

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **11 mai 2017**

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 701 FS-P+B+I+R

Pourvoi n° R 14-29.717

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

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

Statuant sur le pourvoi formé par le GIE Les Indépendants,  
groupement d'intérêt économique, dont le siège est 14 rue de Lübeck, 75016  
Paris,

contre l'arrêt rendu le 29 octobre 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,  
chambre 4), dans le litige l'opposant :

1<sup>o</sup>/ à la société Radio Nova, société à responsabilité limitée,

2<sup>o</sup>/ à la société TSF Jazz, société à responsabilité limitée,

3<sup>o</sup>/ à la société Nova régie, société à responsabilité limitée,

ayant toutes trois leur siège 127 avenue Ledru-Rollin, 75011 Paris,

4°/ à la société TF1 publicité, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est 6 place Abel Gance, 92100 Boulogne-Billancourt,

défenderesses à la cassation ;

Les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie, défenderesses au pourvoi principal, ont formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les sept moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 14 mars 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Orsini, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mmes Laporte, Bregeon, M. Grass, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, MM. Sémériva, Cayrol, Mme Fontaine, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, MM. Gauthier, Blanc, Mme de Cabarrus, conseillers référendaires, Mme Beaudonnet, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Orsini, conseiller, les observations de la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat du GIE Les Indépendants, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie, de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société TF1 publicité, l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par le GIE Les Indépendants que sur le pourvoi incident relevé par les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie ;

Donne acte au GIE Les Indépendants du désistement partiel de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société TF1 publicité ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le groupement d'intérêt économique Les Indépendants (le GIE) a été créé, en 1992, par des radios locales en vue d'agréger leurs audiences respectives afin de proposer aux annonceurs nationaux une offre d'espaces publicitaires groupée ; que les sociétés Radio Nova et TSF Jazz en sont devenues membres en 1993 et

2003 ; que le mode de fonctionnement du GIE est régi par son règlement intérieur, que chaque nouveau membre et adhérent est tenu d'accepter et dont les évolutions s'imposent à lui ; que l'article 21.1 de ce règlement , dans sa version signée en 2009 par les sociétés Radio Nova et TSF Jazz, prévoit qu'en cas de départ d'un membre ou d'un adhérent du GIE, celui-ci s'engage, pendant la durée du préavis, i) à ne pas apparaître dans un autre produit ou couplage commercial et ii), pour le produit national, à ne pas apparaître seul dans les résultats nationaux d'audience publiés par l'institut de sondage « Médiamétrie », ces engagements étant assortis d'une faculté de dédit, moyennant le versement d'une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale perçu dans les douze derniers mois précédant la décision de retrait ; que le 31 août 2011, les sociétés Radio Nova et TSF Jazz ont informé le GIE de leur démission et de la commercialisation de leurs espaces publicitaires par la société Nova régie à l'issue du préavis expirant le 30 septembre 2012 ; que, constatant que l'enquête publiée le 18 avril 2012 par « Médiamétrie » mentionnait l'audience de Radio Nova et celle d'un nouveau couplage regroupant les audiences des deux radios, le GIE a réclamé aux sociétés Radio Nova et TSF Jazz le paiement de l'indemnité de dédit ; que soutenant que la clause prévue à l'article 21.1 créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, celles-ci ont assigné le GIE en annulation de cette clause, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le GIE a poursuivi, à titre reconventionnel, la condamnation des deux sociétés au paiement de l'indemnité de dédit, tandis que celles-ci ainsi que la société Nova régie ont, par une seconde assignation, demandé la condamnation du GIE et de la société TF1 publicité, chargée de la commercialisation du produit publicitaire national intitulé « Les Indépendants », au paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale et parasitaire et pour pratiques commerciales trompeuses ;

Sur le troisième moyen du pourvoi incident :

Attendu que les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie font grief à l'arrêt du rejet de leurs demandes de dommages-intérêts fondées sur le parasitisme alors, selon le moyen, *que le parasitisme est constitué par la captation de la valeur économique d'autrui, qu'elle soit ou non intentionnelle ; qu'ayant constaté que la société TF1 publicité avait laissé subsister Radio Nova et TSF Jazz dans la liste des radios du produit « Les Indés radios » après leur départ, la cour d'appel, qui a retenu, pour rejeter l'action de ces sociétés fondées sur le parasitisme, que la régularisation était intervenue dans de brefs délais et qu'il n'était donc pas établi que la société TF1 publicité ait eu l'intention de s'immiscer dans le sillage des sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie, a statué par un motif inopérant, et violé l'article 1382 du code civil ;*

Mais attendu qu'ayant constaté que les sociétés Radio Nova et TSF Jazz reprochaient au GIE et à la société TF1 publicité d'avoir laissé figurer leurs noms en page 38 des conditions générales de vente de cette dernière, postérieurement à leur retrait du GIE intervenu le 30 septembre 2012, l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que ce document indiquait clairement que la liste mentionnant le nom des deux sociétés était celle des membres du GIE au 30 novembre 2011 ; qu'il relève encore que, dès le 26 septembre 2012, la société TF1 publicité a mis à jour les éléments les plus accessibles et les plus consultés de son site internet afin que n'y figure plus le nom des deux radios et ajoute que les annonceurs étaient parfaitement informés du retrait de celles-ci du GIE ; qu'en l'état de ces seules constatations et appréciations, faisant ressortir que le GIE et la société TF1 publicité n'avaient pas tiré indûment profit de la valeur économique des sociétés Radio Nova et TSF Jazz, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné mais surabondant critiqué par le moyen, a pu retenir que le maintien du nom des radios sortantes dans les conditions générales de vente de la société TF1 publicité ne caractérisait pas un acte de parasitisme à l'égard de ces sociétés ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen du même pourvoi :

Attendu que les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie font grief à l'arrêt du rejet de leurs demandes de dommages-intérêts pour pratiques commerciales trompeuses alors, selon le moyen, *que constitue une pratique commerciale trompeuse la fausse allégation relative aux caractéristiques essentielles d'un produit ou d'un service ; qu'en se bornant à retenir, pour exclure toute pratique commerciale trompeuse de la part des sociétés TF1 publicité et du GIE, qu'il était conforme à l'usage d'intégrer par anticipation les audiences des médias ayant vocation à rejoindre la régie publicitaire, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'intégration anticipée des audiences de Sud radio et Wit FM, conjuguée au maintien artificiel de Radio Nova et TSF Jazz dans la liste des radios adhérentes, ne leur avait pas permis de dissimuler une perte d'audience sur la période d'octobre à décembre 2012, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1 du code de la consommation ;*

Mais attendu qu'ayant constaté que les radios Sud radio et Wit FM , qui avaient adhéré au GIE le 25 septembre 2012, pour une entrée effective au 1<sup>er</sup> janvier 2013, avaient été intégrées dans les résultats d'audience du GIE de septembre-octobre 2012, publiés le 15 novembre 2012, l'arrêt retient qu'une telle publication correspond à une pratique normale du marché, mise en oeuvre par les sociétés Radio Nova et TSF Jazz elles-mêmes, qui permet aux radios d'être en mesure de préparer la commercialisation de leurs espaces publicitaires et de diffuser le message des annonceurs, dès le 1<sup>er</sup> janvier suivant, et en déduit que la société TF1 publicité et le GIE n'ont commis aucune tromperie sur le

périmètre exact du produit national, les “Indés radios”, en intégrant de manière anticipée les deux radios dans les résultats d'audience du GIE ; qu'il retient encore, écartant par là-même l'allégation de maintien artificiel de Radio Nova et TSF Jazz dans la liste des radios adhérentes du GIE, que l'apparition du nom de ces radios sur une page des conditions générales de vente de TF1 publicité n'a créé aucune confusion dans l'esprit des annonceurs, lesquels étaient parfaitement informés du départ du GIE de ces radios au 1<sup>er</sup> octobre 2012 ; que par ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la société TF1 publicité et le GIE n'avaient pas donné de fausse information sur les caractéristiques essentielles du produit national du GIE et rendant inopérante la recherche prétendument omise, la cour d'appel a légalement justifié sa décision; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le troisième moyen du pourvoi principal :

Vu les articles L. 251-1, L. 251-8, L. 251-9 et L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du code de commerce ;

Attendu que sont exclues du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du code de commerce les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement ;

Attendu que pour dire que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité pour s'en affranchir induisent un déséquilibre manifeste entre les parties et annuler ces dispositions, l'arrêt retient que le GIE et les sociétés Radio Nova et TSF Jazz constituent des personnes morales distinctes dont les relations se développent dans un secteur économique pour lequel le GIE offre aux radios locales ou régionales une prestation de regroupement de leur audience en vue d'une commercialisation commune, en contrepartie d'une rémunération constituée par un droit d'entrée, de sortie et des cotisations pendant la vie du contrat ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi principal ni sur les premier et deuxième moyens du pourvoi incident, qui sont éventuels :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette les demandes fondées sur la concurrence déloyale et parasitaire, les pratiques commerciales trompeuses et l'article L. 420-1 du code de commerce, rejette la pièce n° 133 et écarte des débats certains développements des conclusions, l'arrêt rendu le 29 octobre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer la somme globale de 3 000 euros au GIE Les Indépendants et la même somme globale à la société TF1 publicité ;

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 onze mai deux mille dix-sept.

## **MOYENS ANNEXES au présent arrêt**

Moyens produits au **POURVOI PRINCIPAL** par la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat aux Conseils, pour le GIE Les Indépendants

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 en ce qu'il avait condamné la SARL RADIO NOVA à payer au GIE LES INDEPENDANTS la somme de 716.320 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 14 mai 2012 au titre de l'indemnité de dédit prévue à l'article 21.1 du règlement intérieur ;

AUX MOTIFS QUE le 13 avril 2012 malgré l'opposition du GIE, Médiamétrie a informé ses abonnés que la prochaine enquête serait publiée le 18 avril et mentionnait l'existence d'un nouveau couplage « Nova and Friends » regroupant les sociétés Nova et TSF Jazz ; que le 13 avril 2012, le GIE a mis Médiamétrie en demeure de supprimer ladite publication, à peine de dommages et intérêts ; que l'enquête a été malgré tout publiée le 18 avril 2012 ; que le 18 avril 2012, Médiamétrie a en effet diffusé son « Enquête 126 000 radios - L'audience de la Radio en Janvier-Mars 2012 » dans laquelle apparaît, pour la première fois, l'audience de Radio Nova, qui apparaît seule dans les résultats nationaux d'audience de Médiamétrie, ainsi que l'audience du nouveau couplage commercial dénommé « Nova and Friends », composé de Radio Nova et de TSF Jazz (arrêt, p. 6, al. 3 et 5) ;

ET AUX MOTIFS QUE, sur l'application de la clause, les sociétés Radio Nova et TSF Jazz contestent le principe même d'une application de l'article 21.1 du règlement intérieur et prétendent « d'une part, que la finalité de l'article 21.1 serait réduite au cas de départ d'une radio vers une « régie concurrente » et qu'en conséquence ni RADIO NOVA, ni TSF JAZZ ne seraient concernées ; d'autre part, que TSF JAZZ, en faisant publier ses résultats dans un couplage autre que celui du GIE durant sa période de préavis n'aurait manqué qu'à une seule de ses obligations au titre de l'article 21.1 et ne pourrait donc voir sa responsabilité engagée ; mais, sur le premier point, que l'article 21.1 s'applique en cas de départ volontaire d'une radio du GIE, quelle qu'en soit la forme ; que son application n'est pas limitée aux cas de départ de la radio vers une régie concurrente ; qu'au demeurant, les deux radios sont bien parties chez une régie concurrente, la société Nova Régie ; que, sur le second point, la société TSF Jazz prétend ne pas avoir violé l'article 21.1 car la violation de cet article supposerait la violation cumulative des (i) et (ii) et elle n'aurait contrevenu, pour sa part, qu'au seul (i), en apparaissant dans un couplage commercial, mais n'est pas apparue seule dans les résultats nationaux de l'audience publiée par

Médiamétrie ; mais qu'une telle interprétation viderait l'article de sa substance, à savoir, ainsi que l'ont justement relevé les premiers juges, éviter pendant la période de préavis que l'audience d'une radio démissionnaire apparaisse, seule ou en couplage, de manière distincte et isolée de celle du GIE ; que l'article 21.1 doit être compris comme introduisant deux engagements autonomes auxquels s'applique la clause litigieuse ; que cet argument sera écarté (arrêt, p. 7, dernier alinéa et p. 8, al. 1<sup>er</sup>) ;

ET AUX MOTIFS QUE, sur l'obligation assortie d'une clause de dédit, qu'il n'est pas contesté que les deux radios sortantes ont effectué leur préavis et n'ont pas commercialisé, durant celui-ci, l'offre couplée "Nova & Friends" ; qu'il leur est reproché d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittées de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE qu'il convient d'étudier la portée de l'interdiction, puis celle de l'indemnité de dédit ; que sur le premier point, les études d'audience permettent de mesurer les probabilités d'exposition d'un individu-cible à un support ; que ce sont elles qui permettent de justifier les tarifs et fournissent un point de repère dans les négociations entre annonceurs d'une part, médias et régies d'autre part ; que l'enquête réalisée par Médiamétrie est de l'aveu même de la régie publicitaire TF1 Publicité "la mesure d'audience de référence de la radio en France" ; que le GIE Les Indépendants reconnaît que "l'enquête 126 000 radios est la référence pour le marché publicitaire radiophonique" (page 51 de ses conclusions) que "la publication de ces mesures d'audience a un impact essentiel sur l'activité des réseaux de radio dans la mesure où ces mesures conditionnent leur capacité à vendre leur espace publicitaire ; en effet, que comme l'indique la décision du Conseil de la Concurrence précitée, il n'existe pas de source d'information alternative significative" (assignation en référé du 17 avril 2012, GIE/Médiamétrie) ; que, selon l'étude sur les pratiques relatives à la vente d'espaces publicitaires radiophoniques réalisée par MMZ Conseil, versée aux débats par les appelantes, mais non utilement critiquée ou contredite par les intimées, cette mesure d'audience est incontournable pour les radios en début de commercialisation séparée ; que selon les termes utilisés dans cette étude, "l'organisation industrielle de cette mesure d'audience dans le temps sous la forme de cinq vagues annuelles, son calendrier de publication et de mise à disposition des résultats d'audience dans les logiciels de médiaplanning imposent à de nouveaux entrants, autant que possible, de faire mesurer et surtout publier leurs audiences le plus tôt possible avant même qu'ils soient effectivement commercialisés : c'est-à-dire le plus tôt possible dès la fin de l'année précédente pour pouvoir montrer des évolutions sur des périodes comparables ou a minima, deux vagues avant la période de début de commercialisation" ; que, pour élaborer leur plan de campagne publicitaire, les acteurs du marché de la publicité radiophonique (annonceurs, agences médias) s'appuient sur les mesures d'audience réalisées par Médiamétrie

pour mesurer les performances et l'évolution des radios et connaître ainsi leur valeur publicitaire et leur potentiel de progression ; que les résultats de l'enquête Médiamétrie sont portés à la connaissance du marché publicitaire au travers des logiciels de médiaplanning qui servent à la sélection et à l'achat d'espaces publicitaires ; que l'intégration dans la mesure d'audience de Médiamétrie avant le lancement du produit constitue un avantage concurrentiel important que l'intégration doit précéder le lancement des opérations ; ainsi, que pour être intégrée à temps dans les outils de médiaplanning, l'audience des deux chaînes sortantes devait être connue avant leur lancement sur le marché publicitaire ; qu'il résulte des pièces du dossier qu'il était important que l'audience des deux chaînes appelantes figurât dans la publication d'avril-juin 2012 pour une entrée sur le marché en octobre 2012, la vague septembre-octobre étant publiée seulement à la mi-novembre, soit après cette date ; que le GIE expose que l'enquête 126 000 radios n'était pas indispensable, car les radios sortantes auraient pu faire mesurer leur audience, à la demande, auprès de Médiamétrie sans publier cette audience ; qu'avec les indications ainsi obtenues, les radios auraient pu démarcher les annonceurs en vue de leur commercialisation en dehors du GIE à compter d'octobre 2012 ; qu'en toute hypothèse, "l'audience de Radio Nova et TSF Jazz était connue du marché sans même qu'il soit besoin d'obtenir des chiffres de Médiamétrie ; qu'à cet égard, en septembre 2011, il était annoncé dans la presse économique que "pour le GIE, cela représente une perte sèche de 670.000 auditeurs quotidiens, soit plus de 8 % de son audience" autrement dit Radio Nova et TSF Jazz représentaient alors environ 1,5 % d'audience cumulée, à comparer avec les 1,4 % figurant dans l'Enquête 126 000 Radios d'avril 2012" ; qu'enfin, les radios disposaient des informations nécessaires à leur commercialisation dans le Médiakit 2011 sur le site de Nova pour l'année 2011 ; mais, considérant que Médiakit, utilisé déjà bien avant 2011, pour la vente des opérations spéciales, et la publicité dans les secteurs culturels, cinéma et DVD, dont la commercialisation était déjà assurée par Nova Régie, ne constituait pas une alternative, car elle ne fournissait que la structure d'audience des radios, et non les données quantitatives nécessaires en matière de "publicité classique", telles par exemple, le nombre d'individus potentiellement exposés à la campagne publicitaire ; que les études propriétaires ne peuvent être considérées, de façon générale, comme substituables à l'enquête "126 000 radio" de Médiamétrie ; considérant, donc, que l'interdiction de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie, cette diffusion constituant un avantage concurrentiel significatif, rendait aléatoire le lancement des deux radios sortantes et retardait leur introduction dans les plans médias des annonceurs, compromettant ainsi leurs chances de réussite ; que si les chaînes pouvaient s'affranchir de cette interdiction, grâce au paiement d'une indemnité égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE, ce montant était en soi dissuasif ; considérant, en effet, sur le second point, que les radios sortantes devaient affronter la perte de chiffre d'affaires provenant du GIE (de l'ordre de 2 millions de janvier à septembre

2012 pour Radio Nova, et de 1,037 million pour TSF Jazz) ; qu'ajouter à cette perte inéluctable le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires, qui pouvait être prélevé d'office par le GIE, s'avérait disproportionné ; que cette clause place donc les radios sortantes devant un dilemme : ne pas figurer dans l'étude Médiamétrie et avoir des difficultés pour figurer à temps dans les plans de média planning des opérateurs, ce qui signifie avoir un démarrage très lent, ou payer 30 % de leur chiffre d'affaires, ce qui les place également en situation très difficile ; que le cas particulier des deux radios appelantes, pourtant prospères du temps de leur adhésion au GIE, atteste du caractère excessif de l'indemnité demandée ; qu'il résulte en effet des attestations du commissaire aux comptes de Radio Nova et l'expert comptable de TSF Jazz, établies dans le cadre de la procédure de référé que "ce prélèvement est de nature à causer aux appelantes et ce de façon imminente un dommage pouvant avoir des conséquences irréversibles puisque leurs recettes publicitaires constituent l'essentiel de leurs ressources et qu'il est de nature (...) à compromettre la continuité de son exploitation" ; que dans une attestation du 22 mai 2012, la société Rexo Conseils, représentée par Céline Tremblay, expert-comptable des sociétés Nova Régie et Radio Nova, "atteste (...) qu'en l'état actuel de la trésorerie de la société, elle ne pourra supporter un dédit de 716 320 €" ; que l'expert-comptable ajoute que "de ce fait, elles seront dans l'obligation de déposer une déclaration de cessation de paiement auprès du tribunal de commerce de Paris, entraînant l'ouverture d'une procédure collective de l'ensemble du groupe Nova" ; qu'une procédure d'alerte a été lancée conformément à l'article L. 234-1 du code de commerce ; que dans une attestation du 5 juin 2013, l'expert-comptable de la société TSF Jazz faisait état de la situation financière préoccupante de cette société, et exposait que le résultat 2011/2012 était déficitaire, la trésorerie négative et que la condamnation à payer une indemnité de dédit de 462 853 € ferait "ressortir une situation nette négative de plus de 800 000 €" ; que, contrairement à ce que soutient le GIE, la circonstance qu'il ait proposé de prélever la somme en plusieurs fois n'enlève pas à la clause son caractère disproportionné, cette faculté d'accorder des délais ne reposant que sur le bon vouloir du GIE, nécessairement aléatoire et imprévisible ; que le GIE ne justifie pas cette clause, se contentant de la qualifier de clause de dédit et de prétendre qu'il s'agirait d'éviter la déstabilisation du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucune perte d'audience à compter d'avril 2012, du fait de la publication litigieuse (p. 14 des conclusions de TF1 Publicité) ; qu'ainsi que l'écrit la société TF1 Publicité en page 21 de ses conclusions, "la composition du produit "Les Indés Radio" n'est pas essentielle, s'agissant avant tout d'un couplage qui tire sa force et son attractivité de la réunion, en une seule offre, d'une couverture de l'ensemble du territoire et d'une diversité permettant de toucher près de 95 % de la population française" que le départ de deux radios sur un bouquet de plus de cent radios ne peut, selon TF1 Publicité, à lui seul remettre en cause l'attractivité du produit pour les annonceurs ; que l'opération de sorte des deux radios était déjà connue par les intervenants

du marché ; qu'ainsi que le relève le GIE dans ses conclusions (page 81), la publication des résultats d'audience n'implique pas nécessairement une commercialisation immédiate sur le marché ; qu'ainsi les annonceurs ne peuvent avoir indûment cru à une commercialisation des deux radios avant leur sortie effective du GIE que le GIE ne justifie d'aucun préjudice ; que les radios sortantes ont continué d'apparaître dans le couplage Les Indés Radio durant l'intégralité de leur préavis, de sorte que l'audience groupée du GIE Les Indépendants et par voie de conséquence son chiffre d'affaires sont demeurés inchangés pendant cette période ; que les radios n'ont publié aucune grille tarifaire ni commercialisé aucun produit concurrent jusqu'à la fin du préavis ; que cette clause ne trouve pas d'équilibre ou de contreponds dans la pratique personnelle du GIE, qui fait ce qu'il interdit à ses membres, et a inclus dans ses résultats globaux d'audience, par anticipation, les audiences de deux radios non encore entrées dans le GIE ; qu'en effet, le GIE a inclus, dans la publication de novembre 2012 de Médiamétrie, les résultats d'audience de Sud-Radio et de Wit-FM, alors que ces deux radios ne faisaient partie du GIE qu'à compter de janvier 2013 ; que la société TF1 Publicité expose, en page 23 de ses conclusions, que c'est précisément pour permettre de construire un plan média des futures campagnes publicitaires diffusées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 que ces résultats ont été publiés ; que la légitimité de la réalisation anticipée des études d'audience avant la commercialisation d'une offre est donc admise par les deux intimées ; que la clause litigieuse excède la protection des intérêts du GIE et porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ; que les intimés n'avancent aucune autre obligation incombant au GIE qui équilibrerait l'obligation des radios sortantes ; qu'au contraire, le caractère disproportionné de la clause est renforcé par l'article 27-2 du règlement intérieur, qui autorise le conseil d'administration du GIE à prélever d'office l'indemnité litigieuse, directement sur le chiffre d'affaires de publicité nationale perçu par la radio ; que cette clause vise, en réalité, en rendant difficile la préparation de leur sortie, à les dissuader de sortir du produit intégré "Les Indés" ; que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité de dédit qui assortit le non-respect de cette interdiction, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties ; que cette interdiction est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article ; qu'elle sera donc annulée, ainsi que la référence au (ii) qu'il y a donc lieu d'ordonner au GIE de supprimer à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE : "(ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra "si la radio participant aux produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait" ; qu'il y a donc lieu d'infirmer le jugement sur ce point (arrêt, p. 11 à 14) ;

ALORS D'UNE PART QUE tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motivation ; que la cour d'appel était saisie par les conclusions d'appel du GIE LES INDEPENDANTS d'une demande de confirmation du jugement entrepris en soutenant que RADIO NOVA et TSF JAZZ avaient fait diffuser leur audience dans leur couplage "Nova and Friends" dans les enquêtes de Médiamétrie pendant leur période de préavis à partir du 18 avril 2012 (concl. p. 4, p. 24, p. 25, al. 1<sup>er</sup>, p. 38, al. 1<sup>er</sup>, p. 52), que le "manquement à l'article 21.1 du règlement intérieur est constitué par la simple publication de l'audience et ne requiert pas la commercialisation de ladite audience" (p. 25, al. 3) et que "l'article 21.1 du règlement devait être compris comme introduisant deux engagements autonomes" dont le i) selon lequel "la radio s'engage expressément à ne pas apparaître dans un autre produit ou couplage commercial tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" et que "ces deux engagements sont structurellement autonomes et le dédit a vocation à s'appliquer à chacun d'eux" (p. 39) ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen pour se prononcer uniquement sur le reproche "d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée, distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittée de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaire réalisé avec le GIE" (arrêt, p. 11, al. 3), c'est-à-dire sur le ii) de l'article 21.1 du règlement, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS D'AUTRE PART, ET EN TOUTE HYPOTHESE, QUE la cour d'appel constate que l'article 21.1 du règlement du GIE LES INDEPENDANTS « doit être compris comme introduisant deux engagements autonomes auxquels s'applique la clause litigieuse » (arrêt, p. 8, al. 1<sup>er</sup> in fine) ; qu'elle n'annule que le ii) de l'article 21.1 dudit règlement précisant dans le dispositif de son arrêt : « ordonne de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ; qu'elle constate ainsi la validité de la stipulation i) selon laquelle « la radio s'engage expressément à ne pas apparaître dans un autre produit de couplage commercial tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » ; qu'en infirmant néanmoins le jugement entrepris ayant condamné la SARL RADIO NOVA à payer au GIE LES INDEPENDANTS la somme de 716 320 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 14 mai 2012 au titre de l'indemnité de dédit prévue à l'article 21.1 du règlement intérieur, après avoir pourtant expressément constaté (arrêt, p. 6, al. 4 & 5) qu'au cours de la période de préavis RADIO NOVA était apparue dans un autre produit de couplage "Nova and Friends" en violation de l'engagement i), et constaté que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du

règlement intérieur du GIE "est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article" (arrêt, p. 14, al. 1<sup>er</sup>), la cour d'appel, saisie d'une demande de confirmation du jugement par le GIE LES INDEPENDANTS, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article 1134 du Code civil.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 en ce qu'il avait condamné la société à associé unique TSF JAZZ à payer au GIE LES INDEPENDANTS la somme de 462.858 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 14 mai 2012 au titre de l'indemnité de dédit prévue à l'article 21.1 du règlement intérieur ;

AUX MOTIFS QUE le 13 avril 2012 malgré l'opposition du GIE, Médiamétrie a informé ses abonnés que la prochaine enquête serait publiée le 18 avril et mentionnait l'existence d'un nouveau couplage « Nova and Friends » regroupant les sociétés Nova et TSF Jazz ; que le 13 avril 2012, le GIE a mis Médiamétrie en demeure de supprimer ladite publication, à peine de dommages et intérêts ; que l'enquête a été malgré tout publiée le 18 avril 2012 ; que le 18 avril 2012, Médiamétrie a en effet diffusé son « Enquête 126 000 radios - L'audience de la Radio en Janvier-Mars 2012 » dans laquelle apparaît, pour la première fois, l'audience de Radio Nova, qui apparaît seule dans les résultats nationaux d'audience de Médiamétrie, ainsi que l'audience du nouveau couplage commercial dénommé « Nova and Friends », composé de Radio Nova et de TSF Jazz (arrêt, p. 6, al. 3 et 5) ;

ET AUX MOTIFS QUE, sur l'application de la clause, les sociétés Radio Nova et TSF Jazz contestent le principe même d'une application de l'article 21.1 du règlement intérieur et prétendent « d'une part, que la finalité de l'article 21.1 serait réduite au cas de départ d'une radio vers une « régie concurrente » et qu'en conséquence ni RADIO NOVA, ni TSF JAZZ ne seraient concernées ; d'autre part, que TSF JAZZ, en faisant publier ses résultats dans un couplage autre que celui du GIE durant sa période de préavis n'aurait manqué à une seule de ses obligations au titre de l'article 21.1 et ne pourrait donc voir sa responsabilité engagée ; mais, sur le premier point, que l'article 21.1 s'applique en cas de départ volontaire d'une radio du GIE, quelle qu'en soit la forme ; que son application n'est pas limitée aux cas de départ de la radio vers une régie concurrente ; qu'au demeurant, les deux radios sont bien parties chez une régie concurrente, la société Nova Régie ; que, sur le second point, la société TSF Jazz prétend ne pas avoir violé l'article 21.1 car la violation de cet article supposerait la violation cumulative des (i) et (ii) et elle n'aurait contrevenu, pour sa part, qu'au seul (i), en apparaissant dans un couplage commercial, mais n'est pas

apparue seule dans les résultats nationaux de l'audience publiée par Médiamétrie ; mais qu'une telle interprétation viderait l'article de sa substance, à savoir, ainsi que l'ont justement relevé les premiers juges, éviter pendant la période de préavis que l'audience d'une radio démissionnaire apparaisse, seule ou en couplage, de manière distincte et isolée de celle du GIE ; que l'article 21.1 doit être compris comme introduisant deux engagements autonomes auxquels s'applique la clause litigieuse ; que cet argument sera écarté (arrêt, p. 7, dernier alinéa et p. 8, al. 1<sup>er</sup>) ;

ET AUX MOTIFS QUE, sur l'obligation assortie d'une clause de dédit, qu'il n'est pas contesté que les deux radios sortantes ont effectué leur préavis et n'ont pas commercialisé, durant celui-ci, l'offre couplée "Nova & Friends" ; qu'il leur est reproché d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittées de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE qu'il convient d'étudier la portée de l'interdiction, puis celle de l'indemnité de dédit ; que sur le premier point, les études d'audience permettent de mesurer les probabilités d'exposition d'un individu-cible à un support ; que ce sont elles qui permettent de justifier les tarifs et fournissent un point de repère dans les négociations entre annonceurs d'une part, médias et régies d'autre part ; que l'enquête réalisée par Médiamétrie est de l'aveu même de la régie publicitaire TF1 Publicité "la mesure d'audience de référence de la radio en France" ; que le GIE Les Indépendants reconnaît que "l'enquête 126.000 radios est la référence pour le marché publicitaire radiophonique" (page 51 de ses conclusions) que "la publication de ces mesures d'audience a un impact essentiel sur l'activité des réseaux de radio dans la mesure où ces mesures conditionnent leur capacité à vendre leur espace publicitaire ; en effet, que comme l'indique la décision du Conseil de la Concurrence précitée, il n'existe pas de source d'information alternative significative" (assignation en référé du 17 avril 2012, GIE/Médiamétrie) ; que, selon l'étude sur les pratiques relatives à la vente d'espaces publicitaires radiophoniques réalisée par MMZ Conseil, versée aux débats par les appelantes, mais non utilement critiquée ou contredite par les intimées, cette mesure d'audience est incontournable pour les radios en début de commercialisation séparée ; que selon les termes utilisés dans cette étude, "l'organisation industrielle de cette mesure d'audience dans le temps sous la forme de cinq vagues annuelles, son calendrier de publication et de mise à disposition des résultats d'audience dans les logiciels de médiaplanning imposent à de nouveaux entrants, autant que possible, de faire mesurer et surtout publier leurs audiences le plus tôt possible avant même qu'ils soient effectivement commercialisés : c'est-à-dire le plus tôt possible dès la fin de l'année précédente pour pouvoir montrer des évolutions sur des périodes comparables ou a minima, deux vagues avant la période de début de commercialisation" ; que, pour élaborer leur plan de campagne publicitaire, les acteurs du marché de la publicité radiophonique (annonceurs, agences

médias) s'appuient sur les mesures d'audience réalisées par Médiamétrie pour mesurer les performances et l'évolution des radios et connaître ainsi leur valeur publicitaire et leur potentiel de progression ; que les résultats de l'enquête Médiamétrie sont portés à la connaissance du marché publicitaire au travers des logiciels de médiaplanning qui servent à la sélection et à l'achat d'espaces publicitaires ; que l'intégration dans la mesure d'audience de Médiamétrie avant le lancement du produit constitue un avantage concurrentiel important que l'intégration doit précéder le lancement des opérations ; ainsi, que pour être intégrée à temps dans les outils de médiaplanning, l'audience des deux chaînes sortantes devait être connue avant leur lancement sur le marché publicitaire ; qu'il résulte des pièces du dossier qu'il était important que l'audience des deux chaînes appelantes figurât dans la publication d'avril-juin 2012 pour une entrée sur le marché en octobre 2012, la vague septembre-octobre étant publiée seulement à la mi-novembre, soit après cette date ; que le GIE expose que l'enquête 126.000 radios n'était pas indispensable, car les radios sortantes auraient pu faire mesurer leur audience, à la demande, auprès de Médiamétrie sans publier cette audience ; qu'avec les indications ainsi obtenues, les radios auraient pu démarcher les annonceurs en vue de leur commercialisation en dehors du GIE à compter d'octobre 2012 ; qu'en toute hypothèse, "l'audience de Radio Nova et TSF Jazz était connue du marché sans même qu'il soit besoin d'obtenir des chiffres de Médiamétrie ; qu'à cet égard, en septembre 2011, il était annoncé dans la presse économique que "pour le GIE, cela représente une perte sèche de 670.000 auditeurs quotidiens, soit plus de 8 % de son audience" autrement dit Radio Nova et TSF Jazz représentaient alors environ 1,5 % d'audience cumulée, à comparer avec les 1,4 % figurant dans l'Enquête 126.000 Radios d'avril 2012" ; qu'enfin, les radios disposaient des informations nécessaires à leur commercialisation dans le Médiakit 2011 sur le site de Nova pour l'année 2011 ; mais, considérant que Médiakit, utilisé déjà bien avant 2011, pour la vente des opérations spéciales, et la publicité dans les secteurs culturels, cinéma et DVD, dont la commercialisation était déjà assurée par Nova Régie, ne constituait pas une alternative, car elle ne fournissait que la structure d'audience des radios, et non les données quantitatives nécessaires en matière de "publicité classique", telles par exemple, le nombre d'individus potentiellement exposés à la campagne publicitaire ; que les études propriétaires ne peuvent être considérées, de façon générale, comme substituables à l'enquête "126.000 radios" de Médiamétrie ; considérant, donc, que l'interdiction de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie, cette diffusion constituant un avantage concurrentiel significatif, rendait aléatoire le lancement des deux radios sortantes et retardait leur introduction dans les plans médias des annonceurs, compromettant ainsi leurs chances de réussite ; que si les chaînes pouvaient s'affranchir de cette interdiction, grâce au paiement d'une indemnité égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE, ce montant était en soi dissuasif ; considérant, en effet, sur le second point, que les radios sortantes devaient affronter la perte de chiffre

d'affaires provenant du GIE (de l'ordre de 2 millions de janvier à septembre 2012 pour Radio Nova, et de 1,037 million pour TSF Jazz) ; qu'ajouter à cette perte inéluctable le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires, qui pouvait être prélevé d'office par le GIE, s'avérait disproportionné ; que cette clause place donc les radios sortantes devant un dilemme : ne pas figurer dans l'étude Médiamétrie et avoir des difficultés pour figurer à temps dans les plans de média planning des opérateurs, ce qui signifie avoir un démarrage très lent, ou payer 30 % de leur chiffre d'affaires, ce qui les place également en situation très difficile ; que le cas particulier des deux radios appelantes, pourtant prospères du temps de leur adhésion au GIE, atteste du caractère excessif de l'indemnité demandée ; qu'il résulte en effet des attestations du commissaire aux comptes de Radio Nova et l'expert comptable de TSF Jazz, établies dans le cadre de la procédure de référé que "ce prélèvement est de nature à causer aux appelantes et ce de façon imminente un dommage pouvant avoir des conséquences irréversibles puisque leurs recettes publicitaires constituent l'essentiel de leurs ressources et qu'il est de nature (...) à compromettre la continuité de son exploitation" ; que dans une attestation du 22 mai 2012, la société Rexo Conseils, représentée par Céline Tremblay, expert-comptable des sociétés Nova Régie et Radio Nova, "atteste (...) qu'en l'état actuel de la trésorerie de la société, elle ne pourra supporter un dédit de 716.320 €" ; que l'expert-comptable ajoute que "de ce fait, elles seront dans l'obligation de déposer une déclaration de cessation de paiement auprès du tribunal de commerce de Paris, entraînant l'ouverture d'une procédure collective de l'ensemble du groupe Nova" ; qu'une procédure d'alerte a été lancée conformément à l'article L. 234-1 du code de commerce ; que dans une attestation du 5 juin 2013, l'expert-comptable de la société TSF Jazz faisait état de la situation financière préoccupante de cette société, et exposait que le résultat 2011/2012 était déficitaire, la trésorerie négative et que la condamnation à payer une indemnité de dédit de 462.853 € ferait "ressortir une situation nette négative de plus de 800.000 €" ; que, contrairement à ce que soutient le GIE, la circonstance qu'il ait proposé de prélever la somme en plusieurs fois n'enlève pas à la clause son caractère disproportionné, cette faculté d'accorder des délais ne reposant que sur le bon vouloir du GIE, nécessairement aléatoire et imprévisible ; que le GIE ne justifie pas cette clause, se contentant de la qualifier de clause de dédit et de prétendre qu'il s'agirait d'éviter la déstabilisation du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucune perte d'audience à compter d'avril 2012, du fait de la publication litigieuse (p. 14 des conclusions de TF1 Publicité) ; qu'ainsi que l'écrit la société TF1 Publicité en page 21 de ses conclusions, "la composition du produit "Les Indés Radio" n'est pas essentielle, s'agissant avant tout d'un couplage qui tire sa force et son attractivité de la réunion, en une seule offre, d'une couverture de l'ensemble du territoire et d'une diversité permettant de toucher près de 95 % de la population française" que le départ de deux radios sur un bouquet de plus de cent radios ne peut, selon TF1 Publicité, à lui seul remettre en cause l'attractivité du produit pour les annonceurs ; que

l'opération de sorte des deux radios était déjà connue par les intervenants du marché ; qu'ainsi que le relève le GIE dans ses conclusions (page 81), la publication des résultats d'audience n'implique pas nécessairement une commercialisation immédiate sur le marché ; qu'ainsi les annonceurs ne peuvent avoir indûment cru à une commercialisation des deux radios avant leur sortie effective du GIE que le GIE ne justifie d'aucun préjudice ; que les radios sortantes ont continué d'apparaître dans le couplage Les Indés Radio durant l'intégralité de leur préavis, de sorte que l'audience groupée du GIE Les Indépendants et par voie de conséquence son chiffre d'affaires sont demeurés inchangés pendant cette période ; que les radios n'ont publié aucune grille tarifaire ni commercialisé aucun produit concurrent jusqu'à la fin du préavis ; que cette clause ne trouve pas d'équilibre ou de contrepoids dans la pratique personnelle du GIE, qui fait ce qu'il interdit à ses membres, et a inclus dans ses résultats globaux d'audience, par anticipation, les audiences de deux radios non encore entrées dans le GIE ; qu'en effet, le GIE a inclus, dans la publication de novembre 2012 de Médiamétrie, les résultats d'audience de Sud-Radio et de Wit-FM, alors que ces deux radios ne faisaient partie du GIE qu'à compter de janvier 2013 ; que la société TF1 Publicité expose, en page 23 de ses conclusions, que c'est précisément pour permettre de construire un plan média des futures campagnes publicitaires diffusées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 que ces résultats ont été publiés ; que la légitimité de la réalisation anticipée des études d'audience avant la commercialisation d'une offre est donc admise par les deux intimées ; que la clause litigieuse excède la protection des intérêts du GIE et porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ; que les intimés n'avancent aucune autre obligation incombant au GIE qui équilibrerait l'obligation des radios sortantes ; qu'au contraire, le caractère disproportionné de la clause est renforcé par l'article 27-2 du règlement intérieur, qui autorise le conseil d'administration du GIE à prélever d'office l'indemnité litigieuse, directement sur le chiffre d'affaires de publicité nationale perçu par la radio ; que cette clause vise, en réalité, en rendant difficile la préparation de leur sorte, à les dissuader de sortir du produit intégré "Les Indés" ; que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité de dédit qui assortit le non-respect de cette interdiction, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties ; que cette interdiction est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article ; qu'elle sera donc annulée, ainsi que la référence au (ii) qu'il y a donc lieu d'ordonner au GIE de supprimer à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE : "(ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra "si la radio participant aux produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a

perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait" ; qu'il y a donc lieu d'infirmer le jugement sur ce point (arrêt, p. 11 à 14) ;

ALORS D'UNE PART QUE la cour d'appel était saisie par les conclusions d'appel du GIE LES INDEPENDANTS d'une demande de confirmation du jugement entrepris en soutenant que RADIO NOVA et TSF JAZZ avaient fait diffuser leur audience dans leur couplage "Nova and Friends" dans les enquêtes de Médiamétrie pendant leur période de préavis à partir du 18 avril 2012 (p. 4, p. 24, p. 25, al. 1<sup>er</sup>, p. 38, al. 1<sup>er</sup>, p. 52), que le "manquement à l'article 21.1 du règlement intérieur est constitué par la simple publication de l'audience et ne requiert pas la commercialisation de ladite audience" (p. 25, al. 3) et que "l'article 21.1 du règlement devait être compris comme introduisant deux engagements autonomes" dont le i) selon lequel "la radio s'engage expressément à ne pas apparaître dans un autre produit ou couplage commercial tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" et que "ces deux engagements sont structurellement autonomes et le dédit a vocation à s'appliquer à chacun d'eux" (p. 39) ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen pour se prononcer uniquement sur le reproche "d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée, distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittée de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaire réalisé avec le GIE" (arrêt, p. 11, al. 3), c'est-à-dire sur le ii) de l'article 21.1 du règlement, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS D'AUTRE PART, ET EN TOUTE HYPOTHESE, QUE la cour d'appel constate que l'article 21.1 du règlement du GIE LES INDEPENDANTS « doit être compris comme introduisant deux engagements autonomes auxquels s'applique la clause litigieuse » (arrêt, p. 8, al. 1<sup>er</sup> in fine) ; qu'elle n'annule que le ii) de l'article 21.1 dudit règlement précisant dans le dispositif de son arrêt : « ordonne de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ; qu'elle constate ainsi la validité de la stipulation i) selon laquelle « la radio s'engage expressément à ne pas apparaître dans un autre produit de couplage commercial tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » ; qu'en infirmant néanmoins le jugement entrepris ayant condamné la SARL à associé unique TSF JAZZ à payer au GIE LES INDEPENDANTS la somme de 462.858 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 14 mai 2012 au titre de l'indemnité de dédit prévue à l'article 21.1 du règlement intérieur, après avoir pourtant expressément constaté (arrêt, p. 6, al. 4 & 5) qu'au cours de la période de préavis TSF JAZZ était apparue dans un autre produit de couplage "Nova and Friends"

en violation de l'engagement i), et constaté que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE "est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article" (arrêt, p. 14, al. 1<sup>er</sup>), la cour d'appel, saisie d'une demande de confirmation du jugement par le GIE LES INDEPENDANTS, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article 1134 du Code civil.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 et jugé que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité qui permet de s'en affranchir, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties, D'AVOIR déclaré nulles ces dispositions et, en conséquence, D'AVOIR ordonné au GIE LES INDEPENDANTS de supprimer la phrase suivante : « (ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » et D'AVOIR ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ;

AUX MOTIFS QUE sur l'application de l'article L. 442-6-I-2 du code de commerce aux relations entre un GIE et un adhérent ; que le GIE Les Indépendants soutient que l'article L. 442-6-1 2 du code de commerce ne serait pas applicable à ses relations statutaires avec Radio Nova et TSF Jazz, membres du GIE, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation ; mais que le GIE et les radios adhérentes constituent des personnes morales distinctes, dont les relations se développent sur un secteur économique, le secteur intermédiaire de l'accès à la publicité radiophonique nationale, sur lequel le GIE offre aux radios locales ou régionale une prestation de regroupement de leur audience en vue d'une commercialisation nationale commune, moyennant une rémunération versée au GIE constituée par un droit d'entrée, un droit de sortie, et des cotisations pendant la vie du contrat ; qu'il en résulte que leurs relations sont régies par l'article L. 442-6-I du code de commerce (arrêt, p. 8, deux derniers alinéas et p. 9, al. 1<sup>er</sup>) ;

ALORS QUE le but du groupement d'intérêt économique est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; d'où il suit qu'en tant que membres du GIE LES INDEPENDANTS, les sociétés RADIO NOVA, NOVA REGIE et

TSF JAZZ ne pouvaient invoquer à l'égard de celui-ci les dispositions de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce qui ne concerne que les relations de partenaires commerciaux et qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé ledit texte par fausse application.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 et jugé que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité qui permet de s'en affranchir, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties, D'AVOIR déclaré nulles ces dispositions et, en conséquence, D'AVOIR ordonné au GIE LES INDEPENDANTS de supprimer la phrase suivante : « (ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » et D'AVOIR ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'obligation assortie d'une clause de dédit, qu'il n'est pas contesté que les deux radios sortantes ont effectué leur préavis et n'ont pas commercialisé, durant celui-ci, l'offre couplée "Nova & Friends" ; qu'il leur est reproché d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittées de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE ; qu'il convient d'étudier la portée de l'interdiction, puis celle de l'indemnité de dédit ; que sur le premier point, les études d'audience permettent de mesurer les probabilités d'exposition d'un individu-cible à un support ; que ce sont elles qui permettent de justifier les tarifs et fournissent un point de repère dans les négociations entre annonceurs d'une part, médias et régies d'autre part ; que l'enquête réalisée par Médiamétrie est de l'aveu même de la régie publicitaire TF1 Publicité "la mesure d'audience de référence de la radio en France" ; que le GIE Les Indépendants reconnaît que "l'enquête 126.000 radios est la référence pour le marché publicitaire radiophonique" (page 51 de ses conclusions) ; que "la publication de ces mesures d'audience a un impact essentiel sur l'activité des réseaux de radio dans la mesure où ces mesures conditionnent leur capacité à vendre leur espace publicitaire ; en effet, que comme l'indique la décision du Conseil de la Concurrence précitée, il n'existe pas de source d'information alternative significative" (assignation en référé du 17 avril 2012, GIE/Médiamétrie) ; que, selon l'étude sur les pratiques relatives à la vente d'espaces publicitaires

