

Grosses délivrées **REPUBLIQUE FRANCAISE**

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 4

ARRET DU 14 JANVIER 2015

(n° , pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **12/18602**

Décision déferée à la Cour : Jugement du **12 Octobre 2012** -Tribunal de Commerce de PARIS -
15ème chambre - RG n° **201238450**

APPELANTE :

SAS NRJ

immatriculée au RCS de PARIS sous le n° 328.232.731

ayant son siège 22 rue Boileau

75016 PARIS

prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

représentée par : Me François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125

ayant pour avocat plaidant : Me Nicolas BOESPFLUG, avocat au barreau de PARIS, toque : E0329

INTIMEE :

SA VORTEX

immatriculée au RCS de PARIS sous le n° 332.149.442

ayant son siège 37 bis, rue Greneta

75002 PARIS

prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

représentée par : Me Frédéric LALLEMENT de la SCP BOLLING - DURAND - LALLEMENT,
avocat au barreau de PARIS, toque : P0480

ayant pour avocat plaidant : Me Olivier CHAPPUIS de la SCP DAUZIER & Associés, avocat au
barreau de PARIS, toque : P0224

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 26 Novembre 2014, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Françoise COCCHIELLO, Présidente de chambre

Madame Irène LUC, Conseillère

Madame Claudette NICOLETIS, Conseillère, rédacteur

qui en ont délibéré,

Un rapport a été présenté à l'audience par Madame Françoise COCCHIELLO dans les conditions prévues par l'article 785 du Code de procédure civile,

Greffier, lors des débats : Madame Violaine PERRET

ARRET :

- 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 Françoise COCCHIELLO, présidente et par Madame Violaine PERRET, greffière à laquelle la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

La SAS NRJ qui exploite la radio NRJ, première radio musicale de France, a diffusé sur son antenne, du 29 mars au 11 avril 2012, à 63 reprises, le message d'auto-promotion suivant, d'une durée de 45 secondes :

' Vous voulez les meilleurs concerts avec les plus grandes superstars '

Ils t'ont payé des places '

Oh ouais mais grave là

NRJ vous offre vos superstars préférées tout le temps

NRJ t'offre tes places de concert

Et c'est vous qui en profitez

Merci

MADONNA

COLDPLAY

Sean PAUL

LMFAO

David GUETTA

Katy PERRY

Oh c'est pas vrai, j'ai gagné (voix d'auditrice)

It's RIHANNA and get ready to see me live in concert (voix de l'artiste)

Nicki MINAJ

Yeah you're on radio on the BLACK EYED PEAS (voix de l'artiste)

LADY GAGA

Oh non j'suis trop contente

Tous leurs concerts sont des concerts NRJ

Toute l'année, à tout moment, gagnez vos places sur votre radio

The best radio station on the planet NRJ hit music only ».

Par lettre recommandée avec avis de réception du 7 avril 2012, le conseil de la SA VORTEX, qui exploite la radio SKYROCK, deuxième radio musicale de France, a mis en demeure la société NRJ de ne plus faire référence aux artistes RIHANNA, Sean PAUL et Nicki MINAJ, au motif que la société VORTEX était le partenaire exclusif de leurs concerts dernièrement ou prochainement organisés en France.

Dès réception de ce courrier, le 11 avril 2012, la société NRJ a modifié le message et a diffusé sur l'antenne de la radio NRJ, du 11 au 14 avril 2012, à 9 reprises, la version suivante, d'une durée de 45 secondes :

'Vous voulez les meilleurs concerts avec les plus grandes superstars '

Ils t'ont payé des places '

Oh ouais mais grave là

NRJ vous offre vos superstars préférées tout le temps

NRJ t'offre tes places de concert

Et c'est vous qui en profitez

Merci

MADONNA

COLDPLAY

USHER

David GUETTA

Katy PERRY

Oh c'est pas vrai, j'ai gagné

SHAKIRA

Yeah you're on radio on the BLACK EYED PEAS (voix de l'artiste)

NRJ

LADY GAGA

Oh non j'suis trop contente

Tous leurs concerts sont des concerts NRJ

Toute l'année, à tout moment, gagnez vos places sur votre radio

The best radio station on the planet NRJ hit music only'.

La société NRJ a également diffusé sur l'antenne de la radio NRJ, du 7 au 27 avril 2012 à 117 reprises, dans le cadre d'un jeu dénommé 'double hit', le message d'auto-promotion suivant, d'une durée de 40 secondes :

'Vous voulez gagner vos places de concert pour la plus grande star au monde

I love you baby

Ou pour le plus grand groupe du monde

RIHANNA RIHANNA le 8 juillet à Londres

ou COLDPLAY à Nice et au Stade de France

Ah c'est énorme

Choisissez vous ne payez pas

NRJ

Dès que vous entendez le double hit NRJ

Salut c'est COLDPLAY (voix du chanteur du groupe)

Avec COLDPLAY écoutez NRJ et gagnez des places pour notre concert

Hey it's RIHANNA get ready to see me live in concert (voix de l'artiste)

Soyez les premiers à appeler NRJ 3937 et vous irez sur le concert NRJ de votre choix

NRJ NRJ I love NRJ hit music only'

Par lettre recommandée avec avis de réception du 15 avril 2012 la société VORTEX s'est plainte que la société NRJ laisse à penser qu'elle était le partenaire radio exclusif des concerts de DAVID GUETTA, des BLACK EYED PEAS et de RIHANNA à Londres le 8 juillet 2012.

