

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°20/24 - VIII - COM

Arrêt commercial

Audience publique du vingt-neuf février deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2021-00932 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,
Yola SCHMIT, premier conseiller,
Françoise WAGENER, conseiller,
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 17 août 2021,

comparant par Maître Florence HOLZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme SOCIETE2.) (anciennement SOCIETE3.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Pierre GOERENS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Le litige procède d'un contrat non daté intitulé « *CONTRAT D'HEBERGEMENT « HOSTING » CONDITIONS PARTICULIERES* » comprenant neuf annexes conclu entre la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après SOCIETE4.)) et la société anonyme SOCIETE3.), actuellement SOCIETE2.) (ci-après SOCIETE5.)). Le contrat a été conclu pour une durée fixe initiale de cinq ans et a pris effet le 1^{er} mars 2013, renouvelable d'année en année par tacite reconduction. Le contrat a été amendé par divers avenants.

L'ensemble contractuel est composé par le contrat d'hébergement « *HOSTING* » n°NUMERO3.), des annexes audit contrat d'hébergement HOSTING n°NUMERO3.), des avenants au contrat de services 047 ainsi que du « *Service Contract Special Conditions* ».

Par acte d'huissier du 13 septembre 2018, la société SOCIETE5.) a assigné la société SOCIETE4.) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile pour l'entendre condamner à lui payer, suivant le dernier état de ses conclusions les montants suivants :

- 33.487,28 € au titre de factures restées impayées,
- 129.611,57 € au titre d'indemnité conventionnelle de rupture anticipée, sinon de 129.611,57 € au titre de dommages-intérêts pour la perte subie du fait de la résiliation fautive des relations contractuelles par SMS et ce jusqu'à la prochaine échéance contractuelle le 1er mars 2021, à augmenter des intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde, en application de l'article 5.3. des conditions générales,
- 15.173,86 € au titre de clause pénale en application de l'article 4.2. des conditions générales,
- 1.091,31 € au titre d'intérêts impayés.

En cours de procédure, la société SOCIETE4.) s'est portée demanderesse sur reconvention pour la somme de 210.691,45 € ou tout autre montant, même supérieur, aux dires d'expert, en réparation du préjudice subi du fait d'un prétendu manquement par la société SOCIETE5.) à ses obligations contractuelles.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 23 août 2019, la société SOCIETE5.) a mis la société SOCIETE4.) en demeure de s'acquitter du montant de 74.414,26 € endéans les dix jours ouvrables « à défaut de quoi elle n'aurait d'autre choix que de stopper purement et simplement les services prestés dès le 16 octobre 2019 ».

Par courriel du 30 septembre 2019, la société SOCIETE4.) a demandé à la société SOCIETE5.) de « décommissionner l'ensemble de la plateforme SOCIETE6.) installée chez SOCIETE3.) ».

Par jugement du 6 mai 2021, le tribunal, après avoir constaté que le contrat d'hébergement « HOSTING » n°NUMERO3.), les annexes au contrat d'hébergement HOSTING n°NUMERO3.), les avenants au contrat, ainsi que le « Service Contract Special Conditions » ont été résiliés d'un commun accord en date du 30 septembre 2019, a dit la demande principale partiellement fondée et a condamné la société SOCIETE4.) à payer à la société SOCIETE5.) le montant de 41.276,05 € avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 sur le délai de paiement et les intérêts de retard (ci-après la loi modifiée de 2004), le montant de 33.487,28 € à compter des échéances des factures jusqu'à solde et avec les intérêts légaux sur le montant de 7.788,77 € à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il a encore condamné la société SOCIETE4.) à payer à la société SOCIETE5.) le montant de 1.040 € sur base de l'article 5 de la loi modifiée de 2004, et le montant de 1.500 € au titre d'indemnité de procédure.

Il a dit irrecevable la demande reconventionnelle de la société SOCIETE4.), a rejeté sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son avocat constitué.

Par acte d'huissier de justice du 17 août 2021, la société SOCIETE4.) a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 22 juillet 2021.

Elle conclut, en ordre principal, aux termes de ses conclusions récapitulatives du 23 mars 2023 (*note de la Cour* : ces conclusions ont été erronément qualifiées de conclusions de synthèse, l'article 586 du NCPC, dans sa nouvelle version n'étant applicable qu'aux actes d'appels introduits à partir du 16 septembre 2021), à voir condamner la société SOCIETE5.) à lui payer la somme de 210.691,45 € ou tout autre montant, même supérieur, aux dires d'expert, sinon à fixer ex aequo et bono par la Cour, avec les intérêts au taux légal à compter de la demande en réparation du 4 octobre 2016, sinon 30 octobre

2017, sinon de la demande en justice jusqu'à solde, et à voir rejeter la demande principale de la société SOCIETE5.).

En ordre subsidiaire, si la Cour devait partiellement faire droit à la demande de la société SOCIETE5.), elle demande à voir dire qu'elle a opposé à bon droit l'exception d'inexécution, et à voir ordonner la compensation entre le montant que les parties se doivent réciproquement.

Elle réclame, par réformation, une indemnité de procédure de 2.000 € pour la première instance et de 3.000 € pour l'instance d'appel.

Déclarant relever appel incident, la société SOCIETE5.) réclame aux termes de ses conclusions récapitulatives du 24 février 2022 à voir réformer le jugement entrepris en ce que le tribunal a constaté la résiliation d'un commun accord des parties de l'ensemble contractuel. Elle sollicite, par réformation, la condamnation de la société SOCIETE4.) au paiement de la somme de 129.611,57 € à titre d'indemnité conventionnelle, sinon au montant de 129.611,57 € à titre de dommages-intérêts pour la perte subie par la société SOCIETE5.) du fait de la résiliation fautive des relations contractuelles par la société SOCIETE4.) et ce jusqu'à la prochaine échéance contractuelle le 1^{er} mars 2021, à augmenter des intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle réclame pour le surplus, la confirmation du jugement entrepris et une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

DISCUSSION

I) Quant à l'appel principal de la société SOCIETE7.)

