

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE BORDEAUX
PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE
ARRÊT DU 19 DÉCEMBRE 2017**

N° de rôle : 16/07370

**SOCIÉTÉ CIVILE DES PRODUCTEURS PHONOGRAPHIQUES (SCPP)
c/ SARL PRODUCTION 31 DISTRIBUTION**

Nature de la décision : AU FOND

SUR RENVOI DE CASSATION

Décisions déferées à la Cour sur renvoi de cassation d'un arrêt rendu le 14 décembre 2016 (Pourvoi n° S 15-21.396) la Première Chambre Civile la Cour de Cassation sur un arrêt rendu le 28 avril 2015 (RG 11/00088 par la Deuxième Chambre Civile Section 2 de la Cour d'Appel de TOULOUSE en suite d'un jugement du Tribunal de Grande Instance de TOULOUSE du 16 décembre 2010(RG 09/01449), suivant déclaration de saisine en date du 16 décembre 2016

DEMANDERESSE

SOCIÉTÉ CIVILE DES PRODUCTEURS PHONOGRAPHIQUES (SCPP) prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège social NEUILLY SUR SEINE CEDEX
représentée par Maître Julien MERLE, avocat postulant au barreau de BORDEAUX, et assistée de Maître Nicolas BOESPFLUG, avocat plaidant au barreau de PARIS

DÉFENDERESSE

SARL PRODUCTION 31 DISTRIBUTION prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège social THIL
représentée par Maître Pierre FONROUGE de la SELARL LEXAVOUE BORDEAUX, avocat postulant au barreau de BORDEAUX, et assistée de Maître Jeannine ROSSIER, avocat plaidant au barreau de TOULOUSE

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 07 novembre 2017 en audience publique, devant la Cour composée de :

Elisabeth LARSABAL, président,
Catherine COUDY, conseiller,
Catherine BRISSET, conseiller, qui en ont délibéré.
Greffier lors des débats : Véronique SAIGE

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du Code de Procédure Civile.

EXPOSÉ DU LITIGE

La société civile des producteurs phonographiques (ci-après la SCPP) a pour objet d'autoriser la reproduction, la mise à disposition du public et la communication au public des phonogrammes de ses membres. Pour ce faire, elle conclut des contrats généraux d'intérêt commun avec les utilisateurs de phonogrammes conformément à l'article L.321-10 du code de la propriété intellectuelle.

La société Production 31 Distribution (ci-après la société Production 31) propose à ses clients (notamment des magasins type Conforama, Gifi, But) de sonoriser leurs lieux de vente et est, à ce titre, membre de la SCPP, avec laquelle elle a conclu des contrats depuis 1997. Elle est également producteur de phonogrammes et verse à ce titre des redevances à un autre organisme de recouvrement, la société PERP

Les 26 décembre 2007 et 2 septembre 2008, la société Production 31 a signé avec la SCPP, pour les périodes respectives 2007-2008 et 2009-2011, des contrats généraux d'intérêt commun de 'sonorisateur-automate' de diffusion' lui permettant d'utiliser des phonogrammes du répertoire de la SCPP en vue de la sonorisation de lieux publics par l'utilisation de disques durs incorporés à des automates de diffusion installés dans des sites clients.

Or, à partir de 2000, la SCPP a différencié les contrats généraux d'intérêt commun de sonorisation au moyen de supports physiques, de ceux de sonorisation par voie satellitaire, avec notamment des redevances différentes.

Ayant prétendu ne pas utiliser la voie satellitaire, la société Production 31 a signé au titre des années 2000 à 2002 un contrat général d'intérêt commun lui permettant d'utiliser des phonogrammes du répertoire de la SCPP, au moyen de supports physiques.

Découvrant en 2003 que la société Production 31 avait également exercé son activité par voie satellitaire depuis 2001, la SCPP lui a demandé de signer le contrat correspondant, ce que la société Production 31 a refusé, considérant que le coût des redevances demandées était trop élevé et que cela constituait une modification du contrat initial..

Par acte du 10 avril 2009, la SCPP a fait assigner la société Production 31 devant le tribunal de grande instance de Toulouse, en paiement de sommes sur la base du contrat général d'intérêt commun de sonorisation par voie satellitaire.

La société Production 31 pour s'opposer à cette demande, a soutenu qu'elle avait une activité, non pas de sonorisateur, mais de radiodiffuseur par satellite, soumise au régime de licence légale prévu par l'article L.214-1 du code de la propriété intellectuelle.

Elle a par ailleurs formé une demande reconventionnelle pour se voir verser 56.280 euros par la SCPP au titre de sa rémunération en sa qualité de producteur.

Par jugement du 16 décembre 2010, le tribunal de grande instance de Toulouse a débouté tant la SCPP, que la société Production 31

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a considéré que le service de sonorisation proposé par la société Production 31 constitue bien une radiodiffusion en ce qu'il est dépourvu d'interactivité et ne permet pas à l'exploitant du site de sélectionner le phonogramme qu'il veut entendre au sein du programme qu'il a choisi. Quant à la demande reconventionnelle de la société Production 31 c'est au vu du rapport d'audit du 4 novembre 2003 mentionnant la diffusion d'un seul titre produit par la société Production 31 parmi 180 titres, que le tribunal a considéré qu'elle ne démontre pas le manquement de la SCPP à son devoir de mandataire dans la répartition et le versement de la rémunération qui lui est due en qualité de producteur et donc, qu'elle ne démontre pas être créancière à hauteur de 56.280 euros.

La SCPP a relevé appel de ce jugement par déclaration au greffe de son avocat le 10 janvier 2011.

Par arrêt du 28 avril 2015, la cour d'appel de Toulouse a : - confirmé le jugement,

- condamné la SCPP aux dépens d'appel et à payer à la société Production 31 la somme de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

La SCPP a formé un pourvoi en cassation.

Par arrêt du 14 décembre 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a :

- cassé, seulement en ce qu'il rejette la demande de la SCPP, l'arrêt rendu le 28 avril 2015 par la cour d'appel de Toulouse et renvoyé les parties devant la cour d'appel de Bordeaux,

- condamné la société Production 31 aux dépens et à payer la somme de 3.000 euros à la SCPP,

Pour statuer comme elle l'a fait, la Cour de cassation a considéré que les signaux émis par la société Production 31 n'étaient pas destinés à être captés individuellement et directement par le public ou une catégorie de public, du fait de leur diffusion, au sein de leurs magasins, par des clients de la société Production 31. Ainsi, l'activité de radiodiffusion par satellite à des fins de commerce, qui n'est susceptible de constituer une communication au public, qu'à la condition que les signaux satellites soient destinés à être captés directement et individuellement par le public, n'était pas en l'espèce caractérisée.

La SCPP a saisi la cour d'appel de Bordeaux par déclaration au greffe de son avocat le 16 décembre 2016.

L'affaire a été fixée à l'audience du 7 novembre 2017 avec ordonnance de clôture au 24 octobre 2017.

Par courrier transmis par RPVA le 23 octobre 2017, l'avocat de la société Production 31 sollicite le report de la clôture au jour des plaidoiries, soit le 7 novembre 2017.

Par courrier transmis par RPVA le 24 octobre 2017, l'avocat de la SCPP s'oppose au report de

la clôture au jour des plaidoiries.

Par courrier du 24 octobre 2017, le conseiller de la mise en état a reporté l'ordonnance de clôture au jour des plaidoiries, soit le 7 novembre 2017.

Par conclusions n°3 signifiées par RPVA le 3 novembre 2017, la SCPP demande à la cour de :

- infirmer le jugement déféré en ce qu'il a débouté la SCPP de ses demandes et l'a condamnée à payer à la société Production 31 une somme de 1.200 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens,
- juger qu'en utilisant sans autorisation depuis 2001 des phonogrammes du répertoire de la SCPP afin de sonoriser des lieux publics par voie satellitaire, la société Production 31 a violé l'article L 213-1 du code de la propriété intellectuelle,
- enjoindre à la société Production 31 de communiquer à la SCPP, au titre de chacune des années 2001 à 2017, son chiffre d'affaires relatif à la sonorisation de lieux publics par voie satellitaire, les relevés informatisés des phonogrammes utilisés à cet égard, les coûts techniques et le nombre de sites ainsi sonorisés sous astreinte de 500 euros par jour de retard à l'issue d'un délai de 15 jours à compter de la signification de la décision à intervenir,
- condamner la société Production 31 à payer à la SCPP une somme provisionnelle de 255.000euros au titre des années 2001 à 2017,
- condamner la société Production 31 à payer à la SCPP 10.000 euros en vertu de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens.

Par dernières conclusions signifiées par RPVA le 3 novembre 2017, la société Production 31 demande à la cour de :

Statuant à nouveau

à titre principal

- reconnaître à la société Production 31 la qualité de radio diffuseur,
- dire qu'elle relève de la licence légale à ce titre,
- dire qu'en conséquence elle ne relève pas du contrat d'intérêt commun de diffusion par voie satellitaire signé avec la SPDM pour ses activités de radiodiffusion,
- dire que la SCPP n'a pas pouvoir de collecter les rémunérations dues au titre de la licence équitable,

à titre subsidiaire si par extraordinaire la cour d'appel de Bordeaux faisait droit aux demandes de la société SCPP , de dire que la prescription est applicable aux redevances du chiffre d'affaires antérieur de cinq ans à l'acte d'assignation, de dire que les redevances dues ne peuvent porter que sur le chiffre d'affaires généré par l'utilisation du répertoire de la société SCPP et que celle-ci doit rapporter la preuve du répertoire utilisé, de constater que la société Production 31 distribution ne génère plus de chiffre d'affaires depuis 2011 au titre de

cette activité et en conséquence de débouter la société SCPP de sa demande de provision,

en tout état de cause de la condamner au paiement de la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens dont distraction en application de l'article 699 du code de procédure civile.

Pour plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens, des prétentions et de l'argumentation des parties, il est expressément renvoyé aux jugements et arrêts déférés et aux dernières conclusions écrites déposées en application de l'article 455 du code de procédure civile.

MOTIFS DE LA DÉCISION

La cour de renvoi est saisie d'une cassation partielle et l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse est irrévocable en ce qu'il a débouté la société Production 31 distribution de ses demandes reconventionnelles fondées sur sa qualité de producteur de phonogrammes.

Le débat porte sur la qualité de sonorisateur de la société Production 31 distribution que celle-ci conteste, soutenant être un diffuseur radiophonique.

Le sonorisateur relève de l'article L213-1 du code de la propriété intellectuelle alors que le diffuseur relève de l'article L214-1 du même code. Le régime de redevance et le percepteur de redevances sont distincts. Les diffusions sont soumises à une rémunération équitable. La redevance pour diffusion par voie satellitaire est fixée à 15% du chiffre d'affaires net réalisé par le sonorisateur, en accord avec la Société de production de musiques d'ambiance (SDPM), et tel était le montant de rémunération proposé à la société Production 31 distribution par la société SCPP dans le projet de contrat adressé le 8 avril 2003, que la société Production 31 distribution n'a pas signé, contestant dès ce moment et jusqu'en 2008 le montant de la rémunération demandée, sans pour autant jamais contester dans ses réponses par la voie de son gérant ou de son avocat effectuer de la diffusion par voie satellitaire.

En application de l'article L213-1 du code de la propriété intellectuelle l'autorisation du producteur de phonogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou la communication au public de son phonogramme ; cependant, en application de l'article L214-1 2° du même code, lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste interprète et le producteur ne peuvent s'opposer à sa radiodiffusion et à sa câblo-distribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne, ainsi que sur celles des entreprises de communication individuelle qui acquittent la rémunération équitable.

La communication par satellite, au sens de l'article 1§ 2 a) de la directive 93/83 du 27 septembre 1993 est réalisée si les signaux provenant du satellite, et non les programmes portés par les phonogrammes, sont destinés à être captés par le public, lequel doit être constitué par un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels.

Dès lors, la radiodiffusion par satellite d'un phonogramme publié à des fins de commerce n'est susceptible de constituer une communication au public à laquelle l'artiste interprète et le producteur ne peuvent s'opposer qu'à la condition que les signaux provenant du satellite soient

destinés à être captés individuellement par le public ou une catégorie de public.

En l'espèce, il ne peut être considéré comme le soutien la société Production 31 distribution qu'elle effectuerait de la radiodiffusion, alors qu'il ressort des pièces produites, notamment les constats d'huissier, que la diffusion des programmes musicaux était assurée, au sein de leurs magasins, par les clients de la société Production 31 distribution, ce dont il résulte que les signaux émis par celle-ci n'étaient pas destinés à être captés individuellement et directement par le public ou une catégorie de public, mais de fait indirectement à raison de la présence des clients des cocontractants de la société Production 31 distribution dans les magasins liés contractuellement à celle-ci. L'activité de celle-ci relève en conséquence de la sonorisation, et il n'est pas contesté qu'elle effectue pour partie cette sonorisation par satellite, de sorte que la société SCPP est fondée à lui demander la rémunération correspondante au sens de l'article L213-1 du code de la propriété intellectuelle.

La circonstance que la société Production 31 distribution ait, le 12 juin 2013, postérieurement au jugement au jugement du tribunal de grande instance de Toulouse, procédé à la déclaration au CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) de radios dénommés radio Conforama, radio Gifi, radio But, est sans incidence, la notion de radio au sens du CSA étant distincte de la notion de radio diffuseur au sens du code de la propriété intellectuelle s'agissant des redevances dues pour les phonogrammes diffusés dans les magasins. Il est d'ailleurs observé que la société Production 31 distribution ne justifie pas du paiement des droits théoriquement adossés à une activité de radio diffusion auprès de l'organisme compétent, la SPRE, à laquelle son avocat a adressé une demande le 3 novembre 2015, qui serait demeurée sans réponse deux après, ce qui ne peut être exclusivement imputé au litige avec la société SCPP

Le jugement du tribunal de grande instance de Toulouse sera réformé et la cour jugera que la société Production 31 distribution doit verser à la société SCPP des redevances pour la diffusion de phonogrammes pour sonoriser des lieux publics par voie satellitaire au sens de l'article L 213-1 du code de la propriété intellectuelle.

La société Production 31 distribution a in extremis fait valoir devant la cour de renvoi la prescription quinquennale à l'égard des demandes de la société SCPP sur le fondement de l'article 2277 du code civil, s'agissant de créances périodiques pour les redevances antérieures de plus de cinq années à l'assignation du 10 avril 2009.

La prescription quinquennale invoquée quatre jours avant l'audience et après la clôture initialement prévue par la société Production 31 distribution ne sera pas retenue. Cette fin de non-recevoir est recevable en dépit de son caractère particulièrement tardif après huit ans de procédure judiciaire.

Il apparaît en effet que la prescription prévue par l'article 2224 nouveau du code civil tel que résultant de la loi du 17 juin 2008 n'était pas acquise à la date de l'assignation, en application des dispositions transitoires de la nouvelle loi (article 26), puisque la prescription antérieure était décennale, et que les premières redevances réclamées remontaient à 2001 soit moins de dix ans.

La circonstance qu'il s'agisse de redevances périodiques est indifférente, dès lors que le calcul des redevances ne peut être effectué que sur la base des déclarations de l'utilisateur des phonogrammes et que la société Production 31 distribution n'a procédé à aucune déclaration pour les diffusions par voie satellitaire, en dépit des demandes en ce sens de la société SCPP

dès avril 2003, de sorte que la prescription n'avait pas commencé à courir ; au demeurant il est observé que la première réclamation de la société Production 31 distribution a été formée le 8 avril 2003 et qu'au cours des six années suivantes avant l'assignation, la société Production 31 distribution n'a pas donné suite aux demandes de la société SCPP de lui adresser les éléments permettant de calculer le montant de la redevance.

Il appartient à la société Production 31 distribution de fournir à la société SCPP les dits éléments, la redevance étant calculée sur le chiffre d'affaires net après déduction de certains frais que seule la société de sonorisation connaît.

Les redevances sont en conséquence dues depuis l'année 2001 ; la société Production 31 distribution fait valoir qu'elle a cessé toute diffusion par satellite depuis 2011, le chiffre d'affaires à ce titre étant nul depuis cette date. Cependant l'unique élément produit à l'appui de cette affirmation est une attestation de son expert-comptable prudemment rédigée, cinq jours avant l'audience, dans les termes suivants : " atteste, qu'au vu des éléments portés à ma connaissance, la SARL Production 31 distribution sise...n'a généré aucun chiffre d'affaires au titre de l'activité de diffusion par satellite depuis l'exercice clôturant au 31 octobre 2011 ", ce qui est notoirement insuffisant en l'absence de tout élément technique, le rapport de diffusion émanant de Globecast (pièce 2 de l'intimée) portant sur la période 1998 2010 étant sommaire, la société Production 31 distribution ayant pu changer de cocontractant satellitaire, et ce d'autant que la société SCPP produit une publicité de la société Production 31 distribution pour des radiodiffusions par satellite faisant référence aux radios fréquence Conforama, radio Gifi, fréquence But, radio capytol qui n'ont été déclarées au CSA qu'en 2013, soit postérieurement à 2011.

Il sera en conséquence enjoint à la société Production 31 distribution de communiquer à la SCPP, au titre de chacune des années 2001 à 2017, son chiffre d'affaires relatif à la sonorisation de lieux publics par voie satellitaire, les relevés informatisés des phonogrammes utilisés à cet égard, les coûts techniques et le nombre de sites ainsi sonorisés sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la signification du présent arrêt.

Par ailleurs, la société SCPP est fondée à solliciter une provision que la cour fixera à la somme de 100 000 euros, prenant en compte, même en l'absence de toute communication de chiffre d'affaires par la société Production 31 distribution la redevance minimale par site sonorisé de 30 euros, la société SCPP avançant sans contradiction de la société Production 31 distribution que celle-ci diffuse sur 500 sites, redevance minimale qui est celle prévue par les contrats d'intérêt commun signés avec des entreprises comparables produits par la société SCPP et par le contrat proposé dès avril 2003 à la société Production 31 distribution

Les dépens tant de première instance que d'appel seront mis à la charge de la société Production 31 distribution dont les demandes sont rejetées, et qui sera en conséquence déboutée de sa demande en application de l'article 700 du code de procédure civile et condamnée sur ce même fondement à verser à la société SCPP une somme de 4000 euros.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Statuant sur renvoi de cassation et dans les limites de la cassation,

Infirme le jugement rendu le 16 décembre 2010 par le tribunal de grande instance de Toulouse en ce qu'il a débouté la société SCPP (civile des producteurs phonographiques) de ses demandes à l'encontre de la société Production 31 distribution et l'a condamnée à payer à la société Production 31 distribution une somme de 1.200euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens;

Statuant à nouveau de ces chefs,

Dit que la société Production 31 distribution doit verser à la société SCPP (civile des producteurs phonographiques) des redevances pour la diffusion de phonogrammes pour sonoriser des lieux publics par voie satellitaire au sens de l'article L 213-1 du code de la propriété intellectuelle ;

Fait injonction à la société Production 31 distribution de communiquer à la SCPP (Société civile des producteurs phonographiques), au titre de chacune des années 2001 à 2017, son chiffre d'affaires relatif à la sonorisation de lieux publics par voie satellitaire, les relevés informatisés des phonogrammes utilisés à cet égard, les coûts techniques et le nombre de sites ainsi sonorisés sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la signification du présent arrêt ;

Condamne la société Production 31 distribution à verser à la société SCPP (civile des producteurs phonographiques) une provision de 100 000 euros sur les redevances dues ;

Condamne la société Production 31 distribution à payer à la société SCPP (civile des producteurs phonographiques) la somme de 4000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne la société Production 31 distribution aux dépens tant de première instance que d'appel.

Le présent arrêt a été signé par Madame Elisabeth ..., Président, et par Madame Véronique ..., greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le Greffier
Le Président