

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 1 - Chambre 3
ARRET DU 20 SEPTEMBRE 2016

Numéro d'inscription au répertoire général : 16/15818
Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 12 Juillet 2016 -Tribunal de Commerce de
PARIS RG n° 16/42716

APPELANTS

SA SOCIETE D'EXPLOITATION RADIO CHIC ('SERC') - nom commercial Fun Radio -
Agissant poursuites et diligences en la personne de son directeur général
adresse [...]

75008 PARIS

SA IP FRANCE Agissant poursuites et diligences en la personne de son directeur général
16 cours Albert 1er

75008 PARIS

Représentées par Mr Florence GUERRE de la SELARL SELARL PELLERIN - DE MARIA
GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018 assistées de Mr Michel LAVAL de la
SCP MICHEL LAVAL & ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : P0108

INTIMES

SAS LAGARDERE ACTIVE agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux
149- adresse [...]

92300 LEVALLOIS-PERRET

N° SIRET : 433 443 124

Représentée par Mr Frédéric LALLEMENT de la SCP BOLLING - DURAND -
LALLEMENT, avocat au barreau de PARIS, toque : P0480 assistée de Mr Pierre-olivier
CHARTIER de l'ASSOCIATION CARRERAS, BARSIKIAN, ROBERTSON & ASSOCIES,
avocat au barreau de PARIS, toque : R139

SA VORTEX. agissant en la personne de ses représentants légaux

SA VORTEX. agissant en la personne de ses représentants légaux

37 bis, adresse [...]

75002 PARIS

N° SIRET : 332 149 442

Représentée par Mr Frédéric LALLEMENT de la SCP BOLLING - DURAND -
LALLEMENT, avocat au barreau de PARIS, toque : P0480
assistée de Mr Olivier CHAPPUIS de la SCP DAUZIER & Associés, avocat au barreau de
PARIS, toque : P0224

SAS RADIO NOSTALGIE Agissant poursuites et diligences de son Président et/ou tous
représentants légaux
adresse [...]
75016 PARIS
N° SIRET : 331 014 225

SA NRJ GROUP agissant poursuites et diligences de son Président du Conseil
d'Administration et Directeur Général en exercice
22, adresse [...]
75016 PARIS
N° SIRET : B33 203 612 8

SAS NRJ agissant poursuites et diligences de son Président en exercice et/ou tous
représentants légaux
adresse [...]
75016 PARIS
N° SIRET : 328 232 731

SAS CHERIE FM Agissant poursuites et diligences de son président ou tout autre
représentant légal
adresse [...]
75016 PARIS
N° SIRET : 341 076 867

SAS RIRE ET CHANSONS Agissant poursuites et diligences de son président ou tout autre
représentant légal
adresse [...]
75016 PARIS
N° SIRET : 353 272 941

Représentées par Mr François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125
Assistées de Mr Didier THEOPHILE de l'AARPI DARROIS VILLEY MAILLOT
BROCHIER, avocat au barreau de PARIS, toque : R170

SA MEDIAMETRIE Société Anonyme au capital de 930.000 euros immatriculée au RCS de
Nanterre sous le n°333 344 000 agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux
adresse [...]
92300 LEVALLOIS PERRET

Représentée par Mr Frédérique ETEVENARD, avocat au barreau de PARIS, toque : K0065
assistée de Mr Catherine LE GUEN de la SCP AYME RAVAUD LE GUEN, avocat au
barreau de PARIS, toque : P0413

GIE LES INDEPENDANTS agissant en la personne de ses représentants légaux
14, adresse [...]
75016 PARIS 16

Représenté par Mr Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477 assisté de Mr Inaki SAINT ESTEBEN de l'AARPI VIGUIE SCHMIDT, avocat au barreau de PARIS, toque : R145

SA NEXT RADIO TV agissant poursuites et diligences de son Directeur Général en exercice
12, adresse [...]
75015 PARIS
N° SIRET : 433 671 054

Représentée par Mr François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125 assistée de Mr Olivier FRÉGET de la SELEURL OFR-AVOCAT, avocat au barreau de PARIS, toque : L0261

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 30 Août 2016, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant Mme Mireille QUENTIN DE GROMARD, Conseillère, chargée du rapport.
Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :
Madame Martine ROY-ZENATI, Présidente de chambre
Madame Anne-Marie GRIVEL, Conseillère
Mme Mireille QUENTIN DE GROMARD, Conseillère
Greffier, lors des débats : Mlle Véronique COUVET

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 Madame Martine ROY-ZENATI, président et par Mlle Véronique COUVET, greffier

FAITS ET PROCEDURE

La SA Société d'Exploitation Radio Chic (SERC) exploite, sous la dénomination 'Fun Radio', un réseau de radiodiffusion musicale de grande écoute lequel comprend une station de radio nationale et onze antennes locales qui produisent leur propre programme et font partie du Groupe RTL (RTL Group).

