

Grosses délivrées REPUBLIQUE FRANCAISE

aux parties le :AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5

ARRET DU 24 JANVIER 2013

(n° 27 , 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 11/17149

Décision déferée à la Cour : Jugement du 13 septembre 2011 - Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 11/030327

APPELANTE

SAS PIXMANIA Société par actions simplifiée immatriculée au RCS de Paris n° 352 236 244, agissant en la personne de son Président en exercice

Ayant son siège social

[Adresse 3]

[Adresse 3]

Représentée par Me Frédéric INGOLD de la SELARL INGOLD & THOMAS - AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque : B1055

Assistée de Me Olivier GUIDOUX, avocat au barreau de PARIS, toque : P 221, plaidant pour la SCP DEPREZ GUIGNOT'ASSOCIES

INTIMES

Société [B] prise en la personne de Maître [R] [W] [B] ès-qualité d'administrateur judiciaire de la Société DIMITECH placée en redressement judiciaire par jugement du Tribunal de Grande Instance de Colmar le 14 juin 2011

[Adresse 4]

[Adresse 4]

Représentée par Me Olivier BERNABE, avocat au barreau de PARIS, toque : B0753

Assistée de Me Laurence SUCHET, avocat au barreau de STRASBOURG

SAS DIMETECH prise en la personne de ses représentants légaux

Ayant son siège social

[Adresse 1]

[Adresse 1]

Représentée par Me Olivier BERNABE, avocat au barreau de PARIS, toque : B0753

Assistée de Me Laurence SUCHET, avocat au barreau de STRASBOURG, plaidant pour la SELAS FIDAL

PARTIE INTERVENANTE

Monsieur [J] [C] en qualité de représentant des créanciers de la société DIMITECH

Demeurant [Adresse 2]

[Adresse 2]

Représenté par Me Olivier BERNABE, avocat au barreau de PARIS, toque : B0753

Assistée de Me Laurence SUCHET, avocat au barreau de STRASBOURG, plaidant pour la SELAS FIDAL

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 22 novembre 2012, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Colette PERRIN, Présidente chargée d'instruire l'affaire

Madame Patricia POMONTI, Conseillère

Madame Valérie MICHEL- AMSELLEM, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Mademoiselle Emmanuelle DAMAREY

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Colette PERRIN, Présidente et par Mademoiselle Emmanuelle DAMAREY, Greffier des services judiciaires auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS CONSTANTS ET PROCEDURE

La société Pixmania exploite un site internet de commerce électronique et a pour activité la vente directe de produits aux internautes ; en complément de cette activité, elle offre la possibilité à certains de ses partenaires de profiter de son site pour y vendre leurs produits.

La société Dimitech, filiale du groupe TeleStein, a pour activité la vente de produits électroménager, notamment TV, Hifi, vidéo et réalise son activité exclusivement en ligne via, d'une part, son site propre «Dimitro.com», d'autre part, d'autres sites dits «market places».

Les sociétés Dimitech et Pixmania sont entrées en relation début 2009. La société Dimitech a mis en ligne son catalogue de produits sur la plateforme de la société Pixmania. Le chiffre d'affaires sur ce catalogue s'est rapidement développé. Un contrat écrit a été régularisé en septembre 2010.

En décembre 2010, la société Pixmania a interrompu le lien permettant l'accès des internautes aux produits Dimitech.

En juin 2011, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société Dimitech.

Par acte du 14 avril 2011, la société Dimitech a assigné la société Pixmania aux fins de voir constater la rupture brutale et abusive de leurs relations commerciales.

Par un jugement du 13 septembre 2011, assorti de l'exécution provisoire, le Tribunal de commerce de Paris a:

- condamné la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 41.666 euros à titre de dommages et intérêts, en réparation du dommage résultant du préavis non effectué,
- condamné la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 1.000.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du dommage résultant de la perte de chance,
- condamné la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 25.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile,
- débouté les parties de leurs demandes autres, plus amples ou contraires.

Vu l'appel interjeté le 22 septembre 2011 par la société Pixmania contre cette décision.

Vu les dernières conclusions, signifiées le 18 octobre 2012, par lesquelles la société Pixmania demande à la Cour de :

- infirmer le jugement entrepris
- dire et juger que la société Dimitech a commis des manquements contractuels autorisant la société Pixmania à faire application de la faculté de résiliation immédiate de l'article 12.3 du contrat applicable entre les parties,
- dire et juger que cette faculté de résiliation sans préavis a été mise en 'uvre par Pixamania conformément aux dispositions de l'article L442-6 I 5° du Code de commerce,

débouter Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

A titre subsidiaire :

- dire et juger que ce préavis ne saurait être supérieur à 30 jours compte tenu de la brièveté de la relation commerciale entre les parties,
- débouter en conséquence Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech de ses demandes d'indemnisation correspondant à 12 mois de préavis,
- infirmer le jugement en ce qu'il a accordé à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech une indemnisation à hauteur de 41.666 euros,
- ramener le montant des dommages intérêts à de plus juste proportions,

infirmer le jugement en ce qu'il a alloué à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech une indemnité de 1.000.000 euros au titre d'une hypothétique perte de chance,

- débouter de plus fort Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech de l'intégralité de ses autres demandes d'indemnités.

En tout état de cause :

- condamner Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech à verser à la société Pixmania la somme de 60.528,58 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

La société Pixmania soutient tout d'abord qu'il est impossible de cumuler les responsabilités délictuelle et contractuelle et que la demande de Dimitech devra être examinée sous le seul angle de l'article L.442- 6 I 5° du code de commerce.

Elle prétend que la société Dimitech s'est rendue responsable d'une inexécution fautive de ses obligations contractuelles l'ayant contrainte, sur la base du contrat, à y mettre un terme sans préavis, à savoir un taux de satisfaction des clients de Dimitech inférieur à 90 %, cause de résiliation sans préavis stipulée par l'article 12.3 du contrat.

Elle soutient également qu'elle n'a commis aucun abus en procédant à une résiliation prévisible, reposant sur des données objectives et dépourvue de caractère «léonien».

A titre subsidiaire, elle ajoute que le préavis de douze mois sollicité par la société Dimitech n'est pas justifié, compte tenu de la brièveté de la relation contractuelle entre les parties et de l'absence de circonstances exceptionnelles. Elle conteste également le montant des préjudices allégués.

Vu les dernières conclusions, signifiées le 26 septembre 2012, par lesquelles Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech demande à la Cour de:

- rejeter l'appel de la société Pixmania en ce qu'il est dépourvu de fondement,
- confirmer le jugement en ce qu'il a retenu la responsabilité de la société Pixmania dans les conditions de la rupture intervenue avec la société Dimitech,
- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il écarte toute faute imputable à la société Dimitech,
- confirmer le jugement en ce qu'il a retenu la responsabilité de la société Pixmania sur le fondement de l'article L.442-6 5° du Code de commerce et l'a condamnée à réparer le préjudice subi par la société Dimitech, prise en la personne des organes de la procédure,
- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu un préjudice lié à la perte de chance à hauteur de 1.000.000 d'euros et a condamné la société Pixmania à payer cette somme à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire .

En conséquence et statuant à nouveau:

- dire et juger que la société Pixmania a engagé sa responsabilité délictuelle et contractuelle

condamner la société Pixmania à payer la somme de 861.109 euros à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices subis à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire, du fait du non respect du préavis,

- condamner la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech la somme de 1.000.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de la perte de chance,
- condamner la société Pixmania à payer la somme de 6.000.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparations des préjudices subis à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, du fait de la perte de valeur du fonds de commerce de la société Dimitech,
- condamner la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 192.871 euros à titre de dommages et intérêts au titre des licenciements intervenus,
- condamner la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 334.546 euros à titre de dommages et intérêts au titre de la perte de subvention Oséo,
- condamner la société Pixmania à payer à Maître [B], ès qualité d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 1.000.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du caractère abusif de la rupture,
- condamner la société Pixmania à payer à Maître [B], ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Dimitech, la somme de 50.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile

La société Dimitech estime que la société Pixmania a commis deux fautes distinctes, d'une part une faute contractuelle en ayant rompu la relation commerciale commerciale sans avoir respecté de préavis et donc brutalement, et d'autre part une faute délictuelle en ayant rompu la relation commerciale abusivement , invoquant la déloyauté de la société Pixmania.

Elle prétend qu'aucune faute imputable ne peut lui être reprochée pour justifier une résiliation sans préavis.

Elle ajoute enfin que, compte tenu de l'importance du volume d'affaires, de la notoriété de la société Pixmania, de l'absence de solutions alternatives et de sa situation de dépendance à l'égard de la société Pixmania, de l'existence d'investissements particuliers, de la durée et de la qualité des relations entre les parties, le délai de préavis doit être évalué à douze mois, délai qui lui était nécessaire pour organiser sa reconversion, réorienter ses activités et trouver des débouchés de substitution.

La Cour renvoie, pour un plus ample exposé des faits et prétentions initiales des parties, à la décision déférée et aux écritures susvisées, par application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile

MOTIFS

Sur la brusque rupture des relations établies alléguée

Considérant que la société Pixmania n'a présenté en appel aucun moyen nouveau de droit ou de fait qui justifie de remettre en cause le jugement attaqué lequel repose sur des motifs pertinents résultant d'une analyse correcte des éléments de la procédure, notamment des pièces contractuelles et de la juste application de la loi et des principes régissant la matière;

Considérant que la société Pixmania soutient avoir été fondée à résilier les relations commerciales existantes de façon immédiate, à raison d'une inexécution fautive de ses obligations par la société Dimitech, dans la mesure où elle a relevé un taux «d'évaluations positives inférieures à 90%», circonstance expressément prévu à l'article 12 du contrat et justifiant une rupture immédiate;

Considérant que l'article 12.1 du contrat stipule :

« Le vendeur, comme Pixmania peut à tout moment mettre fin à l'adhésion du vendeur à la Plateforme par l'envoi à l'autre partie d'un courrier électronique ou d'une notification sur l'espace de la plateforme moyennant le respect d'un préavis de trente jours.

Chacune des parties peut mettre fin au présent contrat en cas de manquement de l'autre partie resté non réparé(10)jours après l'envoi d'une mise en demeure;

Que l'article 12.2 concerne des hypothèses de rupture réservées à la société Pixmania, stipulant:

«Pixmania peut à tout moment, sur simple notification adressée au vendeur par courrier électronique ou sur son espace, exclure le vendeur de la plateforme moyennant le respect d'un préavis de dix(10) jours en cas de manquement du vendeur à ses obligations issues des présentes conditions non réparé dans ce délai et notamment:

renseignements fournis par le vendeur inexacts ou non actualisés

non exécution ou mauvaise exécution d'un contrat de vente conclu avec un acheteur

non paiement des frais fixes

«Pixmania peut à tout moment, sur simple notification adressée au vendeur par courrier électronique ou sur son espace, exclure immédiatement le vendeur de la plateforme sans indemnité en cas de manquement grave et non réparable du vendeur à ses obligations issues des présentes conditions générales et notamment en cas de :

mise en vente sur la plateforme de produits interdits

violation de l'article 9.1 5 (garanties du vendeur)

violation de l'article 13.2 (données personnelles de l'acheteur)

évaluations positives inférieures à 90%

comportement ayant des conséquences nuisibles pour la plateforme»;

Que les conditions particulières d'adhésion acceptées par la société Dimitech précisent en leur article 10 que «le vendeur accepte et reconnaît que Pixmania a mis en place un système d'évaluation des vendeurs par les acheteurs afin d'accroître leur confiance dans l'achat de produits sur la plateforme.

En conséquence tout acheteur ayant acquis un produit auprès du vendeur est en droit de publier sur la plateforme un commentaire sur la prestation du vendeur et d'évaluer sa prestation en trois états, positive, neutre ou négative»;

Considérant qu'il n'appartient pas au juge de dénaturer pour des raisons d'équité la volonté de parties ; qu'ainsi celles-ci ont convenu que «des évaluations positives inférieures à 90%» constituaient un manquement grave et non réparable justifiant une rupture immédiate des relations commerciales;

Que la société Pixmania soutient que seules les évaluations positives et négatives exprimées par les internautes et affichées comme telles sont comptabilisées de sorte qu'un taux de plus de 10% d'avis négatifs démontre un taux d'insatisfaction de plus de 90%;

Considérant que la société Pixmania décrit le système de notation ouvert aux internautes, comme permettant aux internautes acquérant des produits via son site, de publier en ligne des commentaires concernant le site marchand et de lui attribuer des notes de 1 à 5 sous forme d'étoiles, matérialisant ainsi leur appréciation du respect par le site marchand, d'une part, des délais et, d'autre part, de la qualité de la livraison intervenue, une note inférieure à 2,5 étant une note générale négative, 2,5 étant une note neutre et plus de 2,5 une note positive de sorte que le taux de 90% correspond à 90% d'avis supérieurs à 2,5 ; que ce système de notation n'est pas parfaitement lisible en ce qu'il comporte une appréciation sur deux prestations distinctes, dont la livraison qui ne relève pas entièrement du vendeur, d'autre part en ce qu'il est formulé sous forme d'étoiles transposée ensuite en note chiffrée et évaluée en trois états; qu'au surplus ce système d'évaluation relève de la société Pixmania et a été modifié après la rupture entre les parties ; que la société Pixmania a ainsi envoyé le 8 décembre 2010 un email indiquant «Nous avons un nombre grimpant de feedback négatifs concernant le transporteur. Les produits arrivent abîmés»; que la société Pixmania ne saurait se fonder pour retenir le taux de 90% sur des appréciations portant sur des prestations autres que celles relevant intégralement de la société Dimitech;

Considérant que la société Dimitech produit un procès verbal de constat du 13 décembre 2010 selon lequel les évaluations étaient toutes égales à 90% dans la période précédant la rupture ce que conteste la société Pixmania, produisant pour sa part un procès verbal de constat en date du 1er avril 2011, établi à partir des données accessibles dans l'outil «back office» constituant les pages de son site des marchands partenaires, auquel la société Dimitech avait accès pour gérer à distance l'ensemble de ses activités ; qu'elle ajoute que ces données n'ont pas pu donner lieu à des modifications quelconques de sa part;

Que néanmoins, le procès verbal de constat produit par la société Pixmania se fonde sur des données collectées par celle-ci sur son propre site et a été dressé 4 mois après la rupture; qu'elle indique que celui-ci a pour objet de mettre en

évidence le caractère non probant des données figurant au constat produit par la société Dimitech ; que, pour autant, il lui appartenait de rapporter la preuve du grief invoqué par elle à l'appui de sa rupture des relations commerciales sans préavis ;

Que, de plus, le taux d'évaluation destiné à mesurer un taux d'insatisfaction des clients de Dimitech et figurant au titre des manquements graves contractuellement admis par les parties pour justifier une rupture sans préavis doit reposer sur des critères objectifs caractérisant de façon non contestable un manquement de la société Dimitech envers ses clients ce qui n'est pas le cas des problèmes liés à la livraison;

Que la cour constate que les éléments fournis par la société Pixmania ne permettent pas de vérifier l'identité des internautes, ni la teneur de leur appréciation d'autant que la société Pixmania a, depuis la rupture des relations commerciales, ajouté une nouvelle fonctionnalité à son système permettant d'évaluer le taux de satisfaction des clients; que, dès lors, les chiffres retenus par Pixmania ne reflètent pas l'objectivité requise en termes d'évaluations positives;

Que le contrat de partenariat a été étendu par les parties à 18 autres pays sans qu'il existe un système d'évaluation et de notation par cette clientèle ;

Qu'enfin, avant la rupture, la société Pixmania s'est contentée de transmettre à la société Dimitech des réclamations de clients, 24 entre juin 2010 et le 10 décembre 2010 soit un taux de réclamations de 0,178% en lui demandant de les traiter sans faire état d'un taux d'évaluation positive inférieure à 90% tel qu'il aurait été impossible d'y remédier; que la société Dimitech relate avoir remédié aux problèmes qui lui étaient signalés par la société Pixmania ;

Qu'il s'ensuit que la société Pixmania ne rapporte pas la preuve objective du grief invoqué à l'appui de sa rupture des relations commerciales sans préavis, à savoir un taux d'insatisfaction de plus de 90% des internautes ayant procédé à un achat auprès de la société Dimitech via la plateforme Pixmania ;

Considérant que la société Pixmania évoque l'importance des remboursements effectués pour conclure que la société Dimitech était, de son propre fait, confrontée à des difficultés d'approvisionnement qui l'empêchaient d'exécuter les commandes passées de sorte qu'elle-même ne pouvait maintenir ses relations avec elle ; qu'elle affirme que cette situation entraînait pour elle le risque d'être tenue pour responsable, tant sur le plan pénal que civil, des défaillances de la société Dimitech et d'avoir à faire face aux remboursements demandés par les internautes;

Considérant que la société Dimitech ne conteste pas l'importance des remboursements allégués par la société Pixmania soit 117 987,67€TTC sur la période d'octobre à décembre 2010 ; qu'elle fait valoir la spécificité de ce type de commande qui donne lieu à une facturation au moment de la préparation de la commande et qui ouvre alors deux possibilités, celle d'une rétractation du client à tout moment avant l'expédition, celle d'une rétractation dans un délai de 7 jours après réception du colis, décisions relevant du seul client dont la société Dimitech ne peut être tenue pour responsable ; que dès lors une mise en cause de la société Dimitech ne pourrait être faite que sur un montant de 37 771,40€ alors que sur

la même période la société Dimitech a généré un chiffre d'affaires de 1844491€, montant pour lequel la société Pixmania ne précise pas les causes d'annulation;

Considérant en conséquence que c'est à juste titre que les premiers juges ont jugé que la société Pixmania n'était pas fondée à rompre les relations commerciales sans observer le délai de préavis contractuellement prévu;

Sur la question du cumul des responsabilités

Considérant que la société Dimitech soutient que ses demandes fondées, d'une part sur la responsabilité contractuelle, d'autre part sur la responsabilité délictuelle sont recevables en ce qu'elles visent deux fautes distinctes ayant des conséquences distinctes, dont elle entend obtenir réparation, ce que la société Pixmania conteste;

Considérant que la société Dimitech fait valoir, d'une part, que la société Pixmania a rompu la relation commerciale sans respecter le préavis et de façon brutale, d'autre part, qu'elle a rompu les relations commerciales abusivement en faisant preuve de déloyauté et en organisant une rupture préméditée, organisant son asphyxie financière et l'effondrement de sa trésorerie.

Considérant que la société Dimitech soutient que la société Pixmania a commis un abus résultant des conditions de la signature du contrat, de la date de la rupture, du contenu des motifs invoqués et enfin de la retenue injustifiée de sommes appartenant à la société Dimitech ;

Considérant que, si le contrat a été signé seulement 3 mois avant la rupture et a été antidaté, cette circonstance est sans incidence sur les relations contractuelles qui préexistaient à cette signature, pas plus que sur celles qui ont suivi et qui ont étendu ces relations à l'étranger ;

Que le fait qu'il se soit agi d'un contrat d'adhésion ne saurait le priver de son efficacité, la société Dimitech ne démontrant aucune contrainte lors de sa signature ; que, si elle qualifie le référentiel de notation comme étant une clause léonine et fait état du caractère suspect de son utilisation à l'occasion de la résiliation, il s'agit de l'application d'une clause contractuelle acceptée par les parties et que ni le tribunal, ni la cour ne l'ont retenue comme justifiant la rupture des relations commerciales par la société Pixmania;

Que les échanges de courriels entre les deux parties ont mis en évidence la satisfaction de la société Pixmania qui a écrit le 31 mars 2011 «tout d'abord je te confirme que je suis très satisfait de notre partenariat....parce que nous avons une super relation, les chiffres l'attestant», puis le 9 juillet 2010 «J'ai identifié un marché à exploiter dans les pays de l'est, les capsules senseo. Ce produit n'est pas facilement trouvable...Est-ce que tu peux essayer de te sourcer sur ces produits» de sorte que la société Dimitech pouvait croire à la poursuite des relations commerciales et investir;

Que la société Dimitech fait valoir que la société Pixmania qui disposait d'un mandat d'encaisser les fonds suite aux ventes à charge par elle de les reverser, ne s'est libérée des montants encaissés que le 26 janvier 2011, la mettant ainsi en difficultés auprès de ses fournisseurs ;

Qu'enfin la société Dimitech fait observer que la date de la rupture soit le 9 décembre lui a été particulièrement préjudiciable dans la mesure où les mois de novembre et de décembre connaissent les plus grosses ventes;

Considérant que l'ensemble de ces éléments ne caractérisent pas des préjudices distincts de ceux liés à la rupture brutale des relations commerciales ; qu'il y a lieu de les prendre en considération dans les demandes de la société Dimitech au titre de la durée du préavis qui s'imposait compte tenu des circonstances de fait et de la relation commerciale ayant existé entre les parties;

Considérant que la société Dimitech vise les agissements de la société Pixmania à l'occasion de la rupture des relations contractuelles, peu importe qu'elle qualifie celle-ci de comportement déloyal et abusif dès lors que les conséquences dont elle demande réparation résultent de la seule rupture qu'elle estime brutale et non de fautes contractuelles à l'occasion de l'exécution du contrat;

Qu'en conséquence, la société Dimitech est irrecevable en sa double demande.

Sur le préjudice au titre du préavis

Considérant que la société Dimitech soutient que le préavis contractuel d'un mois retenu par le tribunal était insuffisant, soutenant que la relation commerciale a débuté à la fin de l'année 2008 et que la société Pixmania entretenait des relations commerciales avec d'autres sociétés du groupe auquel elle appartient;

Considérant que la société Pixmania fait valoir la brièveté de la relation commerciale soit 19 mois d'exécution et qu'aucune circonstance exceptionnelle ne saurait être prise en compte.

Considérant que la société Pixmania ne conteste pas que le début des relations avec la société Dimitech se situe à la fin de l'année 2008, un contrat ayant été signé pour régulariser la situation; qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération des relations ayant existé avec une autre société du groupe;

Que, pour autant, l'objectif du préavis est de permettre au cocontractant évincé de se réorganiser ; que dès lors, d'autres critères que celui de l'ancienneté de la relation commerciale peuvent être pris en considération;

Que les relations entre les deux parties ne comportaient aucune exclusivité de sorte que la société Dimitech pouvait développer d'autres canaux de distribution ; qu'elle avait d'ailleurs son propre site de distribution et opérait en plus sur des sites concurrents de celui de la société Pixmania tant en France qu'à l'étranger tels que Amazon, Rue DuCommerce, Fnac;

Que s'il résulte des échanges de mails entre les parties que la société Pixmania a exercé un contrôle sur les prix pratiqués par Dimitech tant en France qu'à l'étranger , écrivant le 2 octobre 2009 «le prix barré n'est pas arrondi (278,99€);Il faut mettre 276 tout pile

En Belgique sur le front c'est indiqué 232,69€prix barré 275€

Il faut aussi qu'on soit à 233,95 et prix barré 279€ dans les 2 pays», et le 23 septembre 2010 « peux-tu faire un effort sur les prix», il n'est pas démontré qu'elle ait imposé des prix à son partenaire qui restait maître de sa politique tarifaire ;

Que la société Dimitech fait état d'investissements en hommes, en temps et en matériel destinés à répondre aux demandes de la société Pixmania, alléguant d'ailleurs une immixtion de celle-ci dans sa propre gestion ; que si la société Dimitech fait état de courriels pressants à son encontre tels que «[L] fait moi péter la Suisse, je compte sur toi.pIX+Dimi=rois de l'Europe» ou «Après Pix, le prochain roi du roi européen sera Dimi», il n'en résulte pas la démonstration de l'intervention de la société Pixmania dans la gestion de la société Dimitech qui a fait choix d'étendre son champ d'activité, étant tout comme la société Pixmania un professionnel de la vente sur internet ; que, de plus, si la société Dimitech affirme avoir dû procéder à des investissements liés à la politique d'expansion préconisée par la société Pixmania, elle n'en justifie pas ; que, néanmoins, les courriels échangés étaient de nature à conforter la confiance de la société Dimitech dans la poursuite des relations commerciales entre les deux sociétés et dans un contexte géographique élargi à l'Europe ;

Considérant que la société Dimitech soutient que, concernant les ventes à l'étranger, il n'existait pas de solution lui permettant de poursuivre son activité dans des conditions techniques et économiques comparables à celles résultant des relations contractuelles résiliées, dans la mesure où aucun concurrent de la société Pixmania n'opère à cette échelle; qu'il s'agit d'une affirmation dont elle ne fait nullement la démonstration, étant présente sur d'autres plateformes identiques à celle de Pixmania, notamment sur celle d'Amazon, leader du secteur;

Considérant que dans son document de présentation à d'éventuels investisseurs , la société Dimitech indique «Dimitech a choisi d'élargir sa distribution via les Marketplaces les plus reconnus afin de :

bénéficier de leur base clients significative (Pixmania a par exemple 6 millions de clients et 25 millions de visiteurs uniques mensuels

profiter de leur réputation (sécurité, etc)

profiter de leur présence à l'international»

Qu'il est ajouté «Dimitech est aujourd'hui devenu un des principaux clients des Marketplaces en France...(des négociations avec de nouvelles plateformes sont en cours)»; qu'elle ne distingue pas la plateforme de la société Pixmania quant aux possibilités qui lui étaient ouvertes par les autres plateformes à l'étranger;

Considérant que, si le contrat signé par les deux parties a prévu un préavis d'un mois, il convient de relever qu'il visait des relations commerciales sur le marché français et n'a pas pris en compte l'extension par la société Dimitech de son activité à l'étranger à la suite des demandes formulées par la société Pixmania ;

Qu'en conséquence, au regard de l'ensemble de ces éléments tenant à la durée de la relation commerciale et à l'évolution de celle-ci induisant des difficultés de réorganisation, le préavis raisonnable est estimé à 2 mois ; qu'il y a lieu de réformer la décision entreprise;

Que le préjudice au titre du préavis non effectué s'apprécie en termes de marge brute; que peu importe que la société Pixmania n'ait pas garanti un volume d'activité et n'est servie que d'intermédiation en mettant à disposition sa plateforme de vente; que, pour autant la plateforme de la société Pixmania n'était que l'une de celles utilisées par la société Dimitech qui ne saurait tirer argument de ce que celle-ci était l'une des plus performantes pour justifier sa propre demande ;

Considérant que la société Dimitech prétend que son chiffre d'affaires sur la plateforme de la société Pixmania a été en France de :

. 3 701 495€ en 2009

. 4 251 596€ en 2010

et à l'étranger de :

. 1 026 429€ en 2009

. 1 634 907€ en 2010

chiffres représentant 40% de son chiffre d'affaires, plus de 60% de celui réalisé sur les «market places» et plus de 88% du chiffre d'affaires réalisé à l'étranger;

Considérant que la société Pixmania conteste ces chiffres et prétend que la société Dimitech a connu une baisse générale et progressive de son chiffre d'affaires depuis 2008; qu'elle fait observer que le chiffre d'affaires «market place» global était de 1 058 594€ en novembre 2010, soit avant la rupture contre 1 457 685€ en novembre 2009;

Considérant que la société Dimitech produit des éléments comptables concernant l'ensemble de son activité sur les marketplaces; qu'en revanche, elle a établi des récapitulatifs en ventilant son chiffre d'affaires selon ses différents canaux de distribution sans justifier de ces affectations et donc de son chiffre d'affaires généré sur la plateforme de la société Pixmania;

Considérant que le tribunal de commerce a retenu un chiffre d'affaires de 5 millions d'euros réalisé entre décembre 2009

et novembre 2010 par la société Dimitech sur la plateforme de la société Pixmania dont il n'est pas contesté qu'elle a été la principale plateforme utilisée par la société Dimitech ; que la société Pixmania n'a pas contesté ce chiffre que la cour retiendra;

Considérant que la société Dimitech fait état d'une marge brute de 12,60%, taux que conteste la société Pixmania qui soutient que celui-ci ne prend pas en compte sa propre commission;

Considérant que le memorandum de présentation établi par la société Dimitech en vue de sa recherche d'un apport financier indique qu'elle propose sur Internet plus de 15 000 références via 2 axes de distribution;

. Dimipro.com (environ 40% du CA Dimitech) appartenant à Dimitech proposant directement aux cyberacheteurs l'ensemble de son offre produits

. Les Market Places (60%);sites de commerce (Amazon,Pixmania, Rue du Commerce) référençant Dimipro au titre de marchand partenaire; qu'il était indiqué «chaque mois près de 10 000 comptes clients sont ouverts sur Dimipro.com « la présence sur les market places a boosté rapidement les volumes de vente de Dimitech tout en améliorant la visibilité et l'image de Dimipro.com»

Qu'il est encore précisé «sur la période 2007-2009, Dimitech a privilégié la croissance du chiffre d'affaires à la rentabilité afin d'installer sa position de marché en:

baissant fortement les prix sur les produits d'appel

investissant massivement dans le référencement»

Que figure un tableau intitulé «synthèse des états financiers» qui mentionne une marge brute de 1,6 en 2008, 3,1 en 2009 et 4,2% en 2010;

Que la société Dimitech ne saurait contester ces chiffres qu'elle a elle-même avancés pour assurer sa présentation ; que la cour retiendra donc que sa marge brute était de 4,2%; que son préjudice résultant du préavis non exécuté s'établit à la somme de 35 000€ ($5\,000\,000 \times 0,42 : 12 \times 2$); qu'il y a lieu de réformer le jugement entrepris.

Sur les autres préjudices allégués par la société Dimitech

Sur le préjudice lié à l'appel de fonds:

Considérant que la société Dimitech fait état de son projet de restructuration visant à faire entrer à son capital de nouveaux investisseurs à hauteur de 4,5 millions d'euros; qu'elle expose avoir été présentée à 6 fonds d'investissements

en septembre 2010 et avoir été en voie de finalisation au moment de la rupture;

Considérant que la société Pixmania soutient au contraire que c'est la situation financièrement obérée de la société Dimitech qui a seule compromis les chances de succès de l'appel de fonds;

Que la société Dimitech avait, dès mars 2009, perdu la moitié de son capital social; que l'administrateur judiciaire a relevé qu'elle avait une situation «chroniquement déficitaire» depuis sa constitution; qu'elle a d'ailleurs indiqué dans son mémorandum à l'appui de sa recherche d'investisseurs qu'elle avait privilégié la croissance de son chiffre d'affaires afin d'assurer sa pénétration sur le marché et ce au détriment de sa rentabilité;

Que dès lors la société Dimitech ne peut prétendre avoir perdu une chance du fait de la rupture brutale des relations commerciales dès lors que la société Pixmania n'était que l'une des market place servant d'intermédiation à la société Dimitech et qu'il avait été prévu la faculté pour la société Pixmania de résilier à tout moment avec un préavis de 30 jours ;

Que la société Dimitech ne démontre pas que le projet était à un stade avancé en l'absence de toute démonstration de perspectives sérieuses d'apport de fonds d'un investisseur identifié ; que, si le cabinet Aforge indique à la société Dimitech«les paramètres dont vous me communiquez la teneur dans votre email de ce 13 décembre donnent légitimement à craindre l'impossibilité de mener plus avant nos tractations en vue de la levée de fonds d'un montant de cinq millions d'euros faisant l'objet de notre mandat», celui-ci était seulement chargé de rechercher des investisseurs; que ce courrier ne démontre pas que cette recherche était à un stade tel que son échec résulterait de la rupture des relations avec la société Pixmania et non des éléments propres à la société Dimitech; que d'ailleurs, il n'est apporté aucun élément sur l'existence même de tractations alors que cette recherche de fonds avait été initiée plus d'un an avant la résiliation.

Qu'il convient de relever que les données comptables figurant dans les informations fournies aux investisseurs potentiels étaient incomplètes dans la mesure où elles ne détaillaient pas la situation financière du groupe Téléstein dont faisait partie la société Dimitech alors que sa situation financière avait conduit à une saisie attribution entre les mains de la société Pixmania puis à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, ni la substitution de la société Eagle Trading ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la preuve n'est pas rapportée d'un lien de causalité entre l'échec de l'appel de fonds initié par la société Dimitech et la rupture brutale des relations avec la société Pixmania ; qu'il y a lieu de réformer le jugement entrepris et de rejeter la demande de la société Dimitech;

Sur le préjudice d'image allégué :

Considérant que la société Dimitech fait valoir qu'elle a subi une atteinte à son image, ayant été brutalement rayée de la plateforme de la société Pixmania; que pour autant la société Dimitech restait présente sur d'autres plateformes et avait un site propre ; que la rupture de relations commerciales font partie de la vie des affaires ; que la société Dimitech ne démontre pas l'existence d'un préjudice d'image résultant de la brutalité de cette rupture;

Que, si la société Dimitech invoque un préjudice d'image du fait que la brusque rupture a eu pour conséquence de bloquer la libération du montant des ventes et l'a mise dans l'impossibilité de régler ses fournisseurs et, si elle ajoute avoir eu des difficultés pour livrer certaines commandes, il est établi qu'elle avait des impayés vis-à-vis de ses fournisseurs antérieurs à la rupture ; que dès lors, elle ne saurait invoquer celle-ci comme lui ayant créé un préjudice d'image.

Sur la perte de valeur de son fonds de commerce :

Considérant que la société Dimitech prétend que la rupture est intervenue alors qu'elle était en plein essor et en pleine restructuration pour faire connaître son processus de fonctionnement et faire entrer de nouveaux investisseurs et que c'est la brutalité de la rupture qui est à l'origine de sa déconfiture; qu'elle reconnaît que la dématérialisation des sites de vente lui aurait permis d'héberger son activité sur un autre site si la société Pixmania avait observé un délai raisonnable .

Que, pour autant, le contrat stipulait une rupture possible avec un préavis d'un mois ; que la cour en lui allouant un préavis de 2 mois a pris en compte les particularités propres de son activité ; que dès lors, la société Dimitech ne saurait demander réparation d'un préjudice découlant de sa propre organisation et de ses difficultés financières antérieures à la rupture;

Que si la société Dimitech n'a pas pu se réorganiser immédiatement, elle n'a déclaré son état de cessation des paiements qu'au 9 juin 2011 soit près de 6 mois après la rupture des relations commerciales; que la seule marge réalisée sur les ventes opérées sur le site Pixmania ne pouvait constituer une trésorerie suffisante pour lui permettre de constituer une trésorerie suffisante pour financer ses achats dont ceux destinés au site Pixmania; que, par ailleurs, si lors de sa constitution elle avait bénéficié du soutien financier de son groupe, celui-ci avait fait l'objet d'une liquidation; qu'elle reconnaît avoir dû négocier avec certains fournisseurs des délais de paiement; qu'en conséquence, elle ne démontre pas que la rupture brutale de ses relations commerciales avec la société Pixmania ait eu pour conséquence de compromettre irrémédiablement sa situation financière ; que, si une partie de son fonds de commerce a été vendu à un prix qu'elle estime vil, elle n'apporte aucun élément pour justifier des différentes estimations dont elle a fait état comme se situant entre 2 690 715€ et 10 000 000€ soit une valeur moyenne se situant à 6 000 000€; que, de plus elle ne démontre pas que la rupture brutale ait eu une incidence sur la valeur de son fonds de commerce;

Qu'elle fait valoir qu'elle avait été labellisée entreprise innovante et qu'à ce titre, elle négociait l'octroi d'une subvention de 669 092€; qu'elle indique que celle-ci lui a été refusée sans pour autant démontrer de lien entre ce refus et la rupture des relations commerciales avec la société Pixmania ;

Sur les licenciements et leur coût :

Considérant que la société Dimitech fait état de licenciements dont le coût s'est élevé pour elle à la somme de 192 871,06€;

Considérant qu'elle ne justifie pas que ceux-ci soient liés à la rupture des relations avec la société Pixmania dans la mesure où la société Dimitech avait d'autres canaux de distribution; qu'elle ne précise d'ailleurs ni les personnes concernées, ni les dates des licenciements ; que dès lors, en tout état de cause, elle ne démontre pas que ces coûts sont liés à la brutalité de la rupture, seule source d'indemnisation

Sur l'article 700 du code de procédure civile

Considérant que la société Dimitech a dû engager des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser en totalité à sa charge, qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 700 dans la mesure qui sera précisée au dispositif .

PAR CES MOTIFS

Et, adoptant ceux non contraires des Premiers Juges,

LA COUR, statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

DONNE ACTE à Me [C] de son intervention volontaire en sa qualité de représentant des créanciers de la société Dimitech,

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a retenu à l'encontre de la société Pixmania la rupture brutale des relations contractuelles établie avec la société Dimitech,

REFORMANT pour le surplus et statuant à nouveau,

FIXE la durée du préavis à 2 mois,

CONDAMNE la société Pixmania à payer à la société Dimitech la somme de 35 000€ au titre du préavis non exécuté,

REJETTE toute autre demande plus ample,

CONDAMNE la société Pixmania à payer à la société Dimitech la somme de 8 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société Pixmania aux dépens qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le GreffierLa Présidente

E. DAMAREYC.PERRIN