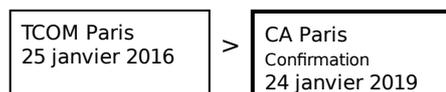


Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 11, 25 janvier 2019, n° 16/07746

Chronologie de l'affaire



Sur la décision

Référence :CA Paris, pôle 5 - ch. 11, 25 janv. 2019, n° 16/07746

Juridiction :Cour d'appel de Paris

Numéro(s) : 16/07746

Décision précédente :Tribunal de commerce de Paris, 26 janvier 2016, N° 12078199

Dispositif :Confirme la décision déferée dans toutes ses dispositions, à l'égard de toutes les parties au recours

Sur les personnes

Président :Michèle LIS SCHAAL, président

Avocat(s) :Antoine CHATAIN, Dominique HAM, Marie-Laure BONALDI, Viviane GELLES

Parties :SARL FRENCH CONNEXION c/ SAS FREE

Texte intégral

Copies exécutoires

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE
FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 11

ARRET DU 25 JANVIER 2019

(n° , 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG
16/07746 - N° Portalis 35L7-V-B7A-BYPUT

Décision déferée à la Cour : Jugement du
26 Janvier 2016 -Tribunal de Commerce de PARIS - RG
n° 12078199

APPELANTE

SARL Y Z

prise en la personne de ses représentants légaux

[...]

[...]

N° SIRET : 417 546 173 (Nice)

représentée par M^e Marie-laure BONALDI, avocat au
barreau de PARIS, toque : B0936

assistée de M^e Viviane GELLES, avocat plaidant du
barreau de LILLE

INTIMEE

SAS FREE

prise en la personne de ses représentants légaux

[...]

[...]

N° SIRET : 421 938 861 (Paris)

représentée par M^e Antoine CHATAIN de l'AARPI
Chatain & Associés, avocat au barreau de PARIS,
toque : R137

assistée de M^e Dominique HAM, avocat plaidant du
barreau de PARIS, toque : R137

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 29 Novembre 2018, en
audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Michèle LIS SCHAAL, Présidente de la chambre

Madame Françoise BEL, Président de chambre

Madame Agnès COCHET-MARCADE, Conseillère

qui en ont délibéré

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Madame A B.

ARRÊT :

— contradictoire,

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

— signé par Madame Michèle LIS SCHAAL, Présidente et par Madame A B, Greffière présent lors de la mise à disposition.

Faits et procédure

La société Y Z a pour activité principale l'enregistrement et la gestion de noms de domaine. L'accès à ses services se fait essentiellement via son site Internet, accessible à l'adresse <http://www.domaine.fr>.

Elle a souscrit auprès de la société Free, le 8 juin 2010, un contrat d'hébergement de serveur pour ses services pour une durée d'engagement de 48 mois (contrat CRA 1006002CL001). Il s'agissait, pour la société Y Z, de disposer d'une infrastructure système et réseau nécessaire pour gérer elle-même la mise à disposition, par le biais d'Internet, des services qu'elle propose. Ce contrat correspondait à une prestation d'hébergement de serveurs physiques simple, sans infogérance.

Le 21 juin 2011, les parties se sont liées par un autre contrat (contrat SKA 1105029CL001) pour une durée d'engagement de 36 mois.

La plate-forme de virtualisation de la société Free a subi, le 24 mars 2012, un incident grave, rendant indisponibles les serveurs virtuels loués par la société Y Z, ainsi que toutes les données qu'ils contenaient.

Dans le cadre des opérations menées par la société Free pour rétablir le service fourni à ses clients, elle a procédé au redémarrage d'un des serveurs de la société Y Z avec des données anciennes, datant d'août 2011.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 23 avril 2012, la société Y Z mettait en demeure la société Free de lui adresser au plus tard le 4 mai 2012 une proposition d'indemnisation de son préjudice. Cette demande a été réitérée par lettre recommandée du 16 mai 2012.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 3 juillet 2012, la société Y Z réitérait sa demande d'indemnisation et sollicitait la résiliation amiable du contrat au vu des manquements de la société Free.

