en Suisse. Le fabricant a intérêt à ce que les pharmacies suisses ne s'approvisionnent pas à l'étranger, ce qui aurait pour conséquence de réduire ses bénéfices. - Ou bien un fabricant fabrique la même spécialité dans deux fabriques, l'une située dans un pays étranger à monnaie dépréciée, l'autre située en Suisse. À l'étranger, il vend ce produit meilleur marché qu'en Suisse, parce que dans sa fabrique étrangère il lui coûte moins cher. Il a intérêt à ce que les pharmaciens suisses achètent les produits de la fabrique suisse. - Ou bien encore un fabricant produit à l'étranger, dans

Seite: 167

un pays à monnaie dépréciée, une spécialité qu'il vend en Suisse plus cher que dans le pays d'origine. Il a intérêt à ce que les pharmaciens suisses n'aillent pas acheter ce produit chez des grossistes du pays d'origine. - En un mot, les fabricants ont actuellement intérêt à limiter territorialement le droit de revente de leurs produits, et l'institution de la vignette rend plus efficace la répression des infractions aux clauses réglant la répartition territoriale. Cette institution rentre aussi dans la réglementation à des conditions de vente des spécialités pharmaceutiques et hygiéniques» (litt. b des statuts).

Le second but statuaire ainsi décrit n'est ni illicite, ni contraire aux moeurs.

À la différence des Etats-Unis d'Amérique (loi Sherman du 2 juillet 1890 et toute une série de lois

postérieures) et de l'Allemagne (Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, du 2 novembre 1923), il n'existe en Suisse aucune loi pénale, civile ou administrative, sur les cartels qui serait applicable aux sociétés se proposant de réglementer les conditions de vente de certains produits.

A l'appui de sa thèse, le défendeur invoque les art. 13 et 33 du règlement vaudois du 9 mai 1921, concernant les pharmacies, etc.:

«Art. 13: Les pharmaciens doivent être constamment pourvus des médicaments mentionnés dans la pharmacopée helvétique en vigueur; ils doivent se conformer exactement à ses prescriptions pour la qualité des drogues, leur conservation, ainsi que pour la préparation des médicaments simples et composés.

«Art. 33: Les pharmaciens sont tenus d'exécuter les formules magistrales conformément aux prescriptions médicales et les préparations officinales conformément aux formules insérées dans la pharmacopée helvétique.

Ces dispositions de droit administratif mettent à la charge des pharmaciens (l'obligation de se pourvoir de certaines spécialités, mais elles n'imposent nullement aux

Seite: 168

fabricants de ces spécialités l'obligation de les vendre à tous les pharmaciens, ni surtout de les vendre à des conditions déterminées. D'ailleurs, le but de la Réglementation n'est pas de s'opposer à ce que les spécialités réglementées soient vendues aux pharmaciens, ou à certains d'entre eux, mais plutôt d'assurer le respect, par les pharmaciens acheteurs, des conditions de revente à eux imposées. En interprétant les art. 13 et 33 du règlement vaudois comme le défendeur le voudrait, on aboutirait à ce résultat absurde que, par ex., si un pharmacien, de solvabilité douteuse, fait une commande que le fabricant n'exécute pas, il aurait le droit de la faire exécuter en invoquant l'art. 13.

Licite, la réglementation instituée par la demanderesse n'est pas non plus contraire aux moeurs. Dans un arrêt du 30 mars 1896, Vögtlin c. Geissbühler et consorts (RO 22 p. 175 et sv.), le Tribunal fédéral a jugé qu'«on ne saurait voir en principe une chose contraire aux bonnes moeurs ... dans le fait que des personnes exerçant la même profession s'entendent au sujet de la manière dont elle doit être exercée». Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence dans toute une série d'arrêts (RO 31 II p. 914/15; 32 II p. 364; 33 II d. 116 et sv.; 37 II p. 211; 39 II p. 251).

A ce principe, la jurisprudence fait toutefois une exception: Le but du syndicat professionnel cesse d'être conforme aux moeurs lorsqu'il implique une exploitation abusive du public, soit une hausse factice des prix (RO 31 II p. 915, et 33 II, p. 117). Tel n'est pas le cas en l'espèce. La Réglementation n'intervient en effet directement dans la fixation des prix que sur un seul point: Elle veille, par l'entremise de la Commission des spécialités de la Société suisse de Pharmacie, «à l'observation du taux normal des remises» aux pharmaciens. La remise aux détaillants, considérée comme normale par la Réglementation, est, d'après Caselmann lui-même (p. 5 de son mémoire du 27 octobre 1922), de 30 à 35% du