Par lettre recommandée avec avis de réception du 30 avril 2012, la société NRJ a fait connaître à la société VORTEX son désaccord avec l'ensemble des critiques contenues dans ses courriers et lui a reproché son communiqué de presse du 11 avril 2012.

Par acte du 11 juin 2012, la société VORTEX a assigné à bref délai la société NRJ devant le tribunal de commerce de Paris en soutenant que les spots auto-promotionnels litigieux constituaient des pratiques commerciales trompeuses au sens de l'article L. 121-1, I, du code de la consommation et des actes de concurrence déloyale et de parasitisme, qui lui causaient un préjudice considérable.

Par jugement rendu le 12 octobre 2012, le tribunal de commerce a :

- dit que la société NRJ a commis des actes de concurrence déloyale,
- condamné la société NRJ à payer à la société VORTEX, exerçant sous le nom commercial SKYROCK, les sommes de :
 - ' 1 000 000 € en réparation de son préjudice matériel,
 - ' 30 000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile,
- ordonné l'exécution provisoire,
- débouté les parties de leurs demandes,
- condamné la société NRJ aux dépens.

Le 17 octobre 2012 la société NRJ a interjeté appel de ce jugement.

Vu les dernières conclusions, notifiées et déposées le 18 novembre 2014, par lesquelles la société NRJ demande à la Cour de :

- Infirmer le jugement déféré en ce qu'il a condamné la société NRJ,
- dire et juger la société VORTEX mal fondée en toutes ses demandes et en son appel incident et l'en débouter,
- dire et juger que la société VORTEX s'est rendue coupable de dénigrement constitutif de concurrence déloyale aux dépens de la société NRJ,
- condamner la société VORTEX à payer à la société NRJ l'euro symbolique à titre de dommages-intérêts.
- ordonner la publication de l'arrêt à intervenir dans cinq supports au choix de la société NRJ et aux frais de la société VORTEX dans la limite de 50 000 € HT,
- condamner la société VORTEX à payer à la société NRJ une indemnité de 50 000 € en vertu de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la société VORTEX aux dépens dont distraction au profit de Me François TEYTAUD dans les conditions de l'article 699 du Code de procédure civile.

Vu les dernières conclusions, notifiées et déposées le 14 novembre 2014, par lesquelles la société VORTEX demande à la Cour de :

- dire la société VORTEX recevable et bien fondée en ses conclusions ;

Y faisant droit,

- confirmer en son principe le jugement en ce qu'il a jugé la société NRJ responsable de concurrence déloyale envers la société VORTEX, à raison de spots auto-promotionnels mensongers diffusés en mars et avril 2012 sur l'antenne de NRJ, et a condamné celle-ci à verser une indemnité de 1.000.000 € à la société VORTEX en réparation de son préjudice matériel outre la somme de 30.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu l'article L. 121-1 du code de la consommation,

- constater que la société NRJ a diffusé sur son antenne :

1. entre le 29 mars et le 11 avril 2012, à 63 reprises, un spot auto-promotionnel de 45 secondes présentant tous les concerts de SEAN PAUL, RIHANNA, NICKI MINAJ, LMFAO, DAVID GUETTA, BLACK EYED PEAS et LADY GAGA, comme étant des '*concerts NRJ*' ;

2. entre le 7 avril et le 27 avril 2012, à 117 reprises, un spot auto-promotionnel de 40 secondes présentant le concert de RIHANNA prévu le 8 juillet 2012 à Londres comme étant un '*concert NRJ*' ;

3. entre le 11 avril et le 14 avril 2012, à 9 reprises, un spot auto-promotionnel de 45 secondes présentant tous les concerts de DAVID GUETTA, BLACK EYED PEAS et LADY GAGA comme étant des '*concerts NRJ*' ;

- dire et juger que les diffusions de ces spots constituent des pratiques commerciales trompeuses au sens du texte susvisé, dès lors que la société NRJ n'a conclu aucun accord de partenariat avec les organisateurs des concerts en question ;

Vu l'article 1382 du code civil,

- dire et juger que ces pratiques commerciales trompeuses constituent des actes de concurrence déloyale et de parasitisme au préjudice de la société VORTEX exploitant le service radiophonique SKYROCK, lequel était, à l'époque des faits, non seulement le principal concurrent du programme NRJ sur le créneau des radios musicales, mais aussi le partenaire radio exclusif des concerts de SEAN PAUL, RIHANNA et NICKI MINAJ dernièrement et/ou prochainement organisés en France ;

En conséquence,

- faire défense à la société NRJ de diffuser sur son antenne, dès la signification de l'arrêt à intervenir, tout spot auto-promotionnel présentant comme un '*concert NRJ*' une manifestation dont l'organisateur aurait conclu un partenariat exclusif avec un autre service radiophonique ou qui n'aurait conclu aucun accord de ce type avec une quelconque radio, et plus généralement, toute communication de quelque nature que ce soit et sur quelque support que ce soit, dans laquelle NRJ s'approprierait une manifestation sans pouvoir justifier d'un accord de partenariat exclusif avec l'organisateur concerné, le tout sous astreinte provisoire de 10.000 euros par infraction constatée ;

Sur la réparation du préjudice matériel de VORTEX,

- condamner la société NRJ à verser à la société VORTEX la somme de 800.000 € à titre de dommages et intérêts, au titre du parasitisme des investissements effectués par VORTEX en tant que partenaire exclusif des concerts de RIHANNA, SEAN PAUL et NICKI MINAJ ;

