

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE NANTERRE

6ème Chambre

JUGEMENT DU 02 Décembre 2011

DEMANDEURS

N° R.G. : 09/04438

Monsieur Patrick J.

AFFAIRE

**Patrick J. , La
Société RUE DU
COMMERCE**

C/

**La Société SORECOP, La
Société COPIEFrance**

représenté par Me Cyril CHABERT, membre de la
SCP Cyril CHABERT - Bruno CHAIN et Georges
DECOCQ, avocat au barreau de PARIS,
vestiaire : P 0462

La Société RUE DU COMMERCE

Société Anonyme
au capital de 2 735 377,00 €
inscrite au R.C.S. de BOBIGNY
sous le numéro B 422 797 720
dont le siège social est sis 44/50 Avenue
du Capitaine Glarner
93400 SAINT OUEN

prise en la personne de ses Représentants Légalx,
domiciliés en cette qualité audit siège

représentée par Me Cyril CHABERT, membre de la
SCP Cyril CHABERT - Bruno CHAIN et Georges
DECOCQ, avocat au barreau de PARIS,
vestiaire : P 0462

DÉFENDERESSES

La Société SORECOP

Société pour la Rémunération de la Copie Privée Sonore

Société Civile

au capital de 160 €

inscrite au R.C.S. de NANTERRE

sous le numéro D 334174 133

dont le siège social est sis 225 Avenue Charles de Gaulle
92200 NEUILLY SUR SEINE

Société absorbée par la Société pour la Perception de la Rémunération de la Copie Privée Audiovisuelle et Sonore, dite COPIE FRANCE

représentée par Me Patrick QUIBEL, avocat
postulant au barreau des HAUTS-DE-SEINE,
vestiaire : NAN 754

et assistée de Me Olivier CHATEL, avocat plaidant
au barreau de PARIS

La Société COPIE FRANCE

Société pour la Rémunération de la Copie Privée Audiovisuelle dite COPIE FRANCE

Société Civile

au capital de 600 €

inscrite au R.C.S. de PARIS

sous le numéro D 338 640 121

dont le siège social est sis 11 bis Rue Ballu
75442 PARIS CEDEX 09

prise en la personne de son Représentant Légal,
domicilié en cette qualité audit siège

Société agissant en son nom propre et pour le compte et comme venant aux droits et obligations de la Société SORECOP

représentée par Me Patrick QUIBEL, avocat
postulant au barreau des HAUTS-DE-SEINE,
vestiaire : NAN 754

et assistée de Me Olivier CHATEL, avocat plaidant
au barreau de PARIS

L'affaire a été débattue le 12 Septembre 2011 en audience publique devant le tribunal composé de :

Marie-Hélène MASSERON, Vice-Président
Cyril CARDINI, Juge
Amandine DE LA HARPE, Juge

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : **Jocelyne BIGOT**

JUGEMENT

Par décision publique, rendue en premier ressort, Contradictoire, et mise à disposition au greffe du tribunal conformément à l'avis donné à l'issue des débats

EXPOSÉ DU LITIGE

La société Rue du Commerce est une entreprise de commerce électronique qui distribue directement depuis des sites internet des produits électroniques grand public, notamment des matériels et supports de stockage de fichiers comme des supports vierges d'enregistrement (CD et DVD), des clés USB, des disques externes d'ordinateurs, des enregistreurs de salon, des tablettes etc.

Monsieur Patrick J a été président directeur général de cette société jusqu'au mois de décembre 2008. Il conserve depuis un poste d'administrateur dans cette société.

Les produits distribués par la société Rue du Commerce sont soumis au paiement de la rémunération pour copie privée prévue à l'article L 311-1 du code de la propriété intellectuelle.

Cet article prévoit que les auteurs et artistes interprètes des oeuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes, ainsi que les producteurs de ces phonogrammes ou vidéogrammes, ont droit à une rémunération au titre de la reproduction desdites oeuvres (...)

Aux termes de l'article L 311-4, cette rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires au sens du 3° du I de l'article 256 bis du code général des impôts, de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'oeuvres, lors de la mise en circulation en France de ces supports. Le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet....

Aux termes de l'article L 311-5, les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement de celles-ci sont déterminés par une commission (dite commission pour copie privée) présidée par un représentant de l'Etat et composée, en outre, pour moitié de personnes désignées par les organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, pour un quart de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou importateurs des supports, et pour un quart de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs.

Aux termes de l'article L 311-6, la rémunération pour copie privée est perçue pour le compte des ayants droit par un ou plusieurs organismes mentionnés au titre II. Elle est répartie entre les ayants droit par ces organismes.

Ces organismes sont des sociétés civiles. Il s'agit des sociétés SORECOP et COPIE FRANCE, défenderesses à la présente instance, étant précisé que la première a récemment fait l'objet d'une fusion absorption par la seconde et a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 27 juillet 2011, de sorte que les demandes initialement formées contre SORECOP concernent désormais la seule société COPIE FRANCE. Si par commodité il sera question des deux sociétés dans le présent jugement, l'opération étant intervenue en fin d'instruction et les parties concluant au sujet des deux sociétés, il sera évidemment tiré dans le dispositif les conséquences juridiques de la disparition de la société SORECOP.

Les sociétés Sorecop et Copie France ont ainsi pour objet de percevoir et de répartir la rémunération pour copie privée, sonore pour Sorecop, audiovisuelle pour Copie France.

Le dispositif législatif français de la rémunération pour copie privée, fixé par la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, trouve son fondement juridique international dans la convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques telle que révisée à Paris le 24 juillet 1971, convention ratifiée par la France par décret du 21 août 1974.

La rémunération pour copie privée est une exception au droit exclusif des auteurs, artistes-interprètes et producteurs d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs oeuvres.

Sa compatibilité avec le droit communautaire est admise par l'article 5.2.b de la Directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil en date du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, directive qui a été transposée dans le droit interne français par la loi du 1^{er} août 2006 dite loi DADVSI.

Cet article 5.2.b de la Directive dispose que *Les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable...*

Le présent litige trouve sa source dans l'existence en France d'un marché parallèle à celui constitué par les cybercommerçants français distributeurs de supports d'enregistrement éligibles à la rémunération pour copie privée, dit "marché gris", constitué par des cybercommerçants étrangers, demeurant ou non dans l'union européenne, qui distribuent des supports d'enregistrement en France via des sites internet sans acquitter la rémunération pour copie privée prévue en France, la réglementation française ne les soumettant pas au paiement de cette taxe.

Les distributeurs français parmi lesquels la société Rue du Commerce subissent ainsi la concurrence de ces commerçants étrangers qui pratiquent des prix de vente nettement plus bas car n'incluant pas la rémunération pour copie privée due en France.

Par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 22 mars 2007, la société Rue du Commerce s'est vue débouter de l'action en responsabilité pour concurrence déloyale qu'elle avait engagée à l'encontre de certaines de ces sociétés étrangères, au motif que ces sociétés venderesses n'avaient aucune des trois qualités exigées par l'article L 311-1 du code de la propriété intellectuelle (fabricant, importateur ou personne réalisant des acquisitions intracommunautaires au sens du code général des impôts) pour être redevable de la rémunération pour

copie privée, si bien qu'elles ne pouvaient être jugées fautives de n'avoir pas acquitté cette taxe.

Dans un arrêt du 27 novembre 2008, la première chambre civile de la cour de cassation a confirmé cette analyse, ne cassant l'arrêt de la cour d'appel que sur la question du manquement des sociétés vendeuses étrangères à leur obligation d'informer le consommateur français de son impérieuse obligation d'acquitter la rémunération pour copie privée dont il est redevable en vertu de la réglementation française.

