

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 3

ARRÊT DU 11 DÉCEMBRE 2019

(n° 443 , 6 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 19/08581 - N° Portalis 35L7-V-B7D-B7ZK7

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 11 Avril 2019 - Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 2018070815

APPELANTE

Société SUD RADIO, représentée par son représentant légal domicilié audit siège

en cette qualité

[Adresse 1]

[Localité 1]

Représentée par Me Michel GUIZARD de la SELARL GUIZARD ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : L0020

Assistée par Me Philippe GENIN de SELAS FIDUCIAL LEGAL BY LAMY, avocat au barreau de LYON, toque : T656

INTIMÉE

Société [Établissement 1], agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés audit siège

[Adresse 2]

[Localité 2]

Représentée par Me Frédérique ETEVENARD, avocat au barreau de PARIS, toque : K0065

Assistée par Me Catherine LE GUEN de la SCP AYME RAVAUD LE GUEN, avocat au barreau de PARIS, toque : P0413

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 14 Octobre 2019, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. Patrick BIROLLEAU, Premier Président de chambre

Mme Christina DIAS DA SILVA, Conseillère

Mme Carole CHEGARAY, Conseillère

Qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience par M. Patrick BIROLLEAU, Premier Président de chambre dans les conditions prévues par l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Anaïs SCHOEPFER

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Patrick BIROLLEAU, Premier Président de chambre et par Anaïs SCHOEPFER, Greffière.

Prétendant que les méthodes utilisées par l'institut de sondage [Établissement 1] dans son activité de mesure des audiences des radios, manqueraient de fiabilité et minoreraient ses résultats d'audience, la SAS Sud radio, qui exploite la station de radio éponyme, a, par acte d'huissier de justice du 29 janvier 2019, fait assigner la SA [Établissement 1] devant le juge des référés du tribunal de commerce de Paris aux fins de voir ordonner un expertise judiciaire ayant pour objet, notamment, de se faire remettre par [Établissement 1] le ou les questionnaires utilisés par ses télé-enquêteurs, donner son avis sur le caractère scientifique des mesures d'audience radiophonique de Sud radio réalisées par [Établissement 1], interroger les enquêteurs de [Établissement 1] intervenus dans le cadre de l'étude '126.000 Radio' sur la technique d'enquête utilisée et décrire les moyens propres à assurer une mesure scientifique des parts d'audience radiophonique.

Par ordonnance en date du 11 avril 2019, le juge des référés du tribunal de commerce de Paris a :

- déclaré la SAS Sud Radio mal fondée et l'a déboutée de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions ;

- condamné la SAS Sud radio à payer à la société [Établissement 1] la somme de 5.000 euros en application des

dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe liquides à la somme de 44,07 euros TTC dont 7,13 euros de TVA.

Par déclaration en date du 17 avril 2019, la SAS Sud radio a relevé appel de cette décision.

Par ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 3 octobre 2019, elle demande à la cour de :

- réformer l'ordonnance rendue le 11 avril 2019 par le président du tribunal de commerce de Paris, et statuant à nouveau :
- désigner tel expert qu'il plaira à la cour, avec pour mission de :
- prendre connaissance des éléments de la cause ;
- se faire communiquer par [Établissement 1] les éléments de méthodologie utilisés pour mesurer les audiences des radios, et en particulier celles propres à Sud radio ;
- se faire remettre par [Établissement 1] le ou les questionnaires et instructions de passation dont notamment la question centrale de notoriété utilisés par les téléenquêteurs ainsi que tout document utile se rapportant aux études « 126 000 Radio », « Medias locales », et « Panel Radio » ainsi que les rapports d'audience radiophonique de [Établissement 1] de 2012 à aujourd'hui,
- s'agissant de l'étude « Panel Radio » :
- constater comment apparaît Sud radio dans les trois régions du sud et en Ile-de-France (onglet « Autres stations ») ;
- déterminer le seuil d'audience nécessaire pour figurer dans la première liste de stations ;
- vérifier que le rang des stations dans les listes est aléatoire et concerne toutes les stations (et pas seulement les stations « principales ») ;
- déterminer les périodes sur lesquelles l'étude est réalisée, s'agit-il des mêmes périodes chaque année, comment et par qui ces périodes sont-elles choisies ' ;
- rédiger une note méthodologique sur l'agrégation des 76.000 résultats des interviews de l'enquête nationale et des 50.000 résultats des Médialocales, pour donner les résultats de l'étude « 126 000 » en mettant en évidence le cas de Sud radio ;
- déterminer le taux d'abandon ;
- rédiger une note méthodologique sur l'agrégation des données du 1er sous-panel (janvier/février) et du second (septembre/octobre)
- décrire la gestion de la saisonnalité (le comportement des écoutes en fonction de la saison) ;
- rédiger une note méthodologique sur la constitution des fichiers de données individuelles pour le médiaplanning ;
- déterminer comment sont croisées les données du Panel Radio et les données de l'étude 126 000 ;
- déterminer le mode de traitement des stations du GIE Les Indes et de Sud radio au regard de la représentativité nationale du Panel Radio : de quelles données disposent les stations locales et régionales ' ;
- décrire les fichiers de données fournis par [Établissement 1] aux sociétés éditrices de logiciels de médiaplanning

code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

Elle soutient que :

