

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 26 janvier 2022

Cassation partielle

Mme DARBOIS, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 60 F-D

Pourvoi n° G 20-10.897

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 26 JANVIER 2022

La société Pixtel, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1], a formé le pourvoi n° G 20-10.897 contre l'arrêt rendu le 19 janvier 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 11), dans le litige l'opposant à la société TF1 Publicité, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La société TF1 Publicité a formé un pourvoi incident éventuel contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident éventuel invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Bellino, conseiller référendaire, les observations de Me Carbonnier, avocat de la société Pixtel, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société TF1 Publicité, après débats en l'audience publique du 30 novembre 2021 où étaient présentes Mme Darbois, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Bellino, conseiller référendaire rapporteur, Mme Champalaune, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 janvier 2018), à compter de 2011, la société Pixtel a acquis des espaces publicitaires sur le portail d'accès Bouygues Télécom, pour promouvoir ses sites internet de jeux, sonneries et fonds d'écran. Les prestations lui étaient facturées par la société TF1 Publicité en sa qualité de régisseur exclusif de la publicité sur le portail de l'opérateur de téléphonie.

2. Courant 2013, la société Pixtel a contesté les factures émises par la société TF1 Publicité et a cessé de les payer.

3. La société TF1 Publicité l'a assignée devant un tribunal de commerce en paiement du montant des factures et de dommages-intérêts pour résistance abusive. La société Pixtel a reconventionnellement demandé réparation des préjudices résultant du déséquilibre significatif qu'elle estimait lui avoir été imposé par la régie dans les droits et obligations respectifs des parties, notamment la perte de marge brute sur les espaces publicitaires non attribués par la société TF1 Publicité.

Examen des moyens

Sur le moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche, et le deuxième moyen du pourvoi principal, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen du pourvoi incident, pris en ses deuxième et troisième branches

Enoncé du moyen

5. La société TF1 Publicité fait grief à l'arrêt de dire qu'elle a soumis la société Pixtel à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et de la condamner au paiement de la somme de 157 125 euros, alors :

« 2°/ qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice qui en résulte, le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que la cour d'appel a considéré que la proposition d'ordre d'achat publicitaire émise par la société TF1 Publicité était à prendre ou à laisser ; qu'elle n'a ce faisant pas tenu compte du processus de mise en concurrence, suivi d'une phase de négociation permettant de fixer le prix de la prestation en fonction de son attractivité et de répartir les espaces publicitaires entre tous les annonceurs intéressés, dont cette proposition était le fruit ; que la cour d'appel a ainsi violé l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ qu'en retenant que la société Pixtel s'était vu imposer un déséquilibre significatif, sans même analyser l'offre qu'elle

avait adressée à la société TF1 Publicité et son attractivité au regard des offres reçues des concurrents, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce. »

Réponse de la Cour

6. L'arrêt retient que la société TF1 Publicité n'a pas formellement contesté avoir exigé, en plus de la liste des espaces publicitaires souhaités pour le semestre à venir, que l'annonceur précise le prix qu'il était disposé à acquitter pour les obtenir et que la réponse de la régie était élaborée en fonction de ce prix d'achat annoncé. Il relève que ce mode opératoire n'est pas expressément prévu dans les conditions générales de vente. Il retient qu'en adressant à la société Pixtel une proposition très inférieure au nombre d'espaces demandés, sans autre justification que l'importance des demandes formulées par d'autres annonceurs pour les mêmes espaces publicitaires, en y associant une part non négligeable d'espaces non demandés et en étant la seule à connaître l'ensemble des prix proposés par les autres annonceurs pour un espace publicitaire donné, sans les communiquer aux annonceurs intéressés, la régie a mis la société Pixtel dans une situation de « tout ou rien ». Il relève également que la société Pixtel était dans l'obligation soit de renoncer à acquérir tout espace publicitaire sur le portail Bouygues Télécom pour le semestre considéré, et en conséquence ne pas être visible par les utilisateurs de ce portail d'accès, soit d'accepter sans discuter la proposition de la société TF1 Publicité, comprenant une part significative d'espaces non désirés, en étant dans l'impossibilité, en vue d'obtenir un plus grand nombre d'espaces souhaités, d'améliorer le prix d'achat initialement offert, en raison de la méconnaissance du prix proposé par les autres annonceurs en concurrence pour l'acquisition du même espace publicitaire. Il relève encore qu'en plaçant la société Pixtel dans une telle situation, cependant qu'elle disposait de toutes les informations sur les prix d'achat proposés par les autres annonceurs, la société TF1 Publicité pouvait ajuster sa proposition de vente d'espaces publicitaires, tandis que, du fait de l'opacité ainsi entretenue par la régie, la société Pixtel ne disposait pas, de son côté, des informations équivalentes lui permettant d'ajuster ses propres propositions de prix d'achat. L'arrêt ajoute que la société TF1 Publicité a reconnu ne pas se référer uniquement, pour les règles d'attribution, aux prix d'achat proposés par les différents annonceurs, mais privilégier aussi les annonceurs qui respectaient « la déontologie du portail », sans préciser le contenu exact de celle-ci, et ceux qui équilibraient leurs offres d'achat entre les différentes rubriques proposées, les modalités de cette appréciation n'étant pas davantage précisées dans les conditions générales de vente.