La société Rue du Commerce agit aujourd'hui à l'encontre des sociétés Sorecop et Copie France auxquelles elle reproche en substance :

- d'une part de ne pas assurer la perception de la rémunération pour copie privée auprès des consommateurs qui s'approvisionnent sur le marché parallèle et ainsi de laisser perdurer une situation de concurrence préjudiciable aux cybercommerçants français,
- d'autre part de ne prendre aucune initiative au sein de la commission pour copie privée pour parvenir à des montants de rémunération conformes à la jurisprudence européenne et aux montants (plus bas) pratiqués par les autres pays de l'union européenne, et de percevoir ainsi, en toute connaissance de cause, des montants de rémunération illégaux qui ont plusieurs fois été annulés par le Conseil d'Etat.

Par l'assignation qu'elle et Monsieur J. ont délivrée le 2 avril 2009 devant le tribunal de grande instance de Nanterre aux sociétés Sorecop et Copie Privé, la société Rue du Commerce engage une double action :

- une action en responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil tendant à obtenir à hauteur de la somme de 17 714 285 euros la réparation de ses préjudices commerciaux et financiers et à hauteur de la somme de 1 000 000 euros la réparation de son préjudice d'image,
- une action en répétition de l'indu fondée sur les articles 1376 et suivants du code civil tendant au remboursement de la somme de 104 647,09 euros pour la société Rue du Commerce et de la somme de 28,2 euros HT pour Monsieur J.

1. Sur leur action en responsabilité délictuelle les demandeurs font valoir en substance :

Que les sociétés Sorecop et Copie France ont manqué tout à la fois :

- à leur obligation de droit commun en s'abstenant d'exécuter leur objet social, soit pour la société Sorecop gérer et exercer le droit à rémunération des bénéficiaires de la rémunération pour copie privée (article 4 de ses statuts), soit pour la société Copie France percevoir le droit à rémunération pour copie privée auprès des redevables (article 5 de ses statuts).

Ils précisent qu'elles exercent ces missions de manière exclusive, ce qui renforce leur obligation ; qu'en droit commun français les sociétés qui manquent à leur objet social commettent une faute ; qu'en droit communautaire la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt Opus Supplies du 16 juin 2011, impose aux sociétés de recouvrement une obligation de résultat dans la mise en place d'une perception effective ; qu'en n'assurant pas une perception effective de la copie privée auprès des français achetant des supports soumis à rémunération auprès de sites internet établis à l'étranger les sociétés Sorecop et Copie France manquent à leur obligation de perception effective (pièces n° 21, 11,

12, 62, 63, 89 50 81 82 88) ; qu'elles sont dans l'incapacité de démontrer qu'elles assurent la perception de cet approvisionnement parallèle qui représente 57 % du marché concerné ; qu'elles laissent ainsi prospérer ce marché gris au détriment des distributeurs français qui acquittent et répercutent sur le consommateur le droit de copie privée ;

- à leur obligation particulière de sociétés titulaires d'un monopole, en ne faisant rien pour éviter que ne se crée ou ne s'aggrave une distorsion faussant le jeu de la concurrence sur le marché ; qu'elles jouissent en effet d'un monopole de droit ou de fait (pièce 9) ; que cette situation monopolistique a pour corollaire une obligation particulière de tout mettre en oeuvre pour éviter de fausser la concurrence ; que concrètement les sociétés défenderesses refusent de faire face à une situation de trouble concurrentiel dont elles sont informées ; qu'elles n'ont pas mis en oeuvre de campagnes d'information auprès des consommateurs sur l'obligation d'acquitter la taxe ; qu'elles mènent des actions judiciaires contre les distributeurs français mais n'agissent pas contre les sociétés étrangères ; qu'elles n'ont pas mené d'action institutionnelle comme l'ont fait leurs homologues européens (pièce 49 et 64) ;

- à leur obligation spécifique du fait de leur rôle dominant dans le fonctionnement de la commission de copie privée ; qu'elles ont en effet une position dominante dans cette commission qui est composée de manière faussement paritaire (pièce 28), les bénéficiaires de la rémunération dominant en voix et en sièges (pièces 91, 83), position qui aurait dû les amener à prendre des initiatives pour lutter contre le marché gris, ce qu'elles n'ont pas fait.

Que ces manquements ont causé les préjudices suivants :

- un préjudice de perte de marché dont l'évaluation est compliquée faute d'informations données par les sociétés Sorecop et Copie Privée en dépit de la sommation qui leur a été délivrée (pièces 81, 82 et 88) pour qu'il soit justifié des sommes qu'elles auraient perçues auprès des français ayant directement acheté sur des sites internet établis à l'étranger, ce qui aurait permis de connaître la proportion du marché gris et de comparer le collectable du collecté et par différence de déduire la part de chiffre d'affaires réalisé par les sociétés étrangères ; que plusieurs approches d'évaluation de ce préjudice sont possibles (détaillées dans les conclusions auxquelles il convient de se référer), qui aboutissent à une évaluation de la perte de marché subie par la société Rue du Commerce entre 4 082 285 euros et 17 714 285 euros ;

- un préjudice d'image sur le marché de la distribution en ligne, la société Rue du Commerce étant considérée par les consommateurs comme incapable de proposer des prix compétitifs, préjudice qui peut être évalué à 1 000 000 euros.

En réponse, les sociétés défenderesses concluent au débouté, faisant valoir en substance :

- Qu'aucune faute ne leur est imputable :

que le fait que les cybercommerçants étrangers n'acquittent pas la rémunération pour copie privée est licite au regard de la réglementation française telle qu'analysée par la cour de cassation (1^{ère} civile 27 novembre 2008) ; qu'il ne peut être reproché à Sorecop et copie France d'avoir inscrit leur action en conformité avec le cadre juridique français ; qu'on ne peut leur reprocher de ne pas avoir

anticipé la jurisprudence européenne issue de l'arrêt *Opus Supplies* de la CJUE du 16 juin 2011 qui dit : *Il incombe à l'état membre qui a institué un système de redevance pour copie privée à la charge du fabricant ou de l'importateur de supports de reproduction d'oeuvres protégées, et sur le territoire duquel se produit le préjudice causé aux auteurs par l'utilisation à des fins privées de leurs oeuvres par des acheteurs qui y résident, de garantir que ces auteurs reçoivent effectivement la compensation équitable destinée à les indemniser de ce préjudice. A cet égard, la seule circonstance que le vendeur professionnel d'équipements, d'appareils ou de supports de reproduction est établi dans un Etat membre autre que celui dans lequel résident les acheteurs demeure sans incidence sur cette obligation de résultat. Il appartient à la juridiction nationale, en cas d'impossibilité d'assurer la perception de la compensation équitable auprès des acheteurs, d'interpréter le droit national afin de permettre la perception de cette compensation auprès d'un débiteur agissant en qualité de commerçant ;* qu'à la suite de cette jurisprudence elles ont, par lettre recommandée avec avis de réception du 17 août 2011, demandé aux cybercommerçants étrangers d'acquitter la rémunération pour copie privée sans attendre la modification du code de la propriété intellectuelle ; qu'il y a lieu de préciser que la cour de justice met une obligation de résultat à la charge des Etats membres de l'union européenne et non des sociétés de gestion collective ; que contrairement à ce qui est soutenu en demande les sociétés Sorecop et Copie France ont mené des actions pour lutter contre le marché gris :

- une action institutionnelle en participant à compter de 2008 à un groupe de travail créé à la demande de la Commission Européenne visant à améliorer les systèmes de rémunération pour copie privée (pièce 18), et que ce sont les industriels et non elles qui ont abandonné la discussion ;

- une action informative à destination des consommateurs en attirant depuis la fin de l'année 2005 leur attention sur leur obligation de règlement et en mettant à leur disposition sur internet depuis au moins 2007 un formulaire de déclaration de la rémunération pour copie privée ;

- une action judiciaire par l'introduction devant les tribunaux français de neuf actions à l'encontre de sites internet fictivement délocalisés hors de France et proposant aux consommateurs français des supports assujettis à la rémunération pour copie privée sans pour autant avoir acquitté la rémunération applicable, trois décisions ayant été obtenues à ce jour (pièce 9) ; qu'il ne peut leur être reproché de ne pas être intervenues à l'encontre des cybercommerçants légalement installés à l'étranger qui n'étaient pas redevables de la rémunération pour copie privée suivant la loi française telle qu'interprétée par la Cour de cassation.