C'est dans ces circonstances que par acte en date du 7 décembre 2012, la société Y Z a fait assigner la société Free devant le tribunal de commerce de Paris aux fins de voir prononcer la résolution judiciaire du contrat CRA 1006002CL001 du 8 juin 2010 à la date du 21 juin 2011, dire nulle la clause de limitation de responsabilité invoquée par la société Free, condamner la société Free à lui payer à titre de dommages et intérêts les sommes de 3.000 euros au titre du préjudice subi du fait de l'indisponibilité des serveurs, 115.000 euros en réparation du préjudice subi à la suite de l'incident du 24 mars 2012, à lui rembourser les sommes de 32.652 euros correspondant aux loyers perçus depuis le 21 juin 2011, de 6.439 euros correspondant aux loyers perçus depuis le 8 juin 2014, ainsi qu'à une indemnité au titre des frais irrépétibles.

Par jugement du 26 janvier 2016, le tribunal de commerce de Paris a débouté la société Y Z de l'ensemble de ses demandes et l'a condamnée à verser à la société Free la somme de 5.000 euros au titre des frais irrépétibles.

Le tribunal a considéré que selon le contrat d'hébergement du 8 juin 2010, qui n'incluait pas de prestation d'infogérance, la société Free n'était pas tenue de fournir à la société Y Z une prestation supplémentaire de sauvegarde de ses données. Il relève que la société Y Z est un professionnel de l'hébergement et de la sauvegarde des données hébergées, qu'elle attire elle-même l'attention de ses clients sur la nécessité de procéder à des sauvegardes de leurs données, qu'elle a sollicité les services de la société Free pour mettre en place une solution de 'dump' (copie) lui permettant de récupérer deux fois par jour ses données hébergées par la société Free sur ses serveurs externes, ce qui témoigne qu'elle savait qu'elle ne bénéficiait pas de la prestation de sauvegarde, ce que rappelle la société Free dans son courrier du 19 juillet 2012.

Il ajoute que la société Free est tenue à une obligation de moyens, comme la société Y Z à l'égard de ses propres clients, qui contractualise l'aléa technique intrinsèque de sa prestation, aléa technique contractuellement accepté qui est intervenu le 24 mars 2012.

Il constate que la société Y Z n'a pas répondu à la demande de la société Free tendant à restaurer la base depuis les 'dumps' et conclut que c'est par sa négligence à réaliser elle-même une sauvegarde de ses données que la société Y Z a été exposée à la situation qu'elle dénonce aujourd'hui.

Sur le contrat du 21 juin 2011 et le rejet de la demande de résolution du contrat du 8 juin 2010, le tribunal après avoir relevé que les prestations fournies au titre du contrat de 2011 sont dépendantes des prestations de connectivité et de sécurité du premier contrat du 8 juin 2010, considère que la souscription du second contrat n'a pas pour effet de résilier le premier et que la demanderesse a exprimé dans son mail du 29 août 2014 la nécessité de continuer à bénéficier des prestations fournies par la société Free au titre du contrat de 2010.

Pour rejeter la demande de dommages et intérêts de la société Y Z, les premiers juges ont considéré que la

société Free n'a commis aucune faute lourde et que la demanderesse ne justifie pas du quantum réclamé.

Quant à la clause limitative de responsabilité, le tribunal a considéré qu'il n'y pas lieu de statuer sur ce point, la société Free n'ayant commis aucun manquement contractuel.

La société Y Z a interjeté appel contre cette décision le 1^{er} avril 2016.

Prétentions et moyens des parties

Par dernières conclusions notifiées et déposées le 30 juin 2016, l'appelante sollicite, au visa des articles 1134 et 1150 (anciens) du code civil, de la cour d'infirmier la décision entreprise en toutes ses dispositions et de :

— constater les manquements contractuels commis par la société Free, constitutifs d'une faute lourde au sens de l'article 1150 du code civil,

— condamner la société Free à lui verser la somme de 3.000 € au titre du préjudice subi du fait de l'indisponibilité de ses serveurs,

— condamner la société Free à lui verser la somme de 115.000 € en réparation du préjudice subi à la suite de l'incident du 24 mars 2012,

— déclarer nulle et de nul effet la clause limitative de responsabilité invoquée par la société Free,

— constater que le contrat CRA1006002CL001 du 08/06/2010 est devenu sans objet depuis sa souscription le 21/06/2011 d'un contrat SKA1105029CL001,

— prononcer la résolution judiciaire du contrat CRA1006002CL001 du 08/06/2010 à la date du 21/06/2011,

— condamner la société Free à lui rembourser la somme de 32.652 € HT correspondant aux loyers perçus depuis le 21/06/2011 au titre du contrat CRA1006002CL001 du 08/06/2010,

— condamner la société Free à lui rembourser la somme de 10.884 € HT correspondant aux loyers prélevés depuis le 08/06/2014 au titre du contrat CRA1006002CL001 du 08/06/2010, à parfaire à la date de l'arrêt à intervenir,

— débouter la société Free de l'ensemble de ses demandes reconventionnelles,

— condamner la société Free à lui verser la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

L'appelante fait valoir au titre des manquements de la société Free, des indisponibilités multiples du serveur à la suite d'un incident grave intervenu le 24 mars 2012 dans le 'datacenter' de la société Free sis à Vitry-sur-seine, la société Free ayant mis plus de 12 heures pour rétablir l'accès à son serveur, période pendant laquelle elle n'a pas eu accès à ses données, accès pourtant vital à son activité de bureau d'enregistrement de noms de domaine. Elle fait valoir qu'aucune amélioration n'a été apportée car un nouvel

incident est intervenu le 7 février 2013 puis le 4 juillet suivant.

Elle fait valoir qu'en vertu de l'article 4.3 de conditions générales de vente, c'est à tort que le tribunal de commerce a considéré que la société Free n'était tenue qu'à une obligation de moyens alors que cette dernière affirmait en outre dans un courriel du 25 novembre 2011 être tenue à une obligations de résultats.

Elle en conclut qu'en n'assurant pas, par ces incidents, la continuité du service offert et, d'autre part, en ne prenant pas les mesures appropriées pour éviter la reproduction d'incidents affectant son infrastructure, la société Free a manqué à ses obligations contractuelles.

Elle ajoute que la société Free a aggravé la situation en procédant après l'incident du 24 mars 2012 au redémarrage d'un des serveurs avec des données anciennes et obsolètes datant de plus de 7 mois sans l'en informer, la remise en service avec une base de données plus récente dont la société Free disposait d'une copie n'ayant été réalisée que le lundi 26 mars à 16h12.

Elle fait également valoir que la société Free a manqué à son obligation de sauvegarde de ses données.

Elle explique que si le contrat de 2010 correspond à une prestation d'hébergement de serveurs

physiques simples sans infogérance et sans obligation de sauvegarde, tel n'est pas le cas du second contrat souscrit en 2011 qui prévoit une prestation d'infogérance, ces deux contrats étant sans lien entre eux. Elle invoque alors les dispositions des articles 4.3.2 et 4.6.2 des conditions générales de vente dédiées à l'hébergement infogéré pour considérer que la société Free a manqué à ses obligations contractuelles, estimant que ce second contrat de 2011 incluait un ensemble de prestations parmi lesquelles figurait la sauvegarde quotidienne qui ne constituait pas une option ainsi qu'il ressort clairement du bon de commande et que contrairement à ce qu'a retenu le tribunal de commerce, il ne lui appartenait nullement de réaliser elle-même la sauvegarde de ses données.

Au titre de son préjudice, elle fait valoir l'indisponibilité pendant plus de 12 heures de son infrastructure le 24 mars 2012 et la réinstallation d'une base de données ancienne à deux reprises à la suite de cet incident.

Elle soutient que la clause limitative de responsabilité prévue au contrat doit être écartée, la société Free ayant commis une faute lourde et cette clause revenant à priver d'effet l'obligation essentielle souscrite par le débiteur.

Du fait des manquements de la société Free, elle sollicite la résolution judiciaire des contrats au 23 avril 2012 date de la première mise en demeure. Elle sollicite en conséquence le remboursement des loyers versés depuis cette date.

Elle considère également que la location des serveurs physiques objets du premier contrat ayant été remplacé par des machines virtuelles en application

du second contrat sur lesquelles ont été transférées l'ensemble de ses données, la société Free a indûment perçu les loyers au titre des serveurs physiques dont elle sollicite le remboursement depuis le 21 juin 2011 date de conclusion du second contrat et à compter de juin 2014, date d'expiration de ce contrat qui n'a pu au vu des circonstances, être tacitement reconduit.

Par dernières conclusions d'intimée et d'appel incident notifiées et déposées le 19 juillet 2016, la société Free sollicite la confirmation du jugement entrepris et, à titre additionnel, la condamnation de la société Y Z à lui payer la somme de 12.613,85 euros majorée d'un intérêt fixé à 1,5 fois le taux d'intérêt légal jusqu'au complet paiement, au titre des factures impayées. Elle demande en outre l'allocation de la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Elle s'oppose à la demande de résolution du contrat du 21 juin 2011.

Elle fait valoir que la société Y Z est une professionnelle dans le domaine des prestations d'hébergement, et que ce sont les manquements de l'appelante à ses propres obligations qui l'ont exposée à la situation qu'elle dénonce.

Elle soutient n'être tenue selon les dispositions du contrat (article 7 alinéa 1^{er} des conditions générales de vente) qu'à une obligation de moyens eu égard à la technicité des technologies mises en oeuvre, l'aléa technique intrinsèque à la prestation étant ainsi contractualisé, et qu'aucun engagement de niveau de service (SLA) en vertu duquel le prestataire informatique peut être tenu de rétablir le service dans un délai défini n'est prévu.

Elle en déduit que l'incident du 24 mars 2012 qui a rendu très temporairement le service indisponible de nuit ne constitue pas un manquement contractuel de sa part, alors qu'elle a tout mis en oeuvre pour remédier très rapidement à l'incident et relancer le système en application des dispositions de l'article 4.6.2 des conditions générales de vente.

Sur le rétablissement avec des données non à jour, elle explique que lorsque ses services ont relancé le système sur la base des données récupérables en leur possession, ils n'avaient pas connaissance du

bug survenu sur le logiciel de gestion des dites données, et n'ont donc pas pu se rendre compte que les données du serveur de l'appelante étaient corrompues et que c'est une fois alertée qu'elle a demandé à la société Y Z de lui fournir une copie de ses données, censées être rapatriées sur les serveurs externes de cette dernière grâce à la solution mise en place par les services techniques le 9 décembre 2011, sauvegarde que l'appelante n'a pas été en mesure de lui fournir, faute d'avoir fait le nécessaire pour mettre en 'uvre la solution mise à sa disposition. Elle considère alors que la société Y Z ne peut lui reprocher d'avoir relancé le système sur la base des dernières données non corrompues en sa possession datant du 14 mars 2012.

En réplique à l'appelante, elle soutient qu'elle ne s'est jamais engagée à garantir une continuité permanente de service, compte tenu des aléas pouvant survenir sur

ce type d'infrastructures, la société Y Z se prévalant d'une faute lourde et de trois autres incidents sans faire état de perte de données et ne sollicitant pas la résolution du contrat.

Elle conteste avoir été contractuellement tenue de fournir à la société Y Z une prestation de sauvegarde de ses données hébergées, faute pour l'appelante d'avoir souscrit cette option, l'article 4.3.2 des conditions générales de vente n'entrant pas dans le champ de l'offre commerciale acceptée par l'appelante, l'étendue exacte des prestations souscrites par le client relevant du descriptif des prestations souscrites, correspondant aux conditions particulières (article 3 des conditions générales de vente). Elle considère que le bon de commande concerne uniquement une prestation d'hébergement ou de colocation mais pas les prestations d'infogérance avec prestation de sauvegarde des données hébergées, rappelant que lorsqu'une prestation de sauvegarde est incluse dans les contrats conclus avec ses clients, elle est clairement identifiée et associée à un coût déterminé (pièce 6), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Elle en déduit que dès lors qu'elle n'avait pas souscrit d'offre optionnelle de sauvegarde externe de ses données, la société Y Z était tenue d'assurer elle-même la sauvegarde de ces données.

Elle ajoute que la société Y Z est d'autant moins fondée dans ses prétentions qu'elle lui a gracieusement mis à sa disposition une sauvegarde quotidienne de ses données en lui permettant de récupérer deux fois par jour sur ses serveurs externes les données hébergées sur les serveurs de Free via l'ouverture d'un ticket le 2 décembre 2011 (processus de dump), ce qui démontre que l'appelante savait que la prestation de sauvegarde n'était pas incluse dans le contrat. Elle précise qu'il appartenait ensuite à la société Y Z de faire le nécessaire, en interne, pour en profiter, ce qu'elle n'a pas fait alors que cela lui était a priori aisé, au vu de ses compétences en la matière.

Elle conclut que c'est par sa négligence fautive à réaliser elle-même une sauvegarde de ses données et par son incapacité à mobiliser les sauvegardes externes dont elle lui faisait bénéficier quotidiennement et gracieusement, que l'appelante a été exposée à la situation qu'elle dénonce aujourd'hui, et qu'aucune faute contractuelle susceptible de justifier la résolution judiciaire du contrat ne peut lui être reprochée.

Sur les demandes indemnitaires en suite de l'incident du 24 mars 2012, elle oppose à l'appelante l'irrecevabilité de cette demande en application de la clause limitative de responsabilité prévue à l'article 7 des conditions générales de vente, répliquant qu'elle n'a commis aucune faute lourde. Elle conteste la méconnaissance de l'obligation essentielle du contrat en opposant à l'appelante ses propres conditions générales de vente, et en faisant valoir l'adage selon lequel 'nul ne peut se contredire au détriment d'autrui'.

Elle conteste les demandes indemnitaires les estimant non fondées.

Pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, il est renvoyé aux dernières conclusions

signifiées conformément à l'article 455 du code de procédure civile.

SUR CE,

Sur la responsabilité contractuelle de la société Free

La société Y Z soutient que le second contrat conclut le 21 juin 2011 comprenait des prestations d'infogérance à la différence du premier contrat conclut le 8 juin 2010. Elle considère alors qu'en application de ce second contrat, la société Free avait une obligation de sauvegarde quotidienne de ses données sensibles, ce en application des dispositions de l'article 4.3.2 des conditions générales de vente d'hébergement, cette prestation n'étant pas une option qu'elle aurait renoncé à souscrire, et que cette sauvegarde aurait dû permettre à la société Free de rétablir sans difficulté les données actuelles de son serveur.

Il ressort des éléments versés au débats et des explications des parties que :

Le 8 juin 2010, la société Y Z a signé un bon de commande auprès de la société Free (contrat CRA1006002CL001) pour une durée d'engagement de 48 mois et un abonnement mensuel comprenant la location d'espace d'hébergement, le transit internet 10 Mbps, la fourniture d'un firewall mutualisé, gestes de proximité niveau 1 (reboot, vérification câblage, changement de composants, accueil et accompagnement prestataire, badges) ainsi que la location de serveurs.

