

Cour d'appel Paris – Pôle 1 ch. 8

10 mars 2017

Free c/ Buzzee France

Références de publication :

- <http://www.legalis.net>

La décision :

La société Buzzee France a été créée en 1986. Elle a pour activité l'édition de logiciels à destination des entreprises dans le domaine de la messagerie unifiée, téléphonie, emails ou courriels, fax, conférences téléphoniques, courriers postaux.

La société Free, opérateur téléphonique, propose son activité principale de fournisseur d'accès à internet mais aussi une offre de messagerie unifiée de même type.

Estimant que la société Buzzee adressait des messages indésirables ou "Spams" à des adresses de messageries non professionnelles de type "prénom.nom@Free.fr", la société Free a fait procéder au blocage des serveurs de messagerie de Buzzee la plaçant dans l'impossibilité d'adresser des messages à des destinataires disposant d'une adresse domiciliée chez l'opérateur.

Les échanges intervenus entre ces deux sociétés courant 2015 n'ayant pas abouti, la société Buzzee a fait assigner la société Free en référé devant le président du tribunal de commerce de Paris par acte d'huissier du 18 novembre 2015.

La société Buzzee a sollicité :

- qu'il soit fait injonction à la société Free, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, de procéder au déblocage du range IP de 80.239.174.128 à 80.239.174.191, correspondant à ses serveurs de messagerie et de rendre destinataires de ses courriels ses prospects ou clients disposant d'une adresse @Free.fr, en l'absence de toute injonction ou demande d'une autorité administrative ou judiciaire ;
- la condamnation de la société Free à lui payer la somme de 50.000 euros à titre de provision sur dommages et intérêts ainsi qu'une somme de 5.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Free a conclu au rejet de ces demandes et a sollicité, à titre reconventionnel, qu'il soit fait interdiction à la société Buzzee de continuer à adresser à ses abonnés des courriels non sollicités et ce sous astreinte de 1.000 euros par infraction constatée. Elle a conclu également à la condamnation de la société Buzzee à lui payer la somme de 20.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par ordonnance du 20 janvier 2016, le président du tribunal de commerce de Paris a :

- ordonné à la Sas Free de procéder au déblocage des serveurs d'adresses IP de la société Buzzee et de les maintenir accessibles aux clients d'adresses @Free.fr pour l'envoi comme pour la réception de courriels, sauf injonction ou demande contraire d'une autorité administrative habilitée ou judiciaire, dans les 15 jours de la signification de la présente décision, et ce sous astreinte de 5.000 € par jour de retard pendant une durée provisoire de 30 jours à l'issue de laquelle il sera éventuellement dit droit à nouveau ;
- débouté Buzzee de sa demande de dommages et intérêts au motif que les conditions de l'article 873 alinéa 2 du code de procédure de civile n'étaient pas remplies, la société Buzzee n'apportant aucune justification du quantum du préjudice allégué ;

- rejeté la demande de la Sas Free qu’il soit fait interdiction à la Sarl Buzzee France, sous astreinte, d’adresser des courriels non sollicités aux abonnés de la Sas Free ;
- condamné la Sas Free à verser à la Sarl Buzzee France la somme de 5.000 € en application de l’article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la Sas Free aux dépens.

Le président du tribunal de commerce de Paris a estimé que le blocage constituait un trouble manifestement illicite au motif que l’accès à un réseau et à la transmission de messages par internet sont des droits qui s’imposent aux opérateurs de télécommunications, lesquels en l’absence d’infractions spécifiques commises par la société Buzzee, en l’absence d’injonction ou demande d’une autorité administrative ou judiciaire et en l’absence de réclamations formulées de la part des clients ne pouvaient pas décider de ne pas acheminer certains messages de sa propre initiative et selon des critères d’appréciation qui lui sont propres. Il a indiqué que la société Free, considérant que des prestataires spécialisés identifiaient la société Buzzee comme un “Spameur” et que les courriels adressés aux particuliers dans le cadre de campagnes de prospection commerciale ne satisfaisaient pas aux exigences de l’article L. 34-5 du code des postes et télécommunications électroniques, ne pouvait justifier son comportement par la nécessité de lutter contre les Spams qui encombrant inutilement les réseaux et nuisent à la qualité du service qu’il doit à ses clients en vertu de la loi. Le juge a ajouté qu’aucune clause des conditions générales de vente à ses clients ne mandatait Free pour filtrer les messages de ses clients.