- condamner la société NRJ à verser à la société VORTEX la somme forfaitaire de 200.000 € à titre de dommages et intérêts, en compensation du manque à gagner subi par VORTEX en termes de recettes publicitaires ;

Réformant pour le surplus le jugement entrepris, et statuant à nouveau,

Sur la réparation du préjudice moral de VORTEX,

- condamner la société NRJ à verser à la société VORTEX la somme de 200.000 € à titre de dommages et intérêts pécuniaires ;
- ordonner à la société NRJ de diffuser sur son antenne et de publier sur son site Internet le texte suivant :

'COMMUNIQUÉ JUDICIAIRE

Par arrêt du -----, la Cour d'appel de Paris a condamné la société NRJ pour pratiques commerciales trompeuses, concurrence déloyale et parasitisme envers la société VORTEX, qui exploite la radio SKYROCK, à raison de spots diffusés en mars et avril 2012 présentant mensongèrement comme des « concerts NRJ » les concerts de plusieurs groupes ou artistes majeurs, notamment RIHANNA, SEAN PAUL et NICKI MINAJ. La Cour a condamné NRJ à verser des dommages et intérêts à SKYROCK, partenaire exclusif des concerts des artistes en question, et ordonné la diffusion de ce communiqué sur l'antenne de NRJ et sur son site Internet.'

étant précisé que NRJ devra :

- diffuser ce communiqué sur son antenne, une fois par jour entre 21 heures et 22 heures pendant une période de 7 jours consécutifs devant débiter dans un délai maximal de 10 jours à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, en dehors de tout message à caractère promotionnel ou publicitaire, le tout sous astreinte provisoire de 10.000 € par infraction constatée ou par jour de retard ;
- publier ce communiqué en page d'accueil du site www.nrj.fr, pendant une période continue de 15 jours consécutifs devant débiter dans un délai maximal de 10 jours à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, en caractères parfaitement lisibles et en dehors de toute annonce ou mention à caractère promotionnel ou publicitaire, le tout sous astreinte provisoire de 10.000 euros par infraction constatée ou par jour de retard.
- autoriser la société VORTEX à publier, dans cinq journaux ou revues de son choix et dans la limite d'un coût de 5.000 € HT par insertion, aux frais exclusifs de la société NRJ qui sera tenue d'en faire l'avance sur simple présentation d'un devis de publication, le communiqué suivant :

'PUBLICATION JUDICIAIRE A LA DEMANDE DE SKYROCK

Par arrêt du -----, la Cour d'appel de Paris a condamné la société NRJ pour pratiques commerciales trompeuses, concurrence déloyale et parasitisme envers la société VORTEX, qui exploite la radio SKYROCK, à raison de spots diffusés en mars et avril 2012 présentant mensongèrement comme des 'concerts NRJ' les concerts de plusieurs groupes ou artistes majeurs, notamment RIHANNA, SEAN PAUL et NICKI MINAJ. La Cour a condamné NRJ à verser des dommages et intérêts à SKYROCK, partenaire exclusif des concerts des artistes en question, et ordonné la publication de ce communiqué aux frais de la société NRJ.'

- se réserver la liquidation des astreintes ;
- dire la société NRJ irrecevable en sa demande reconventionnelle ;
- débouter la société NRJ de l'ensemble de ses demandes,
- condamner la société NRJ à rembourser à la société VORTEX les frais relatifs aux trois constats d'huissier des 12 et 20 avril 2012 ;

- condamner la société NRJ verser à la société VORTEX, en cause d'appel, la somme de 50.000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner la société NRJ aux entiers dépens, avec distraction au profit de la SCP BOLLING-DURAND-LALLEMENT, dans les conditions prévues à l'article 699 du code de procédure civile.

CELA ÉTANT EXPOSÉ, LA COUR,

Sur les pratiques commerciales trompeuses :

Considérant que la société NRJ soutient, à titre principal, que la mention '*concert NRJ*', qui n'est pas mise en évidence au sein des messages d'auto-promotion qu'elle a diffusés, n'a pas la portée que lui prête la société VORTEX, en la sortant de son contexte, et ne comporte aucune revendication d'exclusivité ; qu'elle signifie simplement que la société NRJ fait gagner des places à ses auditeurs pour des concerts des artistes cités pour lesquels elle a conclu avec les producteurs de leurs enregistrements et/ou de leurs concerts des accords de partenariat dans le cadre desquels elle s'est vue offrir pour ses auditeurs des places de concert à des fins promotionnelles, de sorte qu'elle était d'autant plus en droit d'y faire état de '*concerts NRJ*' ; qu'en effet, une opération d'échange dans laquelle les parties trouvent réciproquement un intérêt revêt par nature le caractère d'un '*partenariat*', ainsi la fourniture à des fins promotionnelles de places de concert à une radio par le producteur d'un artiste ou de ses concerts constitue un partenariat et plusieurs radios peuvent se dire partenaires d'un même concert dès lors qu'elles ne revendiquent pas d'exclusivité ;

