

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE
2ème Chambre, 6 AVRIL 2011

RG N° 2011/ 173. Décision déferée à la Cour : Ordonnance de référé rendue par le Président du Tribunal de Commerce de TOULON en date du 30 décembre 2010 enregistré au répertoire général sous le n° 2010R00217

APPELANTE

S.A.R.L. MYCLIM, agissant poursuites et diligences de son représentant légal en exercice dont le siège social est sis 9 bis rue Jacques Réattu - 13009 MARSEILLE
Représentée par la SCP DE SAINT FERREOL-TOUBOUL, avoués à la Cour, plaidant par Me Jean Philippe NOUIS, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE INTIMEES

S.A.R.L. EVASTRAT, prise en la personne de son représentant légal en exercice dont le siège social est sis chemin de Mar Vivo aux 2 Chênes - 1 Montée Panoramer - 83500 LA SEYNE SUR MER
Représentée par la SCP COHEN - GUEDJ, avoués à la Cour, plaidant par Me Arnaud LUCIEN, avocat au barreau de TOULON

S.A.R.L. AZURA NETWORKS - NUXIT, prise en la personne de son gérant en exercice dont le siège social est sis 400 avenue Roumanille - 06410 BIOT
Représentée par la SCP LIBERAS BUVAT MICHOTEY, avoués à la Cour

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 21 mars 2011 en audience publique. Conformément à l'article 785 du Code de procédure civile, Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller, a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Monsieur Robert SIMON, Président

Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller

Monsieur André JACQUOT, Conseiller, qui en ont délibéré

Greffier lors des débats : Madame Mireille MASTRANTUONO

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 4 mai 2011

ARRÊT

Contradictoire

Prononcé par mise à disposition au greffe le 6 avril 2011

Signé par Monsieur Robert SIMON, Président, et Madame Mireille MASTRANTUONO, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCEDURE ET DEMANDES

Depuis 2005 la gestion du site internet www.myclim.com de la S.A.R.L. MYCLIM, vendeuse en ligne de système de conditionnement d'air chaud et froid et dont les co-gérants sont Monsieur Maurice AMAR et Madame Miriam ASSERAF, est effectué par la S.A.R.L. EVASTRAT ayant pour gérant Monsieur Gilles BOUSSU, avec sous-traitance de l'hébergement à la S.A.R.L. AZURA NETWORKS. Le 2 décembre 2010 la société EVASTRAT a mis la société MYCLIM en demeure de payer les factures des 27 septembre et 8 novembre afférentes aux prestations de juin à octobre d'un montant total de 93 302,84 euros T.T.C., sous peine de ne pouvoir 'continuer à assurer la maintenance et la mise en ligne du site' internet ci-dessus. Par LRAR du 16 décembre, non retirée par la première société, la seconde a répondu en contestant le détail de ces factures. Depuis le 19 décembre 2010 le site internet www.myclim.com de la société MYCLIM est devenu indisponible, malgré protestation de l'intéressé par Huissier de Justice le 21 suivant auprès de la société EVASTRAT. La société MYCLIM a le 23 décembre 2010 assigné la société EVASTRAT et la société AZURA NETWORKS en référé devant le Président du Tribunal de Commerce de TOULON, qui par ordonnance du 30 décembre 2010 retenant que la deuxième société est fondée à soulever l'exception d'inexécution puisqu'aucun règlement n'est intervenu pour le paiement de ses factures :

- * s'est déclaré incompétent au profit des Juges du fond;
- * a débouté la société EVASTRAT de sa demande reconventionnelle en paiement;
- * a débouté les parties de leurs demandes au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

La S.A.R.L. MYCLIM a régulièrement interjeté appel le 24 janvier 2011, et par ordonnance du 3 février 2011 l'affaire a été appelée par priorité conformément à l'article 917 alinéa 1 du Code de Procédure Civile. Par conclusions du 18 mars 2011 l'appelante soutient notamment que :

- seules ses 2 adversaires ont en leur possession les codes d'accès de son site internet;
- le blocage de ce dernier paralyse l'ensemble de son activité vis-à-vis de ses clients et acheteurs potentiels, et de son activité interne; raréfie sa présence sur les moteurs de recherche de son site; bloque ses stocks et envois de marchandises; la met dans une situation très délicate vis-à-vis des organismes publics pour le paiement de la T.V.A.; discrédite son image tant vis-à-vis de ses clients que de ses fournisseurs et partenaires commerciaux;
- elle a fait constater le 20 janvier 2011 que son site internet, jusque-là indisponible, est désormais fermé;
- sa pérennité et la poursuite de son activité sont conditionnées par l'existence et le fonctionnement de ce site qui est son seul moyen de communication et de vente;
- pendant près de 5 ans elle n'a jamais de difficulté pour régler la société EVASTRAT; en l'absence de contrat écrit la liant à cette société les prestations à réaliser et la détermination de la facturation ne sont pas fixées, notamment pour la somme réclamée devant cette Cour;
- il est nécessaire de prévenir un dommage imminent pour elle et éviter qu'une situation irréversible ne se crée, et le Juge des Référés doit prévenir le dommage que l'intervention nécessairement trop tardive du Juge du fond ne pourrait servir qu'à constater; elle risque d'être conduite tout simplement au dépôt de bilan, et va recevoir des plaintes voire même des actions en justice de la part de ses clients/fournisseurs/organismes publics; son état bancaire est catastrophique, et elle est convoquée à une audience de procédure collective;
- il faut faire cesser un trouble manifestement illicite, peu important que l'auteur de celui-ci ait ou non raison sur le fond du droit car il s'est fait Justice à lui-même en recourant à une voie de fait;

- la société AZURA NETWORKS est mise en cause en qualité d'hébergeur de son site; elle n'est pas qu'un simple prestataire ou intervenant technique, mais un hébergeur qui a un rôle dans la mise sur les serveurs des données qui y sont stockées et sur leur mise en ligne par la société EVASTRAT; en outre la même peut stocker des sauvegardes sur un serveur indépendant;
- elle-même réclame des dommages-intérêts à titre provisionnel pour perte d'exploitation et préjudice moral;
- la société EVASTRAT a fait le choix de ne pas aller retirer son courrier du 16 décembre 2010;
- elle-même doit poursuivre son activité le temps que le juge du fond statue sur les factures présentées par cette dernière société;
- la société EVASTRAT ne peut solliciter une condamnation à titre provisionnel au regard du caractère non sérieusement contestable du montant des factures; celles-ci sont totalement imprécises et se limitent à un intitulé très restreint (par exemple <Développement informatique>); la société EVASTRAT n'a pas saisi le Juge du fond pour être payée;
- il aurait été préférable de laisser en service le site internet le temps que le litige relatif aux factures soit réglé au fond par la voie judiciaire;
- devra être tranché par le Juge du fond les droits d'auteur revendiqués par la société EVASTRAT sur les codes sources et la base de données ainsi que sur le système d'information;
- l'ordonnance ne peut pas prétendre à la fois que sont indéterminables les prestations et facturations de la société EVASTRAT, et retenir que cette dernière est bien fondée à opposer l'exception d'inexécution à elle-même; cette décision n'est pas motivée quant au refus de rétablissement du site internet.

L'appelante demande à la Cour, vu les articles 872 et 873 du Code de Procédure Civile, de :

- débouter ses 2 adversaires;
- infirmer l'ordonnance;
- ordonner sous astreinte à ses 2 adversaires la remise en service et le rétablissement de l'intégralité d'accès au site internet www.myclim.com;
- ordonner de même la remise de tout identifiant permettant de récupérer les codes sources et la base de données et les codes d'accès pour le site, et à titre subsidiaire ordonner sous astreinte le dépôt de ceux-ci auprès de l'Agence pour la Protection des Programmes;
- ordonner à la société AZURA NETWORKS de préciser si une sauvegarde des données du site a été sollicitée par la société EVASTRAT, et dans l'affirmative ordonner à la première société de remettre toutes les informations sous astreinte;
- ordonner à la société EVASTRAT de produire son attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle, sous astreinte;
- se réserver la faculté de liquider ces astreintes;
- condamner la société EVASTRAT à :
 - . lui régler au titre de la perte d'exploitation subie arrêtée au 17 mars 2011 la somme de 294 174,79 euros H.T. soit 351 883,04 euros T.T.C., à parfaire au jour de l'audience;
 - . lui régler à titre provisionnel la somme de 5 000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi;
 - . lui verser la somme de 7 000,00 euros au titre des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Par conclusions du 18 février 2011 la S.A.R.L. AZURA NETWORKS répond notamment que:

- elle est loueur de la société EVASTRAT pour les serveurs et connexions à ceux-ci;
- elle ne peut remettre en ligne le site de la société MYCLIM, à la différence de la société

EVASTRAT, ce que sait la première société; elle fournit toujours ses services à la société EVASTRAT;

- la société MYCLIM confond hébergeur de site qu'est la société EVASTRAT, et hébergeur de serveur qu'est elle-même en qualité d'intermédiaire n'ayant aucun rôle dans l'exploitation d'un site, lequel est créé et administré par la société EVASTRAT; c'est à cette dernière que la société MYCLIM paye ses factures d'hébergement.