7. En l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que le mode d'attribution opaque imposé par le régisseur ne permettait pas à l'annonceur de négocier effectivement les prix d'achat des espaces publicitaires, cependant que le régisseur pouvait de son côté ajuster, grâce aux informations obtenues, ses propres propositions de vente d'espaces, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par la troisième branche, que ses constatations sur le mode opératoire des attributions d'espaces par la régie rendaient inopérante, a pu retenir que la société TF1 Publicité avait soumis son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

8. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

9. La société Pixtel fait grief à l'arrêt de limiter la condamnation de la société TF1 Publicité à la somme de 150 000 euros au titre du premier préjudice subi pris de la perte de marge brute sur les espaces publicitaires non attribués, alors « qu'il appartient au régisseur d'apporter la preuve qu'il ne pouvait pas attribuer à l'annonceur l'ensemble des espaces publicitaires demandés par celui-ci ; qu'en l'espèce, pour condamner la société TF1 Publicité à payer à la société Pixtel la somme de 150 000 euros, la cour d'appel a considéré que la société Pixtel n'apportait pas la preuve que, si la société TF1 Publicité ne lui avait pas imposé un déséquilibre significatif dans leurs droits et obligations respectifs, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces publicitaires souhaités, quand il appartenait à la société TF1 Publicité d'apporter la

preuve qu'elle ne pouvait pas attribuer à la société Pixtel l'ensemble des espaces publicitaires que celle-ci lui demandait ; qu'en inversant de la sorte la charge de la preuve, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil, pris dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ensemble l'article L. 442-6 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1315 du code civil, dans sa réaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

10. Aux termes de ce texte, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ; réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

11. Pour condamner la société TF1 Publicité à payer la somme de 150 000 euros à la société Pixtel au titre du premier préjudice allégué résultant de la différence entre les espaces demandés et ceux effectivement attribués, l'arrêt retient que, comme l'a relevé le tribunal, en raison de l'existence non véritablement contestée d'un plus grand nombre de demandes d'espaces par les différents annonceurs, que d'espaces publicitaires effectivement disponibles, la société Pixtel ne rapporte pas la preuve qu'en l'absence de la pratique dénoncée, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces, mais que, en l'ayant soumise à un déséquilibre significatif dans les obligations respectives des parties, la société TF1 Publicité a privé la société Pixtel d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et, corrélativement, de réaliser le chiffre d'affaires supplémentaire qui en aurait résulté.

12. En statuant ainsi, alors qu'il incombait au régisseur de prouver qu'il ne pouvait pas attribuer à l'annonceur l'ensemble des espaces publicitaires demandés, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société TF1 Publicité à payer à la société Pixtel la somme de 150 000 euros en réparation du « premier préjudice », l'arrêt rendu le 19 janvier 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la société TF1 Publicité aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société TF1 Publicité et la condamne à payer à la société Pixtel la somme de 3 000 euros ;

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 vingt-six janvier deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par Me Carbonnier, avocat aux Conseils, pour la société Pixtel.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité la condamnation de la SAS TF1 Publicité envers la SAS Pixtel à la somme de 150 000 € au titre du premier préjudice subi ;

