

Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 juillet 2013), que le ministre chargé de l'économie (le ministre), reprochant à la société EMC distribution (la société EMC), centrale de référencement du groupe de distribution Casino, une pratique créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses inscrites dans le contrat intitulé « Accord Commercial marque nationale 2009 » 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 premier moyen :

Attendu que la société EMC fait grief à l'arrêt de dire recevable l'action du ministre, de dire encore que la société EMC a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat, intitulé « accord commercial marque nationale », les clauses « retour des invendus » et « changement de tarifs et conditions », de lui enjoindre de ne pas réintroduire « à l'avenir » ces clauses dans ses contrats types conclus avec ses fournisseurs et de la condamner au paiement d'une amende civile 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 deuxième moyen :

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

1°/ 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 ; que l'arrêt a constaté que le ministre chargé de l'économie demandait la cessation de la pratique du distributeur consistant à faire figurer deux clauses, intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », dans ses contrats types, demande « fondée sur la seule analyse des clauses des accords nationaux annuels proposés par la société EMC Distribution à ses fournisseurs » ; qu'en déclarant cette action recevable bien que le ministre ne dispose pas d'action préventive, la cour d'appel a ajouté aux dispositions de l'article L. 442-6 III du code de commerce, en violation de ce texte ;

2°/ qu'il est défendu au juge de statuer par voie générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ; qu'à supposer même que le ministre chargé de l'économie dispose d'une action préventive lui permettant de demander la cessation de la pratique consistant à intégrer dans le contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs des clauses considérées comme illicites, la suppression, à la date où le juge a statué, des clauses litigieuses, dans les contrats proposés et encore en cours d'exécution, prive la demande préventive de tout objet ; que la cour d'appel a constaté, et le fait était constant, que la société EMC Distribution avait d'ores et déjà supprimé du contrat type les dispositions critiquées à la date où elle a statué ; qu'en déclarant cependant recevable et en faisant droit à la demande du ministre tendant à ce qu'il soit enjoint cependant au distributeur de ne pas réintroduire à l'avenir les clauses litigieuses dans les contrats types conclus avec ses fournisseurs, la cour d'appel a violé les articles 5 du code civil, L. 442-6 II et L. 442-6 III du code de commerce et 12 du code de procédure civile ;

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 des pratiques illicites ; qu'ayant relevé que la demande de cessation des pratiques formée par ce dernier était fondée sur l'analyse de clauses précises du contrat intitulé « Accord commercial marque nationale 2009 » conclu par la société EMC avec ses fournisseurs, la cour d'appel, sans encourir le grief de la seconde branche, a fait l'exacte application de ce texte en déclarant la demande recevable en ce qu'elle tendait à la suppression pour l'avenir de telles clauses, peu important qu'elles aient d'ores et déjà été supprimées par la société EMC ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la société EMC 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 ; que l'article L. 442-6 II du code de commerce énonce limitativement les clauses contractuelles qui sont nulles per se ; que le législateur a refusé de mettre au nombre de ces clauses, la clause dite de « retour d'invendus » prévoyant la reprise, à leurs frais, par les fournisseurs des produits invendus en fin de saison ou d'exercice ; qu'en se fondant, pour dire que la clause intitulée « Retour des invendus » inscrite dans les contrats types proposés en 2009 par le distributeur, créait un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties, exclusivement sur les termes de cette clause, la cour d'appel, qui a retenu l'illicéité de la clause en elle-même, sans considération des droits et obligations des parties tels que résultant des contrats conclus, a violé les dispositions des articles L. 442-6 I 2° et L. 442-6 II du code de commerce ;

2°/ 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 devant la cour d'appel, la société EMC Distribution faisait valoir l'absence d'un tel déséquilibre dans la

mesure où la clause de reprise d'invendus n'était applicable, selon ses termes, qu'aux seuls produits encore en stock en fin d'année, ou en fin de saison pour les produits saisonniers, soit une très faible proportion des produits vendus et où la reprise des produits par le fournisseur était de son intérêt, lui assurant un moyen simple et peu coûteux de convaincre le distributeur d'assurer l'exposition maximale de ses produits au détriment de produits concurrents que le distributeur aurait pu mieux vendre ; qu'en se bornant, pour dire que la clause litigieuse créait un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties, à affirmer de manière générale que « le distributeur détient presque tous les leviers lui permettant, à ce stade, d'agir sur les ventes », que « le fournisseur qui a vendu ses produits ne dispose d'aucune visibilité sur les quantités invendues qui lui seront retournées par le distributeur et ne peut agir pour favoriser la revente des produits qu'il a déjà cédés au fournisseur », que « la clause de retour des invendus met à la charge des fournisseurs une obligation sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée », qu'« une fois le produit livré et donc devenu la propriété du distributeur, le fournisseur perd toute maîtrise des conditions de vente et de promotion » et que « le fait que cette clause permette d'inciter le distributeur à continuer de stocker jusqu'au dernier jour de l'année ou de la saison de vente, permettant ainsi au fournisseur de bénéficier de commandes et de l'exposition de leurs produits en fin d'exercice, est un intérêt mineur qui ne constitue pas une contrepartie sérieuse à la charge que représente l'obligation de reprise des invendus », sans rechercher concrètement, au vu des contrats conclus, quelle était la part des produits concernés par l'obligation, le coût pour le fournisseur de reprise des invendus et la perte de marge pour le distributeur n'ayant pas proposé aux consommateurs, en lieu et place des produits invendus, de produits concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