L'intimée demande à la Cour de :

- constater qu'elle est un simple prestataire technique de la société EVASTRAT;
- confirmer l'ordonnance;
- condamner la société MYCLIM à lui payer la somme de 5 000,00 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Concluant le 11 mars 2011 la S.A.R.L. EVASTRAT répond notamment que :

- elle assure la gestion opérationnelle du site www.myclim.com dont l'hébergement, ainsi que l'ensemble des campagnes de communication interne et externe de la société MY-CLIM; elle reste titulaire des droits d'auteur de ce site; depuis l'origine elle facture pour la gestion une rémunération forfaitaire de 1 400,00 euros H.T. par mois, pour la création et la mise à disposition des services du site des commissions sur affaires de 5 %, et des honoraires de prestation marketing sur justification;
- la société MYCLIM a reconnu lui devoir la somme de 144 306,57 euros pour 2010, et a réalisé un chiffre d'affaires considérable grâce à la qualité des prestations d'elle-même; sa mise en demeure de payer du 2 décembre 2010 avec menace de suspension du site est restée sans réponse; la société MYCLIM n'avait auparavant jamais remis en question ses prestations et factures; la même est son client principal, et la met en péril au regard de la somme réclamée; le non paiement de cette dernière justifie la suspension de ses services;
- la société AZURA NETWORKS n'est pas liée contractuellement à la société MYCLIM;
- l'exception adimpleti contractus est la cause légitime de la suspension de ses services, puisque la société MYCLIM se refuse à opérer un quelconque règlement; le défaut de paiement pour une période permet de refuser la prestation pour la période suivante;
- elle revendique non la propriété de la gestion du nom de domaine www.myclim.com, mais celle du système d'information incluant les codes sources et les bases de données;
- si le service d'elle-même est vital pour la société MYCLIM, cette dernière ne peut refuser tout règlement; elle a émis 2 nouvelles factures le 21 décembre 2010 pour les sommes T.T.C. de 4 602,91 euros et 8 247,66 euros; ses prestations sont détaillées et n'ont pas varié depuis 2007; et la société MYCLIM profite abusivement de sa position dominante pour tenter d'imposer ses conditions de paiement.

L'intimée demande à la Cour, vu les articles 872 et 873 du Code de Procédure Civile, 1134 et 1147 du Code Civil, de :

- à titre principal condamner la société MYCLIM au paiement de la somme de 105 828,00 euros pour des factures dont le montant n'est pas sérieusement contesté;
- à titre subsidiaire condamner la même au paiement d'une somme à titre de provision qui ne saurait en l'état être inférieure à 60 000,00 euros pour lesdites factures;
- en tout état de cause débouter la société MYCLIM;
- condamner la même au paiement de la somme de 7 000,00 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

L'ordonnance de clôture a été rendue à l'audience le 21 mars 2011.

MOTIFS DE L'ARRET

Sur la société AZURA NETWORKS :

Cette dernière n'a de relations contractuelles qu'avec la société EVASTRAT contre laquelle elle émet des factures à l'en-tête <NUXIT>, mais n'est pas liée à la société MYCLIM qui n'est le cocontractant que de la société EVASTRAT. Par suite la société AZURA NETWORKS ne peut être condamnée au profit de la société MYCLIM, sauf et uniquement pour préciser à celle-ci si une sauvegarde des données du site internet www.myclim.com a été sollicitée par la société EVASTRAT, mais sans le reste de la réclamation et sans astreinte vu cette absence de liens contractuels entre la première société et la deuxième.

Sur les demandes de la société MYCLIM :

Depuis 2005 début des relations contractuelles entre cette société et la société EVASTRAT la première a toujours réglé sans difficulté et sans délai les factures de la seconde; la contestation de la société MYCLIM quant aux factures du second semestre 2010 est ainsi à la fois nouvelle, et limitée à une période qui est modeste par rapport à celles non critiquées. Par ailleurs la société MYCLIM n'exerce que par site internet www.myclim.com son activité qui est entièrement paralysée par le blocage de ce dernier, d'où un risque évident de dépôt de bilan d'autant qu'elle est convoquée au Tribunal de Commerce de MARSEILLE le 21 mars 2011 pour une procédure de redressement judiciaire. En outre il est évidemment de l'intérêt de la société EVASTRAT que la société MYCLIM puisse continuer son activité afin d'être financièrement en mesure de lui régler ses éventuelles dettes, alors que les comptes bancaires de la seconde société sont débiteurs au 28 février 2011 de 21 438,21 euros au CREDIT DU NORD, de 45 090,27 euros au CREDIT COOPERATIF et de 136 566,24 euros à HSBC; enfin il existe une disproportion manifeste entre le paiement de factures et la cessation totale d'activité du possible débiteur.

