

# Texte de la décision

---

CIV. 2

LM

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 25 mars 2021

Rejet

M. PIREYRE, président

Arrêt n° 261 F-P

Pourvoi n° S 20-14.309

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, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 25 MARS 2021

La société Sud radio, société par actions simplifiée, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° S 20-14.309 contre l'arrêt rendu le 11 décembre 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 3), dans le litige l'opposant à la société Médiamétrie, société anonyme, dont le siège est [...], défenderesse à la cassation.

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

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Jollec, conseiller référendaire, les observations de la SCP Alain Bénabent, avocat de la société Sud radio, de la SCP Spinosi, avocat de la société Médiamétrie, et l'avis de M. Girard, avocat général, après débats en l'audience publique du 10 février 2021 où étaient présents M. Pireyre, président, Mme Jollec, conseiller référendaire rapporteur, Mme Martinel, conseiller doyen, et Mme Thomas, greffier de chambre.

la deuxième chambre civile 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, 11 décembre 2019), la société Sud radio a assigné la société Médiamétrie devant le président d'un tribunal de commerce, statuant en référé, à fin de voir ordonner, sur le fondement de l'article 145

du code de procédure civile, la désignation d'un expert ayant pour mission en substance de se faire remettre les questionnaires que la société Médiamétrie utilise dans le cadre de ses études relatives aux parts d'audience radiophonique.

2. La société Sud radio a interjeté appel de l'ordonnance de référé ayant rejeté ses demandes.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

3. La société Sud radio fait grief à l'arrêt de la déclarer mal fondée et de la débouter de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, alors :

« 1°/ que circonscrites aux faits litigieux, les mesures d'instruction dont pourrait dépendre la solution du litige, quelle que puisse être leur étendue, ne s'analysent pas en une mesure générale d'investigation et sont légalement admissibles au sens de l'article 145 du code de procédure civile ; qu'en l'espèce, ainsi que la cour d'appel l'a elle même rappelé, « la société Sud Radio () cherche à «vérifier les conditions de la mesure d'audience personnelle de Sud Radio» » ; que pour retenir pourtant que la mesure d'instruction sollicitée « s'analyse[rait] 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 » du code de procédure civile, la cour d'appel a affirmé que cette mesure « vise[rait], sous couvert de "vérification des conditions des mesures d'audience", à la détermination de la méthodologie mise en oeuvre par Médiamétrie » ; qu'en statuant ainsi, cependant que la mesure d'instruction sollicitée, ayant pour objet de « vérifier les conditions de la mesure d'audience personnelle de Sud Radio », était circonscrite aux faits litigieux en sorte qu'elle ne s'analysait pas en une mesure générale d'investigation et était légalement admissible, la cour d'appel a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en retenant encore, pour en déduire « que la demande d'expertise s'analyse[rait] en réalité en une mesure d'investigation générale portant sur l'activité de l'institut de sondage », qu'« adhérent au GIE Les Indés Radios, qui a pour objet statutaire de permettre l'accès de ses membres au marché publicitaire national par tous les moyens de diffusion, [la société Sud Radio] est réputée avoir connaissance du déroulement des enquêtes », la cour d'appel a statué par un motif impropre à justifier sa décision, en violation de l'article 145 du code de procédure civile ;

3°/ que 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 ; que pour retenir que la société Sud radio « ne justifie[rait] pas de soupçons plausibles d'irrégularités des mesures de Médiamétrie, ni, partant, de la possibilité d'une action en justice ultérieure fondée sur l'absence de pertinence de la méthodologie des enquêtes » ni donc d'un « motif légitime » à sa demande, la cour d'appel a affirmé « qu'adhérent au GIE Les Indés Radios, elle a accès à ses résultats d'audience, résultats qu'elle n'a contestés ni auprès du GIE Les Indés Radios, ni auprès du centre d'étude des supports de publicité (CESP), organe de contrôle de Médiamétrie » ; qu'en statuant par de tels motifs inopérants pris de la connaissance des « résultats » des enquêtes Médiamétrie et de leur absence de contestation auprès d'organismes tiers, la cour d'appel a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

4°/ qu'en se bornant encore à constater que « Sud radio figure ( ) dans le bandeau Ile-de-France des panels 2017-2018 et 2018- 2019 », sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si l'absence de proposition immédiate de cette station n'était pas de nature à constituer un biais rendant légitime la mesure d'instruction sollicitée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile ;

5°/ que 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 ; qu'il ne peut être exigé du demandeur qu'il produise d'ores et déjà des éléments de nature à prouver la réalité des faits pour lesquels la mesure d'instruction est sollicitée ; qu'en l'espèce, à titre d'indices pertinents de la réalité des faits reprochés à la société Médiamétrie, la société Sud radio présentait notamment l'enquête de l'Ifop sur la notoriété et les habitudes d'écoute de Sud radio ainsi que la fréquentation de son site internet ; qu'en retenant que la société Sud radio « ne fait état d'aucun élément propre à

démontrer ( ) l'existence de distorsions, par rapport aux autres radios, dans la mesure de l'audience de Sud radio, aucun des éléments invoqués n'accréditant de telles distorsions : ni l'enquête de l'Ifop 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 », la cour d'appel a exigé la preuve des faits que la mesure d'instruction avait précisément pour objet d'établir, en violation de l'article 145 du code de procédure civile. »

#### Réponse de la Cour

4. Il résulte de l'article 145 du code de procédure civile que constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il incombe, dès lors, au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.

5. Ayant constaté, par motifs propres et adoptés, d'une part, que la mesure d'instruction ordonnée, visait, sous couvert de vérification des conditions de mesure d'audience, à la détermination de la méthodologie mise en oeuvre par la société Médiamétrie, alors qu'adhérente au GIE Les Indés radios, la société Sud radio avait accès aux résultats d'audience, d'autre part, que cette dernière n'avait contesté ces résultats ni auprès de ce GIE, ni devant le Centre d'études des supports de publicité, organe de contrôle de la société Médiamétrie, la cour d'appel, faisant ainsi ressortir que la mesure ordonnée n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et était disproportionnée aux intérêts antinomiques en présence, a, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision.

6. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi.

Condamne la société Sud radio aux dépens ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, prononcé par le président en son audience publique du vingt-cinq mars deux mille vingt et un et signé par lui et Mme Martinel, conseiller doyen, en remplacement du conseiller référendaire rapporteur empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Alain Bénabent, avocat aux Conseils, pour la société Sud radio

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'ordonnance entreprise en ce qu'elle avait déclaré la SAS Sud Radio mal fondée et l'avait déboutée de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions ;

AUX MOTIFS PROPRES QU' « 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 ;

Que 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 ;

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

plausibilité suffisant ;

Qu'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" ;

Que 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 Médiamétrie, alors qu'adhérent au GIE Les Indés 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 ; qu'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 ;

Que par ailleurs, Sud Radio ne démontre pas que ses reproches portant sur l'absence de fiabilité des mesures d'audiences seraient vraisemblables, alors que :

- il n'est pas contestable qu'adhérent au GIE Les Indés Radios, elle a accès à ses résultats d'audience, résultats qu'elle n'a contestés ni auprès du GIE Les Indés Radios, ni auprès du centre d'étude des supports de publicité (CESP), organe de contrôle de Médiamétrie ;
- elle ne fait état d'aucun élément propre à démontrer ;
- ni l'absence de Sud radio dans le panel radio, Médiamétrie rapportant au contraire la preuve que Sud radio figure dans les panels régionaux du sud de la France (pièce Médiamétrie n°33) et dans le bandeau Ile-de-France des panels 2017-2018 et 2018-2019 (pièces Médiamétrie 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'Ifop 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 ;

Qu'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 ; qu'elle ne justifie pas de soupçons plausibles d'irrégularités des mesures de Médiamétrie, ni, partant, de la possibilité d'une action en justice ultérieure fondée sur l'absence de pertinence de la méthodologie des enquêtes ;

Qu'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 ;

Qu'en conséquence, l'ordonnance entreprise sera confirmée en ce qu'elle a débouté la société Sud radio de sa demande d'expertise » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « nous relevons que Sud radio ne démontre pas la réalité des allégations sur lesquelles elle se fonde pour justifier du litige potentiel avec Médiamétrie qui procéderait à de mauvaises mesures de son audience susceptibles de lui causer un préjudice financier ;

Que nous relevons que Sud radio ne justifie pas avoir saisi le GIE Les Indés Radios dont elle est membre et qui dispose de tous les résultats auxquels la souscription du contrat donne droit ;

Que nous relevons que Sud Radio ne démontre pas ainsi avoir fait valoir son point de vue au sein des instances professionnelles spécialisées sur la méthodologie utilisée pour mesurer son audience, la pertinence des interrogations de Sud Radio devant être examinée à la lumière de la position du GIE Les Indés Radios qui regroupe 130 radios ;

Que nous relevons que Sud Radio ne justifie pas avoir saisi le 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, ni demandé au GIE Les Indés Radios de saisir le CESP de contrôles ou d'analyses supplémentaires comme le lui permet le règlement intérieur du CESP ;