Considérant que la société NRJ expose qu'elle a conclu un accord de partenariat avec UNIVERSAL MUSIC (label DEF JAM), qui est le producteur de RIHANNA, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour le concert du 8 juillet 2012 à Londres et qu'elle a conclu un accord de partenariat avec la société NOUS PRODUCTIONS, qui est le producteur des concerts de COLDPLAY, en vertu duquel ce dernier lui a fourni, à des fins promotionnelles, des places pour un concert du 22 mai 2012 à Nice et pour un concert du 2 septembre 2012 au Stade de France ; que la société VORTEX n'était pas partenaire du concert de RIHANNA à Londres le 8 juillet 2012, l'accord de partenariat exclusif conclu par la société VORTEX ayant pris fin le 21 octobre 2011 ;

Considérant que la société NRJ expose également que les messages diffusés du 29 mars au 11 avril 2012 et du 11 au 14 avril 2012 sont des messages institutionnels rappelant que la société NRJ fait très régulièrement, tout au long de l'année, gagner des places dans le cadre de ses jeux '*antenne*' pour des concerts d'artistes prestigieux habituellement programmés par la radio NRJ ; que, comme pour RIHANNA et COLDPLAY, la société NRJ a conclu un accord de partenariat avec les producteurs des artistes Nicki MINAJ, Sean PAUL, David GUETTA, Katy PERRY, LADY GAGA, LMFAO, MADONNA, THE BLACK EYED PEAS, USHER et SHAKIRA ; qu'en conséquence, en sa qualité de partenaire des concerts des artistes en cause disposant de places pour ceux-ci à des fins promotionnelles en vertu d'accords avec les producteurs des concerts ou des artistes en question, la société NRJ était d'autant plus en droit de présenter ces concerts comme des '*concerts NRJ*' dans les messages litigieux ;

Considérant que la société VORTEX expose qu'un partenariat digne de ce nom signifie que la radio et l'artiste associent leur image et leur notoriété à l'occasion des concerts de celui-ci, ce qui implique, d'un côté, que la radio s'engage à procéder à des investissements publicitaires pour la promotion des concerts, et de l'autre, que le promoteur de ces concerts assure la visibilité du logo de la radio lors de la tenue de l'événement et sur l'ensemble du matériel qui s'y rapporte (affiches, billets, flyers, etc.), cet échange de visibilité pouvant même aller jusqu'à l'organisation d'une pré-vente de billets par l'intermédiaire de la radio ; que de tels partenariats n'ont de sens que s'ils sont exclusifs, à défaut de quoi ils ne présenteraient aucun intérêt véritable pour les radios, et la remise à la radio d'un

contingent de places, pour lui permettre de les offrir sur l'antenne à ses auditeurs, ne constitue qu'un aspect très secondaire de ces partenariats ; que les opérations consistant à offrir des places de concert à l'antenne ne sauraient caractériser en soi l'existence d'un partenariat et un service radiophonique ne peut publiquement se présenter comme '*partenaire*' d'un événement déterminé au seul prétexte qu'il offre à ses auditeurs des places ou des invitations pour assister à cet événement ;

Considérant que la société VORTEX expose que la société NRJ a commis des pratiques commerciales trompeuses pour avoir massivement diffusé sur son antenne, à partir du 29 mars 2012, trois vagues successives de spots auto-promotionnels attribuant de façon mensongère à NRJ des partenariats sur des concerts de groupes ou artistes de renommée mondiale ; que le premier spot auto-promotionnel, diffusé du 29 mars au 11 avril 2012, qui présentait les concerts de SEAN PAUL, RIHANNA et NICKI MINAJ comme étant des '*concerts NRJ*' et mentionnait LMFAO, DAVID GUETTA, BLACK EYED PEAS et LADY GAGA dans la liste des artistes dont '*tous*' les concerts étaient des '*concerts NRJ*', était doublement mensonger, d'une part, en ce qu'il attribuait abusivement à NRJ des partenariats sur des concerts ayant en réalité pour partenaires d'autres radios (SKYROCK, pour les concerts de SEAN PAUL, RIHANNA et NICKI MINAJ et FUN RADIO, pour le concert de LMFAO), d'autre part, en ce qu'il attribuait abusivement à NRJ des partenariats sur des concerts en réalité dépourvus de tout partenaire radio (DAVID GUETTA, BLACK EYED PEAS et LADY GAGA) ; que ce spot reposait donc sur des allégations fausses touchant aux qualités substantielles de la radio NRJ et constituait dès lors une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1, I du code de la consommation ; qu'à tout le moins il était de nature à induire en erreur le public sur les qualités substantielles de la station NRJ, ce qui caractérise tout autant une pratique commerciale trompeuse au sens du texte précité ;

Considérant que la société VORTEX expose également que le spot auto-promotionnel concernant spécifiquement RIHANNA et COLDPLAY, diffusé entre le 7 avril et le 27 avril 2012, qui présentait encore comme un '*concert NRJ*' le concert de RIHANNA prévu le 8 juillet 2012 à Londres et les deux concerts de COLDPLAY, prévus le 22 mai 2012 à Nice et le 2 septembre 2012 au Stade de France, était mensonger ; que, d'une part, la société NRJ ne justifie d'aucun accord de partenariat avec l'organisateur du concert londonien de RIHANNA, concert qui n'a d'ailleurs pas eu lieu, et, d'autre part, la société NRJ pratique la confusion entre les opérations promotionnelles à l'antenne conclues avec les labels et les accords de partenariat sur les concerts conclus avec les organisateurs ;