AUX MOTIFS QUE « la société Pixtel indique à nouveau que la procédure d'attribution des espaces publicitaires a été modifiée à partir de la fin de l'année 2011 en ce que la société TF1 Publicité a alors, demandé en outre d'indiquer le montant du CPM (coût pour mille impressions) que l'annonceur était prêt à acquitter en faisant valoir que ce mode opératoire complémentaire n'était pas prévu dans les conditions générales de vente, et renouvelle devant la cour l'ensemble de ses demandes initialement formulées devant les premiers juges en ce compris : la perte de marge brute sur les espaces publicitaires non attribués par TF1 Publicité, le trop versé au titre des espaces "imposés et surfacturés", qui n'ont pas été pris en compte par le tribunal ; Que pour sa part, la société TF1 Publicité conteste l'existence d'un déséquilibre significatif entre les obligations des parties en faisant valoir que la société Pixtel, professionnel "averti et expérimenté" du secteur d'activités multimédia, n'a pas été placée dans la dépendance de TF1 Publicité et ne justifie pas de la soumission qu'elle allègue, l'intimée estimant que les relations commerciales étaient globalement équilibrées, que le processus de réservation et de vente des espaces publicitaires du portail Bouygues Télécom est prévu dans ses conditions générales de vente qu'elle détermine en toute liberté dans le cadre du libre jeu de la concurrence, et que les conditions tarifaires comportent des prix au CPM brut pour les bannières et des prix au forfait pour les liens textes, de sorte que le prix n'était pas proposé "à l'aveugle" ; Considérant que la société TF1 Publicité, pour contester toute soumission de la société Pixtel, fait valoir qu'en absence d'exclusivité, l'appelante pouvait "facilement réaffecter son budget publicitaire auprès d'une autre régie commercialisant les espaces publicitaires des [autres] supports mobiles", et qu'en outre, l'offre mobile de TF1 Publicité ne se limitait pas au portail Bouygues Télécom, tout déséquilibre entre les obligations des parties, fait valoir que l'économie globale des droits et obligations et le contexte de conclusion des commandes d'espaces publicitaires démontrent, selon l'intimée, que la relation était équilibrée ; Mais considérant que, même si la société Pixtel pouvait reporter tout ou partie de ses investissements publicitaires sur le portail d'accès d'autres opérateurs de téléphonie, elle pouvait avoir néanmoins un besoin d'apparaître aussi sur le portail Bouygues Télécom en fonction des caractéristiques des produits qu'elle souhaitait offrir à la vente aux divers internautes utilisant ce portail d'accès et que la liberté et la possibilité de s'adresser à d'autres opérateurs ne permettent pas pour autant au régisseur de publicité de l'un d'entre eux d'imposer un déséquilibre entre les obligations respectives des parties, de sorte que les prétentions émises de ce chef par la société Pixtel doivent être ci-après examinées ; Que le tribunal a relevé à juste titre que l'article L 441-6, I (1er alinéa) du code de commerce fait obligation au régisseur de publicité de communiquer ses conditions générales de vente, dont notamment le barème des prix unitaires ; Que la société TF1 Publicité n'a pas formellement contesté avoir exigé, à partir de 2012, en plus de la liste des espaces publicitaires souhaités pour le semestre à venir, que l'annonceur précise le prix qu'il était disposé à acquitter pour les obtenir et que la réponse de la régie était élaborée en fonction de ce prix d'achat annoncé ; Que ce mode opératoire complémentaire n'est pas expressément prévu dans les conditions générales de vente produites aux débats par la société TF1 Publicité ; Qu'en communiquant ensuite à la société Pixtel une proposition très en dessous du nombre des espaces qu'elle avait souhaités, sans autre justification que l'importance des demandes également formulées par d'autres annonceurs sur les mêmes espaces publicitaires, mais en y associant une part non négligeable d'espaces non demandés et en étant seule à connaître l'ensemble des prix proposés par tous les autres annonceurs sur un espace publicitaire donné, sans jamais les communiquer aux annonceurs intéressés, la régie publicitaire a mis la société Pixtel dans l'obligation : soit de renoncer à acquérir tout espace publicitaire sur le portail Bouygues Télécom pour le semestre considéré, et en conséquence de ne pas être visible par les "internautes" et "mobinautes" utilisant ce portail d'accès, soit d'accepter sans discuter la proposition de TF1 Publicité, comprenant une part significative d'espaces non désirés, en étant dans l'impossibilité, en vue d'obtenir un plus grand nombre d'espaces désirés que celui arbitrairement proposé par le régisseur, d'améliorer le prix d'achat initialement offert, en raison de la méconnaissance du prix proposé par les autres annonceurs en concurrence pour l'acquisition du même espace publicitaire ; Qu'en plaçant ainsi la société Pixtel dans la situation "du tout ou rien", alors même que la régie disposait de toutes les informations sur les prix d'achats proposés par les autres annonceurs lui permettant ainsi d'ajuster sa proposition de vente d'espaces publicitaires tandis que, du fait de l'opacité entretenu par le régisseur, la société Pixtel ne disposait pas des d'informations équivalentes lui permettant d'ajuster ses propres propositions de prix d'achat, la société TF1 Publicité a soumis son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, l'obligeant à réparer le préjudice causé, d'autant que le régisseur exclusif a reconnu que pour les règles d'attribution, il ne se référait pas uniquement aux prix d'achat proposés par les différents annonceurs, mais qu'il privilégiait aussi ceux qui respectent "la déontologie du portail" sans précision sur le contenu exact de celle-ci, et les annonceurs qui équilibraient leurs offres d'achat entre les différentes rubriques proposées par TF1 Publicité, les conditions de cette appréciation n'étant pas davantage précisées dans les conditions générales de vente ; Considérant que la société Pixtel, qui supporte la charge de la preuve des dommages qu'elle allègue, fait état de trois préjudices sur l'année 2012 et le 1er semestre 2013, soit : une perte de