Pour ce motif le blocage total du site internet www.myclim.com par la société EVASTRAT caractérise le dommage imminent que l'article 873 du Code de Procédure Civile permet au Juge des Référé de prévenir en faisant cesser le trouble qui en est la cause.

C'est en conséquence à tort que l'ordonnance a fait une application purement automatique du principe de l'exception d'inexécution, ce qui conduira la Cour à faire droit aux réclamations formées par la société MYCLIM contre la société EVASTRAT, mais pour partie et selon les modalités du dispositif car le problème de la propriété des codes des sources et des bases de données échappe à la compétence des Magistrats des Référé.

Sur les demandes de la société EVASTRAT :

Les factures émises par la société EVASTRAT entre 2005 et la mi-2010 pour ses trois prestations au bénéfice de la société MYCLIM que sont la gestion du site, les commissions sur affaires et l'activité e-marketing sont globalement voisines de celles litigieuses du second semestre 2010, tant pour leur libellé (y compris la mention <Développement informatique>) que pour leur montant. L'existence d'une dette de la société MYCLIM en faveur de la société EVASTRAT n'est donc pas sérieusement contestable contrairement à ce qu'a décidé le Juge des Référé, même si seul le Juge du Fond est en mesure de solutionner l'intégralité du litige financier opposant les parties; ces éléments conduiront la Cour à condamner

provisionnellement la première société, qui n'a jamais critiqué le travail antérieur de la seconde, à hauteur de la somme de 30 000,00 euros.

Sur l'article 700 du Code de Procédure Civile et sur les dépens :

Le fait que chacune des 3 parties au litige succombe pour certaines de ses prétentions rend inéquitable toute condamnation au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile. Enfin la condamnation principalement de la société EVASTRAT et de la société MYCLIM conduira la Cour à partager les entiers dépens par moitié entre elles deux.

DECISION

La Cour, statuant en dernier ressort, en matière de référé, par arrêt contradictoire et prononcé par mise à disposition au Greffe.

Infirme l'ordonnance du 30 décembre 2010.

Ordonne à la S.A.R.L. EVASTRAT de remettre en service et de rétablir l'intégralité d'accès au site internet www.myclim.com et en cela la gestion administrative de ce site, notamment pour permettre à la S.A.R.L. MYCLIM et à ses clients d'y accéder et de procéder à toutes démarches administratives, de gestion, de vente et d'échanges, et ce avant le mercredi 6 avril 2011 à 18 h 00, et ensuite sous astreinte définitive de 300,00 euros par heure supplémentaire.

Ordonne à la S.A.R.L. EVASTRAT de déposer auprès de l'Agence pour la Protection des Programmes les codes sources et la base de données et les codes d'accès permettant la promotion du site internet www.myclim.com, auprès notamment de Yahoo, Shopping, Shopzilla, Ciao, Bing, Facebook, Idealo, Shopal, Ebay Club, Ebay et Amazon, ainsi que tout code d'accès nécessaire pour accéder au site et gérer celui-ci (notamment les accès FTP), et ce avant le mercredi 6 avril 2011 à 18 h 00, et ensuite sous astreinte définitive de 300,00 euros par heure supplémentaire de retard.

Ordonne à la S.A.R.L. EVASTRAT de produire son attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle dans les 7 jours suivant le jour de la signification du présent arrêt, et ensuite sous astreinte définitive de 150,00 euros par jour supplémentaire.

Condamne la S.A.R.L. MYCLIM à payer à la S.A.R.L. EVASTRAT la somme de 30 000,00 euros à titre de provision sur les factures.

Ordonne à la S.A.R.L. AZURA NETWORKS de préciser à la S.A.R.L. MYCLIM si une sauvegarde des données du site internet www.myclim.com a été sollicitée par la S.A.R.L. EVASTRAT.

Rejette toutes autres demandes.

Condamne la S.A.R.L. EVASTRAT et la S.A.R.L. MYCLIM à supporter chacune la moitié des entiers dépens de première instance et d'appel qui incluront les actes et constats d'Huissier de Justice des 19, 20 et 21 décembre 2010, ainsi que des 20 janvier et 16 mars 2011, avec droit pour les Avoués de la cause de recouvrer directement les dépens d'appel dont ils ont fait l'avance sans avoir reçu provision, en application de l'article 699 du Code de Procédure Civile.

Le GREFFIER

Le PRÉSIDENT.