- Que la preuve des préjudices allégués n'est pas rapportée (il convient de se référer aux conclusions sur l'exposé des motifs).

2. L'action en répétition de l'indu formée dans un second temps par les demandeurs repose sur le constat de l'illicéité des montants appelés par les sociétés Sorecop et Copie France au titre de la copie privée des CD vierges et DVD vierges, illicéité qu'ils demandent au tribunal de constater ou bien de demander à la juridiction administrative de constater par le biais d'une question préjudicielle et d'un sursis à statuer, précisant à cet égard qu'ils ne forment pas une exception de procédure (car elle émane du demandeur) mais une demande incidente, et qu'il ne peut donc leur être opposé l'irrecevabilité de cette demande au motif qu'elle n'a pas été présentée in limine litis.

En conséquence de ce constat d'illégalité, la société Rue du Commerce réclame tant en son nom propre qu'en celui de ses clients professionnels et particuliers la répétition des sommes qu'elle a payées directement en tant que solvens aux défenderesses au titre des décisions n° 1, 2, 5 et 11 (décisions de la commission de copie privée relatives au montant des rémunérations sur les supports en cause) depuis 2004, sommes dont elle évalue le total à 104 647,09 euros.

Elle précise que son intérêt à agir (contesté en défense) n'est pas discutable car elle s'engage à rembourser aux acquéreurs les sommes qui lui seraient allouées.

Monsieur J. réclame en son nom propre la répétition des sommes qu'il a personnellement déboursées à l'occasion de ses commandes des 11 novembre et 23 décembre 2008, soit 28,2 euros.

Les demandeurs se prévalent de quatre motifs d'illégalité :

- les décisions 1, 2, 5 et 11 de la commission pour copie privée sont entachées d'illégalité en ce qu'elles surestiment les redevables de la rémunération ;

qu'en effet elles ne tiennent pas compte de l'interprétation qui est donnée par la CJUE à la directive qui fonde le régime national (directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 que la France a transposée dans son droit), interprétation qui s'impose à la France en vertu de l'effet utile du droit communautaire ; que dans une décision du 21 octobre 2010 (arrêt Padawan) la CJUE a dit que la rémunération pour copie privée ne peut être due que par un particulier qui achète un support d'enregistrement pour des usages de copie privée et non par un professionnel qui ne va pas faire un usage de copie privée, qu'elle exclue donc les professionnels du paiement de la rémunération et cela à partir du 22 décembre 2002 (date butoir de transposition de la directive) ; que les décisions 1, 2, 5 et 11 de la commission pour copie privée sont contraires au droit communautaire en ce qu'elles n'excluent pas les professionnels de la rémunération pour copie privée ;

- les décisions 1, 2 et 5 sont entachées d'illégalité en ce qu'elles surestiment les usages de copie privée ;

qu'en effet le champ de l'exception de copie privée est strictement défini : il n'inclut que les usages licites et exclue les usages illicites qui relèvent de la contrefaçon ; que cependant, en pratique, la commission amalgame copie licite et copie illicite alors que le Conseil d'Etat a condamné cette méthode dans un arrêt du 11 juillet 2008 qui annule la décision n° 7 pour ce motif ; que la commission pour copie privée dans laquelle les sociétés de gestion collective disposent d'une majorité d'action, n'a pas abrogé les décisions 1, 2 et 5 pourtant illicites ; qu'elle a voté une nouvelle décision (n°11) qui reprend des montants quasiment identiques aux précédents et qui sera annulée par le conseil d'état le 17 juin 2011 ;

- les décisions de taxation des CD et DVD vierges sont illégales en ce qu'elles sont le fruit d'une entente qui est contraire à l'article 101 du traité de l'union européenne, entente sur le niveau de rémunération qui s'est nouée entre bénéficiaires et producteurs (entente verticale) ou entre bénéficiaires (entente horizontale) ; (il convient de se référer aux conclusions sur l'exposé des motifs) ;

- la rémunération pour copie privée est illégale en ce qu'elle constitue une mesure d'effet équivalent qui entrave le commerce entre états membres, mesure interdite entre états membres aux termes de l'article 34 du TUE ; (il convient de se référer aux conclusions sur l'exposé des motifs) ;

Qu'en résumé les sociétés Sorecop et Copie France abusent de leur position dominante sur le marché de la perception des droits à rémunération pour copie privée en imposant un prix et des conditions de perception inéquitables et discriminatoires ; qu'elles s'entendent avec les autres ayants droit de la rémunération et/ou avec les représentants d'autres intérêts dans le cadre de la commission pour copie privée pour faire adopter par celle-ci un prix et des conditions de perception inéquitables et discriminatoires.

En réponse, les sociétés défenderesses concluent au débouté, faisant valoir :

A TITRE PRINCIPAL, que les demandeurs sont irrecevables en leur action pour plusieurs motifs :

- La société Rue du Commerce n'a pas la qualité de Solvens (appauvri) cette qualité appartenant aux consommateurs qui supportent la charge finale de la rémunération ; elle ne peut agir dans l'intérêt de ses clients, nul ne plaidant par procureur, et elle est dans l'impossibilité pratique de rembourser la rémunération aux acquéreurs finaux ;

- Monsieur J: n'a pas un intérêt légitime à agir distinct de celui de la personne morale qu'il continue d'animer au travers de sa qualité de membre du conseil d'administration et d'actionnaire de référence, l'unique commande qu'il a passée ayant été effectuée de manière totalement artificielle pour les besoins de la procédure ;

- La demande de sursis à statuer avec question préjudicielle n'a pas d'objet, car dans son arrêt du 17 juin 2011 le Conseil d'Etat a déclaré la société Rue du Commerce irrecevable en sa demande d'annulation des décisions 1, 2 et 5, et il a annulé la décision n° 11 ; il a donc déjà statué sur la question posée ;

- La demande de sursis à statuer avec question préjudicielle est irrecevable car elle constitue une exception de procédure qui aurait du être présentée in limine litis et qui relève en outre de la compétence exclusive du juge de la mise en état.