marge brute résultant de la différence entre les espaces demandés et ceux effectivement attribués parmi ceux qu'elle avait demandés, qu'elle évalue à la somme totale de 1.491.181 euros, la société TF1 Publicité estimant que le chiffre d'affaires prétendument perdu et la marge brute correspondante n'étant pas démontrés, une perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces initialement attribués par TF1 Publicité et ceux effectivement mis à sa disposition, qu'elle évalue à hauteur globalement de la somme de 88.288 euros, la société TF1 Publicité faisant valoir que seuls les espaces effectivement diffusés étaient facturés, le surcoût résultant de la "sur facturation" des espaces des espaces qu'elle n'aurait pas acquis si TF1 Publicité ne les avait pas autoritairement couplé avec les espaces qu'elle avait demandés, le préjudice allégué correspondant étant évalué à hauteur de la somme de 7.125 euros par l'appelante, la société TF1 Publicité contestant la contrainte alléguée en affirmant que la société Pixtel "a librement réservé les espaces [qu'elle lui a] proposés" ; Mais considérant : sur le premier préjudice, si, comme l'a relevé le tribunal, en raison de l'existence non véritablement contestée d'un plus grand nombre de demandes d'espaces par les différents annonceurs, que d'espaces publicitaires effectivement disponibles, la société Pixtel ne rapporte pas la preuve qu'en l'absence de la pratique dénoncée, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces souhaités, il n'en demeure pas moins qu'en l'ayant soumise à un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties, la société TF1 Publicité a privé la société Pixtel d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement du chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté, étant rappelé que l'indemnisation d'une perte de chance n'est jamais égale au produit escompté si la chance s'était réalisée et qu'en l'espèce, en fonction des éléments disponibles dans le dossier, il convient d'évaluer forfaitairement le préjudice résultant de ladite perte de chance à hauteur de la somme de 150.000 euros, sur le deuxième préjudice, que la société Pixtel invoque, en réalité, une mauvaise exécution du contrat, mais non un préjudice résultant du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, et que c'est à juste titre que la société TF1 Publicité fait valoir que le nombre d'impressions réelles dépend du trafic et de l'audience du portail Bouygues Télécom qu'elle ne maîtrise pas et que les conditions générales de vente stipulent que les espaces réservés par les annonceurs ne peuvent pas être tenus pour acquis, le régisseur ne pouvant pas garantir aux annonceurs que tous les espaces attribués pourront être livrés, de sorte que, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal, ce chef de préjudice n'est pas fondé, sur le troisième préjudice, qu'il résulte de la description par les parties, du processus de vente des espaces publicitaires, qu'en couplant des espaces non sollicités avec les espaces souhaités, la société TF1 Publicité a effectivement, de fait, imposé à la société Pixtel l'acquisition d'espaces publicitaires qu'elle n'aurait pas acquis de sa seule initiative, étant observé que l'évaluation du préjudice correspondant à hauteur de la somme de 7.125 euros n'a pas véritablement été critiquée ; Qu'en conséquence, le jugement sera réformé en conséquence, étant observé que, compte tenu de la décision à intervenir, la demande subsidiaire de désignation d'un expert devient sans objet, l'appréciation des préjudices ne résultant pas de la perte de marge brute stricto sensu évalué selon le critère du "plus offrant" » ;

1°) ALORS, d'une part, QU'il appartient au régisseur d'apporter la preuve qu'il ne pouvait pas attribuer à l'annonceur l'ensemble des espaces publicitaires demandés par celui-ci ;

Qu'en l'espèce, pour condamner la SAS TF1 Publicité à payer à la SAS Pixtel la somme de 150 000 €, la cour d'appel a considéré que la SAS Pixtel n'apportait pas la preuve que, si la SAS TF1 Publicité ne lui avait pas imposé un déséquilibre significatif dans leurs droits et obligations respectifs, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces publicitaires souhaités, quand il appartenait à la SAS TF1 Publicité d'apporter la preuve qu'elle ne pouvait pas attribuer à la SAS Pixtel l'ensemble des espaces publicitaires que celle-ci lui demandait ;

Qu'en inversant de la sorte la charge de la preuve, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil, pris dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ensemble l'article L. 442-6 du code de commerce ;

2°) ALORS, d'autre part, QUE le juge doit réparer tout le préjudice, sans qu'il en résulte pour la victime ni perte ni profit ;

Qu'en l'espèce, pour condamner la SAS TF1 Publicité à payer à la SAS Pixtel la somme de 150 000 €, la cour d'appel a considéré que la SAS TF1 Publicité avait privé la SAS Pixtel d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement un chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté, quand le préjudice subi par la SAS Pixtel a consisté en une perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces demandés et ceux discrétionnairement attribués par la SAS TF1 Publicité et non en une simple perte de chance ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, pris dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ensemble l'article L. 442-6 du code de commerce.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la SAS Pixtel de sa demande tendant à voir condamner la SAS TF1 Publicité à lui payer la somme de 88 288 € au titre de la perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces qui lui ont été discrétionnairement attribués et ceux qui ont été effectivement mis à sa disposition ;