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 de ces droits et obligations, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat la clause intitulée « Retour des invendus », tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société n'invoque, et encore moins ne démontre, d'autres avantages qui auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de reprise des invendus, 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 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 par une partie d'imposer, ou de tenter d'imposer, à l'autre partie au contrat ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs la clause intitulée « retour des invendus », que « le fait pour un distributeur d'inscrire une clause dans le contrat type proposé à ses fournisseurs donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est dans beaucoup de cas pas à leur portée », 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 proposé, 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 ;

5°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'une pratique abusive et déloyale, constituée par le fait, pour une partie à la relation commerciale de soumettre ou tenter de soumettre son partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir l'existence de la contrainte ou tentative de contrainte de la part d'une partie sur son cocontractant ; qu'en énonçant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs la clause intitulée « retour des invendus », que la société n'apportait pas la preuve que les fournisseurs qui voulaient supprimer cette clause pouvaient le faire facilement et qu'il n'est pas nécessaire pour l'administration de rapporter la preuve de manoeuvres spécifiques à ce sujet, la cour d'appel a encore interverti la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 II du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt relève que la société EMC n'invoque pas des avantages qui auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de reprise des invendus ; qu'il retient, au vu de contrats conclus avec des fournisseurs de produits alimentaires, qu'il n'est pas démontré que la clause ne s'appliquerait pas à ces produits ; qu'il retient encore que la société EMC n'apporte pas la preuve que des exceptions à l'obligation que fait peser la clause de retour des invendus sur les fournisseurs ont pu être négociées par certains d'entre eux ; qu'il retient enfin que le seul accord avec le fournisseur de jouets LF France est insuffisant, à lui seul, à établir que la société EMC ferait facilement droit à une demande de suppression de la part de ses autres fournisseurs ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a, procédant à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, caractérisé le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de la clause « retour des invendus » ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que la société EMC 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 du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en se bornant, pour dire qu'il résultait de la clause intitulée « Changement de tarifs et conditions » un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, figurant au contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs, à analyser les termes de cette clause, sans rechercher au regard des contrats conclus, des parties à ces contrats et des autres stipulations contractuelles, s'il existait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à ces contrats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

2°/ 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 EMC Distribution avait tenté, par l'insertion dans son contrat type d'achat la clause intitulée « Changement de tarifs et conditions », d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société ne démontre pas que la clause serait nécessaire à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du 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 ;

3°/ 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 affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs la clause intitulée « Changement de tarifs et conditions », que « le fait pour une enseigne de la grande distribution d'inscrire une clause dans le contrat type proposé à ses fournisseurs donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est dans beaucoup de cas pas à leur portée », 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, en premier lieu, que l'arrêt relève que la société EMC ne démontre pas que la clause "changement de tarifs et conditions" est nécessaire à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre est compensé par d'autres dispositions du contrat ; qu'il relève encore que la clause de diminution des tarifs ne fait naître aucune obligation pour la société EMC de répercuter les baisses de tarifs ainsi obtenues sur ses prix au consommateur ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a, procédant à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, caractérisé le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de la clause « changement de tarifs et conditions » ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant retenu, après avoir constaté que la clause figurait dans le contrat intitulé « Accord Commercial Marque Nationale 2009 », que le fait pour un distributeur d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans un tel contrat, donne à cette clause la portée d'un principe auquel les fournisseurs ne peuvent déroger qu'aux termes d'une négociation qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée, la cour d'appel a déduit à bon droit de l'insertion de la clause litigieuse dans un contrat type que la société EMC a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

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

Et sur le troisième moyen :

Attendu que la société EMC fait encore le même grief à l'arrêt 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 » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », 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 EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat les clauses intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », que ce texte ne saurait toutefois, par principe, interdire une appréhension plus globale d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs, dont certains sont davantage en situation de négociateur que d'autres et quelles que soient les marchandises concernées, 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'une sanction 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 néanmoins, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat les clauses intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », 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 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 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 d'un déséquilibre significatif ; qu'en affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat les clauses intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », que s'il peut être admis que le déséquilibre instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, encore faut-il que cette situation de rééquilibrage soit démontrée, la cour d'appel a interverti 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 que le rejet des quatrième et cinquième moyens rend inopérant le moyen, en ce qu'il critique les motifs par lesquels la cour d'appel s'est limitée à décrire en termes généraux la méthode appropriée d'appréciation du déséquilibre significatif et dont elle a fait application dans son examen, in concreto, des clauses litigieuses, en prenant en compte l'ensemble des droits et obligations des parties, tel qu'il ressort du contrat, pris dans sa globalité ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société EMC distribution 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 vingt-neuf septembre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Pivnicka et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société EMC distribution.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre de l'économie dirigée contre la société EMC Distribution, dit que la société EMC Distribution a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat, contenant ses conditions générales d'achat, désigné comme « accord commercial marque nationale », les clauses intitulées « retour des invendus » et « changement de tarifs et conditions » rédigées ainsi qu'il est rappelé dans les motifs du présent arrêt ; enjoint à la société EMC Distribution de ne pas réintroduire à l'avenir ces clauses dans ses contrats types conclus avec

ses fournisseurs, condamné la société EMC Distribution au paiement au ministre de l'économie d'une amende civile d'un montant de 600 000 euros, outre 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et d'avoir rejeté toutes les autres demandes ;

AUX MOTIFS QUE la société EMC soutient que l'action du ministre de l'économie doit être déclarée irrecevable en application de la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, faute pour celui-ci d'avoir informé préalablement les fournisseurs parties au contrat. Elle ajoute que le retrait par le ministre de ses demandes initiales visant à faire prononcer la nullité des clauses incriminées est inopérant à remédier à l'irrecevabilité de l'action ; qu'il convient de rappeler sur ce point que, par la décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes aux exigences du principe du contradictoire et du droit au recours garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les dispositions de l'article L. 442-6-III alinéa 2, du code de commerce, au motif qu'« il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pur la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle, ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées » ; que la cour observe que ce motif énonce deux affirmations. La première réside dans la possibilité pour le législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; la seconde, complète la première par la reconnaissance à l'autorité publique du pouvoir de poursuivre la nullité des conventions illicites, ainsi que toutes les conséquences liées à la nullité d'un contrat. Ce n'est qu'au sujet de ce pouvoir complémentaire qu'est précisée la nécessité d'informer les cocontractants de la personne poursuivie ; que le commentaire de cette décision effectué par le Conseil constitutionnel précise sur ce point qu'il « (2) a estimé que le droit à un recours juridictionnel, de même que la liberté contractuelle (2) puisqu'est en cause une action en nullité contractuelle, impliquait une obligation d'informer l'ensemble des cocontractants de l'engagement de l'action en justice. En d'autres termes, le respect de ces deux exigences constitutionnelles ne se limite pas à la seule faculté d'agir en justice, mais également à l'information des personnes directement intéressées et susceptibles d'intervenir pour défendre leurs intérêts. (2) C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a énoncé une réserve d'interprétation garantissant l'information des parties au contrat (2). Il appartiendra au juge de s'assurer du respect de cette exigence » ; que les termes des motifs de la décision, ainsi que ceux du commentaire, permettent de constater que la nécessité d'informer les cocontractants s'impose en raison de l'immixtion du pouvoir public dans le champ contractuel qui, par principe, n'appartient qu'aux parties et constitue leur loi. L'examen des moyens fondant la question prioritaire de constitutionnalité permet d'ailleurs de constater que la disposition en cause était attaquée en ce qu'elle portait atteinte, d'une part, au droit au recours juridictionnel, qui comporte le droit de décider ou non d'intenter une action en justice, d'autre part, à la liberté contractuelle, qui laisse aux partenaires économiques le droit de décider ce qui est, ou non, conforme à leurs intérêts ; que dans ce contexte, lorsque le ministre de l'économie intervient pour faire reconnaître par l'autorité judiciaire que la pratique consistant à faire figurer certaines clauses dans un contrat, doivent cesser, parce qu'elles sont de nature à instaurer un déséquilibre significatif entre les parties, il exerce une action qui lui est propre, visant à maintenir ou à rétablir l'ordre public économique. En ne demandant pas la nullité des contrats, ni toutes les conséquences qui en découlent, comme les restitutions et la réparation des préjudices éventuels, il n'intervient pas dans le champ d'action qui n'appartient théoriquement qu'aux parties et que le législateur a exceptionnellement ouvert au tiers qu'est le ministre à la condition qu'il informe les parties de cette action ; qu'il s'en déduit que lorsqu'il ne demande que la cessation des pratiques, le ministre peut agir sans en informer les parties aux contrats et que l'action de l'espèce est recevable, quand bien même aurait-elle initialement visé l'annulation des conventions concernées, pour être réduite, ensuite, à la seule cessation de la pratique consistant à faire figurer dans le contrat les clauses incriminées ;

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.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre de l'économie dirigée contre la société EMC Distribution, dit que la société EMC Distribution a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat, contenant ses conditions générales d'achat, désigné comme « accord commercial marque nationale », les clauses intitulées « retour des invendus » et « changement de tarifs et conditions » rédigées ainsi qu'il est rappelé dans les motifs du présent arrêt ; enjoint à la société EMC Distribution de ne pas réintroduire à l'avenir ces clauses dans ses contrats types conclus avec ses fournisseurs, condamné la société EMC Distribution au paiement au ministre de l'économie d'une amende civile d'un montant de 600 000 euros, outre 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et d'avoir rejeté toutes les autres demandes ;

AUX MOTIFS, d'une part, QU' il résulte de la lettre adressée par le directeur départemental de Seine et Marne de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes d'Île-de-France que la procédure est fondée sur la seule analyse des clauses des accords commerciaux annuels proposés par la société EMC Distribution à ses fournisseurs de produits de marque nationale au regard du nouveau dispositif législatif instauré par la loi du 4 août 2008 ; que la convention type, incriminée en l'espèce par le ministre, a été communiquée par la direction juridique d'EMC Distribution ;

ET AUX MOTIFS, d'autre part, QU'il importe peu que la société mise en cause ait d'ores et déjà supprimé les dispositions critiquées puisque la qualification d'une clause comme étant contraire à l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, par une juridiction, porte effet pour l'avenir et empêche la réintroduction de celle-ci dans les contrats ultérieurs ; qu'il convient, à cet égard, de relever que l'action des services de l'Etat en matière de police économique, ne peut être assimilée à celle des associations de consommateurs qui ne font que contribuer, à côté des pouvoirs publics, au respect des droits des consommateurs, sans en être les garants ; qu'à ce sujet, la Cour prend acte de l'engagement de la société EMC à « prendre en considération pour l'avenir les objections de l'Administration sur les deux clauses critiquées » dans ses contrats cadres pour les années à venir mais ces engagement ne peuvent avoir une quelconque portée sur la recevabilité de l'action du ministre ;

1 ; 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 ; que l'arrêt a constaté que le ministre chargé de l'économie demandait la cessation de la pratique du distributeur consistant à faire figurer deux clauses, intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », dans ses contrats types, demande « fondée sur la seule analyse des clauses des accords nationaux annuels proposés par la société EMC Distribution à ses fournisseurs » ; qu'en déclarant cette action recevable bien que le ministre ne dispose pas d'action préventive, la cour d'appel a ajouté aux dispositions de l'article L 442-6 III du code de commerce, en violation de ce texte ;

2 ; ALORS, en tout état de cause, QU' il est défendu au juge de statuer par voie générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ; qu' à supposer même que le ministre chargé de l'économie dispose d'une action préventive lui permettant de demander la cessation de la pratique consistant à intégrer dans le contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs des clauses considérées comme illicites, la suppression, à la date où le juge a statué, des clauses litigieuses, dans les contrats proposés et encore en cours d'exécution, prive la demande préventive de tout objet ; que la cour d'appel a constaté, et le fait était constant, que la société EMC Distribution avait d'ores et déjà supprimé du contrat type les dispositions critiquées à la date où elle a statué ; qu'en déclarant cependant recevable et en faisant droit à la demande du ministre tendant à ce qu'il soit enjoint cependant au distributeur de ne pas réintroduire à l'avenir les clauses litigieuses dans les contrats types conclus avec ses fournisseurs, la cour d'appel a violé les articles 5 du code civil, L 442-6 II et L 442-6 III du code de commerce et 12 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre de l'économie dirigée contre la société EMC Distribution, dit que la société EMC Distribution a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat, contenant ses conditions générales d'achat, désigné comme « accord commercial marque nationale », les clauses intitulées « retour des invendus » et « changement de tarifs et conditions » rédigées ainsi qu'il est rappelé dans les motifs du présent arrêt ; enjoint à la société EMC Distribution de ne pas réintroduire à l'avenir ces clauses dans ses contrats types conclus avec ses fournisseurs, condamné la société EMC Distribution au paiement au ministre de l'économie d'une amende civile d'un montant de 600 000 euros, outre 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et d'avoir rejeté toutes les autres demandes ;

AUX MOTIFS QUE l'article L442-6, I, 2° prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par un opérateur économique, « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Il en résulte que les juridictions auxquelles sont soumis des litiges concernant le respect de cette disposition doivent contrôler s'il résulte des pratiques, ou des clauses contractuelles, dénoncées, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et si les pratiques qui leur sont présentées sont imposées à l'une des parties au contrat, ou s'il en existe une tentative. Cette analyse, qui doit évidemment prendre en compte les cas d'espèces déférés et donc les situations particulières des parties en cause, ne saurait toutefois, par principe, interdire une appréhension plus globale d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs, dont certains sont davantage en situation de négociateur que d'autres et quelles que soient les marchandises concernées. Par ailleurs, dans une telle situation, il peut être admis que le déséquilibre entre parties instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, mais encore faut-il que cette situation de rééquilibrage soit démontrée. Enfin, dans la mesure où le texte précise que la tentative engage tout autant la responsabilité de son auteur que la mise en oeuvre de la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif, il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée, contrairement à ce que soutient la société EMC Distribution ; que s'agissant de la qualification du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, il convient de rappeler que l'exposé des motifs de la loi du 2 août 2008, dite loi LME, qui a ajouté cette nouvelle cause de responsabilité à celles déjà prévues par l'article L. 442-6, I du code de commerce, précise que celle-ci se substitue aux notions d'abus « de la relation de dépendance » ou de « puissance d'achat ou de vente » qui s'étaient révélées difficilement applicables en pratique en raison de la difficulté à apporter la preuve de telles situations. Cet exposé des motifs ajoute que « Les juridictions pourront consulter la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) », cette façon de procéder ayant été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 ;

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 » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », 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 EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat les clauses intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », que ce texte ne saurait toutefois, par principe, interdire une appréhension plus globale d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs, dont certains sont davantage en situation de négociateur que d'autres et quelles que soient les marchandises concernées, 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'une sanction 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 néanmoins, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat les clauses intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », 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 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 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 d'un déséquilibre significatif ; qu'en affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat les clauses intitulées « Retour des invendus » et « Changement de tarifs et conditions », que s'il peut être admis que le déséquilibre instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, encore faut-il que cette situation de rééquilibrage soit démontrée, la cour d'appel a interverti la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L 442-6 I 2° du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre de l'économie dirigée contre la société EMC Distribution, dit que la société EMC Distribution a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat, contenant ses conditions générales d'achat, désigné comme « accord commercial marque nationale », les clauses intitulées « retour des invendus » et « changement de tarifs et conditions » rédigées ainsi qu'il est rappelé dans les motifs du présent arrêt ; enjoint à la société EMC Distribution de ne pas réintroduire à l'avenir ces clauses dans ses contrats types conclus avec ses fournisseurs, condamné la société EMC Distribution au paiement au ministre de l'économie d'une amende civile d'un montant de 600 000 euros, outre 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et d'avoir rejeté toutes les autres demandes ;

AUX MOTIFS QUE cette clause est insérée dans l'annexe B intitulée « Conditions générales de référencement applicables à l'accord commercial » de l'« accord commercial marque nationale », ce que ne conteste pas la société EMC Distribution ; qu'elle énonce que « Le Fournisseur s'engage expressément à reprendre, dans son intégralité, le stock des produits invendus en fin d'exercice et/ou de période de commercialisation saisonnière. Un état des produits retournés au Fournisseur spécifiant les références et la quantité desdits produits sera joint à l'envoi. En outre, les Membres du Groupe Casino établiront une demande d'avoir » ; qu'ainsi que le fait valoir la société EMC Distribution, il résulte des débats parlementaires que le législateur a expressément exclu d'ajouter à l'article L. 442-6, I du code de commerce une interdiction des clauses de retour d'invendus. Plusieurs motifs ont justifié ce refus. En effet, pour certains de telles clauses pouvaient être favorables aux fournisseurs, notamment, concernant les produits nouveaux, les produits frais, ou les journaux ; pour d'autres, elles comportaient le risque d'un effet contre-productif pour les fournisseurs en incitant les distributeurs à renforcer leurs exigences « (z) au moment de la réception de la marchandise, au point de la refuser au moindre doute » (cf sur ce point, compte rendu de la 2ème séance du mardi 27 novembre 2007 à l'Assemblée nationale, JORF année 2007 z N° 73 p.4717 et compte rendu de la séance du 13 décembre 2007 du Sénat). Il en résulte que les clauses de retour des invendus ne sauraient être interdites en tant que telles ; que cependant, comme le fait valoir le ministre de l'économie, la clause précitée impute au fournisseur la totalité de la charge de la mévente d'un produit, ainsi que le coût de la reprise, alors que le distributeur détient presque tous les leviers lui permettant, à ce stade, d'agir sur le niveau des ventes (fixation du prix de revente, choix de l'emplacement, opérations promotionnelles). En outre, comme l'indique justement le ministre, le fournisseur qui a vendu ses produits ne dispose d'aucune visibilité sur les quantités invendues qui lui seront retournées par le distributeur et ne peut agir pour favoriser la revente de produits qu'il a déjà cédés au distributeur ; qu'ainsi rédigée, la clause de retour des invendus met à la charge des fournisseurs une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée. Elle instaure, par là, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le fait qu'elle ne vise que les invendus en fin d'exercice ou de période de vente saisonnière n'allègue pas pour autant la charge reposant sur les fournisseurs et, par ailleurs, la société EMC ne démontre pas que cette clause ne s'appliquerait pas aux produits alimentaires, ce qui est d'ailleurs démenti par la nécessité qu'ont eue, ainsi qu'il sera exposé ci-dessous, les sociétés Pain Jacquet et Laiterie Hubert Triballat, d'en demander la suppression, sans qu'il soit établi qu'elles aient eu gain de cause ; qu'en outre, s'il est exact, d'une part, que le succès d'un produit dépend en partie de caractéristiques propres à celui-ci et du marketing effectué par le fabricant, d'autre part, que tant le fournisseur que le distributeur ont intérêt à ce que les produits soient le plus et le mieux possible vendus, il n'en demeure pas moins qu'une fois le produit livré et donc devenu la propriété du distributeur, le fournisseur perd toute maîtrise des conditions de mise en vente et de promotion, alors que c'est sur lui seul que repose la charge de ventes insuffisantes. Dans ce contexte, le fait que cette clause permette d'inciter le distributeur à continuer de stocker jusqu'au dernier jour de l'année ou de la saison de vente, permettant ainsi au fournisseur de bénéficier de commandes et de l'exposition de leurs produits en fin d'exercice, est un intérêt mineur qui ne constitue pas une contrepartie sérieuse à la charge que représente l'obligation de reprise des invendus ; qu'enfin, la société EMC n'invoque, et encore moins ne démontre, d'autres avantages qui auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de reprise des invendus ; que la société EMC fait valoir à ce sujet que les fournisseurs qui l'ont souhaité ont pu supprimer ces dispositions. Néanmoins, le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans le contrat type qu'elle conclut avec tous ses fournisseurs, donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée. Le fait que l'Administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application, étant à cet égard indifférent ; que, par ailleurs, les éléments que la société EMC Distribution produit pour démontrer que des exceptions ont pu être négociées par divers fournisseurs, n'apportent pas cette preuve. En effet, la version de l'accord conclu avec le fournisseur Maped comporte la mention d'une suppression de la clause de reprise d'invendus, qui est seulement paraphée par celui-ci et non par la société EMC Distribution et n'apporte pas la démonstration de ce que la clause n'aurait pas été maintenue. Le fait que la société Pain Jacquet ait, par une lettre du 25 mars 2009, refusé « de s'engager à reprendre dans son intégralité, le stock de produits invendus en fin d'exercice et/ou de période saisonnière », ne démontre pas que finalement il aurait été convenu d'écarter la clause. De même, l'avenant signé entre la société Laiterie Hubert Triballat et la société EMC qui précise que le fournisseur « ne reprend ni les produits non vendus, ni les produits dont la date limite de péremption est dépassée », ne comporte que la signature du représentant du fournisseur et n'est pas signé pour la société EMC Distribution. Enfin, le seul accord avec le fournisseur de jouets LF France est insuffisant, à lui seul, à établir que ce distributeur ferait facilement droit à une demande de suppression de la part de ses autres fournisseurs ; qu'il se déduit de l'ensemble de ce qui précède que la clause incriminée, par son inscription dans le contrat intitulé « Accord commercial marque nationale 2009

», a bien été imposée, ou à tout le moins que la société EMC a tenté de l'imposer, sans qu'il soit nécessaire que l'Administration rapporte la preuve de manoeuvres spécifiques à ce sujet. Sur ce point, le fait qu'il soit prévu par l'article L. 442-6 du code de commerce que les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation des parties, ne retire pas pour autant la force obligatoire de la convention qui est signée par les deux parties et qui, sauf circonstances particulières, constitue la loi des parties. Il convient, dès lors, de dire que la clause intitulée « Retour des Invendus » de l'article 2 de l'annexe B du contrat dit « Accord Commercial marque Nationale 2009 » constitue la tentative d'imposer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société EMC Distribution au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

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 ; que l'article L 442-6 II du code de commerce énonce limitativement les clauses contractuelles qui sont nulles per se ; que le législateur a refusé de mettre au nombre de ces clauses, la clause dite de « retour d'invendus » prévoyant la reprise, à leurs frais, par les fournisseurs des produits invendus en fin de saison ou d'exercice ; qu'en se fondant, pour dire que la clause intitulée « Retour des invendus » inscrite dans les contrats types proposés en 2009 par le distributeur, créait un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties, exclusivement sur les termes de cette clause, la cour d'appel, qui a retenu l'illicéité de la clause en elle-même, sans considération des droits et obligations des parties tels que résultant des contrats conclus, a violé les dispositions des articles L 442-6 I 2° et L 442-6 II du code de commerce ;

2 ; 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 devant la cour d'appel, la société EMC Distribution faisait valoir l'absence d'un tel déséquilibre dans la mesure où la clause de reprise d'invendus n'était applicable, selon ses termes, qu'aux seuls produits encore en stock en fin d'année, ou en fin de saison pour les produits saisonniers, soit une très faible proportion des produits vendus et où la reprise des produits par le fournisseur était de son intérêt, lui assurant un moyen simple et peu coûteux de convaincre le distributeur d'assurer l'exposition maximale de ses produits au détriment de produits concurrents que le distributeur aurait pu mieux vendre ; qu'en se bornant, pour dire que la clause litigieuse créait un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties, à affirmer de manière générale que « le distributeur détient presque tous les leviers lui permettant, à ce stade, d'agir sur les ventes », que « le fournisseur qui a vendu ses produits ne dispose d'aucune visibilité sur les quantités invendues qui lui seront retournées par le distributeur et ne peut agir pour favoriser la revente des produits qu'il a déjà cédés au fournisseur », que « la clause de retour des invendus met à la charge des fournisseurs une obligation sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée », qu'« une fois le produit livré et donc devenu la propriété du distributeur, le fournisseur perd toute maîtrise des conditions de vente et de promotion » et que « le fait que cette clause permette d'inciter le distributeur à continuer de stocker jusqu'au dernier jour de l'année ou de la saison de vente, permettant ainsi au fournisseur de bénéficier de commandes et de l'exposition de leurs produits en fin d'exercice, est un intérêt mineur qui ne constitue pas une contrepartie sérieuse à la charge que représente l'obligation de reprise des invendus », sans rechercher concrètement, au vu des contrats conclus, quelle était la part des produits concernés par l'obligation, le coût pour le fournisseur de reprise des invendus et la perte de marge pour le distributeur n'ayant pas proposé aux consommateurs, en lieu et place des produits invendus, de produits concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

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 de ces droits et obligations, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre; qu'en affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat la clause intitulée « Retour des invendus », tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société n'invoque, et encore moins ne démontre, d'autres avantages qui auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de reprise des invendus, 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 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 par une partie d'imposer, ou de tenter d'imposer, à l'autre partie au contrat ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs la clause intitulée « retour des invendus », que « le fait pour un distributeur d'inscrire une clause dans le contrat type proposé à ses fournisseurs donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est dans beaucoup de cas pas à leur portée », 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 proposé, 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 ;

5 ; ALORS, en tout état de cause, QU' il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'une pratique abusive et déloyale, constituée par le fait, pour une partie à la relation commerciale de soumettre ou tenter de soumettre son partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir l'existence de la contrainte ou tentative de contrainte de la part d'une partie sur son cocontractant ; qu'en énonçant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs la clause intitulée « retour des invendus », que la société n'apportait pas la preuve que les fournisseurs qui voulaient supprimer cette clause pouvaient le faire facilement et qu'il n'est pas nécessaire pour l'Administration de rapporter la preuve de manoeuvres spécifiques à ce sujet, la cour d'appel a encore interverti la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L 442-6 II du code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action du ministre de l'économie dirigée contre la société EMC Distribution, dit que la société EMC Distribution a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties en insérant dans son contrat type d'achat, contenant ses conditions générales d'achat, désigné comme « accord commercial marque nationale », les clauses intitulées « retour des invendus » et « changement de tarifs et conditions » rédigées ainsi qu'il est rappelé dans les motifs du présent arrêt ; enjoint à la société EMC Distribution de ne pas réintroduire à l'avenir ces clauses dans ses contrats types conclus avec ses fournisseurs, condamné la société EMC Distribution au paiement au ministre de l'économie d'une amende civile d'un montant de 600 000 euros, outre 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et d'avoir rejeté toutes les autres demandes ;

AUX MOTIFS QUE le contrat « Accord commercial Marque nationale 2009 » énonce :

« 4-2-1/Augmentation de tarif

Toute demande d'augmentation de tarif emporte obligation pour le fournisseur de renégocier le présent Accord commercial.

L'augmentation de tarif demandée ne sera mise en oeuvre que sous réserve de l'accord exprès et préalable d'EMC Distribution et moyennant le respect des conditions suivantes.

Toute demande d'augmentation de tarif sera adressée en recommandé avec accusé de réception au plus tard trois mois avant la date d'application effective ;

Cette demande précisera (i) le pourcentage moyen de la variation de tarif pondéré par les réalisations de volume en TVC des 12 derniers mois, ainsi que la variation par produit en valeur relative. Elle sera justifiée par un exposé des éléments objectifs, vérifiables et significatifs.

Dans tous les cas, une telle demande fera l'objet d'une discussion avec EMC, sur le fondement entre autres critères d'une analyse de la valeur et/ou d'une comparaison avec les prix des produits sous Marque de distributeur appartenant à la même catégorie de produits. Sur le fondement de ces éléments, EMC Distribution se réserve le droit de refuser une telle augmentation.

Toute hausse de tarif acceptée ne pourra, en tout état de cause affecter les commandes et les opérations promotionnelles prévues à cette date.

En cas de désaccord EMC Distribution se réserve le droit de mettre fin au référencement des produits concernés.

Toute demande d'augmentation de tarif non justifiée qui manifesterait que le fournisseur abuse ou tente d'abuser de sa position dominante, sera considérée comme une situation infractionnelle et pourra donner lieu à des poursuites sur le fondement des articles 82 du Traité CE et L. 420-2 du code de commerce (i) » ;

que parallèlement, il prévoit : « 4-2-2/Réduction de tarif

Afin d'assurer la compétitivité de ses produits sur le marché et le pouvoir d'achat du consommateur, le fournisseur s'engage à répercuter dans son tarif, les baisses concernant les éléments constitutifs de ses prix de vente.

Dans ce contexte (baisse du coût des matières premières ou de tous autres coûts supportés par le fournisseur) et aux fins de respect de cette obligation le fournisseur s'oblige à adresser un tarif modifié.

Le fournisseur communiquera cette baisse de tarif par lettre recommandée avec accusé de réception.

Cette communication précisera (i) le pourcentage moyen de la variation sur le tarif pondéré par les réalisations de volumes en UVC des 12 derniers mois, ainsi que la variation par produit en valeur relative.

En cas de refus injustifié de respecter les obligations visées ci-dessus, EMC aura la possibilité de revoir les conditions de référencement des produits concernés.

De plus si le fournisseur abuse ou tente d'abuser de sa position dominante, cette situation sera considérée comme une situation infractionnelle et pourra donner lieu à des poursuites sur le fondement des articles 82 du Traité CE et L. 420-2 du code de commerce (i) » ;

qu'ainsi que le soutient à juste titre la société EMC, les clauses de révision de prix sont licites et il est contraire aux principes du droit des contrats que l'une des parties puisse unilatéralement et sans négociation modifier les prix convenus. Cependant, la lecture de ces deux clauses conduit à constater que lorsqu'un fournisseur souhaite augmenter ses prix en cours de contrat, en raison de l'augmentation de ses coûts, il doit le négociier dans des conditions rigides avec le distributeur qui se réserve la possibilité de refuser l'augmentation, voire de revoir les conditions de référencement des produits concernés. En revanche, le fournisseur s'oblige, sans qu'aucune discussion ne soit prévue et sans même qu'une demande de la société EMC soit nécessaire à ce titre, à baisser ses tarifs, lorsqu'un ou plusieurs éléments concourant à la formation de ceux-ci ont connu une baisse. Le désaccord entre les parties étant, là encore, de nature à permettre à la société EMC de revoir les conditions de référencement des produits ; que s'agissant de cette dernière précision, il convient de relever que les deux clauses n'indiquent nullement que cette révision possible des conditions de référencement, ne se ferait que dans le cadre des négociations de l'année suivante, ce qui, si tel était le cas, n'aurait pas à être précisé, puisque les renégociations doivent avoir lieu chaque année. Elles sont de plus rédigées en termes suffisamment vagues pour permettre à la société EMC Distribution d'aller jusqu'au déréférencement des produits en cause ; que celle-ci fait observer à juste titre que les conditions d'augmentation des tarifs reposent sur des critères objectifs et mesurables. Cependant, il n'en demeure pas moins que la rédaction de la clause susvisée lui donne la maîtrise totale de la décision finale. Par ailleurs, elle ne peut soutenir qu'elle telle disposition aurait pour seul objectif de ne pas permettre à ses fournisseurs d'augmenter leurs tarifs en cours de contrats puisqu'une telle situation n'est de toutes façons pas possible au regard du droit des contrats et qu'elle a toute latitude pour faire déclarer par avenant qu'elle n'adhère pas à une telle clause qui serait contenue dans des conditions générales de vente. Par ailleurs, si elle soutient à juste titre que la baisse des tarifs, en cas de diminution des coûts supportés par les fabricants, est favorable au consommateur et contribue à lutter contre l'inflation, il n'en demeure pas moins que l'obligation qu'elle en fait aux fournisseurs les prive de tout pouvoir de décision et d'arbitrage à ce sujet ; que la combinaison de ces clauses prive la fournisseur de toute maîtrise sur l'évolution qui pourrait être nécessaire ou justifiée des tarifs en cours de contrat, abandonnant l'appréciation de l'opportunité d'une modification des prix au distributeur, qui pourtant ne peut ignorer combien la maîtrise de cette prérogative est essentielle à la compétitivité d'une entreprise. Il en résulte, là encore, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dont la société EMC Distribution ne démontre pas qu'elle serait nécessaire à l'équilibre de la convention, ou que ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du contrat. Il importe peu à cet égard que les clauses de révisions de prix soient licites, et que le ministre n'apporte pas la preuve que des déréférencements abusifs aient été effectués ; que, dans ce contexte, la société EMC Distribution ne peut se prévaloir d'avoir ainsi mis en oeuvre la politique de lutte contre l'inflation, préconisée par la loi LME du 4 août 2008, dans ses contrats, dès lors qu'il ne lui appartient pas de décider quelles peuvent être les contraintes acceptables et sur quels opérateurs elles doivent reposer, pour atteindre cet objectif. La Cour rappellera à ce sujet et, à titre surabondant, que l'un des objectifs de la loi LME, qu'elle invoque, était aussi de protéger les petites et moyennes entreprises fournisseurs de la grande distribution des abus que certains de ces opérateurs avaient, par le passé mis en oeuvre à leur égard, ce qui ressort des débats parlementaires que la société EMC produit à l'appui de sa défense ; que, par ailleurs, alors que la clause de diminution des tarifs énonce qu'elle se justifie par l'objectif d'assurer « le pouvoir d'achat du consommateur », la société EMC ne prend, de son côté, aucun engagement de répercuter les baisses de tarifs ainsi obtenues sur ses prix au consommateur. Elle ne saurait sur ce point objecter le risque de se voir reprocher d'avoir mis en oeuvre une entente anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce, dans la mesure où cette disposition n'interdit que les ententes, accords ou convention qui faussent le jeu de la concurrence sur un marché, ce qui ne serait pas l'effet d'un tel engagement de sa part, et que, plus encore, un engagement de répercussion des baisses éventuelles de tarifs serait d'ailleurs un moyen d'être davantage concurrentiel face aux autres opérateurs du marché ; qu'en outre, le fait que le ministre de l'économie ne rapporte pas la preuve que la société EMC aurait mis en oeuvre ces deux clauses de façon défavorable aux fournisseurs, ou augmenté ses marges à leurs dépens, tout autant que le fait que la société EMC aurait accepté certaines augmentations de prix, sont sans portée sur l'appréciation de l'existence ou non d'un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties prohibé par l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce ; qu'enfin le constat de ce que le groupe Casino, dont fait partie la société EMC, ait vu ses marges baisser en France ces dernières années au profit de fournisseurs et consommateurs est inopérant en l'espèce. A titre surabondant, la Cour observe que cette diminution de marge n'a pas empêché le groupe Casino de réaliser des résultats en hausse en 2010, et d'en prévoir tout autant en 2011, ainsi qu'en témoigne le communiqué diffusé par lui en mars 2011 ; que, par ailleurs, la société EMC ne conteste pas que la clause de révision tarifaire examinée ci-dessus figurait dans le contrat intitulé « Accord Commercial Marque Nationale 2009 ». Le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans un tel document, donne à cette

clause, ainsi qu'il a déjà été relevé, la portée d'un principe auquel les fournisseurs ne peuvent déroger qu'aux termes d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée. De ce fait, il est établi que la société EMC a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le fait que l'Administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application, est à cet égard indifférent ; qu'il convient, dans ces conditions, d'enjoindre à la société EMC Distribution de ne plus inscrire les clauses ainsi relevées dans le contrat type qu'elle conclut avec ses fournisseurs ;

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 qu'il résultait de la clause intitulée « Changement de tarifs et conditions » un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, figurant au contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs, à analyser les termes de cette clause, sans rechercher au regard des contrats conclus, des parties à ces contrats et des autres stipulations contractuelles, s'il existait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à ces contrats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

2 ; 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 EMC Distribution avait tenté, par l'insertion dans son contrat type d'achat la clause intitulée « Changement de tarifs et conditions », d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société ne démontre pas que la clause serait nécessaire à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du 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 ;

3 ; 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 affirmant, pour dire que la société EMC Distribution avait tenté d'imposer à ses fournisseurs la clause intitulée « Changement de tarifs et conditions », que « le fait pour une enseigne de la grande distribution d'inscrire une clause dans le contrat type proposé à ses fournisseurs donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est dans beaucoup de cas pas à leur portée », 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.