

1



Copie exécutoire : Delay-Peuch Nicole
Copie aux demandeurs : 2
Copie aux défendeurs : 2

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

ORDONNANCE DE REFERE PRONONCEE LE MERCREDI 15/02/2017

PAR M. FRANÇOIS CHENEVIER, PRESIDENT,

ASSISTE DE MME ISABELLE FABIANI, GREFFIER,
par mise à disposition

1

RG 2016060173
16/11/2016

ENTRE :

SARL ITEMA, N° Siren 423827955, dont le siège social est au 18 rue Panhard et Levassor 33510 Andernos-les-Bains

Partie demanderesse : comparant par la SELARL ARPEGES CONTENTIEUX représentée par Me Julie FORMERY Avocat au barreau de Bordeaux, 30 Cours de l'intendance – CS 81810 – 33064 Bordeaux cedex et assistée de Me Nicole Delay-Peuch Avocat (A377)..

ET :

SAS FREE, N° Siren 421938861, dont le siège social est au 8 rue de la ville l'évêque 75008 Paris

Partie défenderesse : comparant par Me Yves COURSIN Avocat (C2186).

Pour les motifs énoncés en son assignation introductive d'instance en date du 12 octobre 2016, signifiée à personne habilitée à laquelle il conviendra de se reporter quant à l'exposé des faits, la SARL ITEMA nous demande de :

Vu l'article 873 du Code de procédure civile,
Déclarer la société ITEMA recevable et bien fondée en ses demandes, fins et conclusions ;
Enjoindre à la société FREE de procéder au déblocage :
Des serveurs d'adresses IP, telles que :

- 178.33.215.0 à 178.33.215.255
- 5.135.244.0 à 5.135.244.255
- 178.33.78.128 à 178.33.78.255
- 188.165.165.32 à 188.165.165.63
- 5.196.104.192 à 5.196.104.255
- 37.59.148.0 à 37.59.148.255
- 185.36.188.2 à 185.36.188.255
- 185.36.189.0 à 185.36.189.254
- 185.36.190.2 à 185.36.190.255
- 185.36.191.0 à 185.36.191.254
- 176.107.187.0 à 176.107.187.255
- 176.107.189.0 à 176.107.189.255
- 176.107.184.0 à 176.107.184.255
- 37.59.246.224 à 37.59.246.255

R

Des noms de serveurs DNS utilisés dans les courriels de la société ITEMA, tels que :

- itemam.com
- vireve.com
- 123amour.com
- 123amoursexy.com
- 123futur.com
- 123bons-plans.com
- 123mince.com
- itema.email
- itemaweb.com
- itemaregie.com
- picin.com
- quemoi.com
- newsperso.com
- superbonheur.com
- mon-bassin.com

Et de les maintenir accessibles aux clients d'adresse ...@free.fr, ...@aliceadsl.fr et ...@!libertysurf.fr pour l'envoi comme pour la réception de courriels, dans les 15 jours de la signification de la décision à intervenir, et ce sous astreinte de 5.000 € par jour de retard ;

Condamner la société FREE à payer à la société ITEMA une provision de 20 800 € correspondant à la perte avérée, à ce jour, de 3 mois de chiffre d'affaires ;
 Condamner la société FREE à payer à la société ITEMA une indemnité de 5 000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ;
 Condamner la même aux entiers dépens.

L'affaire appelée à l'audience du 16 novembre 2016 a fait l'objet d'un renvoi au 9 janvier 2017 à 14h00 en Cabinet devant M. Chenevier.

Par conclusions motivées déposée à l'audience du 9 janvier 2017, la société ITEMA nous demande :

Vu l'article 873 du Code de procédure civile,
 Déclarer la société ITEMA recevable et bien fondée en ses demandes, fins et conclusions ;
 Dire et juger que l'attitude de la société FREE cause un trouble manifestement illicite ;
 Enjoindre à la société FREE de procéder au déblocage ;
 Des serveurs d'adresses IP, telles que :

- 178.33.215.0 à 178.33.215.255
- 5.135.244.0 à 5.135.244.255
- 178.33.78.128 à 178.33.78.255
- 188.165.165.32 à 188.165.165.63
- 5.196.104.192 à 5.196.104.255
- 37.59.148.0 à 37.59.148.255
- 185.36.188.2 à 185.36.188.255
- 185.36.189.0 à 185.36.189.254
- 185.36.190.2 à 185.36.190.255
- 185.36.191.0 à 185.36.191.254
- 176.107.187.0 à 176.107.187.255
- 176.107.189.0 à 176.107.189.255
- 176.107.184.0 à 176.107.184.255
- 37.59.246.224 à 37.59.246.255