AUX MOTIFS QUE « la société Pixtel indique à nouveau que la procédure d'attribution des espaces publicitaires a été modifiée à partir de la fin de l'année 2011 en ce que la société TF1 Publicité a alors, demandé en outre d'indiquer le montant du CPM (coût pour mille impressions) que l'annonceur était prêt à acquitter en faisant valoir que ce mode opératoire complémentaire n'était pas prévu dans les conditions générales de vente, et renouvelle devant la cour l'ensemble de ses demandes initialement formulées devant les premiers juges en ce compris : la perte de marge brute sur les espaces publicitaires non attribués par TF1 Publicité, le trop versé au titre des espaces "imposés et surfacturés", qui n'ont pas été pris en compte par le tribunal ; Que pour sa part, la société TF1 Publicité conteste l'existence d'un déséquilibre significatif entre les obligations des parties en faisant valoir que la société Pixtel, professionnel "averti et expérimenté" du secteur d'activités multimédia, n'a pas été placée dans la dépendance de TF1 Publicité et ne justifie pas de la soumission qu'elle allègue, l'intimée estimant que les relations commerciales étaient globalement équilibrées, que le processus de réservation et de vente des espaces publicitaires du portail Bouygues Télécom est prévu dans ses conditions générales de vente qu'elle détermine en toute liberté dans le cadre du libre jeu de la concurrence, et que les conditions tarifaires comportent des prix au CPM brut pour les bannières et des prix au forfait pour les liens textes, de sorte que le prix n'était pas proposé "à l'aveugle" ; Considérant que la société TF1 Publicité, pour contester toute soumission de la société Pixtel, fait valoir qu'en absence d'exclusivité, l'appelante pouvait "facilement réaffecter son budget publicitaire auprès d'une autre régie commercialisant les espaces publicitaires des [autres] supports mobiles", et qu'en outre, l'offre mobile de TF1 Publicité ne se limitait pas au portail Bouygues Télécom, tout déséquilibre entre les obligations des parties, fait valoir que l'économie globale des droits et obligations et le contexte de conclusion des commandes d'espaces publicitaires démontrent, selon l'intimée, que la relation était équilibrée ; Mais considérant que, même si la société Pixtel pouvait reporter tout ou partie de ses investissements publicitaires sur le portail d'accès d'autres opérateurs de téléphonie, elle pouvait avoir néanmoins un besoin d'apparaître aussi sur le portail Bouygues Télécom en fonction des caractéristiques des produits qu'elle souhaitait offrir à la vente aux divers internautes utilisant ce portail d'accès et que la liberté et la possibilité de s'adresser à d'autres opérateurs ne permettent pas pour autant au régisseur de publicité de l'un d'entre eux d'imposer un déséquilibre entre les obligations respectives des parties, de sorte que les prétentions émises de ce chef par la société Pixtel doivent être ci-après examinées ; Que le tribunal a relevé à juste titre que l'article L 441-6, I (1er alinéa) du code de commerce fait obligation au régisseur de publicité de communiquer ses conditions générales de vente, dont notamment le barème des prix unitaires ; Que la société TF1 Publicité n'a pas formellement contesté avoir exigé, à partir de 2012, en plus de la liste des espaces publicitaires souhaités pour le semestre à venir, que l'annonceur précise le prix qu'il était disposé à acquitter pour les obtenir et que la réponse de la régie était élaborée en fonction de ce prix d'achat annoncé ; Que ce mode opératoire complémentaire n'est pas expressément prévu dans les conditions générales de vente produites aux débats par la société TF1 Publicité ; Qu'en communiquant ensuite à la société Pixtel une proposition très en dessous du nombre des espaces qu'elle avait souhaités, sans autre justification que l'importance des demandes également formulées par d'autres annonceurs sur les mêmes espaces publicitaires, mais en y associant une part non négligeable d'espaces non demandés et en étant seule à connaître l'ensemble des prix proposés par tous les autres annonceurs sur un espace publicitaire donné, sans jamais les communiquer aux annonceurs intéressés, la régie publicitaire a mis la société Pixtel dans l'obligation : soit de renoncer à acquérir tout espace publicitaire sur le portail Bouygues Télécom pour le semestre considéré, et en conséquence de ne pas être visible par les "internautes" et "mobinautes" utilisant ce portail d'accès, soit d'accepter sans discuter la proposition de TF1 Publicité, comprenant une part significative d'espaces non désirés, en étant dans l'impossibilité, en vue d'obtenir un plus grand nombre d'espaces désirés que celui arbitrairement proposé par le régisseur, d'améliorer le prix d'achat initialement offert, en raison de la méconnaissance du prix proposé par les autres annonceurs en concurrence pour l'acquisition du même espace publicitaire ; Qu'en plaçant ainsi la société Pixtel dans la situation "du tout ou rien", alors même que la régie disposait de toutes les informations sur les prix d'achats proposés par les autres annonceurs lui permettant ainsi d'ajuster sa proposition de vente d'espaces publicitaires tandis que, du fait de l'opacité

