



Institut de Droit Des Affaires Internationales Faculté
de droit de l'Université du Caire Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

Master 1

Droit de la concurrence

Cours magistraux de M. Nicolas DORANDEU.
Travaux dirigés de M. Clément LACOMBE

LE DROIT DE LA RIVALITÉ CONCURRENTIELLE :

LES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Séance n° 8 : Le déséquilibre significatif

Document n° 1 : Ancien art. L.442-6, I, 2° et III du Code de commerce

Document n° 2 : Nouvel article L. 442-1, I du Code de commerce

Document n° 3 : Nouvel article L. 442-4 du Code de commerce

Document n° 4 : Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387

Document n° 5 : Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547

Document n° 6 : Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823

Document n° 7 : Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 P

Document n° 8 : Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 P

- **Exercice** : commentaire (document n°6).

Lectures complémentaires :

- M. BEHAR-TOUCHAIS, « Sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009. 202.
- M. CHAGNY, « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », *RDC* 2009, 1642.
- A. JEANNIN, « Le déséquilibre significatif ou une atteinte à la liberté contractuelle? », *LPA* 6 oct. 2011.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP* 2015, n° 603.
- A. RIERA, « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives et en droit des obligations : une notion, deux régimes ? », *RLC* juill.-août 2016, 19.
- A. LECOURT, « le déséquilibre significatif : une notion fuyante, un régime divisé », *RLDA* déc. 2016. 34.
- G. CHANTEPIE, « le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* 2018, n° 1336.
- F. BUY ET J.-C. RODA, « Amazon au crible du déséquilibre significatif », *AJ contrat* 2019, 433.

Document n° 1: Ancien art. L.442-6, I, 2° et III du Code de commerce

Version en vigueur du 11 décembre 2016 au 26 avril 2019

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

[...]

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

[...]

III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction ordonne systématiquement la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret. »

Document n° 2 : Nouvel article L. 442-1, I

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. »

Document n° 3 : Nouvel article L. 442-4 du Code de commerce

Version en vigueur depuis le 26 avril 2019

« I.- Pour l'application des articles [L. 442-1](#), L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.

Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

-cinq millions d'euros ;

-le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;

-5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

II.-La juridiction ordonne systématiquement la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

III.-Les litiges relatifs à l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».

Document n° 4 : Cass. com., 27 mai 2015, 14-11.387, Publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 décembre 2013), que le ministre chargé de l'économie (le ministre) a assigné la société coopérative Groupement d'achat des centres distributeurs Leclerc (le GALEC), sur le fondement des articles L. 442-6 III du code de commerce, aux fins de faire constater l'illicéité, au regard de l'article L. 442-6 I 2° de ce code, de certaines clauses contenues dans le contrat-cadre annuel signé avec ses fournisseurs, d'en prononcer la nullité, d'enjoindre au GALEC de cesser ces pratiques et de le condamner à une amende civile ; qu'au cours de l'instance devant le tribunal, le ministre a renoncé à sa demande de nullité ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de déclarer recevable l'action du ministre alors, selon le moyen :

1°/ que l'autorité publique qui introduit, en application de l'article L. 442-6 du code de commerce, une action tendant à faire cesser une pratique contractuelle, doit informer par voie de notification ou tout autre acte de procédure les parties aux contrats concernés de l'introduction de l'action ; qu'en l'espèce, le ministre n'a pas informé de son action les fournisseurs avec lesquels le GALEC avait conclu les contrats comportant les clauses litigieuses ; qu'en retenant que l'action du ministre était recevable, aux motifs inopérants qu'il s'agissait d'une action propre du ministre destinée à la sauvegarde de l'ordre public, que le ministre pouvait agir pour empêcher la reprise des clauses pour l'avenir et qu'il avait abandonné certaines de ses prétentions, cependant que l'action était irrecevable en l'absence d'information des fournisseurs, quel que soit son objet précis, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 du code de commerce, ensemble les garanties attachées au droit à un recours effectif ;

2°/ qu'en déclarant recevable l'action introduite par le ministre, tendant à faire cesser la pratique résultant de l'insertion de plusieurs clauses qualifiées d'illicites dans les contrats annuels conclus avec le GALEC, aux motifs que l'information des fournisseurs ne serait pas requise s'agissant de l'exercice d'une action propre destinée au maintien de l'ordre public économique et que le ministre aurait abandonné certaines de ses prétentions, sans répondre davantage aux conclusions de la société GALEC faisant valoir que la distinction entre action en nullité et action tendant à la cessation d'une pratique était sans emport au regard de l'obligation d'information, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que l'action tendant à la constatation de l'illicéité de clauses contractuelles de contrats exécutés ou en cours d'exécution et à l'absence de reprise de ces clauses pour l'avenir intéresse nécessairement l'ensemble des parties aux contrats comportant de telles clauses ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les clauses litigieuses étaient insérées dans des contrats exécutés ou en cours d'exécution ; qu'en déclarant recevable l'action introduite par le ministre chargé de l'économie visant à faire cesser la pratique de plusieurs clauses stipulées dans les contrats annuels conclus avec le GALEC, aux motifs qu'en agissant ainsi, le ministre n'intervenait pas dans la sphère contractuelle, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a ainsi violé l'article L. 442-6 du code de commerce, ensemble les articles 1134 et 1165 du code civil ;

Mais attendu qu'il résulte de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 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 l'action du ministre ne tendait qu'à faire cesser, pour l'avenir, l'insertion de clauses, jugées illicites au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, dans les contrats annuels conclus entre le GALEC et ses fournisseurs, la cour d'appel, répondant, en les écartant, aux conclusions prétendument délaissées, a, à bon droit, retenu que cette action était recevable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de dire que différentes clauses des contrats qu'elle a conclus avec ses fournisseurs contreviennent aux dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, en conséquence, de lui

enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner ces clauses dans ses contrats commerciaux et de prononcer une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que l'article L. 442-6, I 2° sanctionne 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 ; que l'application de cet article exige donc la preuve d'une contrainte, qui ne peut s'entendre que d'une pression ou menace ou de leur tentative ayant contraint un des cocontractants à accepter une clause qu'il n'aurait pas acceptée sans cette menace ; qu'en affirmant que la soumission était caractérisée par l'insertion des clauses litigieuses dans les contrats dès lors qu'il n'y a pas de réel pouvoir de négociation pour les fournisseurs, sans constater que le GALEC avait contraint ses contractants à accepter les clauses litigieuses, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'à supposer même que la condition de soumission puisse être caractérisée par l'absence de pouvoir de négociation, ce pouvoir doit nécessairement s'apprécier au regard de chaque cocontractant ; qu'en affirmant de manière générale que la condition de soumission était démontrée par la seule absence de pouvoir réel de négociation pour les fournisseurs et que ces derniers ne pouvaient se permettre de cesser leurs relations commerciales, cependant que l'existence d'une contrainte ne pouvait s'apprécier qu'in concreto, pour chaque fournisseur, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce, ensemble l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les fournisseurs, lesquels ne disposaient pas du pouvoir réel de les négocier, et relevé que les fournisseurs, dont seuls 3 % étaient des grands groupes, ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par le GALEC qui détenait, en 2009, 16,9 % des parts du marché de la distribution, la cour d'appel, qui n'a pas procédé par affirmation générale, a pu en déduire que les fournisseurs avaient été soumis aux exigences du GALEC, caractérisant ainsi l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de dire que le paragraphe 5 de l'article I du contrat-cadre annuel 2009, en ce qu'il exclut l'application des conditions générales de vente des fournisseurs à toute livraison de produits ou prestations de services du fournisseur au profit des conditions d'achat du GALEC, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur, de lui enjoindre, en conséquence, de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner cette clause dans ses contrats commerciaux et de prononcer une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant que le GALEC ne justifiait pas des conditions d'opposabilité des conditions générales de vente et ne précisait pas les règles de confrontation entre les conditions générales d'achat (CGA) et les conditions générales de vente (CGV), cependant que cette société faisait valoir, notamment, que le simple fait de contracter en connaissance des CGV entraînait leur opposabilité lorsque celles-ci figurent au dos des bons de livraison ou des factures et que les clauses des CGA contraires à celles des CGV ne pouvaient s'appliquer, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de la société Galec en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le GALEC pouvait être considéré comme ayant accepté les conditions générales de vente de ses fournisseurs et si les clauses de ces conditions générales prévoyant qu'elles prévalaient sur les conditions générales d'achat ne rendaient pas ces dernières inopposables aux fournisseurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L. 442-6 du code de commerce ;

3°/ que la cour d'appel a constaté que l'annexe III du contrat-cadre annuel signé avec les fournisseurs précise que les conditions d'achat « se substituent aux conditions générales de vente du fournisseur lorsque les dispositions de ces conditions d'achat, contradictoires, avec les termes des conditions générales de vente du fournisseur, sont dûment acceptées par le fournisseur » ; qu'elle a ajouté que l'annexe III se trouvait dans tous les contrats-cadres ; qu'en jugeant que les conditions générales de vente des fournisseurs n'étaient pas appliquées dans les relations distributeur-fournisseur, cependant qu'il résultait de ses propres constatations qu'elles s'appliquaient, à tout le moins, en l'absence

de stipulations contradictoires des conditions générales d'achat, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 1134 du code civil et L. 442-6 du code de commerce ;

4°/ que le déséquilibre significatif visé à l'article L. 442-6, I 2° doit traduire un allègement des obligations d'une partie sans contrepartie ; qu'en jugeant que le paragraphe 5 de l'article I du contrat cadre annuel 2009 créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur, par des motifs inopérants tenant notamment à l'intangibilité des CGA ou à l'absence de négociation, sans caractériser l'allègement des obligations du GALEC, au détriment des fournisseurs, résultant de l'adoption des conditions générales d'achat, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce ;

5°/ que le déséquilibre significatif doit être apprécié non clause par clause mais de manière globale, par rapport à l'ensemble des obligations issues du contrat ; qu'en appréciant le déséquilibre qui résulterait du paragraphe 5 de l'article I du contrat-cadre, à le supposer établi, uniquement au regard dudit paragraphe, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant constaté que le paragraphe 5 de l'article 1 du contrat-cadre annuel liant le GALEC à ses fournisseurs précise que le fournisseur accepte les termes des conditions d'achat du GALEC et que l'annexe III, comportant ces conditions d'achat, indique, en préambule, que celles -ci se substituent aux conditions générales de vente du fournisseur lorsque les dispositions de ces conditions d'achat, contradictoires avec les termes des conditions générales de vente (CGV) du fournisseur, sont dûment acceptées par ce dernier, l'arrêt relève que tous les contrats versés aux débats comportent la clause précitée et, en annexe, les seules conditions générales d'achat du GALEC, paraphées par les fournisseurs, et non les CGV des fournisseurs, faisant ainsi ressortir que ces dernières n'ont pas été acceptées par le GALEC qui ne peut, dès lors, s'en prévaloir et retient que, contrairement à la thèse soutenue par celui-ci, le fait que les CGV de certains fournisseurs précisent qu'elles-mêmes prévalent sur les conditions d'achat du GALEC est sans portée; que la cour d'appel, qui a effectué la recherche visée à la deuxième branche, a, sans dénaturer les conclusions du GALEC, légalement justifié sa décision ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant constaté que tous les contrats- cadres versés aux débats comportent, en annexe, les conditions générales d'achat du GALEC, paraphées par le fournisseur, et ce, quels que soient le domaine d'intervention de celui-ci, sa structure ou sa taille, l'arrêt relève que ces conditions générales sont établies à partir d'un modèle-type, figurant dans chacun des contrats, dont le GALEC invoque la négociation sans en justifier, faisant ainsi ressortir que celui-ci a imposé ses conditions d'achat à ses fournisseurs, sans possibilité de négociation ; qu'il relève, encore, que les relations entre le GALEC et ses fournisseurs sont établies à partir de l'offre du distributeur et non à partir de celle du fournisseur, contrairement aux exigences de l'article L. 441-6 du code de commerce ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit l'intangibilité des conditions d'achat du GALEC, leur systématisation excluant toute négociation véritable, et l'inversion de l'initiative de la négociation prévue par l'article L. 441-6 du code de commerce, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de dire que la distorsion en matière de délais de paiement entre lui et ses fournisseurs, qui résulte de la clause 4.3 a de l'annexe III (conditions d'achat) du contrat-cadre annuel 2009, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs , en conséquence, de lui enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner cette clause dans ses contrats commerciaux et de prononcer une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que le déséquilibre significatif ne peut être retenu lorsque la clause litigieuse est le résultat de la volonté de la partie prétendant victime de l'obligation créant un déséquilibre significatif ; qu'en l'espèce, le GALEC faisait valoir qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir imposé des délais de paiement à ses fournisseurs créant un déséquilibre entre les droits et obligations des parties dans la mesure où les délais appliqués, résumés dans un tableau

produit par le ministre, ne correspondaient pas à ceux figurant dans les conditions générales de ventes desdits fournisseurs ; que la cour d'appel a constaté que le GALEC versait les conditions générales de vente des fournisseurs aux débats ; qu'en relevant, pour juger que l'article 4.3 de l'annexe III créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, que le GALEC ne justifiait nullement de ce que les délais appliqués étaient ceux prévus par les conditions générales des fournisseurs, sans rechercher si les délais de paiement retenus et mentionnés dans le tableau produit par le ministre correspondaient à ceux stipulés dans les conditions générales de vente produites, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 du code de commerce ;

2°/ que le déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce doit être apprécié non pas clause par clause mais de manière globale, par rapport à l'ensemble des obligations issues du contrat ; qu'il incombe au ministre chargé de l'économie, qui soutient qu'une clause méconnaît l'article L. 442-6 du code de commerce, de prouver qu'elle n'a pas pour contrepartie d'autres droits ou obligations prévus par le contrat ; qu'en se bornant à affirmer que le GALEC ne justifiait pas d'autres clauses du contrat permettant de rééquilibrer les obligations des parties, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a ainsi violé l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce, ensemble l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'en retenant, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que le GALEC ne justifiait pas que les délais appliqués pour le paiement des marchandises étaient ceux prévus par les conditions générales de vente des fournisseurs, la cour d'appel a effectué la recherche visée à la première branche ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que l'article 4.3 a de l'annexe III du contrat-cadre imposait aux fournisseurs un délai de 30 jours pour le règlement des prestations de services de coopération commerciale tandis que le paiement des marchandises par le GALEC avait lieu à 30, 45, 50 ou 60 jours et relevé le caractère systématique de la clause de délai de trente jours, l'absence de toute négociation et l'écart ainsi créé dans les délais de paiement accordés aux parties, la cour d'appel, constatant que le GALEC n'offrait pas de justifier que d'autres clauses du contrat permettaient de rééquilibrer les obligations des parties, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que la distorsion en matière de délais de paiement entre le GALEC et ses fournisseurs qui résultait de la clause de délai de 30 jours imposée à ces derniers créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs ;

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

Sur le cinquième moyen :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de dire que les clauses 4.2 c et 4.3 c de l'annexe II (conditions d'achat) du contrat-cadre annuel 2009, en ce qu'elles excluent d'office les escomptes pour paiement anticipé des ristournes et prestations de services, créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs, de lui enjoindre, en conséquence, de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner ces clauses dans ses contrats commerciaux et de prononcer une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que le déséquilibre significatif ne peut être retenu lorsque la clause litigieuse est le résultat de la volonté de la partie prétendument victime de l'obligation créant un déséquilibre significatif ; qu'en affirmant que les articles 4.2 c et 4.3 c de l'annexe III du contrat-cadre annuel créent un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, dès lors que certains fournisseurs accordent un escompte au GALEC en cas de paiement anticipé, sans rechercher si les clauses litigieuses avaient été imposées par le GALEC à ses fournisseurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 du code de commerce ;

2°/ qu'en relevant, pour juger que les articles 4.2 c et 4.3 c de l'annexe III du contrat-cadre annuel créent un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, que les termes des conditions générales de vente des fournisseurs importent peu dès lors que ces conditions générales sont inappliquées, cependant que ces conditions générales, à supposer même qu'elles ne soient pas applicables, étaient susceptibles de démontrer que les clauses litigieuses avaient été proposées par les fournisseurs et non imposées par le GALEC, la cour d'appel s'est

déterminée par un motif inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 du code de commerce ;

3°/ qu'en se fondant, pour juger que les articles 4.2 c et 4.3 c de l'annexe III du contrat-cadre annuel créent un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, sur le fait que les conditions générales de vente des fournisseurs ne sont pas appliquées dans la relation fournisseur-distributeur, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le GALEC ne pouvait pas être considéré comme ayant accepté les conditions générales de vente de ses fournisseurs et si les clauses de ces conditions générales prévoyant qu'elles prévalaient sur les conditions générales d'achat ne rendaient dès lors pas ces dernières inopposables aux fournisseurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L. 442-6 du code de commerce ;

4°/ que la cour d'appel a constaté que l'annexe III du contrat-cadre annuel signé avec les fournisseurs précise que les conditions d'achat « se substituent aux conditions générales de vente du fournisseur lorsque les dispositions de ces conditions d'achat, contradictoires, avec les termes des conditions générales de vente du fournisseur, sont dûment acceptées par le fournisseur » ; qu'elle a ajouté que l'annexe III se trouvait dans tous les contrats-cadres ; qu'en jugeant que les conditions générales de vente des fournisseurs n'étaient pas appliquées dans les relations distributeur-fournisseur, cependant qu'il résultait de ses propres constatations qu'elles s'appliquaient, à tout le moins, en l'absence de stipulations contradictoires des conditions générales d'achat, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 1134 du code civil et L. 442-6 du code de commerce ;

5°/ que le fait que le retard de paiement soit sanctionné par une clause pénale n'implique pas que l'avance dans ce paiement doive être récompensée ; qu'en retenant, pour affirmer que la clause refusant tout escompte en cas de paiement anticipé crée un déséquilibre significatif, que le retard est sanctionné par une clause pénale, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant constaté que tous les contrats- cadres versés aux débats comportaient, en annexe, les conditions générales d'achat du GALEC paraphées par le fournisseur, et ce, quels que soient le domaine d'intervention de celui-ci, sa structure ou sa taille, et relevé que ces conditions générales étaient établies à partir d'un modèle-type, retrouvé dans chacun des contrats, dont le GALEC invoquait la négociation sans en justifier, faisant ainsi ressortir que celui-ci avait imposé à ses fournisseurs ses conditions d'achat dans lesquelles figuraient les clauses litigieuses, la cour d'appel a effectué la recherche mentionnée à la première branche ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'effectuant la recherche invoquée à la troisième branche, la cour d'appel a constaté que les contrats versés aux débats ne comportaient que les seules conditions générales d'achat du GALEC paraphées par les fournisseurs, et non les CGV des fournisseurs, faisant ainsi ressortir que celles-ci n'avaient pas été acceptées par le GALEC qui ne pouvait dès lors s'en prévaloir, ce dont elle a pu déduire, justifiant sa décision, que le contenu desdites conditions générales de vente importait peu ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant constaté, qu'en application des articles 4.2 b et 4.3 c de l'annexe III du contrat-cadre annuel, contenant les conditions générales d'achat imposées à tous les fournisseurs, le GALEC refusait tout escompte pour le paiement anticipé des ristournes et des prestations de services tandis que certains contrats prévoyaient l'existence d'un escompte en sa faveur et ce, sans réciprocité en faveur des fournisseurs, et relevé que le paiement par les fournisseurs des prestations de services était soumis à des conditions de délais de trente jours, le retard dans le paiement étant sanctionné par une clause pénale, elle-même critiquable en ce qu'il n'existait, à l'inverse, à la charge du distributeur, aucune pénalité pour ses manquements dans l'exécution de ses obligations, la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée par un motif inopérant, a pu en déduire que l'exclusion d'office de tout escompte pour le paiement anticipé des prestations de services et ristournes, imposée aux fournisseurs, créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs ;

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

Sur le sixième moyen :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de dire que la clause 1.4.d de l'annexe III (conditions d'achat) du contrat-cadre annuel 2009, en ce qu'elle met à la charge des fournisseurs les coûts inhérents à la destruction par les consommateurs des produits et/ou de leurs emballages, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs, en conséquence, de lui enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner cette clause dans ses contrats commerciaux et de prononcer une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que le vendeur d'une chose est tenu de la garantie contre les vices cachés qui s'entendent d'un défaut non apparent, rédhibitoire et qui rend la chose impropre à son usage normal ; qu'en affirmant que l'obligation du fournisseur de fournir, en présence d'offres promotionnelles, des produits tels que l'utilisation du bon promotionnel détachable ou découppable n'affecte ni le produit, ni son emballage, ne relève pas de la garantie des vices cachés, au motif inopérant que la commercialisation du produit en promotion, le choix de l'emplacement, la mise en rayon du produit ou la surveillance de la clientèle échappent au fournisseur, cependant que l'inaptitude des produits à remplir l'usage promotionnel pour lequel ils ont été achetés constitue un défaut de la chose relevant de la garantie des vices cachés, la cour d'appel a violé l'article 1641 code civil ;

2°/ que la clause 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel 2009 stipulait que « dans le cas où le fournisseur proposerait des produits contenant par exemple des primes ou des offres promotionnelles détachables ou découppables, il garantit au GALEC, aux centrales et aux magasins, qu'il s'est assuré que le mécanisme les assemblant n'entraînera pas la destruction par le consommateur de l'emballage et/ou du produit dans les points de vente. Si tel n'est pas le cas, les frais et coûts liés à la reprise ou à la destruction de ces produits seront à la charge du fournisseur » ; qu'en énonçant, pour juger que l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel 2009 créait un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, qu'il avait pour objet de garantir le distributeur contre toute détérioration par les clients du magasin des produits faisant l'objet d'une promotion, cependant que la clause litigieuse n'avait pas vocation à s'appliquer à toute détérioration des produits faisant l'objet d'une promotion mais uniquement à celles liées à l'impropriété du mécanisme mis en place par le fournisseur, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel de 2009 et a ainsi violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ qu'en affirmant que l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel de 2009 opérait un véritable transfert des risques inhérents à la mise en vente du produit dont le distributeur doit assumer la charge, cependant que la clause litigieuse ne concernait que les produits assortis d'offres promotionnelles détachables et ne portait que sur le risque de destruction du produit du fait du mécanisme mis en place dans le cadre de l'offre promotionnelle, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel de 2009 et a ainsi violé l'article 1134 du code civil ;

4°/ que l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel de 2009 mettait à la charge des fournisseurs l'obligation de s'assurer que le mécanisme assemblant les produits n'entraînera pas la destruction par le consommateur de l'emballage et/ou du produit dans les points de vente ; qu'en jugeant que cette clause faisait peser sur les fournisseurs une obligation de résultat alors qu'ils ne maîtrisent pas totalement les moyens de l'exécuter, cependant qu'elle met uniquement à la charge des fournisseurs l'obligation de s'assurer du mécanisme, et non l'obligation de garantir l'efficacité du mécanisme, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel de 2009 et a ainsi violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que c'est par une interprétation souveraine exclusive de dénaturer des termes ambigus de la clause litigieuse, que la cour d'appel a retenu que l'article 1.4 d de l'annexe III du contrat-cadre annuel 2009 avait pour objet de garantir le distributeur contre toute détérioration par les clients du magasin des produits faisant l'objet d'une promotion et que cette clause opérait un véritable transfert des risques inhérents à la mise en vente de ces produits, dont le distributeur doit assumer la charge ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que la commercialisation de ces produits, le choix de l'emplacement, la mise en rayon du produit et la surveillance de la clientèle échappaient au fournisseur, la cour d'appel en a exactement déduit que l'obligation mise à la charge de ce dernier ne relevait pas de la garantie des vices cachés, inexistantes dès lors que c'était l'action de la clientèle qui était susceptible de rendre la marchandise inapte à l'usage prévu ;

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

Et sur le septième moyen, pris en sa première branche :

Attendu que le GALEC fait grief à l'arrêt de dire que les clauses 4.2 b et 4.3 b de l'annexe III (conditions d'achat) du contrat-cadre annuel 2009, en ce qu'elles imposent des pénalités pour paiement avec retard des ristournes et des prestations de services, créent un déséquilibre significatif au détriment des fournisseurs, en conséquence, de lui enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner ces clauses dans ses contrats commerciaux et de prononcer une amende civile alors, selon le moyen, que la clause pénale est régie par les seules dispositions de l'article 1152 du code civil ; que, ainsi que le GALEC le faisait valoir dans ses conclusions d'appel, une clause pénale ne peut être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ; qu'en retenant que la clause pénale litigieuse créait un déséquilibre significatif entre les obligations des parties et en sanctionnant de ce chef le GALEC sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, la cour d'appel a violé ce texte ensemble l'article 1152 du code civil ;

Mais attendu que les dispositions de l'article 1152 du code civil ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce à une clause pénale, dès lors que les conditions en sont réunies ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le rejet du troisième moyen, pris en ses première, deuxième et troisième branches conduit au rejet du septième moyen pris en ses trois dernières branches, qui est rédigé en termes identiques ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 5 : Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1er juillet 2015), que le ministre chargé de l'économie, reprochant à la société Galec-groupe d'achats des centres Leclerc (le Galec) d'avoir soumis des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif à raison de certaines clauses du contrat-cadre ayant régi leurs relations en 2009 et 2010, relatives au versement d'une ristourne de fin d'année (la RFA) au bénéfice du distributeur, l'a assignée en annulation de ces clauses, répétition de l'indu et paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° et III du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de retenir un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de prononcer l'annulation des clauses prévoyant ces obligations dans les accords GALEC conclus en 2009 et 2010 avec les quarante-six fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, de le condamner à restituer les sommes perçues à ce titre et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne sanctionnent que le fait de soumettre un partenaire commercial à une « obligation » créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que le simple fait d'obtenir une réduction de prix de la part de son cocontractant ne soumet ce dernier à aucune « obligation » au sens de ces dispositions ; qu'en considérant, pour condamner le Galec, que la RFA Galec, qui constitue une simple réduction du prix fournisseur, caractérisait une telle « obligation », la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'il résulte de la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel que l'incrimination prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est conforme au principe de légalité des délits et des peines que dans la mesure où la notion de « déséquilibre significatif » renvoie à la notion, suffisamment définie par la

jurisprudence, qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'en vertu de cet article, l'appréciation du « déséquilibre significatif » ne peut pas porter sur l'adéquation du prix au bien vendu ; qu'ainsi, le « déséquilibre significatif » au sens de l'article précité du code de commerce ne peut jamais résulter de l'inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en jugeant pourtant que la loi avait entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que, si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce devait être interprété comme permettant de sanctionner le fait d'obtenir une simple réduction de prix, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, en ce qu'il sanctionne le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, serait privé de tout effet utile ; qu'il en résulte nécessairement que le législateur n'a pas entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ;

Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la loi LME du 4 août 2008 a instauré le principe de libre négociabilité des tarifs et supprimé l'obligation de justifier toute réduction du prix fournisseur par une contrepartie ; que si l'article L. 441-7 du code de commerce dispose que la convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et qu'elle fixe, notamment, les conditions de l'opérations de vente, y compris les réductions de prix, il n'en résulte pas pour autant que toute réduction de prix ne puisse intervenir qu'en contrepartie d'une obligation consentie par l'acheteur ; qu'en relevant pourtant, pour juger que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties aux contrats-cadres, que la loi LME n'avait pas supprimé la nécessité de contrepartie, que la réduction du prix accordée par le fournisseur devait avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur et

qu'en l'espèce, la RFA Galec n'était compensée par aucune obligation réelle, la cour d'appel a violé les articles L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'en tout état de cause, à supposer que les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce impliquent l'exigence d'une contrepartie à toute réduction du prix « fournisseur », l'éventuelle méconnaissance de cette exigence ne conduit pas nécessairement à un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; qu'en se bornant à relever, pour juger que la RFA Galec créait un tel déséquilibre, que cette remise était dépourvue de contrepartie réelle et méconnaissait donc les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que la caractérisation de l'infraction prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce suppose, tout d'abord, que le juge ait mis en balance les droits et obligations des parties au contrat, en les appréciant de manière concrète, que l'obligation imposée au cocontractant ait créé un « déséquilibre » dans ces droits et obligations et, enfin, que ce déséquilibre soit « significatif » ; qu'à supposer que le juge puisse, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contrôler l'adéquation du prix au produit vendu, il lui appartiendrait alors d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écarte significativement de ce juste prix ; qu'en l'espèce, la cour d'appel n'a procédé à aucun examen, même sommaire, des produits en cause ou des différents taux de remises consentis ; qu'en se bornant à relever que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sans rechercher si les tarifs obtenus à la suite de la réduction du prix s'écartaient significativement du juste prix des produits, elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt rappelle que la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale ; qu'il relève que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite ; qu'il en déduit que la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; que de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève que les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ; qu'il relève encore que les acomptes dus au titre de la RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires sur lequel le Galec s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir la réduction du prix et ajoute que l'article V du contrat-cadre permettait au distributeur d'obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur ; qu'il relève enfin que le Galec n'allègue pas que d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu retenir que les clauses litigieuses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant fait ressortir, par les motifs précités, que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en œuvre d'une ristourne de fin

d'année, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient au ministre chargé de l'économie, agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce de prouver l'existence de la pratique restrictive de concurrence qu'il invoque ; que, pour établir l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la cour d'appel a relevé que la différence de taux de ristourne appliqué aux fournisseurs n'était pas la preuve d'une négociation et que le Galec n'offrait pas de démontrer l'existence de négociations ayant existé avec ses fournisseurs ; qu'en statuant ainsi, elle a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;

2°/ que la preuve d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne peut résulter que d'éléments démontrant que le distributeur a exercé des pressions auxquelles les fournisseurs ne pouvaient résister ; qu'en se bornant à relever, pour considérer que l'existence d'une soumission était établie, que l'annexe 2 des contrats-cadres avait été pré-rédigée par le Galec puis signée par le fournisseurs sans modification, qu'il existait une contradiction entre cet annexe et l'article V des contrats-cadres quant au délai de paiement de la RFA et que le procès-verbal du 30 avril 2009 laissait penser que le Galec avait cherché à préserver ses marges malgré les nouvelles dispositions de la loi LME, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé que la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 ; qu'il relève que les cent dix-huit contrats-cadres et leurs annexes ont été paraphés et signés par tous les fournisseurs, et ce, alors même qu'il existait une contradiction entre l'article V des contrats-cadres et l'annexe 2, concernant les délais de paiement de cette ristourne ; qu'il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; qu'il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de le condamner à verser au Trésor public la somme de 61 288 677,84 euros correspondant aux sommes ayant été perçues au titre de la RFA, à charge pour le Trésor public de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, alors, selon le moyen, que la partie qui a indûment perçu des sommes de son cocontractant ne peut être condamnée qu'à restituer ces sommes au cocontractant lui-même ; qu'aucune disposition législative ne permet au juge de condamner cette partie à verser au Trésor public des sommes indûment perçues, quand bien même ce dernier serait chargé de restituer les sommes au cocontractant ; qu'en condamnant le Galec à verser au Trésor public des sommes perçues au titre de la RFA Galec, à charge pour celui-ci de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, III du code de commerce ;

Mais attendu que le ministre chargé de l'économie a été habilité par le législateur à demander à la juridiction saisie, sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce, la répétition de l'indu dans le cadre d'une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, à charge pour lui d'informer les parties au contrat de l'introduction de son action ; qu'ayant constaté que le ministre avait procédé à cette information et que la restitution des sommes indûment perçues au titre de la RFA s'opérerait entre les mains du Trésor public à charge pour ce dernier de les restituer aux fournisseurs visés dans une liste annexée, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article L. 442-6, III du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 6 : Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par le ministre de l'économie et des finances que sur le pourvoi incident relevé par la société ITM alimentaire international ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 décembre 2017), qu'à la suite d'une enquête diligentée auprès de toutes les enseignes de la grande distribution afin de vérifier la conformité de leurs contrats à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le ministre chargé de l'économie a, le 2 novembre 2009, assigné les sociétés SPAL boissons, SCA LS frais, SCA laits et dérivés, SCA condiments et dérivés et ITM alimentaire France, aux droits desquelles est venue la société ITM alimentaire international, afin, notamment, qu'il leur soit fait injonction de cesser, pour l'avenir, la pratique consistant à mentionner dans les contrats conclus avec les fournisseurs certaines clauses, constitutives, selon lui, d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que le ministre chargé de l'économie fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes alors, selon le moyen :

1°/ que le ministre de l'économie et des finances peut demander en justice d'ordonner la cessation de pratiques consistant à soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif, dans les droits et obligations des parties ; qu'il appartient au défendeur qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation ; que la cour d'appel a constaté que le ministre de l'économie établissait que la société ITM alimentaire international, en faveur de laquelle s'exerçait une forte asymétrie dans le rapport de force existant sur un marché structurellement déséquilibré sur lequel elle intervient, avait rédigé la convention type pour l'année 2009 proposée à l'ensemble de ses fournisseurs et contenant des clauses dont une, au moins, est significativement déséquilibrée ; qu'en imputant au ministre de l'économie la charge de la preuve des circonstances dans lesquelles les conventions annuelles avaient été signées par les différents fournisseurs et d'une possibilité de négocier effectivement et librement chacune des clauses litigieuses, pour juger qu'en l'absence de production de ces éléments de preuve, la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans leurs obligations n'était pas établie, quand il incombait au contraire à la société ITM alimentaire international de prouver n'avoir pas abusé de sa position de force et permis à ses fournisseurs de négocier réellement les clauses litigieuses, en particulier à ceux ne disposant manifestement pas d'une puissance de négociation, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article L. 442-6 III du code de commerce ;

2°/ que le ministre de l'économie et des finances peut demander en justice d'ordonner la cessation de pratiques consistant à tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que la cour d'appel a constaté que le ministre de l'économie établissait que la

société ITM alimentaire international, en faveur de laquelle s'exerçait une forte asymétrie dans le rapport de force existant sur le marché de la distribution, avait pré-rédigé les clauses litigieuses du contrat type pour l'année 2009 proposé à l'ensemble de ses fournisseurs, c'est-à-dire à ceux qui disposaient d'une puissance théorique de négociation comme à ceux qui n'en disposaient pas ; qu'en ne déduisant pas de ces constatations la tentative de la société ITM alimentaire international de soumettre l'ensemble de ses partenaires commerciaux à des obligations créant un déséquilibre significatif, refusant ainsi de réprimer la tentative de soumission à une pratique de déséquilibre significatif, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'inféraient de ses constatations et violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que la soumission ou la tentative de soumission d'un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées et que, si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective, l'arrêt retient que, s'il a pu être déduit, dans certains cas, un indice de soumission ou de tentative de soumission de déséquilibre significatif, de l'adoption, par un certain nombre de fournisseurs, de clauses identiques qui leur étaient manifestement défavorables, tel n'est pas le cas dans la présente espèce puisque, si le ministre prétend que les clauses litigieuses ont été intégrées dans toutes les conventions ou que tous les fournisseurs de la société ITM alimentaire international ont été concernés par ces clauses, il n'appuie cette affirmation sur aucun élément de preuve, ne versant aux débats que cinq contrats comportant les clauses litigieuses, signés par des fournisseurs qui ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE, sur lesquels il n'apporte aucun élément de preuve quant aux circonstances factuelles dans lesquelles ils ont été conclus et n'établissant donc pas qu'ils n'ont pas fait l'objet de négociations effectives ; qu'il relève que le signataire de l'un de ces cinq contrats, la société Danone eaux France, a pu négocier l'article 2 de la convention d'affaires de 2009, tandis qu'un autre, la société Mars, a fait le choix de ne pas dénoncer cette clause, qui n'était pas appliquée ; qu'il relève encore que la société ITM alimentaire international justifie de ce que deux autres fournisseurs, les sociétés Orangina/Schweppes et Herta, ont également pu négocier les articles 2 et 4.2 de la convention d'affaires de 2009 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que les clauses litigieuses pré-rédigées par la société ITM alimentaire international constituaient une composante intangible des cinq contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, ce dont elle a déduit que la preuve de la soumission ou tentative de soumission exigée par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction applicable à la cause, n'était pas rapportée ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le second moyen du pourvoi principal, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident, qui est éventuel :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 7 : Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 P

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 § I 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 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 œuvre 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 dénaturée ;

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 ;

Document n° 8: Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 P

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1er juillet 2015), que le ministre chargé de l'économie, reprochant à la société Galec-groupe d'achats des centres Leclerc (le Galec) d'avoir soumis des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif à raison de certaines clauses du contrat-cadre ayant régi leurs relations en 2009 et 2010, relatives au versement d'une ristourne de fin d'année (la RFA) au bénéfice du distributeur, l'a assignée en annulation de ces clauses, répétition de l'indu et paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° et III du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de retenir un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de prononcer l'annulation des clauses prévoyant ces obligations dans les accords GALEC conclus en 2009 et 2010 avec les quarante-six fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, de le condamner à restituer les sommes perçues à ce titre et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne sanctionnent que le fait de soumettre un partenaire commercial à une « obligation » créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que le simple fait d'obtenir une réduction de prix de la part de son cocontractant ne soumet ce dernier à aucune « obligation » au sens de ces dispositions ; qu'en considérant, pour condamner le Galec, que la RFA Galec, qui constitue une simple réduction du prix fournisseur, caractérisait une telle « obligation », la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'il résulte de la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel que l'incrimination prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est conforme au principe de légalité des délits et des peines que dans la mesure où la notion de « déséquilibre significatif » renvoie à la notion, suffisamment définie par la jurisprudence, qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'en vertu de cet article, l'appréciation du « déséquilibre significatif » ne peut pas porter sur l'adéquation du prix au bien vendu ; qu'ainsi, le « déséquilibre significatif » au sens de l'article précité du code de commerce ne peut jamais résulter de l'inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en jugeant pourtant que la loi avait entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que, si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce devait être interprété comme permettant de sanctionner le fait d'obtenir une simple réduction de prix, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, en ce qu'il sanctionne le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, serait privé de tout effet utile ; qu'il en résulte nécessairement que le législateur n'a

pas entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ;

Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1° que la loi LME du 4 août 2008 a instauré le principe de libre négociabilité des tarifs et supprimé l'obligation de justifier toute réduction du prix fournisseur par une contrepartie ; que si l'article L. 441-7 du code de commerce dispose que la convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et qu'elle fixe, notamment, les conditions de l'opérations de vente, y compris les réductions de prix, il n'en résulte pas pour autant que toute réduction de prix ne puisse intervenir qu'en contrepartie d'une obligation consentie par l'acheteur ; qu'en relevant pourtant, pour juger que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties aux contrats-cadres, que la loi LME n'avait pas supprimé la nécessité de contrepartie, que la réduction du prix accordée par le fournisseur devait avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur et qu'en l'espèce, la RFA Galec n'était compensée par aucune obligation réelle, la cour d'appel a violé les articles L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2° qu'en tout état de cause, à supposer que les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce impliquent l'exigence d'une contrepartie à toute réduction du prix « fournisseur », l'éventuelle méconnaissance de cette exigence ne conduit pas nécessairement à un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; qu'en se bornant à relever, pour juger que la RFA Galec créait un tel déséquilibre, que cette remise était dépourvue de contrepartie réelle et méconnaissait donc les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que la caractérisation de l'infraction prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce suppose, tout d'abord, que le juge ait mis en balance les droits et obligations des parties au contrat, en les appréciant de manière concrète, que l'obligation imposée au cocontractant ait créé un « déséquilibre » dans ces droits et obligations et, enfin, que ce déséquilibre soit « significatif » ; qu'à supposer que le juge puisse, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contrôler l'adéquation du prix au produit vendu, il lui appartiendrait alors d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écarte significativement de ce juste prix ; qu'en l'espèce, la cour d'appel n'a procédé à aucun examen, même sommaire, des produits en cause ou des différents taux de remises consentis ; qu'en se bornant à relever que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sans rechercher si les tarifs obtenus à la suite de la réduction du prix s'écartaient significativement du juste prix des produits, elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt rappelle que la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale ; qu'il relève que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite ; qu'il en déduit que la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; que de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève que les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ; qu'il relève encore que les acomptes dus au titre de la RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires sur lequel le Galec s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir la réduction du prix et ajoute que l'article V du contrat-cadre permettait au distributeur d'obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur ; qu'il relève enfin que le Galec n'allègue pas que d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu retenir que les clauses litigieuses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant fait ressortir, par les motifs précités, que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en oeuvre d'une ristourne de fin d'année, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient au ministre chargé de l'économie, agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce de prouver l'existence de la pratique restrictive de concurrence qu'il invoque ; que, pour établir l'existence

d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la cour d'appel a relevé que la différence de taux de ristourne appliqué aux fournisseurs n'était pas la preuve d'une négociation et que le Galec n'offrait pas de démontrer l'existence de négociations ayant existé avec ses fournisseurs ; qu'en statuant ainsi, elle a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;

2°/ que la preuve d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne peut résulter que d'éléments démontrant que le distributeur a exercé des pressions auxquelles les fournisseurs ne pouvaient résister ; qu'en se bornant à relever, pour considérer que l'existence d'une soumission était établie, que l'annexe 2 des contrats-cadres avait été pré-rédigée par le Galec puis signée par le fournisseurs sans modification, qu'il existait une contradiction entre cet annexe et l'article V des contrats-cadres quant au délai de paiement de la RFA et que le procès-verbal du 30 avril 2009 laissait penser que le Galec avait cherché à préserver ses marges malgré les nouvelles dispositions de la loi LME, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé que la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 ; qu'il relève que les cent dix-huit contrats-cadres et leurs annexes ont été paraphés et signés par tous les fournisseurs, et ce, alors même qu'il existait une contradiction entre l'article V des contrats-cadres et l'annexe 2, concernant les délais de paiement de cette ristourne ; qu'il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; qu'il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de le condamner à verser au Trésor public la somme de 61 288 677,84 euros correspondant aux sommes ayant été perçues au titre de la RFA, à charge pour le Trésor public de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, alors, selon le moyen, que la partie qui a indûment perçu des sommes de son cocontractant ne peut être condamnée qu'à restituer ces sommes au cocontractant lui-même ; qu'aucune disposition législative ne permet au juge de condamner cette partie à verser au Trésor public des sommes indûment perçues, quand bien même ce dernier serait chargé de restituer les sommes au cocontractant ; qu'en condamnant le Galec à verser au Trésor public des sommes perçues au titre de la RFA Galec, à charge pour celui-ci de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, III du code de commerce ;

Mais attendu que le ministre chargé de l'économie a été habilité par le législateur à demander à la juridiction saisie, sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce, la répétition de l'indu dans le cadre d'une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, à charge pour lui d'informer les parties au contrat de l'introduction de son action ; qu'ayant constaté que le ministre avait procédé à cette information et que la restitution des sommes indûment perçues au titre de la RFA s'opérerait entre les mains du Trésor public à charge pour ce dernier de les restituer aux fournisseurs visés dans une liste annexée, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article L. 442-6, III du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;