A) Quant à la demande principale de la société SOCIETE5.) en paiement des factures n° 35585, n°356378, n° 35791, et n°358644)

Suivant le dernier état de ses conclusions en première instance, la société SOCIETE5.) a réclamé le paiement de la somme globale de 33.847,28 € TTC se décomposant comme suit :

- facture n° 35585 du 16/09/2016 de 8.371,82 €
- facture n° 356378 du 10/10/2016 de 8.371,82 €
- facture n° 357691 du 15/11/2016 de 8.371,82 €
- facture n° 358644 du 03/12/2016 de 8.371,82 €

Exposant que le 13 février 2016, une défaillance technique ayant occasionné une coupure de connexion internet, imputable à la société SOCIETE5.), lui aurait causé un préjudice considérable, la société

SOCIETE4.) a résisté à la demande en paiement en invoquant le principe de l'exception d'inexécution.

Le tribunal, après avoir expliqué le mécanisme de l'exception d'inexécution, a dit que ce principe ne porte pas atteinte à l'exigibilité de la dette et a retenu que l'argumentation de la société SOCIETE4.) sera analysée dans le cadre d'une éventuelle demande reconventionnelle.

La demande en paiement des factures a dès lors été déclarée fondée à concurrence du montant réclamé, avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée de 2004 à compter des échéances des factures jusqu'à solde.

La société SOCIETE4.) a encore été condamnée au paiement du montant forfaitaire de 40 €, tel que prévu par l'article 5(1) de la loi modifiée de 2004, de même qu'à une indemnisation raisonnable pour tous les autres frais de recouvrement évaluée ex aequo et bono à 1.000 € par le tribunal, en application de l'article 5(3) de la même loi.

B) Quant au principe de la facture acceptée

En instance d'appel, la société SOCIETE5.) base sa demande en paiement des quatre factures litigieuses principalement sur le principe de la facture acceptée, tel que prévu par l'article 109 du Code de commerce.

Le principe de la facture acceptée n'a pas été invoqué devant le tribunal.

La société SOCIETE5.) fait valoir qu'au jour de l'assignation en justice le 13 septembre 2018, et malgré deux mises en demeure des 19 septembre et 31 octobre 2017, la société SOCIETE4.) lui redevrait la somme globale de 52.962,14 € au titre de factures restées impayées entre le 16 septembre 2016 et le 7 juillet 2018. Entre le 8 avril et le 9 septembre 2019, de nouvelles factures auraient été rajoutées à celles initialement réclamées dans l'acte introductif d'instance. La société appelante ayant en cours de procédure effectué divers paiements resterait toujours redevable de la somme de 33.487,28 € au titre des quatre factures ci-avant indiquées.

La société SOCIETE5.) argumente que les quatre factures litigieuses émises en date des 16 septembre, 10 octobre, 15 novembre et 3 décembre 2016 n'auraient jamais fait l'objet de contestations, de sorte qu'il s'agirait de factures acceptées en application de l'article 109 du Code de commerce. Les prestations faisant l'objet des factures litigieuses auraient toutes été réalisées par la société SOCIETE5.).

Les contestations de la société SOCIETE4.) se rapporteraient à une période antérieure à l'émission des factures faisant l'objet du présent litige. Si la société intimée ne conteste pas que le 13 février 2016, il y ait eu une coupure technique de la connexion internet, elle conteste toute responsabilité en relation avec ledit problème technique de même que tout préjudice dans le chef de la société appelante. Les premières contestations relatives aux factures litigieuses n'auraient été émises que trois ans après leurs émissions, dans les conclusions du mandataire de la société SOCIETE4.) en première instance dans le cadre du présent litige. La société appelante n'aurait en outre jamais réclamé le paiement d'une quelconque somme au titre de dommages-intérêts en réparation d'un éventuel préjudice. La facture couvrant la période de l'incident technique du 13 février 2016 aurait été intégralement réglée par la société SOCIETE4.). Au vu de ces éléments, la société appelante aurait nécessairement accepté les factures émises en date des 16 septembre, 10 octobre, 15 novembre et 3 décembre 2016 et confirmé le bon accomplissement des prestations à charge de la société SOCIETE5.).

Dans ses conclusions récapitulatives, la société SOCIETE4.) conteste l'application du principe de la facture acceptée.

Elle fait grief au tribunal de ne pas avoir retenu que les conditions de l'exception d'inexécution auraient été réunies en l'espèce. Elle rappelle que l'incident technique du 13 février 2016 ayant occasionné une coupure de la connexion internet serait imputable à la société SOCIETE5.). Elle soutient avoir dénoncé la défaillance de la connexion internet à la société SOCIETE5.) le 22 février 2016 et renvoie à un rapport d'incident établi le 13 février 2016, et à un historique des échanges entre les sociétés SOCIETE5.) et SOCIETE4.) entre la coupure et le rétablissement de la connexion. L'appelante affirme ne pas avoir pu honorer ses propres obligations à l'égard de ses clients outre atlantique et avoir perdu de ce fait deux contrats importants pour le Canada. Elle affirme en outre en avoir informé la société SOCIETE5.) lors de la négociation de l'avenant n°06 du 18 août 2016. Le 4 octobre 2016, elle aurait « justifié le droit de rétention sur quatre factures » en attendant une indemnisation du préjudice subi et la mise en conformité du service technique (pièces n° 8 et 9). Lors d'une réunion entre parties qui se serait tenue le 31 janvier 2017, les parties auraient évoqué la question de la responsabilité de la société SOCIETE5.) en relation avec l'incident du 13 février 2016. L'intimée dit avoir réitéré en date des 29 septembre et 30 octobre 2017, ses prétentions en lien avec la défaillance technique du 13 février 2016, auxquelles la société intimée n'aurait pas réservé de suites. La société SOCIETE4.) conclut à se voir décharger de la condamnation au paiement des factures susvisées.

Appréciation de la Cour

Il convient de rappeler que les parties étaient liées par un contrat n° 047-13-AVoo dit « *contrat d'hébergement « Hosting », conditions particulières* » non daté relatif à la fourniture par la société SOCIETE5.) (anciennement SOCIETE3.) « *de l'ensemble de la prestation informatique d'hébergement des données, à savoir des services d'hébergement virtuel mutualisés (...) et ensemble les « Services ». (...)* ». Il est précisé dans l'article 5 dudit contrat qu'il est conclu pour une durée fixe initiale de cinq (5) ans, prend effet à compter du 1^{er} mars 2013 et qu'à l'expiration de la période initiale, il sera renouvelable d'année en année par tacite reconduction. Ce contrat a fait l'objet de plusieurs avenants ayant pris effet en dates des 1^{er} mai et 1^{er} octobre 2014, 1^{er} février 2015 et 1^{er} août 2016.