Par acte en date du 5 février 2016, la société Free a interjeté appel de l’ordonnance de référé du président du tribunal de commerce de Paris.

Aux termes de ses dernières conclusions du 25 janvier 2017, la société Free demande à la cour :

- d’infirmier l’ordonnance rendue le 20 janvier 2016 par le juge des référés du tribunal de commerce de Paris en ce qu’elle a ordonné à la société Free de débloquent les adresses IP 80.239.128 à 80.239.191 de la société Buzzee France et a rejeté la demande reconventionnelle de la société Free qu’il soit fait interdiction à la société Buzzee France d’adresser des courriers non sollicités aux titulaires d’une adresse électronique « @Free.fr », sous astreinte de 1.000 euros par infraction constatée ;

Elle demande à la cour de statuer à nouveau et de :

- interdire à la société Buzzee France d’adresser des courriers non sollicités aux titulaires d’une adresse électronique « @Free.fr » sous astreinte de 1.000 euros par infraction constatée ;
- juger que chaque infraction constatée sera constituée par chacun des courriers électroniques/mails envoyés à chacun des titulaires d’une adresse électronique « @Free.fr »;
- condamner la société Buzzee France à lui payer la somme de 20.000 euros au titre de l’article 700 du code de procédure civile et à tous les dépens.

La société Free fait valoir qu’en tant qu’opérateur de communications électroniques, elle est tenue par l’article D 98-4 du code des postes et communications électroniques à une obligation absolue de sécurité, de continuité et de qualité de service sous le contrôle de l’Autorité de régulation des communications électroniques et postales (ARCEP).

Elle ajoute que les Spams, qui représentent 85 à 95 % du volume des courriers électroniques circulant sur les réseaux, menacent la sécurité de ceux-ci en ce qu’ils sont susceptibles de compromettre, de saturer ou à tout le moins de dégrader les serveurs des opérateurs. Elle précise que les Spams, principaux vecteurs de virus sur internet sont également susceptibles d’occasionner des atteintes à la vie privée des personnes. Elle indique que la majorité des Spams est filtrée par des outils anti-Spams par les fournisseurs d’accès internet dont elle fait partie. Elle a ainsi recours, comme les autres opérateurs de référence, à un prestataire externe, la société Vade Retro Technology, spécialisée en

sécurité informatique et utilise également ses propres moyens de lutte. Elle souligne que la nécessité d'assurer la sécurité, la continuité et la qualité du service est telle que l'article L. 32-3 du Code des postes et télécommunications électroniques permet aux opérateurs d'analyser le contenu des messages afin de détecter et de trier ceux non sollicités.

La société Free fait également valoir qu'elle doit aussi protéger les utilisateurs de son réseau.

Elle considère que la société Buzzee ne respecte pas la loi en matière de prospection commerciale par voie électronique en ce que les messages qu'elle adresse après collecte d'adresses dans l'espace public d'internet ou par des listes achetées non triées sont des Spams illicites. Elle rappelle que pour être loyale et licite, la collecte de ces données personnelles doit répondre à l'exigence d'information des personnes concernées et à l'obtention de leur consentement préalable à la réception de tels messages par un système actif d'option ("Opt-in") ainsi qu'à la possibilité pour le destinataire de refuser l'adressage par un lien contenu dans le mail reçu ("Opt-out"). La société Free ajoute que l'émetteur des Spams reste responsable même s'il a acheté ses fichiers à un tiers.

Selon elle, la société Buzzee a reconnu non seulement qu'elle ne vérifiait pas les fichiers de données personnelles qu'elle achète à ses fournisseurs mais aussi qu'elle envoyait des messages illégitimes. Elle s'appuie sur les échanges de mails intervenus dès janvier 2014 rappelant que le blocage des adresses IP ne datant pas de 2015 mais de décembre 2013.