A TITRE SUBSIDIAIRE, que l'action est mal fondée pour plusieurs motifs :

- Le constat de l'éventuelle illégalité des décisions 1, 2 et 5 ne relève pas de la compétence du juge judiciaire mais de celle du juge administratif ;

qu'en effet les décisions de la commission pour copie privée (autorité administrative indépendante) sont des actes administratifs à caractère réglementaire, que l'appréciation de leur légalité est une attribution exclusive du juge administratif conformément à la solution de principe adoptée par le tribunal des conflits dans son arrêt Septfonds du 16 juin 1923 ;

- Les décisions 1 et 2 ne sont pas concernées par les demandes ;

qu'en effet la première est demeurée applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2002 et la seconde jusqu'au 1^{er} juillet 2005, or la demande porte sur la période de septembre 2005 à mars 2010 ;

qu'en outre la rémunération a été acquittée en application de la décision n°7 au titre de la période allant d'octobre 2006 à décembre 2008, dont il n'est pas fait référence, qu'en tout état de cause cette décision 7, annulée le 11 juillet 2008, a continué de produire effet jusqu'au 31 décembre 2008 ;

- Les deux motifs d'illégalité d'ordre concurrentiel sont mal fondés (il convient de se référer aux conclusions sur l'exposé des motifs) ;

- L'action en répétition ne peut aboutir car elle se heurte à une expropriation injustifiée des ayants droit qui ne peuvent être privés de leur droit à rémunération acquis par les textes :

. Le code de la propriété intellectuelle (article L 331-1) qui pose le principe d'un droit à rémunération,

. La directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 qui pose le principe d'une nécessaire contrepartie financière à toute exception ou limitation au droit de reproduction,

. L'article 545 du code civil aux termes duquel nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ; or l'exception de copie privée relève du régime de la propriété.

- Le principe de créance des sociétés Sorecop et Copie France est donc acquis et ne peut être remis en cause en conséquence de l'annulation des décisions de la commission, sauf au juge judiciaire à fixer un nouveau montant de rémunération.

Vu les dernières conclusions des parties auxquelles il convient de se référer pour un plus ample exposé des faits, prétentions et moyens.

Vu l'ordonnance de clôture rendue le 12 septembre 2011 à 12 heures.

Les parties entendues en leurs plaidoiries à l'audience collégiale du 12 septembre 2011 à 16 heures.

MOTIFS :

Sur l'action en responsabilité délictuelle :

Les articles 1382 et 1383 du code civil disposent :

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

La faute :

Il est en l'espèce argué d'une négligence fautive à un double niveau :

- en tant que sociétés de gestion collective bénéficiant d'un monopole, les sociétés Sorecop et Copie France n'exécutent pas leur obligation de percevoir la rémunération pour copie privée due par les consommateurs qui s'approvisionnent auprès des cybercommerçants étrangers,
- en tant que membres majoritaires de la commission pour copie privée, elles ne prennent aucune mesure pour harmoniser le montant de la copie privée avec les autres législations européennes afin de lutter contre la distorsion de concurrence générée par l'existence du marché gris.

Les sociétés de gestion collective Sorecop et Copie France ont pour objet de percevoir et de répartir, conformément à l'article L 311-6 du code de la propriété intellectuelle, la rémunération pour copie privée sonore (Sorecop) et audiovisuelle (Copie France).

Cette mission leur est confiée de manière exclusive, aucune autre société n'étant chargée de la collecte de la rémunération pour copie privée.

Il est constant qu'échappe à la collecte de cette rémunération tout un pan du marché (dit marché gris) de la distribution par internet des supports d'enregistrement soumis à la rémunération, cela parce que les cybercommerçants étrangers, qui ne l'ignorent pas, ne sont pas des redevables de la rémunération pour copie privée au sens de la loi française et de la jurisprudence de la cour de cassation, n'étant pas considérés comme ayant la qualité d'importateur, de fabricant ou d'acquéreur intra-communautaire au sens du code général des impôts.

Les autorités françaises sont d'ailleurs conscientes de l'existence de ce marché et des problèmes qu'il génère ainsi que cela ressort d'un rapport relatif à la compensation équitable pour acte de copie privée établi le 24 avril 2008 par la Représentation Permanente de la France auprès de l'Union Européenne et transmis à la Commission Européenne (pièce 14 des demandeurs), rapport comportant un paragraphe E 13) intitulé "marché gris" "la taille du marché gris a-t-elle augmenté depuis l'année 2006 ?" dans lequel il est écrit : *"le volume du marché gris est par nature difficile à évaluer. Il semble toutefois qu'il s'étend des CD et DVD, initialement les plus concernés, vers de nouveaux supports tels que les disques durs externes et les cartes mémoires. Ce phénomène mérite une attention particulière. Il porte en effet préjudice aussi bien aux bénéficiaires, puisqu'il entraîne une perte de revenus significative, qu'aux fabricants et importateurs, puisqu'il crée une distorsion de concurrence."*

Il s'agit donc d'un phénomène existant depuis plusieurs années et prenant de l'ampleur, et la distorsion de concurrence qu'il entraîne est importante car les prix offerts par les cybercommerçants étrangers (européens ou non) sont nettement inférieurs à ceux offerts par les cybercommerçants français quant à eux soumis au paiement de la rémunération pour copie privée qu'ils répercutent sur leurs prix de vente, ces commerçants étrangers n'ayant pas à supporter la taxe française dont le montant est élevé par rapport à celui pratiqué par la majorité des

autres pays européens.

Ainsi, dans un rapport d'information du 13 décembre 2001 sur la rémunération de copie privée déposé par la Commission des Finances, de l'Economie Générale et du Plan, Monsieur le député Didier PIGAUD, rapporteur général de cette commission, explique que les taux retenus en France figurent dans le tiers supérieur des tarifs retenus par l'ensemble des Etats européens pratiquant la copie privée, qu'ainsi le taux en vigueur en France en 1999 sur les cassettes audio et vidéo analogues était presque quatre fois supérieur à celui retenu en Allemagne.

Depuis l'établissement de ce rapport l'écart ne s'est pas réduit ainsi que le révèle la lecture d'un tableau établi en 2008 et 2009 par la ThuisKopie, société de gestion collective néerlandaise (pièces 44 et 56 des demandeurs) qui fait ressortir que les taux de rémunération pratiqués en France sur les CD et DVD est le 6^{ème} taux le plus élevé des 27 pays de l'union européenne ; le taux français sur les CD vierges est 12 fois plus élevé que celui de l'Allemagne, 6 fois plus élevé sur les DVD vierges ; il est 2 fois plus élevé que le taux belge ou espagnol pour les deux types de support ; il est 2 fois et demi plus élevé que le taux des Pays-Bas sur les CD, 2 fois plus élevé sur les DVD.

Les sociétés Sorecop et Copie France connaissent elles aussi la réalité notoire de ce marché gris et de ses effets sur la concurrence dont elles ont par ailleurs été expressément alertées par la société Rue du Commerce par lettre du 23 septembre 2004 (pièce 23 des demandeurs).

Il est encore constant, même si les sociétés défenderesses indiquent et justifient mettre en ligne depuis 2007 un formulaire de déclaration à destination des consommateurs achetant des supports d'enregistrement par internet auprès de sociétés étrangères, qu'en pratique elles ne recouvrent pas la rémunération pour copie privée auprès de ces consommateurs.

Pour preuve (pièces 62 et 63), même si ce défaut de perception n'est pas contredit par les sociétés de gestion, les demandeurs ont fait effectuer un test en 2007 par un consommateur lambda qui s'est adressé aux sociétés de gestion pour leur déclarer son achat sur un site étranger, qui s'est fait adresser un formulaire destiné aux importateurs grossistes, qui l'a rempli, non sans difficulté, puis l'a envoyé, mais ne s'est pas vu réclamer le montant de la redevance.

Les sociétés défenderesses ne contredisent pas utilement les demandeurs lorsque ceux-ci soutiennent qu'elles n'ont mené auprès des consommateurs aucune campagne d'information sur leur obligation de payer la taxe. En effet, la seule action dont elles arguent et justifient à destination des consommateurs est le formulaire dédié sur internet depuis 2007. Elles ne justifient pas, en revanche, avoir clairement attiré l'attention des consommateurs français sur l'obligation de règlement de la rémunération pour copie privée depuis la fin de l'année 2005 comme elles le soutiennent en page 31 de leurs conclusions, la pièce n°8 qu'elles visent et produisent au soutien de cette allégation n'étant constituée que des formulaires ci-dessus évoqués.