Considérant que la société VORTEX expose que le troisième spot, diffusé entre le 11 et le 14 avril 2012, sur le même modèle que le premier spot incriminé, qui persiste à présenter les concerts de DAVID GUETTA, des BLACK EYED PEAS et de LADY GAGA comme des '*concerts NRJ*', était mensonger car aucune radio n'était ou n'avait été partenaire des concerts donnés par DAVID GUETTA en France (le 16 mars à Liévin, le 17 mars à Amnéville, le 30 mars à Montpellier, le 6 avril à Lyon et les 7 et 8 avril 2012 à Paris-Bercy), des concerts donnés en France par les BLACK EYED PEAS (les 22, 24 et 25 juin 2011 au Stade de France), des concerts de LADY GAGA prévus le 22 septembre 2012 au Stade de France et le 4 octobre 2012 à Nice ;

Considérant que la société VORTEX reproche à la société NRJ d'avoir, en mentionnant en fin de ses spots '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*' ou '*le concert NRJ de votre choix*', cherché à faire croire que la radio NRJ était le partenaire exclusif ou privilégié de l'ensemble des concerts donnés en France par les groupes ou les artistes énumérés dans les spots publicitaires ;

Considérant que la pratique reprochée par la société VORTEX à la société NRJ ne figure pas dans l'énumération de l'article L.121-1-1 du code de la consommation, qui liste les pratiques trompeuses par détermination de la loi ; qu'en conséquence il y a lieu d'apprécier le caractère trompeur de la pratique en cause par un examen concret à partir, d'une part, du comportement de la société NRJ et, d'autre part, de l'impact avéré ou potentiel sur les consommateurs, en l'espèce les auditeurs de la radio NRJ ;

Considérant que, aux termes de l'article L. 121-1 du code de la consommation '*Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :... 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :...b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service*' ;

Considérant que, comme le soutient la société VORTEX, un service radiophonique à vocation musicale pourrait tomber sous le coup de la disposition légale précitée en diffusant des communications dans lesquelles il se présente faussement comme le partenaire des concerts de groupes ou de chanteurs de renommée mondiale, si ces partenariats constituent une qualité substantielle de ce service radiophonique, toutefois, la qualification de publicité trompeuse suppose qu'il soit préalablement établi que la pratique commerciale contestée ait altéré de façon substantielle le comportement économique des auditeurs de la station de radio ;

Considérant qu'en l'espèce les spots auto-promotionnels diffusés par la société NRJ sur sa propre antenne, avaient pour objet de faire gagner des places de concert à quelques un de ses auditeurs ; que ces spots publicitaires n'ont été diffusés que durant moins d'un mois, pendant quelques minutes par jour ; que malgré l'imprécision de la formule '*concert NRJ*' et l'ambiguïté de la phrase '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*', il n'est pas démontré que l'utilisation de ces formules ait eu pour effet de compromettre sensiblement l'attitude des auditeurs de la station de radio NRJ en les déterminant à écouter NRJ, ce qu'ils n'auraient pas fait autrement, alors qu'il apparaît que le public de la station NRJ, seul destinataire des messages en cause, est un public jeune, dont la motivation déterminante est la programmation musicale proposée, des hits dans tous les genres musicaux, alors que la programmation proposée par la station de radio SKYROCK est principalement axée sur le rap et R'nB ;

Considérant que la pratique reprochée par la société VORTEX à la société NRJ n'ayant pas un impact sensible sur le choix des auditeurs de la station de radio NRJ d'écouter cette radio, la société VORTEX doit être déboutée de ses demandes fondées sur les dispositions de l'article L 121-1 du code de la consommation ;

Sur la concurrence déloyale :

Considérant que la société VORTEX soutient que le comportement de la société NRJ est fautif sur le terrain du droit commun ; que le fait pour NRJ de présenter un concert comme étant sien, alors que SKYROCK (ou une autre radio pour certains concerts) est partenaire exclusif de l'organisateur de ce concert, ce que NRJ ne pouvait ignorer en sa qualité de professionnel et notamment de principal concurrent de SKYROCK, est un usage déloyal du commerce, constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil et des théories de la concurrence déloyale et du parasitisme ;

Considérant que la société VORTEX expose qu'elle avait conclu :

- le 10 février 2011 un accord de partenariat exclusif avec la société LIVE NATION, organisatrice des concerts de RIHANNA , pour les concerts de RIHANNA du 19 octobre 2011 à Lyon et des 20 et 21 octobre 2011 à Paris ; que pour compléter cette tournée française de RIHANNA, la société VORTEX a signé, le 15 octobre 2012, un nouvel accord de partenariat exclusif avec la société LIVE NATION, pour les concerts du 2 juin 2013 à Montpellier, du 3 juin 2011 à Lyon et du 8 juin 2013 au Stade de France, et qu'un quatrième concert a ensuite été ajouté le 20 juillet 2013 à Lille ;

- un accord de partenariat exclusif avec la société NOUS PRODUCTIONS, en date du 27 janvier 2012, pour le concert de SEAN PAUL du 11 avril 2012 à Paris et six autres dates consécutives en

province, lequel accord faisait suite à un précédent partenariat exclusif entre VORTEX et NOUS PRODUCTIONS, signé le 2 janvier 2012, pour le concert de SEAN PAUL du 29 janvier 2012 à Paris ;