Seite: 169

prix de vente au public. Le défendeur ne prétend pas que cette remise - qui ne constitue pas un bénéfice net, mais un bénéfice brut - soit excessive; au contraire, dans son mémoire du 27 octobre 1926, page 19, il dit: «Sieur Caselmann est pharmacien. Pour que son commerce puisse subsister, il faut qu'il puisse acheter des spécialités au prix de détail, moins la remise réglementaire de 33%.» Et dans sa déclaration de recours, pages 5 et 6, on lit: «Quant aux frais généraux, ils sont supportés presque exclusivement par le détaillant, dont le bénéfice ne dépasse jamais 33% quel que soit le prix de base et auquel aucun reproche ne peut donc être adressé.» Il n'y a donc rien de contraire aux moeurs dans l'intervention de la Réglementation pour garantir aux détaillants une remise qui n'apparaît pas comme usuraire.

L'influence directe de la Réglementation s'arrête à la remise faite aux détaillants. Ce sont les fabricants eux-mêmes qui fixent le prix de vente aux détaillants et, éventuellement, la remise aux grossistes. Ils en ont incontestablement le droit, d'après l'art. 1 CO. Si le prix de vente aux détaillants et la remise aux grossistes sont excessifs et permettent aux fabricants et aux grossistes de réaliser des gains usuraires, la Réglementation n'en est pas responsable. La concurrence entre fabricants subsiste du reste.

En dehors de la «remise aux détaillants», la Réglementation n'influe qu'indirectement sur les prix, en rendant plus efficace la répression des infractions à la condition des fabricants concernant la fixation du prix de vente au public et à celle relative à la répartition territoriale des produits.

La première condition se justifie par l'intérêt commun légitime des fabricants à ce que leurs produits ne soient pas l'objet de manoeuvres «rabaisiennes», etc., qui finiraient par avilir la marque, et à ce qu'une partie des détaillants ne soient pas ruinés par le gâchage des prix. Elle tend à empêcher, par exemple, qu'une grande

Seite: 170

pharmacie, pour supplanter la concurrence, se contente d'une marge de gain de 10 ou de 20%, au lieu de 30 à 33%.

La seconde condition met obstacle à ce que le grossiste ou le détaillant profite des prix plus favorables faits par les fabricants dans les pays à monnaie dépréciée. Outre la considération que le profit de cette opération ne reviendrait pas nécessairement au public, il y a lieu d'observer que les fabricants ont un intérêt légitime à la répartition territoriale de leurs produits. Le coût de ces derniers n'est en effet pas identique dans tous les pays, même s'il s'agit de produits provenant d'une seule et même fabrique. On sait que les frais de publicité sont considérables en matière de spécialités pharmaceutiques et hygiéniques. Or, le fabricant suisse, pour chaque produit vendu en Suisse, dépense dans la règle plus que pour chaque produit vendu dans un pays à monnaie dépréciée, à la condition, bien entendu, que la publicité ait la même intensité dans les deux pays; et, pour le fabricant d'un pays à monnaie dépréciée, la publicité coûte davantage en Suisse que dans son pays. Le recourant objecte en vain qu'il est tenu compte des frais de publicité dans le budget général du fabricant. Sans doute le fabricant inscrit-il ces frais dans son bilan sous une seule rubrique, mais cela n'exclut nullement qu'en réalité ces frais sont faits dans différents pays et que la publicité coûte en règle générale moins cher dans les pays à change bas que dans les pays à change élevé. Et s'il s'agit de produits fabriqués en même temps en Suisse et dans un pays à monnaie dépréciée, le prix de revient - on l'a déjà observé - est moins élevé dans ce dernier pays, ce qui permet de vendre meilleur marché. Le fabricant a donc intérêt à ce que ses produits fabriqués à l'étranger ne viennent pas faire concurrence en Suisse à ses produits fabriqués dans ce pays ou, dans la fixation de ses prix, d'une façon générale, il a un intérêt légitime à tenir compte de la puissance d'achat de la monnaie du pays dans lequel il place sa marchandise.

Seite: 171

Il y a lieu de tenir compte aussi du fait constaté par l'instance cantonale que la demanderesse a eu, à diverses occasions, une influence modératrice sur les prix. Les réductions par elle obtenues ont même provoqué des protestations de la part des détaillants, forcés de vendre moins cher des stocks payés à un taux élevé (voir la lettre du 14 février 1925 de la Droguerie du Balancier S.A. à Neuchâtel, adressée à la Réglementation et le Journal de Pharmacie du 7 juin 1924, p. 334). Le recourant attaque, il est vrai, mais à tort, cette constatation comme étant contraire aux pièces du dossier; elle repose sur une série de pièces produites par la demanderesse dans son procès contre la Palud S.A. (doss. II, cote 8, pièces 108, 109, 110, 111, 112, 113).

Pour établir la prétendue contrariété avec les pièces du dossier, le recourant invoque les communiqués parus dans quatre numéros du Journal suisse de Pharmacie, les 17 et 31 mai, 7 juin et 1er novembre 1924. Mais ces pièces montrent au contraire l'action de la demanderesse pour faire baisser les prix malgré l'opposition des fabricants et des détaillants de l'intérieur du pays, non atteints ou moins atteints par la concurrence des pharmacies étrangères (v. notamment Journal suisse de Pharm. du 17 mai 1924, p. 291).

On ne saurait traiter d'immoral le but de la Réglementation, même si l'on devait rendre celle-ci entièrement responsable du prix de vente au public. Car on se heurterait alors à la constatation faite souverainement par l'instance cantonale que les bénéfices des fabricants (les remises aux grossistes, 10 à 15% d'après le défendeur, ne sont pas excessives) ne dépassent pas 30 à 35%, ce qui n'est point usuraire.

La première exception de la partie défenderesse, tirée de l'art. 52 al. 3 CCS, est en conséquence mal fondée.

3.- Sur la seconde exception:

Le fait que la demanderesse se propose un but qui n'est ni illicite ni immoral n'exclut pas que, pour l'atteindre, elle puisse recourir à des moyens contraires

Seite: 172

à la loi ou aux moeurs. C'est ce que prétend le recourant. Il traite son engagement de nul, en vertu de l'art. 20 al. 1 CO, parce qu'il aurait pour objet une chose illicite ou contraire aux moeurs.

Le défendeur s'est obligé essentiellement à respecter et à faire respecter les prix de vente au public fixés par les fabricants.

De même que le fabricant peut, en règle générale, mettre en vente ses produits au prix qui lui convient et vendre moins cher que ses concurrents, de même le commerçant a, en principe, le droit de vendre ses marchandises au prix qu'il lui plaît de déterminer. Mais on ne saurait, toutefois, contester au fabricant, dans de nombreux cas, un intérêt légitime à fixer lui-même les prix auxquels les revendeurs devront mettre ses produits en circulation, ou tout au moins, comme en l'espèce, des prix minima. Il se peut que le fabricant veuille assurer un bénéfice suffisant aux détaillants, afin de

les intéresser à la vente; il se peut aussi qu'il craigne que sa marque ne soit avilie par un avilissement des prix, etc... Le fabricant impose, dans ces cas, à son client l'obligation de ne revendre qu'à un certain prix ou de ne pas revendre au-dessous d'un certain prix, et l'obligation, en cas de revente à un autre intermédiaire, d'exiger de celui-ci un engagement analogue. Pareille clause, insérée dans le contrat de vente entre le fabricant et son client, n'est ni illicite ni immorale; le Tribunal fédéral l'a reconnu (RO 24 II p. 434 et sv.). Et elle ne le devient pas par le fait que tous les fabricants de la même marchandise ou de marchandises du même genre s'unissent pour en imposer le respect à leurs clients (v. RO 33 II, p. 166 et ce qui a été dit plus haut sur le droit de coalition professionnelle).

...

B. - Demande reconventionnelle.

6.- Le défendeur réclame à la demanderesse 10000 fr.

Seite: 173

à titre de réparation du dommage qu'elle lui aurait causé par sa mise à l'index.

Les deux instances cantonales relèvent avec raison qu'en tout cas ce dommage n'aurait pas été cause à Caselmann, simple gérant de la Pharmacie de la Palud, mais à la propriétaire de celle-ci, la S.A. Produits chimiques et pharmaceutiques de la Palud, seule qualifiée pour en demander, le cas échéant, la réparation. Le recourant affirme que la Réglementation elle-même n'a jamais invoqué ce moyen, soulevé d'office par la Cour. C'est inexact. A page 10 du mémoire d'appel de la demanderesse, du 7 décembre 1927, on lit: «... en appel pas plus qu'en première instance sieur Caselmann ne peut justifier d'un préjudice quelconque, ni même en donner les éléments». C'est d'ailleurs une question de procédure cantonale que celle de savoir dans quelle mesure les instances cantonales peuvent examiner d'office des moyens que les parties n'ont pas invoqués. Le défendeur objecte, en outre, qu'il est administrateur de la S.A. de la Palud et par conséquent actionnaire. Cela est vrai, mais la société anonyme est une personne morale qui fait valoir ses droits par intermédiaire de ses organes, et les actionnaires comme tels ne peuvent tenter que l'action en responsabilité des fondateurs et des administrateurs (art. 671 et 674 CO). Le défendeur allègue, enfin, qu'il a une participation aux bénéfices de la Pharmacie de la Palud: c'est là une allégation nouvelle et l'art. 80 OJF s'oppose à ce que le Tribunal fédéral la prenne en considération.

Mais la demande reconventionnelle devrait être rejetée même si le défendeur avait subi personnellement un dommage, ou s'il était cessionnaire du droit prétendu de la Palud S. A. à la réparation du dommage qu'elle aurait subi dans sa pharmacie de la Palud, ensuite de la mise à l'index.

La Réglementation n'a rayé Caselmann que le 6 juin 1922. Cette radiation impliquait un boycottage (ou

Seite: 174

mise à l'index) négatif, les fabricants affiliés à la Réglementation ne livrant qu'aux signataires et les négociants en spécialités réglementés - grossistes et détaillants - s'étant engagés à faire de même. Mais, avant même sa radiation, Caselmann s'est délié de son chef le 2 mai 1922, de sorte que sa radiation n'a rien changé à une situation librement créée par lui. Il est vrai que le défendeur croyait - à tort du reste - pouvoir arguer d'une inexécution de la part de la Réglementation. Mais, même dans ce cas, le défendeur aurait pu actionner la demanderesse en exécution et réclamer des dommages-intérêts pour cause de retard, sans résilier le contrat. En résiliant, d'ailleurs sans droit, le contrat, Caselmann a renoncé volontairement aux avantages qu'il lui procurait, soit notamment à celui de voir figurer son nom dans la liste des signataires.

Voulût-on faire abstraction de la résiliation du 2 mai 1922, la radiation en raison des nombreuses infractions du défendeur n'en constituerait pas davantage une mise à l'interdit illicite ou contraire aux moeurs. Il suffit de se référer sur ce point à l'arrêt du 15 septembre 1927 dans la cause Cossmann contre Verband Schweizerischer Eisenwarenhändler. Le Tribunal fédéral a adopté dans cet arrêt les motifs de l'instance cantonale, consistant essentiellement à dire que le boycott n'a pas un but illicite ou contraire aux moeurs lorsque c'est le seul moyen propre à amener un cocontractant à tenir des engagements qu'il viole sciemment et systématiquement, alors qu'il sait que cette violation entraînera, par application d'une clause du contrat, sa mise à l'index (v. aussi RO 36II p.562). Il ne suffit pas, à la vérité, que le but ne soit ni illicite ni contraire aux moeurs; il faut encore que les moyens employés ne le soient pas non plus. Pendant longtemps, la jurisprudence du Tribunal fédéral a déclaré illicite le recours à des moyens de nature à anéantir l'existence économique du boycotté. Le Tribunal reconnaissait à l'entrepreneur, au commerçant, à l'ouvrier un droit à ce que son existence économique ne soit pas annihilée (RO 22 p. 175 et sv.);

Seite: 175

32 II p. 360 et sv., surtout p. 370 et sv.). Mais, plus récemment, le Tribunal fédéral a jugé que ce prétendu droit ne rentre pas dans les droits de la personnalité, protégés par l'art. 28 al. 1 CO (RO 51 II p. 525 et sv.; 52 II p. 383). Le premier de ces deux arrêts (Joder c. Schweiz. Metall- und Uhrenarbeiterverband, Sektion Biel, du 26 novembre 1925) part de l'idée que les moyens employés par l'auteur du boycott sont contraires aux bonnes moeurs lorsque leur mise en oeuvre cause au boycotté un dommage hors de proportion avec leur effet utile pour le boycottant («einen unverhältnismässig schwereren Schaden... als sie den Zwecken des Verdrängers nützte»). D'après cette nouvelle jurisprudence, l'anéantissement économique n'est ni nécessaire, ni suffisant pour que les moyens employés soient qualifiés de contraires aux moeurs (cf. Journ. des Trib. 1926 p. 90). Au critère absolu, on a substitué un critère relatif, celui tiré de la proportion entre l'effet dommageable de la contrainte et son effet utile. Or, en l'espèce, le dommage prétendument causé à la Pharmacie de la Palud n'apparaît pas comme particulièrement grave, car le défendeur a reconnu lui-même, lors de sa comparution personnelle, que, bien que boycottée par la demanderesse, l'entreprise continue à prospérer. D'autre part, la Réglementation a un intérêt vital à ce que les détaillants non signataires de l'engagement ne jouissent pas des avantages réservés aux signataires, puisque, s'ils en jouissaient, les signataires dénonceraient immédiatement leur engagement pour recouvrer leur entière liberté commerciale - l'aliénation d'une partie de cette dernière ne trouvant alors plus de compensation - et la Réglementation aurait vécu.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.