Une étude en date du 27 juin 2011 menée par "Opinion Way pour les industriels du GITEP TICS" à la suite d'un sondage quantitatif mené sur un échantillon de 1518 personnes en France révèle que 88 % ignorent l'existence de ce complément obligatoire de prix (pièce n° 89 des demandeurs).

Dans le cadre de l'action en concurrence déloyale qu'elle a formée il y a quelques années contre des sociétés étrangères, la société Rue du Commerce a par ailleurs produit plusieurs constats d'huissier qu'elle verse à nouveau aux débats, desquels il ressort que des commandes groupées de CD et DVD vierges ont été passées par des groupes de fonctionnaires dépendant des

ministères de l'Intérieur, de la Défense, de l'Urssaf, des Collectivités locales, qui n'ont donné lieu à aucune déclaration pour paiement de la rémunération pour copie privée, les acheteurs ignorant cette obligation (pièces 35 à 43 des demandeurs).

Il peut donc être affirmé que les sociétés de perception n'assurent pas la collecte de la rémunération pour copie privée auprès des consommateurs français de supports d'enregistrement vierges achetant sur des sites internet étrangers.

Mais il est évident que ce mode de recouvrement direct auprès des consommateurs est matériellement et financièrement irréalisable et que le recouvrement de la taxe suppose son pré-acquittement par les distributeurs des produits assujettis.

C'est ainsi que les distributeurs français comme la société Rue du Commerce s'acquittent de la redevance auprès des sociétés Sorecop et Copie France en répercutant son coût sur le prix de vente, les consommateurs finaux remplissant ainsi leur obligation de paiement.

Il est donc indispensable, pour assurer le paiement effectif de la taxe par les consommateurs français s'approvisionnant auprès des cybercommerçants étrangers, de faire pré-payer cette taxe par ces derniers.

Pour justifier leur inaction auprès de cette catégorie de vendeurs, les sociétés défenderesses se retranchent derrière la législation française telle qu'interprétée par la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation dans son arrêt du 27 novembre 2008, qui n'oblige pas les vendeurs étrangers au paiement de la rémunération pour copie privée, arrêt rendu dans le cadre de l'action en concurrence déloyale que la société Rue du Commerce avait formée contre des vendeurs étrangers. Si la cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait exclu la responsabilité des sociétés étrangères au motif que n'étant pas redevables de la rémunération pour copie privée au regard de la législation française elles n'avaient pas commis de faute en ne l'acquittant pas, elle a en revanche considéré, contrairement à la cour d'appel, que ces sociétés avaient violé leur obligation d'informer les consommateurs français de leur obligation de payer la rémunération pour copie privée.

Cette jurisprudence apparaît toutefois constituer une excuse insuffisante à l'inaction des sociétés Sorecop et Copie France dans leur mission statutaire de collecte de la rémunération pour copie privée auprès de tous les consommateurs de produits redevables de cette rémunération.

Il y a d'abord lieu d'observer, d'une part, que cette jurisprudence est récente (27 novembre 2008) et que les sociétés défenderesses, dont la carence est dénoncée par les demandeurs depuis 2004, n'invoquent pas d'arrêt antérieur de la cour de cassation sur la base desquels elles se seraient interdit de tenter des actions judiciaires contre les sociétés étrangères afin de lutter contre le marché gris ; d'autre part, que cette jurisprudence n'a pas été suscitée par les sociétés de gestion collective dans le cadre de telles tentatives, mais par la société Rue du Commerce.

Les seules actions judiciaires dont les sociétés de gestion justifient sont toutes dirigées contre des distributeurs français. Aucune n'a été engagée à l'encontre des commerçants étrangers sur le fondement du manquement à leur obligation d'informer les consommateurs français de leur qualité de redevable de la rémunération pour copie privée française, manquement qui a été caractérisé par la jurisprudence de la cour de cassation derrière laquelle les sociétés de gestion collective se retranchent.

Pourtant, et conformément au droit communautaire au respect duquel elles sont soumises dès lors que la législation française en la matière s'inscrit dans le cadre de ce droit, les sociétés de gestion auraient dû mener de telles actions, ce qu'ont fait leurs homologues belges.

La volonté du législateur de l'Union Européenne, exprimée dans les considérants de sa directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 (transposée dans le droit français), est en effet de *parvenir à une interprétation la plus uniforme possible de la directive au sein de l'union européenne en invitant les Etats membres à appliquer les exceptions et limitations au droit de reproduction de manière cohérente, dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur* (32^{ème} considérant).

Dans son arrêt "Padawan" du 21 octobre 2010, la Cour de Justice de l'Union Européenne rappelle qu'aux termes de l'article 5.2 b) de la directive 2001/29 *les Etats membres qui décident d'instaurer l'exception de copie pour un usage privé dans leur droit interne sont tenus de prévoir le versement d'une compensation équitable au bénéfice des titulaires du droit ; que ni cet article ni aucune autre disposition de la directive ne comportent de renvoi au droit national des Etats membres ; que dans une telle circonstance, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause.*

En l'espèce, il est indéniable que les objectifs de bon fonctionnement du marché intérieur posés par la directive ainsi que l'exigence d'un niveau de protection élevé du droit d'auteur (posée dans le 9^{ème} considérant) ne sont pas atteints lorsque les sociétés de gestion collective chargées du recouvrement de la compensation équitable due aux bénéficiaires s'abstiennent de recouvrer cette compensation auprès d'une quantité importante de consommateurs redevables, privant ainsi les auteurs d'une rémunération importante et laissant se créer une distorsion de concurrence au sein de marché de l'Union.

En Belgique, la société Auvibel, société de gestion collective confrontée à la même situation que les sociétés Sorecop et Copie France, a agi en justice contre une société luxembourgeoise distribuant des CD et DVD sur son territoire, cela sur le fondement d'une législation similaire à celle de la France qui exonère de la rémunération pour copie privée les vendeurs étrangers, et elle a obtenu la condamnation de cette société luxembourgeoise par le tribunal de première instance de Bruxelles qui, dans un jugement du 14 mai 2007, a considéré que la société défenderesse contrevenait à la législation belge en proposant à la vente ou en vendant des supports sans en faire la déclaration auprès de la société de gestion collective.

Les sociétés Sorecop et Copie France n'ont quant à elle engagé aucune action de collecte ni aucune action judiciaire à l'encontre des cybercommerçants étrangers pour tenter d'obtenir leur condamnation au paiement de la rémunération pour copie privée.

Elles ont attendu le récent arrêt de la CJUE dit "Opus Supplies" du 17 juin 2011 intervenu à la fin de l'instruction de la présente instance pour envoyer aux principaux distributeurs étrangers de supports sur le territoire français une lettre recommandée leur enjoignant de procéder à la déclaration de leurs ventes en France aux fins d'acquiescer la rémunération pour copie privée.

Cet arrêt met en effet à la charge des Etats membres une obligation

de résultat leur imposant de garantir aux auteurs lésés le versement effectif d'une compensation équitable en dédommagement du préjudice né sur leur territoire, et dit qu'à cette fin il appartient aux autorités, notamment juridictionnelles de cet Etat membre, de rechercher une interprétation du droit national conforme à ladite obligation de résultat, qui garantisse la perception de la compensation auprès du vendeur qui a contribué aux importations des supports en les mettant à la disposition des utilisateurs finaux, précisant qu'est sans incidence sur cette obligation incombant aux Etats membres la circonstance que, dans le cas de contrats négociés à distance, le vendeur professionnel soit établi dans un autre Etat membre.