- un accord de partenariat exclusif avec la société LIVE NATION, en date du 14 février 2012, pour le concert de NICKI MINAJ du 24 avril 2012 à Paris, qui fut successivement reporté au 19 juin puis au 6 juillet 2012 ;

que le spot diffusé par la société NRJ en mars-avril 2012, mentionnant une série d'artistes parmi lesquels RIHANNA et prétendant que '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*', a été nécessairement compris comme visant les concerts de RIHANNA tenus en France en octobre 2011 et a donc fautivement laissé croire au public que ces concerts avaient été organisés en partenariat exclusif avec NRJ, alors que SKYROCK reste la radio partenaire historique de RIHANNA pour l'ensemble de ses concerts en France ; que, par cette première vague de spots, la société NRJ a usurpé à la société VORTEX la qualité de partenaire exclusif de concerts d'artistes de tout premier plan, non seulement au regard des concerts de SEAN PAUL et NICKI MINAJ, mais aussi au regard des concerts de RIHANNA ;

Considérant que la société VORTEX expose que c'est FUN RADIO qui était le partenaire du concert de LMFAO du 14 mai 2012 au Zénith de Paris ; que l'ensemble des concerts donnés par DAVID GUETTA en France à l'époque de la campagne de NRJ étaient dépourvus de tout partenaire radio ; que de même aucune radio française n'avait été partenaire des derniers concerts en France des BLACK EYED PEAS , les 22, 24 et 25 juin 2011 au Stade de France ; que les courriels produits par l'appelante ne caractérisent pas un accord de partenariat ;

Considérant que la société NRJ expose avoir conclu un accord de partenariat avec :

- UNIVERSAL MUSIC (label DEF JAM), producteur de RIHANNA, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour le concert du 8 juillet 2012 à Londres, qui fait l'objet du message publicitaire diffusé du 29 mars au 11 avril 2012 ;

- NOUS PRODUCTIONS, producteur des concerts de COLDPLAY en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 22 mai 2012 à Nice et pour un concert du 2 septembre 2012 au Stade de France ;

- UNIVERSAL MUSIC, producteur de Nicki MINAJ, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 21 juin 2012 à Milan et pour des concerts des 24 et 25 juin 2012 à Londres ;

- WARNER MUSIC, producteur de Sean PAUL concernant un concert organisé dans le cadre du NRJ MUSIC TOUR le 14 avril 2012 à Lille et un concert privé du 22 avril 2012 à Marseille ;

que la société VORTEX, qui n'était pas le partenaire exclusif des concerts en cause, ne saurait lui contester la qualité de partenaire de ces concerts ;

- EMI MUSIC, producteur de David GUETTA, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 17 mars 2012 à Amnéville, pour un concert du 30 mars 2012 à Montpellier, pour un concert du 6 avril 2012 à Lyon et pour des concerts des 7 et 8 avril 2012 à Paris ;

- EMI MUSIC, producteur de Katy PERRY, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour des concerts des 7 et 8 mars 2011 à Paris ;

- LIVE NATION, producteur des concerts de LADY GAGA en vertu duquel ce dernier

lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 22 septembre 2012 au Stade de France et pour un concert du 4 octobre 2012 à Nice ;

- UNIVERSAL MUSIC, producteur de LMFAO, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 29 février 2012 à Paris, pour un concert du 12 mars 2012 à Lyon, pour un concert du 18 mars 2012 à Marseille et pour un concert du 28 juillet 2012 à Carcassonne ;

- LIVE NATION, producteur des concerts de MADONNA, en vertu duquel ce dernier

lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 14 juillet 2012 au Stade de France et pour un concert du 21 août 2012 à Nice ;

- NOUS PRODUCTIONS, producteur des concerts de THE BLACK EYED PEAS, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour des concerts des 22, 24 et 25 juin 2011 au Stade de France ;

- INTERCONCERTS, producteur des concerts de USHER, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 18 janvier 2011 à Lyon, pour un concert du 20 janvier 2011 à Marseille, pour un concert du 23 janvier 2011 à Strasbourg et pour des concerts des 24 janvier et 15 février 2011 à Paris ;

- LIVE NATION, producteur des concerts de SHAKIRA, en vertu duquel ce dernier lui a fourni à des fins promotionnelles des places pour un concert du 16 novembre 2011 à Lyon, pour un concert du 26 novembre 2011 à Montpellier, pour un concert du 5 décembre 2011 à Amnéville, pour des concerts des 6 décembre 2011 et 5 juin 2012 à Nice et pour des concerts des 13 et 14 juin 2012 à Paris ;

Considérant que si les dispositions des articles L. 120- 1 et L. 121-1 du code de la consommation ne trouvent à s'appliquer que si une pratique commerciale altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, cependant, nonobstant le principe '*specialia generalibus derogant*', les articles précités du code de la consommation, qui sont des textes de nature pénale, ne sont pas exclusifs des dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil, sur le fondement desquelles la société VORTEX peut exercer une action en concurrence déloyale et parasitisme, à charge pour elle de rapporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux ;

Considérant que la société NRJ justifie par les courriels qu'elle produit que les places qu'elle offre à ses auditeurs pour les concerts des artistes cités dans ses spots publicitaires, lui sont remis dans le cadre d'un accord promotionnel, dont il résulte des pièces produites, que les producteurs de concert ou d'enregistrement nomment '*partenariat*' ; que , compte tenu de la formulation du message d'auto-promotion diffusé par la société NRJ entre le 7 et le 27 avril 2012, dont l'objet était de faire gagner des places pour le concert de RIHANNA à Londres le 8 juillet 2012 et de COLDPLAY à Nice le 22 mai 2012, concerts dont la société VORTEX n'était pas le partenaire exclusif, l'expression imprécise '*le concert NRJ de votre choix*' ne peut s'interpréter comme présentant la société NRJ comme étant le partenaire exclusif des concerts des artistes mentionnés dans ce message, mais seulement comme désignant les concerts sélectionnés par la station NRJ, pour lesquels elle offrait des places ;

Considérant qu'en revanche, la mention '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*', contenue dans les deux messages diffusés du 29 mars au 14 avril 2012, apparaît en elle-même ambiguë ; que malgré le contexte dans lequel elle est employée, soit un spot d'auto-promotion destiné à faire gagner des places de concerts à des auditeurs de la station de radio NRJ, cette affirmation peut laisser penser que tous les concerts des artistes cités dans le message promotionnel sont des concerts pour lesquels la

société RNJ est un partenaire exclusif ;

Considérant que la justification par la société NRJ des '*partenariats*' conclus avec les producteurs de concerts ou d'enregistrement est insuffisante à justifier l'affirmation '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*', alors que la société NRJ a seulement obtenu quelques places gratuites pour ses auditeurs ; que l'utilisation de cette affirmation générale et ambiguë par la société NRJ est fautive et constitutive d'une concurrence déloyale à l'égard de la société VORTEX ;

Considérant que la société VORTEX, qui conclut des contrats de partenariat exclusifs avec les producteurs de plusieurs des artistes cités par la société NRJ dans son spot publicitaire diffusé du 29 mars au 11 avril 2012, RIHANNA, SEAN PAUL et Nicki MINAJ, et qui subit un préjudice commercial du fait du caractère général de l'affirmation '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*' contenue dans les deux spots diffusés du 29 mars au 14 avril 2012, est bien fondée à demander que la société NRJ cesse d'utiliser l'affirmation '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*' qui permet à la société NRJ de s'approprier les concerts des plus grands artistes en laissant croire qu'elle est le partenaire privilégié des concerts de tous les artistes cités dans les deux messages publicitaires ; qu'il n'y a pas lieu d'assortir cette interdiction du prononcé d'une astreinte ;

Sur le préjudice :

Considérant que la société VORTEX expose avoir subi deux préjudices matériels distincts, d'une part, le parasitisme de ses investissements autour des concerts dont elle était partenaire, SEAN PAUL, RIHANNA et NICKI MINAJ, investissements dont une partie a été exposée en pure perte, d'autre part, un manque à gagner en terme de recettes publicitaires ; qu'elle demande au titre du parasitisme de ses investissements la somme de 800 000 € et au titre du manque à gagner la somme forfaitaire de 200 000 € ;

Mais attendu que la société VORTEX, qui reconnaît avoir abondamment communiqué sur les concerts dont elle était le partenaire exclusif et qui a bénéficié des avantages afférents à son partenariat exclusif (logo SKYROCK dans les annonces des concerts, remise de places pour ces concerts), ne peut soutenir que la diffusion d'un spot d'auto-promotion sur la courte période du 29 mars au 11 avril 2012 lui a fait perdre la moitié de tous les investissements faits autour des concerts des 3 artistes SEAN PAUL, RIHANNA et NICKI MINAJ, d'autant, d'une part, que les concerts dont la société VORTEX était le partenaire exclusif se sont déroulés en 2011 et en 2013 pour RIHANNA, au mois de juillet 2012 pour le concert de Nicki MINAJ et que seule la tournée de SEAN PAUL en avril 2012 a été concomitante à la diffusion du spot publicitaire et, d'autre part, que les noms de ces trois artistes n'ont pas été mentionnés dans le spot promotionnel diffusé du 11 au 14 avril 2012 ;

Considérant qu'au vu des documents produits aux débats la cour fixera le préjudice commercial subi par la société VORTEX du fait de la diffusion de spots d'auto-promotion par la société NRJ, du 11 avril au 14 avril 2012, à la somme de 20 000 € ;

Considérant que la société VORTEX soutient que les pratiques déloyales de la société NRJ ont nécessairement eu pour conséquence de détourner indûment à son profit non seulement une partie de l'audience de la radio, mais encore une partie des investissements publicitaires sur ce média, faisant ainsi subir à ses concurrents, au premier rang desquels SKYROCK, un manque à gagner en terme de recettes publicitaires, qu'il est impossible de quantifier précisément ; que le préjudice économique consiste, d'une part, dans les gains manqués par la société VORTEX, que celle-ci escomptait de ses partenariats notamment les ventes manquées d'espaces publicitaires, et d'autre part, dans les gains supplémentaires indus pour la société NRJ ;

Considérant que les deux spots litigieux ont été diffusés sur une courte période sur l'antenne de la société NRJ, à destination de ses auditeurs ; que, comme le soutient la société NRJ, qui invoque le résultat d'une enquête de la société MEDIAMETRIE, la société VORTEX ne rapporte pas la preuve

du préjudice économique qu'elle allègue ; qu'en conséquence, elle doit être déboutée de sa demande à ce titre ;

Considérant que la société VORTEX expose que les pratiques de la société NRJ lui ont également causé un préjudice moral, dans la mesure où elles ont altéré la notoriété de SKYROCK en tant que radio partenaire d'événements musicaux d'importance majeure ; qu'en égard aux circonstances de l'espèce et en l'absence d'association de l'image de SKYROCK aux artistes RIHANNA, Sean PAUL et Niccki MINAJ, le préjudice moral invoqué par la société VORTEX, n'est pas établi et ses demandes à ce titre doivent être rejetées ;

