

12 janvier 2023

Cour d'appel de Grenoble

RG n° 21/03701

Chambre Commerciale

Texte de la décision

Entête

N° RG 21/03701 - N° Portalis DBVM-V-B7F-LAMK

C4

Minute :

Copie exécutoire

délivrée le :

la SELARL DAUPHIN ET MIHAJLOVIC

la SELARL LEXWAY AVOCATS

la SCP MBC AVOCATS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE GRENOBLE

CHAMBRE COMMERCIALE

ARRÊT DU JEUDI 12 JANVIER 2023

Appel d'une décision (N° RG 2019J00126)

rendue par le Tribunal de Commerce de Grenoble

en date du 21 juin 2021

suivant déclaration d'appel du 23 août 2021

APPELANTE :

S.A.S. OPTIQUE SAINT JACQUES au capital social de 2.000,00 euros, immatriculée au RCS de GRENOBLE sous le numéro 509 879 540, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux, domiciliés en cette qualité audit siège

12 janvier 2023

[Adresse 1]

[Adresse 1]

représentée par Me Josette DAUPHIN de la SELARL DAUPHIN ET MIHAJLOVIC, avocat au barreau de GRENOBLE, postulant et par Me Bassirou KÉBÉ de la SAS PROCESICIAL AVOCAT, avocat au barreau de LILLE

INTIMÉES :

S.A.S. LEASECOM au capital de 14.433.000 €, inscrit au RCS de PARIS sous le n°B331554071, prise en la personne de son Président en exercice, régulièrement domicilié, ès qualité, audit siège

[Adresse 4]

[Adresse 4]

représentée par Me BRIANÇON de la SELARL LEXWAY AVOCATS, avocat au barreau de GRENOBLE

S.A.R.L. COMETIK au capital de 700 000 €, immatriculée au RCS de LILLE, sous le n° 484 598 180, prise en la personne de son représentant légal, domicilié en cette qualité audit siège

[Adresse 2]

[Adresse 2]

représentée par Me Isabelle KESTENES-PSILA de la SCP MBC AVOCATS, avocat au barreau de GRENOBLE, postulant et par Me Eric DELFLY, avocat au barreau de LILLE

COMPOSITION DE LA COUR :

Mme Marie-Pierre FIGUET, Présidente de Chambre,

Mme Marie Pascale BLANCHARD, Conseillère,

M. Lionel BRUNO, Conseiller,

DÉBATS :

A l'audience publique du 20 octobre 2022, M. Lionel BRUNO, Conseiller,

qui a fait rapport assisté de Frédéric STICKER, Greffier, et en présence de Clémence RUIILLAT, Greffière stagiaire, a entendu les avocats en leurs conclusions, les parties ne s'y étant pas opposées conformément aux dispositions des articles 805 et 907 du Code de Procédure Civile. Il en a été rendu compte à la Cour dans son délibéré et l'arrêt a été rendu ce jour.

## Exposé du litige

Faits et procédure :

1. Le 22 mars 2016, la société Optique Saint Jacques a commandé à la société Cometik la création, l'installation et la maintenance d'un site Internet dédié à son activité professionnelle. Elle a signé à cette fin un bon de commande ainsi qu'un cahier des charges. Le même jour, un contrat de licence d'exploitation de ce site a été conclu, pour une durée fixe de 48 mois, entre ces deux sociétés, pour un coût mensuel de 288 euros TTC, avec possibilité de transfert du contrat à un cessionnaire. Un procès-verbal de réception sans réserve a été régularisé le 9 juin 2016, et a déclenché l'exigibilité des mensualités. Celles-ci ont été prélevées à partir de la réception par la société Leasecom sur le compte bancaire de la société Optiques Saint Jacques.

2. Le 17 octobre 2017, la société Optique Saint Jacques a adressé à la société Cometik une demande de résiliation du contrat, et a cessé, à compter du 1er novembre 2017, de régler les mensualités. Une mise en demeure a été adressée le 26 mars 2018 par la société Leasecom à la société Optique Saint Jacques, pour 1.440 euros, en l'informant que faute de paiement sous huit jours, le contrat sera résilié, avec alors l'obligation de régler l'indemnité de résiliation de 6.415,20 euros, en sus des loyers arriérés. Une seconde mise en demeure a été adressée par une société de recouvrement agissant pour le compte de la société Leasecom, sollicitant le paiement de 8.433 euros incluant les loyers impayés, l'indemnité de résiliation, les pénalités de retard, et une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement. Le 28 mars 2019, la société Leasecom a assigné la société Optique Saint Jacques devant le tribunal de commerce de Grenoble. Le 22 mai 2019, la société Optique Saint Jacques a appelé en intervention forcée la société Cometik.

3. Par jugement du 21 juin 2021, le tribunal de commerce a':

- joint les instances enrôlées sous les numéros 2019J00126 et 2019J00196';
- dit que le droit de la consommation ne s'applique pas';
- dit que la cession s'est faite conformément au contenu du contrat et que la société Leasecom est le cessionnaire du contrat';
- débouté la société Optique Saint Jacques de toutes ses demandes';
- dit que le contrat est résilié';
- condamné la société Optique Saint Jacques à payer à la société Leasecom la somme de 7.855,20 euros correspondant aux loyers impayés, ainsi que ceux restant dus jusqu'à la fin du contrat, outre la clause pénale et les intérêts de droit à compter de la mise en demeure du 18 septembre 2018';
- dit que ces intérêts seront capitalisés annuellement à compter de la date de la mise en demeure';
- condamné la société Optique Saint Jacques à payer à la société Leasecom une somme arbitrée à 2.000 euros, et à la société Cometik une somme arbitrée à 2.000 euros, à titre d'indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile';
- débouté la société Leasecom et la société Cometik de leur demande d'exécution provisoire';
- condamné la société Optique Saint Jacques aux dépens.