R

Des noms de serveurs DNS utilisés dans les courriels de la société ITEMA, tels que :

- itemam.com
- vireve.com
- 123amour.com
- 123amoursexy.com
- 123futur.com
- 123bons-plans.com
- 123mince.com
- itema.email
- itemaweb.com
- itemaregie.com
- picin.com
- quemoi.com
- newsperso.com
- superbonheur.com
- mon-bassin.com

Et de les maintenir accessibles aux clients d'adresse ...@free.fr, ...@aliceadsl.fr et ...@libertysurf.fr pour l'envoi comme pour la réception de courriels, dans les 15 jours de la signification de la décision à intervenir, et ce sous astreinte de 5.000 € par jour de retard ;

- Condamner la société FREE à payer à la société ITEMA une provision de 20 800 € correspondant à la perte avérée, à ce jour, de 3 mois de chiffre d'affaires ;
- Débouter la société FREE de l'intégralité de ses demandes reconventionnelles en tant qu'irrecevables et mal fondées ;
- Condamner la société FREE à payer à la société ITEMA une indemnité de 10 000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- Condamner la même aux entiers dépens.

Par conclusions motivées déposées à l'audience du 9 janvier 2017, la SAS FREE nous demande de :

- Juger la société ITEMA irrecevable et mal fondée en ses demandes et les rejeter notamment par application de l'article 122 du code de procédure civile ;
- A titre reconventionnel,
- Juger la société FREE recevable et fondée en sa demande reconventionnelle et y faire droit ;
- Juger qu'il y a urgence à prévenir la poursuite de l'envoi, par la société ITEMA, de mails non sollicités, au sens de l'article 872 du code de procédure civile ;
- Juger que ces envois de mails non sollicités par la société ITEMA caractérisent un trouble manifestement illicite au sens de l'article 873 du code de procédure civile ;
- Interdire à la société ITEMA d'adresser des courriers non sollicités aux abonnés de la société FREE ;
- Assortir cette interdiction d'une astreinte de 1.000 euros par infraction constatée ;
- Juger qu'une infraction constatée sera constituée par chacun des courriers électroniques/mails envoyé à chacun des titulaires d'une adresse électronique gérée par la société FREE, dont notamment les domaines « free.fr » et « online.fr » ;
- Condamner la société ITEMA à payer à la société FREE la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et à tous les dépens.

Après avoir entendu les conseils des parties en leurs explications et observations, nous avons remis le prononcé de notre ordonnance, par mise à disposition au greffe, le mercredi 15 février 2017 à partir de 16h00.

B

Sur ce,
Sur l'irrecevabilité alléguée par FREE

- FREE nous déclare que, pour la majorité des serveurs d'adresses IP objet des demandes d'ITEMA, celle-ci n'est pas propriétaire des adresses IP correspondantes ; il produit à l'appui de sa thèse certaines identifications d'un propriétaire ukrainien.
- ITEMA nous déclare que pour toutes les adresses dont elle n'est pas propriétaire, elle dispose par location des droits des propriétaires pour leur utilisation. A notre demande, elle produit par note en délibéré du 16 janvier 2017, des documents qui, selon elle prouve l'existence de ces droits.
- Nous notons que FREE ne commente ni ne conteste le contenu de la note en délibéré d'ITEMA.

Attendu qu'ITEMA ne conteste pas que, pour l'essentiel des serveurs d'adresses IP objet de ses demandes, elle n'est pas le propriétaire des adresses ; mais attendu qu'elle produit des factures et conditions générales d'utilisation des toutes les adresses louées à OVH.COM, attendu que les factures montrent que les droits acquis sont valables soit un an, soit pour certaines adresses, un mois toujours renouvelables ; attendu que, si les preuves du paiement de ces factures et des renouvellements faits n'est pas produite, il résulte des conditions générales d'OVH.COM qu'en cas de non-paiement ou non renouvellement, OVH efface les données correspondantes, ce qui implique qu'ITEMA n'y a plus accès ; attendu en conséquence que le simple fait que FREE déclare que ces adresses sont actives montre bien qu'ITEMA y a accès pour les utiliser, et donc que leur location à OVH.COM est à jour. Attendu que pour les autres adresses IP listées dans les demandes d'ITEMA, il apparaît qu'à l'exception d'une plage d'adresses qui est justifiée appartenir à IOTEMA, toutes sont louées à DELTAHOST, et que les justificatifs de droits correspondants en faveur d'ITEMA sont produites.

Attendu enfin que FREE ne commente ni ne conteste la validité des droits ainsi acquis par ITEMA sur les serveurs d'adresses qui n'appartiennent pas en propre à ITEMA et qui sont concernés par la présente instance

Nous déboutons FREE de son exception d'irrecevabilité.

Sur la demande d'ITEMA de déblocage des serveurs d'adresse IP et noms de serveurs DNS utilisés par ITEMA :

- FREE nous déclare que, selon elle, ITEMA se livre à une activité généralisée d'envoi de SPAM. Elle en veut pour preuves :
 - Une analyse faite par l'association SIGNAL SPAM, dont il dit qu'elle est mandatée par les pouvoirs publics pour des missions de lutte contre les SPAMS. Il dit l'avoir interrogée en novembre 2016, et produit une analyse de cette association qui prouverait que SIGNAL SPAM a reçu un nombre très important de plaintes au sujet d'ITEMA, et qu'elle a par ailleurs utilisé des « adresses-piège » qui ont montré qu'ITEMA envoyait à ces adresses de SPAM
 - Un rapport d'un ingénieur qu'il dit expert en la matière, dont les conclusions seraient « qu'il n'y a aucun doute sur le caractère illicite de l'activité d'ITEMA pour son activité de publiporteur électronique »
 - Une attestation de la société VADESECURE, prestataire privé spécialisé dans la protection des boîtes mail, à qui FREE a demandé une analyse, et qui atteste que, selon elle, les critères requis au classement en « mauvaise réputation » des campagnes d'emailing d'ITEMA auprès des clients VADESECURE sont réunis depuis aout 2015, ce qui justifierait un tel classement.

- des plaintes qui auraient été recueillies par le site internet SIGNAL-ARNAQUES, à propos d'ITEMA

FREE déclare qu'au mépris de la réglementation, ITEMA ne respecte pas le principe de « l'opt-in et opt-out » qui devrait être offert aux personnes dont elle a récupéré les adresses pour la réception des courriers publicitaires ; Elle produit un constat d'huissier à l'appui de sa thèse. FREE rappelle que l'article L34-5 du code des postes et télécommunications électroniques stipule « qu'est interdite la prospection directe, au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique, utilisant sous quelque forme que ce soit les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen », et que l'article L 32-3 du même code stipule que le respect du secret des correspondances par l'opérateur ne fait pas obstacle au traitement automatisé (...) de détection de contenus non sollicités (...), du contenu de la correspondance en ligne, de l'identité des correspondants (...) » ; elle s'estime donc bien fondée en les analyses qu'elle a faites à l'encontre d'ITEMA.

FREE dit que compte tenu de ces éléments, elle estime être bien fondée à protéger ses serveurs de messagerie, en bloquant l'accès des adresses et serveurs gérés par ITEMA ; il dit qu'en effet FREE a l'obligation légale de protéger son réseau, et n'a aucune raison d'accepter que ses serveurs soient pollués par les SPAM d'ITEMA. Il rappelle que l'article D.98-4 du code des postes et télécommunications électroniques dispose qu'il doit « prendre les dispositions nécessaires pour assurer de manière permanente et continue l'exploitation du réseau et des services de communications électroniques, et qu'il doit mettre en œuvre les protections et redondances nécessaires pour garantir une qualité et une disponibilité de service satisfaisantes ».

- ITEMA conteste au plus fort les déclarations de FREE et les pièces et rapports produits par lui. Elle dit que son activité ne répond aucunement à la définition de SPAM donnée par la CNIL, la constitution des bases de données se faisant essentiellement au moyen de la procédure de l'opt-in, par laquelle l'autorisation préalable de l'internaute est sollicitée pour recevoir les messages électroniques ; elle affirme que l'emailing publicitaire de type opt-in est tout à fait licite et régulier. Elle conteste point par point l'argumentation de FREE, s'appuie sur des listes de spammeurs publiées par SPAMHAUS qu'elle dit être un acteur majeur au plan international de l'antispam, dans lesquelles ITEMA ne figure pas ; elle conteste la validité des arguments contenus dans les rapports et attestations produites par FREE.

ITEMA dit totalement illégale la « sanction » appliquée par FREE à l'encontre d'ITEMA ; Elle rappelle qu'au titre de l'article D 98-5 du code des postes et télécommunications, « l'opérateur prend les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances. A cet effet l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité s messages » ; Elle dit que le fait de supprimer la publicité sur son réseau, s'il soulage celui-ci sur le plan technique, est du point de vue juridique, strictement contraire au principe de neutralité édicté par l'article D 98-5 en question.

R

8

Nous constatons qu'il y a contestation sérieuse entre les parties sur le caractère de SPAM ou non des messages envoyés par ITEMA sur le réseau FREE utilisant les serveurs d'adresses IP et serveurs DNS listés par ITEMA dans ses demandes ; cette contestation nécessite une appréciation au fond des types de messages envoyés par ITEMA, qui ne saurait ressortir de la compétence du juge des référés.

Nous constatons également qu'en application de l'article L34-5 du code des postes et télécommunications électroniques, qui interdit la prospection directe de personnes physiques sans leur consentement préalable (principe de l'opt-in), les alinéa 6 et 7 de cet article stipulent que

« la CNIL veille, pour ce qui concerne la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique, au respect des dispositions du présent article en utilisant les compétences qui lui sont reconnues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ; A cette fin elle peut recevoir, par tous moyens, les plaintes relatives aux infractions aux dispositions du présent article.

Les infractions aux dispositions du présent article, sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier troisième et quatrième alinéas de l'article L 450-1 et les article L 450-2, L 450-3, L 450-4, L 450-7, L 450-8, L 471-0-1 et L 470-5 du code du commerce »

Nous constatons également que, contrairement à ce que prétend FREE, l'association SIGNAL SPAM n'est aucunement mandatée par les pouvoirs publics pour lutter contre les SPAM, comme le reconnaît d'ailleurs le représentant de cette association présent à l'audience aux côtés de FREE. Nous constatons que toutes les associations, organismes ou spécialistes cités par FREE ou par ITEMA comme luttant contre les SPAM, sont tous des organismes privés, qui ne disposent d'aucun mandat des pouvoirs publics pour déclarer que certains messages détectés par FREE ou ces organismes à sa demande sont ou non des SPAM et respectent ou non l'article L 34-5 du code des postes et télécommunications électroniques

Nous constatons que c'est la CNIL qui est habilitée à recevoir des plaintes relatives à une activité alléguée comme illégale concernant les SPAM, et que la recherche et le traitement des infractions est du ressort de la DGCCRF, qui utilise ses pouvoirs d'enquête et de procès-verbaux transmis aux autorités compétentes, comme le précise le code du commerce.

Nous constatons en conséquence que FREE, opérateur de télécommunications électronique, n'est pas chargée de veiller au respect de l'article L 34-5 en question, et qu'elle se doit de respecter l'article D 98-5 du même code, pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances.

Nous constatons en conséquence que FREE ne peut prendre des mesures unilatérales de blocage de trafic de messagerie électronique au motif qu'elle estimerait, avec des moyens et critères qui lui sont propres, que certains trafics de messagerie sont selon elle des de la prospection publicitaire faite sans le consentement de la personne destinataire des messages.

Attendu que toute prolongation de tels blocages est de nature à créer un trouble manifestement illicite à ITEMA, et qu'il sera fait droit à l'astreinte demandée

En, conséquence,

- ☛ Nous ordonnerons à la société FREE de procéder au déblocage :
 - des serveurs d'adresses IP, telles que :

178.33.215.0 à 178.33.215.255

5.135.244.0 à 5.135.244.255

178.33.78.128 à 178.33.78.255

R

7

188.165.165.32 à 188.165.165.63
5.196.104.192 à 5.196.104.255
37.59.148.0 à 37.59.148.255
185.36.188.2 à 185.36.188.255
185.36.189.0 à 185.36.189.254
185.36.190.2 à 185.36.190.255
185.36.191.0 à 185.36.191.254
176.107.187.0 à 176.107.187.255
176.107.189.0 à 176.107.189.255
176.107.184.0 à 176.107.184.255
37.59.246.224 à 37.59.246.255

- des noms de serveurs DNS utilisés dans les courriels de la société ITEMA, tels que :

itemam.com
vireve.com
123amour.com
123amoursexy.com
123futur.com
123bons-plans.com
123mince.com
itema.email
itemaweb.com
itemaregie.com
picin.com
quemoi.com
newsperso.com
superbonheur.com
mon-bassin.com

Et de les maintenir accessibles aux clients d'adresse ...@free.fr, ...@aliceadsl.fr et ...@libertysurf.fr pour l'envoi comme pour la réception de courriels, dans les 15 jours de la signification de la décision à intervenir, sauf in jonction ou demande contraire d'une autorité administrative ou judiciaire habilitée, et ce sous astreinte de 5.000 € par jour de retard, pendant une période de 30 jours à l'issue de laquelle il sera à nouveau statué.

Sur la demande d'ITEMA de provision pour perte de chiffre d'affaires :

Attendu que cette demande est une demande de provision sur l'allocation de dommages et intérêts pour préjudice subi du fait des blocages pratiqués par FREE à son encontre ;
Attendu que les demandes de dommages et intérêts doivent être appréciées au fonds, et ne relèvent en conséquence pas du juge des référés ;

- ☞ nous débouterons ITEMA de sa demande de provision sur dommages et intérêts pour perte de chiffre d'affaires.

Bz

Sur les demandes de FREE d'interdiction d'envoi par ITEMA de courriels non sollicités :

Attendu que, comme déjà constaté, FREE n'est pas chargée du respect par les personnes ou organismes utilisant son réseau de communications électroniques, du respect des dispositions de l'article L 34-5 du code des postes et télécommunications électroniques, et que c'est la CNIL qui est en charge de recevoir toute plainte à cet égard, et la DGCCRF de diligenter enquêtes et procès-verbaux y afférentes, nous écarterons la demande de FREE comme irrecevable

Sur l'article 700 CPC :

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à la charge d'ITEMA les frais, non compris dans les dépens pour faire valoir ses droits, frais que nous estimons, compte tenu des éléments en notre possession, à 3.000 €

- ☞ nous condamnerons FREE à payer à ITEMA 3.000 € au titre de l'article 700 du CPC, déboutant pour le surplus

Sur les dépens :

Attendu que FREE succombe

- ☞ nous condamnerons FREE aux dépens de la présente ordonnance

Par ces motifs

Statuant par ordonnance contradictoire en premier ressort.

Vu l'article 873, alinéa 2, CPC.

- ☞ Ordonnons à la SAS FREE de procéder au déblocage :
 - des serveurs d'adresses IP, telles que :

178.33.215.0 à 178.33.215.255
5.135.244.0 à 5.135.244.255
178.33.78.128 à 178.33.78.255
188.165.165.32 à 188.165.165.63
5.196.104.192 à 5.196.104.255
37.59.148.0 à 37.59.148.255
185.36.188.2 à 185.36.188.255
185.36.189.0 à 185.36.189.254
185.36.190.2 à 185.36.190.255
185.36.191.0 à 185.36.191.254
176.107.187.0 à 176.107.187.255
176.107.189.0 à 176.107.189.255
176.107.184.0 à 176.107.184.255
37.59.246.224 à 37.59.246.255

R

- des noms de serveurs DNS utilisés dans les courriels de la société ITEMA, tels que :

itemam.com
vireve.com
123amour.com
123amoursexy.com
123futur.com
123bons-plans.com
123mince.com
itema.email
itemaweb.com
itemaregie.com
picin.com
quemoi.com
newsperso.com
superbonheur.com
mon-bassin.com

Et de les maintenir accessibles aux clients d'adresse ...@free.fr, ...@aliceadsl.fr et ...@libertysurf.fr pour l'envoi comme pour la réception de courriels, dans les 15 jours de la signification de la décision à intervenir, sauf in jonction ou demande contraire d'une autorité administrative ou judiciaire habilitée, et ce sous astreinte de 5.000 € par jour de retard, pendant une période de 30 jours à l'issue de laquelle il sera à nouveau statué.

- ☞ Déboutons la SARL ITEMA de sa demande de provision sur dommages et intérêts pour perte de chiffre d'affaires.
- ☞ Déboutons la SAS FREE de toutes ses demandes
- ☞ Condamnons la SAS FREE à payer à la SARL ITEMA 3.000 € au titre de l'article 700 du CPC, déboutant pour le surplus

Condamnons en outre la SAS FREE aux dépens de l'instance, dont ceux à recouvrer par le greffe liquidés à la somme de 46,34 € TTC dont 7,51 € de TVA.

La présente décision est de plein droit exécutoire par provision en application de l'article 489 CPC

La minute de l'ordonnance est signée par M. François Chenevier, président et Mme Isabelle Fabiani, greffier.

Mme Isabelle Fabiani



M. François Chenevier