- seule la preuve de l'existence d'un litige potentiel doit être apportée pour demander une mesure d'instruction in futurum, il ressort de la jurisprudence et des faits d'espèce que la société Sud radio est légitime à s'interroger sur la baisse constante de son audience ;
- l'appréciation de l'existence d'un motif légitime appartient au juge du fond, la Cour de cassation a rappelé par un arrêt du 5 juin 2019 le juge ne peut développer une « motivation fondée sur la seule absence de preuve de faits que la mesure d'instruction sollicitée avait précisément pour objet d'établir, sans dire en quoi la demande (!) visait à pallier une carence [du demandeur] dans l'administration de la preuve ». ;
- que la stagnation pendant plusieurs années puis la hausse subite de l'audience, que l'absence de proposition de Sud radio dans les réponses qui fausse le sondage de [Établissement 1], que l'incohérence des mesures de Sud radio par [Établissement 1] en comparaison de la progression des audiences d'écoute sur internet, que l'incohérence des mesures de Sud radio par [Établissement 1] en comparaison avec la mesure de la notoriété et des habitudes d'écoute de Sud radio et des autres grandes radios généralistes réalisée par l'[Établissement 2], que l'incohérence des mesures de Sud radio par [Établissement 1] en comparaison avec les investissements réalisés constituent un motif légitime à voir ordonner la désignation d'un expert ;
- la décision attaquée est dépourvue de toute motivation ;
- le défaut de saisine préalable du centre d'étude des support de publicité (CESP) ' organisme interprofessionnel et expert indépendant du marché ayant justement pour mission de vérifier les conditions de réalisation des enquêtes lors de ses audits annuels' ne peut lui être reproché puisque les mêmes acteurs siègent à la fois au sein de [Établissement 1] et du CESP et influencent forcément le choix de la méthodologie employée, par conséquent leurs audits peuvent faire l'objet de soupçons ;
- le défaut de saisine préalable du GIE les Indes ne peut pas non plus lui être reproché puisque toutes les radios sont représentées par le GIE les Indes et d'ailleurs aucune radio membre du GIE ne peut siéger au Comité Radio, au surplus le comité n'a qu'un rôle consultatif ;
- la mesure d'expertise demandée est proportionnée et a pour objet de vérifier les conditions de la mesure d'audience personnelle de Sud radio dans le respect du contradictoire ;

Par ses dernières conclusions communiquées par voie électronique 30 septembre 2019, la SA [Établissement 1] demande à la cour de :

- déclarer Sud radio mal fondée en son appel et en ses demandes, fins et conclusions ;
- confirmer l'ordonnance entreprise ;
- condamner Sud radio au paiement de la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, au titre de la présente procédure d'appel ;
- condamner Sud radio aux entiers dépens de première instance et d'appel, dont le recouvrement sera poursuivi par Maître Etevenard, avocat près la cour d'appel, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Elle fait valoir que Sud radio ne démontre toujours pas la réalité des allégations, sur lesquelles elle se fonde pour

justifier d'un litige potentiel, et qu'elle ne dispose donc pas de motif légitime pour formuler une demande d'expertise.

Elle souligne que les motifs invoqués par Sud radio pour obtenir une expertise sont inexacts et procèdent d'amalgames ou de supputations sur les enquêtes de [Établissement 1], que ses allégations sur les méthodes de l'institut de sondage ne reposent sur aucune réalité ; les reproches faits aux méthodes de l'enquête panel radio sont infondés puisque le résultat de ces enquêtes n'a pas pour objectif de mesurer l'audience de la chaîne de radio, mais de comprendre les comportements des auditeurs sur une période longue ; de plus il est faux de dire que Sud radio est absente du panel radio ; rien ne permet à Sud radio de soutenir que l'échantillon de 30.000 personnes pour réaliser l'enquête '126.000 radio' ne représente pas la diversité de la société française.

Elle indique qu'il n'y a aucune incohérence entre les résultats d'audience de Sud radio produits par [Établissement 1] et les résultats de l'enquête [Établissement 2] puisque cette enquête, commandée par Sud radio, ne fait que confirmer ce que [Établissement 1] observe dans ses propres études ; elle ajoute que la déception de Sud radio quant à ses résultats d'audience n'est pas de nature à rendre plausibles les reproches qu'elle formule sur la méthodologie des enquêtes de [Établissement 1] ;

- La progression de l'audience de Sud radio sur internet ne légitime pas plus sa demande d'expertise ;
- qu'il n'existe aucun fait utile ou pertinent à établir puisque Sud radio dispose donc par l'intermédiaire du GIE Les Indes Radios de tous les résultats auxquels la souscription des contrats donne droit et qu'elle n'a saisi ni le GIE ni le centre d'étude des support de publicité (CESP) ;
- Sud radio dispose déjà des éléments de réponse à la plupart de ses questions ;
- certaines demandes de Sud radio sont disproportionnées ou sans rapport avec les reproches formulés par Sud radio contre la méthodologie de [Établissement 1].

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure et des moyens soutenus par les parties, la cour se réfère à leurs écritures et à la décision déférée.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé.

L'application des dispositions de l'article 145 précité suppose que soit constaté qu'il existe un procès 'en germe' possible, sur la base d'un fondement juridique suffisamment déterminé et dont la solution peut dépendre de la mesure d'instruction sollicitée, à condition que cette mesure ne porte pas une atteinte illégitime aux droits d'autrui.

Le juge doit s'assurer que les faits invoqués à l'appui de la mesure d'instruction présentent un caractère de

plausibilité suffisant.

En l'espèce, la société Sud radio :

- conteste la fiabilité des mesures d'audience réalisées par l'institut de sondage en raison de l'absence de Sud radio dans le panel radio, de l'incohérence des résultats d'audience attribués à cette station au regard des audiences d'écoute sur internet ;
- cherche à 'vérifier les conditions de la mesure d'audience personnelle de Sud Radio'.

Toutefois, la mesure d'instruction vise, sous couvert de 'vérification des conditions des mesures d'audience, à la détermination de la méthodologie mise en oeuvre par [Établissement 1], alors qu'adhérant au GIE Les Indes Radios, qui a pour objet statutaire de permettre l'accès de ses membres au marché publicitaire national par tous les moyens de diffusion, elle est réputée avoir connaissance du déroulement des enquêtes ; il s'en infère que la demande d'expertise s'analyse en réalité en une mesure d'investigation générale portant sur l'activité de l'institut de sondage, investigation qui excède les prévisions de l'article 145.

Par ailleurs, Sud radio ne démontre pas que ses reproches portant sur l'absence de fiabilité des mesures d'audience seraient vraisemblables, alors que :

- il n'est pas contestable qu'adhérant au GIE Les Indes Radios, elle a accès à ses résultats d'audience, résultats qu'elle n'a contestés ni auprès du GIE Les Indes Radios, ni auprès du centre d'étude des supports de publicité (CESP), organe de contrôle de [Établissement 1] ;
- elle ne fait état d'aucun élément propre à démontrer :
- ni l'absence de Sud radio dans le panel radio, [Établissement 1] rapportant au contraire la preuve que Sud radio figure dans les panels régionaux du sud de la France (pièce [Établissement 1] n°33) et dans le bandeau Ile de France des panels 2017-2018 et 2018-2019 (pièces [Établissement 1] n°20 et 34)
- ni l'existence de distorsions, par rapport aux autres radios, dans la mesure de l'audience de Sud radio, aucunes éléments invoqués n'accréditent de telles distorsions : ni l'enquête de l'[Établissement 2] sur la notoriété et les habitudes d'écoute de Sud radio, sondage dont il n'est pas contestable qu'il ne pouvait avoir pour objet de mesurer les audiences ; ni la fréquentation du site internet de la radio, dont la corrélation avec l'audience radio n'est nullement établie.

Il apparaît que la société Sud radio, par la mesure sollicitée, recherche en réalité préventivement la preuve de ce qu'elle analyse comme une mauvaise mesure de son audience. Elle ne justifie pas de soupçons plausibles d'irrégularités des mesures de [Établissement 1], ni, partant, de la possibilité d'une action en justice ultérieure fondée sur l'absence de pertinence de la méthodologie des enquêtes.

Il se déduit de l'ensemble de ces constatations que Sud radio n'établit pas, avec l'évidence requise en référé, l'existence d'un motif légitime, au sens de l'article 145 du code de procédure civile, à ce que soit ordonnée une expertise judiciaire afin d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige en germe.

En conséquence, l'ordonnance entreprise sera confirmée en ce qu'elle a débouté la société Sud radio de sa

demande d'expertise.

L'équité commande de condamner la société Sud Radio à payer à la société [Établissement 1] la somme de 6.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel.

PAR CES MOTIFS

Confirme l'ordonnance entreprise ;

Condamne la société Sud radio au paiement de la somme de 6.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ainsi qu'aux entiers dépens d'appel.

La Greffière, Le Président,