Les parties admettent encore avoir été liées par un contrat n°544-12-AVoo dit « *Service Contract special conditions* » relatif à « *internet access- IP Transit Full rate* ». L'exemplaire du contrat versé aux débats n'est ni signé, ni daté. Suivant les renseignements fournis ce contrat a été conclu le 14 février 2013.

Aux termes de l'article 109 du Code de commerce, les achats et ventes se constatent par une facture acceptée.

Ce texte instaure une présomption légale, irréfragable, de l'existence de la créance affirmée dans la facture acceptée pour le seul contrat de vente. Pour les autres contrats commerciaux, la facture acceptée n'engendre qu'une présomption simple de l'existence de la créance, le juge étant libre d'admettre ou de refuser l'acceptation de la facture comme présomption suffisante de l'existence de la créance affirmée (Cour de cassation, 24 janvier 2019, n° 16 / 2019).

Il découle de cet arrêt que pour les contrats de prestation de services, comme en l'espèce, il est admis que le fait de ne pas émettre de contestations endéans un bref délai contre une facture permet de présumer que le client commerçant marque son accord sur la facture et ses mentions. Il appartient au débiteur de renverser cette présomption simple.

Cette présomption de l'homme ne s'impose donc pas au juge et il lui appartient d'apprécier souverainement la pertinence des faits invoqués et de mesurer la portée des éléments soumis à son appréciation (Cour d'appel, 3 juillet 2019, n° CAL-2018-00789 du rôle).

L'acceptation est basée sur une présomption ; cette présomption est en réalité double ou si l'on veut, à deux temps. Au premier temps, de certains faits (silence, paiement, disposition de la marchandise), le juge déduit l'acceptation de la facture. Au second temps, de cette acceptation, le juge déduit l'existence du contrat sachant que pour un

contrat autre qu'une vente, le juge sera libre d'admettre ou de refuser l'acceptation tacite de la facture comme présomption suffisante pour prouver l'existence du contrat ou de la créance.

L'acceptation des factures reçues peut être expresse ou tacite. Le silence gardé au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture, pour contrôler ses mentions, ainsi que les fournitures auxquelles elle se rapporte, fait présumer que la facture a été acceptée.

Les exigences de sécurité et de rapidité dans les relations commerciales impliquent que soit réduit au minimum, entre commerçants, le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques.

Ainsi, le commerçant qui n'est pas d'accord au sujet de la facture de son cocontractant, doit prendre l'initiative d'émettre des protestations précises valant négation de la dette affirmée endéans un bref délai à partir de la réception de la facture.

L'obligation de protester existe quelle que soit la partie de la facture que le client conteste, l'existence même du contrat, les conditions du marché, la date de la facture, l'identité entre les choses fournies et les choses facturées, ou bien la conformité de la fourniture avec les qualités promises (A. Cloquet, La facture, n° 446 et suivants).

C'est au client qu'il incombe de prouver qu'il a protesté en temps utile, voire que son silence s'explique autrement que par son acceptation.

C'est au fournisseur qu'incombe la charge de prouver qu'il a envoyé la facture et qu'elle est parvenue au client. Le fournisseur pourra fournir la preuve de l'envoi et de la remise effective de la facture au client, par toutes voies de droit, car il s'agit de faits purement matériels. La preuve pourra donc se faire par présomptions (A. Cloquet, La facture, n°405 et suiv.; Cour d'appel, 10 janvier 2018, n° 44273 du rôle).

En l'espèce, la société SOCIETE4.) ne conteste pas avoir reçu les factures n°355585, n°356378, n°357691 et n°358644 des 16 septembre 2016, 10 octobre 2016, 15 novembre 2016 et 3 décembre 2016.

La Cour retient en conséquence qu'elle les a réceptionnées à une date proche de leur émission.

Il appartient au destinataire des factures de contester les allégations y mentionnées dans un bref délai, compte tenu du délai nécessaire pour en vérifier l'exactitude.

La société SOCIETE4.) n'a pas établi avoir protesté contre les factures susvisées, de sorte qu'il y a lieu de les considérer comme acceptées. Il importe toutefois d'analyser si l'acceptation de ces factures constitue une présomption suffisante de l'existence de la créance y affirmée.

Afin de renverser la présomption simple de l'existence de la créance, la société SOCIETE4.) invoque l'exception d'inexécution en se prévalant de l'incident technique (coupure de la connexion internet) qui s'est produit le 13 février 2016.

L'exception d'inexécution n'est qu'un simple refus provisoire, voire un moyen de contrainte mais ne saurait justifier une inexécution définitive de ses propres obligations.

L'exception d'inexécution est un moyen de défense né d'un obstacle temporaire et ne subsistant que tant que cet obstacle existe. C'est un moyen de défense en ce sens que celui qui l'invoque ne prend aucune initiative. Il entend rester dans l'attente de l'exécution normale du contrat. L'exception d'inexécution ne touche pas au contrat lui-même, dont la validité demeure entière. Elle ne fait que suspendre son exécution. En invoquant l'exception d'inexécution, on ne demande rien, on s'oppose simplement à ce que l'exécution du contrat soit poursuivie. En effet, l'exception d'inexécution comporte, en puissance seulement, une demande reconventionnelle et il dépend du défendeur de la formuler pour obtenir un jugement de condamnation (voir en ce sens : Cour d'appel, 5 juin 2013, n° 38205 et 38524 du rôle ainsi que les références y citées).

La Cour constate que les factures dont le paiement est réclamé par la société SOCIETE5.) mettent en compte les « *redevances mensuelles* » pour les périodes du 1^{er} au 30 septembre, du 1^{er} au 31 octobre, du 1^{er} au 30 novembre et du 1^{er} au 31 décembre 2016. Les prestations et services fournis facturés se rapportent à des périodes bien précises et la société appelante a soutenu ni en première instance, ni en instance d'appel que les services et prestations rendus pour lesquels le paiement lui est réclamé aux termes des quatre factures litigieuses n'auraient pas été exécutés, respectivement n'auraient été que partiellement exécutés.

Il est vrai que l'incident technique du 13 février 2016 a été dénoncé à la société SOCIETE3.) par courrier du 22 février 2016 et que la société SOCIETE5.) a été informé au plus tard par courriel du 4 octobre 2016 de l'existence d'un prétendu préjudice subi par la société SOCIETE4.) en rapport avec ledit incident (pièces n° 8 et 63 de la société

SOCIETE5.)). Force est toutefois de constater que ces éléments sont sans lien avec les services et prestations rendus par la société SOCIETE5.) au cours des périodes mises en compte aux termes des factures litigieuses, qui n'ont pas fait l'objet de contestations. Aussi, les développements de l'appelante relatifs à l'incident technique du 13 février 2017 et au prétendu préjudice qu'il lui aurait causé ne sont pas pertinents en l'espèce.

La Cour retient en conséquence que la société SOCIETE4.) n'a pas renversé la présomption simple découlant de l'acceptation des factures n° 35585, n°356378, n° 357691 et n° 358644 des 16 septembre, 10 octobre, 15 novembre et 3 décembre 2016, de sorte que l'existence des créances y affirmées est à suffisance établie.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la demande en paiement de la société SOCIETE5.) des quatre factures litigieuses est à déclarer fondée sur base du principe de la facture acceptée pour la somme réclamée de 33.487,28 €, avec les intérêts tels que prévus au chapitre 1 de la loi modifiée de 2004 à compter des échéances des factures jusqu'à solde.

La société SOCIETE4.) conclut dans le dispositif de ses conclusions récapitulatives à se voir décharger du paiement de la somme de 1.040 € sur base de l'article 5 de la loi modifiée de 2004. A défaut pour la société appelante de développer des moyens à l'appui de son appel pour autant qu'il porte sur ce volet du litige, il convient encore de confirmer le tribunal en ce qu'il a condamné la société SOCIETE4.), en application de l'article 5 (1) de la loi modifiée de 2004, à payer à la société SOCIETE5.) une indemnité forfaitaire de 40 €.

Par confirmation du jugement de première instance, la société SOCIETE5.) est également en droit de réclamer une indemnisation raisonnable pour tous les autres frais de recouvrement que le tribunal a évalué *ex aequo et bono* au montant de 1.000 €.

L'appel principal de la société SOCIETE4.) n'est pas fondé pour autant qu'il porte sur ce volet du litige.

C) Quant à la demande de la société SOCIETE5.) en allocation de la somme de 1.091,31 € au titre d'arriérés de retard

La société SOCIETE5.) a basé sa demande en paiement au titre d'intérêts impayés sur l'article 5.4 de ses « conditions générales de service ». Le montant de 1.091,31 € se décompose comme suit :

Référence facture	Date facture	Date d'échéance	Montant payé en EUR	Intérêts de retard en EUR

375322	27/12/2017	25/02/2018	299,81	8,94
376999	02/02/2018	03/04/2018	356,48	7,74
377000	02/02/2018	03/04/2018	7.750,06	168,17
377306	05/02/2018	06/04/2018	544,78	11,46
377307	05/02/2018	06/04/2018	46,06	0,97
377308	05/02/2018	06/04/2018	158,82	3,34
377309	05/02/2018	06/04/2018	79,41	1,67
380277	17/04/2018	16/06/2018	356,48	1,95
380278	17/04/2018	16/06/2018	158,82	0,87
380279	17/04/2018	16/06/2018	7.750,06	42,47
380280	17/04/2018	16/06/2018	544,78	2,99
380281	17/04/2018	16/06/2018	79,41	0,44
380282	17/04/2018	16/06/2018	46,06	0,25
378653	07/03/2018	06/05/2018	7.750,06	79,84
378652	07/03/2018	06/05/2018	544,78	5,61
378651	07/03/2018	06/05/2018	158,82	1,64
378650	07/03/2018	06/05/2018	46,06	0,47
378649	07/03/2018	06/05/2018	79,41	0,82
378648	07/03/2018	06/05/2018	356,48	3,67
381360	08/05/2018	07/07/2018	7.750,06	127,45
381361	08/05/2018	07/07/2018	544,78	8,96
381362	08/05/2018	07/07/2018	46,06	0,76
381363	08/05/2018	07/07/2018	356,48	5,86
381364	08/05/2018	07/07/2018	158,82	2,61
381365	08/05/2018	07/07/2018	79,41	1,31
374216	03/12/2017	01/02/2018	7.750,06	601,06
TOTAL				1.091,31

Le tribunal a fait droit à la demande en paiement de la société SOCIETE5.).

Pour statuer ainsi, il a retenu qu'en signant le contrat d'hébergement « *Hosting, conditions particulières* », la société SOCIETE4.) a expressément reconnu que les conditions générales de la société SOCIETE5.) en font partie intégrante et sont applicables au cas d'espèce.

Après avoir reproduit l'article 4.2 des conditions générales de service et l'article 9.3 du contrat précité et relevé qu'il existe une contradiction pour ce qui est du délai de paiement en ce sens que l'article 9 du contrat prévoit un délai de paiement de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture tandis que l'article 4.2. des conditions générales prévoit un délai de paiement de 30 jours à compter de la date d'émission de la facture, le tribunal a retenu en application du principe que les conditions spéciales d'un contrat priment sur les conditions générales, qu'il convient de se référer à l'article 9 du contrat pour ce qui est du délai de paiement des factures.

Il a en conséquence retenu qu'il « résulte de la lecture combinée des deux articles que les factures de SOCIETE5.) sont payables dans les soixante jours de leur date d'émission. Passé ce délai, SOCIETE5.) est en droit de mettre en compte les intérêts sans mise en demeure préalable. Pour ce qui est du taux d'intérêt à mettre en compte, les parties ont convenu que les intérêts seraient calculés « au taux conforme à la loi du 18 avril 2004 sur les délais de paiement et intérêts de retard », « et qu'eu égard au fait que le litige se situe dans le cadre d'une transaction commerciale, les parties ont forcément, mais nécessairement, visé les intérêts prévus au chapitre 1, c'est-à-dire à l'article 3, de la loi modifiée de 2004 ».

Il a rejeté l'argumentation de la société SOCIETE4.) consistant à dire que la société SOCIETE5.) ne saurait réclamer des intérêts sur base de la loi modifiée de 2004 étant donné qu'elle n'aurait pas rempli ses propres obligations contractuelles, motif pris que la société SOCIETE5.) ne réclame pas le paiement des intérêts sur base de la loi modifiée de 2004, mais sur base de l'article 9 du contrat.

La société SOCIETE4.) fait grief au tribunal de ne pas avoir retenu que les conditions générales de service n'ont jamais été acceptées par l'appelante, étant donné qu'elles ne lui ont jamais été remises lors de la signature du contrat d'hébergement « *Hosting* ». Seul l'article 9 dudit contrat serait en conséquence applicable en l'espèce. En tout état de cause, l'article 9 serait une disposition particulière dérogeant aux conditions générales de service invoquées par l'intimée. Par réformation, principalement, la société SOCIETE5.) ne serait partant pas en droit de réclamer des intérêts moratoires, ni sur base des conditions générales, ni sur base des conditions particulières du contrat qui ne les prévoient pas.

Subsidiairement, si la Cour devait déclarer applicable l'article 4.2. des conditions générales, qui renvoie à la loi modifiée de 2004, la société SOCIETE4.) conclut par réformation, à se voir décharger du paiement à des intérêts de retard, étant donné que les retards de paiement seraient imputables à la société SOCIETE5.), qui n'aurait pas respecté ses obligations contractuelles.

Plus subsidiairement encore, les intérêts moratoires ne seraient dus qu'à partir de la sommation de payer. Or pour les factures relatives aux prestations effectuées en avril 2018, versées sous les pièces n°37- 42, aucune mise en demeure n'aurait été notifiée à la société SOCIETE4.).

Les prestations effectuées en février 2018 (pièces n° 31-36) n'auraient été mentionnées que dans une mise en demeure du 5 juin 2018 et auraient été payées le 23 juillet 2018.

Pour les prestations du mois de mars 2018, les factures auraient été émises le 7 mars 2018 (pièces n° 43-48). La mise en demeure ne daterait que du 5 juin 2018 et les factures auraient été réglées le 22 juin 2018, de sorte que la demande serait tout au plus fondée à concurrence de la somme de 343,31 €.

Pour les factures n°381360, n°381361, n°381362, n°381363, n°381364 et n°381365 établies pour les prestations effectuées en mai 2018, exigibles le 1^{er} août 2018 et réglées le 19 septembre 2018, en l'absence d'une mise en demeure, aucun intérêt moratoire ne serait dû.

Finalement, pour la facture n°374216, mentionnée dans la mise en demeure du 5 juin 2018, et payée le 14 janvier 2019, les intérêts moratoires évalués à 107,48 € ne seraient dus que pour la période allant du 5 juin 2018 au 14 janvier 2019.

La société SOCIETE5.) sollicite la confirmation du jugement entrepris quant à ce volet du litige par adoption des motifs du tribunal et renvoie à quatre mises en demeure des 19 septembre et 13 octobre 2017, 5 juin et 12 juillet 2018 ainsi que quant au tableau inséré dans le jugement de première instance reprenant en détail les numéros de facture, les dates d'échéance, les montants réglés et les intérêts de retard à payer (pièces n°11 et 12).

Appréciation de la Cour

L'article 1135-1 du Code civil dispose que « *les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées* ».

Eu égard à la standardisation d'une multitude de contrats conclus sur une grande échelle ayant rendu nécessaire le recours à des clauses-types réglemant les aspects essentiels des contrats, l'article 1135-1 du Code civil n'exige pas de formalisme extrême et permet d'admettre l'opposabilité des conditions générales, lorsque la partie à laquelle on les oppose a eu la possibilité de les accepter en pleine connaissance de leur contenu.

Les conditions générales ne peuvent avoir une valeur contractuelle qu'à la double condition que l'autre contractant sache qu'elles font partie du contrat et qu'il puisse en prendre connaissance.

En revanche, l'article 1135-1 du Code civil n'exige pas que la partie contractante ait signé les conditions générales.

Tel que relevé à juste titre par le tribunal, l'article 2 intitulé « *documents contractuels* » du contrat d'hébergement « *Hosting* » dispose que « *conformément aux conditions particulières du présent document et de toutes ses annexes associées qui peuvent être ajoutées d'un commun accord des parties, SOCIETE3.) s'engage à fournir au Client un ensemble de services tels que décrits ci-après.*

Les présentes conditions particulières sont soumises aux conditions générales de SOCIETE3.) (...) les « CGV »).

Les relations contractuelles entre les parties, par ordre de priorité et d'autorité décroissants, découlent :

- 1. Des annexes au présent contrat*
- 2. Des conditions particulières i.e. le présent Contrat et*
- 3. Des CGV*

Le client reconnaît avoir pris connaissance de toutes les clauses du présent Contrat, de l'ensemble de ses Annexes et des CGV et en accepter leurs conditions, sans réserve.

Ce contrat a été signé par la société SOCIETE4.) et son représentant a en outre apposé sa paraphe sur chaque page de ce document.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal a retenu que la société SOCIETE4.) avait connaissance des conditions générales, qu'elle les a acceptées, et qu'elles lui sont opposables.

La Cour approuve toutefois le tribunal d'avoir retenu qu'il convient de se référer en l'espèce à l'article 9 des conditions particulières inscrites au contrat d'hébergement qui priment sur les conditions générales et qui dispose que « *le paiement des factures établies par SOCIETE3.) est effectué dans les soixante (60 jours) de leur date d'émission. Au cas où le client resterait en défaut de payer à l'échéance l'une quelconque des sommes dues en vertu du Contrat, SOCIETE3.) se réserve le droit de lui porter en compte tout montant additionnel tel que stipulé par la loi du 18 avril 2004 sur les délais de paiement et intérêts de retard, sans préjudice de tout dommage supplémentaire accru à SOCIETE3.). Le Client supportera tous les frais et/ou dépenses engagés dans le cadre de la procédure judiciaire ou extrajudiciaire de recouvrement du paiement* ».

Il résulte de l'article 9 précité que la société SOCIETE5.) est en droit de mettre en compte à la société SOCIETE4.) les intérêts de retard tels que prévus par la loi modifiée de 2004.

Dans la mesure où la Cour a retenu dans les développements faits dans le cadre de la demande en paiement des factures de la société SOCIETE5.) que l'exception d'inexécution ne porte pas atteinte à l'exigibilité de la dette, le moyen de la société SOCIETE4.) consistant

à dire qu'elle ne serait pas responsable des retards de paiement qui ont pu exister est à écarter. Il en est de même du moyen de l'appelante que les intérêts moratoires ne seraient pas dus en l'espèce, en l'absence d'une mise en demeure, étant donné qu'en vertu de l'article 3 de la loi modifiée de 2004, « (1) Dans les transactions commerciales entre entreprises, le créancier est en droit de réclamer des intérêts pour retard de paiement sans qu'un rappel soit nécessaire (...) » et que 3) Lorsque les conditions spécifiées au paragraphe (1) sont remplies:

a) le créancier a droit à des intérêts pour retard de paiement le jour suivant la date de paiement ou la fin du délai de paiement fixé dans le contrat (...).».

A défaut de contestations quant au quantum réclamé, il convient de confirmer le tribunal en ce qu'il a dit fondée la demande pour la somme de 1.091,31 €. La majoration de ce montant des intérêts légaux n'étant pas non plus critiquée, il y a encore lieu de confirmer le tribunal en ce qu'il a fait droit à cette demande.

D) Quant à la clause pénale

En première instance, la société SOCIETE5.) a sollicité la condamnation de la société SOCIETE4.) à lui payer une indemnité de 15.173,86 € en application de la clause pénale inscrite à l'article 4.2. des conditions générales de service.

En application de cet article, le tribunal a condamné la société SOCIETE4.) au paiement de la somme de 6.697,46 €, correspondant à 20% des 33.487,28 € restées impayées et augmenté la condamnation des intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Pour statuer ainsi, après avoir expliqué le principe de la clause pénale et relevé son caractère comminatoire, il a rejeté la demande de la société SOCIETE4.) tendant à voir réduire le quantum de l'indemnité, à défaut pour cette société d'avoir fourni des éléments permettant de conclure au caractère manifestement excessif de la clause pénale.

Quant au quantum de l'indemnité à allouer à la société SOCIETE5.), le tribunal a tenu compte des paiements effectués par la société SOCIETE4.) suite à la mise en demeure du 23 août 2019 et constaté que le solde lui est réclamé au titre de factures restées impayées s'élevait à 33.487,28 €.

Pour résister à la demande en paiement de l'indemnité de 6.697,46 €, la société SOCIETE4.) réitère en appel, à titre principal, ses moyens tirés de l'inopposabilité des conditions générales, de l'exception d'inexécution et de l'absence de faute dans son chef.

Ces moyens ont été rejetés par la Cour dans les développements qui précèdent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder.

La société SOCIETE4.) conclut, à titre subsidiaire, à la réduction de l'indemnité réclamée au titre de clause pénale, en application de l'article 1152 du Code civil.

Elle fait valoir que la société SOCIETE5.) n'aurait subi aucun préjudice en lien avec le retard de paiement des factures n° 355585, n°356378, n°357691, et n°358644 des 16 septembre, 10 octobre, 15 novembre et 3 décembre 2016. La société appelante insiste en outre sur sa bonne foi, et sur les vérifications qu'elle aurait dû effectuer au vu des montants lui réclamés erronément.

La société SOCIETE5.) sollicite la confirmation du jugement entrepris sur ce point spécifique.

Il appartient au juge d'apprécier si la pénalité prévue au contrat est manifestement excessive. Le caractère manifestement excessif ou non de la clause doit être objectivement apprécié (Cass.com., 27 mars 1990 : Bull.civ.1990, IV, n° 90). Le premier critère à considérer est tiré de la comparaison entre le montant de la peine stipulée et l'importance du préjudice effectivement subi par le créancier. Le deuxième consiste à examiner la situation respective des parties pour le cas où la clause pénale devrait être appliquée dans toute sa rigueur en vue de vérifier si par son application le créancier ne tire pas un plus grand avantage de l'inexécution de l'obligation qu'il n'en aurait tiré de son exécution. Le troisième est l'appréciation de la bonne foi du débiteur (Cour d'appel, 10 février 2010, P. 35, p.153).

En cas de reconnaissance du caractère manifestement excessif de la peine stipulée, il incombe au juge de la réduire dans une limite située entre le préjudice effectivement souffert et le seuil au-delà duquel elle aurait un caractère manifestement excessif. Si le juge refuse la modification demandée de la clause, il n'a pas à donner un motif à sa décision, car ce faisant il applique purement et simplement la convention des parties. En revanche, lorsqu'il décide de réajuster la clause manifestement excessive, il doit motiver sa décision, c'est-à-dire indiquer en quoi la clause est manifestement excessive (Cour d'appel, 9 novembre 1993, P. 29, 293 ; Cour, 20 janvier 2005, n° 28782 du rôle).

Comme la clause pénale est un forfait, elle est due en l'absence de toute preuve de préjudice. Ce n'est pas le préjudice qui rend la peine exigible, mais l'arrivée des événements pour lesquels elle est prévue, en l'espèce le non-paiement des factures jusqu'à l'échéance.

Cependant, lorsque le débiteur demande la révision de la clause pénale en arguant de son caractère manifestement excessif, le créancier a intérêt à combattre les arguments avancés par le débiteur en établissant la réalité et l'étendue de son préjudice (Cour d'appel 10 novembre 2010, P. 35, p. 277).

Le caractère manifestement excessif ou non de la clause ne peut résulter que de la comparaison entre le préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité prévue. Le préjudice réel est le paramètre qu'il faut considérer, puisque les juges ne peuvent, en fixant le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale manifestement excessive, allouer une somme inférieure au montant du dommage subi par le créancier (Cass.com., 14 décembre 2010, n° 09-68.275 : RTD civ.2011, p.122, obs.Fages).

Le préjudice de la société SOCIETE5.) réside en l'espèce dans le fait que quatre factures d'un import global de 33.487,28 € ne lui ont jamais été réglées.

L'article 4.2. des conditions générales de service de la société SOCIETE5.) prévoit au titre de clause pénale que « (...) *le défaut de paiement à l'échéance fixée rendra exigible, après mise en demeure restée infructueuse, une indemnité fixée à 20 % des sommes dues, à titre de clause pénale (...)* ».

Comparé au préjudice subi par la société SOCIETE5.), qui n'a pas été payée pour les prestations et services effectuées faisant l'objet des factures n° 355585, n°356378, n°357691, et n°358644, l'indemnité de 20% du montant global des factures n'a rien d'excessif.

Il s'ensuit que le jugement entrepris est encore à confirmer en ce que le tribunal a condamné la société SOCIETE4.) à payer à la société SOCIETE5.) la somme de 6.697,46 € avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

E) Quant à la demande reconventionnelle de la société SOCIETE4.)

La société SOCIETE4.) s'est portée demanderesse sur reconvention pour la somme de 210.691,45 € au titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice - consistant dans la perte de clients -, qu'elle aurait subi en raison de l'incident technique qui s'est produit le 13 février 2016 et qui aurait été imputable à la société SOCIETE5.).

Le tribunal, ayant fait droit au moyen de la forclusion soulevé par la société SOCIETE5.), a déclaré la demande reconventionnelle irrecevable.

Pour statuer ainsi, il a retenu qu'il se dégageait à suffisance des termes clairs d'un courrier du 22 février 2016, adressé par le dirigeant de la société SOCIETE4.) à la société SOCIETE5.) que la société SOCIETE4.) a expressément renoncé à demander un dédommagement en rapport avec l'incident du 13 février 2016.

La société SOCIETE7.) réitère sa demande en instance d'appel. Elle rappelle avoir dénoncé l'incident technique du 13 février 2016 par courrier du 22 février 2016 auquel la société SOCIETE5.) n'aurait pas réagi. Elle admet qu'aucun préjudice n'aurait existé à cette date. Son préjudice serait né de la perte de deux contrats avec des clients canadiens avec effet au 1^{er} juillet 2016, date à laquelle, l'avenant 06 aurait pris effet. Elle reproche au tribunal de ne pas avoir retenu que nul ne saurait renoncer à la réparation d'un dommage non encore né. Elle conclut en conséquence à voir dire qu'elle n'a pas pu renoncer le 22 février 2016 à obtenir réparation d'un dommage subi en lien avec les manquements contractuels reprochés à la société SOCIETE5.) dénoncés le 22 février 2016. La société SOCIETE4.) se prévaut ensuite d'un courrier du 4 octobre 2016, aux termes duquel elle aurait informé la société SOCIETE5.) de la perte de son chiffre d'affaires liée à la rupture des contrats « canadiens » et l'a invitée à formuler une proposition d'indemnisation.

Estimant qu'elle n'aurait renoncé ni à engager la responsabilité de son cocontractant, ni à lui réclamer réparation du préjudice subi en lien avec l'incident technique du 13 février 2016, la société SOCIETE4.) conclut, par réformation, à voir déclarer recevable sa demande reconventionnelle.

En instance d'appel, la société SOCIETE5.) invoque la théorie de la correspondance commerciale acceptée, suivant laquelle tout commerçant doit protester contre une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part. Elle argumente, qu'a contrario, un commerçant qui affirme dans une correspondance commerciale ne pas vouloir demander d'indemnisation, ne pourrait revenir sur ses affirmations. Elle sollicite en tout état de cause la confirmation du jugement entrepris par adoption de la motivation du tribunal.

Appréciation de la Cour

Suite à la coupure de connexion du 13 février 2016, PERSONNE1.), dirigeant de la société SOCIETE4.) a adressé en date du 22 février 2016 un courrier à la société SOCIETE5.), qui en ce qui concerne les termes pertinents pour ce volet du litige est rédigé comme suit:

« (...)

Je n'écris pas cette missive pour demander des éventuelles compensations ou venir demander des sanctions ou autres.

Ma demande concerne une demande de prise de conscience ! Ça ne va pas et personne ne fait rien. Nous, clients, en subissons les conséquences sur notre travail et cela, à nous, nous coûte de l'argent. Sachez que notre société contracte avec ses clients sur base de pénalités dues en cas de non délivrance de service. Vous pouvez me rétorquer que votre contrat avec nous ne comporte pas ce type de pénalité C'est vrai car ce n'est pas notre manière de fonctionner. Si cela ne fonctionne pas : nous partirons. Comme prévu dans le contrat : car on ne peut nier que la responsabilité pleine de SOCIETE3.) soit engagée dans ces incidents.

J'espère simplement que ce courrier pourra aider à résoudre des problèmes latents, cachés, mais que nous vivons au quotidien.

Je reste bien évidemment à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, et je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes salutations distinguées ».

Suivant le principe de la correspondance commerciale acceptée, Il existe une obligation morale de protester de la part du commerçant contre lequel est dirigée une affirmation inexacte impliquant une obligation de sa part.

Cette obligation se justifie dans la mesure où les transactions commerciales doivent se développer dans la sécurité et la rapidité, exigences qui impliquent que soit réduit au minimum, entre commerçants, le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l'autre au sujet de l'existence et des modalités de leurs obligations réciproques (A. Cloquet, La facture, page 179, numéro 444).

En l'absence d'une affirmation de la société SOCIETE5.) à laquelle la société SOCIETE4.) n'aurait pas réagi, le présent volet du litige n'est pas à résoudre sur base du principe de la correspondance commerciale acceptée.

La société SOCIETE5.) argumente ensuite que la société SOCIETE4.) aurait renoncé à son droit de réclamer des dommages-intérêts.

Tel que relevé à bon droit par le tribunal, il est de principe que la renonciation à un droit ne se présume pas et doit résulter d'actes manifestant clairement et sans équivoque l'intention réelle de la part d'un contractant de renoncer au droit de réclamer d'éventuels dommages-intérêts.

En l'occurrence, après avoir mentionné, en se référant à l'incident technique du 13 février 2016 que la société SOCIETE4.) en tant que client de la société SOCIETE5.) en « *subit les conséquences* » et que

« *cela lui coûte de l'argent* », son dirigeant fait également expressément référence aux contrats conclus avec ses propres clients et aux pénalités y prévues en cas de « *non délivrance des services* », et indique de manière claire et non équivoque que son courrier ne vise pas à « *demandeur des éventuelles compensations ou venir demander des sanctions ou autres* ».

La demande en allocation de dommages-intérêts suite à une éventuelle inexécution contractuelle ne visant qu'à protéger des intérêts privés, et n'étant qu'une faculté pour le contractant victime d'une inexécution, celui-ci peut renoncer à réclamer des dommages-intérêts à son contractant.

Tel est le cas en l'espèce. En tant que commerçant diligent, conscient que l'incident du 13 février 2016 pouvait avoir des conséquences sur les relations contractuelles avec ses propres clients, il aurait appartenu à la société SOCIETE4.) de se réserver le droit de réclamer des dommages-intérêts.

Le jugement entrepris est à confirmer en ce que le tribunal a déclaré irrecevable la demande reconventionnelle de la société SOCIETE4.).

II) Quant à l'appel incident de la société SOCIETE5.)

En première instance, la société SOCIETE5.) a sollicité la condamnation de la société SOCIETE4.) à lui payer une indemnité de résiliation de 129.611,57 € en application de l'article 5.3 des conditions générales de service.

Le tribunal a rejeté cette demande.

Pour statuer ainsi, il a relevé « qu'après l'introduction de la présente demande en date du 13 septembre 2018, SOCIETE5.) a mis le 23 août 2019 SMS en demeure de lui régler le montant de 74.414,26 EUR du chef de factures impayées endéans les dix jours ouvrables, à défaut de quoi elle « *n'aurait d'autre choix que de stopper purement et simplement ses services dès le 16 octobre 2019* ». Il a précisé que « SOCIETE5.) était consciente que SMS n'aurait pas pu obtempérer à cette sommation au motif que la procédure judiciaire était introduite depuis presque une année et que l'instruction de l'affaire était en cours. Préalablement au 23 août 2019, des conclusions avaient été échangées entre parties, de sorte que SOCIETE5.) connaissait les moyens d'SMS pour s'opposer au paiement des factures impayées.

Dans les circonstances données et afin de permettre au tribunal saisi du litige de se prononcer, SMS n'avait pas d'autre choix que de sauver ses données eu égard au fait que SOCIETE5.) menaçait d'arrêter ses prestations de services.

En demandant en date du 30 septembre 2019, le décommissionnement de l'ensemble de la plateforme SOCIETE6.) installée chez SOCIETE5.), SMS a accepté le fait que SOCIETE5.) n'entendait plus continuer à assurer ses services.

Il faut déduire du comportement des parties que l'ensemble contractuel a été résilié d'un commun accord le 30 septembre 2019 ».

Déclarant relever appel incident, la société SOCIETE5.) conclut, par réformation, à voir condamner la société SOCIETE4.) à lui payer la somme de 129.611,57 € au titre « *d'indemnité de rupture* » en application de l'article 5.3. des conditions générales de service. Cette indemnité serait à calculer à partir du 1^{er} octobre 2019 jusqu'au 1^{er} mars 2021, soit 17 mois x 7.624,21 €.

La société SOCIETE5.) fait grief au tribunal de ne pas avoir retenu qu'elle aurait été obligée de réclamer en première instance, la résiliation judiciaire du contrat aux torts exclusifs de la société SOCIETE4.), en raison du non-paiement des factures. L'appelante sur incident fait valoir qu'à un certain moment, pendant la procédure de première instance, la société SOCIETE4.) lui redevait la somme de 80.107,90 € au titre de factures impayées. Le non-paiement des factures aux échéances convenues ainsi que les retards réguliers dans le paiement des factures constitueraient des manquements graves et répétés justifiant la résiliation anticipée du contrat aux torts de la société SOCIETE4.).

La société SOCIETE4.) conclut, principalement, à la confirmation du jugement quant à ce volet du litige. Elle argumente que le contrat entre parties aurait continué à être exécuté pendant toute la procédure de première instance et ce jusqu'au 1^{er} octobre 2019, et que des factures auraient été émises et auraient été réglées par la société SOCIETE4.). La société SOCIETE5.) aurait finalement réduit sa demande en paiement. La société SOCIETE4.) conteste toute faute dans son chef. Elle soutient que s'il y a eu des retards de paiement de certaines factures, ces retards ne lui seraient pas imputables, mais seraient liés aux erreurs de facturation et de décomptes commises par la société SOCIETE5.). La société SOCIETE4.) affirme avoir dénoncé à la société SOCIETE5.) ses propres manquements contractuels dans l'exécution de ses prestations, et cette dernière se serait engagée à mettre en œuvre ses « meilleurs efforts » afin de « remédier au plus vite aux éventuels incidents ». La société SOCIETE4.) insiste pour dire que par son courrier du 23 août 2019, la société SOCIETE5.) l'aurait placée face « à un ultimatum » en la mettant en demeure de payer sous dix jours la somme de 74.414,26 €, sous peine d'une coupure de service annoncée pour le 16 octobre 2019. A ce moment le litige entre parties était déjà pendant devant le tribunal, de sorte que la société SOCIETE5.) aurait su que le paiement réclamé dans son courrier de mise en demeure du 23 août 2019 n'allait pas intervenir.

Dès lors que toute son activité professionnelle aurait dépendu des services fournis par la société SOCIETE5.), la société SOCIETE4.) soutient qu'elle aurait été contrainte de retirer ses logiciels des serveurs de la société SOCIETE5.) avant la coupure annoncée, et ce afin de sauvegarder la poursuite de son activité professionnelle et pouvoir continuer l'exploitation de son commerce. Il ne saurait dans ces conditions être reproché à la société SOCIETE4.) d'avoir résilié le contrat litigieux avant terme. La procédure de « décommissionnement » aurait été sollicitée le 30 septembre 2019 par la société SOCIETE4.) afin qu'elle puisse continuer à exercer son activité professionnelle et elle aurait été acceptée par la société SOCIETE5.), de sorte que, principalement, le jugement entrepris serait à confirmer en ce que le tribunal a retenu que le contrat a été résilié d'un commun accord entre parties.

Subsidiairement, la clause inscrite à l'article 5.3. des conditions générales de service serait une clause pénale, de sorte que l'indemnité forfaitaire y prévue pourrait être réduite en application de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil. La résiliation unilatérale imposée par la société SOCIETE5.) aurait été fixée par celle-ci au « 14 octobre 2019 » et la société SOCIETE4.) aurait déplacé ses données le 30 septembre 2019. Au vu de ces circonstances, la société SOCIETE5.) pourrait tout au plus se prévaloir d'un éventuel préjudice pour la période allant du 1^{er} au 14 octobre 2019. La société SOCIETE4.) demande en outre tenir compte, dans l'évaluation de l'indemnité à allouer éventuellement à la société SOCIETE5.), de l'absence de fourniture de services pendant la période litigieuse ainsi que de l'espace libéré pouvant être revalorisé auprès de nouveaux clients.

La demande de de la société SOCIETE5.) serait en conséquence à rejeter et le jugement entrepris serait à confirmer quant à ce volet.

Tel que relevé à juste titre par le tribunal, avant de se prononcer sur le principe et le quantum de l'indemnité de résiliation éventuellement due par la société SOCIETE4.), il convient d'analyser si le contrat a fait l'objet d'une résiliation.

C'est à juste titre, et par une motivation que la Cour approuve que le tribunal a retenu que le contrat a été résilié d'un commun accord des parties et qu'il a en conséquence rejeté la demande de la société SOCIETE5.).

Le jugement entrepris est en conséquence à confirmer de ce chef.

III) Quant aux demandes accessoires

Aucune des parties n'ayant établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

La société SOCIETE4.) est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, étant donné qu'elle a succombé dans la plupart de ses moyens.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

les dits non fondés,

confirme le jugement entrepris,

rejette les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Pierre GOERENS, avocat concluant, sur ses affirmations de droit.