4. La société Optique Saint Jacques a interjeté appel de cette décision le 23 août 2021, sauf en ce qu'elle a débouté la société Leasecom et la société Cometik de leur demande d'exécution provisoire.

L'instruction de cette procédure a été clôturée le 13 octobre 2022.

## Moyens

Prétentions et moyens de la société Optique Saint Jacques ':

5. Selon ses conclusions remises le 13 octobre 2022, elle demande à la cour':

- de réformer le jugement déféré dans les limites de son appel';
- statuant à nouveau et à titre principal, d'annuler le contrat de licence d'exploitation du site Internet';
- de débouter les intimées de leurs demandes';
- de condamner la société Leasecom à restituer à la concluante la somme de 5.184 euros, et la société Cometik celle de 600 euros';
- subsidiairement, de débouter la société Leasecom de l'intégralité de ses demandes';
- en tout état de cause, de condamner la société Leasecom à restituer à la concluante la somme de 5.184 euros';
- de condamner in solidum les intimées à lui payer la somme de 6000 euros au titre des frais irrépétibles de première instance et d'appel, outre les entiers dépens.

Elle expose':

6. - concernant l'application des dispositions du code de la consommation, que la concluante n'a jamais revendiqué avoir la qualité de consommateur, réservée aux personnes physiques, mais sollicite l'application des dispositions étendues aux professionnels employant jusqu'à cinq salariés, prévue par l'article L221-3 de ce code'; que selon ce texte, le contrat doit en outre avoir été conclu hors établissement, et avoir un objet n'entrant pas dans le champ de l'activité principale';

7. - qu'en l'espèce, il s'agit bien d'un contrat conclu en dehors de l'établissement de la société Cometik, puisqu'il a été signé à [Localité 3], ville dans laquelle la concluante a son siège, alors que la société Cometik est domiciliée dans une autre ville'; que lors de sa signature, la concluante n'employait aucun salarié, ainsi qu'en justifient son bilan de l'année 2016 et l'attestation de son expert-comptable'; que son objet n'entre pas dans le champ de son activité principale d'opticien'; qu'en conséquence, les dispositions du code de la consommation sont applicables';

8. - que si la société Leasecom soutient que le site Internet permettrait à la concluante de vendre des lunettes, le contrat indique qu'il s'agit d'un «site Internet vitrine», ne permettant que de présenter l'activité, sans possibilité de vendre des produits, ce que confirme le constat d'huissier produit';

9. - que les parties ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public du code de la consommation'; qu'en conséquence, si le contrat contient une clause selon laquelle l'appelante atteste qu'il est en rapport direct avec son activité professionnelle, et qu'il est souscrit pour les besoins de cette dernière, cette clause est nulle'; qu'en outre, nul ne peut attester sur le droit'; qu'elle fait référence à l'ancien article du code de la consommation prévoyant un rapport direct, notion abandonnée par la réforme survenue en 2014';

10. - concernant la nullité du contrat, qu'aucun bon de rétractation n'a été remis et qu'aucune information n'a été donnée, en contravention avec les articles L121-21 et suivants, devenus L221-18 et suivants du code de la consommation, alors qu'il s'agit d'un contrat hors établissement; que le contrat est ainsi annulable dans le délai de prescription de cinq ans, en plus de la prolongation de 12 mois du délai de rétractation'; que les intimées sont mal fondées à soutenir que seule la sanction de la prolongation du délai de rétractation serait applicable, suite à l'arrêt de la Cour de Cassation du 31 août 2022, permettant d'invoquer la nullité du contrat'; que si une partie qui a exécuté un contrat ne peut plus soulever l'exception de nullité, cela ne s'applique que postérieurement au délai de prescription de l'action en nullité';

11. - que si les intimées opposent l'article L121-21-8, devenu L221-28 du code de la consommation, disposant que le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés, cependant, cette dérogation ne concerne pas les services, alors qu'un contrat de licence d'exploitation d'un site Internet n'est pas un bien au sens de ces articles'; que la société Cometik ne s'est engagée qu'à fournir des services selon la liste mentionnée dans le contrat'; qu'en outre, la licence d'exploitation ne confère qu'un droit d'usage sur le site, qui reste la propriété de la société Cometik'; enfin, que l'article L121-17 devenu L221-5 prévoit que lorsque le droit de rétractation est exclu, le démarcheur professionnel doit en informer son cocontractant de manière lisible et compréhensible, ce qui n'a pas été le cas';

12. - que le contrat est également nul pour ne pas avoir indiqué le délai de livraison en l'absence d'exécution immédiate, en contravention avec les articles L121-17, devenu L221-5 du code de la consommation'; que le cahier des charges ne contient pas plus de mention sur ce point'; que si la société Cometik soutient que cette nullité n'est encourue qu'en cas de dol, ce moyen est inopérant, le débat ne portant pas sur un vice du consentement, mais sur le respect d'une obligation prescrite à peine de nullité';

13. - que le coût total de l'opération n'a pas été précisé, contrairement aux dispositions des articles L111-1 et L113-3 du code de la consommation'; que si le contrat a stipulé un coût mensuel de 288 euros, sur une durée de 48 mois, aucune information n'a été donnée concernant le coût total de l'opération'; qu'en outre, une information confuse a été fournie sur le coût individuel de chaque prestation proposée, puisque la rubrique concernée a mentionné un prix de 0 euro pour chacune de ces prestations';

14. - que le contrat est nul en raison de son objet, puisqu'il est un instrument de collecte illégale de données personnelles, l'huissier de justice ayant constaté qu'en arrivant sur le site, il existe des cookies, y compris de tiers, à des fins de fonctionnement, d'analyses statistiques, afin de proposer des contenus ciblés et d'analyser la performance de campagnes publicitaires'; qu'il a été mentionné qu'en continuant à naviguer sur le site, l'internaute accepte l'utilisation de cookies, sans que cela vaille consentement, alors que le site utilise des cookies même lorsqu'on ne poursuit pas la navigation'; que des cookies sont installés automatiquement, même sans poursuite de la navigation'; que ce procédé est ainsi illégal en application de l'article 32 (ancien) de la loi du 16 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés; que l'huissier a également relevé que le site utilise les services de Google Analytics, dont la Cnil a déjà jugé, en 2020, qu'il installait des cookies de ciblage publicitaire, et que l'usage de ce service était illégal dans la mesure où les données collectées étaient transférées en dehors de l'Union européenne';