La CJUE oblige ainsi les autorités des Etats membres et notamment les juridictions à interpréter le droit national de manière à contraindre les commerçants étrangers au paiement de la rémunération de copie privée.

Chargées par l'Etat français de collecter cette rémunération au profit des auteurs lésés et tenues de remplir cette mission statutaire dans le respect du droit communautaire, les sociétés Sorecop et Copie France, dès l'instant où elles ont constaté la distorsion de concurrence et la perte de rémunération pour les auteurs lésés créées par les vendeurs étrangers, auraient dû, en menant des actions de collecte, au besoin judiciaires, de la rémunération pour copie privée à l'encontre de ces distributeurs étrangers, rechercher la nécessaire interprétation du droit français sur la qualité de redevable de cette rémunération.

En s'abstenant de telles actions elles n'ont pas mis en oeuvre tous les moyens nécessaires à l'exécution de leur mission, ce qui constitue une négligence fautive au sens de l'article 1383 du code civil.

L'harmonisation de la taxe pour copie privée française avec celle fixée par les autres Etats membres de l'Union européenne constitue un autre moyen d'action envisagé au niveau communautaire pour lutter contre le marché gris.

Il a en effet été précédemment indiqué que les taux de la rémunération pour copie privée en France sont nettement plus élevés que dans la majorité des Etats européens. Les vendeurs français de supports d'enregistrement soumis à la rémunération se voient ainsi sévèrement concurrencés par leurs homologues européens en pratiquant des prix plus élevés intégrant le coût de la rémunération pour copie privée.

Or, en leur qualité de membres de la commission pour copie privée chargée de déterminer le montant des taux de rémunération de la copie privée, les sociétés Sorecop et Copie France ont un rôle à jouer dans la fixation de ces taux.

Il convient ici de rappeler que la commission pour copie privée compte trois collèges (bénéficiaires/fabricants/consommateurs) composés de 24 membres au total. Le premier collège dont font partie les sociétés Sorecop et Copie France compte 12 membres, le collège des fabricants 6, celui des consommateurs 6 également. Sur les douze sièges du collège des bénéficiaires les sociétés Sorecop et Copie France occupent dix sièges. La Commission se détermine à la majorité des membres présents, 3/4 au moins des membres devant être présents. Le président de la Commission, représentant de l'Etat, a voix délibérative en cas de partage des voix.

Disposant de 10 sièges sur 24 il est certain que les sociétés Sorecop et Copie France ont un pouvoir d'action important dans cette commission. Il suffit en effet que les membres des deux autres collèges soient en désaccord ou que certains soient absents pour que les voix des deux sociétés de gestion collective prédominent et emportent la décision. Leur position est donc déterminante dans les décisions de la Commission.

Les membres de la Commission doivent remplir leur mission de fixation des montants de rémunération pour copie privée dans le respect des règles posées par le code de propriété intellectuelle et par la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 telle qu'interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, en s'attachant à respecter le droit communautaire qui leur impose, ainsi qu'il a été précédemment développé, de veiller à l'harmonisation de la réglementation française par rapport à celle des autres pays de l'Union dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ce qui doit les conduire à oeuvrer dans le sens d'une telle harmonisation.

Or, les montants de rémunération pour copie privée tels que fixés par la Commission ont été à plusieurs reprises annulés par le conseil d'Etat en ce que leur base de calcul intégrait deux éléments de surestimation : quant aux personnes redevables (prise en compte des usagers professionnels) et quant à la nature des usages (prise en compte des usages illicites de copie privée).

Ainsi, dans un arrêt du 11 juillet 2008, le Conseil d'Etat a annulé la décision n° 7 de la Commission au motif qu'en prenant en compte le préjudice subi du fait de copies illicites de vidéogrammes ou de phonogrammes la Commission a méconnu les dispositions de l'article L 311-5 du code de propriété intellectuelle.

Dans trois arrêts du 17 décembre 2010, le Conseil d'Etat a annulé les décisions n° 8, 9 et 10 de la Commission pour le même motif : "En prenant en compte le préjudice subi du fait des copies illicites, la commission, qui a méconnu les dispositions du code de la propriété intellectuelle, a entaché sa décision d'erreur de droit."

Dans un arrêt du 17 juin 2011, le Conseil d'Etat a annulé la décision n° 11 de la Commission (qui fixait de nouveaux montants à la suite des décisions précédentes du Conseil d'Etat) au motif qu'en décidant que l'ensemble des supports, à l'exception de ceux acquis par les personnes légalement exonérées de la rémunération pour copie privée par les dispositions de l'article L 311-8 du code de la propriété intellectuelle, seraient soumis à la rémunération, sans prévoir la possibilité d'exonérer ceux des supports acquis, notamment à des fins professionnelles, dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage de ces matériels à des fins de copie privée, la décision attaquée a méconnu les dispositions du code de propriété intellectuelle et la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 telle qu'interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne..."

Les sociétés Sorecop et Copie France soutiennent participer de manière active depuis 2008 à un groupe de travail créé à la demande de la Commission Européenne et visant à améliorer les systèmes de rémunération pour copie privée en Europe.

Elles ne produisent cependant aucune pièce de nature à prouver de manière positive le contenu et les modalités de cette action, la seule pièce (n° 18) à laquelle elles se réfèrent dans leurs conclusions étant un communiqué de presse daté du 7 décembre 2010 écrit en anglais, émanant du GESAC (European Grouping of Societies of Authors and Composers) qui déplore la décision prise par les représentants des industriels d'abandonner de façon unilatérale les discussions relatives à la rémunération pour copie privée.

L'objectivité de ce communiqué est au demeurant contestée par les demandeurs qui relèvent que le GESAC est présidé par le président de la Sacem. Ils se réfèrent en outre aux récentes déclarations du commissaire européen Neelies Kroes en charge de la société de l'information qui déplore l'obstruction du monde de la gestion collective sur la question de l'harmonisation.

Il résulte d'ailleurs d'un compte rendu de la Commission pour copie privée du 14 décembre 2010 (pièce 21 des défenderesses), au cours de laquelle la question de l'harmonisation a été abordée, que le groupe des industriels et celui des ayants droits (Sorecop et Copie France) sont totalement divergents sur la cause de l'échec des négociations en cause. Il est en effet noté au procès-verbal de cette réunion : *“Un représentant de Copie France rappelle que ce sont les industriels qui ont quitté la table des négociations à la commission européenne ; Le représentant de la Fevad répond que, pour les industriels, ce sont les ayants droits qui sont restés fixés sur leur position.”*

En dehors de cette participation datant de 2008 à un groupe de travail dont il convient de relever, sur la base des propres déclarations des défenderesses, qu'il a été créé à la demande de la Commission Européenne et non des sociétés de gestion collective, les sociétés Sorecop et Copie France ne justifient ni même ne soutiennent avoir mené d'autres actions tendant à l'harmonisation des montants de la rémunération pour copie privée au sein de l'Union Européenne.

Cette question de l'harmonisation des montants de la rémunération pour copie privée est manifestement un sujet polémique entre les membres de la Commission.

Il est en effet noté dans le compte rendu de la réunion du 22 juin 2010 de la Commission (pièces 78 des demandeurs) qu'un des représentants de la Fevad, membre du collège des fabricants et importateurs de supports, a demandé au Président de mentionner au procès-verbal des propos qui avaient été tenus par le représentant de Sorecop lors de la séance du 16 avril 2010 mais que celui-ci avait refusé de voir porter au procès-verbal. Il a été fait droit à cette requête et le Président a rédigé le paragraphe suivant sur le procès-verbal de la réunion du 22 juin 2010 :

“ Le représentant de Fevad tient donc à rappeler les propos du représentant de Sorecop lors de cette réunion du 16 avril 2010. Ce dernier a indiqué, concernant la question des tarifs européens et le fait que certains souhaitent que l'harmonisation des tarifs soit un critère de détermination de la rémunération pour copie privée en France, qu'il était “complètement opposé à cette vision.” Par ailleurs, concernant les pratiques en vigueur dans les autres Etats et les niveaux de rémunération qui y sont fixés, il a estimé “que vouloir avoir l'information est une chose, vouloir considérer que c'est un critère d'appréciation déterminant en est une autre.” ...