Elle explique avoir également pu se convaincre du caractère illicite des messages en ayant recours à ses propres messageries non professionnelles exclusivement destinées à piéger des Spams, appelées "spam-traps ou honey pot" qui ont reçu les messages de Buzzee sans les avoir jamais sollicités. Selon la société Free, les Spams de la société Buzzee, ne contiennent en outre, ni n'indiquent la possibilité de s'opposer à l'envoi du message. Elle insiste sur le fait qu'il ne peut lui être reproché, comme l'a fait le premier juge, d'avoir pu prendre connaissance des messages bloqués alors qu'elle a parfaitement respecté le principe de neutralité qui lui interdit d'ouvrir les correspondances.

La société Free ajoute que M. Denis-Laroque, expert judiciaire en communications, a également pu, à sa demande, constater l'envoi de Spams par la société Buzzee, ce qui permet d'affirmer que cette dernière fait du publipostage illicite.

La société Vade Retro Technology, prestataire de sécurité fournissant ses services à des opérateurs tels que Orange, SFR, Numéricable ou La Poste, a elle aussi indiqué que la société Buzzee envoyait des Spams.

La société Free fait valoir qu'à la suite de la mise en œuvre de la décision du premier juge, elle a sollicité un nouveau constat d'huissier qui a confirmé que la société Buzzee ne respectait pas l'article L. 34-5 du Code des postes et télécommunications électroniques et continuait d'adresser des Spams. L'huissier a également pu constater sur les pages d'un forum de discussion, que des internautes se plaignaient de recevoir des Spams de la société Buzzee et que l'adresse électronique de la société Buzzee était "blacklistée" en tant qu'émettrice de Spams par la liste de SORBS (Spam and Open Relay Blocking System), fichier de lutte anti spam existant depuis 2002.

La société Free estime par conséquent qu'ayant constaté l'envoi de Spams à des adresses de messageries non professionnelles relevant de son domaine, elle a légitimement bloqué les adresses IP de la société Buzzee et qu'il convient d'ordonner l'interdiction de tels envois par Buzzee sous astreinte.

La société Free ajoute que Buzzee ne justifie d'aucun préjudice puisque son activité peut se poursuivre malgré le blocage effectué. Elle observe encore que sa propre proposition de service de conférence téléphonique est tellement accessoire que le site de Buzzee ne le répertorie même pas comme faisant partie de ses concurrents de sorte qu'elle ne peut soutenir qu'elle aurait agi pour se débarrasser d'un concurrent.

Aux termes des dernières conclusions portant réponse et appel incident du 17 janvier 2017, la société Buzzee France, s'oppose à la demande de la Sas Free et demande à la cour de :

– confirmer l’ordonnance du 20 janvier 2016 en ce qu’elle a ordonné à la Sas Free de procéder au déblocage des serveurs d’adresses IP 80.239.128 à 80.239.191, et de les maintenir accessibles aux clients d’adresses @Free.fr pour l’envoi comme pour la réception de courriels, sauf injonction ou demande contraire d’une autorité administrative habilitée ou judiciaire, dans les 15 jours de la signification de la présente décision, et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard pendant une durée provisoire de 30 jours à l’issue de laquelle il sera éventuellement dit droit à nouveau, déboutant pour le surplus de la demande et en ce qu’elle a rejeté la demande d’interdiction de la société Free ;

– infirmer l’ordonnance du 20 janvier 2016 en ce qu’elle l’a déboutée de sa demande de provision sur dommages et intérêts ;

et statuant à nouveau de :

– condamner la Société Free à lui payer une somme de 50 000 € de provision à titre de dommages et intérêts ;

– faire injonction à la société Free, sous astreinte de 5 000 euros par jour de retard à compter de la date de la décision à intervenir, de procéder au déblocage du range d’IP de 80.239.174.128 à 80.239.174.191, correspondant à ses serveurs de messagerie, blocage qui lui permet de rendre destinataires de ses courriels ses prospects ou clients disposant d’une adresse , en l’absence de toute injonction ou demande contraire d’une autorité administrative ou judiciaire ;

– ordonner à la société Free de maintenir accessible le range d’IP de 80.239.174.128 à 80.239.174.191, correspondant aux serveurs de messagerie de la société Buzzee France, en l’absence de toute injonction ou demande contraire d’une autorité administrative ou judiciaire, sous astreinte de 5 000 € par infraction constatée à compter de la date de la décision à intervenir ;

– condamner la Société Free à lui payer la somme de 15 000 € en application de l’article 700 du code de procédure civile outre les dépens de première instance et d’appel.

La société Buzzee fait valoir que Free n’apporte aucun élément sérieux de nature à justifier le blocage “abusif et arbitraire” qui lui a été infligé.

Elle précise qu’elle propose ses services exclusivement via son site internet. Son client, professionnel (TPE ou PME le plus souvent) doit inscrire sur son site une adresse de courriel valide pour pouvoir recevoir ses identifiants et bénéficier de ses services. Elle ajoute que le blocage opéré par la société Free l’a empêchée de communiquer ces codes d’accès générant le préjudice invoqué en raison du fait que les clients, ne recevant pas immédiatement les codes, se détournent des services de Buzzee pour ceux de la concurrence. Cela empêche également la société Buzzee de répondre aux questions posées par les utilisateurs adressées à ses services techniques ou commerciaux ou d’informer les clients des nouvelles fonctionnalités des produits et de leur adresser des factures numériques.

Elle écarte l’argument de la société Free selon lequel elle aurait envoyé des messages non sollicités à des messageries génériques et considère, qu’à supposer ces messages avérés, il n’appartient pas à la société Free de se substituer aux éventuels plaignants, aux autorités judiciaires et à la CNIL en infligeant de son propre chef des sanctions graves de nature à mettre en péril son activité d’autant que la société Free est sa concurrente. Elle soutient de surcroît, que la société Free est le seul opérateur à exercer un blocage abusif parmi tous les autres fournisseurs de messageries alors qu’elle ne dispose d’aucune autorisation judiciaire, d’aucune autorisation administrative et ne démontre pas avoir reçu une plainte d’un de ses clients, particulier ou entreprise.

Elle précise que la société Free ne produit aucune pièce antérieure au blocage démontrant l’envoi de Spams et considère qu’elle fait état d’une note commandée en urgence à un expert informatique, après introduction de la procédure, pour tenter de justifier a posteriori son blocage abusif. Cette note est, selon la société Buzzee, basée sur les seules affirmations de Free et ne dispose d’aucune valeur probante.

La société Buzzee précise, quant à l'absence de mention de la faculté d'opposition et de l'option de désinscription dans les courriels qu'elle envoie, que la société Free ne s'est fondée que sur des modèles de courriels disponibles sur son site, modèles qui ne sont fournis qu'à titre indicatif et ne sont pas ceux envoyés aux clients.

Le blocage opéré par la société Free a généré une perte de chiffre d'affaires, l'a contrainte à faire face à une surcharge de travail importante et à mettre en place la réorganisation de son équipe pour parer à ce blocage, l'a exposée à la perte de confiance de ses clients et à leur insatisfaction, ainsi qu'à une mauvaise image de marque dès lors que les clients de la société Buzzee ont pu croire que ce blocage était légitime. Elle détaille chacun de ces préjudices et formule une demande de provision à hauteur de 50 000 euros.

DISCUSSION

Il résulte de l'article 873 du code de procédure civile que le président du tribunal de commerce peut dans les limites de la compétence du tribunal, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour cesser un trouble manifestement illicite.

Pour faire droit à la demande de déblocage formulée par la société Buzzee, le premier juge retient que l'obligation de neutralité à laquelle sont soumis les opérateurs en tant que distributeurs de courriers électroniques en vertu de l'article D. 98-5 I du code des postes et télécommunications électroniques ne leur confère pas la liberté de ne pas acheminer certains messages, fussent-ils qualifiés de « Spams », de leur propre initiative et selon des critères d'appréciation qui leur sont propres. Le juge constate ainsi que la licéité du contenu des messages n'est pas en cause ; que le blocage ne résulte d'aucune injonction ou demande d'une autorité administrative habilitée ou judiciaire ; qu'il n'est autorisé par aucune disposition législative ou réglementaire et qu'il n'existe pas de clause des conditions générales de vente mandatant l'opérateur pour filtrer directement ou indirectement les messages destinés à ses clients. Il ajoute que s'il est possible que certains messages de prospection commerciale de Buzzee sont adressés à des personnes physiques et contreviennent aux dispositions de l'article L. 34-5 du code des postes et télécommunications électroniques, il n'appartient pas au distributeur de veiller au respect de ces dispositions.