Que nous relevons que l'action de Sud Radio visant à demander d'assigner [à] un expert judiciaire une mission déjà exécutée par le CESP, s'agissant de l'expert que s'est assigné le marché de la radio, n'est dès lors pas fondée ;

Qu'en conséquence de ce qui précède, nous déclarerons Sud Radio mal fondée en toutes ses demandes, fins et conclusions, la débouterons » ;

1°/ ALORS QUE, circonscrites aux faits litigieux, les mesures d'instruction dont pourrait dépendre la solution du litige, quelle que puisse être leur étendue, ne s'analysent pas en une mesure générale d'investigation et sont légalement admissibles au sens de l'article 145 du code de procédure civile ; qu'en l'espèce, ainsi que la cour d'appel l'a elle-même rappelé, « la société Sud Radio ( ) cherche à "vérifier les conditions de la mesure d'audience personnelle de Sud Radio" » (arrêt, p. 5, § 7 à 9) ; que pour retenir pourtant que la mesure d'instruction sollicitée « s'analyse[rait] 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 » du code de procédure civile, la cour d'appel a affirmé que cette mesure « vise[rait], sous couvert de "vérification des conditions des mesures d'audience", à la détermination de la méthodologie mise en oeuvre par Médiamétrie » (arrêt, p. 5, § 10) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la mesure d'instruction sollicitée, ayant pour objet de « vérifier les conditions de la mesure d'audience personnelle de Sud Radio », était circonscrite aux faits litigieux en sorte qu'elle ne s'analysait pas en une mesure générale d'investigation et était légalement admissible, la cour d'appel a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS QU'en retenant encore, pour en déduire « que la demande d'expertise s'analyse[rait] en réalité en une mesure d'investigation générale portant sur l'activité de l'institut de sondage », qu'« adhérent au GIE Les Indés Radios, qui a pour objet statutaire de permettre l'accès de ses membres au marché publicitaire national par tous les moyens de diffusion, [la société Sud Radio] est réputée avoir connaissance du déroulement des enquêtes » (arrêt, p. 5, § 10), la cour d'appel a statué par un motif impropre à justifier sa décision, en violation de l'article 145 du code de procédure civile ;

3°/ ALORS QUE 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 ; que pour retenir que la société Sud Radio « ne justifie[rait] pas de soupçons plausibles d'irrégularités des mesures de Médiamétrie, ni, partant, de la possibilité d'une action en justice ultérieure fondée sur l'absence de pertinence de la méthodologie des enquêtes » ni donc d'un « motif légitime » à sa demande, la cour d'appel a affirmé « qu'adhérent au GIE Les Indés Radios, elle a accès à ses résultats d'audience, résultats qu'elle n'a contestés ni auprès du GIE Les Indés Radios, ni auprès du centre d'étude des supports de publicité (CESP), organe de contrôle de Médiamétrie » (arrêt, p. 5, § 12 ; ordonnance, p. 3, § 5-6) ; qu'en statuant par de tels motifs inopérants pris de la connaissance des « résultats » des enquêtes Médiamétrie et de leur absence de contestation auprès d'organismes tiers, la cour d'appel a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

4°/ ALORS QU'en se bornant encore à constater que « Sud radio figure ( ) dans le bandeau Ile-de-France despanels 2017-2018 et 2018-2019 » (arrêt, p. 5, § 14), sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée (conclusions, pp. 5 et 13), si l'absence de proposition immédiate de cette station n'était pas de nature à constituer un biais rendant légitime la mesure d'instruction sollicitée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile ;

5°/ ALORS QUE 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 ; qu'il ne peut être exigé du demandeur qu'il produise d'ores et déjà des éléments de nature à prouver la réalité des faits pour lesquels la mesure d'instruction est sollicitée ; qu'en l'espèce, à titre d'indices pertinents de la réalité des faits reprochés à la société Médiamétrie,

la société Sud Radio présentait notamment l'enquête de l'Ifop sur la notoriété et les habitudes d'écoute de Sud radio ainsi que la fréquentation de son site internet ; qu'en retenant que la société Sud Radio « ne fait état d'aucun élément propre à démontrer ( ) l'existence de distorsions, par rapport aux autres radios, dans la mesure de l'audience de Sud radio, aucun des éléments invoqués n'accréditant de telles distorsions : ni l'enquête de l'Ifop 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 » (arrêt, p. 15, avant-dern. §), la cour d'appel a exigé la preuve des faits que la mesure d'instruction avait précisément pour objet d'établir, en violation de l'article 145 du code de procédure civile.