Il (le représentant de la Fevad) rappelle que l'étude EICTA de l'Union Européenne a révélé il y a quelques années l'existence d'un marché gris considérable en France. Sur la base d'un simple calcul, ce préjudice se monte à plus de 500 millions d'euros par an en France, c'est à dire plusieurs milliards d'euros de préjudice depuis plusieurs années. La Fevad ne comprend pas comment la commission a pu tout simplement éluder cette question aux immenses conséquences financières.”

Dans ses conclusions la société Sorecop conteste avoir tenu ces propos. Cependant, alors que ses cinq représentants étaient présents lors de la réunion du 22 juin 2010, il n'est pas mentionné au procès-verbal de cette réunion que l'un d'entre eux ait pris la parole pour démentir les déclarations du représentant de la Fevad.

Une intervention faite par un représentant de Sorecop lors de la réunion précédemment évoquée du 14 décembre 2010 confirme que cette société est hostile à une diminution de la rémunération pour copie privée au niveau de celle pratiquée par la majorité des autres pays européens. Il est en effet noté en page 7 du compte rendu : *“Un représentant de Sorecop fait observer que le représentant de la Fevad souhaite une harmonisation en baissant les montants des rémunérations, alors qu'une harmonisation par le haut pourrait tout aussi bien être mise en oeuvre.”*

Pour justifier de ce que la question du marché gris et de l'harmonisation des montants de rémunération pour copie privée est évoqué au sein de la Commission les sociétés défenderesses se prévalent précisément de ce compte rendu de la réunion du 14 décembre 2010 dans lequel il est noté :
“ Le Président souhaite répondre à la remarque du représentant de la Fevad sur le marché gris. Il rappelle que les problèmes du marché gris sont débattus principalement en dehors du cadre de cette commission., en particulier au niveau européen, avec les aspects de l'harmonisation. Même si le débat sur l'harmonisation n'est pas un sujet qui a vocation principale à se faire ici, rien n'interdit à la commission de tenir compte de cette dimension dans l'adoption des décisions. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Président avait indiqué, lors de l'adoption du programme de travail, que cette question serait discutée par la commission. La preuve que ce sujet est traité au sein de la commission est que les documents distribués par le représentant de la Fevad ont été discutés en séance. Naturellement, la commission ne dispose pas de tous les moyens pour traiter ici ce sujet et tant qu'il ne sera pas géré au plan communautaire l'approche ne pourra être que partielle.”

Cette observation révèle que la question de l'harmonisation de la rémunération pour copie privée avec celle pratiquée par les autres pays européens n'est pas considérée par le Président de la Commission comme un sujet principal ; selon lui son traitement doit s'effectuer au niveau communautaire.

Mais il s'agit là de la position du Président de la Commission à laquelle les autres membres ne sont pas contraints de se rallier. Il résulte de la lecture des procès-verbaux de réunion de la Commission que l'ordre du jour des réunions n'est pas déterminé par le seul président mais fixé sur la base de propositions faites par ses membres.

Membres majoritaires de la Commission, les sociétés Sorecop et Copie France ont la possibilité de faire de l'harmonisation des montants de copie privée en France avec ceux des autres Etats européens, comme moyen de lutte contre le marché gris préjudiciable aux intérêts des ayants droit qu'elles représentent, un élément essentiel de la détermination des montants de copie privée par la Commission.

Elles ne justifient pas agir en ce sens et le constat évoqué plus haut du taux élevé de la rémunération pour copie privée en France par rapport à la majorité des autres Etats européens établit qu'elles ne mettent pas en oeuvre tous les moyens nécessaires pour agir en ce sens.

Cette attitude caractérise une négligence fautive au sens de l'article 1383 du code civil, faute préjudiciable aux demanderesses qui subissent la concurrence du marché gris dont l'existence perdure faute d'être combattu efficacement.

Le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice :

La société Rue du Commerce argue de deux types de préjudice: une perte de clientèle et une atteinte à son image sur le marché de la distribution en ligne.

La perte de clientèle est incontestable, résultant nécessairement des prix plus bas pratiqués par les cybercommerçants étrangers sur des produits équivalents à ceux qui sont distribués en ligne par la société Rue du Commerce ; elle se traduit par une perte de chiffre d'affaires.

L'atteinte à l'image n'est pas non plus contestable ; par le manque d'attractivité de ses offres de CD et DVD vierges la société Rue du Commerce a nécessairement la réputation d'un distributeur coûteux, d'autant que les

cybercommerçants étrangers n'informent pas leur clientèle de la cause du surcoût pratiqué par les vendeurs français, à savoir l'obligation de prépayer la rémunération pour copie privée.

Ces préjudices subis par la société Rue du Commerce doivent être évalués sur la période de 2004 jusqu'à ce jour, le point de départ correspondant à la date à laquelle la société Rue du Commerce a dénoncé aux sociétés défenderesses les effets préjudiciables du marché gris.

Mais la réparation ne saurait porter sur l'assiette entière du préjudice, car les négligences fautives commises par les sociétés défenderesses n'ont pas causé l'entier préjudice. Il ne peut être affirmé en effet que les actions que ces sociétés auraient dû mener auraient suffi à éradiquer le marché gris.

D'une part il n'est pas certain, en l'état de la législation française telle qu'interprétée en 2008 par la cour de cassation, que les actions de recouvrement de la pré-rémunération pour copie privée auprès des distributeurs étrangers auraient effectivement abouti, ni qu'elles auraient eu un effet suffisamment dissuasif pour écarter ces vendeurs étrangers du marché français.

D'autre part, si les sociétés défenderesses ont les moyens d'agir dans le sens d'une harmonisation de la taxe pour copie privée française avec celle des autres pays d'Europe, ces moyens sont insuffisants pour garantir une harmonisation totale, leur pouvoir décisionnel au sein de la commission pour copie privée n'étant que partiel.

En revanche, il est certain que leur négligence fautive a généré pour la société Rue du Commerce une perte de chance de voir limiter ou supprimer le marché gris et ses conséquences préjudiciables.

Pour évaluer leur perte de chiffre d'affaires les demandeurs ont délivré aux défenderesses les 16 septembre 2010, 2 décembre 2010 et 7 juillet 2011 trois sommations de communiquer la justification comptable des sommes perçues auprès des consommateurs français ayant acquis auprès des sites internet étrangers à partir de l'année 2004, afin de totaliser ce montant et de le déduire des chiffres d'affaires réalisés par les sociétés étrangères concernées.

Ces pièces n'ayant pas été obtenues, les demandeurs produisent une expertise amiable effectuée par madame Rolande Berne-Lamontagne, expert comptable agréé près de la cour d'appel administrative et judiciaire de Paris et près de la cour de cassation.

Ils ont fait établir cette expertise dans le cadre de l'instance en concurrence déloyale que la société Rue du Commerce avait engagée à l'encontre de plusieurs sociétés étrangères concurrentes, action qui a donné lieu à l'arrêt de la cour de cassation du 27 novembre 2008 évoqué plus haut.