Sur la demande reconventionnelle de la société NRJ :

Considérant que la société NRJ expose que, au mois d'avril 2012, la société VORTEX a diffusé dans la presse un communiqué l'accusant de pratique commerciale trompeuse et annonçant des poursuites à son encontre ; que ce comportement s'analyse en un dénigrement constitutif de concurrence déloyale à ses dépens, indépendamment du caractère justifié ou non du grief formulé ; que la société VORTEX a également diffusé un communiqué de presse, à la suite du jugement du tribunal de commerce du 12 octobre 2012, qui a été massivement repris afin d'annoncer la condamnation de la société NRJ, à l'égard de laquelle elle s'est ainsi de nouveau rendu coupable de concurrence déloyale ; qu'ainsi un large public gardera en mémoire que la société NRJ a été '*lourdement condamnée*' qu'en réparation de l'atteinte portée à l'image de la radio NRJ, l'appelante demande que la société VORTEX soit condamnée à lui verser l'euro symbolique et qu'en outre, la publication de l'arrêt à intervenir soit largement ordonnée aux frais de la société VORTEX ; que la mise en cause des produits et services d'une entreprise relève du dénigrement sanctionné par l'article 1382 du code civil et non de la diffamation sanctionnée par la loi sur la presse ;

Considérant que la société VORTEX répond que la demande reconventionnelle pour dénigrement de la société NRJ est irrecevable, car l'appelante poursuit la réparation d'atteintes à l'honneur ou à la réputation de la personne morale NRJ ; que les abus de la liberté d'expression incriminés par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne peuvent être poursuivis que sur le fondement de cette loi, dont la société NRJ n'a pas respecté les contraintes procédurales, notamment les exigences prévues à peine de nullité par l'article 53 de cette loi ;

Considérant que dans le communiqué de presse du mois d'avril 2012, la société VORTEX fait état de la mise en demeure faite à la société NRJ '*afin qu'elle cesse la diffusion d'un spot autopromotionnel d'environ 45 secondes annonçant des partenariats autour des concerts de Niccki MINAJ, Sean PAUL et RIHANNA*' et de son intention de saisir '*les juridictions compétentes pour faire cesser l'atteinte portée à ses droits...*' par la diffusion de ce spot ; que les nombreux communiqués parus dans la presse en octobre 2012 font état de la condamnation prononcée contre la société NRJ par le jugement rendu le 12 octobre 2012 par le tribunal de commerce de Paris ;

Considérant que le communiqué, qui critique le contenu du spot publicitaire diffusé par la société NRJ du 29 mars au 11 avril 2012, concerne les produits, les services ou les prestations de la société NRJ et ne porte pas atteinte à l'honneur ou à la considération de l'appelante ; qu'en conséquence, il n'entre pas dans les prévisions de l'article 29 de loi du 29 juillet 1881, mais dans celles de l'article 1382 du code civil ; qu'il en est de même des communiqués de presse destinés à rendre public la condamnation de la société NRJ ;

Considérant que les communiqués de presse parus avant l'engagement de la procédure judiciaire constituent un dénigrement des spots d'auto-promotion diffusés par la société NRJ ; que les nombreux communiqués de presse parus après le prononcé du jugement du tribunal de commerce sont également constitutifs d'un dénigrement dès lors que la société VORTEX a délibérément rendu public une condamnation non irrévocable pour laquelle le tribunal de commerce avait refusé d'ordonner les mesures de publication sollicitées par la société VORTEX ;

Considérant que la société VORTEX doit être condamnée à verser à la société NRJ un euro symbolique ; que, eu égard à l'ancienneté des faits de dénigrement et à la circonstance que le présent arrêt condamne la société NRJ pour concurrence déloyale, la demande de publication de l'arrêt doit être rejetée ;

PAR CES MOTIFS

Infirme le jugement sauf en ses dispositions ayant jugé que la SAS NRJ a commis des actes de concurrence déloyale et l'ayant condamnée aux dépens ;

Et statuant à nouveau,

Dit que l'affirmation '*Tous leurs concerts sont des concerts NRJ*' contenue dans les spots d'auto-promotion diffusés du 29 mars au 14 avril 2012 par la SAS NRJ constitue un acte de concurrence déloyale au préjudice de la SA VORTEX ;

Condamne la SAS NRJ à verser à la SA VORTEX la somme de 20 000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice en résultant ;

Fait interdiction à la SAS NRJ d'utiliser, dans toute communication, l'expression '*concerts NRJ*' pour désigner des concerts pour lequel elle n'a conclu aucun partenariat exclusif ou privilégié ;

Constate que le présent arrêt emporte obligation pour la SA VORTEX de procéder au remboursement des sommes reçues dans le cadre de l'exécution provisoire du jugement infirmé, dans les limites de son infirmation ;

Dit qu'en diffusant des communiqués de presse en avril et octobre 2012 la SA VORTEX a commis des actes de dénigrement à l'égard de la SAS NRJ ;

Condamne la SA VORTEX à verser à la SAS NRJ un euro symbolique à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice en résultant ;

Condamne la SAS NRJ à verser à la SA VORTEX la somme de 10 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, au titre de la procédure de première instance et d'appel ;

Déboute les parties de leurs autres demandes ;

Condamne la SAS NRJ aux dépens d'appel qui pourront être recouvrés en application des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LA GREFFIÈRE LA PRÉSIDENTE

V. PERRET F. COCCHIELLO