

Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 11 septembre 2013), que le ministre chargé de l'économie (le ministre), reprochant à la société Eurauchan, centrale d'achats des magasins à l'enseigne Auchan, une pratique créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant des clauses des conventions régissant les relations entre cette société et ses fournisseurs, a assigné celle-ci en nullité de ces clauses, en cessation des pratiques et en paiement d'une amende civile ; que le ministre a renoncé, en cours d'instance, à sa demande de nullité ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Eurauchan fait grief à l'arrêt de juger recevable l'action du ministre alors, selon le moyen, que la recevabilité de l'action du ministre, prévue à l'article L. 442-6 III du code de commerce, est subordonnée à l'information des parties au contrat litigieux ; que cette obligation d'information s'impose en tout état de cause, y compris lorsque le ministre ne demande que la cessation de la pratique incriminée et le paiement d'une amende civile dès lors que ces demandes impliquent nécessairement une appréciation de la licéité de la pratique mise en jeu dans les contrats conclus de nature à influencer sur une éventuelle décision à venir sur les droits et obligations des parties aux contrats conclus ; qu'en jugeant néanmoins que la demande du ministre était recevable, peu important qu'il n'ait pas informé les parties aux contrats, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de la liberté contractuelle et l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'il résulte de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2011-126 QPC du 13 mai 2011 que c'est seulement lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés que les parties au contrat doivent en être informées ; qu'ayant constaté que le ministre avait renoncé en cours d'instance à poursuivre l'annulation des clauses litigieuses, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que son action, qui ne tendait plus qu'à la cessation des pratiques et au prononcé d'une amende civile, était recevable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que la société Eurauchan fait grief à l'arrêt de déclarer recevable et bien fondée l'action du ministre alors, selon le moyen, que, si le ministre chargé de l'économie peut, en application de l'article L. 442-6 III du code de commerce, exercer l'action en responsabilité, prévue à l'article L. 442-6 I du même code et demander, à l'occasion de cette action, que soit ordonnée la cessation des pratiques mentionnées, que soit constatée la nullité, pour toutes ces pratiques, des clauses ou contrats illicites, la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende civile et la réparation des préjudices subis, ce texte ne lui confère aucune action, aucun droit d'agir, en dehors de tout contrat litigieux, aux fins d'obtenir préventivement la suppression de clauses estimées illicites dans un contrat type proposé à la négociation entre professionnels ; qu'en déclarant cependant recevable et en faisant droit à la demande du ministre tendant à ce qu'il soit enjoint au distributeur de ne pas réintroduire à l'avenir les clauses litigieuses, relatives aux conditions de révision de prix, (14. 1. 2 et 14. 1. 3 du contrat) et au taux de service, (annexe 4 du contrat), dans les contrats types conclus avec ses fournisseurs, la cour d'appel a ajouté aux dispositions de l'article L. 442-6 III du code de commerce, en violation de ce texte ;

Mais attendu que l'article L. 442-6 du code de commerce, qui prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dispose que le ministre peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation de pratiques illicites ; qu'ayant relevé que la demande de cessation des pratiques formée par ce dernier était fondée sur l'analyse de clauses des contrats commerciaux et annexes proposées à la négociation par la société Eurauchan, et mises en oeuvre sans modification depuis 2009, la cour d'appel a fait l'exacte application de ce texte en déclarant la demande recevable en ce qu'elle visait la suppression pour l'avenir de telles clauses ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que la société Eurauchan fait grief à l'arrêt de dire que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan, dire que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan, de lui enjoindre de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen ;

1°/ qu'aux termes de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur, le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » susceptible d'engager la responsabilité de son auteur est un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, qui doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble de ces droits et obligations, tel qu'il ressort du contrat, pris dans sa globalité, et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en énonçant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que le déséquilibre est constitué par l'existence d'une convention unique, même négociée et qu'il devient significatif par la présence dans le contrat type proposé d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur et néfastes pour l'économie, la cour d'appel a violé les dispositions du texte susvisé, ensemble et par fausse application celles de l'article L. 442-6 II du même code ;

2°/ que toute infraction, susceptible d'être sanctionnée, ayant le caractère de punition, doit être définie dans des termes suffisamment clairs et précis ; que le Conseil constitutionnel a décidé, le 13 janvier 2011, que la définition des pratiques prohibées par l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce était suffisamment claire et précise dès lors que le législateur s'est référé à la notion juridique de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » qui est une notion juridique déjà connue, puisque prévue à l'article L. 132-1 du code de la consommation et que cette notion a déjà fait l'objet de nombreuses précisions par la jurisprudence ; qu'il résulte tant des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation que des décisions juridictionnelles rendues sur le fondement de ce texte, que la notion juridique de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » est une notion prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en retenant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sur le seul examen qu'en retenant néanmoins, que le juge peut apprécier l'existence d'un « déséquilibre significatif entre les droits et parties » au seul vu d'une clause figurant dans le contrat type proposé aux fournisseurs, la cour d'appel a violé les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensemble l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

3°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il appartient à la société Eurauchan de justifier que, par la négociation, d'autres clauses du contrat viennent compenser le déséquilibre ainsi causé, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie, et avoir examiné les relations commerciales régies par la convention litigieuse, l'arrêt relève que la modification de l'article 14 de cette dernière est toujours refusée et constate que la société Eurauchan ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée en considération des seules clauses litigieuses, a, sans inverser la charge de la preuve, ni méconnaître les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, satisfait aux exigences de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le septième moyen :

Attendu que la société Eurauchan fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen ;

1°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort de chaque contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en ce qu'elle s'est fondée, pour dire que la clause de révision de prix, figurant au contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs, créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, partant était illicite, sur les seuls termes de cette clause, indépendamment de toute situation contractuelle effective et sans considération pour les droits et obligations respectifs des parties tels qu'ils ressortent du contrat pris en son entier, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, ensemble et par fausse application l'article L. 442-6 II du même code ;

2°/ que, subsidiairement, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou toute hausse de ses tarifs emportait, de la même manière, obligation de renégociation et poursuite du contrat initial si aucun accord n'était trouvé, le distributeur s'engageant seulement, de surcroît et dans l'intérêt des fournisseurs, à accepter le principe de révision à la hausse en cas d'éléments objectifs transmis par le fournisseur et avec un préavis différent selon que les éléments justifiant la hausse de tarif en cours de contrat étaient externes ou internes à l'organisation du fournisseur ; qu'elle indiquait encore que le parallélisme des formes ne pouvait être respecté dès lors que si les fournisseurs avaient effectivement tout intérêt à informer le distributeur d'une hausse de leur coût de revient, il n'en était nullement de même s'agissant d'une baisse de ces coûts ; qu'en se bornant, pour dire que la combinaison des clauses litigieuses créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à relever les conditions de mise en oeuvre de la révision n'étaient pas symétriques selon que l'initiative en revenait à la société Eurauchan ou à ses fournisseurs, sans répondre au moyen tiré de ce que la différence de condition de mise en oeuvre de la révision des prix était la conséquence du fait que seuls les fournisseurs avaient connaissance d'une éventuelle modification de leurs coûts de revient et que cette différence était à leur avantage exclusif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer, ce qu'elle ne fait qu'alléguer, que la modification des autres clauses à l'issue de la négociation dont elle fait état a permis de rééquilibrer le contrat, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

4°/ que, subsidiairement, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que l'équilibre des contrats conclus, en ce inclus la clause de révision de prix, ressortait de l'ensemble des modifications et avenants apportés au contrat par les fournisseurs lors des négociations ; qu'elle produisait, à l'appui de ses dires et en se référant aux contrats cités par le ministre, les contrats conclus établissant que les fournisseurs avaient effectivement pu modifier ou supprimer de nombreuses clauses du contrat type proposé, en vue d'assurer l'équilibre des droits et obligations entre les parties ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif, à affirmer que la société Eurauchan ne fait qu'alléguer que la modification des autres clauses à l'issue de la négociation dont elle fait état a permis de rééquilibrer le contrat », sans rechercher, au vu des contrats modifiés qui lui étaient soumis, si la modification de certaines des clauses par les fournisseurs assurait l'équilibre des droits et obligations de parties, la cour d'appel a encore privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

5°/ que le contrat est la loi des parties ; que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe seulement le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction suppose le fait, pour une partie au contrat de

soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que les fournisseurs, dont les contrats étaient cités par le ministre et dont la puissance économique excluait qu'il puisse leur être « imposé » quelque condition que ce soit, voulaient se voir reconnaître le droit de modifier unilatéralement leurs prix en cours de contrat, ce qui était contraire à l'article L 441-7 du code de commerce et ce que la société Eurauchan n'était pas obligée d'accepter ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à affirmer que certains fournisseurs, (Bonduelle, Mac Cain, Mars Petcarex and Food France et Lascad) contestent les termes de cet article qu'ils souhaitent voir modifié ou supprimé mais que la société Eurauchan fait savoir que toute modification doit recueillir son consentement, sans rechercher si, eu égard à la personne des fournisseurs en cause, ensemble le droit de la société Eurauchan de refuser une modification unilatérale du prix en cours de contrat, la société Eurauchan avait effectivement « imposé » la clause litigieuse, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 442-6-1 2° du code de commerce et 1134 du code civil ;

6°/ que le contrat est la loi des parties ; que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe seulement le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction suppose le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; qu'en retenant pour dire que la société Eurauchan avait imposé à ses fournisseurs la clause litigieuse, que cette clause figurant au contrat type était, en tout état de cause, érigée en principe, la cour d'appel, qui a exclu, contra legem et par principe, l'existence d'une négociation entre les parties et a déduit le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » le partenaire commercial de la seule existence de la clause, dont elle a estimé qu'elle créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, a violé l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt relève qu'il n'existe pas de réciprocité dans les conditions de mise en oeuvre de la révision des tarifs selon que l'initiative en revient à la société Eurauchan ou aux fournisseurs, la baisse de tarif initiée par le distributeur rendant systématique et immédiate la dénonciation de l'accord et emportant obligation de renégocier, tandis que les fournisseurs doivent justifier des « éléments objectifs sur la base desquels ils entendent procéder à une augmentation », toute modification devant recueillir son consentement, sans que la teneur de ces éléments objectifs soit connue ; qu'il en déduit que cette procédure ouvre au distributeur la possibilité de figer le tarif pendant un laps de temps important ou de négocier de nouvelles conditions commerciales annihilant la hausse ; qu'il constate ensuite, au regard des différents avenants qu'il énumère, et sans se limiter à la seule clause en litige, que si une négociation peut donner lieu à certaines modifications, celle de l'article 14 est toujours refusée ; qu'il retient enfin, après avoir rappelé qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer que la modification des autres clauses, à l'issue de la négociation invoquée, a permis de rééquilibrer le contrat, que celle-ci ne l'établit pas ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et n'était pas tenue de répondre au moyen inopérant invoqué par la deuxième branche et qui a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, a caractérisé le déséquilibre significatif auquel la société Eurauchan a soumis ses fournisseurs ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le huitième moyen :

Attendu que la société Eurauchan fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion de la clause relative au taux de service un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dans le contrat type proposé à ses fournisseurs, créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à analyser les termes de cette clause, sans

rechercher au regard des contrats effectivement conclus, des parties à ces contrats et des autres stipulations contractuelles, s'il existait un tel déséquilibre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

2°/ que le contrat type proposé par la société Eurauchan à ses fournisseurs définissait très précisément, dans l'article 4 de son annexe 4 le taux de service, ses modalités de calcul et les modalités de calcul des pénalités en cas de manquement du fournisseur ; que le taux de service était ainsi mentionné comme « l'écart de quantités entre les commandes et les livraisons » en cas d'absence de livraison, de livraison incomplète ou de livraison non conforme, qu'il était précisé que cet écart était mesuré soit au lieu de livraison, soit au lieu d'enlèvement selon que l'achat était au départ ou à la livraison et que le taux de service minimum demandé, apprécié sur une moyenne mensuelle et exprimé soit en prix d'achat soit en nombre de colis, selon le bon de commande, était de 98, 5 % pour les produits frais et les produits de grande consommation et de 99, 5 % en cas de gestion partagée des approvisionnements ; que s'agissant des pénalités en cas de manquements, le contrat prévoyait expressément que le montant des pénalités était égal à 10 % HT du chiffre d'affaires manquant, porté à 20 % lorsqu'ils s'agissaient de produits en opération promotionnelle ; qu'en affirmant cependant, pour dire que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la définition du taux de service n'est pas clairement établie, que ses modalités de calcul ne sont pas précisées et qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du chiffre d'affaires manquant, la cour d'appel a dénaturé les termes de l'article 4 de l'annexe 4 du contrat type proposé par la société Eurauchan à ses fournisseurs, en violation de l'article 1134 du code civil ;

3°/ qu'en se bornant à affirmer, pour dire que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la définition du taux de service n'est pas clairement établie, que ses modalités de calcul ne sont pas précisées et qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du chiffre d'affaires manquant, sans indiquer ni sur quels éléments elle se fondait pour retenir l'imprécision des termes de la clause, ni quelle était la conséquence du manque de précision retenu au regard de l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 442-6- I 2° du code de commerce ;

4°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; que, dans ses conclusions, la société Eurauchan rappelait que le vendeur engage sa responsabilité du seul fait du défaut de délivrance d'un seul produit vendu au terme convenu ; qu'en retenant cependant que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au seul constat que cette clause était contestée par certains fournisseurs et sans caractériser ni le déséquilibre, ni, a fortiori, son caractère significatif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6- I 2° du code de commerce ;

5°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société Eurauchan ne justifie pas que d'autres clauses insérées lors des négociations permettent un rééquilibrage, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

6°/ que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que si le contrat type proposé aux fournisseurs prévoyait des pénalités à leur charge, en cas de manquement, supérieur à 1, 5 %, à leur obligation de délivrance de produits conformes dans le délai convenu, l'article 14. 3. 2 du même contrat stipulait également une pénalité, à la charge du distributeur, en cas de retard de paiement des fournisseurs, égale à trois fois le taux d'intérêt légal, sur toutes les sommes dues, dès le 1er jour de retard et jusqu'à complet paiement, applicable dès le 1er manquement ; qu'elle observait qu'il n'existait ainsi aucun déséquilibre, a fortiori aucun déséquilibre significatif, à prévoir des pénalités de retard réciproques, sans aucune tolérance pour le distributeur ; qu'en affirmant cependant que la société Eurauchan ne justifie pas que d'autres clauses permettent un rééquilibrage, sans répondre au moyen tiré de l'application de pénalités de retard à la charge du distributeur, prévue à l'article 14. 3. 2 du contrat type, la cour d'appel a,

en tout état de cause, méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction comporte deux éléments constitutifs distincts, d'une part, l'existence de pratique ou de clause contractuelle créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, d'autre part, le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; que la société Eurauchan faisait valoir, dans ses conclusions, que la clause relative au taux de service prévue à l'annexe 4 du contrat type qu'elle proposait à ses fournisseurs pouvait être modifiée lors des négociations, ce qui excluait toute volonté de soumettre ou de tenter de soumettre son cocontractant, c'est-à-dire d'imposer de quelconques stipulations ; qu'elle observait que les sociétés Bonduelle et Cassegrain, dont les contrats avaient été produits par le ministre, avaient modifié les termes de cette clause et produisait elle-même un exemple de contrat, en l'occurrence conclu avec la société Conserves de France, où le fournisseur avait refusé toute pénalité, ce qui avait été accepté par le distributeur ; qu'en affirmant cependant, pour dire que pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties que « contrairement à ce que soutient Eurauchan, il n'apparaît pas que cette disposition ait fait l'objet de négociations véritables ; qu'elle n'est jamais discutée avant la signature du contrat fixant les conditions d'approvisionnement, contrairement à ce que préconisait l'association ECR », sans s'expliquer sur l'offre de preuve établissant la réalité des négociations, de la discussion de la clause relative au taux de service et de sa modification lors de la signature de contrats, la cour d'appel a encore méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

8°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction comporte deux éléments constitutifs distincts, d'une part, l'existence de pratique ou de clause contractuelle créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, d'autre part, le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; qu'en retenant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que l'absence de négociation était établie « par l'absence de place laissée dans l'annexe pré-rédigée pour en modifier le contenu à la différence des autres annexes mais ce qui se révèle surtout dans l'uniformité du taux de service pour tous les fournisseurs, sans considération de la nature de leur activité, de la relation existante », la cour d'appel, qui a exclu, *contra legem* et par principe, l'existence d'une négociation entre les parties et a déduit le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » le partenaire commercial de la seule existence, dans le contrat type soumis à négociation, de la clause, dont elle a estimé qu'elle créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, a violé l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

9°/ que la cour d'appel a constaté que l'annexe 4 du contrat type proposé par la société Eurauchan prévoyait un système de pénalités en cas de non-respect par le fournisseur d'un taux de service minimum de 98,5 % et que le taux de service était défini comme l'écart entre les commandes et les livraisons ; qu'en retenant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que le critère de déclenchement des pénalités est inconnu ce que révèlent les tableaux produits par la société Eurauchan sur les pénalités pour les fournisseurs du service « fromage libre-service » et qu'il dépend, en réalité, de la seule volonté de la société Eurauchan, de sorte que celle-ci a la maîtrise de l'exécution du contrat, de la discussion, *a posteriori*, de son application et possède une arme pour la négociation du prochain contrat unique, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 442-6- I 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant reproduit la définition du taux de service figurant à l'annexe 4 et relevé, par motifs propres et adoptés, qu'elle ne précisait pas si le taux de service se référait à un taux par magasin, par entrepôt ou au plan national, ni la notion de « chiffre d'affaires manquant » à partir duquel la pénalité était calculée, la cour d'appel a justement retenu le caractère général et imprécis de la stipulation litigieuse, qu'elle n'a pas dénaturé ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que la clause relative au taux de service

figurant en annexe 4, prévoyant un système de pénalité en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 %, revêt un caractère automatique, source de disproportion entre le manquement et la sanction, et qu'elle est dépourvue de réciprocité et de contrepartie ; qu'il retient, au regard des pénalités effectivement mises en oeuvre, et sans méconnaître ses constatations relatives au fait générateur de la sanction, que son critère d'application étant inconnu, celle-ci dépend de la seule volonté de la société Eurauchan, qui conserve ainsi la maîtrise de l'exécution du contrat et dispose d'une arme pour la négociation de la prochaine convention ; qu'il relève encore que près de 60 % des cinq mille huit cent vingt-neuf fournisseurs identifiés par la société Eurauchan n'atteignent pas le taux de service minimal ; qu'il retient également que cette annexe pré-rédigée ne comporte pas d'espace libre pour en modifier le contenu, à la différence des autres annexes, et ne fait pas l'objet de négociations véritables, eu égard à l'uniformité du taux de service qui ne distingue pas selon la nature de l'activité et la relation existante ; qu'il retient encore que la société Eurauchan ne démontre pas que d'autres clauses du contrat, issues de la négociation, compensent le déséquilibre significatif en cause, et ne justifie pas d'exemples de taux de service ayant fait l'objet d'accords négociés individuellement, en dépit des contestations de nombreux fournisseurs ; qu'il constate qu'en dehors de quelques fournisseurs, les plus puissants, la majorité d'entre eux a été contrainte de s'y soumettre ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de la clause afférente au taux de service, auquel la société Eurauchan a soumis ou tenté de soumettre ses fournisseurs ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les premier, troisième et quatrième moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS ;

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Eurauchan aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer au ministre chargé de l'économie la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trois mars deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Eurauchan.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14.1.2 et 14.1.3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE la société Eurauchan expose que le Ministre n'était pas régulièrement représenté lorsque l'action a été introduite et n'a pas pour la suite été représenté régulièrement de sorte que la procédure irrégulière au fond et en la

forme est irrecevable ; que le Ministre répond qu'il a été valablement représenté par M. Jean-Louis X...et par Mme Chantal Y...; que les textes en vigueur applicables lors de l'assignation étaient le décret 87-163 du 12 mars 1987, qui autorise le Ministre à déléguer sa signature pour l'ensemble des actes relatifs à l'action prévue par l'article 36 de l'ordonnance du premier décembre 1986 modifiée par la loi du 1er juillet 1996 puis par la loi du 15 mai 2001 et devenue l'article L 442-6 du code de commerce, l'arrêté du 31 juillet 2007 pris en application du décret n° 83-167 du 12 mars 1987 ; que les textes applicables pour le déroulement de l'instance étaient, à la suite de la réorganisation des services de la DGCCRF, l'article R 470-1-1 du code de commerce, issu du décret 2010-1010 du 30 août 2010, outre l'arrêté du 24 septembre 2010 qui organise la suppléance des représentants du Ministre désignés en application de l'article L 470-5 du code de commerce ; qu'il apparaît ainsi que le Ministre, autorisé par le décret du 12 mars 1987 à déléguer par arrêté sa signature pour les actes relatifs à l'action prévue par l'article L 442-6 du code de commerce devant les juridictions de première instance et d'appel, a, par arrêté du 12 mars 1987, désigné pour le représenter les chefs des services départementaux de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et précisé qu'en cas d'empêchement de ceux-ci, des fonctionnaires de catégorie A désignés par eux pourraient les suppléer ; qu'il a également, par arrêté du 31 juillet 2007, délégué de manière permanente sa signature à Jean-Louis X..., directeur interrégional de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; que M. X...qui avait pouvoir d'agir sur le fondement de l'article L 442-6 du code de commerce a régulièrement fait délivrer l'assignation du 29 octobre 2009 ; que, pour développer oralement et déposer des conclusions devant le tribunal de commerce, le Ministre pouvait ensuite être représenté par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, puis par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi et qu'en cas d'empêchement, le directeur ainsi désigné pouvait désigner des fonctionnaires qui le suppléeraient lors des audiences, développeraient oralement et par écrit des conclusions ; qu'en l'espèce, Mme Z..., directrice régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de la région, a délégué sa signature pour toutes décisions et actes relevant de sa compétence à M. X..., déléguant en cas d'absence de celui-ci M. A..., directeur départemental ; que M. X...avait, en outre, dès le 23 octobre 2009 désigné Mme Y...pour le représenter dans l'action engagée contre Eurauchan et que Mme Z...avait expressément désigné Mme Y...pour suppléer M. X...; que le mandat donné par M. X...à Mme Y...le 22 mars 2011 pour l'audience de plaidoiries du 20 mai 2011 devant le tribunal de commerce de Lille était régulier, que pour l'instance d'appel, Mme B..., nommée directrice régionale de la DIRECCTE, par arrêté du 2 janvier 2012, était suppléé en cas d'empêchement par Jean-Louis C..., responsable du pôle concurrence et de la DCCRTE, lequel pouvait désigner un fonctionnaire de catégorie A pour le suppléer ; que M. C...a ainsi donné mandat à Mme Y...fonctionnaire de catégorie A pour intervenir devant la Cour ; qu'il était justifié du pouvoir spécial devant le tribunal de commerce et devant la cour ; que les documents relatifs à la représentation du Ministre ont été communiqués, selon bordereau au dossier, à la société Eurauchan, qui a pu les discuter ; que le Ministre était régulièrement représenté tant pour introduire l'action que pour la poursuivre devant les juridictions ;

ET AUX MOTIFS, ADOPTES DES PREMIERS JUGES, QU'à l'audience Mme Chantal Y..., Inspecteur appartenant au cadre A, remet au tribunal les mandats spéciaux signés le 22 mars 2011 par Mme Z..., directrice régionale de la DIRECCTE Nord-Pas-de-Calais, nommée par arrêté du 9 février 2010, en faveur de M. X... et de Mme Y...; que par un arrêté du 8 mars 2011, Mme Z...a délégué sa signature à M. X... dans le cadre des missions de la DIRECCTE ; que ces mandats spéciaux obéissent bien aux règles de représentation prévues par les articles 853 du code de procédure civile et L 470-5, R 470-1-1 et R 470-1-3 du code de commerce et par le décret 2010-1010 du 30 août 2010 relatif aux délégations du Ministre de l'économie en application de l'article L 470-5 du code de commerce ; que l'arrêté du 24 septembre 2010 organise pour sa part la suppléance en cas d'empêchement des représentants du Ministre ; que la jurisprudence du tribunal de commerce de Lille, dans une affaire précédente et très similaire, a déjà jugé valide la représentation de M. X... et Mme Y...en fonction de la réglementation administrative alors existante dont les principes concernant la délégation de pouvoirs n'ont pas varié fondamentalement ; que Mme Y...est intervenue tout au long de la procédure ; qu'elle est reconnue du tribunal ; que la procédure et le respect du contradictoire ont été assurés sans contestation sérieuse des parties ; que Mme Y...était donc bien en droit de déposer des conclusions et de les développer oralement à l'audience ; que dès lors, le tribunal dira valide la représentation du Ministre et recevable son action ; qu'il débouterait en conséquence la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité de l'action du Ministre ;

1 - ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut retenir, dans sa décision, les documents produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; qu'en l'espèce, la société Eurauchan faisait valoir l'irrégularité de la procédure de première

instance et du jugement, dès lors que le pouvoir, produit par Mme Y...à l'audience du tribunal, ne lui avait pas été communiqué préalablement, partant devait être écarté, le seul pouvoir effectivement communiqué visant une représentation devant le tribunal de commerce de Roubaix Tourcoing et non de Lille, (conclusions, p. 37 et svtes) ; qu'elle produisait, à l'appui de sa demande, le pouvoir qui lui avait été communiqué, désignant effectivement Mme Y...pour représenter M. X... devant le tribunal de Roubaix Tourcoing ; qu'en se bornant à énoncer, pour débouter la société Eurauchan de sa demande, à affirmer que « les documents relatifs à la représentation du Ministre ont été communiqués, selon bordereau au dossier, à la société Eurauchan, qui a pu les discuter », sans répondre au moyen tiré de ce que le pouvoir produit à l'audience du tribunal n'était pas celui préalablement communiqué, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2 - ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut retenir, dans sa décision, les documents produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; qu'à supposer que la cour d'appel se soit fondée sur les motifs des premiers juges ayant, pour dire, en dépit de l'absence de communication préalable du pouvoir produit par Mme Y...à l'audience, que la représentation du ministre était valable et sa demande recevable, que Mme Y...est intervenue tout au long de la procédure, qu'elle est reconnue du tribunal, que la procédure et le respect du contradictoire ont été assurés sans contestation sérieuse des parties et qu'elle était donc bien en droit de déposer des conclusions et de les développer oralement à l'audience, la cour d'appel a méconnu le principe du contradictoire, en violation des articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 16 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE la société Eurauchan soutient que, pour agir, le Ministre devait préalablement informer ses différents cocontractants de l'action engagée, qu'il a renoncé à son action en nullité et qu'en conséquence, sa demande de condamnation à une amende civile est dénuée de fondement ; que selon le Ministre, la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 mai 2011 (information des parties en cas de demande d'annulation de clauses ou contrats instruments d'une pratique abusive et/ ou de restitution de sommes indûment perçues) ne s'applique pas au présent litige dès lors que le Ministre a retiré sa demande initiale en nullité des clauses litigieuses ; que la demande de cessation des pratiques illicites n'équivaut pas à une demande de nullité des clauses litigieuses ; que l'information des fournisseurs n'est pas nécessaire lorsque le Ministre formule une demande de cessation pour l'avenir des pratiques ; que, selon les termes de l'assignation délivrée à la société Eurauchan le 29 octobre 2009, le Ministre demandait au tribunal de commerce de Lille de constater le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit d'Eurauchan, de constater la nullité des clauses 14. 1. 3, 14. 1. 2, 14. 2. 2 et en Annexe 4 de la Convention Eurauchan, de condamner la société Eurauchan à payer une amende civile de 2 000 000 euros et à supporter les entiers dépens ; qu'ultérieurement, le Ministre a modifié ses demandes, abandonnant la constatation de la nullité des clauses et sollicitant du tribunal de commerce qu'il enjoigne à la société Eurauchan de « cesser ses pratiques pour l'avenir », outre le prononcé d'une amende de 2 000 000 euros ; que si l'exigence de l'information des parties aux contrats, en l'espèce les fournisseurs, a été précisée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 mai 2011, il n'apparaît pas que les termes de cette décision permettent de soutenir que l'information des fournisseurs soit imposée en préalable à l'introduction de la demande en justice ; que, par ailleurs, que ce soit dans la décision ou dans le commentaire qu'il en a fait, le Conseil constitutionnel a envisagé l'information des fournisseurs dans le cadre de l'action en nullité contractuelle et en restitution de sommes d'argent ce qui n'est pas l'objet du litige actuel ; que la demande du Ministre ne se heurte pas aux dispositions de l'article 6 § 1 de la CEDH ;

ET AUX MOTIFS, adoptés des premiers juges, QUE l'action du Ministre est reconnue comme une action autonome de

protection du marché, qu'il agit en réparation des dommages à l'ordre public économique ; que le Ministre ne demande pas la nullité des clauses illicites ou la répétition de l'indu en faveur de fournisseurs identifiés ; qu'il n'a donc pas à justifier de leur identité ; qu'il n'agit pas en défense de droits personnels ; que la plupart des victimes des déséquilibres concernés renoncent à faire valoir leurs droits et souhaitent préserver leur anonymat vis-à-vis de la grande distribution ; qu'il agit seul en ne visant que le prononcé d'une amende civile ; qu'au cas présent, la nullité des clauses et la répétition de l'indu n'étant pas demandées, la condition préalable relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13. 05. 2011 ne trouve pas à s'appliquer et qu'il ne peut être reproché au Ministre de ne pas avoir informé les fournisseurs de l'introduction d'une action contre la société Eurauchan ;

ALORS QUE la recevabilité de l'action du ministre, prévue à l'article L 442-6 III du code de commerce, est subordonnée à l'information des parties au contrat litigieux ; que cette obligation d'information s'impose en tout état de cause, y compris lorsque le ministre ne demande que la cessation de la pratique incriminée et le paiement d'une amende civile dès lors que ces demandes impliquent nécessairement une appréciation de la licéité de la pratique mise en jeu dans les contrats conclus de nature à influencer sur une éventuelle décision à venir sur les droits et obligations des parties aux contrats conclus ; qu'en jugeant néanmoins que la demande du ministre était recevable, peu important qu'il n'ait pas informé les parties aux contrats, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de la liberté contractuelle et l'article 1134 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE la société EURAUCHAN soutient :- qu'il convient de savoir si l'article L 442-6 est conforme aux droits fondamentaux en assurant un procès équitable, en répondant au principe de légalité des peines et en étant suffisamment précis,- que la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne est applicable au présent litige,- que l'action du Ministre contrevient au droit au recours effectif, à l'accès à un tribunal impartial et à l'égalité des armes, précisé par les articles 47, 48 de la Charte des droits fondamentaux, que l'autonomie de l'action du Ministre ainsi que les moyens mis à sa disposition sont disproportionnés par rapport aux buts choisis par le législateur, que les moyens mis à la disposition du Ministre de l'Economie et des Finances-qui peut agir en lieu et place de la prétendue victime d'un préjudice-par le législateur, sont d'une ampleur considérable et disproportionnée par rapport au but recherché, que le principe d'égalité des armes s'oppose au désavantage dont elle souffre par rapport au Ministre en matière d'administration de la preuve-ce dernier disposant d'une administration ; celle de la DGCCRF, dotée de pouvoirs d'investigation exorbitants-et en matière d'accès au dossier et de communication des pièces de la procédure-l'administration pouvant s'affranchir du respect du contradictoire et disposant de la faculté d'apporter des preuves constituées par elle-même,- que l'action du Ministre contrevient aux dispositions de l'art 49 de la Charte, qu'en effet, ce texte relevant de la matière pénale, il apparaît que la définition claire de ces infractions et des peines n'est pas satisfaite, que la notion de déséquilibre significatif reste parfaitement abstraite, et que les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° et L. 442-6 III peuvent être interprétées largement, que les dispositions précitées sont contraires à l'article 49 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction » ; - que l'action du Ministre doit être interprétée au regard des articles 6 § 1 et 7 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ; que le Ministre réplique en soutenant :- que l'appelante a été à même d'organiser sa défense devant les premiers juges et n'a pas été placée dans une situation de net désavantage par rapport à lui pour présenter sa cause et ce d'autant plus que la modification de ses écritures (retrait de la demande en nullité des clauses litigieuses) a consisté en un allègement de ses demandes ; - qu'en premier lieu, les demandes de questions préjudicielles formées par l'appelante sont irrecevables en ce qu'elles ne l'ont pas été in limine litis alors même qu'elles constituent des exceptions de procédure au sens de l'article 74 du code de procédure civile ; - que la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne n'a nullement vocation à s'appliquer aux articles L. 442-6- I 2° et III du code de

commerce, et qu'en conséquence. la demande de l'appelante doit être rejetée sur le fondement de l'article 51 de la Charte ; - que son action ne contrevient pas aux droits à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial prévus à l'article 47 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne ni à la présomption d'innocence et au respect des droits de la défense prévus à l'article 48 de la Charte précitée ; - que l'argument tiré de la contradiction de l'article L. 442-6 I 2° avec l'article 49 de la Charte est fallacieux dès lors que le Conseil constitutionnel a considéré par sa décision du 13 janvier 2011 que la notion de déséquilibre significatif était suffisamment claire et précise au regard du principe de légalité des délits et des peines ; - que la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour se prononcer sur la validité des dispositions du droit national ; qu'en outre, si la Cour devait se saisir des questions posées par l'appelante, elle ne pourra que confirmer que les articles L. 442 6 I 2° et III du code de commerce sont conformes à la Charte des Droits fondamentaux ; - que la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas. non plus compétente pour se prononcer sur la conformité des articles du Code de commerce avec les articles 6 § 1 et 7 de la Convention EDH ; - qu'en tout état de cause, ses demandes fondées sur les articles 1. 442-612° et III du Code de commerce respectent les droits garantis par les articles 6 § 1 et 7 de la Convention EDH ; que selon l'article 6 du Traité TUE, « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des Droits Fondamentaux du 7 décembre 2000 telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg laquelle a la même valeur juridique que les traités », que l'article 51 précise : « I. les dispositions de la présente Charte s'adressent aux : institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et promeuvent l'application conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. II. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités » ; qu'il résulte de ces textes que si la Charte a une valeur juridique de droit primaire et si les juridictions tant de l'Union que celles des Etats membres doivent l'interpréter et l'appliquer comme telle, encore faut-il que ce soit dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de l'Union ; que pour le démontrer, la société EURAUCHAN expose que le droit de l'Union a une force supérieure au droit national, que la loi LME dont sont tirées les dispositions de l'art L 442-6 peut avoir une application extraterritoriale et que les dispositions de l'art L 442-6- I 2° et III, ressemblent à s'y « méprendre » aux dispositions de l'art L 464-2 et aux règles communautaires en la matière ; que toutefois et à juste titre, le Ministre soutient que les dispositions dont il demande l'application ne mettent pas en oeuvre les règles du droit de l'Union ; qu'il n'apparaît nullement que les pratiques dénoncées par le Ministre peuvent affecter sensiblement le commerce entre les états membres et sont susceptibles d'être analysées par rapport aux dispositions de la Charte ; qu'aux termes de l'article 19 § TFUE et de l'article 262 TFUE que « La CJUE est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes et organismes de l'Union » ; qu'en l'espèce, la CJUE ne saurait être saisie d'une question préjudicielle concernant la mise en oeuvre de l'article L 442-6 du code de commerce qui n'entre pas dans le champ de sa compétence ; enfin qu'il appartient de justifier que les dispositions de l'article L 442-6 du Code de commerce auraient pour effet de ne pas respecter les articles 6 § 1 et 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui consacrent pour le premier le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, et pour le second le principe de légalité de la peine ; qu'EURAUCHAN considère que l'action du Ministre engagée en application de l'article L 442 6 est, par son caractère autonome, contraire à ces textes, qu'elle lui interdit de disposer des facultés ordinaires de résolution des litiges, transaction, médiation, arbitrage. qu'elle interdit le choix d'agir ou de ne pas agir et ne constitue pas un outil de police contractuelle, que les moyens de l'Etat sont hors de proportion avec le but à atteindre et d'une « violence inouïe », que ce soit dans l'administration de la preuve, ou encore pour l'accès au dossier et pour la communication des pièces, que ce soit pour définir l'infraction (notion de déséquilibre significatif) qui est imprécise et doit faire l'objet d'une interprétation comme l'expose la présidente de la CEPC ; que pour ce qui concerne l'action du Ministre en application de l'article L 442-6, il apparaît que c'est le rôle prépondérant donné au Ministre d'engager seul la procédure sans se substituer aux cocontractants qui est remis en cause par EURAUCHAN ; que toutefois. le Ministre agit avant tout pour défendre l'ordre public économique qui est plus que la somme des intérêts des fournisseurs de la société EURAUCHAN et doit avoir les moyens de le faire, notamment en engageant seul la procédure et en demandant des condamnations à des amendes civiles ; qu'il n'est pas interdit aux « victimes » d'engager une procédure ou d'intervenir volontairement ou d'être assignées en intervention forcée de la part de l'une ou l'autre des parties mais il doit leur être également laissée la possibilité de ne pas agir, tant le rapport des forces en présence est alors inégal ; que l'équilibre entre les parties est assuré par la soumission de l'action du Ministre aux dispositions du code de procédure civile. que ce soit pour le mode de résolution des conflits, pour l'administration de la preuve ou encore pour la communication des pièces) étant rappelé

que le procès est la chose des parties qui apportent au soutien de leurs prétentions les éléments de preuve qu'elles choisissent, et que le juge statue au vu des seuls éléments de preuve qui lui sont communiqués ; qu'il apparaît que la mise en oeuvre des dispositions de l'article L 442-6 I 2° ne porte pas atteinte aux droits de la défense, à l'égalité des armes et au procès équitable prévu par l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

ET AUX MOTIFS, ADOPTES DES PREMIERS JUGES, QUE la CDFUE a acquis une valeur contraignante depuis le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1. 12. 2009. Ses principes, intégrés au dispositif du droit de l'UE, constituent des normes juridiques supérieures aux normes nationales ; la question préjudicielle posée par la société EURAUCHAN porte sur l'interprétation par la CJUE des articles 47, 48 et 49 de la CDFUE et leur conformité aux dispositions de l'article L442-6 I 2° et III du code de commerce ; les articles 47, 48 et 49 concernent respectivement le « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », la « Présomption d'innocence et droits de la défense des justiciables à un procès et à une défense équitable », les « principes : de légalité et de proportionnalité des délits et des peines » ;

Sur le champ d'application de la CDFUE et la compétence de la CJUE :

Le champ d'application de la CDFUE est précisé à l'article 51 qui prévoit :

« I. Les dispositions de la présente charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives » ; or, la société EURAUCHAN ne précise pas en quoi l'article L442-6- I 2° et III transpose ou met en oeuvre un droit ou une directive de l'UE. Au contraire, le tribunal relève que cette disposition concerne le droit de la concurrence en France et plus particulièrement les pratiques nationales restrictives de concurrence. Il s'agit d'une spécificité française et non de l'application du droit de l'UE ; plusieurs cas de jurisprudence révèlent que la CJUE s'est déclarée incompétente pour se prononcer sur la validité des textes du droit national (cf. ordonnance CJUE du 16. 01. 2008) ; il n'est donc pas démontré que la question préjudicielle soulevée par la société EURAUCHAN entre bien dans le champ de compétence de la CJUE ; cependant, à supposer une large interprétation par la CJUE de son domaine de compétence ce que la formulation très ouverte des questions d'EURAUCHAN pourrait faciliter, le tribunal ne peut écarter totalement la question préjudicielle pour ce seul motif. Il convient d'apprécier par le tribunal l'intérêt sur le fond des moyens avancés par EURAUCHAN ;

sur la première question : le principe d'égalité

: la société EURAUCHAN critique l'article L442-6 qui en matière de respect de la concurrence permet désormais au ministre d'agir en réparation à la place de la victime prétendue, d'obtenir des indemnités au nom de la victime et d'obtenir une amende civile ; suite aux 2 arrêts de la Cour de cassation du 8. 07. 2008 concernant le ministre contre ITM et GALEC et relatif à l'article L442-6 il est désormais acquis que l'action du ministre de l'économie est « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs » ; la Cour relève aussi qu' : « aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 442-6- III du code de commerce, le ministre chargé de l'économie peut, dans le cadre de son action, demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6- I et qu'il peut également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou des contrats illicites et demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile » ; La société EURAUCHAN convient elle-même de ce principe d'autonomie mais elle met en cause plus spécialement l'ampleur et la disproportion des moyens mis en oeuvre par le ministre dans son action : la disposition d'une administration (DGCCRF) et le non-respect du contradictoire ; EURAUCHAN qui pour l'essentiel limite son propos à des remarques d'ordre général ne démontre pas de manière probante la disproportion effective de ces moyens et les atteintes à la liberté qu'elles pourraient générer et qu'EURAUCHAN aurait directement supportées. D'autant que les États disposent au regard de la CJUE d'une « marge d'appréciation nationale » ; au contraire, il convient d'observer que les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF sont soumis à une réglementation précise (Titre V du Livre IV 1 articles L450-1 et suivants du code de commerce). Notamment, ses agents sont accrédités. Un double des procès-verbaux d'enquête est laissé aux parties. Lors de l'enquête de la DGCCRF concernant la société EURAUCHAN, celle-ci n'a soulevé aucune irrégularité ou procédé déloyal ; quant au respect par le ministre du contradictoire de la présente instance, l'action du ministre obéit aux règles du code de procédure civile, ce principe a été respecté et le Tribunal y a veillé. En particulier, le

Tribunal a spontanément adressé à EURAUCHAN la lettre du 16. 06. 2010 de la DGCCRF demandant d'avancer la date des plaidoiries ;

ALORS QUE le droit à un procès équitable implique le respect d'une contradiction effective, de la loyauté de la procédure et du principe de l'égalité des armes ; que chaque partie doit pouvoir se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à la partie adverse et, notamment, par rapport à l'accusation ; qu'en l'espèce, la société Eurauchan faisait valoir qu'alors que le ministre disposait, seul, de moyens extraordinaires pour recueillir des éléments de preuve, elle n'avait pu avoir accès au dossier d'enquête de la DGCCRF, y compris dans les éléments qui lui étaient favorables, qui ne lui avait pas été communiqués contradictoirement ; qu'en se bornant, pour dire que la mise en oeuvre des dispositions de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce ne portait pas atteinte aux droits de la défense, à l'égalité des armes et au procès équitable, à affirmer que « l'équilibre entre les parties est assuré par la soumission de l'action du ministre, que ce soit pour l'administration de la preuve ou la communication des pièces, étant rappelé que le procès est la chose des parties qui apportent au soutien de leurs prétentions les éléments de preuve qu'elles choisissent et que le juge statue au vu des seuls éléments de preuve qui lui sont communiqués », sans rechercher s'il ne ressortait pas de la conjugaison des pouvoirs exceptionnels du ministre pour recueillir des éléments de preuve et de l'absence de communication des éléments ainsi recueillis, une situation de net désavantage pour la société Eurauchan par rapport à l'accusation, partant le caractère inéquitable de la procédure, prise dans son ensemble, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE la société EURAUCHAN soutient :- qu'il convient de savoir si l'article L 442-6 est conforme aux droits fondamentaux en assurant un procès équitable, en répondant au principe de légalité des peines et en étant suffisamment précis ;- que la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne est applicable au présent litige (la valeur contraignante de ce texte s'impose aux Etats membres depuis rentrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 12 décembre 2009) ;- que l'action du Ministre contrevient au droit au recours effectif, à l'accès à un tribunal impartial et à l'égalité des armes, précisé par les articles 47, 48 de la Charte des droits fondamentaux ; que l'autonomie de l'action du Ministre ainsi que les moyens mis à sa disposition sont disproportionnés par rapport aux buts choisis par le législateur, que les moyens mis à la disposition du Ministre de l'Economie et des Finances-qui peut agir en lieu et place de la prétendue victime d'un préjudice-par le législateur, sont d'une ampleur considérable et disproportionnée par rapport au but recherché ; que le principe d'égalité des armes s'oppose au désavantage dont elle souffre par rapport au MINISTRE en matière d'administration de la preuve-ce dernier disposant d'une administration ; celle de la DGCCRF) dotée de pouvoirs d'investigation exorbitants-et en matière d'accès au dossier et de communication des pièces de la procédure-l'administration pouvant s'affranchir du, respect du contradictoire et disposant de la faculté d'apporter des preuves constituées par elle-même ;- que l'action du Ministre contrevient aux dispositions de l'art 49 de la Charte, qu'en effet, ce texte relevant de la matière pénale, il apparaît que la définition claire de ces infractions et des peines n'est pas satisfaite, que la notion de déséquilibre significatif reste parfaitement abstraite, et que les dispositions de l'article L. 442 6 I 2° et L. 442-6 III peuvent être interprétées largement, que les dispositions précitées sont contraires à l'article 49 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction » ;- que l'action du Ministre doit être interprétée au regard des articles 6 § 1 et 7 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ; que le Ministre réplique en soutenant :- que l'appelante a été à même d'organiser sa défense devant les premiers juges et n'a pas été placée dans une situation de net désavantage par rapport à lui pour présenter sa cause et ce d'autant plus que la modification de ses écritures (retrait de la demande en nullité des

clauses litigieuses) a consisté en un allègement de ses demandes ; - qu'en premier lieu, les demandes de questions préjudicielles formées par l'appelante sont irrecevables en ce qu'elles ne l'ont pas été in limine litis alors même qu'elles constituent des exceptions de procédure au sens de l'article 74 du code de procédure civile ; - que la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne n'a nullement vocation à s'appliquer aux articles L. 442-6- I 2° et III du code de commerce, et qu'en conséquence, la demande de l'appelante doit être rejetée sur le fondement de l'article 51 de la Charte ; - que son action ne contrevient pas aux droits à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial prévus à l'article 47 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne ni à la présomption d'innocence et au respect des droits de la défense prévus à l'article 48 de la Charte précitée ; - que l'argument tiré de la contradiction de l'article L. 442-6 1 2° avec l'article 49 de la Charte est fallacieux dès lors que le Conseil constitutionnel a considéré par sa décision du 13 janvier 2011 que la notion de déséquilibre significatif était suffisamment claire et précise au regard du principe de légalité des délits et des peines ; - que la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour se prononcer sur la validité des dispositions du droit national ; qu'en outre, si la Cour devait se saisir des questions posées par l'appelante, elle ne pourra que confirmer que les articles L. 442-6 I 2° et III du code de commerce sont conformes à la Charte des Droits fondamentaux ; - que la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas, non plus compétente pour se prononcer sur la conformité des articles du Code de commerce avec les articles 6 § 1 et 7 de la Convention EDH ; - qu'en tout état de cause, ses demandes fondées sur les articles 1. 442-6 I 2° et III du Code de commerce respectent les droits garantis par les articles 6 § 1 et 7 de la Convention EDH ; que selon l'article 6 du Traité TUE, « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des Droits Fondamentaux du 7 décembre 2000 telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg laquelle a la même valeur juridique que les traités », que l'article 51 précise : « I. les dispositions de la présente Charte s'adressent aux : institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et promeuvent l'application conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. II. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités » ; qu'il résulte de ces textes que si la Charte a une valeur juridique de droit primaire et si les juridictions tant de l'Union que celles des Etats membres doivent l'interpréter et l'appliquer comme telle, encore faut-il que ce soit dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de l'Union ; que pour le démontrer, la société EURAUCHAN expose que le droit de l'Union a une force supérieure au droit national, que la loi LME dont sont tirées les dispositions de l'art L 442-6 peut avoir une application extraterritoriale et que les dispositions de l'art L 442-6 I 2° et III, ressemblent à s'y « méprendre » aux dispositions de l'art L 464-2 et aux règles communautaires en la matière ; que toutefois et à juste titre, le Ministre soutient que les dispositions dont il demande l'application ne mettent pas en oeuvre les règles du droit de l'Union ; qu'il n'apparaît nullement que les pratiques dénoncées par le Ministre peuvent affecter sensiblement le commerce entre les états membres et sont susceptibles d'être analysées par rapport aux dispositions de la Charte ; qu'aux termes de l'article 19 § TFUE et de l'article 262 TFUE que « La CJUE est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes et organismes de l'Union », qu'en l'espèce, la CJUE ne saurait être saisie d'une question préjudicielle concernant la mise en oeuvre de l'article L 442-6 du code de commerce qui n'entre pas dans le champ de sa compétence ; - qu'il est désormais acquis que le principe de légalité des peines s'applique aux amendes civiles et qu'ainsi l'article 7 § 1 de la Convention peut être utilement invoqué ; qu'il sera cependant rappelé qu'en retenant la notion de « déséquilibre significatif », le législateur a renvoyé à une notion parfaitement connue et suffisamment claire et précise du droit de la consommation insérée dans l'article L 132-1 du code de la consommation, lequel reprend les termes de l'article 3 de la directive sont parfaitement proportionnées aux droits fondamentaux des opérateurs économiques et justifiées par l'ordre économique ;

1 - ALORS QUE les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, laquelle a valeur juridique de droit primaire, s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité ainsi qu'aux Etats lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union ; que la Charte impose, en son article 49, le respect des principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines ; que la cour d'appel a retenu que la notion de « déséquilibre significatif », mise en oeuvre par le législateur renvoyait à cette même notion, prévue à l'article L 132-1 du code de la consommation reprenant lui-même les termes de l'article 3 de la directive 93/ 13 du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; qu'en énonçant cependant, pour débouter la société Eurauchan de sa demande tendant à ce qu'il soit jugé que les dispositions des articles L 442-6- I 2° et L 442-6- III du code de commerce, prises ensemble, sont contraires à l'article 49 de la Charte des

droits fondamentaux de l'Union, que le ministre soutient à juste titre que les dispositions dont il demande l'application ne mettent pas en oeuvre les règles du droit de l'Union, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles 49 et 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ;

2 - ALORS QUE dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que les dispositions de l'article L 442-6- I 2° et L 442-6- III du code de commerce, combinées, en ce qu'elles incriminaient le fait de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, étaient, au regard de leur imprécision, contraires au principe de légalité des délits et des peines, consacrés par l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3 - ALORS QUE, subsidiairement, toute infraction doit être clairement définie par la loi, ce qui suppose que le justiciable puisse savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux et d'un avis juridique éclairé, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ; que la notion d'obligation créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ne permet pas au justiciable d'appréhender quelle pratique est de nature à justifier à son encontre le prononcé d'une amende civile ayant le caractère de sanction répressive ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4 - ALORS QUE, subsidiairement, nul ne peut être condamné pour une infraction qui, à la date de commission des faits, n'était pas clairement définie par la loi ; qu'à supposer même que l'on retienne que la notion de « déséquilibre significatif » est, depuis la décision rendue le 13 janvier 2011 par le Conseil constitutionnel, suffisamment précise pour que l'infraction soit considérée comme clairement définie, la cour d'appel, en condamnant la société Eurauchan pour des pratiques commises antérieurement, a violé l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE l'article L 442-6 du code de commerce donne au Ministre le pouvoir de « demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article », de « demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à deux millions d'euros » ; que ces demandes ne sont pas subordonnées à la demande concomitante que « soient constatées nulles les clauses ou contrats illicites » sous peine d'irrecevabilité ; qu'au soutien de sa démonstration, le Ministre peut faire référence à l'existence de contrats signés par Eurauchan et ses fournisseurs désignés, contrats qui sont reconduits chaque année sans modification, comme l'annexe 4 relative au taux de service de sorte que la décision rendue sur la demande du Ministre n'est pas un arrêt de règlement ;

ALORS QUE si le ministre chargé de l'économie peut, en application de l'article L 442-6 III du code de commerce, exercer l'action en responsabilité, prévue à l'article L 442-6 I du même code et demander, à l'occasion de cette action, que soit ordonnée la cessation des pratiques mentionnées, que soit constatée la nullité, pour toutes ces pratiques, des clauses ou contrats illicites, la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende civile et la réparation des préjudices subis, ce texte ne lui confère aucune action, aucun droit d'agir, en dehors de tout contrat litigieux, aux fins d'obtenir préventivement la suppression de clauses estimées illicites dans un contrat type proposé à la négociation entre professionnels ; qu'en déclarant cependant recevable et en faisant droit à la demande du ministre tendant à ce qu'il soit enjoint au distributeur de ne pas réintroduire à l'avenir les clauses litigieuses, relatives aux conditions de révision de prix, (14. 1. 2 et 14. 1. 3 du

contrat) et au taux de service, (annexe 4 du contrat), dans les contrats types conclus avec ses fournisseurs, la cour d'appel a ajouté aux dispositions de l'article L 442-6 III du code de commerce, en violation de ce texte.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION, (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du Ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros ;

AUX MOTIFS QUE l'article L 442-6- I 2° du code de commerce vise le déséquilibre dans les droits et obligations des parties, qu'il invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et l'économie du contrat ; que la négociation distributeur-fournisseur existe ; qu'elle n'a toutefois pas pour effet automatique d'exclure le déséquilibre, tant il apparaît que le rapport des forces en présence reste inégal ; que le poids économique des parties n'est pas le même ; que les chiffres d'affaires réalisés par les fournisseurs qu'invoque Eurauchan ne révèlent pas la situation exacte d'un bon nombre d'entre eux ; que la rupture des relations commerciales sous-jacente dans les négociations dont la société Eurauchan fait état aurait pour le fournisseur des conséquences économiques très importantes, lui faisant perdre ses positions commerciales, ce qui ne le met pas en position de négocier utilement et d'engager, le cas échéant, une action en justice ; que, dans la convention unique, même négociée, il existe fondamentalement un déséquilibre ; que le déséquilibre devient significatif par la présence, dans le contrat unique, d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur, néfastes pour l'économie (et pour le consommateur), que l'action engagée par le Ministre sur les dispositions de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce essaye de corriger ; qu'il importe peu que ces obligations soient ou non exécutées, puisque la loi vise l'obtention ou la « tentative d'obtention » d'un avantage quelconque et qu'il importe peu aussi que les effets concrets du déséquilibre ne soient pas mesurés ; que, comme il sera dit ci-après, la société Eurauchan allègue mais ne justifie pas que, par la négociation, d'autres clauses du contrat viennent compenser le déséquilibre significatif ainsi causé ;

1 - ALORS QU'aux termes de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur, le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » susceptible d'engager la responsabilité de son auteur est un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, qui doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble de ces droits et obligations, tel qu'il ressort du contrat, pris dans sa globalité, et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en énonçant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que le déséquilibre est constitué par l'existence d'une convention unique, même négociée et qu'il devient significatif par la présence dans le contrat type proposé d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur et néfastes pour l'économie, la cour d'appel a violé les dispositions du texte susvisé, ensemble et par fausse application celles de l'article L 442-6 II du même code ;

2 - ALORS QUE toute infraction, susceptible d'être sanctionnée, ayant le caractère de punition, doit être définie dans des termes suffisamment clairs et précis ; que le Conseil constitutionnel a décidé, le 13 janvier 2011, que la définition des pratiques prohibées par l'article L 442-6 I 2° du code de commerce était suffisamment claire et précise dès lors que le législateur s'est référé à la notion juridique de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » qui est une notion juridique déjà connue, puisque prévue à l'article L 132-1 du code de la consommation et que cette notion a déjà fait l'objet de nombreuses précisions par la jurisprudence ; qu'il résulte tant des dispositions de l'article L 132-1 du code de la consommation que des décisions juridictionnelles rendues sur le fondement de ce texte, que la notion juridique de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » est une notion prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en retenant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre

significatif dans les droits et obligations des parties, sur le seul examen qu'en retenant néanmoins, que le juge peut apprécier l'existence d'un « déséquilibre significatif entre les droits et parties » au seul vu d'une clause figurant dans le contrat type proposé aux fournisseurs, la cour d'appel a violé les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensemble l'article L 442-6 I 2° du code de commerce ;

3 - ALORS QU'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il appartient à la société Eurauchan de justifier que, par la négociation, d'autres clauses du contrat viennent compenser le déséquilibre ainsi causé, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L 442-6 I 2° du code de commerce.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE l'article 14 (conditions tarifaires-facturation-paiement) précise :

« 14. 1 : conditions tarifaires :

14. 1. 1 : Si par les présentes conditions, Auchan souhaite affirmer le principe de liberté des prix permettant au fournisseur de fixer librement son tarif général, elle estime cependant qu'à l'issue de la négociation commerciale, les prix du fournisseur s'entendent de prix fermes de telle sorte qu'aucune augmentation de tarif ne pourra intervenir en cours d'année ou du moins sans le consentement d'Auchan.

Ceci étant, en cours d'année :

14. 1. 2. Toute proposition de hausse de prix que le fournisseur souhaiterait appliquer en cours d'année devra être notifiée par lettre recommandée avec avis de réception et devra être accompagnée des éléments objectifs sur la base desquels le fournisseur entend procéder à une augmentation de ses tarifs.

Dans l'hypothèse où Auchan accepterait la révision du prix convenu en cours d'année, deux hypothèses sont à distinguer :

14. 1. 2. 1 : En cas de hausse de tarif prix par des paramètres externes non maîtrisables par le fournisseur, telle que la hausse des prix des matières premières, le préavis précité ne pourra être inférieur à deux mois à compter de son acceptation par Auchan. Ledit préavis correspond à des besoins internes et techniques d'Auchan en terme notamment d'acceptation des politiques commerciales à la revente et paramétrage des outils informatiques.

14. 1. 2. 2. : Si la hausse de tarif ne correspond pas strictement aux dits paramètres externes, elle ne peut s'appliquer qu'après l'accord exprès d'Auchan et sous réserve d'un préavis à définir qui ne pourra être inférieur à quatre mois à compter de son acceptation par Auchan. Aussi, Auchan attire l'attention du fournisseur sur le fait que ce préavis doit respecter les dispositions de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. Les relations commerciales des parties étant notamment fondées sur l'élément prix, élément déterminant de l'acte d'achat d'Auchan, toute hausse substantielle des tarifs qui ne serait pas justifiée par des paramètres externes et qui serait de nature à remettre en cause l'économie

générale des relations commerciales et contractuelles des parties est en effet susceptible de provoquer la rupture desdites relations commerciales.

14. 1. 3. : De la même manière, Auchan estime que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou des prix des matières premières vaut dénonciation de l'accord commercial et obligation de renégociation.

14. 1. 4 : Auchan souhaite rappeler au fournisseur qu'elle estime que le présent article 14. 1 comme étant essentiel et déterminant dans les relations commerciales des parties de telle sorte que toute clause insérée ultérieurement par le fournisseur serait nulle et réputée non écrite. De même, si cette disposition n'agrée pas le fournisseur, celui-ci est invité à en tirer toutes conséquences dans la limite du respect des dispositions de l'article L 442-6- I 5° du code de commerce. »

que la clause de révision de prix par la baisse et la hausse des tarifs ne saurait être remise en cause ; que s'il s'agit comme le soutient EURAUCHAN, d'une clause accessoire, elle reste pour autant « essentielle et déterminante » ; que le nombre de contestations démontre que ce texte revêt également un caractère déterminant pour le fournisseur ; que la société EURAUCHAN explique s'être conformée aux souhaits de ses fournisseurs et en considération de leurs conditions générales de vente et estime que le parallélisme dans la procédure de renégociation ne peut exister ; que toutefois, le déséquilibre n'est pas apprécié au regard de l'élément qui déclenche la révision de prix mais au regard des conditions de mise en oeuvre de la révision dans la mesure où il n'existe pas de réciprocité (délais, justificatifs, conséquences) selon que l'initiative en revient à EURAUCHAN ou aux fournisseurs (article 14. 1. 2 et 14. 1. 3) ; que la baisse de tarif initiée par Auchan rend systématique la dénonciation de l'accord et obligation de renégocier, qu'elle est immédiate ; que pour demander la hausse du tarif, les fournisseurs doivent justifier des « éléments objectifs sur la base desquels ils entendent procéder à une « augmentation », sans que la teneur de ces éléments objectifs soit connue, de sorte que, comme le remarque Bonduelle, un des fournisseurs, EURAUCHAN a « la possibilité de figer le tarif et de continuer d'acheter à l'ancien tarif pendant un laps de temps qui peut être important » ou encore négocier de nouvelles conditions commerciales qui peuvent alors annihiler la hausse de tarif ; que l'on peut constater que certains fournisseurs, comme la société Lascad (spécialiste capillaire et dermatologique) ou la société Mars Petcarex and Food France (fournisseur d'aliments pour animaux, biscuits et friandises, litières) ou la société Pain Jacquet contestent les termes de cet article qu'ils souhaitent voir modifié ou supprimé mais qu'Auchan fait savoir que toute modification doit recueillir son consentement (courriers du 28 avril et du 12 mai 2009) ; que si, comme en fait état Auchan, une négociation peut donner lieu à des modifications sur certains points du contrat, il apparaît que la modification de l'article 14 est toujours refusée (avenants Bonduelle 2009, Mac Cain, Mars Petcarex and Food France, Lascad) et qu'il appartient à Eurauchan de démontrer, ce qu'elle ne fait qu'alléguer, que la modification des autres clauses, à l'issue de la négociation dont elle fait état, a permis néanmoins de rééquilibrer le contrat ; qu'en tout état de cause, ce texte est érigé en principe ; qu'il se trouve à nouveau dans la convention annuelle 2010 et est dénoncé par la société Bonduelle,

ET AUX MOTIFS, adoptés du jugement entrepris en date du 7 septembre 2011, QUE dans sa convention type dénommée « convention de distribution EURAUCHAN 2009 » la société EURAUCHAN insiste à juste titre sur le principe d'intangibilité des tarifs négociés annuellement (article 14. 1. 1) mais quelle n'exclut pas une révision des tarifs à la hausse (14. 1. 2) ou à la baisse (14. 1. 3) en cours d'année ; qu'à la hausse elle assortit cette révision de conditions restrictives en soumettant tout relèvement de tarifs à une justification objective de la demande par le fournisseur, à un accord préalable de sa part et à des délais contraignants d'application de 2 ou 4 mois selon les cas ; Qu'EURAUCHAN se réserve ainsi la possibilité de nombreux obstacles à un éventuel accord, comme le blocage ou la simple inertie ; que le principe ou le résultat d'une telle négociation n'est jamais acquis, qu'elle implique à minima des concessions de la part du fournisseur (partage de la hausse, contreparties, délais...) ; qu'en parallèle, à la baisse, EURAUCHAN peut révoquer de façon unilatérale et à tout moment la convention au motif que le fournisseur n'a pas répercuté dans son tarif une baisse des coûts alors que les hausses ne sont pas soumises au même régime ; qu'EURAUCHAN tente ainsi de systématiser à son profit la dénonciation et la baisse des tarifs contrairement au principe d'intangibilité souligné au contrat ; que cette baisse n'est pas soumise à des délais d'application ; qu'elle profite immédiatement au distributeur ; que dans son rapport d'information du 06. 04. 2011 sur l'application de la loi LME la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale avait émis la proposition suivante : « Proposition : vos rapporteurs souhaitent que les règles permettant aux fournisseurs et aux distributeurs de prendre en considération une variation des prix des matières premières soient strictement parallèles selon qu'il s'agit d'une hausse ou d'une baisse de prix. » ; que la réciprocité de renégociation mise en avant par EURAUCHAN est déséquilibrée dans ses modalités d'application ; qu'inscrit dans la convention unique un tel désavantage

en défaveur des fournisseurs dans les obligations réciproques affecte " un des éléments déterminants de la relation commerciale, à savoir la formation du prix ; qu'il crée ainsi un déséquilibre final de l'ensemble des droits et obligations des partenaires lorsqu'ils sont soumis à des variations fortes et brutales de leurs prix de revient ; qu'EURAUCHAN s'est proposée de supprimer les articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 dans la rédaction de sa future convention 2012 ; que cet engagement sans constituer une reconnaissance fautive à ses yeux n'en constitue pas moins un révélateur des défauts des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3, lesquels ont d'ailleurs été conservés dans les conventions 2011 ; qu'à l'avenir EURAUCHAN déclare s'en tenir par « mesure d'opportunité commerciale » uniquement à l'article 14. 1 et n'entend donc pas maintenir la souplesse tarifaire recommandée à bon escient en cours d'année par la CEPC dans son avis du 19. 09. 2009, ce qui pour le Tribunal pourrait nuire à la préservation de l'équilibre commercial ; que, par ailleurs, que le Ministre a renoncé à demander l'annulation des clauses litigieuses ; que, dès lors, le Tribunal dira qu'en vertu de l'article L 442-6 1 du code de commerce la société EURAUCHAN a engagé sa responsabilité en tentant { (de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » du fait de l'articulation des clauses 14. 1. 2 et 14. 1. 3. de sa convention de distribution ; que, selon le même article, il enjoindra la société EURAUCHAN de cesser pour l'avenir la pratique utilisée ; qu'il actera la proposition de la société EURAUCHAN de supprimer les clauses abusives 14. 1. 2 et 14. 1. 3 dans sa prochaine convention annuelle ;

1 - ALORS QUE l'article L 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort de chaque contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en ce qu'elle s'est fondée, pour dire que la clause de révision de prix, figurant au contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs, créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, partant était illicite, sur les seuls termes de cette clause, indépendamment de toute situation contractuelle effective et sans considération pour les droits et obligations respectifs des parties tels qu'ils ressortent du contrat pris en son entier, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, ensemble et par fausse application l'article L 442-6 II du même code ;

2 - ALORS QUE subsidiairement dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou toute hausse de ses tarifs emportait, de la même manière, obligation de renégociation et poursuite du contrat initial si aucun accord n'était trouvé, le distributeur s'engageant seulement, de surcroît et dans l'intérêt des fournisseurs, à accepter le principe de révision à la hausse en cas d'éléments objectifs transmis par le fournisseur et avec un préavis différent selon que les éléments justifiant la hausse de tarif en cours de contrat étaient externes ou internes à l'organisation du fournisseur ; qu'elle indiquait encore que le parallélisme des formes ne pouvait être respecté dès lors que si les fournisseurs avaient effectivement tout intérêt à informer le distributeur d'une hausse de leur coût de revient, il n'en était nullement de même s'agissant d'une baisse de ces coûts ; qu'en se bornant, pour dire que la combinaison des clauses litigieuses créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à relever les conditions de mise en oeuvre de la révision n'étaient pas symétriques selon que l'initiative revenait à la société Eurauchan ou à ses fournisseurs, sans répondre au moyen tiré de ce que la différence de condition de mise en oeuvre de la révision des prix était la conséquence du fait que seuls les fournisseurs avaient connaissance d'une éventuelle modification de leurs coûts de revient et que cette différence était à leur avantage exclusif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3 - ALORS QU'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer, ce qu'elle ne fait qu'alléguer, que la modification des autres clauses à l'issue de la négociation dont elle fait état a permis de rééquilibrer le contrat, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L 442-6 I 2° du code de commerce ;

4 - ALORS QUE, subsidiairement, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que l'équilibre des contrats conclus, en ce inclus la clause de révision de prix, ressortait de l'ensemble des modifications et

avenants apportés au contrat par les fournisseurs lors des négociations, (conclusions, p. 46) ; qu'elle produisait, à l'appui de ses dires et en se référant aux contrats cités par le ministre, les contrats conclus établissant que les fournisseurs avaient effectivement pu modifier ou supprimer de nombreuses clauses du contrat type proposé, en vue d'assurer l'équilibre des droits et obligations entre les parties ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif, à affirmer que la société Eurauchan ne fait qu'« alléguer que la modification des autres clauses à l'issue de la négociation dont elle fait état a permis de rééquilibrer le contrat », sans rechercher, au vu des contrats modifiés qui lui étaient soumis, si la modification de certaines des clauses par les fournisseurs assurait l'équilibre des droits et obligations de parties, la cour d'appel a encore privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce ;

5 - ALORS QUE le contrat est la loi des parties ; que l'article L 442-6 I 2°

du code de commerce prohibe seulement le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction suppose le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que les fournisseurs, dont les contrats étaient cités par le Ministre et dont la puissance économique excluait qu'il puisse leur être « imposé » quelque condition que ce soit, voulaient se voir reconnaître le droit de modifier unilatéralement leurs prix en cours de contrat, ce qui était contraire à l'article L 441-7 du code de commerce et ce que la société Eurauchan n'était pas obligée d'accepter ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à affirmer que certains fournisseurs, (Bonduelle, Mac Cain, Mars Petcarex and Food France et Lascad) contestent les termes de cet article qu'ils souhaitent voir modifié ou supprimé mais que la société Eurauchan fait savoir que toute modification doit recueillir son consentement, sans rechercher si, eu égard à la personne des fournisseurs en cause, ensemble le droit de la société Eurauchan de refuser une modification unilatérale du prix en cours de contrat, la société Eurauchan avait effectivement « imposé » la clause litigieuse, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L 442-6-1 2° du code de commerce et 1134 du code civil ;

6 - ALORS QUE le contrat est la loi des parties ; que l'article L 442-6 I 2°

du code de commerce prohibe seulement le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction suppose le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; qu'en retenant pour dire que la société Eurauchan avait imposé à ses fournisseurs la clause litigieuse, que cette clause figurant au contrat type était, en tout état de cause, érigée en principe, la cour d'appel, qui a exclu, contra legem et par principe, l'existence d'une négociation entre les parties et a déduit le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » le partenaire commercial de la seule existence de la clause, dont elle a estimé qu'elle créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, a violé l'article L 442-6 I 2° du code de commerce.

HUITIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre et débouté la société Eurauchan de sa demande d'irrecevabilité, dit n'y avoir lieu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles envisagées par la société Eurauchan, dit que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, dit que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, enjoint à la société Eurauchan de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et prononcé à l'encontre de la société Eurauchan une amende civile de 1 000 000 euros,

AUX MOTIFS QUE selon l'annexe 4 (conditions d'approvisionnement) de la convention signée par EURAUCHAN et les fournisseurs, le taux de service est « l'écart de quantités entre les commandes et les livraisons ».... « en cas de non livraison ou livraison incomplète à la date et aux conditions prévues par la commande », qu'il est ainsi prévu un système

de pénalités en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 % ; qu'il est soutenu par EURAUCHAN qu'il s'agit de la transcription de l'article 1611 du Code civil dans la convention passée avec le fournisseur, qu'il s'agit d'un usage et que ce taux se retrouve dans les conditions générales de vente des fournisseurs, qu'il est approuvé par l'association ECR et la CEPC et est négocié ; qu'il s'explique par la recherche de performances et de qualité de service en matière d'approvisionnement mais qu'il est peu appliqué ; que, cependant, l'article 1611 du Code civil prévoit que le vendeur peut être condamné à des dommages-intérêts s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur du défaut de délivrance au terme convenu ; qu'en l'espèce et contrairement à ces dispositions, la clause relative au taux de service revêt un caractère automatique ; que, de plus, la définition du taux de service n'est pas clairement établie et que ses modalités de calcul ne sont pas précisées ;

qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du « chiffre d'affaires manquant » ; que, certes, les fournisseurs ont intégré le taux de service dans leurs conditions générales de vente, que toutefois le taux de service est alors déterminé au regard des activités spécifiques des fournisseurs ; que, contrairement à ce que soutient EURAUCHAN, il n'apparaît pas que cette disposition ait fait l'objet de négociations véritables ; qu'elle n'est jamais discutée avant la signature du contrat fixant les conditions d'approvisionnement, contrairement à ce que préconisait l'Association ECR, ce qui peut se traduire par l'absence de place laissée dans l'annexe pré-rédigée pour en modifier le contenu à la différence des autres annexes mais ce qui se révèle surtout dans l'uniformité du taux de service pour tous les fournisseurs sans considération de la nature de leur activité, de la relation existante ; qu'elle est contestée par de nombreux fournisseurs, la société Lascad, la société Mars Petcarex and Food France et Pain Jacquet par exemple mais, comme le répond Auchan, elle s'applique immédiatement ; que, par ailleurs, le fait que certains fournisseurs rejettent tout principe de pénalité en cette hypothèse ne peut justifier l'imposition de ce taux de service pour éviter qu'EURAUCHAN, comme elle le soutient, soit victime elle-même d'un déséquilibre significatif dans la relation contractuelle avec son fournisseur, d'autant plus que le recours aux mécanismes de droit de commun pour obtenir l'indemnisation du préjudice reste toujours possible et sans difficulté de mise en oeuvre pour Auchan ; qu'enfin, le critère de déclenchement, comme le remarque un fournisseur, la société AB-INVBEV France, est inconnu ce que révèlent les tableaux produits par Auchan sur les pénalités pour les fournisseurs du service « fromage libre-service » ; qu'il n'est pas non plus discuté ; qu'en réalité, il dépend de la seule volonté de la société EURAUCHAN, de sorte que comme le souligne le Ministre, l'appelante a la maîtrise de l'exécution du contrat et de la discussion, a posteriori, de son application ; qu'il peut être ajouté qu'elle possède une arme pour la négociation du prochain contrat unique ; que la clause relative à la révision de prix et le taux de service créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des fournisseurs que la société EURAUCHAN ne justifie pas, que d'autres clauses insérées lors des négociations permettent un rééquilibrage ; que le jugement sera confirmé.

ET AUX MOTIFS, adoptés des premiers juges, QUE l'annexe 4 de la convention 2009 sur les conditions d'approvisionnement inclut, dans son article 4 « Taux de service fournisseur », un système de pénalités en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 % ; que les pénalités sont calculées sur une base de 10 % du C. A HT manquant (20 % en cas de promotion) ; qu'un grand nombre de fournisseurs ont été impactés par des pénalités tant administrativement, par la production de nombreux documents et litiges, que financièrement ; que ces dispositions sont proposées par EURAUCHAN à la signature des fournisseurs sur un document type pré-rédigé dénommé « annexe 4 « CONDITIONS D'APPROVISIONNEMENT » : que le taux de 98,5 % est uniforme ; qu'il n'est pas prévu de concertation ni d'emplacement pour personnaliser le taux et les modalités de calcul ; qu'EURAUCHAN ne donne pas d'exemples de taux de service ayant fait l'objet d'accords négociés individuellement ; que cette pratique n'est pas conforme à l'avis n° 0902501 de la CEPC qui à la question : « Est-il de bonne pratique de considérer comme contrat unique le contrat type et pré-rédigé du client ? » a répondu : « Le fait pour des parties à la négociation d'obtenir des contrats pré-rédigés avec l'ensemble ou un nombre important de ses cocontractants pourrait révéler l'existence d'un déséquilibre dans leurs relations commerciales. Proposer des clauses pré-rédigées n'est toutefois pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties. Par centre, obtenir la signature d'un contrat pré-rédigé est susceptible de sanction, en application de l'article L. 442-6 du code de commerce dès lors que celui-ci traduirait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. » ; que la définition du taux de service est générale et imprécise ; que les modalités de calcul du taux ne sont pas clairement explicites (taux par magasin, par entrepôt, national) ; que le calcul du taux de service peut ainsi donner lieu à interprétation et à contestation ; qu'il ne tient pas compte des particularités propres à chaque fournisseur et à chaque magasin ; que ce taux de service est ainsi imposé de manière unilatérale, sans véritable négociation et prise en compte des situations personnelles et spécifiques ;

qu'il est contraire aux recommandations de l'association ECR France (reprises dans l'avis 09-01 de la CEPC) qui réunit

grands industriels et distributeurs et prescrit : « Le niveau de taux service objectif différera d'une situation à l'autre selon les spécificités liées à l'activité et à la relation... », « L'engagement de taux de service pourra être défini d'un commun accord dans un contrat de progrès entre les parties ou proposé via des conditions d'approvisionnement pour discussion et accord des parties » ; qu'un taux de service de 98, 5 % est manifestement très élevé ; qu'il est calculé sur une base mensuelle, défavorable au fournisseur puisqu'elle ne lui permet pas de lisser sur une période plus longue d'éventuelles variations périodiques, saisonnières ou exceptionnelles ; que, statistiquement, sur un seul mois et point de livraison un tel objectif ne tolère pas le moindre défaut ; qu'un tel niveau de taux ne peut prendre sérieusement en compte la complexité de la chaîne d'approvisionnement depuis les commandes des magasins jusqu'aux réceptions de marchandises ou la multiplicité des intervenants, tant en interne, chez les contractants, qu'en externe, avec les transporteurs et intermédiaires logistiques ou encore la variété des aléas susceptibles d'affecter le taux de service (perturbations routières et climatiques, sociales, incidents informatiques...) ; que la société EURAUCHAN elle-même ne peut exclure la responsabilité de ses propres opérateurs (notamment au niveau de la commande, de la livraison, de l'entreposage et stockage) dans la détermination du taux de service ; qu'à titre de seul exemple elle ne peut mettre au compte du fournisseur des simples décalages de livraison entraînés par des commandes inopinées, non concertées ou reprenant des quantités exceptionnelles ; que la recherche reconnue de performances et de qualité de service en matière d'approvisionnement n'est pas contestée mais qu'elle ne saurait répondre au seul critère d'un taux de service fixé unilatéralement au taux unique de 98, 5 % sans études, modalités et objectifs déterminés en accord par les deux parties ; que l'application de pénalités ne s'impose pas nécessairement et qu'à tout le moins elle fait débat entre les partenaires commerciaux ; qu'en pratique ce taux entraîne de nombreuses difficultés dans les relations entre les parties ; que dans certains cas limités à quelques fournisseurs les plus puissants, ceux-ci ont refusé purement et simplement la validation des clauses concernées ; que dans la majorité des cas les fournisseurs ont été contraints de s'y soumettre ; que les propres statistiques d'EURAUCHAN montrent qu'une part très importante des fournisseurs n'atteint pas la cible des 98, 5 % (près de 60 % sur un seul semestre d'après une liste de 5829 fournisseurs communiquée par EURAUCHAN), ce qui oblige EURAUCHAN d'après ses dires à renoncer à réclamer 75 % des pénalités calculées automatiquement ; que les critères d'exclusion ne sont pas connus ; que dès lors, on est en droit de s'interroger sur la portée d'une règle qui connaît de telles difficultés d'application ; qu'en définitive le volume des pénalités appliquées reste important ; que, même quand elles ne sont pas appliquées, ces pénalités génèrent de nouveaux échanges et contestations produisant lourdeurs et difficultés administratives coûteuses ; qu'elles ne contribuent pas à la pacification des relations entre industriels et distributeurs ; que les pénalités infligées au fournisseur doivent être mises en perspective avec le préjudice réel subi ; qu'il n'est pas tenu compte de la présence de stocks existants au magasin ou à l'entrepôt ; que le calcul des pénalités sur une base de 10 % du C. A. manquant (20 % en cas de promotion) est critiquable car ne tenant pas compte de la marge commerciale différente selon les produits ; que le code de commerce (L442-6 8°) prohibe la déduction d'office de pénalités à l'encontre du fournisseur, lorsque ce dernier n'a pas été en mesure de vérifier la réalité du grief causé au distributeur ; que dans les engagements pris le 05. 10. 2010 par les professionnels du secteur de la distribution en matière de relations commerciales dont AUCHAN était signataire les grandes enseignes s'étaient engagées notamment à établir de bonnes pratiques dans le domaine des conditions de mise en oeuvre de pénalités et plus particulièrement à la mise en place avant la fin d'année d'une procédure permettant au fournisseur de vérifier que le grief est bien établi ; qu'à la date des plaidoiries cette procédure n'avait pas été portée à la connaissance du tribunal ; qu'il résulte au final que cette obligation de taux de service a un caractère contraignant et pénalisant pour un grand nombre de fournisseurs ; qu'elle est dépourvue de réciprocité et de contrepartie ; qu'il y a une trop grande disproportion entre le manquement et la sanction (pénalité) ; qu'elle est déséquilibrée au profit d'EURAUCHAN ; qu'elle affecte à travers la livraison des produits, les pénalités financières et la situation des comptes, des éléments essentiels de la relation commerciale ; que par l'importance économique des pénalités en jeu l'obligation d'un taux de service de 98, 5 % mise à la charge du fournisseur contribue donc bien dans son ensemble à « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (article L. 442-6 I 2° du code de commerce) ; qu'en conséquence, le tribunal dira que l'article 4 de l'annexe 4 de la convention EURAUCHAN crée un déséquilibre significatif en faveur de la société EURAUCHAN au sens de l'article L 442-6 1 2° et engage la responsabilité de son auteur ; qu'il enjoindra la société EURAUCHAN de cesser cette pratique abusive.

1 - ALORS QUE l'article L 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il

est conclu ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion de la clause relative au taux de service un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dans le contrat type proposé à ses fournisseurs, créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à analyser les termes de cette clause, sans rechercher au regard des contrats effectivement conclus, des parties à ces contrats et des autres stipulations contractuelles, s'il existait un tel déséquilibre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

2 - ALORS QUE subsidiairement le contrat type proposé par la société Eurauchan à ses fournisseurs définissait très précisément, dans l'article 4 de son annexe 4 le taux de service, ses modalités de calcul et les modalités de calcul des pénalités en cas de manquement du fournisseur ; que le taux de service était ainsi mentionné comme « l'écart de quantités entre les commandes et les livraisons » en cas d'absence de livraison, de livraison incomplète ou de livraison non conforme, qu'il était précisé que cet écart était mesuré soit au lieu de livraison, soit au lieu d'enlèvement selon que l'achat était au départ ou à la livraison et que le taux de service minimum demandé, apprécié sur une moyenne mensuelle et exprimé soit en prix d'achat soit en nombre de colis, selon le bon de commande, était de 98, 5 % pour les produits frais et les produits de grande consommation et de 99, 5 % en cas de gestion partagée des approvisionnements ; que s'agissant des pénalités en cas de manquements, le contrat prévoyait expressément que le montant des pénalités était égal à 10 % HT du chiffre d'affaires manquant, porté à 20 % lorsqu'ils s'agissaient de produits en opération promotionnelle ; qu'en affirmant cependant, pour dire que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la définition du taux de service n'est pas clairement établie, que ses modalités de calcul ne sont pas précisées et qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du chiffre d'affaires manquant, la cour d'appel a dénaturé les termes de l'article 4 de l'annexe 4 du contrat type proposé par la société Eurauchan à ses fournisseurs, en violation de l'article 1134 du code civil ;

3 - ALORS, en tout état de cause, QU'en se bornant à affirmer, pour dire que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la définition du taux de service n'est pas clairement établie, que ses modalités de calcul ne sont pas précisées et qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du chiffre d'affaires manquant, sans indiquer ni sur quels éléments elle se fondait pour retenir l'imprécision des termes de la clause, ni quelle était la conséquence du manque de précision retenu au regard de l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L 442-6- I 2° du code de commerce ;

4 - ALORS QUE l'article L 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; que, dans ses conclusions, la société Eurauchan rappelait que le vendeur engage sa responsabilité du seul fait du défaut de délivrance d'un seul produit vendu au terme convenu ; qu'en retenant cependant que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au seul constat que cette clause était contestée par certains fournisseurs et sans caractériser ni le déséquilibre, ni, a fortiori, son caractère significatif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 442-6- I 2° du code de commerce ;

5 - ALORS QU'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société Eurauchan ne justifie pas que d'autres clauses insérées lors des négociations permettent un rééquilibrage, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L 442-6 I 2° du code de commerce ;

6 - ALORS QUE subsidiairement dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que si le contrat type proposé aux fournisseurs prévoyait des pénalités à leur charge, en cas de manquement, supérieur à 1, 5 %, à leur obligation de délivrance de produits conformes dans le délai convenu, l'article 14. 3. 2 du même contrat stipulait également une pénalité, à la charge du distributeur, en cas de retard de paiement des fournisseurs, égale à trois fois le taux d'intérêt légal, sur toutes les sommes dues, dès le 1er jour de retard et jusqu'à complet paiement, applicable dès le 1er manquement ; qu'elle observait qu'il n'existait ainsi aucun déséquilibre, a fortiori aucun déséquilibre significatif, à

prévoir des pénalités de retard réciproques, sans aucune tolérance pour le distributeur, (conclusions p. 78) ; qu'en affirmant cependant que la société Eurauchan ne justifie pas que d'autres clauses permettent un rééquilibrage, sans répondre au moyen tiré de l'application de pénalités de retard à la charge du distributeur, prévue à l'article 14. 3. 2 du contrat type, la cour d'appel a, en tout état de cause, méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

7 - ALORS QUE l'article L 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction comporte deux éléments constitutifs distincts, d'une part, l'existence de pratique ou de clause contractuelle créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, d'autre part, le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; que la société Eurauchan faisait valoir, dans ses conclusions, que la clause relative au taux de service prévue à l'annexe 4 du contrat type qu'elle proposait à ses fournisseurs pouvait être modifiée lors des négociations, ce qui excluait toute volonté de soumettre ou de tenter de soumettre son cocontractant, c'est-à-dire d'imposer de quelconques stipulations, (conclusions, p. 70 et 71) ; qu'elle observait que les sociétés Bonduelle et Cassegrain, dont les contrats avaient été produits par le Ministre, avaient modifié les termes de cette clause et produisait elle-même un exemple de contrat, en l'occurrence conclu avec la société Conserves de France, où le fournisseur avait refusé toute pénalité, ce qui avait été accepté par le distributeur ; qu'en affirmant cependant, pour dire que pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties que « contrairement à ce que soutient Eurauchan, il n'apparaît pas que cette disposition ait fait l'objet de négociations véritables ; qu'elle n'est jamais discutée avant la signature du contrat fixant les conditions d'approvisionnement, contrairement à ce que préconisait l'Association ECR », sans s'expliquer sur l'offre de preuve établissant la réalité des négociations, de la discussion de la clause relative au taux de service et de sa modification lors de la signature de contrats, la cour d'appel a encore méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

8 - ALORS QUE l'article L 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction comporte deux éléments constitutifs distincts, d'une part, l'existence de pratique ou de clause contractuelle créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, d'autre part, le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; qu'en retenant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que l'absence de négociation était établie « par l'absence de place laissée dans l'annexe pré-rédigée pour en modifier le contenu à la différence des autres annexes mais ce qui se révèle surtout dans l'uniformité du taux de service pour tous les fournisseurs, sans considération de la nature de leur activité, de la relation existante », la cour d'appel, qui a exclu, contra legem et par principe, l'existence d'une négociation entre les parties et a déduit le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » le partenaire commercial de la seule existence, dans le contrat type soumis à négociation, de la clause, dont elle a estimé qu'elle créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, a violé l'article L 442-6 I 2° du code de commerce.

9 - ALORS QUE la cour d'appel a constaté que l'annexe 4 du contrat type proposé par la société Eurauchan prévoyait un système de pénalités en cas de non-respect par le fournisseur d'un taux de service minimum de 98, 5 % et que le taux de service était défini comme l'écart entre les commandes et les livraisons ; qu'en retenant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que le critère de déclenchement des pénalités est inconnu ce que révèlent les tableaux produits par la société Eurauchan sur les pénalités pour les fournisseurs du service « fromage libre-service » et qu'il dépend, en réalité, de la seule volonté de la société Eurauchan, de sorte que celle-ci a la maîtrise de l'exécution du contrat, de la discussion, a posteriori, de son application et possède une arme pour la négociation du prochain contrat unique, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L 442-6- I 2° du code de commerce.