La SA IP France est la régie exclusive des radios de RTL Group dont elle commercialise les espaces auprès d'annonceurs et agences médias.

La SA Médiamétrie assure quant à elle la mesure scientifique des audiences des principaux médias audiovisuels dont la radio et publie notamment par vagues bimestrielles ou trimestrielles une enquête intitulée '126 000 Radio' réalisée par interviews téléphoniques.

Le 15 février 2016 les sociétés SERC et IP France ont conclu avec la société Médiamétrie un contrat de souscription pour l'année 2016 aux enquêtes '126 000 Radio' et grilles 'Radio Eté', dont l'objet est de définir les modalités d'accès et les conditions d'utilisation des résultats d'audience par Fun Radio.

Elles ont par ailleurs signé le 5 février 2016 avec cette même société un contrat de souscription à l'étude 'Médialocales 2016' dont l'objet est de définir les modalités d'accès ainsi que les conditions d'utilisation par le souscripteur des résultats d'audience produits par Médiamétrie dans le cadre de l'étude 'Médialocales'.

A la suite d'accusations de tricherie et de fraude à l'encontre de Fun Radio par le procédé de messages de l'un de ses animateurs radio de nature à fausser les résultats d'audience dans le cadre des enquêtes '126 000 Radio' et 'Médialocales 2016', le comité Radio de la société Médiamétrie a décidé le 29 juin 2016 de :

- publier les vagues avril-juin 2016, janvier-mars 2016 et Médialocales de septembre 2015-juin 2016 corrigées des effets des messages de Fun Radio sur la base d'une méthodologie contrôlée par le Centre d'étude des supports de publicité (CESP),
- ne pas publier les résultats de Fun Radio dans les vagues avril-juin 2016 et janvier-mars 2016 ainsi que dans les 'Médialocales',
- réintégrer Fun Radio dans la publication des résultats de la '126 000 Radio' une fois établi qu'il n'y a pas de rémanence des messages de Fun Radio auprès du public potentiellement interrogé dans la '126 000 Radio'.

Autorisées par ordonnance du 7 juillet 2016 rendue par le président du tribunal de commerce de Paris à assigner la société Médiamétrie en référé d'heure à heure, les sociétés SERC et IP France ont sollicité notamment la suspension des décisions prises par la société Médiamétrie le 29 juin 2016 et la publication sous astreinte des résultats '126 000 Radio' et 'Médialocales' de Fun Radio.

La SAS Lagardère Active, la SA Vortex (ayant pour nom commercial Skyrock), la SAS Radio Nostalgie, la SA NRJ Group, la SAS NRJ, la SAS Chérie FM, la SAS Rire et Chansons, le GIE Les Indépendants et la SA Next Radio TV sont intervenus volontairement à l'audience.

Par ordonnance contradictoire du 12 juillet 2016, le juge des référés du tribunal de commerce de Paris a :

- pris acte de l'intervention volontaire des sociétés NRJ Group, NRJ, Radio Nostalgie, Chérie FM, Rire et Chansons, Next Radio TV, Lagardère Active, Vortex (ayant pour nom commercial Skyrock) et du GIE Les Indépendants,
- débouté la SA Société d'Exploitation Radio Chic (ayant pour nom commercial Fun Radio) et la SA IP France de l'ensemble de leurs demandes,
- débouté toutes les parties à l'instance de leurs demandes subsidiaires,
- débouté tous les intervenants volontaires de leurs demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamné la SA Société d'Exploitation Radio Chic et la SA IP France à payer à la SAS Médiamétrie la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Le 25 juillet 2016, les sociétés SERC et IP France ont interjeté appel de cette décision. Par ordonnance du 26 juillet 2016 rendue par le premier président de la cour d'appel de Paris, les sociétés SERC et IP France ont été autorisées à assigner à jour fixe les sociétés Médiamétrie, Lagardère Active, Vortex, Radio Nostalgie, NRJ Group, NRJ, Chérie FM, Rire et Chansons, Next Radio TV et le GIE Les Indépendants pour l'audience du 30 août 2016.

Dans leurs conclusions régulièrement transmises le 29 août 2016 les sociétés SERC et IP France demandent à la cour sur le fondement des articles 872 et 873 du code de procédure civile et 1134 du code civil de :

- rejeter les demandes d'irrecevabilité des demandes et des pièces qu'elles ont produites,
- infirmer l'ordonnance entreprise,
- leur donner acte de toutes leurs réserves et protestations relatives à la correction des résultats d'audience de la vague publiée le 13 juillet 2016 opérée par la société Médiamétrie,
- ordonner à la société Médiamétrie de publier les résultats '126 000 Radio' de Fun Radio des vagues d'avril à juin 2016 et de janvier à mars 2016 et les résultats 'Médialocales' de septembre 2015 à juin 2016 dans les mêmes conditions que la publication des résultats d'audience du 13 juillet des autres radios, sous astreinte journalière de 10 000 euros de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir,
- ordonner à la société Médiamétrie de publier les résultats '126 000 Radio' de Fun Radio des prochaines vagues d'audience à paraître, dans les mêmes conditions que les autres radios, sous astreinte journalière de 10 000 euros de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir,
- ordonner à la société Médiamétrie de communiquer aux centres serveurs (notamment à Pop Corn et JFC) les données individuelles de Fun Radio aux fins de médiaplanning pour la vague avril-juin 2016 et 'Médialocales' de septembre 2015 à juin 2016 sous astreinte journalière de 10000 euros de retard à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir,
- rejeter toutes les demandes, fins et conclusions des sociétés Médiamétrie, NRJ Group, NRJ, Radio Nostalgie, Chérie FM, Rire et Chansons, les Indépendants, Next Radio TV, Lagardère Active et Vortex, - condamner solidairement les sociétés Médiamétrie, Lagardère Active, Vortex, Radio Nostalgie, NRJ Group, NRJ, Chérie FM, Rire et Chansons, Les Indépendants et Next Radio TV au paiement de la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Au principal, elles contestent le caractère litigieux des messages prononcés par l'animateur des émissions matinales de Fun Radio.

Elles ajoutent que la société Médiamétrie ne dispose d'aucun pouvoir légal ou contractuel lui permettant de prendre une mesure de suspension à titre de sanction, qui constitue un trouble manifestement illicite, alors que seule la résiliation du contrat est envisagée à l'article 11.8 des conditions générales de services ; qu'en outre, cette suspension lui occasionne un dommage imminent, la non publication des résultats d'audience de Fun Radio, sur la base desquels la station commercialise les publicités diffusées par les annonceurs, la privant de chiffre d'affaires publicitaire qui constitue l'essentiel de ses recettes.

Dans ses conclusions régulièrement transmises le 30 août 2016, auxquelles il convient de se reporter, la société Médiamétrie demande à la cour sur le fondement des articles 872 et 873 du code de procédure civile et 1134 du code civil de :

- déclarer irrecevables les pièces 42 à 52 communiquées par la SERC et la société IP France les 26 et 29 août 2016,
- les écarter des débats,
- confirmer l'ordonnance entreprise,
- déclarer les sociétés SERC et IP France mal fondées en toutes leurs demandes et les en débouter,
- condamner solidairement les sociétés SERC et IP France au paiement de la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Elle soutient qu'il existe une corrélation forte entre la violation de l'article 7 des conditions générales du contrat de service et l'augmentation de la part d'audience de Fun Radio dans les statistiques de Médiamétrie ; que cette incitation illicite à répondre aux enquêtes Médiamétrie dans un sens favorable à Fun Radio a affecté les résultats statistiques des audiences mesurées ; que les sanctions prises par la société Médiamétrie ont permis de protéger la fiabilité et la pérennité des mesures d'audience rendues chaque trimestre.

Elle soutient que l'inexécution de leurs obligations par les sociétés SERC et IP France est de nature à l'affranchir de ses obligations corrélatives et l'autorise à refuser provisoirement de fournir les prestations qui lui incombent, sans que l'exercice de cette faculté soit constitutif d'un trouble manifestement illicite ; que les difficultés de commercialisation de l'espace publicitaire alléguées à l'appui du dommage imminent est la conséquence totalement prévisible des agissements frauduleux de Fun Radio.

Par ses dernières conclusions n°3 transmises le 29 août 2016, la société Lagardère Active, intimée, demande à la cour sur le fondement des articles 918 et 873 du code de procédure civile de :

- déclarer irrecevables et écarter des débats les pièces n°42 à n°47 et n° 48 à n° 52 communiquées par Fun Radio et IP France les 26 août 2016 et 29 août 2016 ainsi que tout moyen et/ou argument développés par les appelants sur le fondement de ces pièces,
- déclarer irrecevable comme nouvelle en appel et en tout cas mal fondée la demande des sociétés SERC et IP France visant à voir 'ordonner à Médiamétrie de publier les résultats '126 000 radios' de Fun Radio des prochaines vagues d'audience à paraître, dans les mêmes conditions que les autres radios, sous astreinte journalière de 10 000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir',
- dire n'y avoir lieu à référé et confirmer en conséquence l'ordonnance dont appel,
- débouter les sociétés SERC et IP France de l'ensemble de leurs demandes,
- condamner solidairement les sociétés SERC et IP France au paiement de la somme de 25 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Elle fait valoir que Fun Radio a commis des violations graves et réitérées du contrat conclu avec Médiamétrie, qui ont eu des conséquences très significatives sur ses résultats d'audience;

que ces résultats n'ont pu être publiés, sauf à ce que Médiamétrie trompe le marché et manque à ses obligations contractuelles vis-à-vis des autres souscripteurs.

Par conclusions transmises le 26 août 2016 la SA Vortex (ayant pour nom commercial Skyrock), demande à la cour sur le fondement des articles 918, 564, 565 et 873 du code de procédure civile de :

- rejeter des débats les pièces n°42, 43, 44, 45 et 46 nouvellement communiquées par les sociétés appelantes le 26 août 2016 à 12h21, en ce qu'elles ne visent pas à répondre à des arguments nouveaux présentés en cause d'appel par les sociétés intimées,
- déclarer les sociétés appelantes irrecevables en leur demande tendant à voir 'ordonner à Médiamétrie de publier les Résultats 126.000 Radios de Fun Radio des prochaines vagues d'audience à paraître, dans les mêmes conditions que les autres radios, sous astreinte journalière de 10.000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir', s'agissant d'une prétention nouvelle en cause d'appel,
- dire n'y avoir lieu à référé,
- débouter les sociétés Fun Radio et IP France de l'ensemble de leurs demandes, fins, moyens et prétentions,
- confirmer en son principe l'ordonnance de référé du 12 juillet 2016,
- condamner in solidum les sociétés Fun Radio et IP France aux dépens et à verser à la société VORTEX la somme de 10 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle rappelle que les appelantes ont renoncé à leur demande formulée à titre principal devant le premier juge tendant à voir ordonner à Médiamétrie de publier les résultats d'audience non corrigés, ce qui constitue l'aveu de ce que les messages diffusés à répétition sur l'antenne Fun Radio ont gravement affecté les conditions de recueil des audiences des différentes radios.

Dans ses conclusions régulièrement transmises le 29 août 2016, auxquelles il convient de se reporter, le GIE Les Indépendants demande à la cour, sur le fondement des articles 917 et 564 du code de procédure civile, de :

- déclarer irrecevable la prétention nouvelle des sociétés Fun Radio et IP France,
- déclarer irrecevables les pièces nouvelles n° 42 à 52 déposées le 26 août 2016 par les sociétés Fun Radio et IP France ainsi que tout moyen ou argument développé par Fun Radio et IP France sur le fondement de ces pièces,
- confirmer l'ordonnance entreprise,
- rejeter les demandes des sociétés Fun Radio et IP France,
- condamner les sociétés Fun Radio et IP France et au paiement de la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Il fait valoir que la prétention des appelants tendant à la publication des résultats d'audience de Fun Radio des 'prochaines vagues à paraître' est nouvelle au sens de l'article 564 du code de procédure civile et donc irrecevable dès lors que ses prétentions initiales se bornaient exclusivement à demander la publication des résultats d'audience pour les 'vagues avril-juin 2016" et 'septembre-juin 2016".

Il soutient que l'animateur des émissions matinales de Fun radio a prononcé des messages incitant les auditeurs à répondre favorablement aux enquêtes de Médiamétrie ; que ces faits sont contraires aux termes de l'article 7 du contrat de service qui interdit toute initiative susceptible d'affecter les conditions de recueil par Médiamétrie des résultats d'audience ; que les mesures prises par Médiamétrie sont justifiées par le manquement des appelantes à leurs obligations et qu'elles ne peuvent dès lors constituer un trouble manifestement excessif ; que Fun Radio ne justifie aucunement d'une impossibilité de commercialiser ses espaces publicitaires, et donc d'un dommage imminent.

Dans ses conclusions régulièrement transmises le 26 août 2016, auxquelles il convient de se reporter, la société Next Radio TV demande à la cour sur le fondement de l'article 873 alinéa 1 du code de procédure civile de :

- débouter les sociétés SERC et IP France de l'ensemble de leurs demandes,
- confirmer l'ordonnance entreprise,
- condamner solidairement les sociétés SERC et IP France au paiement de la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Elle soutient que le premier juge s'est borné à relever le nombre et les effets de ces messages sans porter d'appréciation au fond sur leur teneur et leur qualification ; que Fun radio est à l'origine du trouble qu'elle invoque ; que c'est la publication par la société Médiamétrie de données erronées qui aurait constitué un trouble manifestement illicite.

Elle soutient que le préjudice de Fun Radio n'est qu'éventuel, et qu'une perte de chance éventuelle n'est pas constitutive d'un dommage imminent.

Par ailleurs par 'conclusions de procédure afin de rejet des débats' régulièrement transmises le 26 août 2016, auxquelles il convient de se reporter, la société Next Radio TV demande à la cour sur le fondement de l'article 918 du code de procédure civile de déclarer irrecevables les pièces n°42 à n°47 communiquées par Fun Radio le 26 août 2016.

Par conclusions transmises le 26 août 2016 les sociétés NRJ Group, NRJ, Radio Nostalgie, Chérie FM et Rire et Chansons demandent à la cour sur le fondement des articles 564, 565, 873 du code de procédure civile et 184 du code civil, de :

- juger irrecevable la demande des sociétés SERC et IP France de voir publier les résultats de Fun Radio dans les prochaines vagues d'audience,
- débouter les sociétés SERC et IP France de toutes leurs demandes, y compris celle au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des dépens,
- confirmer en tous points l'ordonnance rendue le 13 juillet 2016,
- condamner les sociétés SERC et IP France aux dépens et paiement de la somme de 35 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par 'conclusions de procédure afin de rejet des débats' transmises le 29 août 2016 les sociétés NRJ Group, NRJ, Radio Nostalgie, Chérie FM et Rire et Chansons demandent par ailleurs à la cour, sur le fondement de l'article 918 du code de procédure civile, de juger irrecevables les nouvelles pièces adverses n°42 à 47 communiquées par les appelantes le 26 août 2016.

Enfin par 'conclusions de procédure afin de rejet des débats n°2', ces mêmes sociétés sollicitent de la cour de :

- juger irrecevables les nouvelles pièces adverses n° 48 à 52 communiquées par les appelantes le 29 août 2016 ainsi que tout moyen et/ou argument développé par les appelantes sur le fondement de ces pièces,
- juger irrecevable tout moyen et/ou argument développé par les appelantes sur le fondement des pièces adverses n°42 à 47.

SUR CE, LA COUR,

1 - sur la recevabilité des pièces numérotées 42 à 52 produites par les appelantes :

Considérant que l'article 918 du code de procédure civile prévoit que la requête aux fins d'assignation à jour fixe doit contenir les conclusions sur le fond et viser les pièces justificatives ; que copie de la requête et des pièces doivent être remises au premier président pour être versée au dossier de la cour ; qu'il résulte de ces dispositions que de nouvelles pièces s'ajoutant à celles visées à la requête ne peuvent être produites par l'appelant que si elles visent à répondre à des arguments nouveaux présentés en appel par l'intimé ;

Considérant que Serc et IP France ont transmis de nouvelles pièces numérotées 42 à 47 le 26 août 2016, puis numérotées 48 à 52 le 29 août 2016 ;

Considérant que le jour de la première transmission litigieuse, seul le GIE Les Indépendants avait conclu antérieurement, soit le 25 août 2016 ; que les sociétés NRJ Group, NRJ, Radio Nostalgie, Chérie FM, Rire et Chansons, Vortex, NextRadioTV, et Lagardère Active ont conclu le 26 août, sans qu'il soit établi que la transmission des pièces ait été postérieure à la transmission des écritures de ces parties intimées ;

Considérant que les pièces litigieuses sont :

- deux constats d'huissier (pièces n°42 et 43) des 28 juin et 12 août 2016 ; que le constat du 28 juin 2016 est antérieur d'un mois au dépôt de la requête ; que le second constat est destiné à la retranscription de bandes son émises par des radios concurrentes au cours des mois de janvier, mars et mai 2016 ;
- les notes internes de Fun Radio et IP France (pièces n°44 et n°45) destinées à étayer le dommage imminent allégué par Fun Radio et IP France ;
- le rapport de la société SLPV (pièce n°46) du 25 août 2016 qui a donc nécessairement été commandé par Fun Radio et IP France bien avant la signification des conclusions du 25 août 2016, et porte sur les effets des pratiques de Fun Radio et la pertinence de la méthode correctrice employée par Médiamétrie ;
- des échanges de courriels entre IP France et le CESP des 24 et 26 août 2016 (pièce n°47) par lesquels Fun Radio et IP France ont interrogé ce dernier au sujet de la méthode correctrice mise en oeuvre par Médiamétrie ;

Considérant que la cour relève que les appelantes ne démontrent pas que ces pièces ont été transmises pour répondre à de nouveaux arguments développés par le GIE Les Indépendants dans ses écritures du 25 août 2016, et que certaines d'entre elles préexistaient à la requête introduite le 26 juillet précédent ;

Considérant qu'il en est de même des pièces n°48 à n°52 communiquées par Fun Radio et IP France le 29 août 2016, qui sont des articles de presse publiés à des dates non précisées relatifs au présent litige, dont il n'est pas davantage démontré qu'elles viseraient à répondre à de nouvelles pièces ou de nouveaux arguments développés en appel par les autres intimés ;

Considérant qu'il s'ensuit que les pièces numérotées 42 à 52 produites par les appelantes doivent être déclarées irrecevables et écartées des débats ;

2 - sur les demandes principales :

Considérant qu'en application de l'article 873 alinéa 1er du code de procédure civile, le président du tribunal de commerce peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Considérant que le dommage imminent s'entend du « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer » et le trouble manifestement illicite résulte de « toute perturbation résultant d'un fait qui directement ou indirectement constitue une violation évidente de la règle de droit » ;

Qu'il s'ensuit que pour que la mesure sollicitée soit prononcée, il doit nécessairement être constaté, à la date à laquelle la cour statue et avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, l'imminence d'un dommage, d'un préjudice ou la méconnaissance d'un droit, sur le point de se réaliser et dont la survenance et la réalité sont certaines, qu'un dommage purement éventuel ne saurait donc être retenu pour fonder l'intervention du juge des référés ; que la constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence afin d'en éviter les effets ;

Considérant que l'article 2 du contrat de souscription pour l'année 2016 aux enquêtes 126 000 Radio et grilles radio d'été stations/régies, conclu le 15 février 2016 entre Fun Radio, IP France et Médiamétrie, précise qu'il est constitué de l'intégralité des documents suivants, classés par ordre de priorité :

- le corps du contrat comprenant les articles 1 à 8 ;
- l'annexe 1 'Liste des Départements d'Implantation des Emetteurs' si applicable ;
- les conditions générales de services des études radio ELG - 15363 ;

Considérant que l'article 7 des conditions générales de services ELG - 15363, intitulé 'RESPECT DES CONDITIONS DE RECUEIL' précise :

'Le SOUSCRIPTEUR s'interdit tout acte et toute initiative ayant pour objet ou susceptible d'avoir pour effet, directement ou indirectement, d'affecter les conditions de recueil par

MEDIAMETRIE des résultats d'audience faisant l'objet du présent contrat. Le SOUSCRIPTEUR reconnaît à cet égard que le respect de cette obligation est essentiel pour permettre à MEDIAMETRIE de satisfaire aux exigences du présent contrat et aux engagements qu'elle a souscrits envers l'ensemble de ses clients'

Considérant que le contrat de souscription à l'étude Médialocales 2016 conclu le 5 février 2016 entre IP Régions, pour le compte notamment de Fun Radio, et Médiamétrie est constitué des mêmes documents, ainsi que rappelé à son article 2 ;

Considérant qu'il est établi par les constats d'huissier dressés les 8, 9 et 13 juin à la demande de NRJ Group, et le 21 juin 2016 à la demande de la SAS NRJ à partir des piges Yacast, société d'études spécialisée dans la veille des médias audiovisuels, les comptes Facebook, Twitter et Internet de Fun Radio, que l'animateur de la matinale de cette antenne a demandé à de nombreuses reprises à ses auditeurs de répondre aux enquêteurs de Médiamétrie :

- qu'ils ont écouté Fun Radio au cours de dernières 24 heures, même si cela n'a pas été le cas : « Si un jour vous avez un coup de fil. On vous dit 'Bonjour c'est Médiamétrie, est-ce que vous avez 10 minutes à nous accorder'. Le premier réflexe qu'on a, on l'a tous, c'est 'non, je n'ai pas le temps'. Prenez 10 minutes. Pourquoi' Parce que cette personne va vous poser des questions en vous disant 'Quelle radio vous avez écouté hier matin " Vous dites Fun Radio 'Et après en rentrant du travail quelle radio vous avez écouté " 'J'ai écouté Fun Radio' En vous couchant vous avez écouté Fun Radio. 'Et dans votre journée vous avez écouté d'autres radios" 'Non, vous écoutez Fun Radio » ;

- qu'ils écoutent uniquement Fun Radio et aucune autre radio, même si ils en écoutent d'autres:

« même si à un moment vous avez zappé parce que j'ai lancé une pub et que pendant la pub vous êtes partis écouter Skyrock. Ce n'est pas grave vous dites Fun Radio quand même. Vous dites Fun Radio quoi qu'il arrive d'accord » ;

Qu'il résulte encore de ces constats que cet animateur a incité ses auditeurs de manière réitérée à évoquer Médiamétrie avec les membres de leur entourage afin qu'ils citent également la radio s'ils devaient être interrogés par Médiamétrie, même s'ils ne sont pas auditeurs eux-mêmes :

« Et puis dites-le aussi à vos amis, même ceux qui écoutent pas Fun Radio. Votre grand-mère qui écoute pas la radio, elle est sourde. Vous pouvez dire Fun Radio même sans nous écouter. Faut mentir. Voilà c'est sûr » ;

Que de nombreux auditeurs ont adressé des messages et tweets pour l' informer qu'ils avaient mis en pratique ces recommandations ;

Considérant que le CESP, organisme interprofessionnel qui a pour mission d'auditer et de contrôler les études média en France, et donc à ce titre organe de contrôle de Médiamétrie, a effectué une analyse des résultats d'audience de la vague de janvier-mars 2016 et de la pige antenne, dont il résulte que l'animateur a réitéré ses messages de septembre 2015 à juin 2016 ; que cet organisme évoque une campagne de grande ampleur dans le temps et dans la volumétrie des messages, reposant sur une construction méthodique, démontrant que

l'animateur possédait une bonne connaissance de l'enquête 126 000 ; que ce rapport conclut le 14 juin 2016 que cette campagne massive a un double impact sur cette enquête, tant au niveau de la participation à l'enquête qu'au niveau des résultats d'audience, puisque, au travers d'incitations fortes et répétées à répondre à Médiamétrie, Fun Radio contribue à surreprésenter ses auditeurs notamment parmi les jeunes répondants, et à ne pas retranscrire la réalité de leur écoute, ce qui a un triple effet sur les niveaux d'audience dès lors que :

- ne citer que Fun Radio tout au long de la journée a un impact sur la durée d'écoute par auditeur,
- citer Fun Radio à la place d'autres stations a une incidence sur les résultats des autres stations, en particulier sur la part d'audience,
- le caractère répétitif, la longue durée de la campagne et le mécanisme de 'complicité, voire de manipulation' mis en place par l'animateur de Fun Radio peuvent entraîner des effets de rémanence importants sur les déclarations à venir des auditeurs de cette station ;

Considérant que ces éléments démontrent que Fun Radio a par le comportement de son animateur, répété et délibéré, manqué au respect de l'obligation substantielle mise à sa charge par l'article 7 des conditions générales applicables aux contrats souscrits, de ne pas affecter les conditions de recueils par Médiamétrie des résultats d'audience ;

Considérant que l'article 5 du contrat de souscription aux enquêtes 126 000 radio et grilles radio d'été stations/régies stipule que c'est sous réserve du respect par le souscripteur des conditions du contrat que Médiamétrie lui concède une licence limitée, personnelle, non cessible et non exclusive d'utilisation des résultats d'audience ;

Que Médiamétrie a adressé au président du directeur de RTL Group le 16 juin 2016 une mise en demeure aux fins de cesser la diffusion de tout message mentionnant l'étude 126 000 et de tout acte susceptible d'affecter les conditions de recueil des résultats d'audience ; que par ce courrier, Médiamétrie l'informait des résultats de l'enquête de la CESP et annonçait la saisine du Comité Radio, comité consultatif qui a pour mission de l'assister dans la définition, l'orientation et la gestion des différents services et produits qu'elle commercialise dans le domaine de la mesure de l'audience des radios, l'avisant en outre qu'à titre conservatoire pendant le travail d'analyse qu'elle entreprenait, elle suspendait la communication de ses estimations intermédiaires ;

Considérant que Fun Radio a participé à la réunion du Comité Radio tenue le 23 juin au cours de laquelle Médiamétrie lui a remis ses conclusions, de sorte qu'elle ne peut prétendre ne pas avoir été informée de la position adoptée par Médiamétrie à son égard et de ses causes ; qu'il résulte du travail de recherches effectué par Médiamétrie que les messages diffusés à l'antenne par Fun Radio ont affecté les conditions de recueil des résultats d'audience et qu'il existe une corrélation entre la diffusion de ces messages par Fun Radio et l'évolution de son audience ; qu'il résulte en effet manifestement de cette analyse une coïncidence temporelle très forte entre les messages à l'antenne de l'animateur de l'émission matinale et l'évolution de l'audience de la station se traduisant par une corrélation entre la part d'audience de Fun Radio et le nombre de messages à l'antenne égale à 88,9% que la cour constate que les nombreux documents produits aux débats provenant tant de l'enquête du CESP que de l'analyse de Médiamétrie corroborent ce constat qui n'est pas utilement contesté par les appelants ;

Qu'il s'ensuit que le manquement à l'obligation contractuelle à laquelle Fun Radio était tenue, est la cause, par voie d'exception, de l'inexécution par Médiamétrie de son propre engagement, qui s'est traduite par sa décision du 29 juin 2016 de publier les vagues avril-juin 2016, janvier-mars 2016 et Médialocales septembre 2015-juin 2016 corrigées des effets des messages de Fun Radio à l'antenne et de ne pas publier les résultats de Fun Radio dans les vagues avril-juin 2016, janviermars 2016 ainsi que Médialocales ; que cette décision, fondée sur une cause contractuelle, n'est pas manifestement illicite ;

Considérant que la gravité du dommage découlant de cette décision invoqué par les appelantes est la contrepartie du comportement fautif de Fun Radio à l'égard de leur cocontractante et n'est donc pas manifestement imputable à Médiamétrie ;

Que les mesures correctrices adoptées par Médiamétrie, se référant à une méthode reconnue par les spécialistes des sondages et qui a fait l'objet de publications internationales, ont été approuvées par le CESP à l'issue de sa délibération du 29 juin 2016 comme étant pertinentes pour corriger un biais de sur-déclaration d'audience en minimisant l'intervention sur un échantillon, et n'est pas sérieusement critiquée par les appelantes ;

Que la réduction du nombre d'interviews de l'échantillon final augmentant bien davantage l'incertitude statistique des résultats de Fun Radio que celle des autres stations, Médiavision ne pouvait publier les résultats, même corrigés, de Fun Radio ;

Que la mesure prise de publier les vagues avril-juin 2016, janvier-mars 2016 et Médialocales septembre 2015-juin 2016 corrigées des effets des messages de Fun Radio à l'antenne, et de ne pas publier les résultats de Fun Radio dans les vagues avril-juin 2016, janvier mars 2016 ainsi que Médialocales est manifestement proportionnée à l'atteinte portée à la fiabilité des informations recueillies et à la responsabilité confiée à cet organisme par les acteurs du marché radio, agences, annonceurs, de sorte qu'elle ne peut être la cause d'un dommage imminent ;

Considérant qu'il s'en déduit qu'en l'absence de caractérisation d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, l'ordonnance doit être confirmée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes formées par les sociétés SERC et IP France aux fins d'ordonner la publication par Médiamétrie des résultats '126 000 Radio' de Fun Radio des vagues d'avril à juin 2016 et de janvier à mars 2016 et des résultats 'Médialocales' de septembre 2015 à juin 2016 dans les mêmes conditions que la publication des résultats d'audience du 13 juillet des autres radios, et aux fins d'ordonner à la société Médiamétrie de communiquer aux centres serveurs (notamment à Pop Corn et JFC) les données individuelles de Fun Radio aux fins de médiaplanning pour la vague avril-juin 2016 et 'Médialocales' de septembre 2015 à juin 2016 ; Considérant qu'en cause d'appel, les sociétés SERC et IP France demandent à la cour d'ordonner à Médiamétrie de publier les résultats 126 000 Radios de Fun Radio des prochaines vagues d'audience à paraître, dans les mêmes conditions que les autres radios, sous astreinte journalière de 10 000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir ;

Que cette demande, qui a pour finalité d'obtenir la remise en cause des mesures prises à l'encontre de Fun Radio par Médiamétrie le 13 juillet 2016, tend aux mêmes fins que celles

dont le juge des référés a été initialement saisi, et doit être déclarée recevable par application des dispositions de l'article 565 du code de procédure civile ;

Considérant que les pièces ci-dessus analysées et notamment les constats d'huissier ne permettent pas d'établir un renouvellement du comportement fautif de Fun Radio au-delà du 27 juin 2016 ; que le caractère répétitif et la longue durée de la campagne reprochée à Fun Radio antérieurement laisse craindre au CESP des effets de rémanence sur les déclarations à venir des auditeurs de cette station, au motif que les plus fidèles ne vont pas oublier immédiatement les incitations qu'ils ont reçues ; que pour autant, l'incidence de cette rémanence éventuelle sur les résultats d'audience de la station n'est à ce jour qu'hypothétique, de sorte que la mesure prise par Médiamétrie de ne réintégrer Fun Radio dans la publication des résultats de la 126 000 Radio qu'une fois établi qu'il n'y a pas de rémanence des messages auprès du public potentiellement interrogé constitue un dommage imminent en la plaçant, sans qu'aucun grief ne soit démontré à son encontre, dans une situation d'incertitude tarifaire à l'égard de ses annonceurs et d'impossibilité de vendre son espace publicitaire dans des conditions conformes à ses résultats ; qu'il sera fait droit à la demande, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une astreinte ;

3 - sur les demandes accessoires :

Considérant que le sort des dépens et de l'indemnité de procédure a été exactement réglé par le premier juge ;

Qu'à hauteur de cour, il convient d'accorder à la société Médiamétrie, contrainte d'exposer de nouveaux frais pour se défendre, une indemnité complémentaire sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile dans les conditions précisées au dispositif ci-après ;

Que l'équité ne commande pas d'allouer aux sociétés intervenantes en première instance une indemnité de procédure ;

Que les appelantes qui succombent sur l'essentiel de leurs prétentions ne peuvent prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure et supporteront les dépens d'appel ;

PAR CES MOTIFS

Déclare irrecevables les pièces numérotées 42 à 52 transmises par les sociétés SERC et IP France ;

Confirme l'ordonnance entreprise ;

Y ajoutant,

Déclare recevable la demande formée en cause d'appel par les sociétés SERC et IP France ;

Ordonne à la société Médiamétrie de publier les résultats 126 000 Radios de Fun Radio des prochaines vagues d'audience à paraître, dans les mêmes conditions que les autres radios ;

Dit n'y avoir lieu à ordonner une astreinte ;

Condamne les sociétés SERC et IP France à verser à la société Médiamétrie la somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Déboute les autres parties de leur demande d'indemnité de procédure ;

Condamne les sociétés SERC et IP France aux dépens, distraits conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT