

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du **11 janvier 2017**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 17 F-D

Pourvoi n° Q 14-21.137

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Setnet corporation,
dont le siège est 550 Biltmore Way Coral Gables, Floride (États-Unis),

contre l'arrêt rendu le 12 mars 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 1), dans le litige l'opposant :

1°/ à la Société française du radiotéléphone (SFR), dont le
siège est 42 avenue de Friedland, 75008 Paris,

2°/ à la société Hewlett-Packard France, société par actions
simplifiée, dont le siège est 1 avenue du Canada, 91947 Les Ulis cedex,

défenderesses à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq
moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 15 novembre 2016, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat de la société Setnet corporation, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la Société française du radiotéléphone et de la société Hewlett-Packard France, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 12 mars 2014), que la société Setnet corporation (la société Setnet) commercialise une suite de produits sous la dénomination Cellcentric, correspondant à une plate-forme de télécommunication permettant aux opérateurs de téléphonie comme aux fournisseurs d'accès Internet de proposer à leurs clients des services de messagerie unifiée ; que les sociétés Setnet et SFR ont noué une relation commerciale à compter de 1999, pour intégrer la suite Cellcentric dans l'environnement technique de la société SFR ; qu'en 2002, un partenariat a été conclu entre les sociétés Setnet, SFR et Hewlett-Packard France (la société HP) ayant pour objet la fourniture de ces produits et services à la société SFR, la société HP ayant le droit de distribuer et consentir des sous-licences de la suite Cellcentric, comme composantes de la solution HP vendue à la société SFR ; que la complexité du système de facturation ayant donné lieu à discussions entre les parties, celles-ci ont entrepris des négociations, au début de l'année 2004, pour aboutir à un projet d'accord sous l'intitulé de « Memorandum Of Understanding » (MOU), qui a servi de base à la poursuite de leurs relations ; que doutant de la véracité des déclarations de la société SFR et estimant que cette société utilisait sa technologie sans payer les licences correspondantes, la société Setnet a assigné les sociétés HP et SFR en contrefaçon de ses logiciels et en paiement de dommages-intérêts ; que les sociétés HP et SFR ont, reconventionnellement, demandé le paiement de dommages-intérêts pour procédure abusive ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Setnet fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses demandes, notamment celle tendant à l'annulation de l'accord de 2004 pour vice du consentement en raison des manoeuvres dolosives et des pressions des sociétés SFR et HP alors, selon le moyen :

1°/ qu'elle faisait expressément valoir que SFR avait imposé de nouvelles modalités de détermination du prix en utilisant sa position de force par rapport à Setnet, en invoquant des limites budgétaires imposées par sa direction des achats et en menaçant d'arrêter le service à défaut d'accord ; qu'à cet égard, la société Setnet avait précisé que dès le 22 mars 2004, soit antérieurement à l'établissement du premier projet de MOU par Setnet (25 mars 2004), SFR avait péremptoirement affirmé qu'elle « n'a pas les moyens de payer les sommes correspondant au comptage fait sur la base de production de décembre 2003 (...) en cas de désaccord, (...) envisage d'arrêter le service Multimail » de sorte qu'elle avait été contrainte de renégocier parce qu'elle s'était trouvée face à la menace de l'arrêt des relations commerciales par SFR ; que dès lors, en refusant de voir dans le comportement de la société SFR tout caractère contraignant ou menaçant ou lié à l'usage d'une position de force économique, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si la phase de négociation initiée par la société Setnet, le 3 février 2004, ne faisait pas suite au refus antérieurement exprimé par SFR et si l'établissement du projet d'accord - daté du 25 mars - ne résultait pas des menaces de rupture proférées par la société SFR dans un mail adressé antérieurement, soit le 22 mars, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 4° du code de commerce ;

2°/ qu'elle avait rappelé qu'« au regard de la taille respective des parties en cause et de l'importance pour Setnet de sa collaboration avec une entreprise comme SFR », elle ne pouvait qu'accepter, et ce, sous la contrainte, les nouvelles conditions de tarification, même ouvertement désavantageuses pour elle ; qu'en se fondant sur les initiatives prises par la société Setnet dans la mise en oeuvre des négociations et dans la rédaction du projet d'accord et en se déterminant sur l'acceptation de la version finale du MOU par la société Setnet sans nullement se prononcer, comme elle y avait été invitée, sur la position de force économique de SFR face à Setnet, la cour d'appel n'a pas répondu au chef péremptoire de conclusions de la société Setnet et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt rappelle que la société SFR était en droit de vouloir renégocier un contrat de licences dont elle estimait le mode de comptabilisation inadapté et trop complexe ; qu'il relève qu'après avoir évalué, en février 2004, le montant des dépassements de licences à 1 500 000 euros et considéré que la société SFR n'accepterait jamais de payer une telle somme et préférerait fermer le service, la société Setnet avait pris l'initiative de ces négociations, établi le premier projet d'accord en mars 2004 et souhaité aboutir à un accord définitif avant le 1er avril 2004, accentuant sa pression par la menace d'une action en justice ; qu'il constate que la version finale de l'accord, au demeurant proche de sa version initiale, a été expressément acceptée par la société Setnet à l'issue de négociations commerciales qui se sont déroulées normalement ; qu'il retient que les

échanges de courriels qui matérialisent ces négociations ne démontrent pas que la société Setnet aurait été la victime de pressions de nature économique ou de manoeuvres dolosives de nature à vicier son consentement par violence, dol ou erreur au sens des articles 1109 et suivants du code civil ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui a répondu, en l'écartant, au moyen de la société Setnet pris de la force économique dont la société SFR aurait usé pour lui imposer de nouvelles conditions de comptabilisation, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Setnet fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation du MOU pour dol alors, selon le moyen :

1°/ que le juge ne peut statuer par voie de simple affirmation ; qu'en se bornant à entériner, sans la vérifier et, malgré une contestation expresse sur ce point, l'affirmation de SFR selon laquelle le chiffre de 309 073 abonnés M3B au 28 novembre 2003 ne correspondrait pas au nombre d'utilisateurs inscrits début 2004 du fait du départ de 260 000 abonnés, la cour d'appel a statué par un motif péremptoire et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que la société Setnet faisait expressément valoir - que le mail du 2 janvier 2004 contenant l'ensemble des mesures sur tous les services d'accès aux emails remontées par M3BQOS (outil de mesure de la qualité des services) était destiné aux équipes techniques et adressé à des fins de qualité des services de sorte qu'elle ne pouvait pas immédiatement faire le rapprochement entre les chiffres communiqués dans ce mail et les discussions en cours avec SFR au sujet du nombre de licences ; qu'en conséquence, en se bornant à énoncer que la société Setnet connaissait ce chiffre dès janvier 2004 pour écarter toute dissimulation de la société SFR, sans répondre aux conclusions invoquant le total cloisonnement entre les services et, partant, la nécessaire ignorance de la société Setnet quant au nombre d'utilisateurs, la cour d'appel a derechef violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve, que rien ne permettait d'affirmer que le chiffre de 100 000 utilisateurs inscrits en 2003, avancé par la société SFR lors des négociations, n'était pas conforme à la réalité et relevé que la société Setnet avait elle-même invoqué ce chiffre dans son courriel du 25 mars 2004, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa première branche et critique des motifs surabondants en sa seconde branche, n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la société Setnet fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation du MOU pour erreur alors, selon le moyen, *que la transaction suppose trois éléments cumulatifs : il faut une contestation née ou à naître, l'intention des parties d'y mettre fin, et des concessions réciproques à cette fin, chacune des parties devant renoncer à une part de ce qu'elle prétend être son droit ; qu'en l'espèce, il résultait des propres constatations de l'arrêt que le solde de tout compte matérialisé par l'article 1 du MOU ne révélait aucune concession de la part de la société SFR, celle-ci s'étant bornée à payer les sommes contractuellement dues (et même moins) ; que dès lors, en retenant néanmoins la qualification de transaction au MOU (article 1), la cour d'appel a violé l'article 2044 du code civil ;*

Mais attendu qu'après avoir constaté la complexité du système de facturation des licences applicable jusqu'à la fin de l'année 2003 et les discussions qu'elle a fait naître entre les parties au début de l'année 2004 à la suite de l'évaluation des dépassements de licences, fixée par la société Setnet à un montant de 1 500 000 euros, l'arrêt relève que cette dernière a fait part à la société HP de ce que la société SFR n'accepterait jamais de régler une telle somme et qu'elle-même était prête à négocier à condition d'aboutir à un accord définitif au plus tôt, sous la menace d'une action en justice à défaut d'y parvenir ; qu'il constate encore que le MOU a finalement été conclu, dont la version a été expressément acceptée par la société Setnet dans un courriel du 11 mai 2004 intitulé « Final agreement with HP » ; que l'arrêt ajoute que cet accord, qui a été exécuté, stipulait, pour le solde des licences au 31 décembre 2003, le versement par la société SFR d'une somme de 525 000 euros à la société HP, dont 472 950 euros au bénéfice de la société Setnet, ce paiement étant expressément considéré comme un solde de tout compte pour toutes les licences Setnet dues par la société SFR et ce, pour tous les types de licences ; qu'en l'état de ces constatations, faisant ressortir l'existence de concessions réciproques, tenant pour la société Setnet à la renonciation à toute réclamation relative à la tarification appliquée antérieurement, en contrepartie du règlement rapide de sa créance et pour la société SFR à toute contestation des conditions de tarification servant de base à ce calcul, en contrepartie d'une réduction des dépassements de licences réclamés et de nouvelles modalités applicables à la poursuite du contrat, mettant ainsi un terme aux contestations nées de la complexité du système de facturation des licences initial, la cour d'appel a pu retenir que cet accord constituait, pour la période antérieure au 1er janvier 2004, une transaction au sens des articles 2044 et suivants du code civil, ayant, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort en application de l'article 2052 du même code ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que la société Setnet fait grief à l'arrêt d'entériner le rapport d'expertise judiciaire déposé le 5 novembre 2011 alors, selon le moyen :

1°/ que l'expert ne peut porter d'appréciations d'ordre juridique ; qu'en l'espèce, la société Setnet soutenait que l'expert avait outrepassé sa mission en ne donnant pas un avis technique mais en portant une appréciation d'ordre juridique liée à l'interprétation du terme « utilisateur inscrit » (« user ») ; qu'en conséquence, en entérinant le rapport de M. Znati sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si l'expert judiciaire n'avait pas porté une appréciation d'ordre juridique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 238 du code de procédure civile ;

2°/ que la société Setnet avait expressément critiqué la définition de « l'utilisateur inscrit » retenue par l'expert en soulignant que celui-ci avait ajouté aux stipulations contractuelles du Draft MOU, lequel ne visait pas les quatre conditions listées par le technicien, notamment l'étape d'inscription et de paiement pour accéder aux services ; qu'en se bornant à se référer au rapport d'expertise sans répondre au moyen tiré de ce que la définition de l'« user » et la méthode de comptage retenues contrevenaient aux stipulations contractuelles du MOU en ajoutant à celles-ci, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'enfin que la société Setnet avait soutenu que « la prétendue limite infranchissable de 500 000 utilisateurs ne concernait que la seule offre dédiée aux professionnels et ne constituait pas la limite de l'ensemble des abonnés SFR qui était largement plus importante puisqu'intégrant le grand public » ; qu'en affirmant dès lors que « la plate-forme mise en place au sein de la SA SFR pour intégrer la suite « Cellcentric » ne pouvait accueillir plus de 500 000 utilisateurs, ce qui est confirmé par le mode de détermination du prix des licences par tranches d'« users » tel que figurant au MOU et qui s'arrête à un maximum de 500 000 « users », sans répondre aux conclusions de la société Setnet sur ce point, la cour d'appel a de nouveau violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé qu'une mesure d'expertise avait été ordonnée compte tenu des divergences des parties sur le sens technique qu'il convenait de donner aux termes anglo-saxons employés dans l'accord et afin de déterminer le nombre d'utilisateurs dans chacune des acceptions possibles, et que l'expert avait, à cette fin, tenu compte des rapports techniques rédigés antérieurement à la demande des parties et du constat dressé à la demande de la société Setnet, la cour

d'appel qui s'est référée à la définition technique qu'il convenait de donner au terme « user » servant de base au décompte des licences et a reconnu à l'appréciation en cause une nature technique, et non juridique, a procédé à la recherche prétendument omise ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant retenu, par une interprétation souveraine des termes de l'article 2a de l'accord, rendue nécessaire par l'ambiguïté de sa formulation, que le terme de « user » servant de base à la facturation des licences correspond à l'utilisateur qui s'est inscrit aux services utilisant les logiciels de la suite Cellcentric et n'inclut pas les personnes ayant résilié leur contrat SFR, la cour d'appel a répondu, en les écartant, aux conclusions prétendument délaissées ;

Et attendu, en dernier lieu, que le moyen critique en sa troisième branche des motifs surabondants ;

D'où il suit que le moyen, pour partie inopérant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le premier moyen :

Attendu que la société Setnet fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement qui la condamne à payer 200 000 euros à chaque société défenderesse et de la condamner à payer une somme complémentaire de 100 000 euros à la société HP pour procédure abusive alors, selon le moyen :

1°/ que le caractère abusif de la résistance ne peut être retenu dès lors qu'une expertise a été nécessaire ; qu'en l'espèce, le tribunal avait, suite à trois expertises non contradictoires, ordonné une expertise en considération de la nécessité d'être éclairé « tant sur les interprétations possibles du terme « utilisateurs inscrits » que sur l'évaluation du nombre correspondant à chacune des interprétations » ; qu'ainsi, le seul fait que le tribunal ait ordonné une expertise, pour trancher la divergence d'interprétation des parties sur des notions pour le moins complexes et ambiguës, révélait en lui-même que l'action de Setnet n'était pas infondée ni téméraire ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'abus du droit d'agir en justice et, partant, a violé l'article 1382 du code civil ;

2°/ que le caractère abusif d'une demande en justice ne saurait s'induire du montant – fût-il excessif – des dommages-intérêts réclamés par la partie à laquelle est reproché l'abus ; qu'en conséquence, en se fondant en l'espèce sur le montant « particulièrement excessif » des sommes demandées par la société Setnet quand cette circonstance était sans lien avec un quelconque abus du droit d'agir, la cour d'appel a statué par un motif

inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

3°/ que la société Setnet avait clairement mis en évidence les nombreuses protestations émises par ses soins mais systématiquement repoussées par la société SFR, invoquant notamment les multiples demandes d'accès aux systèmes de l'opérateur pour la maintenance et aux données pour le contrôle des décomptes ; que dès lors, en se fondant sur le fait que la société Setnet aurait appliqué pendant près de trois ans un accord « sans exprimer la moindre contestation ni demander en cours d'exécution (...) une mesure d'audit », la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

4°/ que le motif dubitatif équivaut au défaut de motifs ; qu'en l'espèce, en relevant, pour caractériser le préjudice prétendument subi par les sociétés défenderesses, que « le montant extrêmement élevé de ses premières demandes était susceptible de mettre en péril la situation financière des sociétés défenderesses dans la mesure où elles pouvaient être amenées, à la demande de leur commissaire aux comptes, à devoir constituer à leur bilan des provisions d'un montant correspondant », la cour d'appel a statué par un motif dubitatif et a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

5°/ qu'en toute hypothèse, la constitution de provisions au bilan, qui ne constitue qu'un jeu d'écritures comptables, n'est, à ce titre, nullement de nature à « mettre en péril la situation financière » de la société concernée ; qu'en conséquence, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'abus du droit d'agir en justice, a derechef violé l'article 1382 du code civil ;

6°/ que la circonstance selon laquelle les appelants n'ont pu qu'être « convaincus par le tribunal de l'absence de sérieux de leurs prétentions » est impropre à caractériser une faute faisant dégénérer en abus l'exercice de la voie de recours ; qu'en l'espèce, en se bornant à retenir que la société Setnet « pourtant clairement informée par le jugement entrepris du mal-fondé de ses demandes, a persisté dans ses errements procéduraux en interjetant appel, se contentant de reprendre devant la cour ses demandes et ses moyens », la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'abus par la société Setnet dans l'exercice de son droit d'appel, a derechef violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que le seul fait pour un tribunal d'ordonner une mesure d'expertise pour l'éclairer sur certains aspects techniques du dossier n'exclut pas toute faute du demandeur dans l'exercice de son droit d'agir en justice ; que l'arrêt relève qu'après avoir accepté pendant près de trois années l'application d'un accord négocié à son initiative et très largement rédigé par ses soins, sans exprimer la moindre

contestation, la société Setnet a assigné les sociétés SFR et HP en leur réclamant des dommages-intérêts particulièrement excessifs, d'un montant initial de 7 660 000 000 euros, sans aucun justificatif ; qu'il ajoute, par motifs propres et adoptés, qu'elle ne pouvait ignorer que, par leur montant extrêmement élevé, ses premières prétentions pouvaient entraîner, à la demande des commissaires aux comptes des sociétés défenderesses, la constitution de provisions très importantes susceptibles de mettre en péril le financement de leurs activités et relève qu'elle a, par ailleurs, donné à son assignation une certaine publicité, en avertissant un actionnaire de la société SFR ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines qui n'ont pas modifié l'objet du litige et ont fait ressortir que la société Setnet avait engagé une procédure, sans élément sérieux, en toute conscience du préjudice qu'elle pouvait causer aux défendeurs, la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée par des motifs dubitatifs, tirés de la mise en péril de la situation financière des défendeurs, ni en considération du seul montant des dommages-intérêts réclamés, mais en tenant compte d'un comportement caractérisant la mauvaise foi et la volonté de nuire du demandeur, a pu retenir que la société Setnet avait fait dégénérer en abus son droit d'agir en justice ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir constaté que la société Setnet avait introduit son action sans élément sérieux, puis qu'elle avait continué à soutenir au cours de l'instance un postulat formellement écarté par l'expertise judiciaire réalisée, l'arrêt, après avoir confirmé la condamnation prononcée en première instance au titre du caractère abusif de l'action, relève que la société Setnet, pourtant clairement informée par le jugement du mal fondé de ses demandes, a persisté dans ses errements procéduraux en interjetant appel, se contentant de reprendre devant la cour d'appel ses demandes et ses moyens, et obligeant la société HP à mobiliser une part non négligeable de son activité pour assurer sa défense eu égard au montant toujours très important des dommages-intérêts réclamés ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations desquelles elle a déduit que la société Setnet avait persévéré dans son comportement et dans la poursuite d'une procédure infondée, la cour d'appel a pu retenir qu'elle avait fait dégénérer en abus son droit d'exercer un recours contre la décision rendue en première instance ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Setnet corporation aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer aux sociétés SFR et Hewlett-Packard France la somme globale de 3 000 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du onze janvier deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils, pour la société Setnet corporation.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il avait condamné la société Setnet à payer une somme de 400.000 euros – 200.000 euros pour chaque société défenderesse – et d'AVOIR condamné la société Setnet à payer une somme complémentaire de 100.000 euros à la SAS Hewlett-Packard France ;

AUX MOTIFS QUE le droit d'ester en justice peut dégénérer en abus en cas de faute lourde du demandeur, équipollente au dol ; qu'en l'espèce, après avoir accepté pendant près de trois années l'application par les parties d'un accord négocié à son initiative sans exprimer la moindre contestation ni demander, en cours d'exécution, si elle avait eu le moindre doute, une mesure d'audit, voire une expertise amiable ou judiciaire, la société Setnet Corporation a assigné les sociétés SFR et Hewlett-Packard sans aucun élément sérieux quant au nombre allégué d'utilisateurs de ses logiciels, n'hésitant pas à réclamer dans son acte introductif d'instance à titre de dommages-intérêts des sommes d'un montant particulièrement excessif de 7.660.000.000 € sans aucune justification d'un tel montant sommes qu'elle a d'ailleurs en cours d'instance divisées par quatre sans plus de justification sérieuse ; que le montant extrêmement élevé de ses premières demandes était susceptible de mettre en péril la situation financière des sociétés défenderesses dans la mesure où elles pouvaient être amenées, à la demande de leur commissaire aux comptes, à devoir constituer à leur bilan des provisions d'un montant correspondant ; que dès lors c'est à juste titre que les premiers juges ont dit qu'en agissant de la sorte, la société Setnet Corporation a manifestement engagé une procédure abusive ayant causé aux sociétés défenderesses un préjudice qu'ils ont correctement indemnisé en la condamnant à payer à chacun des deux défendeurs la somme de 200.000 € à titre de dommages-intérêts ; que le jugement entrepris sera confirmé de ce chef ; que si la SA SFR ne présente pas de demande complémentaire de dommages-intérêts pour procédure abusive devant la Cour, en revanche la SAS Hewlett-Packard France présente quant à elle une demande complémentaire en dommages-intérêts pour la poursuite abusive par la société Setnet Corporation de la procédure en appel ; qu'il apparaît que la société Setnet Corporation, pourtant clairement informée par le jugement entrepris du mal-fondé de ses demandes, a persisté dans ses errements procéduraux en interjetant appel, se contentant de reprendre devant la cour ses demandes et ses moyens ; qu'elle a ainsi fait dégénérer en abus son droit d'appel et a aggravé le préjudice déjà subi par la SAS Hewlett-Packard France en l'obligeant à soutenir sa défense devant

cette cour et à mobiliser une part non négligeable de son activité à cette fin, eu égard au montant toujours très important des dommages et intérêts réclamés solidairement aux deux sociétés intimées ; qu'au vu des éléments de la cause, la cour évalue ce préjudice supplémentaire à la somme de 100.000 € ; qu'ajoutant au jugement entrepris, la société Setnet Corporation sera donc condamnée à payer à la SAS Hewlett-Packard France la somme complémentaire de 100.000 € à titre de dommages-intérêts pour appel abusif (arrêt pp. 13 et 14) ;

1°) ALORS QUE le caractère abusif de la résistance ne peut être retenu dès lors qu'une expertise a été nécessaire ; qu'en l'espèce, le tribunal avait, suite à trois expertises non contradictoires, ordonné une expertise en considération de la nécessité d'être éclairé « tant sur les interprétations possibles du terme « utilisateurs inscrits » que sur l'évaluation du nombre correspondant à chacune des interprétations » ; qu'ainsi, le seul fait que le tribunal ait ordonné une expertise, pour trancher la divergence d'interprétation des parties sur des notions pour le moins complexes et ambiguës, révélait en lui-même que l'action de Setnet n'était pas infondée ni téméraire ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'abus du droit d'agir en justice et, partant, a violé l'article 1382 du code civil ;

2°) ALORS QUE le caractère abusif d'une demande en justice ne saurait s'induire du montant – fût-il excessif – des dommages-intérêts réclamés par la partie à laquelle est reproché l'abus ; qu'en conséquence, en se fondant en l'espèce sur le montant « particulièrement excessif » des sommes demandées par la société Setnet quand cette circonstance était sans lien avec un quelconque abus du droit d'agir, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

3°) ALORS QUE la société Setnet avait clairement mis en évidence les nombreuses protestations émises par ses soins mais systématiquement repoussées par SFR, invoquant notamment les multiples demandes d'accès aux systèmes de l'opérateur pour la maintenance et aux données pour le contrôle des décomptes ; que dès lors, en se fondant sur le fait que la société Setnet aurait appliqué pendant près de trois ans un accord « sans exprimer la moindre contestation ni demander en cours d'exécution (...) une mesure d'audit », la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE le motif dubitatif équivaut au défaut de motifs ; qu'en l'espèce, en relevant, pour caractériser le préjudice prétendument subi par les sociétés défenderesses, que « le montant extrêmement élevé de ses premières demandes était susceptible de mettre en péril la situation financière des sociétés défenderesses dans la mesure où elles pouvaient

être amenées, à la demande de leur commissaire aux comptes, à devoir constituer à leur bilan des provisions d'un montant correspondant », la cour d'appel a statué par un motif dubitatif et a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

5°) ALORS QU'en toute hypothèse, la constitution de provisions au bilan, qui ne constitue qu'un jeu d'écritures comptables, n'est, à ce titre, nullement de nature à « mettre en péril la situation financière » de la société concernée ; qu'en conséquence, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'abus du droit d'agir en justice, a derechef violé l'article 1382 du code civil ;

6°) ALORS QUE (appel abusif) la circonstance selon laquelle les appelants n'ont pu qu'être « convaincus par le tribunal de l'absence de sérieux de leurs prétentions » est impropre à caractériser une faute faisant dégénérer en abus l'exercice de la voie de recours ; qu'en l'espèce, en se bornant à retenir que la société Setnet « pourtant clairement informée par le jugement entrepris du mal-fondé de ses demandes, a persisté dans ses errements procéduraux en interjetant appel, se contentant de reprendre devant la cour ses demandes et ses moyens », la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'abus par la société Setnet dans l'exercice de son droit d'appel, a derechef violé l'article 1382 du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société Setnet de l'ensemble de ses demandes, notamment de celle tendant à voir dire et juger que l'accord de 2004 est nul pour vice du consentement en raison des manoeuvres dolosives et pressions des sociétés SFR et Hewlett-Packard ;

AUX MOTIFS QU' il ressort des pièces produites aux débats que la SA SFR a utilisé la suite logicielle « Cellcentric » de la société Setnet Corporation pour trois de ces offres de messageries courriel : InEdit, Multimail et SFR Office ; qu'à partir de 2002, l'intégration de ces logiciels était assurée par la SAS Hewlett-Packard France dans le cadre d'un accord de coopération signé entre cette société et la société Setnet Corporation les 19 et 28 mars 2002 ; qu'en vertu de cet accord, la société Setnet Corporation consentait à la SAS HP France les licences pour distribuer et utiliser la suite « Cellcentric » auprès de la SA SFR moyennant une commission de 20 % au profit de la SAS HP France en sa qualité d'intégrateur de la suite ; que les parties ont entamé des négociations à partir du début de l'année 2004 pour parvenir à un nouveau mode de comptabilisation des licences relatives à cette suite logicielle ; que ces négociations sont matérialisées par des échanges de courriels qui ne démontrent pas que la société setnet Corporation aurait été la victime de pressions de nature économique ou de manoeuvres dolosives de nature à vicier son consentement par violence, dol ou erreur au sens des articles 1109 et suivants du code civil ; qu'en effet, la

SA SFR était en droit de vouloir renégocier son contrat de licences dont elle estimait le mode de comptabilisation inadapté et trop complexe (19 indicateurs pour chacun des logiciels de la suite "Cellcentric") et qu'elle n'a jamais imposé unilatéralement à la Société Setnet CORPORATION un nouveau contrat en recourant à un chantage par la menace d'une rupture brutale de leurs relations commerciales ; qu'en effet à la lecture du courriel adressé le 03 février 2004 à la SAS HEWLETT-PACKARD FRANCE par la Société Setnet CORPORATION, il apparaît que c'est cette dernière qui a pris l'initiative de ces négociations après avoir évalué à 1 500 000 euros le montant des dépassements des licences à cette date : « Nous savons toutefois que SFR ne paieras (sic) jamais une telle somme pour le service, et préférera fermé (sic) le service plutôt que de payer. Nous sommes donc prêt (sic) à entrer dans une phase de négociation à condition qu'elle ai (sic) lieu au plus tôt » ; que c'est encore la Société Setnet CORPORATION qui a établi le premier projet d'accord qu'elle a fait parvenir le 25 mars 2004 à la SAS HEWLETT-PACKARD FRANCE en indiquant qu'elle souhaitait aboutir à un accord définitif au plus tôt et en tout état de cause avant le 01 avril 2004, accentuant sa pression par la menace d'une action en justice ainsi que cela ressort de la lettre adressée le 19 mars 2004 par la SAS HEWLETT-PACKARD FRANCE à la SA SFR : « nous voulons vous informer par la présente que SetNet nous indique qu'ils sont prêts à initialiser une action en justice dès lundi prochain [22 mars] » ; qu'enfin la version finale du MOU, au demeurant proche de sa version initiale, a été expressément acceptée par la Société Setnet CORPORATION dans un courriel adressé le 11 mai 2004 à la SAS HEWLETT-PACKARD FRANCE, intitulé « Final agreement with HP » ; que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont écarté les accusations de violences portées par la Société Setnet CORPORATION en relevant que les négociations commerciales se sont déroulées normalement » (arrêt pp. 9 et 10) ;

1°) ALORS QUE la société Setnet faisait expressément valoir que SFR avait imposé de nouvelles modalités de détermination du prix en utilisant sa position de force par rapport à Setnet, en invoquant des limites budgétaires imposées par sa direction des achats et en menaçant d'arrêter le service à défaut d'accord ; qu'à cet égard, la société Setnet avait précisé que dès le 22 mars 2004, soit antérieurement à l'établissement du premier projet de MOU par Setnet (25 mars 2004), SFR avait péremptoirement affirmé qu'elle « n'a pas les moyens de payer les sommes correspondant au comptage fait sur la base de production de décembre 2003 (...) en cas de désaccord, (...) envisage d'arrêter le service Multimail » de sorte qu'elle avait été contrainte de renégocier parce qu'elle s'était trouvée face à la menace de l'arrêt des relations commerciales par SFR ; que dès lors, en refusant de voir dans le comportement de la société SFR tout caractère contraignant ou menaçant ou lié à l'usage d'une position de force économique, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si la phase de négociation initiée par la société Setnet, le 3 février 2004, ne faisait pas suite au refus antérieurement

exprimé par SFR et si l'établissement du projet d'accord - daté du 25 mars - ne résultait pas des menaces de rupture proférées par la SA SFR dans un mail adressé antérieurement, soit le 22 mars, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 4° du code de commerce ;

2°) ALORS QUE la société Setnet avait rappelé qu'« au regard de la taille respective des parties en cause et de l'importance pour Setnet de sa collaboration avec une entreprise comme SFR », elle ne pouvait qu'accepter, et ce, sous la contrainte, les nouvelles conditions de tarification, même ouvertement désavantageuses pour elle (conclusions p. 72 et 74) ; qu'en se fondant sur les initiatives prises par la société Setnet dans la mise en oeuvre des négociations et dans la rédaction du projet d'accord et en se déterminant sur l'acceptation de la version finale du MOU par la société Setnet sans nullement se prononcer, comme elle y avait été invitée, sur la position de force économique de SFR face à Setnet, la cour d'appel n'a pas répondu au chef péremptoire de conclusions de la société Setnet et a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société Setnet de sa demande tendant à voir prononcer la nullité du MOU pour dol ;

AUX MOTIFS QU'en ce qui concerne l'accusation de dol et d'erreur, le seuil de mesurage des comptages fixé à 100.000 utilisateurs repose sur le chiffre avancé lors des négociations par la SA SFR de 100.000 utilisateurs inscrits fin 2003 ; que rien ne permet d'affirmer que ce chiffre n'aurait pas été conforme à la réalité, étant en particulier relevé qu'il est invoqué par la Société Setnet CORPORATION elle-même dans son courriel du 25 mars 2004 : « SFR devra payer 750 K Euros pour 100K users supplémentaires » ; qu'en effet le chiffre de 300 000 utilisateurs allégué par la Société Setnet CORPORATION dans ses conclusions ne repose que sur un courriel qui lui a été adressé le 02 janvier 2004 par la SA SFR faisant état de 309 073 abonnés M3B ; que la SA SFR soutient que ce chiffre, arrêté au 28 novembre 2003, ne correspond pas au nombre d'utilisateurs inscrits début 2004 du fait de l'arrêt, fin 2003, d'une de ses offres (InEdit) ayant entraîné la suppression de 260 000 abonnés dont seulement 27 000 ont choisi une autre offre ; qu'en tout état de cause la Société Setnet CORPORATION connaissait ce courriel et ces chiffres dès janvier 2004, donc antérieurement à l'ouverture des négociations et qu'il n'y a eu lieu de la part de la SA SFR aucune dissimulation ni réticence dolosive susceptibles d'entacher de dol ou d'erreur le consentement de la Société Setnet CORPORATION » (arrêt p. 10 § 5 à 7) ;

1°) ALORS QUE le juge ne peut statuer par voie de simple affirmation ; qu'en se bornant à entériner, sans la vérifier et, malgré une contestation expresse sur ce point, l'affirmation de SFR selon laquelle le chiffre de 309.073 abonnés M3B au 28 novembre 2003 ne correspondrait pas au nombre d'utilisateurs inscrits début 2004 du fait du départ de 260.000 abonnés, la cour d'appel a statué par un motif péremptoire et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE la société Setnet faisait expressément valoir - que le mail du 2 janvier 2004 contenant l'ensemble des mesures sur tous les services d'accès aux emails remontées par M3BQOS (outil de mesure de la qualité des services) était destiné aux équipes techniques et adressé à des fins de qualité des services de sorte qu'elle ne pouvait pas immédiatement faire le rapprochement entre les chiffres communiqués dans ce mail et les discussions en cours avec SFR au sujet du nombre de licences (conclusions p. 75 in fine) ; qu'en conséquence, en se bornant à énoncer que Setnet connaissait ce chiffre dès janvier 2004 pour écarter toute dissimulation de SFR, sans répondre aux conclusions invoquant le total cloisonnement entre les services et, partant, la nécessaire ignorance de la société Setnet quant au nombre d'utilisateurs, la cour d'appel a derechef violé l'article 455 du code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société Setnet de sa demande tendant à voir annuler le MOU pour erreur ;

AUX MOTIFS QU'en ce qui concerne l'application de cet accord, son article 1 stipule que pour le solde des licences au 31 décembre 2003, la SA SFR versera à la SAS HP la somme de 525.0000 € dont 472.950 € reviennent à la société Setnet Corporation, telle que réclamée par celle-ci ; qu'il est expressément stipulé que « ce paiement sera considéré comme un solde de tout compte pour toutes les licences Setnet dues par SFR et ce pour TOUS les types de licences » ; que ce point du contrat constitue bien, pour la période antérieure au 1er janvier 2004, une transaction au sens des articles 2044 et suivants du code civil ; qu'en application de l'article 2052, cette transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ; que la société Setnet n'est pas recevable à réclamer des sommes au titre de ses licences pour la période antérieure au 1er janvier 2004 (arrêt p. 11 § 2 et 3).

ALORS QUE la transaction suppose trois éléments cumulatifs : il faut une contestation née ou à naître, l'intention des parties d'y mettre fin, et des concessions réciproques à cette fin, chacune des parties devant renoncer à une part de ce qu'elle prétend être son droit ; qu'en l'espèce, il résultait des

propres constatations de l'arrêt que le solde de tout compte matérialisé par l'article 1 du MOU ne révélait aucune concession de la part de la société SFR, celle-ci s'étant bornée à payer les sommes contractuellement dues (et même moins) ; que dès lors, en retenant néanmoins la qualification de transaction au MOU (article 1), la cour d'appel a violé l'article 2044 du code civil.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR entériné le rapport d'expertise déposé le 5 novembre 2011 par monsieur David Znati ;

AUX MOTIFS QU'en ce qui concerne la période allant de 2004 à 2006, le MOU stipule en son article 2 que les licences seront commandées par « bulks » de 10 000 « users » grâce à un « tool » qui fera un « select count » tous les deux mois sur le nombre d'« users » au dernier jour de chaque bimestre ; que l'article 2a définit un « user » comme étant un utilisateur inscrit au service uniquement et précise qu'« aucune autre notion de user 'actifs' ou 'simultanés' ne peut être insérée ultérieurement » ; que compte tenu des divergences des parties sur le sens technique qu'il convenait de donner aux termes anglosaxons employés dans cet accord, c'est à juste titre que les premiers juges ont ordonné le 27 mai 2010 une mesure d'expertise sur les interprétations possibles du terme « users » tel que défini à l'article 2a et sur la pertinence du « tool » prévu à l'article 2b pour compter le nombre d'« users » afin d'estimer leur nombre à la fin de chaque période bimestrielle entre le 01 janvier 2004 et le 30 septembre 2006 ; que l'expert, Monsieur David SZNATI, a mené ses opérations dans le respect du principe du contradictoire, qu'il a le 18 mai 2011 adressé aux parties sa synthèse, a recueilli leurs dires et y a répondu avant de déposer son rapport définitif le 05 novembre 2011 ; que l'expert a en particulier tenu compte des rapports techniques privés rédigés antérieurement à la demande des parties (notes techniques LIPSKI pour la Société SETNET CORPORATION, MIGAYRON pour la SA SFR et BITAN pour la SAS HEWLETT-PACKARD FRANCE) et du constat dressé le 26 septembre 2006 par l'APP à la demande de la Société SETNET CORPORATION FRANCE ; que si le MOU ne précise pas les tables et ne donne pas les critères de comptage, l'expert indique que les parties conviennent que le terme « user » se définit par un téléphone ou une carte SIM utilisant le réseau SFR, une adresse électronique comme login et un code d'accès ; que l'expert précise que l'« user », défini au MOU comme un « utilisateur INSCRIT au service uniquement », est l'utilisateur qui s'est inscrit volontairement aux services utilisant les logiciels de la suite "Cellcentric", à savoir à partir de 2004 les services Multimail et SFR Office (le service InEdit ayant été fermé à la fin 2003) ; qu'il y a ainsi nécessairement un acte volontaire de la personne pour s'inscrire à ces services particuliers contrairement à l'interprétation de la Société SETNET CORPORATION qui soutient que tout abonné SFR est

forcément un utilisateur de sa suite logicielle et, par voie de conséquence, un « user » ; qu'en outre si la Société SETNET CORPORATION soutient qu'il n'y a pas lieu de décompter les « users » ayant résilié leur contrat SFR (« users deletés »), l'expert indique qu'en l'absence de stipulation contraire du mode d'affectation des licences, une personne qui résilie son contrat SFR perd le droit d'utilisation des services SETNET, sa licence étant attribuée à quelqu'un d'autre ; que dès lors la SA SFR était en droit de ne compter que le nombre d'utilisateurs net, c'est-à-dire le nombre d'utilisateurs inscrits moins le nombre d'utilisateurs désinscrits ou deletés, le système de comptage M3BQ0S permettant de déterminer le nombre d'« users deletés » ; qu'enfin l'expert rappelle que le « tool » a été défini comme un système de comptage qui fait une requête SQL (« select count ») tous les deux mois sur le nombre d'« users » qui se déclenche tout seul à la fin de chaque bimestre et que cette requête SQL « select count » est pertinente et fonctionne pour faire le comptage des « users » inscrits ; que dès lors le MOU était parfaitement applicable et que sur les bases ci-dessus définies, l'expert a été en mesure d'effectuer le comptage bimestriel des « users » de mars/avril 2004 à octobre 2006 tel qu'indiqué dans le tableau de son annexe 4, en fonction des chiffres communiqués à l'époque par la SA SFR à la Société SETNET CORPORATION par l'intermédiaire de la SAS HEWLETT-PACKARD FRANCE ; que pendant cette période la Société SETNET CORPORATION n'a jamais contesté ces chiffreages alors qu'elle aurait pu, si elle avait eu des doutes sur la sincérité des chiffres ainsi fournis, demander en son temps un audit technique qui aurait en particulier été utile pour vérifier les logs (fichiers contenant l'historique des événements), lesquels n'ont une durée de rétention que de 30 jours ; qu'il apparaît qu'en réalité la contestation actuelle de la Société SETNET CORPORATION se fonde sur le postulat désormais soutenu par elle en justice que tout abonné à SFR était automatiquement un utilisateur des licences SETNET, ce que l'expert a formellement écarté comme analysé précédemment ; que sur la base de la définition technique qu'il convient de donner au terme « user », l'expert estime que le comptage présenté par la SA SFR de 2004 à 2006 est plausible, que le nombre d'« users » passe de 120 000 en mars/avril 2004 à 147 627 en septembre 2005 avant de chuter à 89 009 en novembre 2005 du fait de l'arrêt de l'utilisation de la technique Multimap, seuls subsistant les abonnés au service SFR Office dont le nombre reste relativement stable pour s'établir à 77 177 en octobre 2006 ; que ces chiffreages tiennent compte des « users deletés » ou désinscrits ; qu'au surplus les chiffres avancés par la Société SETNET CORPORATION de 7 300 000 puis de 4 800 000 « users » ayant utilisé sa technologie chez SFR (soit l'ensemble des abonnés SFR) sont matériellement impossibles dans la mesure où la plate-forme mise en place au sein de la SA SFR pour intégrer la suite "Cellcentric" ne pouvait accueillir plus de 500 000 utilisateurs ; ce qui est confirmé par le mode de détermination du prix des licences par tranches d'« users » tel que figurant au MOU et qui s'arrête à un maximum de 500 000 « users » ; que le rapport de Monsieur David SZNATI, complet et

documenté, sera entériné par la Cour ; qu'en conséquence il en ressort que de 2004 à 2006 la SA SFR a payé les redevances correspondant bien au nombre d'utilisateurs inscrits à ses services utilisant les logiciels de la suite "Cellcentric" après déduction des abonnés désinscrits et que dès lors l'accord de licences par « utilisateur inscrit » n'a pas été violé par les Sociétés SFR et HEWLETT-PACKARD FRANCE ; qu'en l'absence de dépassements illicites des licences SETNET, aucun acte de contrefaçon n'est donc établi (arrêt p. 11 et 12) ;

1°) ALORS QUE l'expert ne peut porter d'appréciations d'ordre juridique ; qu'en l'espèce, la société Setnet soutenait que l'expert avait outrepassé sa mission en ne donnant pas un avis technique mais en portant une appréciation d'ordre juridique liée à l'interprétation du terme « utilisateur inscrit » (« user ») ; qu'en conséquence, en entérinant le rapport de monsieur Znati sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si l'expert judiciaire n'avait pas porté une appréciation d'ordre juridique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 238 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'AU SURPLUS, la société Setnet avait expressément critiqué la définition de « l'utilisateur inscrit » retenue par l'expert en soulignant que celui-ci avait ajouté aux stipulations contractuelles du Draft MOU, lequel ne visait pas les quatre conditions listées par le technicien, notamment l'étape d'inscription et de paiement pour accéder aux services ; qu'en se bornant à se référer au rapport d'expertise sans répondre au moyen tiré de ce que la définition de l'« user » et la méthode de comptage retenues contrevenaient aux stipulations contractuelles du MOU en ajoutant à celles-ci, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QU'ENFIN la société Setnet avait soutenu que « la prétendue limite infranchissable de 500.000 utilisateurs ne concernait que la seule offre dédiée aux professionnels et ne constituait pas la limite de l'ensemble des abonnés SFR qui était largement plus importante puisqu'intégrant le grand public » ; qu'en affirmant dès lors que « la plate-forme mise en place au sein de la SA SFR pour intégrer la suite "Cellcentric" ne pouvait accueillir plus de 500.000 utilisateurs, ce qui est confirmé par le mode de détermination du prix des licences par tranches d'« users » tel que figurant au MOU et qui s'arrête à un maximum de 500.000 « users », sans répondre aux conclusions de la société Setnet sur ce point, la cour d'appel a de nouveau violé l'article 455 du code de procédure civile.