radiophoniques réalisée par MMZ Conseil, versée aux débats par les appelantes, mais non utilement critiquée ou contredite par les intimées, cette mesure d'audience est incontournable pour les radios en début de commercialisation séparée ; que selon les termes utilisés dans cette étude, "l'organisation industrielle de cette mesure d'audience dans le temps sous la forme de cinq vagues annuelles, son calendrier de publication et de mise à disposition des résultats d'audience dans les logiciels de médiaplanning imposent à de nouveaux entrants, autant que possible, de faire mesurer et surtout publier leurs audiences le plus tôt possible avant même qu'ils soient effectivement commercialisés : c'est-à-dire le plus tôt possible dès la fin de l'année précédente pour pouvoir montrer des évolutions sur des périodes comparables ou a minima, deux vagues avant la période de début de commercialisation" ; que, pour élaborer leur plan de campagne publicitaire, les acteurs du marché de la publicité radiophonique (annonceurs, agences médias) s'appuient sur les mesures d'audience réalisées par Médiamétrie pour mesurer les performances et l'évolution des radios et connaître ainsi leur valeur publicitaire et leur potentiel de progression ; que les résultats de l'enquête Médiamétrie sont portés à la connaissance du marché publicitaire au travers des logiciels de médiaplanning qui servent à la sélection et à l'achat d'espaces publicitaires ; que l'intégration dans la mesure d'audience de Médiamétrie avant le lancement du produit constitue un avantage concurrentiel important ; que l'intégration doit précéder le lancement des opérations ; ainsi, que pour intégrée à temps dans les outils de médiaplanning, l'audience des deux chaînes sortantes devait être connue avant leur lancement sur le marché publicitaire ; qu'il résulte des pièces du dossier qu'il était important que l'audience des deux chaînes appelantes figurât dans la publication d'avril-juin 2012 pour une entrée sur le marché en octobre 2012, la vague septembre-octobre étant publiée seulement à la mi-novembre, soit après cette date ; que le GIE expose que l'enquête 126.000 radios n'était pas indispensable, car les radios sortantes auraient pu faire mesurer leur audience, à la demande, auprès de Médiamétrie sans publier cette audience ; qu'avec les indications ainsi obtenues, les radios auraient pu démarcher les annonceurs en vue de leur commercialisation en dehors du GIE à compter d'octobre 2012 ; qu'en toute hypothèse, "l'audience de Radio Nova et TSF Jazz était connue du marché sans même qu'il soit besoin d'obtenir des chiffres de Médiamétrie ; qu'à cet égard, en septembre 2011, il était annoncé dans la presse économique que "pour le GIE, cela représente une perte sèche de 670.000 auditeurs quotidiens, soit plus de 8 % de son audience" autrement dit Radio Nova et TSF Jazz représentaient alors environ 1,5 % d'audience cumulée, à comparer avec les 1,4 % figurant dans l'Enquête 126.000 Radios d'avril 2012" ; qu'enfin, les radios disposaient des informations nécessaires à leur commercialisation dans le Médiakit 2011 sur le site de Nova pour l'année 2011 ; mais, considérant que Médiakit, utilisé déjà bien avant 2011, pour la vente des opérations spéciales, et la publicité dans les secteurs culturels, cinéma et DVD, dont la commercialisation était déjà assurée par Nova Régie, ne constituait pas une

alternative, car elle ne fournissait que la structure d'audience des radios, et non les données quantitatives nécessaires en matière de "publicité classique", telles par exemple, le nombre d'individus potentiellement exposés à la campagne publicitaire ; que les études propriétaires ne peuvent être considérées, de façon générale, comme substituables à l'enquête "126.000 radios" de Médiamétrie ; considérant, donc, que l'interdiction de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie, cette diffusion constituant un avantage concurrentiel significatif, rendait aléatoire le lancement des deux radios sortantes et retardait leur introduction dans les plans médias des annonceurs, compromettant ainsi leurs chances de réussite ; que si les chaînes pouvaient s'affranchir de cette interdiction, grâce au paiement d'une indemnité égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE, ce montant était en soi dissuasif ; considérant, en effet, sur le second point, que les radios sortantes devaient affronter la perte de chiffre d'affaires provenant du GIE (de l'ordre de 2 millions de janvier à septembre 2012 pour Radio Nova, et de 1,037 million pour TSF Jazz) ; qu'ajouter à cette perte inéluctable le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires, qui pouvait être prélevé d'office par le GIE, s'avérait disproportionné ; que cette clause place donc les radios sortantes devant un dilemme : ne pas figurer dans l'étude Médiamétrie et avoir des difficultés pour figurer à temps dans les plans de média planning des opérateurs, ce qui signifie avoir un démarrage très lent, ou payer 30 % de leur chiffre d'affaires, ce qui les place également en situation très difficile ; que le cas particulier des deux radios appelantes, pourtant prospères du temps de leur adhésion au GIE, atteste du caractère excessif de l'indemnité demandée ; qu'il résulte en effet des attestations du commissaire aux comptes de Radio Nova et l'expert comptable de TSF Jazz, établies dans le cadre de la procédure de référé que "ce prélèvement est de nature à causer aux appelantes et ce de façon imminente un dommage pouvant avoir des conséquences irréversibles puisque leurs recettes publicitaires constituent l'essentiel de leurs ressources et qu'il est de nature (...) à compromettre la continuité de son exploitation" ; que dans une attestation du 22 mai 2012, la société Rexo Conseils, représentée par Céline Tremblay, expert-comptable des sociétés Nova Régie et Radio Nova, "atteste (...) qu'en l'état actuel de la trésorerie de la société, elle ne pourra supporter un dédit de 716.320 €" ; que l'expert-comptable ajoute que "de ce fait, elles seront dans l'obligation de déposer une déclaration de cessation de paiement auprès du tribunal de commerce de Paris, entraînant l'ouverture d'une procédure collective de l'ensemble du groupe Nova" ; qu'une procédure d'alerte a été lancée conformément à l'article L. 234-1 du code de commerce ; que dans une attestation du 5 juin 2013, l'expert-comptable de la société TSF Jazz faisait état de la situation financière préoccupante de cette société, et exposait que le résultat 2011/2012 était déficitaire, la trésorerie négative et que la condamnation à payer une indemnité de dédit de 462.853 € ferait "ressortir une situation nette négative de plus de 800.000 €" ; que, contrairement à ce que soutient le GIE, la circonstance qu'il ait proposé de prélever la somme

en plusieurs fois n'enlève pas à la clause son caractère disproportionné, cette faculté d'accorder des délais ne reposant que sur le bon vouloir du GIE, nécessairement aléatoire et imprévisible ; que le GIE ne justifie pas cette clause, se contentant de la qualifier de clause de dédit et de prétendre qu'il s'agirait d'éviter la déstabilisation du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucune perte d'audience à compter d'avril 2012, du fait de la publication litigieuse (p. 14 des conclusions de TF1 Publicité) ; qu'ainsi que l'écrit la société TF1 Publicité en page 21 de ses conclusions, "la composition du produit "Les Indés Radio" n'est pas essentielle, s'agissant avant tout d'un couplage qui tire sa force et son attractivité de la réunion, en une seule offre, d'une couverture de l'ensemble du territoire et d'une diversité permettant de toucher près de 95 % de la population française" ; que le départ de deux radios sur un bouquet de plus de cent radios ne peut, selon TF1 Publicité, à lui seul remettre en cause l'attractivité du produit pour les annonceurs ; que l'opération de sortie des deux radios était déjà connue par les intervenants du marché ; qu'ainsi que le relève le GIE dans ses conclusions (page 81), la publication des résultats d'audience n'implique pas nécessairement une commercialisation immédiate sur le marché ; qu'ainsi les annonceurs ne peuvent avoir indûment cru à une commercialisation des deux radios avant leur sortie effective du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucun préjudice ; que les radios sortantes ont continué d'apparaître dans le couplage Les Indés Radio durant l'intégralité de leur préavis, de sorte que l'audience groupée du GIE Les Indépendants et par voie de conséquence son chiffre d'affaires sont demeurés inchangés pendant cette période ; que les radios n'ont publié aucune grille tarifaire ni commercialisé aucun produit concurrent jusqu'à la fin du préavis ; que cette clause ne trouve pas d'équilibre ou de contrepoids dans la pratique personnelle du GIE, qui fait ce qu'il interdit à ses membres, et a inclus dans ses résultats globaux d'audience, par anticipation, les audiences de deux radios non encore entrées dans le GIE ; qu'en effet, le GIE a inclus, dans la publication de novembre 2012 de Médiamétrie, les résultats d'audience de Sud-Radio et de Wit-FM, alors que ces deux radios ne faisaient partie du GIE qu'à compter de janvier 2013 ; que la société TF1 Publicité expose, en page 23 de ses conclusions, que c'est précisément pour permettre de construire un plan média des futures campagnes publicitaires diffusées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 que ces résultats ont été publiés ; que la légitimité de la réalisation anticipée des études d'audience avant la commercialisation d'une offre est donc admise par les deux intimées ; que la clause litigieuse excède la protection des intérêts du GIE et porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ; que les intimés n'avancent aucune autre obligation incombant au GIE qui équilibrerait l'obligation des radios sortantes ; qu'au contraire, le caractère disproportionné de la clause est renforcé par l'article 27-2 du règlement intérieur, qui autorise le conseil d'administration du GIE à prélever d'office l'indemnité litigieuse, directement sur le chiffre d'affaires de publicité nationale perçu par la radio ; que cette clause vise, en réalité, en rendant difficile la préparation de leur sortie, à les dissuader de sortir du produit intégré "Les Indés" ; que l'interdiction prévue

au ii) de l'article 21-1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité de dédit qui assortit le non-respect de cette interdiction, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties ; que cette interdiction est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article ; qu'elle sera donc annulée, ainsi que la référence au (ii) qu'il y a donc lieu d'ordonner au GIE de supprimer à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE : "(ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra "si la radio participant aux produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait" ; qu'il y a donc lieu d'infirmier le jugement sur ce point (arrêt, p. 11 à 14) ;

ALORS QUE dénature les termes du litige en violation de l'article 4 du Code de procédure civile, la cour d'appel qui prononce une annulation partielle de l'article 21-1 du règlement intérieur du GIE LES INDEPENDANTS en prescrivant en conséquence sa réécriture, quand elle était saisie d'une demande tendant à constater que ledit article devait être réputé non écrit tandis que la partie adverse concluait à sa validité pour le tout.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 et jugé que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité qui permet de s'en affranchir, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties, D'AVOIR déclaré nulles ces dispositions et, en conséquence, D'AVOIR ordonné au GIE LES INDEPENDANTS de supprimer la phrase suivante : « (ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » et D'AVOIR ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ;

AUX MOTIFS QUE sur la soumission, le GIE rappelle que Monsieur Bizot, le directeur de Radio Nova était membre du conseil d'administration du GIE et pouvait demander le changement du règlement intérieur et que les radios Nova et TSF JAZZ disposaient au sein de ce conseil d'un nombre de parts

proportionnel à leur audience cumulée, de sorte qu'elles pouvaient demander la modification du règlement intérieur ; qu'en toute hypothèse, sa société ne s'est pas vue imposer la clause en cause et ne se trouvait pas dans une situation de soumission ; qu'elle cite, à l'appui de son moyen, un arrêt du 4 juillet 2006 (n° 03-16.443) de la Cour de cassation ; mais que la notion de "soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations" prévue à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce consiste à faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial, du fait du déséquilibre du rapport de force existant entre les parties, des obligations injustifiées et non réciproques ; qu'elle ne s'identifie pas à une contrainte irrésistible ; que le règlement intérieur préexiste à l'adhésion d'une radio au GIE ; que ce document qui organise le mode de fonctionnement du GIE Les Indépendants est pré-rédigé par le groupement et soumis à la signature des radios adhérentes ; que si Radio Nova participe à la direction du GIE en tant qu'administrateur et membre du GIE et si Monsieur Bizot a été fondateur et dirigeant de Radio Nova, il ne dispose pas d'une majorité de voix dans le GIE contrôlé par quatre radios disposant à elles quatre de plus de 69 % des parts du GIE à savoir le Groupe Start, Radio Scoop, Alouette FM et Contact FM, et entretenant entre elles des liens capitalistiques ; que par ailleurs, Monsieur Bizot ne dispose que d'une voix sur huit au conseil d'administration ; que les révisions du règlement intérieur ne sont pas des procédures fréquentes et aisées à mettre en oeuvre compte tenu des intérêts divergents entre une radio sortante et les radios subsistant dans le groupement ; qu'il résulte de ces constatations que le règlement intérieur s'impose aux membres et adhérents, sans réelle possibilité de discussion ;

ALORS QU'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 de soumettre ou de tenter de soumettre au partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties ; qu'en retenant l'existence d'une soumission sans se prononcer sur la circonstance (concl. p. 16) selon laquelle RADIO NOVA était devenue membre du GIE LES INDEPENDANTS le 1<sup>er</sup> novembre 1993, à une date où le GIE, constitué en 1992, n'était qu'un acteur marginal du marché de la publicité radiophonique nationale avec un chiffre d'affaires de 129.931 euros, ce dont il résultait une absence de déséquilibre dans le rapport de force au moment de l'adhésion au GIE, et quand les rapports de force internes au GIE ne relèvent pas du régime des pratiques restrictives de l'article L. 442-6-I 2° du code de la commerce, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard dudit texte.

## SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 et jugé que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité qui permet de s'en affranchir, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties, D'AVOIR déclaré nulles ces dispositions et, en conséquence, D'AVOIR ordonné au GIE LES INDEPENDANTS de supprimer la phrase suivante : « (ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » et D'AVOIR ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'obligation assortie d'une clause de dédit, qu'il n'est pas contesté que les deux radios sortantes ont effectué leur préavis et n'ont pas commercialisé, durant celui-ci, l'offre couplée "Nova & Friends" ; qu'il leur est reproché d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittées de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE ; qu'il convient d'étudier la portée de l'interdiction, puis celle de l'indemnité de dédit ; que sur le premier point, les études d'audience permettent de mesurer les probabilités d'exposition d'un individu-cible à un support ; que ce sont elles qui permettent de justifier les tarifs et fournissent un point de repère dans les négociations entre annonceurs d'une part, médias et régies d'autre part ; que l'enquête réalisée par Médiamétrie est de l'aveu même de la régie publicitaire TF1 Publicité "la mesure d'audience de référence de la radio en France" ; que le GIE Les Indépendants reconnaît que "l'enquête 126.000 radios est la référence pour le marché publicitaire radiophonique" (page 51 de ses conclusions) ; que "la publication de ces mesures d'audience a un impact essentiel sur l'activité des réseaux de radio dans la mesure où ces mesures conditionnent leur capacité à vendre leur espace publicitaire ; en effet, que comme l'indique la décision du Conseil de la Concurrence précitée, il n'existe pas de source d'information alternative significative" (assignation en référé du 17 avril 2012, GIE/Médiamétrie) ; que, selon l'étude sur les pratiques relatives à la vente d'espaces publicitaires radiophoniques réalisée par MMZ Conseil, versée aux débats par les appelantes, mais non utilement critiquée ou contredite par les intimées, cette mesure d'audience est incontournable pour les radios en début de commercialisation séparée ; que selon les termes utilisés dans cette étude, "l'organisation industrielle de cette mesure d'audience dans le temps sous la forme de cinq vagues annuelles, son calendrier de publication et de mise à disposition des résultats d'audience dans les logiciels de médiaplanning

imposent à de nouveaux entrants, autant que possible, de faire mesurer et surtout publier leurs audiences le plus tôt possible avant même qu'ils soient effectivement commercialisés : c'est-à-dire le plus tôt possible dès la fin de l'année précédente pour pouvoir montrer des évolutions sur des périodes comparables ou a minima, deux vagues avant la période de début de commercialisation" ; que, pour élaborer leur plan de campagne publicitaire, les acteurs du marché de la publicité radiophonique (annonceurs, agences médias) s'appuient sur les mesures d'audience réalisées par Médiamétrie pour mesurer les performances et l'évolution des radios et connaître ainsi leur valeur publicitaire et leur potentiel de progression ; que les résultats de l'enquête Médiamétrie sont portés à la connaissance du marché publicitaire au travers des logiciels de médiaplanning qui servent à la sélection et à l'achat d'espaces publicitaires ; que l'intégration dans la mesure d'audience de Médiamétrie avant le lancement du produit constitue un avantage concurrentiel important que l'intégration doit précéder le lancement des opérations ; ainsi, que pour intégrée à temps dans les outils de médiaplanning, l'audience des deux chaînes sortantes devait être connue avant leur lancement sur le marché publicitaire ; qu'il résulte des pièces du dossier qu'il était important que l'audience des deux chaînes appelantes figurât dans la publication d'avril-juin 2012 pour une entrée sur le marché en octobre 2012, la vague septembre-octobre étant publiée seulement à la mi-novembre, soit après cette date ; que le GIE expose que l'enquête 126.000 radios n'était pas indispensable, car les radios sortantes auraient pu faire mesurer leur audience, à la demande, auprès de Médiamétrie sans publier cette audience ; qu'avec les indications ainsi obtenues, les radios auraient pu démarcher les annonceurs en vue de leur commercialisation en dehors du GIE à compter d'octobre 2012 ; qu'en toute hypothèse, "l'audience de Radio Nova et TSF Jazz était connue du marché sans même qu'il soit besoin d'obtenir des chiffres de Médiamétrie ; qu'à cet égard, en septembre 2011, il était annoncé dans la presse économique que "pour le GIE, cela représente une perte sèche de 670.000 auditeurs quotidiens, soit plus de 8 % de son audience" autrement dit Radio Nova et TSF Jazz représentaient alors environ 1,5 % d'audience cumulée, à comparer avec les 1,4 % figurant dans l'Enquête 126.000 Radios d'avril 2012" ; qu'enfin, les radios disposaient des informations nécessaires à leur commercialisation dans le Médiakit 2011 sur le site de Nova pour l'année 2011 ; mais, considérant que Médiakit, utilisé déjà bien avant 2011, pour la vente des opérations spéciales, et la publicité dans les secteurs culturels, cinéma et DVD, dont la commercialisation était déjà assurée par Nova Régie, ne constituait pas une alternative, car elle ne fournissait que la structure d'audience des radios, et non les données quantitatives nécessaires en matière de "publicité classique", telles par exemple, le nombre d'individus potentiellement exposés à la campagne publicitaire ; que les études propriétaires ne peuvent être considérées, de façon générale, comme substituables à l'enquête "126.000 radios" de Médiamétrie ; considérant, donc, que l'interdiction de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie, cette diffusion constituant un avantage concurrentiel significatif, rendait aléatoire le

lancement des deux radios sortantes et retardait leur introduction dans les plans médias des annonceurs, compromettant ainsi leurs chances de réussite ; que si les chaînes pouvaient s'affranchir de cette interdiction, grâce au paiement d'une indemnité égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE, ce montant était en soi dissuasif ; considérant, en effet, sur le second point, que les radios sortantes devaient affronter la perte de chiffre d'affaires provenant du GIE (de l'ordre de 2 millions de janvier à septembre 2012 pour Radio Nova, et de 1,07 million pour TSF Jazz) ; qu'ajouter à cette perte inéluctable le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires, qui pouvait être prélevé d'office par le GIE, s'avérait disproportionné ; que cette clause place donc les radios sortantes devant un dilemme : ne pas figurer dans l'étude Médiamétrie et avoir des difficultés pour figurer à temps dans les plans de média planning des opérateurs, ce qui signifie avoir un démarrage très lent, ou payer 30 % de leur chiffre d'affaires, ce qui les place également en situation très difficile ; que le cas particulier des deux radios appelantes, pourtant prospères du temps de leur adhésion au GIE, atteste du caractère excessif de l'indemnité demandée ; qu'il résulte en effet des attestations du commissaire aux comptes de Radio Nova et l'expert comptable de TSF Jazz, établies dans le cadre de la procédure de référé que "ce prélèvement est de nature à causer aux appelantes et ce de façon imminente un dommage pouvant avoir des conséquences irréversibles puisque leurs recettes publicitaires constituent l'essentiel de leurs ressources et qu'il est de nature (...) à compromettre la continuité de son exploitation" ; que dans une attestation du 22 mai 2012, la société Rexo Conseils, représentée par Céline Tremblay, expert-comptable des sociétés Nova Régie et Radio Nova, "atteste (...) qu'en l'état actuel de la trésorerie de la société, elle ne pourra supporter un dédit de 716.320 €" ; que l'expert-comptable ajoute que "de ce fait, elles seront dans l'obligation de déposer une déclaration de cessation de paiement auprès du tribunal de commerce de Paris, entraînant l'ouverture d'une procédure collective de l'ensemble du groupe Nova" ; qu'une procédure d'alerte a été lancée conformément à l'article L. 234-1 du code de commerce ; que dans une attestation du 5 juin 2013, l'expert-comptable de la société TSF Jazz faisait état de la situation financière préoccupante de cette société, et exposait que le résultat 2011/2012 était déficitaire, la trésorerie négative et que la condamnation à payer une indemnité de dédit de 462.853 € ferait "ressortir une situation nette négative de plus de 800.000 €" ; que, contrairement à ce que soutient le GIE, la circonstance qu'il ait proposé de prélever la somme en plusieurs fois n'enlève pas à la clause son caractère disproportionné, cette faculté d'accorder des délais ne reposant que sur le bon vouloir du GIE, nécessairement aléatoire et imprévisible ; que le GIE ne justifie pas cette clause, se contentant de la qualifier de clause de dédit et de prétendre qu'il s'agirait d'éviter la déstabilisation du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucune perte d'audience à compter d'avril 2012, du fait de la publication litigieuse (p. 14 des conclusions de TF1 Publicité) ; qu'ainsi que l'écrit la société TF1 Publicité en page 21 de ses conclusions, "la composition du produit "Les Indés Radio" n'est pas essentielle, s'agissant avant tout d'un couplage qui tire sa force et

son attractivité de la réunion, en une seule offre, d'une couverture de l'ensemble du territoire et d'une diversité permettant de toucher près de 95 % de la population française" que le départ de deux radios sur un bouquet de plus de cent radios ne peut, selon TF1 Publicité, à lui seul remettre en cause l'attractivité du produit pour les annonceurs ; que l'opération de sorte des deux radios était déjà connue par les intervenants du marché ; qu'ainsi que le relève le GIE dans ses conclusions (page 81), la publication des résultats d'audience n'implique pas nécessairement une commercialisation immédiate sur le marché ; qu'ainsi les annonceurs ne peuvent avoir indûment cru à une commercialisation des deux radios avant leur sortie effective du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucun préjudice ; que les radios sortantes ont continué d'apparaître dans le couplage Les Indés Radio durant l'intégralité de leur préavis, de sorte que l'audience groupée du GIE Les Indépendants et par voie de conséquence son chiffre d'affaires sont demeurés inchangés pendant cette période ; que les radios n'ont publié aucune grille tarifaire ni commercialisé aucun produit concurrent jusqu'à la fin du préavis ; que cette clause ne trouve pas d'équilibre ou de contrepoids dans la pratique personnelle du GIE, qui fait ce qu'il interdit à ses membres, et a inclus dans ses résultats globaux d'audience, par anticipation, les audiences de deux radios non encore entrées dans le GIE ; qu'en effet, le GIE a inclus, dans la publication de novembre 2012 de Médiamétrie, les résultats d'audience de Sud-Radio et de Wit-FM, alors que ces deux radios ne faisaient partie du GIE qu'à compter de janvier 2013 ; que la société TF1 Publicité expose, en page 23 de ses conclusions, que c'est précisément pour permettre de construire un plan média des futures campagnes publicitaires diffusées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 que ces résultats ont été publiés ; que la légitimité de la réalisation anticipée des études d'audience avant la commercialisation d'une offre est donc admise par les deux intimées ; que la clause litigieuse excède la protection des intérêts du GIE et porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ; que les intimés n'avancent aucune autre obligation incombant au GIE qui équilibrerait l'obligation des radios sortantes ; qu'au contraire, le caractère disproportionné de la clause est renforcé par l'article 27-2 du règlement intérieur, qui autorise le conseil d'administration du GIE à prélever d'office l'indemnité litigieuse, directement sur le chiffre d'affaires de publicité nationale perçu par la radio ; que cette clause vise, en réalité, en rendant difficile la préparation de leur sorte, à les dissuader de sortir du produit intégré "Les Indés" ; que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité de dédit qui assortit le non-respect de cette interdiction, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties ; que cette interdiction est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article ; qu'elle sera donc annulée, ainsi que la référence au (ii) qu'il y a donc lieu d'ordonner au GIE de supprimer à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE : "(ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra "si la radio participant aux produit

national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait" ; qu'il y a donc lieu d'infirmier le jugement sur ce point (arrêt, p. 11 à 14) ;

ALORS D'UNE PART QUE dénature les termes du litige en violation de l'article 4 du Code de procédure civile la cour d'appel qui affirme (arrêt p. 12, al. 7) que « les radios sortantes devaient affronter la perte de chiffre d'affaires provenant du GIE (de l'ordre de 2 millions de janvier à septembre 2012 pour Radio Nova et de 1,037 million pour Tsf Jazz) ; qu'ajouter à cette perte inéluctable le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires qui pouvait être prélevé d'office par le GIE s'avérait disproportionné », quand le GIE LES INDEPENDANTS faisait valoir dans ses conclusions d'appel (p. 66) qu'il « s'engage à respecter la durée de préavis des radios et notamment à continuer à verser à ces dernières la part de recette de publicité nationale qui leur revient, les radios démissionnaires peuvent décider, sans aucune justification et tout en continuant de toucher leur part de recette de publicité nationale, de faire diffuser leur audience pendant la période de préavis précédant leur sortie du GIE » ;

ALORS D'AUTRE PART QUE tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motivation ; que le GIE LES INDEPENDANTS faisait valoir dans ses conclusions d'appel (p. 67) que les radios sortantes avaient perçu du GIE LES INDEPENDANTS des sommes supérieures au montant réclamé au titre du dédit pendant les six mois durant lesquelles elles avaient violé le règlement intérieur, soit 1.477.248 euros pour RADIO NOVA et 742.750 euros pour TSF JAZZ ; qu'en ne répondant pas à ce moyen péremptoire, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS ENFIN QU'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 de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'en affirmant que s'ajoutait à la perte inéluctable du chiffre d'affaires provenant du GIE le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires (arrêt, p. 12, al. 6) pour conclure au caractère excessif de l'indemnité demandée (arrêt, p. 12, dernier alinéa), sans rechercher, ainsi qu'elle y était spécialement invitée (concl. p. 67/68), s'il ne devait pas être pris en considération dans la perte alléguée pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif, les circonstances selon lesquelles le montant du dédit ne concernait que le chiffre d'affaires de la publicité nationale, ce qui ne représentait que la moitié des recettes de publicité radiophonique nationale des radios du GIE, le reste étant composé des revenus de publicités locales et régionales, la cour

d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce dans sa rédaction applicable au litige.

### SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 28 mai 2013 et jugé que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité qui permet de s'en affranchir, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties, D'AVOIR déclaré nulles ces dispositions et, en conséquence, D'AVOIR ordonné au GIE LES INDEPENDANTS de supprimer la phrase suivante de son règlement intérieur : « (ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » et D'AVOIR ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'obligation assortie d'une clause de dédit, qu'il n'est pas contesté que les deux radios sortantes ont effectué leur préavis et n'ont pas commercialisé, durant celui-ci, l'offre couplée "Nova & Friends" ; qu'il leur est reproché d'avoir publié, dans l'étude de Médiamétrie, leur part d'audience isolée distincte de celle, globale du GIE, sans s'être acquittées de l'indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE ; qu'il convient d'étudier la portée de l'interdiction, puis celle de l'indemnité de dédit ; que sur le premier point, les études d'audience permettent de mesurer les probabilités d'exposition d'un individu-cible à un support ; que ce sont elles qui permettent de justifier les tarifs et fournissent un point de repère dans les négociations entre annonceurs d'une part, médias et régies d'autre part ; que l'enquête réalisée par Médiamétrie est de l'aveu même de la régie publicitaire TF1 Publicité "la mesure d'audience de référence de la radio en France" ; que le GIE Les Indépendants reconnaît que "l'enquête 126.000 radios est la référence pour le marché publicitaire radiophonique" (page 51 de ses conclusions) ; que "la publication de ces mesures d'audience a un impact essentiel sur l'activité des réseaux de radio dans la mesure où ces mesures conditionnent leur capacité à vendre leur espace publicitaire ; en effet, que comme l'indique la décision du Conseil de la Concurrence précitée, il n'existe pas de source d'information alternative significative" (assignation en référé du 17 avril 2012, GIE/Médiamétrie) ; que, selon l'étude sur les pratiques relatives à la vente d'espaces publicitaires radiophoniques réalisée par MMZ Conseil, versée aux débats par les appelantes, mais non utilement critiquée ou contredite par les intimées, cette

mesure d'audience est incontournable pour les radios en début de commercialisation séparée ; que selon les termes utilisés dans cette étude, "l'organisation industrielle de cette mesure d'audience dans le temps sous la forme de cinq vagues annuelles, son calendrier de publication et de mise à disposition des résultats d'audience dans les logiciels de médiaplanning imposent à de nouveaux entrants, autant que possible, de faire mesurer et surtout publier leurs audiences le plus tôt possible avant même qu'ils soient effectivement commercialisés : c'est-à-dire le plus tôt possible dès la fin de l'année précédente pour pouvoir montrer des évolutions sur des périodes comparables ou a minima, deux vagues avant la période de début de commercialisation" ; que, pour élaborer leur plan de campagne publicitaire, les acteurs du marché de la publicité radiophonique (annonceurs, agences médias) s'appuient sur les mesures d'audience réalisées par Médiamétrie pour mesurer les performances et l'évolution des radios et connaître ainsi leur valeur publicitaire et leur potentiel de progression ; que les résultats de l'enquête Médiamétrie sont portés à la connaissance du marché publicitaire au travers des logiciels de médiaplanning qui servent à la sélection et à l'achat d'espaces publicitaires ; que l'intégration dans la mesure d'audience de Médiamétrie avant le lancement du produit constitue un avantage concurrentiel important ; que l'intégration doit précéder le lancement des opérations ; ainsi, que pour intégrée à temps dans les outils de médiaplanning, l'audience des deux chaînes sortantes devait être connue avant leur lancement sur le marché publicitaire ; qu'il résulte des pièces du dossier qu'il était important que l'audience des deux chaînes appelantes figurât dans la publication d'avril-juin 2012 pour une entrée sur le marché en octobre 2012, la vague septembre-octobre étant publiée seulement à la mi-novembre, soit après cette date ; que le GIE expose que l'enquête 126.000 radios n'était pas indispensable, car les radios sortantes auraient pu faire mesurer leur audience, à la demande, auprès de Médiamétrie sans publier cette audience ; qu'avec les indications ainsi obtenues, les radios auraient pu démarcher les annonceurs en vue de leur commercialisation en dehors du GIE à compter d'octobre 2012 ; qu'en toute hypothèse, "l'audience de Radio Nova et TSF Jazz était connue du marché sans même qu'il soit besoin d'obtenir des chiffres de Médiamétrie ; qu'à cet égard, en septembre 2011, il était annoncé dans la presse économique que "pour le GIE, cela représente une perte sèche de 670.000 auditeurs quotidiens, soit plus de 8 % de son audience" autrement dit Radio Nova et TSF Jazz représentaient alors environ 1,5 % d'audience cumulée, à comparer avec les 1,4 % figurant dans l'Enquête 126.000 Radios d'avril 2012" ; qu'enfin, les radios disposaient des informations nécessaires à leur commercialisation dans le Médiakit 2011 sur le site de Nova pour l'année 2011 ; mais, considérant que Médiakit, utilisé déjà bien avant 2011, pour la vente des opérations spéciales, et la publicité dans les secteurs culturels, cinéma et DVD, dont la commercialisation était déjà assurée par Nova Régie, ne constituait pas une alternative, car elle ne fournissait que la structure d'audience des radios, et non les données quantitatives nécessaires en matière de "publicité classique", telles par exemple, le nombre d'individus potentiellement

exposés à la campagne publicitaire ; que les études propriétaires ne peuvent être considérées, de façon générale, comme substituables à l'enquête "126.000 radios" de Médiamétrie ; considérant, donc, que l'interdiction de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie, cette diffusion constituant un avantage concurrentiel significatif, rendait aléatoire le lancement des deux radios sortantes et retardait leur introduction dans les plans médias des annonceurs, compromettant ainsi leurs chances de réussite ; que si les chaînes pouvaient s'affranchir de cette interdiction, grâce au paiement d'une indemnité égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE, ce montant était en soi dissuasif ; considérant, en effet, sur le second point, que les radios sortantes devaient affronter la perte de chiffre d'affaires provenant du GIE (de l'ordre de 2 millions de janvier à septembre 2012 pour Radio Nova, et de 1,037 million pour TSF Jazz) ; qu'ajouter à cette perte inéluctable le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires, qui pouvait être prélevé d'office par le GIE, s'avérait disproportionné ; que cette clause place donc les radios sortantes devant un dilemme : ne pas figurer dans l'étude Médiamétrie et avoir des difficultés pour figurer à temps dans les plans de média planning des opérateurs, ce qui signifie avoir un démarrage très lent, ou payer 30 % de leur chiffre d'affaires, ce qui les place également en situation très difficile ; que le cas particulier des deux radios appelantes, pourtant prospères du temps de leur adhésion au GIE, atteste du caractère excessif de l'indemnité demandée ; qu'il résulte en effet des attestations du commissaire aux comptes de Radio Nova et l'expert comptable de TSF Jazz, établies dans le cadre de la procédure de référé que "ce prélèvement est de nature à causer aux appelantes et ce de façon imminente un dommage pouvant avoir des conséquences irréversibles puisque leurs recettes publicitaires constituent l'essentiel de leurs ressources et qu'il est de nature (...) à compromettre la continuité de son exploitation" ; que dans une attestation du 22 mai 2012, la société Rexo Conseils, représentée par Céline Tremblay, expert-comptable des sociétés Nova Régie et Radio Nova, "atteste (...) qu'en l'état actuel de la trésorerie de la société, elle ne pourra supporter un dédit de 716.320 €" ; que l'expert-comptable ajoute que "de ce fait, elles seront dans l'obligation de déposer une déclaration de cessation de paiement auprès du tribunal de commerce de Paris, entraînant l'ouverture d'une procédure collective de l'ensemble du groupe Nova" ; qu'une procédure d'alerte a été lancée conformément à l'article L. 234-1 du code de commerce ; que dans une attestation du 5 juin 2013, l'expert-comptable de la société TSF Jazz faisait état de la situation financière préoccupante de cette société, et exposait que le résultat 2011/2012 était déficitaire, la trésorerie négative et que la condamnation à payer une indemnité de dédit de 462.853 € ferait "ressortir une situation nette négative de plus de 800.000 €" ; que, contrairement à ce que soutient le GIE, la circonstance qu'il ait proposé de prélever la somme en plusieurs fois n'enlève pas à la clause son caractère disproportionné, cette faculté d'accorder des délais ne reposant que sur le bon vouloir du GIE, nécessairement aléatoire et imprévisible ; que le GIE ne justifie pas cette clause, se contentant de la qualifier de clause de dédit et de prétendre

qu'il s'agirait d'éviter la déstabilisation du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucune perte d'audience à compter d'avril 2012, du fait de la publication litigieuse (p. 14 des conclusions de TF1 Publicité) ; qu'ainsi que l'écrit la société TF1 Publicité en page 21 de ses conclusions, "la composition du produit "Les Indés Radio" n'est pas essentielle, s'agissant avant tout d'un couplage qui tire sa force et son attractivité de la réunion, en une seule offre, d'une couverture de l'ensemble du territoire et d'une diversité permettant de toucher près de 95 % de la population française" ; que le départ de deux radios sur un bouquet de plus de cent radios ne peut, selon TF1 Publicité, à lui seul remettre en cause l'attractivité du produit pour les annonceurs ; que l'opération de sortie des deux radios était déjà connue par les intervenants du marché ; qu'ainsi que le relève le GIE dans ses conclusions (page 81), la publication des résultats d'audience n'implique pas nécessairement une commercialisation immédiate sur le marché ; qu'ainsi les annonceurs ne peuvent avoir indûment cru à une commercialisation des deux radios avant leur sortie effective du GIE ; que le GIE ne justifie d'aucun préjudice ; que les radios sortantes ont continué d'apparaître dans le couplage Les Indés Radio durant l'intégralité de leur préavis, de sorte que l'audience groupée du GIE Les Indépendants et par voie de conséquence son chiffre d'affaires sont demeurés inchangés pendant cette période ; que les radios n'ont publié aucune grille tarifaire ni commercialisé aucun produit concurrent jusqu'à la fin du préavis ; que cette clause ne trouve pas d'équilibre ou de contreponds dans la pratique personnelle du GIE, qui fait ce qu'il interdit à ses membres, et a inclus dans ses résultats globaux d'audience, par anticipation, les audiences de deux radios non encore entrées dans le GIE ; qu'en effet, le GIE a inclus, dans la publication de novembre 2012 de Médiamétrie, les résultats d'audience de Sud-Radio et de Wit-FM, alors que ces deux radios ne faisaient partie du GIE qu'à compter de janvier 2013 ; que la société TF1 Publicité expose, en page 23 de ses conclusions, que c'est précisément pour permettre de construire un plan média des futures campagnes publicitaires diffusées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 que ces résultats ont été publiés ; que la légitimité de la réalisation anticipée des études d'audience avant la commercialisation d'une offre est donc admise par les deux intimées ; que la clause litigieuse excède la protection des intérêts du GIE et porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ; que les intimés n'avancent aucune autre obligation incombant au GIE qui équilibrerait l'obligation des radios sortantes ; qu'au contraire, le caractère disproportionné de la clause est renforcé par l'article 27-2 du règlement intérieur, qui autorise le conseil d'administration du GIE à prélever d'office l'indemnité litigieuse, directement sur le chiffre d'affaires de publicité nationale perçu par la radio ; que cette clause vise, en réalité, en rendant difficile la préparation de leur sortie, à les dissuader de sortir du produit intégré "Les Indés" ; que l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité de dédit qui assortit le non-respect de cette interdiction, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties ; que cette interdiction est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article ; qu'elle sera donc annulée, ainsi que la référence au (ii) qu'il y a donc lieu d'ordonner au GIE de

supprimer à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE : "(ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non" ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra "si la radio participant aux produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait" ; qu'il y a donc lieu d'infirmier le jugement sur ce point (arrêt, p. 11 à 14) ;

ALORS QUE saisi d'une demande en annulation d'une stipulation d'un acte juridique privé, le juge judiciaire peut soit la rejeter, soit y faire droit, sans pouvoir imposer à la partie défenderesse la réécriture de la stipulation, lors même qu'il constaterait sa nullité partielle, celle-ci ne pouvant être prononcée qu'à l'égard de la seule partie demanderesse ; qu'en ordonnant ainsi au GIE LES INDEPENDANTS de supprimer dans son règlement, acte juridique privé ayant une valeur contractuelle, une phrase et d'en modifier une autre selon les indications de son dispositif, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 5, 1134 et 1351 du Code civil, ensemble l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce dans sa rédaction applicable au litige.

Moyens produits au **POURVOI INCIDENT** par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova régie

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré nulle l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants, d'avoir ordonné au GIE Les Indépendants de supprimer la phrase suivante : « (ii) pour le produit national, la radio ne peut, de plus, apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non », de lui avoir ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » et d'avoir débouté les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie de leurs autres demandes,

AUX MOTIFS QUE l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants et l'indemnité de dédit qui assortit le non-respect de cette interdiction, induisent un déséquilibre manifeste entre les parties ; que cette interdiction est la seule visée par les appelantes et est divisible du reste de l'article ; qu'elle sera donc annulée, ainsi que la référence au ii) ; qu'il y a donc lieu d'ordonner au GIE de supprimer à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE : « (ii) pour le produit national, la radio ne peut, de plus, apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce, tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non » ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra : « si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » ;

1°/ ALORS QUE les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie faisaient valoir, dans leurs dernières conclusions d'appel (conclusions récapitulatives, signifiées le 17 juillet 2014, p. 27 à 32), que l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants, qui interdisait en pratique la sortie départ des radios adhérentes, engendrait un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ; qu'elles demandaient en conséquence à la cour d'appel, dans le dispositif des mêmes conclusions, de dire que « la clause contenue à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants (devait) être réputée non écrite » (mêmes conclusions, p. 57) ; qu'en retenant, pour annuler partiellement la clause litigieuse et ordonner sa

réécriture, que les appelantes ne visaient que l'interdiction visée au point ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants, la cour d'appel a dénaturé leurs conclusions, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS QU'en toute hypothèse, en prononçant l'annulation partielle et en ordonnant la réécriture de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants, que ni les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie, ni le GIE Les Indépendants ne sollicitaient, la cour d'appel a violé l'article 5 du code de procédure civile ;

3°/ ALORS QU'en toute hypothèse, le juge ne peut ni modifier, ni ordonner la modification d'une clause pour remédier à son illégalité ; qu'en ordonnant la réécriture de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants, au prétexte de sa divisibilité, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

4°/ ALORS QU'en toute hypothèse, le règlement intérieur d'un groupement d'intérêt économique est un acte contractuel multilatéral auquel souscrivent tous les adhérents et qui ne peut être ni annulé, ni modifié à leur insu ; qu'en annulant partiellement l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants et en ordonnant sa réécriture, bien que ses membres, à l'exception des sociétés Radio Nova et TSF Jazz, ne fussent ni parties ni représentées dans la cause, la cour d'appel a violé l'article 14 du code de procédure civile.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré nulle l'interdiction prévue au ii) de l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants, d'avoir ordonné au GIE Les Indépendants de supprimer la phrase suivante : « (ii) pour le produit national, la radio ne peut, de plus, apparaître seule dans les résultats nationaux d'audience publiés par Médiamétrie, et ce tant que la durée du préavis n'est pas terminée, que celui-ci soit exécuté ou non », de lui avoir ordonné de modifier la phrase suivante en supprimant la référence au (ii), cette phrase étant désormais rédigée ainsi : « si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait » et d'avoir débouté les sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie de leurs autres demandes,

AUX MOTIFS QUE, si les clauses qui ont pour objet ou effet d'accroître, sans contrepartie économique, les coûts associés à une rupture de contrat et, ainsi, de limiter la fluidité d'un marché, peuvent être qualifiées

d'anticoncurrentielles, la cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer, en l'absence de définition du marché pertinent ; que, si le Conseil de la concurrence n'a pas exclu que le marché où ont été commises les pratiques litigieuses puisse être « le marché intermédiaire de l'accès à la publicité radiophonique nationale », sur lequel le GIE offre aux radios locales ou régionales une prestation de regroupement de leur audience en vue d'une commercialisation nationale commune, il a mis un terme à son instruction par une décision d'acceptation d'engagements, qui ne statue au fond ni sur le marché pertinent, ni sur la part du GIE sur ce marché ; qu'en l'absence d'éléments complémentaires versés aux débats, cette demande sera donc rejetée, en l'état ;

ALORS QUE, lorsqu'il est saisi d'une pratique anticoncurrentielle, le juge est tenu de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées ; qu'en retenant, pour rejeter la demande des sociétés appelantes, tendant à ce que l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE Les Indépendants soit réputé non écrit comme contrevenant aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, qu'elle ne disposait pas d'éléments suffisants pour statuer, en l'absence de définition du marché pertinent, la cour d'appel a méconnu son office et violé l'article 4 du code de procédure civile.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les demandes de dommages et intérêts et de publication judiciaire des sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie fondées sur le parasitisme, AUX MOTIFS QUE, si TF1 Publicité a laissé subsister Radio Nova et TSF Jazz dans ses conditions générales de vente, postérieurement au 30 septembre 2012, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir immédiatement mis celles-ci à jour, les conditions générales de vente n'étant pas modifiées à chaque changement dans la composition des radios adhérentes ; qu'il ressort d'un constat d'huissier versé aux débats que les deux noms avaient disparu le 30 novembre 2012, attestant donc d'une régularisation dans de brefs délais (...) ; que, par ailleurs, ces éléments ne démontrent pas que l'intention de TF1 Publicité était de s'immiscer dans le sillage des deux radios ;

ALORS QUE le parasitisme est constitué par la captation de la valeur économique d'autrui, qu'elle soit ou non intentionnelle ; qu'ayant constaté que la société TF1 Publicité avait laissé subsister Radio Nova et TSF Jazz dans la liste des radios du produit « Les Indés Radios » après leur départ, la cour d'appel, qui a retenu, pour rejeter l'action de ces sociétés fondées sur le parasitisme, que la régularisation était intervenue dans de brefs délais et qu'il n'était donc pas établi que la société TF1 Publicité ait eu l'intention de s'immiscer dans le sillage des sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie, a statué par un motif inopérant, et violé l'article 1382 du code civil.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les demandes de dommages et intérêts et de publication judiciaire des sociétés Radio Nova, TSF Jazz et Nova Régie fondées sur la publicité trompeuse,

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'intégration dans les résultats d'audience du GIE de septembre-octobre 2012 de deux radios qui ne devaient entrer dans celui-ci que le 1<sup>er</sup> janvier 2013 correspond, selon les écritures des deux sociétés intimées, à une pratique normale du marché permettant aux radios d'être en mesure de préparer la commercialisation de leur espace publicitaire dès la date de publication de l'audience et de pouvoir ainsi diffuser le message des annonceurs dès le 1<sup>er</sup> janvier suivant ; que les appelantes ne peuvent se plaindre d'une pratique qu'elles ont elles-mêmes mise en application et dont elles revendiquent la légitimité ; que le GIE Les Indépendants et TF1 Publicité n'ont commis aucune tromperie sur le périmètre exact du produit national « les Indés Radio » ; qu'ainsi, le jugement entrepris sera également confirmé en ce qu'il a rejeté la demande des sociétés appelantes pour pratiques commerciales trompeuses ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'apparition de Radio Nova et TSF Jazz dans un unique document des conditions générales de vente de TF1 Publicité n'a pas créé de risque de confusion dans l'esprit des annonceurs entre le produit commercialisé par la société TF1 Publicité et le produit désormais commercialisé par Radio Nova et TSF Jazz par l'intermédiaire de Nova Régie ; que les radios Sud Radio et Wit FM qui ont adhéré au GIE le 25 septembre 2012 pour une entrée effective programmée au 1<sup>er</sup> janvier 2013, ont été intégrées dans le résultat d'audience de septembre-octobre 2012, publié le 15 novembre 2012 ; que cette publication correspond à une pratique normale du marché, permettant aux radios d'être en mesure de commercialiser leur espace publicitaire dès la date de publication de l'audience et de pouvoir ainsi diffuser les messages des annonceurs dès le 1<sup>er</sup> janvier suivant ; que cette pratique a d'ailleurs été mise en application par les demanderesses elles-mêmes qui ont fait publier les audiences du couplage Nova & Friends dès le 17 avril 2012, soit plus de 5 mois avant le début de sa commercialisation le 1<sup>er</sup> octobre 2012 ; qu'en conséquence, le tribunal dira que TF1 Publicité ne s'est pas livrée à une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du code de la consommation et débouterà Radio Nova et TSF Jazz de toute demande à ce titre ;

ALORS QUE constitue une pratique commerciale trompeuse la fausse allégation relative aux caractéristiques essentielles d'un produit ou d'un service ; qu'en se bornant à retenir, pour exclure toute pratique commerciale trompeuse de la part des sociétés TF1 Publicité et du GIE Les Indépendants, qu'il était conforme à l'usage d'intégrer par anticipation les audiences des médias ayant vocation à rejoindre la régie publicitaire, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'intégration anticipée des

audiences de Sud Radio et Wit FM, conjuguée au maintien artificiel de Radio Nova et TSF Jazz dans la liste des radios adhérentes, ne leur avait pas permis de dissimuler une perte d'audience sur la période d'octobre à décembre 2012, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1 du code de la consommation.