

CONCURRENCE DELOYALE PAR LA VENTE ILLICITE D'UN LIVRE AVEC PRIME AUTOPAYANTE MECONNAISSANT LE PRIX MINIMUM DU LIVRE

Cass. com 29 janvier 2002 (arrêt n° 271 FS-P+B)

Laure MERLAND

Docteur en droit,

Chargée de cours à l'Université d'Aix-Marseille

Thème : Concurrence déloyale - Illicéité de la prime autopayante – Loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre - Prix minimum du livre.

La vente d'un livre avec prime constitue une vente distincte de celle de carburant : il importe peu qu'elle soit consécutive à la conclusion du contrat de vente avec carburant.

1. - L'octroi d'une prime autopayante sur un livre, subordonné à l'achat d'une quantité d'essence, conduit-il à unifier les deux ventes et à échapper ainsi à la législation sur le prix du livre ? « *La prime autopayante consiste à offrir à tout acheteur d'un produit ou service, un produit différent à prix réduit* »¹. Dans cet arrêt du 29 janvier 2002, la Cour de cassation considère que la vente d'essence et la vente du livre doivent être dissociées. Elle indique par là-même que le respect du prix minimum du livre est apprécié au regard de la seule somme versée au titre de la prime autopayante pour l'achat du livre. Le prix versé pour l'essence n'est donc pas pris en compte.

En l'espèce, la société Esso offrait aux clients qui achetaient trente litres de carburant, moyennant le versement de six francs supplémentaires, la possibilité d'acquérir l'un des albums de la série *Lucky Luke* édités par la société Lucky productions. La société Dargaud éditeur, titulaire des droits des quarante autres albums de la série, l'assigne en concurrence déloyale, au motif que le prix de revente des albums commercialisés à titre de prime est inférieur au prix minimal fixé par l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre.

La défense de la société Esso reposait sur le caractère global de l'opération de vente avec prime. D'une part, elle déniait l'intérêt pour agir de la société Dargaud en concurrence déloyale. D'autre part, elle contestait l'application de la loi sur le prix du livre à la prime. Enfin, le prix de revente effectif des livres ne serait pas inférieur au seuil fixé par la loi "*prix du livre*". Elle laissait ainsi entendre que le prix de l'album comprenait non seulement le

¹ C. Vaillant, *Les primes autopayantes*, Gaz. Pal., 1993, p. 676 ; F. Delbarre, *La prime autopayante autorisée*, Cah. dr. entre., 1987/6, p. 30 ; G. Raymond, *Droit du marketing, Les lois de la mercatique*, Litec, 1992, ch. XV.

montant de la prime demandée au consommateur, mais aussi une partie du prix payé pour l'essence. Son argumentation est écartée sur tous ces points.

2. - La situation de concurrence entre le distributeur d'essence et l'éditeur de livre. Le caractère global de l'opération de vente avec prime autopayante prive-t-il la société Dargaud d'un intérêt pour agir en concurrence déloyale ? Les livres sont commercialisés de manière occasionnelle à titre de prime d'une vente de carburant. Selon la société Esso, cette opération globale était de nature à soustraire l'objet de la prime à son secteur concurrentiel. La société Dargaud n'était pas fondée à agir en concurrence déloyale. La Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 28 janvier 1999, balaie ce raisonnement². Pour la Cour, les parties sont en situation de concurrence. L'opérateur qui commercialise un bien, même occasionnellement à titre de prime, intervient sur le marché de l'objet concerné et se trouve en concurrence avec ses distributeurs habituels. Les juges du fond font ici prévaloir une conception objective de la concurrence. Cette démarche est empreinte de réalisme économique. En effet, les concurrents sur le secteur objet de la prime sont privés d'une partie de leur clientèle naturelle³. Il reste à savoir si l'éditeur peut être assimilé à un distributeur. On sait que la théorie de la concurrence déloyale repose sur un principe de spécialité qui, de prime abord, pourrait être un obstacle. En effet, l'éditeur n'est pas en concurrence directe avec le distributeur de livre. Cependant, cette spécialité est appréciée de manière souple⁴. En l'espèce, la Cour de cassation conserve le silence sur ce point. Il est permis d'en conclure qu'elle ne dément pas cette analyse relative à la situation de concurrence.

3. - Fondement de l'action en concurrence déloyale : la violation de la réglementation sur le prix minimum du livre. C'est sur la constatation d'un prix de revente effectif des albums inférieur au plancher fixé par la loi « *prix du livre* » que la société Dargaud a agi en concurrence déloyale. Il est désormais classique de considérer que tout exercice de l'activité commerciale de façon irrégulière peut être constitutif d'un avantage concurrentiel illicite⁵. Il en va ainsi lorsque le commerçant ne respecte pas ses obligations fiscales et sociales⁶, lorsqu'il ouvre une grande surface en violation des règles relatives au permis de construire⁷, lorsqu'il commet des actes de fraude alimentaire⁸ ou, précisément, lorsqu'un marchand ambulant se soustrait à tout contrôle en vendant des glaces sans autorisation⁹. De toute évidence, le non-respect d'un prix minimum est destiné à capter une clientèle et constitue un acte déloyal à l'égard des concurrents.

² CA Versailles, 28 janvier 1999, Cah. dr. entre., 1999, p. 38.

³ Sur le dommage concurrentiel dans la concurrence déloyale, N. Dorandeu, *Le dommage concurrentiel*, thèse Perpignan, PUP, 2000, préf. Y. Serra, n° 107 ; Y. Serra, *La concurrence déloyale, Rapport introductif*, colloque Perpignan, Dalloz, 2001, n° 2, p. 6.

⁴ Il n'est plus exigé, semble-t-il, que les parties au litige partagent une clientèle commune, cf Y. Serra, La notion de parties à l'action en concurrence déloyale, note sous Cass. com., 30 mai 2000, D. 2001, Cah. dr. aff., p.2587.

⁵ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action 2000/2001, n°6027.

⁶ CA Paris, 16 janvier 1980, D. 1981, p.564, P. Godé.

⁷ Cass. com., 28 nov. 1995, RJDA 1996, n°298.

⁸ Cass. com., 5 mars 1991, Contrats-Concurrence-Consommation mai 1991, n°127.

⁹ Cass. com., 19 nov. 1991, n°89-21.442.

4. - Champ d'application de la loi sur le prix minimum du livre. La Cour d'appel précise, dans son arrêt du 28 janvier 1999, que le livre vendu avec prime demeure soumis aux dispositions impératives de la loi sur le prix du livre. Il est intéressant de relever que la Cour d'appel de Versailles revient sur une analyse précédente. Statuant dans la même affaire sur l'appel contre le référé formé par la société Dargaud, elle avait décidé, dans un arrêt du 2 février 1996, que la loi sur le prix du livre ne pouvait être utilisée pour interdire une action publicitaire à une société pétrolière¹⁰. Ce revirement est intéressant en ce qu'il abandonne la perspective d'une banale technique promotionnelle au profit de l'essence pour recentrer le débat sur le prix du livre. La prime autopayante sur l'achat d'un livre, quand bien même serait-elle reliée à la vente d'essence, doit être appréciée comme une vente de livre et soumise à la réglementation de cette opération juridique spécifique.

Cette solution préserve les intérêts du marché du livre. L'objectif est d'éviter que les opérateurs économiques ne détournent, par des procédés commerciaux subtils, une loi dont le but est de préserver un instrument de culture et, à cet effet, le circuit traditionnel de distribution par les libraires qui garantit le pluralisme culturel sur ce marché si fragile. Celui-ci serait menacé si les libraires disparaissaient du fait des méthodes de vente pratiquées par de grands distributeurs. Seuls les libraires garantissent la diversité de l'offre de livres, puisqu'il s'agit de la condition sine qua non de leur prospérité. Les grands distributeurs, quant à eux, ne s'intéressent qu'aux bénéfices issus de l'effet de ventes massives. Ils peuvent même ne s'intéresser au livre qu'en tant que produit d'appel. Ils assument d'autant mieux les pertes par des prix sacrifiés, que leur surface financière résulte pour la grande distribution de la multiplicité des produits qu'elles vendent et pour une société pétrolière, comme en l'espèce, de la vente de produits radicalement différents du livre et largement plus lucratifs. En arrière-fond, les segments de concurrence ne sont pas les mêmes. La nécessité de protéger les libraires contre ces tentatives de sape de leur profit est impérieuse. A défaut, c'est une vision très superficielle de la concurrence qui l'emporterait. C'est pourquoi le champ d'application de la loi sur le prix du livre doit être large. Il doit comprendre toutes les techniques promotionnelles qui utilisent le livre dès lors qu'elles faussent sa distribution normale. Il s'agit de préserver à moyen terme la rentabilité des libraires qui assument avec peine le coût du pluralisme.

5. - La validité des primes autopayantes s'apprécie au regard de l'article 121-35 du Code de la consommation, mais aussi au regard de la loi sur le livre. La pratique des primes autopayantes bénéficie déjà d'une application indulgente de l'article 121-35 du Code de la consommation qui prohibe les ventes et prestations de services avec prime. La prohibition de principe s'explique par le fait que cette technique promotionnelle est censée avoir un effet pervers majeur : elle nuit au discernement du consommateur en plaçant en arrière-plan la qualité du produit qui normalement devrait se suffire à elle-même. La Cour de justice a d'ailleurs reconnu le bien-fondé de cette législation pour lutter contre le risque d'induire en erreur le consommateur, mais aussi contre le risque d'affecter la loyauté des transactions commerciales (¹¹). Néanmoins, ce principe de prohibition est interprété de manière stricte,

¹⁰ CA Versailles, 2 février 1996, Contrats, conc. consom., 1996, n° 179, note G. Raymond. Approuvant cette solution, N. Genty, M. Becquart, *Prime autopayante et bon de réduction : quel avenir ? (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 28 janvier 1999)*, Cah. dr. entre., 1999, p. 36.

¹¹ CJCE, 15 décembre 1982, aff. 286/81, Activités CJCE, 1982, n° 30.

dans la mesure où il est assorti d'une sanction pénale ⁽¹²⁾. Il est notamment écarté pour les primes donnant droit, à titre gratuit, à un produit. C'est ainsi qu'il en a été déduit que les primes dites "autopayantes" n'étaient pas frappées de la prohibition dans la mesure où une contribution financière est demandée au consommateur pour l'octroi de la prime ⁽¹³⁾. En d'autres termes, les primes autopayantes s'analysent comme un prix réduit. Pour autant, le subterfuge est facile dès lors que, dans la pratique, la somme demandée au consommateur est bien souvent dérisoire par rapport à la valeur du bien remis ⁽¹⁴⁾. Aucune condamnation ne semble avoir été prononcée, alors que les constats de disproportion ne manquent pas. En cela, les primes dites autopayantes bénéficient déjà d'un certain laxisme.

Il est d'autant plus important de leur appliquer la loi sur le prix du livre. L'article 1er de cette loi fait obligation aux détaillants de ne pas vendre le livre à un prix inférieur à 95 % du prix fixé par l'éditeur. L'avantage résultant de la prime autopayante ne pouvait donc pas méconnaître cette impératif : le rabais consenti ne pouvait pas dépasser 5%. Or, en l'espèce, le versement de 6 francs était bien loin du prix minimum de 49 francs. La société Esso a tenté de faire valoir, en dernier lieu, que ces 6 francs ne correspondaient pas au prix effectif payé par le consommateur. Mais elle n'a donné aucun élément permettant d'évaluer ce prix effectif par rapport au prix minimum exigé. La Cour de cassation s'est donc contentée de soulever le caractère confus de son argumentation.

6. - La remise en cause, dans un proche avenir, de l'interdiction des ventes et prestations de services avec prime. La Commission a publié, le 2 octobre 2001, une communication relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur. Elle affiche la promotion des ventes, sous ses formes les plus diverses, comme une priorité de sa politique au service du marché intérieur. Le règlement qu'elle propose est sans équivoque. Son article 3 fait interdiction aux Etats membres d'édicter des mesures comme :

"- l'interdiction générale de l'utilisation ou de la communication commerciale d'une promotion des ventes, à moins qu'elle ne soit imposée par le droit communautaire....

- la limitation de la valeur d'une promotion des ventes à l'exception des rabais sur les livres".

Il est clair que le législateur français devra modifier l'article L.121-35 du Code de la consommation, puisque celui-ci prohibe les ventes et prestations de services avec prime. En revanche, il faut souhaiter que l'interprétation combinée des deux dispositions citées permettra encore de déclarer illicite les primes ayant pour objet les livres.

¹² Les infractions à l'interdiction de ventes ou de prestation de service avec prime sont des contraventions punies des peines d'amende pour la cinquième classe, cf art. R-113-1 et R-121-13 C. consom.

¹³ Cl. Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani, Droit du marché, Puf, Themis 2002, p.260.

¹⁴ *ibid.*