entretenu par le régisseur, la société Pixtel ne disposait pas des d'informations équivalentes lui permettant d'ajuster ses propres propositions de prix d'achat, la société TF1 Publicité a soumis son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, l'obligeant à réparer le préjudice causé, d'autant que le régisseur exclusif a reconnu que pour les règles d'attribution, il ne se référait pas uniquement aux prix d'achat proposés par les différents annonceurs, mais qu'il privilégiait aussi ceux qui respectent "la déontologie du portail" sans précision sur le contenu exact de celle-ci, et les annonceurs qui équilibraient leurs offres d'achat entre les différentes rubriques proposées par TF1 Publicité, les conditions de cette appréciation n'étant pas davantage précisées dans les conditions générales de vente ; Considérant que la société Pixtel, qui supporte la charge de la preuve des dommages qu'elle allègue, fait état de trois préjudices sur l'année 2012 et le 1er semestre 2013, soit : une perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces demandés et ceux effectivement attribués parmi ceux qu'elle avait demandés, qu'elle évalue à la somme totale de 1.491.181 euros, la société TF1 Publicité estimant que le chiffre d'affaires prétendument perdu et la marge brute correspondante n'étant pas démontrés, une perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces initialement attribués par TF1 Publicité et ceux effectivement mis à sa disposition, qu'elle évalue à hauteur globalement de la somme de 88.288 euros, la société TF1 Publicité faisant valoir que seuls les espaces effectivement diffusés étaient facturés, le surcoût résultant de la "sur facturation" des espaces des espaces qu'elle n'aurait pas acquis si TF1 Publicité ne les avait pas autoritairement couplé avec les espaces qu'elle avait demandés, le préjudice allégué correspondant étant évalué à hauteur de la somme de 7.125 euros par l'appelante, la société TF1 Publicité contestant la contrainte alléguée en affirmant que la société Pixtel "a librement réservé les espaces [qu'elle lui a] proposés" ; Mais considérant : sur le premier préjudice, si, comme l'a relevé le tribunal, en raison de l'existence non véritablement contestée d'un plus grand nombre de demandes d'espaces par les différents annonceurs, que d'espaces publicitaires effectivement disponibles, la société Pixtel ne rapporte pas la preuve qu'en l'absence de la pratique dénoncée, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces souhaités, il n'en demeure pas moins qu'en l'ayant soumise à un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties, la société TF1 Publicité a privé la société Pixtel d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement du chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté, étant rappelé que l'indemnisation d'une perte de chance n'est jamais égale au produit escompté si la chance s'était réalisée et qu'en l'espèce, en fonction des éléments disponibles dans le dossier, il convient d'évaluer forfaitairement le préjudice résultant de ladite perte de chance à hauteur de la somme de 150.000 euros, sur le deuxième préjudice, que la société Pixtel invoque, en réalité, une mauvaise exécution du contrat, mais non un préjudice résultant du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, et que c'est à juste titre que la société TF1 Publicité fait valoir que le nombre d'impressions réelles dépend du trafic et de l'audience du portail Bouygues Télécom qu'elle ne maîtrise pas et que les conditions générales de vente stipulent que les espaces réservés par les annonceurs ne peuvent pas être tenus pour acquis, le régisseur ne pouvant pas garantir aux annonceurs que tous les espaces attribués pourront être livrés, de sorte que, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal, ce chef de préjudice n'est pas fondé, sur le troisième préjudice, qu'il résulte de la description par les parties, du processus de vente des espaces publicitaires, qu'en couplant des espaces non sollicités avec les espaces souhaités, la société TF1 Publicité a effectivement, de fait, imposé à la société Pixtel l'acquisition d'espaces publicitaires qu'elle n'aurait pas acquis de sa seule initiative, étant observé que l'évaluation du préjudice correspondant à hauteur de la somme de 7.125 euros n'a pas véritablement été critiquée ; Qu'en conséquence, le jugement sera réformé en conséquence, étant observé que, compte tenu de la décision à intervenir, la demande subsidiaire de désignation d'un expert devient sans objet, l'appréciation des préjudices ne résultant pas de la perte de marge brute stricto sensu évalué selon le critère du "plus offrant" » ;

ALORS QUE les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ;

Qu'en l'espèce, pour dire que la SAS Pixtel n'avait pas subi de préjudice au titre de la perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces qui lui ont été discrétionnairement attribués et ceux qui ont été effectivement mis à sa disposition, la cour d'appel a considéré que le nombre d'impressions réelles dépend du trafic et de l'audience du portail mobile Bouygues Télécom que la SAS TF1 Publicité ne maîtrise pas et que les conditions générales de vente stipulent que les espaces réservés par les annonceurs ne peuvent pas être tenus pour acquis puisque le régisseur ne peut pas garantir aux annonceurs que tous les espaces attribués pourront être livrés, sans rechercher, au regard de l'article 3.2.2 des conditions générales de vente stipulant que la SAS « TF1 Publicité [ferait] ses meilleurs efforts pour délivrer le nombre maximum d'Impressions mentionnées dans l'Ordre de publicité de manière linéaire pendant toute la durée de la campagne », si la SAS TF1 Publicité avait fait ses meilleurs efforts pour délivrer le nombre maximum d'impressions

mentionnées dans les ordres de publicité émis par la SAS Pixtel ;

Qu'en omettant de procéder à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil, pris dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi incident éventuel par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société TF1 Publicité.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la société TF1 Publicité avait soumis la société Pixtel à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et de l'avoir condamnée au paiement de la somme de 157.125 euros,

AUX MOTIFS QUE la société Pixtel indique que la procédure d'attribution des espaces publicitaires a été modifiée à partir de la fin de l'année 2011 en ce que la société TF1 Publicité a alors, demandé en outre d'indiquer le montant du CPM (coût pour mille impressions) que l'annonceur était prêt à acquitter en faisant valoir que ce mode opératoire complémentaire n'était pas prévu dans les conditions générales de vente, et renouvelle devant la cour l'ensemble de ses demandes initialement formulées devant les premiers juges en ce compris: la perte de marge brute sur les espaces publicitaires non attribués par la société TF1 Publicité, le trop versé au titre des espaces « imposés et surfacturés », qui n'ont pas été pris en compte par le tribunal ; que pour sa part, la société TF1 Publicité conteste l'existence d'un déséquilibre significatif entre les obligations des parties en faisant valoir que la société Pixtel, professionnel « averti et expérimenté » du secteur d'activités multimédia, n'a pas été placée dans la dépendance de la société TF1 Publicité et ne justifie pas de la soumission qu'elle allègue, l'intimée estimant que les relations commerciales étaient globalement équilibrées, que le processus de réservation et de vente des espaces publicitaires du portail Bouygues Télécom est prévu dans ses conditions générales de vente qu'elle détermine en toute liberté dans le cadre du libre jeu de la concurrence, et que les conditions tarifaires comportent des prix au CPM brut pour les bannières et des prix au forfait pour les liens textes, de sorte que le prix n'était pas proposé « à l'aveugle » ; que la société TF1 Publicité, pour contester toute soumission de la société Pixtel, fait valoir qu'en absence d'exclusivité, l'appelante pouvait « facilement réaffecter son budget publicitaire auprès d'une autre régie commercialisant les espaces publicitaires des [autres] supports mobiles », et qu'en outre, l'offre mobile de la société TF1 Publicité ne se limitait pas au portail Bouygues Télécom, tout déséquilibre entre les obligations des parties, fait valoir que l'économie globale des droits et obligations et le contexte de conclusion des commandes d'espaces publicitaires démontrent, selon l'intimée, que la relation était équilibrée ; que, même si la société Pixtel pouvait reporter tout ou partie de ses investissements publicitaires sur le portail d'accès d'autres opérateurs de téléphonie, elle pouvait avoir néanmoins un besoin d'apparaître aussi sur le portail Bouygues Télécom en fonction des caractéristiques des produits qu'elle souhaitait offrir à la vente aux divers internautes utilisant ce portail d'accès et que la liberté et la possibilité de s'adresser à d'autres opérateurs ne permettent pas pour autant au régisseur de publicité de l'un d'entre eux d'imposer un déséquilibre entre les obligations respectives des parties, de sorte que les prétentions émises de ce chef par la société Pixtel doivent être ci-après examinées ; que le tribunal a relevé à juste titre que l'article L 441-6, I (1er alinéa) du code de commerce fait obligation au régisseur de publicité de communiquer ses conditions générales de vente, dont notamment le barème des prix unitaires ; que la société TF1 Publicité n'a pas formellement contesté avoir exigé, à partir de 2012, en plus de la liste des espaces publicitaires souhaités pour le semestre à venir, que l'annonceur précise le prix qu'il était disposé à acquitter pour les obtenir et que la réponse de la régie était élaborée en fonction de ce prix d'achat annoncé ; que ce mode opératoire complémentaire n'est pas expressément prévu dans les conditions générales de vente produites aux débats par la société TF1 Publicité; qu'en communiquant ensuite à la société Pixtel une proposition très en dessous du nombre des espaces qu'elle avait souhaités, sans autre justification que l'importance des demandes également formulées par d'autres annonceurs sur les mêmes espaces publicitaires, mais en y associant une part non négligeable d'espaces non demandés et en étant seule à connaître l'ensemble des prix proposés par tous les autres annonceurs sur un espace publicitaire donné, sans jamais les communiquer aux annonceurs intéressés, la régie publicitaire a mis la société Pixtel dans l'obligation : soit de renoncer à acquérir tout espace publicitaire sur le portail Bouygues Télécom pour le semestre considéré, et en conséquence de ne pas être visible par les « internautes » et « mobinautes » utilisant ce portail d'accès, soit d'accepter sans discuter la proposition de la société TF1 Publicité, comprenant une part significative d'espaces non désirés, en étant dans l'impossibilité, en vue d'obtenir un plus grand nombre d'espaces désirés que celui arbitrairement proposé par le régisseur, d'améliorer le prix d'achat initialement offert, en raison de la méconnaissance du prix proposé par les autres annonceurs en concurrence pour l'acquisition du même espace publicitaire ; qu'en plaçant ainsi la société Pixtel dans la situation « du tout ou rien », alors même que la régie disposait de toutes les informations sur les prix d'achats proposés par les autres annonceurs lui permettant ainsi

d'ajuster sa proposition de vente d'espaces publicitaires tandis que, du fait de l'opacité entretenue par le régisseur, la société Pixtel ne disposait pas des d'informations équivalentes lui permettant d'ajuster ses propres propositions de prix d'achat, la société TF1 Publicité a soumis son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, l'obligeant à réparer le préjudice causé, d'autant que le régisseur exclusif a reconnu que pour les règles d'attribution, il ne se référait pas uniquement aux prix d'achat proposés par les différents annonceurs, mais qu'il privilégiait aussi ceux qui respectent « la déontologie du portail » sans précision sur le contenu exact de celle-ci, et les annonceurs qui équilibraient leurs offres d'achat entre les différentes rubriques proposées par la société TF1 Publicité, les conditions de cette appréciation n'étant pas davantage précisées dans les conditions générales de vente; que la société Pixtel, qui supporte la charge de la preuve des dommages qu'elle allègue, fait état de trois préjudices sur l'année 2012 et le 1er semestre 2013, soit : une perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces demandés et ceux effectivement attribués parmi ceux qu'elle avait demandés, qu'elle évalue à la somme totale de 1.491.181 euros, la société TF1 Publicité estimant que le chiffre d'affaires prétendument perdu et la marge brute correspondante n'étant pas démontrés, une perte de marge brute résultant de la différence entre les espaces initialement attribués par la société TF1 Publicité et ceux effectivement mis à sa disposition, qu'elle évalue à hauteur globalement de la somme de 88.288 euros, la société TF1 Publicité faisant valoir que seuls les espaces effectivement diffusés étaient facturés, le surcoût résultant de la « sur facturation » des espaces qu'elle n'aurait pas acquis si la société TF1 Publicité ne les avait pas autoritairement couplés avec les espaces qu'elle avait demandés, le préjudice allégué correspondant étant évalué à hauteur de la somme de 7.125 euros par l'appelante, la société TF1 Publicité contestant la contrainte alléguée en affirmant que la société Pixtel « a librement réservé les espaces [qu'elle lui a] proposés »; sur le premier préjudice, si, comme l'a relevé le tribunal, en raison de l'existence non véritablement contestée d'un plus grand nombre de demandes d'espaces par les différents annonceurs, que d'espaces publicitaires effectivement disponibles, la société Pixtel ne rapporte pas la preuve qu'en l'absence de la pratique dénoncée, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces souhaités, il n'en demeure pas moins qu'en l'ayant soumise à un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties, la société TF1 Publicité a privé la société Pixtel d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement du chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté, étant rappelé que l'indemnisation d'une perte de chance n'est jamais égale au produit escompté si la chance s'était réalisée et qu'en l'espèce, en fonction des éléments disponibles dans le dossier, il convient d'évaluer forfaitairement le préjudice résultant de ladite perte de chance à hauteur de la somme de 150.000 euros, sur le deuxième préjudice, que la société Pixtel invoque, en réalité, une mauvaise exécution du contrat, mais non un préjudice résultant du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, et que c'est à juste titre que la société TF1 Publicité fait valoir que le nombre d'impressions réelles dépend du trafic et de l'audience du portail Bouygues Télécom qu'elle ne maîtrise pas et que les conditions générales de vente stipulent que les espaces réservés par les annonceurs ne peuvent pas être tenus pour acquis, le régisseur ne pouvant pas garantir aux annonceurs que tous les espaces attribués pourront être livrés, de sorte que, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal, ce chef de préjudice n'est pas fondé ; que sur le troisième préjudice, qu'il résulte de la description par les parties, du processus de vente des espaces publicitaires, qu'en couplant des espaces non sollicités avec les espaces souhaités, la société TF1 Publicité a effectivement, de fait, imposé à la société Pixtel l'acquisition d'espaces publicitaires qu'elle n'aurait pas acquis de sa seule initiative, étant observé que l'évaluation du préjudice correspondant à hauteur de la somme de 7.125 euros n'a pas véritablement été critiquée ; qu'en conséquence, le jugement sera réformé en conséquence, étant observé que, compte tenu de la décision à intervenir, la demande subsidiaire de désignation d'un expert devient sans objet, l'appréciation des préjudices ne résultant pas de la perte de marge brute stricto sensu évaluée selon le critère du « plus offrant » ;

1) ALORS QUE la société TF1 Publicité contestait formellement avoir procédé à une quelconque modification du processus de détermination des offres de publicité (conclusions p. 26 et 27) ; qu'en énonçant, pour dire que cette société avait imposé en 2012 une modification de sa pratique, qu'elle ne contestait pas formellement avoir imposé en 2012 à la société Pixtel une modification unilatérale du processus de détermination des offres de publicité, la cour d'appel a méconnu le principe de l'interdiction faire au juge de dénaturer les écrits produits devant lui et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2) ALORS QU'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice qui en résulte, le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que la cour d'appel a considéré que la proposition d'ordre d'achat publicitaire émise par la société TF1 Publicité était à prendre ou à laisser ; qu'elle n'a ce faisant pas tenu compte du processus de mise en

concurrence, suivi d'une phase de négociation permettant de fixer le prix de la prestation en fonction de son attractivité et de répartir les espaces publicitaires entre tous les annonceurs intéressés, dont cette proposition était le fruit ; que la cour d'appel a ainsi violé l'article L442-6, I, 2° du code de commerce ;

3) ALORS QU'en retenant que la société Pixtel s'était vu imposer un déséquilibre significatif, sans même analyser l'offre qu'elle avait adressée à la société TF1 Publicité et son attractivité au regard des offres reçues des concurrents, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L442-6, I, 2° du code de commerce.