Cette expertise est effectivement transposable au présent litige, s'agissant d'évaluer le même type de préjudice : la perte de chiffre d'affaires résultant de l'action concurrentielle des cybercommerçants étrangers qui n'ont pas eu à acquitter la rémunération pour copie privée française.

Les sociétés défenderesses contestent la valeur probante de ce rapport au motif que l'évaluation de la perte de marché à laquelle il procède n'est le résultat que de simples projections et qu'il a été réalisé à partir d'informations fournies par les propres services "informatique" et "contrôle de gestion" de la société Rue du Commerce, lesquelles ne prennent absolument pas en compte la réalité du marché et de ses acteurs et la variation de leur part de marché sur le chiffre d'affaires global de la société demanderesse.

Mais faute de pouvoir déterminer la réalité du marché gris, ce que

les défenderesses ne sont elles-mêmes pas en mesure de faire, et faute d'indications fournies par les défenderesses sur le montant total de la rémunération pour copie privée qui aurait dû être perçu par elles auprès des consommateurs s'approvisionnant sur le marché gris, la société Rue du Commerce ne peut que proposer des projections de ce que son chiffre d'affaires aurait pu être en l'absence de la concurrence étrangère sur la distribution en ligne de CD et DVD vierges, cela sur la base de l'élément objectif de la baisse de son chiffre d'affaires qui a été observé par l'expert et de l'élément comparatif, tout aussi objectif, constitué par l'évolution du chiffre d'affaires réalisé par une société étrangère concurrente, la société KETTA, sur laquelle les demandeurs sont parvenus à obtenir des éléments comptables sur les années 2004 à 2006.

Les méthodes d'évaluation proposées par la société Rue du Commerce ont été précisément analysées par l'expert qui, au terme d'une étude approfondie et argumentée des données comptables fournies par la demanderesse, valide l'évaluation retenue par cette dernière d'une perte de son chiffre d'affaires pour les années 2004 à 2010 d'un montant total de 3 572 000 euros, en retenant même une somme supérieure de 4 640 000 sur la même période.

L'expert a estimé que la baisse des ventes en ligne de CD et DVD induisait pour la société Rue du Commerce une autre perte : celle des ventes d'autres produits complémentaires proposés sur son site par la société Rue du Commerce et que les internautes sont susceptibles d'ajouter à leur panier d'achat. Ce préjudice complémentaire apparaît cependant hypothétique et sera écarté.

La perte de chiffre d'affaires enregistrée par la société Rue du Commerce sur sept années (de 2004 à 2010) s'établirait ainsi entre 3 572 000 et 4 640 000 euros, montants qui peuvent être actualisés aux sommes de 4 082 285 euros et 5 302 857,10 euros en ajoutant la perte de l'année 2011 (un septième de temps supplémentaire).

Si l'analyse comptable de l'expert ne peut constituer qu'une approche de la perte de chiffre d'affaires effectivement subie par la société Rue du Commerce du fait de l'existence du marché gris, sa valeur probante est suffisante pour les raisons précédemment évoquées et dès lors que les sociétés défenderesses ne produisent pas de contre expertise qui permettrait d'invalider tant la méthode que les résultats obtenus par l'expert.

Sur cette base et en tenant compte du préjudice de perte d'image par ailleurs subi par la société Rue du Commerce, il apparaît juste d'évaluer à la somme globale de un million d'euros le préjudice de perte de chance subi par la société Rue du Commerce.

La société COPIE FRANCE (qui a absorbé la société SORECOP) sera donc condamnée à payer cette somme à la société Rue du Commerce.

Sur l'action en répétition de l'indu :

En vertu de l'article 1376 du code civil " *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.*"

L'action en répétition de l'indu ainsi définie oppose deux parties : le solvens (celui qui s'est appauvri) et l'accipiens (celui qui s'est enrichi).

En l'espèce, les demandeurs à l'action sont d'une part la société Rue du Commerce, d'autre part Monsieur Patrick J , associé de cette société agissant à titre personnel.

Pour être fondés à agir en répétition de l'indu les demandeurs doivent avoir la qualité de solvens.

Or la société Rue du Commerce n'a pas cette qualité, car si elle a acquitté le montant de la rémunération pour copie privée auprès des sociétés Sorecop et Copie France, elle ne s'est pas appauvrie en effectuant ce paiement qu'elle a seulement avancé et récupéré auprès de ses clients consommateurs en intégrant le coût de la taxe dans le prix des supports d'enregistrement vendus.

Ce sont les acquéreurs des supports ayant acquitté la taxe qui ont la qualité de solvens, et la société Rue du Commerce ne peut agir pour leur compte en vertu du principe selon lequel nul ne peut plaider par procureur.

L'engagement qu'elle prend de reverser à ses clients le fruit de son action, outre qu'il est matériellement irréalisable, n'est pas de nature à lui conférer la qualité de solvens, laquelle s'apprécie au moment de l'action.

En ce qui concerne Monsieur Patrick J. , la qualité de consommateur final appauvri sous laquelle il se présente en exposant avoir effectué les 11 novembre et 23 décembre 2008 des achats de supports vierges d'enregistrement (25 CD et 10 DVD) auprès du site internet de la société Rue du Commerce, est artificielle en ce qu'elle a été délibérément créée pour voir prospérer l'action en répétition de l'indu de la société Rue du Commerce en dépit du défaut de qualité de solvens de celle-ci.

En procédant en effet à ces achats trois mois avant d'engager l'action en justice aux côtés de sa société, Monsieur J. n'a pas agi en qualité de simple consommateur mais en toute conscience de la demande de remboursement qu'il s'apprêtait à former.

Dans ces conditions, son intérêt personnel à agir n'apparaît pas légitime. Il se confond avec celui de la société qu'il dirigeait au moment de ses achats et dont il demeure un associé actif par sa qualité de membre du conseil d'administration.

En tout état de cause, il apparaît que les sociétés défenderesses n'ont pas la qualité d'accipiens en ce que, simples créanciers intermédiaires de la rémunération pour copie privée qu'elles collectent pour le compte des ayants droit bénéficiaires auxquels elles la reversent, elles ne bénéficient pas d'un enrichissement.

Ce sont les créanciers finaux de la rémunération pour copie privée qui ont la qualité d'accipiens.

Or, ne peut être actionné en répétition de l'indu que celui qui a bénéficié effectivement d'un enrichissement indu.

L'action en répétition de l'indu formée par la société Rue du Commerce et par Monsieur J. ne peut donc prospérer ; elle est à la fois irrecevable et mal fondée, ils doivent en être déboutés.

Sur les mesures accessoires

Partie succombante, la société COPIE FRANCE sera condamnée aux dépens de l'instance et à payer aux demandeurs la somme de 20 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Aucune circonstance particulière ne justifie le prononcé de

l'exécution provisoire.

PAR CES MOTIFS

Constata que la société COPIE FRANCE a absorbé la société SORECOP,

Dit bien fondés la société RUE DU COMMERCE et Monsieur Patrick J, en leur action en responsabilité,

Condamne la société COPIE FRANCE à payer à la société RUE DU COMMERCE la somme de **un million d'euros** en réparation de son préjudice,

Déboute la société RUE DU COMMERCE et Monsieur Patrick J de leur action en répétition de l'indu,

Condamne la société COPIE FRANCE à payer à la société RUE DU COMMERCE et à Monsieur Patrick J. la somme de **20 000 euros** en application de l'article 700 du code de procédure civile,

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire du jugement,

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires,

Condamne la société COPIE FRANCE aux entiers dépens qui pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Fait à NANTERRE, le **02 Décembre 2011**

Signé par Marie-Hélène MASSERON, Vice-Président, et par Jocelyne BIGOT, faisant fonction de Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT