

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du 6 mai 2008

Cassation partielle

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 554 FS-P+B+I

Pourvoi n° A 07-16.381

REPUBLIQUE FRANCAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

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

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société France Telecom E-Commerce, actuelle  
dénomination de la société Wanadoo E. Merchant, société anonyme, dont  
le siège est ZAC des Luats, impasse des Armoiries, 94350 Villiers-sur-Marne  
cedex,

2°/ la société France Telecom, venant aux droits de la société  
Wanadoo, société anonyme, dont le siège est 6 place d'Alleray, 75015 Paris,

contre l'arrêt rendu le 23 mai 2007 par la cour d'appel de Paris (5e chambre,  
section A), dans le litige les opposant au syndicat de la Librairie française,  
dont le siège est 27 rue Bourgon, 75013 Paris,

défendeur à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les  
deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article L. 131-6-1 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 26 mars 2008, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mmes Garnier, Tric, Betch, M. Petit, Mme Pezard, conseillers, M. Semeriva, Mmes Farthouat-Danon, Michel-Amsellem, MM. Pietton, Salomon, Mme Maitrepierre, conseillers référendaires, M. Jobard, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de la société France Telecom E-Commerce, nouvelle dénomination société Wanadoo E. Merchant et de la société France Telecom, de Me Ricard, avocat du syndicat de la Librairie française, les conclusions de M. Jobard, avocat général, à la suite desquelles le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société France Télécom, venant aux droits de la société Wanadoo SA de ce qu'elle se désiste de son pourvoi formé contre le syndicat de la Librairie française ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le syndicat de la Librairie française, a assigné la société Wanadoo SA, devenue France Télécom et la société Alapage.com, devenue Wanadoo E-Merchant et actuellement France-Télécom E-Commerce, qui a notamment pour activité la vente de livres par l'intermédiaire de son site internet, pour concurrence déloyale, leur reprochant deux opérations promotionnelles effectuées, selon elle, en méconnaissance des dispositions de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre et de l'article L. 121-35 du code de la consommation ; que la cour d'appel a considéré que la société France-Télécom E-Commerce, en offrant, du 9 septembre au 6 octobre 2002, des frais de port gratuits à tout acheteur de livre sur son site internet, a contrevenu aux dispositions de l'article 6 de la loi du 10 août 1981 et que cette même société, en faisant bénéficier, durant trois mois, certains acheteurs d'un bon d'achat de 15 euros pour tout achat de livres pour un montant égal ou supérieur à la valeur du bon, a méconnu les dispositions des articles 1 et 5 de ladite loi ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société France Télécom E-Commerce fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer au syndicat de la Librairie française la somme de 50 000 euros en réparation du préjudice subi par ce dernier du fait de deux opérations promotionnelles dont l'une consistait à accepter pour le paiement des livres acquis en ligne sur le site "alapage.com" des bons

d'achat offerts à ses abonnés par Wanadoo Interactive, fournisseur d'accès à internet, alors, selon le moyen :

*1°/ que l'acceptation en paiement de chèques-cadeau émis par un tiers, Wanadoo Interactive, qui crédite de leur entière valeur le détaillant, France Télécom E-Commerce en sorte que celui-ci reçoit en recette la totalité du prix du livre fixé par l'éditeur, ne constitue pas une remise accordée par le détaillant à l'acheteur ; qu'en décidant que la délivrance de tels bons a dans tous les cas pour objet obligé et nécessaire de permettre la vente des ouvrages à des prix réduits au-delà des limites légalement autorisées par l'article 5 de la loi du 10 août 1981, sans rechercher, comme elle y était invitée par conclusions signifiées le 28 juillet 2005, si France Télécom E-Commerce n'avait pas perçu de ce tiers le complément de prix correspondant à l'intégralité de la recette égale au prix fixé par l'éditeur, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles 1 et 5 de la loi du 10 août 1981 ;*

*2°/ que la loi Lang a pour finalité de garantir au détaillant qu'il perçoit l'intégralité du prix du livre fixé par l'éditeur et non d'imposer à l'acheteur d'en supporter intégralement le coût ; qu'en se fondant sur le fait que le client n'acquitte en argent que le prix diminué de la valeur du bon d'achat, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs inopérants en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;*

Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, retenu que, sous couvert d'une prime accordée à ses abonnés par la société Wanadoo Interactive, fournisseur d'accès à internet, sous forme de bons d'achat à valoir sur le site internet "Alapage.com", la société France Télécom E-commerce avait offert à la vente sur ce site à certains de ses clients, abonnés de la société Wanadoo Interactive, appartenant au même groupe que la société France Télécom E-commerce, des livres à un prix effectif inférieur de plus de 5 % à celui fixé par l'éditeur ou l'importateur, peu important, au regard des dispositions de l'article 1er de la loi du 10 août 1981, que la société France Télécom E-commerce ait été remboursée par la société Wanadoo Interactive du montant de la réduction ainsi accordée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles L. 121-35 du code de la consommation et 6 de la loi du 10 août 1981 ;

Attendu que, pour dire illicite, au regard de l'article 6 de la loi du 10 août 1981, l'opération promotionnelle ayant consisté pour la société France Télécom E-Commerce, détaillant, à faire bénéficier ses clients de la

gratuité de la livraison pour toute commande de livres sur son site internet, l'arrêt retient que les frais de port étant normalement à la charge de l'acheteur, le seul fait pour le vendeur, dans un but de promotion et d'incitation à l'achat, d'annoncer au client auquel le lie un contrat à titre onéreux, qu'il assume lui-même le paiement de la livraison et d'en faire un service gratuit caractérise la prime au sens des articles 6 de la loi du 10 août 1981 et L. 121-35 du code de la consommation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la prise en charge par le vendeur du coût afférent à l'exécution de son obligation de délivrance du produit vendu ne constitue pas une prime au sens des dispositions du code de la consommation, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en ses seules dispositions relatives à l'opération d'offre de frais de port gratuits et au montant des dommages-intérêts alloués au syndicat de la Librairie française, l'arrêt rendu le 23 mai 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne le syndicat de la Librairie française aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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

Moyens produits par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat aux Conseils pour la société France Telecom E-Commerce, actuelle dénomination de la société Wanadoo E.Merchant.

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

**IL EST FAIT GRIEF** à l'arrêt attaqué d'**AVOIR** condamné la société France TELECOM E-COMMERCE, actuelle dénomination de la société WANADOO E.MERCHANT, à payer au syndicat de la librairie française la somme de 50.000 € en réparation du préjudice subi par le syndicat du fait de deux opérations promotionnelles dont une opération de frais de port gratuits pour toute commande en envoi standard en France métropolitaine, à l'exception des fleurs et des jouets, entre le 9 septembre et le 6 octobre 2002.

**1°/ AUX MOTIFS PROPRES QUE** si, pour écarter la mise en œuvre des dispositions de l'article 6 (de la loi du 10 août 1981) à l'opération litigieuse susvisée, la société WANADOO E.MERCHANT soutient que *"le port du livre constitue une modalité de délivrance du produit qui ne peut être considéré comme une prime"* et si elle prétend également que *"le port du livre est ainsi un service indispensable à son utilisation et une prestation accompagnant la vente, ce qui interdit en application de l'article R 121-9 (du Code de la consommation) de le considérer comme une prime"*, il convient toutefois de rappeler que toute vente avec primes se caractérise par l'incitation à l'achat consistant à attirer le client en lui offrant la perspective d'obtenir, avec un produit ou un service acquis à titre onéreux, un autre objet ou un autre service remis gratuitement ou à des conditions avantageuses; que par ailleurs, pour être illicites, il suffit que les produits, biens ou services gratuits soient associés à un contrat à titre onéreux et attribués à l'acheteur du produit principal ou au destinataire du service principal; qu'en l'occurrence, les frais de port étant normalement à la charge de l'acheteur, le seul fait pour le vendeur, dans un but de promotion et d'incitation à l'achat, d'annoncer au client auquel le lie un contrat à titre onéreux, qu'il assume lui-même le paiement de la livraison et d'en faire un service gratuit, caractérise la prime au sens des articles 6 de la loi du 10 août 1981 et L 121-35 du Code de la consommation; que la société WANADOO E.MERCHANT ne saurait utilement écarter le jeu des dispositions combinées desdits articles en excipant d'un passage du guide du Ministère de la Culture selon lequel *"la ristourne que constitue l'envoi franco de port ne peut être assimilée à une remise au sens de la loi du 10 août 1981"* dès lors que ce commentaire purement administratif est d'une part dénué de toute portée juridique contraignante, d'autre part et en tout état de cause, ne se prononce pas sur l'éventuelle qualification de prime à donner à la gratuité des frais de port; que de même, le transport consistant en la mise à disposition de l'acheteur du produit considéré et étant à ce titre nécessairement antérieur à l'utilisation de celui-ci, la société WANADOO E. MERCHANT ne peut davantage soutenir, pour bénéficier des dérogations de l'article R 121-9 précité, que le transport constituerait un service indispensable à l'utilisation normale du produit et donc exclusif de toute qualification de prime; que dans ces conditions, l'offre de frais de port gratuits doit être considérée comme directement contraire à l'article 6 de la loi du 10 août 1981 prohibant de telles

ventes à primes, la volonté du législateur, exprimée au travers de travaux préparatoires, étant précisément d'assurer l'égalité de tous les détaillants au regard du prix unique du livre et de préserver l'existence de librairies indépendantes en limitant les fluctuations possibles du prix des livres nouvellement édités et en excluant, notamment, tout mécanisme de prime susceptible de fausser le cadre réglementaire mis en place (arrêt page 4).

**ALORS QUE D'UNE PART** la loi du 10 août 1981 dite "loi LANG" a pour objet d'assurer l'égalité de tous les détaillants auxquels s'impose le prix fixé par l'éditeur ou par l'importateur ; que les détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 et 100 % du prix fixé par l'éditeur ; que loin d'interdire le port gratuit du livre, l'alinéa 3 de l'article 1er de la loi impose aux détaillants d'offrir le service gratuit de commande à l'unité, le détaillant ne pouvant ajouter au prix effectif de vente au public qu'il pratique que les frais correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles expressément réclamées par l'acheteur et dont le coût a fait l'objet d'un accord préalable ; qu'il résulte ainsi de ce texte que le législateur impose aux libraires de ne faire supporter aux acheteurs que de manière très exceptionnelle les frais autres que le paiement du prix du livre fixé par l'éditeur ; que dans ses conclusions signifiées le 28 juillet 2005 (prod. pages 9, 19 et 20), la société WANADOO E-MERCHANT invitait la Cour à se prononcer sur le litige au regard des alinéas 3 et 4 de l'article 1er de la loi LANG ; qu'en statuant uniquement sur le fondement de l'article 6 de la loi du 10 août 1981 et en affirmant que les frais de port sont normalement à la charge de l'acheteur, sans rechercher comme elle y était invitée (conclusions du 28 juillet 2005 p. 21), si les dispositions de l'article 1er de la loi n'autorisaient pas le détaillant à pratiquer la gratuité des frais de port, **la Cour a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des dispositions combinées des articles 1er et 6 de la loi du 10 août 1981.**

**ALORS QUE D'AUTRE PART** la prime accompagnant un produit ou service acquis à titre onéreux se caractérise par la perspective offerte au client d'obtenir un autre objet ou un autre service remis gratuitement ou à des conditions avantageuses ; que la prime ainsi offerte suppose un produit ou service ayant en lui-même une valeur marchande et que le consommateur pourrait souhaiter acquérir indépendamment du produit qu'il achète ; que ne peut donc être qualifié de prime un service qui ne peut, en aucun cas, être délivré indépendamment de la vente elle-même parce qu'il en constitue l'accessoire nécessaire ; que tel est le cas, notamment, de la prestation de port du livre qui n'est qu'une modalité d'exécution de l'obligation de délivrance ; qu'en qualifiant de vente avec prime l'offre de port gratuit aux acheteurs de livres sur un site de vente Internet, **la Cour a violé par fausse application les articles 6 de la loi du 10 août 1981 et L 121-35 du Code de la consommation.**

**ALORS QUE DE TROISIEME PART**, l'article R 121-9 du Code de la consommation précise le contenu de l'interdiction énoncée à l'article L 121-35 du Code de la consommation auquel renvoie l'article 6 de la loi du 10 août 1981 et prévoit que ne sont pas considérées comme primes les prestations de service indispensables à l'utilisation normale du produit qui fait l'objet de la vente ; qu'un livre acheté en ligne sur un site de vente Internet ne peut être utilisé par l'acheteur que si celui-ci peut entrer en sa possession ; que le port du livre à l'internaute constitue donc une modalité de l'accomplissement par le vendeur de son obligation de délivrance et qu'en affirmant que cette offre de port gratuit caractérisait une prime, **la Cour a violé les articles L 121-35 et R 121-9 du Code de la consommation, ainsi que l'article 6 de la loi du 10 août 1981.**

**ALORS QU'ENFIN**, la loi du 10 août 1981 dite "loi LANG" tend à instaurer d'une part une égalité entre les libraires en leur imposant le respect d'un prix unique et en leur garantissant un niveau de marge unique et d'autre part un égal accès des consommateurs au commerce du livre ; qu'en fixant le prix de vente au public, l'éditeur garantit au détaillant une marge que ce dernier est libre d'utiliser comme il l'entend et notamment pour financer des services accessoires à la vente du livre ; qu'en offrant aux acheteurs en ligne de livres à partir de son site le port gratuit, la société FRANCE TELECOM E-COMMERCE a appliqué au consommateur qui, n'ayant pas accès à une librairie sédentaire ou à des fonds de librairie répondant à ses attentes, achète des livres en ligne, un prix égal à celui supporté pour les achats effectués dans les librairies traditionnelles et l'a ainsi fait bénéficier d'une partie de la marge que lui garantit la loi LANG ; qu'en considérant qu'une telle pratique caractérisait une vente avec prime et une concurrence déloyale au préjudice du syndicat de la librairie française, **la Cour a violé l'article 6 de la loi du 10 août 1981.**

**2°/ AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES** des premiers juges que le distributeur doit supporter le prix d'achat des ouvrages auprès de l'éditeur, le coût du transport pour être approvisionné par ce dernier, les taxes afférentes et également le prix du transport au client final ; que pour situer le seuil de revente à perte, il convient de considérer le prix d'achat effectif facturé par le distributeur et d'y ajouter les prix des transports qui sont indiscutablement supportés par la société venderesse ; que les frais de port afférents à la livraison de la marchandise entrent nécessairement en compte dans le calcul du seuil de revente à perte puisqu'ils sont supportés par elle ; que pour parfaire sa démonstration, le syndicat verse aux débats des factures au nom de Monsieur BOEHM et Madame ADAM qui ont commandé chacun un livre au prix de 1,44 € alors que les frais de port, selon le tarif postal produit, se sont élevés à la somme de 2,21 € ; qu'il est ainsi établi que cette transaction est nécessairement négative dans les comptes d'exploitation de la société venderesse ; qu'elle constitue donc une vente à perte au sens de l'article L 442-2 du Code du commerce et une pratique de prix déloyale par rapport aux autres détaillants,

contraire aux dispositions de la loi LANG (jugement p. 10 in fine et 11).

**ALORS QUE** l'article L 442-2 du Code de commerce prohibe, non la vente à perte, mais exclusivement la revente à perte, c'est-à-dire le fait pour tout commerçant de revendre un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat ; que le prix d'achat est le prix unitaire figurant sur la facture d'achat majorée notamment du prix du transport ; qu'en comparant le prix de revente au consommateur non pas au prix d'acquisition supporté par le distributeur mais à l'ensemble des coûts supportés par le distributeur pour remettre le livre à l'internaute et en considérant que le frais de transport visés par ce texte correspondaient à l'opération de transport du distributeur vers le consommateur, **la Cour a violé par fausse application l'article L 442-2 du Code de commerce.**



**SECOND MOYEN DE CASSATION**

**IL EST FAIT GRIEF** à l'arrêt attaqué d'**AVOIR** condamné la société France TELECOM E-COMMERCE, actuelle dénomination de la société WANADOO E.MERCHANT, à payer au syndicat de la librairie française la somme de 50.000 € en réparation du préjudice subi par le syndicat du fait de deux opérations promotionnelles dont l'une consistait à accepter pour le paiement des livres acquis en ligne sur site alapage.com des bons d'achat offerts à ses abonnés par WANADOO INTERACTIVE, fournisseur d'accès à internet.

**AUX MOTIFS PROPRES QUE**, en application de cette opération promotionnelle, les factures adressées aux acheteurs de livres par la société WANADOO E. MERCHANT prévoyaient expressément la déduction du bon d'achat de 15 euros susmentionné ; qu'à ce propos, est sans influence la circonstance que l'appelante considérée n'était pas l'émettrice directe desdits bons d'achat, dès lors que ceux-ci étaient intégrés dans les factures à destination de ses clients ; que, de même, le fait que, sur les factures, les bons d'achat litigieux n'apparaissaient que comme une modalité du règlement du prix par l'acheteur est sans effet sur la conséquence pratique et concrète de cette opération sur le prix effectif de vente au consommateur au sens de l'article 1 précité, le client n'acquittant en tout état de cause que le prix diminué de la valeur du bon d'achat dont il bénéficie et ce indépendamment de tout artifice dans la présentation du prix, le législateur s'attachant, en effet, au seul montant réel de la contrepartie monétaire payée ; qu'ainsi la délivrance de tels bons, lesquels sont utilisables immédiatement et simultanément à l'achat de livres ou de façon différée, ont, dans tous les cas, pour objet obligé et nécessaire de permettre la vente des ouvrages à des prix réduits au-delà des limites légalement autorisées par l'article 5 de la loi du 10 août 1981, peu important que la vente s'inscrive dans le cadre d'une opération promotionnelle limitée ou qu'elle soit relative à un cercle restreint d'abonnés dès lors que les dispositions législatives méconnues sont d'ordre public et d'application générale (arrêt page 5).

**ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE** sur les factures adressées aux clients de livres par la société ALAPAGE.COM est déduit le bon d'achat de 15 euros ; ainsi en est-il pour les factures au nom de ML HOSTIS, Françoise CLAUSTRES, Nicolas CHABANNE, qui sont versées aux débats ; qu'il est observé que le fait que la société ALAPAGE.COM n'est pas l'émettrice des bons d'achat ne l'empêche pas de s'en prévaloir et de les intégrer dans les factures à destination des clients ; que la présentation de ces factures, sur lesquelles les bons d'achat, selon les défenderesses, n'apparaîtraient qu'à titre indicatif, comme détail du mode de règlement choisi par l'acheteur, n'est pas de nature à modifier le prix de vente au public tel qu'il est défini à l'article 1 de la loi du 10 août 1981 ; qu'en effet, le prix effectif de vente vise la contrepartie monétaire payée,

écartant ainsi tout artifice dans la présentation du prix ; qu'en réalité, le client n'acquitte en argent que le prix diminué de la valeur du bon d'achat ; qu'à titre d'exemple, il est relevé que sur la facture de M BOEHM du 16 octobre 2002, celui-ci n'a payé qu'une somme de 5,81 euros puisqu'une somme de 15 euros a été soustraite du prix du livre fixé à 20,81 euros ; qu'ainsi est-il démontré que le bon d'achat profite aux acheteurs de la société ALAPAGE.COM ; que par ailleurs, il ressort de la facture n° 010348 du 26 mars 2001 produite par les défenderesses que ce n'est qu'après les ventes et dans le cadre d'accords commerciaux que la société ALAPAGE.COM se fait délivrer un avantage financier par remboursement des sommes représentatives des chèques cadeaux accordés aux clients ; que ce stratagème commercial ne peut permettre aux défenderesses de contourner les dispositions de la loi LANG grâce à l'intervention d'une société tierce, la société INTERACTIVE, autre filiale du groupe WANADOO, laquelle n'apparaît nullement dans l'offre promotionnelle aux internautes ; que cette argumentation est par conséquent inopérante et que la délivrance de ces bons d'achat par la société ALAPAGE.COM constitue bien une infraction à la limitation de la remise sur le prix légal à 5 %, puisque ce bon d'achat est utilisable immédiatement et simultanément à l'achat des livres" (jugement pages 11 et 12).

**ALORS QUE D'UNE PART**, l'acceptation en paiement de chèques-cadeau émis par un tiers, WANADOO INTERACTIVE, qui crédite de leur entière valeur le détaillant, FRANCE TELECOM E-COMMERCE en sorte que celui-ci reçoit en recette la totalité du prix du livre fixé par l'éditeur, ne constitue pas une remise accordée par le détaillant à l'acheteur ; qu'en décidant que la délivrance de tels bons a dans tous les cas pour objet obligé et nécessaire de permettre la vente des ouvrages à des prix réduits au-delà des limites légalement autorisées par l'article 5 de la loi du 10 août 1981, sans rechercher, comme elle y était invitée par les conclusions signifiées le 28 juillet 2005 (pages 22 et s.), si FRANCE TELECOM E-COMMERCE n'avait pas perçu de ce tiers le complément de prix correspondant à l'intégralité de la recette égale au prix fixé par l'éditeur, **la Cour a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles 1 et 5 de la loi du 10 août 1981.**

**ALORS QUE D'AUTRE PART** la loi LANG a pour finalité de garantir au détaillant qu'il perçoit l'intégralité du prix du livre fixé par l'éditeur et non d'imposer à l'acheteur d'en supporter intégralement le coût ; qu'en se fondant sur le fait que le client n'acquitte en argent que le prix diminué de la valeur du bon d'achat (jugement page 12 et arrêt p. 5 dernier alinéa), **la Cour s'est déterminée par des motifs inopérants en violation de l'article 455 du nouveau code de procédure civile.**