15. - que si la société Leasecom conteste le constat d'huissier au motif qu'il n'a pas été réalisé par un expert en informatique, l'huissier n'a cependant réalisé que des constatations matérielles sans se livrer à une expertise technique'; que peu importe en outre que ce constat ait été réalisé après le rendu du jugement déféré, puisque l'instance ne s'est pas alors terminée alors que la concluante n'a apporté aucune modification au site Internet, dont les codes permettant des modifications sont détenus par la société Cometik';

16. - que le contrat est également nul pour erreur sur les qualités essentielles du site Internet, au sens des anciens articles 1109 et 1110 du code civil, 1132 et suivants du code civil, puisque le client s'attend à ce que le site ne collecte pas illégalement des données personnelles, fait constituant une infraction pénale selon l'article 226-16 du code pénal, y compris par négligence, outre les sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par la Cnil; que la société Cometik s'est abstenue d'indiquer à la concluante que son site collectait ces données illégalement'; que la concluante n'aurait pas contracté si elle avait connu cette collecte, ce qui constitue une erreur déterminante sur les qualités essentielles de ce site';

17. - que si la société Leasecom soutient que la concluante ne peut invoquer cette erreur, dans la mesure où elle n'a formulé aucune réclamation ou contestation sur la collecte de données personnelles, la concluante n'a cependant pu soulever d'observation sur ce qui lui a été dissimulé'; qu'en raison des sanctions encourues, la concluante s'attendait à ce qu'aucune collecte de donnée ne soit opérée'; que ce moyen ne repose pas sur un dol, mais sur une absence d'information';

18. - subsidiairement, si le contrat doit être reconnu comme valable, que la société Leasecom ne rapporte pas la preuve de sa cession, au sens de l'article 1690 du code civil'; que si le contrat a prévu qu'il pouvait être cédé à cette intimée, et que la notification pouvait se faire par tous moyens, comme l'envoi de factures, cela ne suffit pas à rapporter la preuve de la cession, dont la charge de la preuve incombe au cessionnaire, lequel ne produit aucune pièce en ce sens'; que si la société Cometik indique que le financement de l'opération a été réalisé par la société Leasecom, cela est insuffisant';

19. - qu'en outre, la concluante a résilié le contrat par courrier recommandé du 17 octobre 2017, réceptionné le lendemain, alors qu'aucune cession ne lui a été notifiée avant cette date'; que la société Leasecom reconnaît qu'elle n'a adressé sa facture à la concluante qu'au mois de novembre 2017, alors qu'auparavant, les loyers étaient prélevés directement par elle, sans adresser de facture'; qu'en tout état de cause, si une cession est intervenue, c'est postérieurement à la résiliation; qu'il apparaît que la société Cometik a cédé le contrat après avoir reçu la lettre de résiliation';



12 janvier 2023  
20. - que si la société Leasecom soutient que c'est le contrat lui-même qui constituerait l'acte de cession, dans la mesure où il a été stipulé que le locataire du site l'accepte, ce contrat n'a pas été signé par cette intimée, de sorte qu'il n'y a pas eu d'accord de volonté entre les intimées sur ce point'; que ce n'est qu'après la résiliation que la société Leasecom a adressé à la concluante l'échéancier'; qu'elle n'a encaissé les loyers antérieurement qu'en qualité de mandataire apparent de la société Cometik';

21. - que le préjudice allégué par la société Leasecom n'est pas juridiquement réparable, faute d'avoir été prévu lors de la conclusion du contrat au sens de l'ancien article 1150 du code civil'; ainsi, que si cette intimée soutient qu'elle sollicite l'application de l'indemnité de résiliation car venant aux droits de la société Cometik, elle ne justifie d'aucun préjudice prévisible lors de la conclusion du contrat, n'ayant effectué aucune dépense pour acquérir le site Internet'; qu'elle ne peut solliciter une réparation forfaitaire'; que la société Cometik n'a jamais indiqué à la concluante la

valeur de ce site, alors que le préjudice prévisible varie en fonction de cette valeur'; qu'en outre, ce site étant illégal, il est dépourvu de toute valeur marchande ;

22. - que la clause pénale stipulée est manifestement excessive, puisque prévoyant une indemnité égale au paiement des loyers restant dus majorés de 10%, alors que le contrat est nul, que le procès-verbal de livraison ne concerne que la réception de l'espace d'hébergement et non des autres prestations promises, que la preuve d'un préjudice n'est pas rapportée';

23. - que le contrat étant anéanti rétroactivement, il convient de replacer les parties dans la situation le précédant'; qu'ainsi, la concluante est fondée à demander à la société Cometik la restitution de 600 euros correspondant aux frais stipulés'; qu'elle est également fondée à demander à la société Leasecom la restitution de 18 loyers de 288 euros chacun prélevés indûment.

Prétentions et moyens de la société Leasecom':

24. Selon ses conclusions remises le 28 septembre 2022, elle demande à la cour, au visa des articles 1134, 1147, 1154 et suivants du code civil, dans leur version applicable à la cause':

- à titre principal, de confirmer le jugement déféré en toutes ses dispositions';

- y ajoutant, de condamner la société Optique Saint Jacques à payer à la concluante la somme de 2.500 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile, outre dépens';

- subsidiairement, si la cour infirme cette décision et retient les manquements allégués par la société Optique Saint Jacques à l'encontre de la société Cometik, de condamner la société Cometik à payer à la concluante la somme de 7.855,20 euros, avec intérêts de droit à compter de la mise en demeure du 8 septembre 2018, les intérêts étant capitalisés à compter de cette date';

- de condamner la société Cometik à payer à la concluante la somme de 2.500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile';

- en toute hypothèse, de condamner qui mieux le devra, de la société Optique Saint Jacques ou de la société Cometik, aux dépens.

Elle indique':

25. - concernant la cession du contrat, que l'article 1er des conditions générales a stipulé que la société Optique Saint Jacques a reconnu à la société Cometik la possibilité de céder les droits résultant de ce contrat, et qu'elle accepte «'aujourd'hui'» ce transfert, sous la seule condition suspensive du consentement du cessionnaire'; qu'il a été indiqué que l'appelante ne fait pas de la personne du cessionnaire une condition de son accord, et qu'elle sera informée de la cession par tous moyens, notamment par le libellé de la facture ou de l'avis de paiement qui sera émis'; qu'il a été prévu, à titre non limitatif, une liste de cessionnaires possibles, dont la concluante';

26. - que cette clause prévoit ainsi une cession de contrat, et non de créance qui seule relève des formalités de l'article 1690 du code civil, alors que la société Optique Saint Jacques a donné son accord pour cette cession'; qu'ainsi, la concluante a acquis la licence d'exploitation le jour même de la signature du contrat, pour la louer à l'appelante, ce que confirme la perception des loyers dès le début du contrat;

27. - concernant l'application du droit de la consommation, que le contrat litigieux entrainé dans le champ de l'activité principale de la société Optique Saint Jacques, puisque son objectif était de promouvoir la vente de lunettes, même s'il n'est pas contesté que l'appelante n'employait aucun salarié'; qu'en outre, il a été stipulé que le contrat est en rapport direct avec l'activité de l'appelante, et qu'il a été souscrit pour les besoins de celle-ci'; qu'il a été précisé que le site a pour vocation d'optimiser la promotion et/ou l'exploitation commerciale grâce à la publicité qu'il pourra générer'; qu'il a été mentionné que le client reconnaît que l'objet du contrat a un rapport direct avec son activité professionnelle et qu'en conséquence, le code de la consommation ne s'applique pas';

28. - que ce contrat échappant aux prévisions du code de la consommation, l'appelante ne peut invoquer un droit de rétractation'; qu'elle a en outre résilié le contrat 18 mois après sa souscription, ce qui a éteint la possibilité de se prévaloir de ce droit';

30. - que si l'appelante invoque des clauses indemnitaires abusives, les dispositions du code de la consommation ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales, alors que le contrat litigieux était en rapport direct avec l'activité professionnelle de la société Optique Saint Jacques';

31. - que si la société Optique Saint Jacques soutient que le contrat est nul en raison d'un objet illicite, et en raison d'une erreur sur les qualités essentielles du site Internet, ce contrat avait pour objet la conception et la création du site, son hébergement, la fourniture du nom de domaine, des mails, une base de données des produits, un référencement, le suivi de la modification du site'; que le contrat n'a pas ainsi porté sur la protection de données personnelles'; que le constat d'huissier n'est pas probant, n'émanant pas d'un expert en informatique'; que la société Cometik n'a procédé à aucune collecte illégale de données';

32. - qu'aucune erreur n'a été commise, puisque la qualité essentielle de la prestation était la création d'un site Internet'; que l'appelante n'a émis aucune contestation relative à une collecte illégale de données personnelles, et a signé le procès-verbal de réception, reconnaissant ainsi la validité du site au regard du cahier des charges';

33. - que si la société Optique Saint Jacques indique que le contrat a été résilié avant sa cession, de sorte qu'aucune indemnité n'est due à la concluante, cependant l'émission de la facture du 1er novembre 2017, soit quelques jours après la résiliation, n'indique pas qu'il s'agit de la date de la cession'; qu'il ne s'est agi que d'une facture mensuelle';

34. - que les demandes de la concluante ne sont pas des clauses pénales, mais qu'elles visent l'indemnisation du préjudice subi par le non-respect des obligations du locataire, alors que la concluante a été amenée à emprunter sur les marchés financiers pour procéder au paiement de la licence d'exploitation'; que ces demandes n'ont pas à être réduites par application de l'article 1152 (ancien) du code civil'; que si l'appelante soutient qu'il n'est pas justifié d'un dommage juridiquement réparable, le contrat prévoit cependant le paiement des loyers jusqu'au terme du contrat, outre une majoration de 10%';

35. - concernant la société Cometik, que si les manquements dénoncés par l'appelante sont jugés fondés, cette intimée doit payer à la concluante la somme de 7.855,20 euros outre intérêts capitalisés.

Prétentions et moyens de la société Cometik':

36. Selon ses conclusions remises le 12 octobre 2022, elle demande à la cour, au visa des articles L212-1 et suivants, L221-1 et suivants du code de la consommation, L442-6 du code de commerce, 1134 et 1135 (anciens) du code civil':

- de débouter la société Optique Saint Jacques de l'ensemble de ses demandes';
- de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions';
- de débouter la société Leasecom de ses demandes formées à l'encontre de la concluante';

- de condamner la société Optique Saint Jacques à payer à la concluante la somme de 2.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile';

12 janvier 2023

- de condamner la société Optique Saint Jacques aux dépens, avec distraction au profit de la Scp MCBC Avocats.

Elle énonce':

37. - concernant l'application du code de la consommation, que la vente d'un site web «vitrine» entre dans le champ d'activité principale du professionnel, n'étant que la version moderne de la publicité; qu'il ne s'agit que d'un support de publicité simple et peu onéreux; que la notion de champ d'activité s'apprécie au regard des besoins professionnels;

38. - qu'en outre, l'appelante ne justifie pas employer au plus cinq salariés;

39. - qu'en tout état de cause, un contrat de création d'un site Internet est une prestation entrant dans la catégorie des fournitures de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés, ne bénéficiant pas ainsi du droit de rétractation;

40. - que l'appelante est forclosée à faire valoir un prétendu droit de rétractation, et ainsi la nullité du contrat, puisqu'elle n'a formé qu'une demande de résiliation du contrat, sans faire valoir ce droit; qu'elle n'a invoqué ce droit que dans son assignation du 22 mai 2019, soit largement après l'expiration du délai de 12 mois prévu par l'article L221-20 du code de la consommation; qu'elle se trouve ainsi forclosée depuis le 5 avril 2017, alors qu'en outre, la prolongation du délai de rétractation est conditionnée au fait que les prestations de service n'aient pas débutées;

41. - concernant l'absence d'indication du délai de livraison prévu à l'article L111-1 du code de la consommation, que la nullité du contrat ne peut résulter que d'un dol de la concluante consistant à garder le silence afin de dissimuler une information qui, si elle avait été connue de la société Optique Saint Jacques, l'aurait incitée à ne pas contracter';

42. - s'agissant du contenu du contrat, que son objet est clair; qu'il a été stipulé que la concluante se réservait le droit de le céder, ce que l'appelante a accepté par avance; que l'appelante a signé le bon de commande, le contrat de licence d'exploitation et le procès-verbal d'installation sans réserve; qu'elle ne peut soutenir qu'elle ignorait le montant de la prestation, figurant sur le bon de commande et le contrat; qu'elle ne démontre pas avoir commis une erreur sur les qualités essentielles de la prestation, ni avoir été victime d'un dol';

43. - que le contrat ne reposait pas sur une cause illicite; que s'agissant de la collecte de données personnelles, une simple visite du site permet de vérifier qu'il propose bien d'accepter, d'interdire ou de personnaliser l'installation des cookies; que lorsqu'elle est autorisée par l'internaute, la collecte de données personnelles répond aux limites déterminées par celui-ci, et ne présente pas de caractère illégal';

44. - concernant la demande formulée par la société Leasecom, que le rejet des demandes de l'appelante <sup>12 janvier 2023</sup> ne peut conclure qu'au rejet de celles présentées par cette intimée.

45. Il convient en application de l'article 455 du code de procédure civile de se référer aux conclusions susvisées pour plus ample exposé des prétentions et moyens des parties.

## Motivation

MOTIFS DE LA DECISION':

1) Sur l'annulation du contrat au regard des dispositions concernant les contrats conclus hors établissement':

46. Concernant l'application du code de la consommation, il convient de se référer aux dispositions existantes lors de la conclusion du contrat le 22 mars 2016. A ce titre, il résulte de l'article L121-16, mentionné dans la section 2, chapitre 1er relatif aux pratiques commerciales réglementées, titre 2 concernant les pratiques commerciales, livre premier du code de la consommation, que le contrat a été conclu «hors établissement», c'est à dire dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle. En l'espèce, ce contrat a été conclu au domicile de la société Optique Saint Jacques, et non au domicile de la société Cometik.

47. Selon l'article L121-16 III, les sous-sections 2, 3, 6, 7 et 8, applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq. En l'espèce, il résulte du bilan de la société Optique Saint Jacques pour l'année 2016 qu'elle n'a employé, lors de cette année, aucun salarié. Ce fait est confirmé par l'attestation de son expert-comptable. Elle rapporte ainsi la preuve de la réalité de cette condition.

48. Concernant la condition tenant à ce que le contrat n'entre pas dans le champ de l'activité principale de la société Optique Saint Jacques, cette notion est demeurée identique lors de la recodification de l'article L121-16 III à l'article L221-3, issu de l'ordonnance du 14 mars 2016. En la cause, la société Optique Saint Jacques exerce une activité d'opticien. L'objet du contrat de création et d'hébergement d'un site Internet n'entre pas dans le champ de son activité, qui est de vendre et de réparer des produits d'optique et auditifs selon l'activité mentionnée sur son inscription au registre du commerce, même si le site web ne constituait qu'une vitrine lui permettant de présenter ses produits, sans permettre un achat à distance.

49. Il en résulte que les dispositions du code de la consommation relatives à la vente hors établissement sont applicables en la cause, peu important que l'appelante soit une société commerciale, le code de la consommation ne prévoyant pas de dérogation à ce titre sur l'extension des règles applicables aux contrats souscrits hors établissement à un professionnel employant au plus cinq salariés, selon la rédaction de l'article L121-16-1 III. L'article préliminaire du code de la consommation, dans sa version existante lors de la conclusion du contrat litigieux, n'apporte pas plus de dérogation à cette extension, ne concernant que la définition de la notion de «consommateur». Le tribunal de commerce, pour exclure l'opération du code de la consommation, s'est en réalité fondé sur l'article préliminaire du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 21 février 2017, postérieure à la conclusion du contrat le 22 mars 2016, ainsi inapplicable en la cause. Si le contrat de licence a stipulé, en son article 3.2 que l'appelante reconnaît que l'objet du contrat a un rapport direct avec son activité professionnelle, cette mention est sans portée, puisque si l'installation du site web a effectivement un rapport direct avec l'activité de la société Optique Saint Jacques puisqu'il tend à développer sa clientèle, il ne rentre pas dans le champ de son activité principale de vente de produits d'optique et auditifs. Cet article n'a d'ailleurs pas éludé l'application des dispositions du code de la consommation concernant les conditions d'un contrat conclu hors établissement. Il en résulte que le jugement déféré sera infirmé en ce qu'il a dit que le code de la consommation n'est pas applicable en l'espèce, sans autrement spécifier de quels articles il s'agit. Le tribunal a en effet fondé sa décision sur une version inapplicable de l'article préliminaire du code de la consommation, définissant les qualités de consommateur, de professionnel et de non-professionnel, sans vérifier, comme il lui était demandé, si les articles du code de la consommation relatifs à la vente hors établissement étaient applicables selon les dispositions propres à ce type de vente.

50. En matière de vente hors établissement, le professionnel est tenu de respecter les formalités édictées aux articles L121-17 et suivants du code de la consommation, notamment concernant la remise d'un bordereau de rétractation. A ce titre, l'article L121-21-8 dispose que le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés. Cet article vise également d'autres contrats, ne portant pas sur la remise d'un bien, mais sur la fourniture de services. Il en résulte qu'il concerne également la fourniture de services confectionnés selon des spécifications particulières du client, ou nettement personnalisés.

51. Tel est le cas en l'espèce, puisque l'objet du contrat a été de créer un site Internet propre à l'appelante, avec un nom de domaine dédié, son référencement. En conséquence, la société Cometik n'était pas tenue de remettre un bordereau de rétractation.

52. Cependant, ainsi que soutenu par l'appelante, il résulte de l'article L121-17 du code de la consommation que lorsque le droit de rétractation ne peut être exercé en application de l'article L121-21-8, le professionnel doit communiquer l'information selon laquelle le consommateur ne bénéficie pas de ce droit ou, le cas échéant, les circonstances dans lesquelles le consommateur perd son droit de rétractation. En l'espèce, ni le bon de commande, ni le contrat de licence d'exploitation n'ont donné cette information. Il en résulte que les dispositions d'ordre public du code de la consommation n'ont pas été respectées.

53. Concernant ensuite le moyen pris de l'absence de l'indication des délais de livraison, l'article L121-17 I dispose que préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations prévues aux articles L111-1 et L111-2. Cela concerne notamment, en l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service. En la cause, aucun délai ne figure sur le bon de commande ou le contrat de licence d'exploitation. La nullité du contrat est également encourue de ce chef.

54. Concernant enfin le moyen pris de l'absence d'indication du coût total de l'opération, l'article L111-1 impose l'indication du prix ou du service, en application des articles L113-3 et L113-3-1. Selon l'article L113-3-1 II., dans le cas d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat assorti d'un abonnement, le prix total inclut le total des frais exposés pour chaque période de facturation. Lorsque de tels contrats sont facturés à un tarif fixe, le prix total inclut également le total des coûts mensuels. Lorsque le coût total ne peut être raisonnablement calculé à l'avance, le mode de calcul du prix est communiqué. En l'espèce, le bon de commande et le contrat de licence d'exploitation ont prévu, de manière identique, une liste de prestations et de services, mais dont le coût unitaire n'a pas été détaillé. Il a été ainsi convenu d'un forfait global, conclu pour une durée de 48 mois, renouvelable ensuite par tacite reconduction pour un an sauf dénonciation, pour un coût mensuel

de 240 euros HT, soit 288 euros TTC. Le coût de la création du site Internet pour mobile a été fixé à 600 euros, somme payable en une seule fois. Il en résulte qu'aucun moyen de nullité ne peut être opposé au titre de ces articles.

55. S'agissant de la recevabilité de ces moyens d'annulation, si la société Optique Saint Jacques soutient que le contrat est ainsi annulable dans le délai de prescription de cinq ans, en plus de la prolongation de 12 mois du délai de rétractation, alors que les intimées sont mal fondées à soutenir que seule la sanction de la prolongation du délai de rétractation serait applicable, il résulte cependant de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 31 août 2022, n°21.10.075, qu'il ressort de l'article L121-21-8 du code de la consommation que la nullité du contrat est encourue lorsque les prescriptions de l'article L121-17 I ne sont pas respectées, ce qui est le cas en la cause. En conséquence, la société Optique Saint Jacques peut invoquer la nullité du contrat pour ce chef. La discussion portant sur l'impossibilité pour le client de se rétracter après avoir résilié le contrat est sans objet, la demande de la société Optique Saint Jacques visant l'annulation du contrat, et non une simple rétractation.

56. En outre, l'instance a été engagée par la société Leasecom le 28 mars 2019. Suite à cette assignation, la société Optique Saint Jacques a appelé en cause la société Cometik le 22 mai 2019, le contrat ayant été souscrit le 22 mars 2016, soit trois ans auparavant. Si l'article L137-2 du code de la consommation dispose que l'action des professionnels, pour les biens ou services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans, cet article ne prévoit aucune disposition particulière concernant le délai de prescription applicable aux consommateurs, auxquels la concluante est assimilée au regard des conditions du contrat souscrit hors établissement. Ce délai est ainsi celui de la prescription quinquennale de droit commun, et donc de cinq ans, l'article L137-1 interdisant toute modification de la prescription. Il en résulte que l'action en nullité engagée à titre reconventionnel en 2019 est recevable.

55. En suite de ce qui précède, la cour prononcera en conséquence la nullité du contrat, constitué par le bon de commande de site Internet, et par le contrat de licence d'exploitation de ce site, en raison de l'absence de respect des règles présidant la conclusion des contrats hors établissement. Le cahier des charges n'a en lui-même prévu aucune stipulation particulière, en dehors des attentes de la société Optique Saint Jacques concernant les fonctionnalités du site.

2) Concernant l'annulation du contrat au regard des dispositions du code civil':

56. L'article 3.3 du contrat de licence d'exploitation stipule que le client est l'éditeur du site Internet, et qu'il est seul responsable de la politique éditoriale de son site et du respect de la réglementation applicable au regard des informations diffusées et des prestations offertes sur ledit site. L'article 6 indique que le client garantit le cessionnaire qu'il effectuera toute formalité préalable prévue par la législation en vigueur et notamment auprès de la Cnil. Les articles 11 et 12 prévoient que la responsabilité du cessionnaire ne pourra être recherchée par le client notamment au regard des fonctionnalités du site, et que le client utilise le site sous sa seule responsabilité, directement et sous son seul contrôle, qu'il choisit les données diffusées sur son site, et qu'il garantit le cessionnaire contre toute action pouvant être intentée du fait des données diffusées.

57. Il résulte de ces stipulations que la société Optique Saint Jacques a été rendue responsable de toutes les conséquences résultant de l'utilisation du site créé et mis en service par la société Cometik. Or, il résulte du constat réalisé par huissier de justice le 1er avril 2022, depuis son ordinateur personnel, que s'étant connecté au site Internet de la société Optique Saint Jacques, il a relevé les éléments suivants :

- si un message avertit le visiteur de l'existence de cookies, qu'il peut refuser, cependant il accepte, en naviguant sur le site, l'utilisation de cookies pour disposer de services adaptés à ses centres d'intérêt';
- ayant validé cette invitation, l'huissier a alors constaté que sept cookies avaient été installés sans son consentement';
- le formulaire de contact, sollicitant la fourniture d'informations personnelles, n'a prévu aucune disposition concernant la collecte, le traitement ou la protection de ces données';
- après avoir consulté les mentions légales figurant sur le site, il a relevé que six nouveaux cookies avaient été installés, outre un cookie provenant de Google, sans son accord.

58. Ces éléments ont été constatés et reproduits par l'huissier de justice dans son constat, et il ne s'est livré à aucune considération ou déduction technique relevant d'une expertise. Il a intégré dans ce document les captures d'écran correspondant aux constatations qu'il a faites. Le site n'a pu être modifié par la société Optique Saint Jacques, puisqu'il est constant que seule la société Cometik dispose des codes le permettant. Peu importe ainsi que ce constat ait été réalisé pendant l'instance.

59. Ce constat permet en conséquence de relever que les obligations issues de l'article 32 (ancien) de la loi du 16 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, n'ont pas été respectées concernant la collecte et l'utilisation des données personnelles des utilisateurs. Il est en effet imposé au responsable du service de communications électroniques d'informer tout abonné ou utilisateur, de manière claire et complète, de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement, ainsi que des moyens dont il dispose pour s'y opposer. Ces accès ou inscriptions ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord. Or, il résulte de ce constat que l'accès à des informations personnelles a été rendu possible sans information ni accord du visiteur du site.

60. La politique de confidentialité figurant sur le site s'est d'ailleurs référée au Règlement de l'Union européenne relatif à la protection des données, et a certifié qu'aucune donnée personnelle ne serait collectée sans un accord préalable, avec un transfert limité au prestataire informatique et à l'hébergeur. Or, le constat a établi qu'un cookie émanant de Google avait été installé à l'insu de l'huissier.



61. La société Optique Saint Jacques étant, selon le contrat conclu avec la société Cometik, rendue responsable de la collecte et de l'utilisation des données personnelles des utilisateurs, devait être informée par le prestataire informatique de l'existence de logiciels permettant l'installation de cookies destinés à utiliser de telles données. Or, la société Cometik ne rapporte pas la preuve de la communication de cette information, pourtant déterminante au regard de la responsabilité civile encourue par l'appelante, et également pénale, puisqu'aux termes de l'article 226-16 du code pénal, dans sa version existante à la date de la conclusion du contrat de licence, le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en oeuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

62. Il en résulte, ainsi que soutenu par la société Optique Saint Jacques, que la société Cometik n'a pas porté à sa connaissance un élément essentiel concernant le site qu'elle a conçu et installé. Le fait que le site ait fait l'objet d'une réception sans réserve ni observation ne peut pallier ce manque d'information, l'appelante n'étant pas une spécialiste en la matière, et n'ayant ainsi pu, lors de la livraison du site, constater ce problème de collectes et d'utilisation de données. Seul le constat réalisé par huissier, pendant l'instance, a permis à l'appelante de relever ce vice.

63. En conséquence, le contrat est également nul pour erreur sur une qualité essentielle du site Internet, au sens des anciens articles 1109 et 1110 du code civil, 1132 et suivants du code civil, puisque la société Optique Saint Jacques pouvait s'attendre légitimement à ce que le site ne collecte pas illégalement des données personnelles.

64. Les demandes de la société Optique Saint Jacques sont ainsi bien fondées. Le jugement déféré sera en conséquence infirmé en ce qu'il a prononcé des condamnations à l'encontre de la société Optique Saint Jacques. Statuant à nouveau, la cour débouterà la société Cometik de ses demandes formées à l'encontre de la société Optique Saint Jacques, et condamnera cette intimée à restituer à la société Optique Saint Jacques la somme de 600 euros.

3) Concernant la cession du contrat et l'action de la société Leasecom':

65. Il résulte des stipulations du contrat de licence qu'une cession a été prévue, soit au profit de la société Locam, soit de la société Leasecom, dénommés «bailleurs potentiels» en première page. Aucun contrat de crédit-bail n'a cependant été conclu entre l'appelante et l'une de ces sociétés.

66. Concernant la preuve de la cession de ce contrat, il n'est produit aucune pièce spéciale par laquelle la société Cometik l'aurait cédé à la société Leasecom. Cependant, les parties à la présente instance ayant toutes la qualité de sociétés commerciales, la preuve de cette cession peut être rapportée par tous moyens. En la cause, l'article 1er du contrat de

licence d'exploitation a indiqué que le client reconnaît au fournisseur la possibilité de céder les droits résultant du contrat, et qu'il «'accepte dès aujourd'hui» le transfert, sous la seule condition suspensive de l'accord du cessionnaire. Il est en outre constant que les prélèvements des loyers mensuels ont été effectués au profit de la société Leasecom, suite à la réception du site Internet. La société Optique Saint Jacques n'a ainsi réglé à la société Cometik directement que les frais initiaux liés à l'installation mobile, soit 600 euros TTC. En outre, suite à la résiliation du contrat survenue le 17 octobre 2017, la société Leasecom a adressé des factures mensuellement à la société Optique Saint Jacques, puis sa mise en demeure du 26 mars 2018. La preuve de la cession de ce contrat est ainsi rapportée. Il doit en être retiré que cette cession est intervenue à compter de la réception de l'installation, même si ce contrat ne constitue pas en lui-même un acte de cession, puisqu'il n'a pas été signé par la société Leasecom.

67. Cette cession a ainsi été purement consensuelle entre la société Cometik et la société Leasecom. Concernant son opposabilité à la société Optique Saint Jacques, la cour rappelle que les formalités prescrites à l'article 1690 du code civil ne concernent que la cession d'une créance, et non d'un contrat. En conséquence, la société Leasecom n'était pas tenue de signifier à la société Optique Saint Jacques la cession du contrat de licence. Le prélèvement des loyers par la société Leasecom directement sur le compte de la société Optique Saint Jacques permet de constater que cette dernière, avisée de la possibilité de la cession du contrat, a accepté que cette intimée se substitue à la société Cometik. Ainsi que relevé par le tribunal de

commerce, il s'est bien agi d'une opération financière, quoique aucun contrat de crédit-bail n'ait été signé. Le jugement déféré ne peut qu'être confirmé en ce qu'il a dit que la cession s'est faite conformément au contenu du contrat et que la société Leasecom en est le cessionnaire. Il n'y a pas en conséquence lieu de statuer sur un mandat donné par la société Cometik afin que la société Leasecom puisse encaisser les loyers, d'autant que celle-ci les a encaissés pour son propre compte, ce qui est incompatible avec la notion de mandat.

68. Il a été indiqué plus haut que le contrat conclu entre la société Optique Saint Jacques et la société Cometik ne peut qu'être annulé. Cette annulation est opposable à la société Leasecom, cessionnaire, ne pouvant se prévaloir de plus de droits que le cédant. En conséquence, sans qu'il soit nécessaire de plus amplement statuer, la société Leasecom ne peut qu'être déclarée mal fondée en ses demandes formées à l'encontre de la société Optique Saint Jacques. Le jugement déféré ne peut ainsi qu'être infirmé en ce qu'il a fait droit à la demande en paiement de la société Leasecom dirigée contre l'appelante. Statuant à nouveau, la cour débouterà la société Leasecom de ses demandes formées à l'encontre de la société Optique Saint Jacques, et condamnera la société Leasecom à restituer à la société Optique Saint Jacques la somme de 5.184 euros.

69. Concernant l'action de la société Leasecom contre la société Cometik, l'annulation d'un contrat produit ses effets rétroactivement, et ainsi, les parties doivent être remises dans leur situation existant avant la conclusion du contrat. En conséquence, la société Cometik ne peut qu'être condamnée à payer à la société Leasecom la somme de 7.855,20 euros, avec intérêts de droit à compter de la mise en demeure du 8 septembre 2018, les intérêts étant capitalisés à compter de cette date, au titre du coût de l'acquisition du contrat, le montant de cette somme n'étant pas contesté par la société Cometik.

\*\*\*\*\*

70. La société Cometik succombant devant l'appel de la société Optique Saint Jacques sera condamnée à payer à cette dernière la somme de 5.000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile. Succombant également devant les demandes de la société Leasecom, elle sera condamnée à lui payer la somme de 2.500 euros au même titre. La société Cometik sera enfin condamnée aux dépens exposés tant en première instance qu'en cause d'appel.

12 janvier 2023

## Dispositif

PAR CES MOTIFS

La Cour statuant publiquement, contradictoirement, 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, après en avoir délibéré conformément à la loi,

Vu les articles 1109 et suivants, 1132 et suivants, 1147 et 1154 du code civil (ancien), 1690 du code civil, L111-1 et suivants, L121-16 et suivants, L121-21-8 du code de consommation (ancien), 226-16 (ancien) du code pénal, l'article 32 (ancien) de la loi du 16 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés';

Infirme le jugement déféré en ce qu'il a:

- dit que le droit de la consommation ne s'applique pas';
- débouté la société Optique Saint Jacques de toutes ses demandes';
- dit que le contrat est résilié';
- condamné la société Optique Saint Jacques à payer à la société Leasecom la somme de 7.855,20 euros correspondant aux loyers impayés, ainsi que ceux restant dus jusqu'à la fin du contrat, outre la clause pénale et les intérêts de droit à compter de la mise en demeure du 18 septembre 2018';
- dit que ces intérêts seront capitalisés annuellement à compter de la date de la mise en demeure';
- condamné la société Optique Saint Jacques à payer à la société Leasecom une somme arbitrée à 2.000 euros, et à la société Cometik une somme arbitrée à 2.000 euros, à titre d'indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile';
- débouté la société Leasecom et la société Cometik de leur demande d'exécution provisoire';

- condamné la société Optique Saint Jacques aux dépens';

Confirme le jugement déferé en ses autres dispositions soumises à la cour;

statuant à nouveau';

Prononce la nullité du contrat de licence d'exploitation conclu le 22 mars 2016 entre la société Optique Saint Jacques et la société Cometik;

Déboute en conséquence la société Cometik et la société Leasecom de leurs demandes formées à l'encontre de la société Optique Saint Jacques';

Condamne la société Leasecom à restituer à la société Optique Saint Jacques la somme de 5.184 euros';

Condamne la société Cometik à restituer à la société Optique Saint Jacques la somme de 600 euros';

Condamne la société Cometik à payer à la société Leasecom la somme de 7.855,20 euros, avec intérêts de droit à compter de la mise en demeure du 8 septembre 2018, les intérêts étant capitalisés à compter de cette date';

Condamne la société Cometik à payer à la société Optique Saint Jacques la somme de 5.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile';

Condamne la société Cometik à payer à la société Leasecom la somme de 2.500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne la société Cometik aux dépens exposés tant en première instance qu'en cause d'appel';

Signé par Mme Marie-Pierre FIGUET, Présidente et par Mme Alice RICHET, Greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