A hauteur de cour, la société Free reprend ses arguments et soutient en particulier que la société Buzzee procède à un adressage massif de Spams qui fait courir un risque à la sécurité de son réseau et à l'envoi de messages à des fins commerciales non sollicités à des personnes physiques qui contrevient à son obligation de protection de ses utilisateurs et aux dispositions de l'article L. 34-5 du code des postes et télécommunications électroniques.

La société Free érige l'obligation de sécurité du réseau de l'article D 98-4 du code des postes et télécommunications électroniques en une nécessité telle que l'ARCEP en fait une obligation absolue qu'elle rappelle dans un guide juridique de mars 2007 et que l'article L. 32-3 du code des postes et télécommunications électroniques dans sa rédaction issue de la loi du 7 octobre 2016 l'autorise à passer outre le secret des correspondances afin de détecter et de trier les contenus non sollicités.

Il convient en premier lieu d'observer que le caractère illicite du contenu des messages objets de la présente espèce n'est pas en cause.

Sans méconnaître l'importance de l'obligation de sécurité et les moyens développés pour la respecter, la cour ne peut que constater que les textes et éléments visés n'évoquent que la mise en place par le fournisseur d'accès de filtres ou d'éventuels blocages de messages, sans prétendre justifier le blocage complet de serveurs ou d'adresses IP selon des critères et une durée définis par le seul distributeur. La cour observe en effet, qu'indépendamment de la qualité de Spams des messages concernés, les échanges entre Free et Buzzee révèlent que, sans prétendre à l'irréversibilité de la mesure de blocage opérée, la société Free fixe les

conditions de levée de la mesure qu'elle impose à la société Buzzee. Par ailleurs, aucune clause contractuelle n'autorise Free à opérer de la sorte. Enfin, il peut être souligné qu'autoriser une telle pratique reviendrait à méconnaître le principe de neutralité qui s'impose au fournisseur d'accès.

La même analyse opérée sur ce point par le premier juge n'encourt aucune critique de la cour.

La société Free soutient ensuite que sur le fondement de l'article L. 34-5 du code des postes et télécommunications électroniques, il lui incombe une obligation de protection des utilisateurs contre la collecte déloyale et illicite de données personnelles opérée par la société Buzzee et l'envoi massif de messages de protection commerciale à ses utilisateurs, personnes physiques, sans leur consentement ni faculté d'opposition.

Le premier juge a très justement indiqué que la société Free n'était nullement chargée de veiller au respect de ces dispositions qui relèvent du ressort de la Commission Nationale Informatique et Libertés et des juridictions compétentes et qu'en l'absence d'injonction ou demande de l'autorité administrative habilitée ou judiciaire la mesure de blocage constituait un trouble manifestement illicite.

Il ressort de ce qui précède que le premier juge a opéré une parfaite appréciation de la situation de fait et de droit des parties pour ordonner le déblocage des serveurs d'adresse IP de la société Buzzee et rejeter le demande du fournisseur d'accès tendant à ce qu'il soit fait interdiction sous astreinte à la société Buzzee d'adresser des courriels non sollicités à ses abonnés.

La décision entreprise sera donc confirmée sur ces points.

Il en sera de même s'agissant de la demande de provision sur dommages et intérêts formulée par la société Buzzee, le premier juge ayant justement estimé que la demanderesse n'apportait aucune justification, même sommaire du quantum du préjudice allégué, se contentant en première instance comme devant la cour de simples affirmations étoffées de deux « attestations » rédigées par un dirigeant de Buzzee.

L'ordonnance sera encore confirmée concernant les dépens et la demande formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile. La cour y ajoutera les dépens d'appel et une somme de 2.500 euros au titre de l'article 700 à hauteur de cour.

DÉCISION

Confirme l'ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 20 janvier 2016 en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant,

Condamne la Sas Free à verser à la Sarl Buzzee France la somme de 2.500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile à hauteur de cour ;

Condamne la Sas Free aux entiers dépens.

La Cour : Sylvie Kerner-Menay (présidente de chambre), Thomas Vasseur, Mireille de Gromard (conseillers), Patricia Pupier (greffier)

Avocats : Me Yves Coursin, Me Olivier Iteanu, Me Virginie Guiot