

# **COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE**

**2e Chambre**

**ARRÊT AU FOND**

**DU 19 MARS 2015**

**N° 2015/ 103**

**Rôle N° 13/03121**

**SASU VISIPLUS**

C/

**SARL BERNE SELECTION**

Grosse délivrée

le :

à :

ERMENEUX-CHAMPLY

BOULAN CHERFILS

**Décision déferée à la Cour :**

Jugement du Tribunal de Commerce de GRASSE en date du 22 Octobre 2012 enregistré au répertoire général sous le n° 2011F279.

**APPELANTE**

**SASU VISIPLUS**

**immatriculée au RCS de GRASSE sous le N° B 443 211 867,,** demeurant 1300, Route des Crêtes - 06560 VALBONNE

représentée par Me Agnès ERMENEUX-CHAMPLY, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, Me Sophie NEBOIS, avocat au barreau de GRASSE

**INTIMEE**

**SARL BERNE SELECTION,**

demeurant Château de Berne - 83780 FLAYOSC

représentée par Me Françoise BOULAN de la SARL BOULAN CHERFILS IMPERATORE, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

assisté de Me FIDAL de la SELAFA FIDAL, avocat au barreau de GRASSE substituée par Me Gautier LEC, avocat au barreau de NICE,

## **COMPOSITION DE LA COUR**

En application des dispositions des articles 785,786 et 910 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le **05 Février 2015**, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Christine AUBRY-CAMOIN, Président, chargé du rapport, qui a fait un rapport oral à l'audience, avant les plaidoiries.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame Christine AUBRY-CAMOIN, Président

Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller

Monsieur Jean-Pierre PRIEUR, Conseiller

**Greffier lors des débats** : Madame Viviane BALLESTER.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 19 Mars 2015

## **ARRÊT**

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le **19 Mars 2015**

Signé par Madame Christine AUBRY-CAMOIN, Président et Madame Viviane BALLESTER, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

\*\*\*

## **EXPOSE DU LITIGE**

Selon bon de commande du 14 juin 2010, la société BERNE SELECTION qui exploite un établissement hôtelier à Lorgues (83), a conclu avec la société VISIPLUS spécialisée dans le référencement de sites internet, un contrat de référencement 'naturel bronze' portant notamment sur le référencement de 15 mots clés français et 15 mots clés anglais, ce pour le prix de 8 587,28 euros TTC.

Selon l'article 10 des conditions générales de vente, le contrat est conclu pour une durée de 12 mois renouvelable d'année en année par tacite reconduction sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties signifiée trois mois avant son échéance par lettre recommandée avec accusé de réception.

Selon bon de commande du 23 mars 2011, la société BERNE SELECTION a conclu un nouveau contrat de référencement 'naturel silver' pour un montant total de 12 318,80 euros TTC portant notamment sur le référencement de 30 mots clés français et de 30 mots clés anglais, selon les mêmes conditions générales de vente.

Le 9 juin 2011, la société VISIPLUS a adressé à la société BERNE SELECTION une facture d'un montant de 8 587,28 euros TTC correspondant à la reconduction du contrat initial du 14 juin 2010 pour les prestations de référencement de la période 2011/2012.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 13 septembre 2011 restée infructueuse, la société VISIPLUS a mis en demeure la société BERNE SELECTION de lui régler la somme de 8 587,28 euros.

**Par acte du 25 octobre 2011**, la société VISIPLUS a fait assigner la société BERNE SELECTION devant le Tribunal de Commerce de Grasse, aux fins de voir prononcer sa condamnation au paiement de la somme de 8 587,28 euros avec intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 10 août 2011, outre indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile et dépens.

**Par jugement contradictoire du 22 octobre 2012**, le Tribunal de Commerce a :

- débouté la société VISIPLUS de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,
- condamné la société VISIPLUS à payer à la société BERNE SELECTION la somme de 3 000 euros à titre de dommages et intérêts et la somme de 3 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société VISIPLUS aux dépens,
- ordonné l'exécution provisoire

**Par déclaration au greffe de la Cour du 14 février 2013**, la société VISIPLUS a régulièrement relevé appel de cette décision à l'encontre de la société BERNE SELECTION.

Dans ses dernières conclusions du 13 mai 2013, la **société VISIPLUS** demande à la Cour au visa des articles 1134 et 1147 du code civil, 1271 et suivants du code civil, de

- réformer en toutes ses dispositions le jugement déféré,
- dire que la novation ne se présume pas,
- dire que la société VISI PLUS n'a pas eu l'intention de nover,
- débouter la société BERNE SELECTION de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,
- dire que le contrat du 14 juin 2010 s'est reconduit tacitement en l'absence de dénonciation de celui-ci,
- dire que le contrat souscrit le 23 mars 2011 ne fait pas double emploi avec le précédent, s'agissant d'un contrat distinct correspondant au référencement de 30 mots clés différents des 15 mots clés définis dans le contrat précédent,
- condamner la société BERNE SELECTION au paiement de la somme de 8 587,28 euros TTC avec intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 10 août 2011,
- fixer une pénalité de 50 euros concernant la suppression des pages d'atterrissage (nommée improprement astreinte dans le contrat) par jour de retard à compter du 2 septembre 2011,
- condamner la société BERNE SELECTION au paiement de la somme de 2 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile,
- la condamner aux entiers dépens ceux d'appel avec distraction par application de l'article 699 du code de procédure civile.

La société VISIPLUS soutient :

- que selon jurisprudence de la Cour de cassation, la volonté de nover doit être non équivoque et résulter clairement des faits et actes intervenus entre les parties,
- qu'il n'est pas démontré que le second contrat du 23 mars 2011 noverait celui du 14 juin 2010,
- que le contrat silver conclu le 23 mars 2011 ne fait pas double emploi avec le contrat bronze conclu le 14 juin 2010, que les mots clés sont différents, et que la concluante facture deux prestations distinctes,
- que les 30 mots clés français et les 30 mots clés anglais afférents au contrat du 23 mars 2011 sont référencés en sus des 15 mots clés français et des 15 mots clés anglais afférents au contrat du 14 juin 2010, de sorte que ce sont 45 mots clés qui sont référencés en exécution des deux contrats,
- que la société BERNE SELECTION n'a pas résilié le premier contrat dans les délais par lettre recommandée avec accusé de réception, et n'a pas manifesté sa volonté d'y mettre un terme pour en conclure un nouveau,
- qu'il convient par application des clauses 10.1 et 16 des conditions générales de vente de fixer à la charge de la société BERNE SELECTION une pénalité de 50 euros par jour de retard à compter du 2 septembre 2011, dès lors que le contrat du 14 juin 2010 a expiré quinze jours après la mise en demeure et que la société BERNE DIFFUSION n'a pas supprimé les pages concernées de son site.

Dans ses dernières conclusions du 22 décembre 2014, la **société BERNE SELECTION** demande à la cour au visa des articles 1131, 1134 et 1152 du code civil et 32-1 du code civil, de :

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement entrepris,
- débouter la société VISIPLUS de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

A titre subsidiaire, si la Cour venait à considérer qu'il y a lieu d'appliquer l'astreinte conventionnelle prévue par l'article 16 des conditions générales de la société VISIPLUS

- dire que cette astreinte présente un caractère manifestement excessif,
- dire qu'il y a lieu de modérer cette pénalité en application des dispositions de l'article 1152 du code civil, et de la ramener à 0 euro, dès lors que la société VISIPLUS n'a subi aucun préjudice à ce titre,

En tout état de cause

- condamner la société VISIPLUS au paiement de la somme de 10 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile,
- la condamner aux entiers dépens de première instance et d'appel, ceux d'appel avec distraction par application de l'article 699 du code de procédure civile.

La société BERNE DIFFUSION soutient :

- qu'à l'arrivée du terme du contrat du 14 juin 2010, les parties ont eu la volonté de renouveler leurs accords par le biais d'un nouveau contrat portant sur des prestations plus importantes,
- que la confrontation des 15 mots clés français et des 15 mots clés anglais afférents au contrat du 14 juin 2010 qui ne sont pas contestés, avec la liste des mots clés afférente au contrat du 23 mars 2011

produite par la société VISIPLUS en première instance révèle qu'il y avait identité entre eux et donc double emploi,

- que le contrat du 23 mars 2011 comporte 30 mots clés français et 30 mots clés anglais qui reprennent les 15 mots clés français et les 15 mots clés anglais du contrat du 14 juin 2010,

- que selon jurisprudence de la Cour de cassation, le contrat issu du renouvellement est un nouveau contrat qui a seul vocation à s'appliquer,

- que la demande de retrait des pages d'atterrissage sous astreinte en exécution des clauses 10.1 et 16 des conditions générales de vente formée par la société VISIPLUS est irrecevable dès lors que la reconduction du contrat initial ne peut être opposée à la concluante,

- qu'en tout état de cause, l'astreinte ne pourrait commencer à courir qu'à compter du 10 mai 2012 dès lors que la lettre de mise en demeure n'en fait pas état, que la concluante n'a eu connaissance de la demande que par les conclusions de première instance de la société VISIPLUS, et que l'article 16 des conditions générales donnent au client un délai de quinze jour pour procéder à la suppression du contenu litigieux,

- qu'il y a lieu en outre de réduire l'astreinte à 0 ou 1 euro au regard de la disproportion entre la clause pénale et le préjudice réellement subi,

- que l'action de la société VISIPLUS est abusive et a été engagée de mauvaise foi.

Il est renvoyé aux conclusions des parties pour un plus ample exposé de leurs argumentations respectives.

#### MOTIFS DE LA DECISION

Selon l'article 10 des conditions générales de vente applicables aux contrats des 14 juin 2010 et 23 mars 2011 signées par la société BERNE DIFFUSION et supportant le tampon de celle-ci, le contrat est conclu pour une durée de 12 mois renouvelable d'année en année par tacite reconduction sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties signifiée trois mois avant son échéance par lettre recommandée avec accusé de réception.

Il est acquis que la société BERNE DIFFUSION n'a pas dénoncé le contrat du 14 juin 2010 portant sur le référencement de 15 mots clés français et 15 mots clés anglais dans les formes et délais prévus l'article 10 des conditions générales de vente et a signé un nouveau contrat le 23 mars 2011 portant sur le référencement de 30 mots clés français et 30 mots clés anglais.

La comparaison de la liste des 15 mots clés français et des 15 mots clés anglais qui n'est pas contestée, avec la liste des 45 mots clés référencés en vertu des deux contrats, adressée par la société VISIPLUS à la société BERNE SELECTION par courrier électronique du 26 septembre 2011, révèle qu'il n'existe pas de double emploi des mots clés même si certains sont proches tels que tourisme oenologique provence/tourisme oenologique 83, domaine viticole en provence/domaine viticole dans le var, hôtellerie de luxe provence/hôtellerie de luxe var.

Par ailleurs, il ressort des courriers électroniques versés au débat par la société VISIPLUS, qu'elle a adressé à la société BERNE SELECTION les 15 avril 2011 et 9 mai 2011 une liste de préconisations de mots clés à valider par la société BERNE DIFFUSION, que ces 30 mots clés français et anglais ont été validés par la société BERNE DIFFUSION et qu'ils sont distincts des 15 mots clés français et anglais précédemment validés dans le cadre du contrat du 14 juin 2010.

La société BERNE SELECTION n'est en conséquence pas fondée à soutenir que les contrats font

double emploi en reprenant des mots clés identiques.

En l'absence de mention spécifique au contrat du 23 mars 2011, celui-ci ne saurait être analysé comme le renouvellement du contrat du 14 juin 2010 dès lors que le prix et les prestations sont distincts.

Par ailleurs, la volonté de nover doit être non équivoque et résulter clairement des faits et actes intervenus entre les parties.

S'il n'est pas nécessaire que l'intention de nover soit exprimée en termes formels, elle doit être certaine.

En l'espèce, aucune pièce n'établit l'intention de nover des parties par substitution du second contrat au premier.

En l'absence de dénonciation du contrat du 14 juin 2010 par la société BERNE DIFFUSION selon les formes et délais prévus par l'article 10 des conditions générales, ce contrat s'est renouvelé par tacite reconduction, et le contrat du 23 mars 2011 est un contrat distinct portant sur des prestations distinctes, de sorte que la société BERNE SELECTION est redevable du coût des deux contrats.

Aux termes de l'article 5.3 des conditions générales de vente :

'Le non paiement d'une échéance quelconque sous 15 jours après envoi d'une première relance par lettre recommandée entraînera automatiquement la résiliation du contrat et l'exigibilité de la totalité du solde dû'.

Aux termes de l'article 12.1 :

'En cas d'inexécution par l'une ou l'autre des parties de l'une quelconque des obligations stipulées par le présent contrat, celui-ci sera résilié de plein droit quinze jours après l'envoi d'une mise en demeure restée infructueuse adressée à la partie défaillante par lettre recommandée avec avis de réception'.

La résiliation du contrat du 14 juin 2010 est en conséquence intervenue de plein droit quinze jours après la lettre recommandée avec accusé de réception de mise en demeure du 13 septembre 2011 de payer la somme de 8 587,28 euros, laquelle est due par application de l'article 5.3 des conditions générales de vente.

\*

Aux termes de l'article 16 des conditions générales de vente :

'En cas d'un incident/retard de paiement supérieur à 15 jours, les pages d'atterrissage (pages web) et les textes rédactionnels qui sont mis à la disposition du client sur son serveur web notamment deviendront la propriété exclusive de Visiplus. Le client perdra ainsi le droit d'usage des pages web mises à sa disposition par Visiplus lors de la durée initiale du contrat. En cas de non paiement d'une échéance quelconque sous 15 jours après envoi d'une relance par lettre recommandée, le client s'engage ainsi à supprimer sous 48 heures de son site web les pages d'atterrissage et le contenu rédigé par les équipes Visiplus. En cas de non respect de cet engagement, le client sera redevable d'une astreinte de 50 euros par jour de retard sans préjudice du droit pour Visiplus à rémunération pour l'utilisation abusive par le client des dites pages et/ou des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi'.

La clause contractuelle d'astreinte, dès l'instant qu'elle stipule une pénalité en cas d'inexécution d'une obligation, s'analyse en une clause pénale conformément à l'article 1226 du code civil.

La clause pénale a pris effet le 30 septembre 2011 soit quinze jours plus 48 heures après la lettre de mise en demeure du 13 septembre 2011, et la société BERNE SELECTION a informé la société VISIPLUS qu'elle procédait au retrait des pages d'atterrissage concernées par lettre du 12 juillet 2012.

A raison de 50 euros par jour, la cause pénale s'élève à la somme de 1 500 euros par mois soit 12 000 euros pour huit mois d'octobre 2011 à juin 2012, outre 600 euros jusqu'au 12 juillet 2012 soit une somme totale de 12 600 euros.

La disproportion manifeste entre le montant de la peine conventionnellement fixée et celui du préjudice effectivement subi justifie la réduction de la clause pénale à la somme forfaitaire de 500 euros.

\*

La société BERNE SELECTION sera déboutée de sa demande non fondée de dommages et intérêts pour action abusive et injustifiée.

La société BERNE SELECTION qui succombe, n'est pas fondée en sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et supportera les entiers dépens de première instance et d'appel.

Il convient en équité de condamner la société BERNE SELECTION à payer à la société VISIPLUS la somme de 2 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.

#### PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant contradictoirement et en dernier ressort,

Infirmes en toutes ses dispositions le jugement déféré en ce compris les dépens, et statuant à nouveau,

Dit que le contrat du 14 juin 2010 s'est reconduit tacitement à compter du 14 juin 2011 en l'absence de dénonciation dans les formes et délais prévus par l'article 10 des conditions générales de vente,

Dit que le contrat du 23 mars 2011 est un contrat distinct du contrat du 14 juin 2010,

Condamne la société BERNE SELECTION à payer à la société VISIPLUS :

- la somme de 8 587,28 euros TTC avec intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 13 septembre 2011
- la somme de 500 euros au titre de la clause pénale

Déboute la société BERNE SELECTION de sa demande de dommages et intérêts et de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société BERNE SELECTION à payer à la société VISIPLUS la somme de

2 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.

**Le Greffier, Le Président,**