Le 21 juin 2011, cette même société a signé un second bon de commande auprès de la société Free (contrat SKA11050229CL001) pour une durée d'engagement de 36 mois comprenant la mise en service de la supervision des services ports/url, la mise en service de la machine virtuelle, la mise en service des ressources virtuelles, pour clients en marque blanche, la location mensuelle d'une machine virtuelle et un espace de stockage par tranche de 10 giga octets sur la machine virtuelle.

Selon le courriel de la société Free à la société Y Z du 31 mai 2011 ayant pour objet 'bon de commande pour Y Z', la proposition de la société Free intègre les frais de mise en service de la plate-forme, soit 1.600 euros HT et les services associés: '2 serveur virtuel avec infogérance HO/HNO et stockage supplémentaire HO/HNO pour des frais mensuels de 1.212 euros HT'. Un mail antérieur du 17 avril 2010 de la société Free à la société Y Z explicitait les offres de colocation et d'infogérance virtual data center, cette dernière étant ainsi décrite : *'L'offre Infogérance Virtual Datacenter concernant une solution d'administration de 3 serveurs virtuels sur une plateforme mutualisée de virtualisation, et en option la solution de sauvegarde mutualisée pour une volumétrie de 450 Go. L'offre de virtualisation comprend une sauvegarde sur 24h, alors que l'option Sauvegarde mutualisée a une rétention sur 2 semaines, si cela vous convient mieux.'*

Selon les conditions générales de vente fournies par les deux parties qui sont datées du 11 juin 2010 et paraphées, il est précisé à l'article 3 'commande' que *'la commande définit les services choisis, leur prix et les éventuelles conditions spécifiques qui leurs sont applicables...'*

L'article 4.3.2 de ces conditions générales de vente d'hébergement, prévoit que : *'la prestation d'exploitation de l'infrastructure hébergée et gérée par le prestataire [FREE SAS] inclut :*

- *la supervision du bon fonctionnement de l'infrastructure hébergée et gérée par le prestataire,*
- *la gestion d'incident sur l'infrastructure hébergée et gérée par le prestataire,*
- *la sauvegarde quotidienne des données sensibles de l'infrastructure hébergée et gérée par le prestataire,*
- *la gestion des demandes de changements exprimées par le client sur l'infrastructure hébergée et gérée par le prestataire,*
- *le maintien aux conditions opérationnelles de l'infrastructure hébergée et gérée par le prestataire.'*

De même, l'article 4.6.2 desdites conditions générales précise que *'le prestataire [FREE SAS] s'engage à tout mettre en uvre pour corriger, éliminer ou contourner les anomalies rencontrées sur l'accès au service, dès lors que ces anomalies sont détectées par le prestataire ou notifiées au prestataire par le client. En cas d'interruption du service, le prestataire procédera aux opérations nécessaires sur l'infrastructure hébergée et gérée par lui-même et/ou au LAN du centre d'hébergement et/ou au réseau et/ou au centre d'hébergement pour rétablir le service. Le prestataire contactera le client si le problème persiste et nécessite l'attention et/ou l'intervention du client (').*

L'article 7 'Responsabilité' précise que : *'au titre de l'exécution du contrat le prestataire s'engage à fournir les services dans les conditions de disponibilité, de continuité et de qualité de service définies au présent contrat. Le prestataire est assujéti à une obligation de moyens eu égard à la technicité des technologies mises en oeuvre ...'*

A la demande de la société Y Z, ce qu'elle ne conteste pas, a été mis en place au mois de décembre 2011 par la société Free un processus de 'dump' (copie) deux fois par jour de ses bases (domain.fr et alliantic) récupérable automatiquement par une machine appartenant à la société Y Z grâce à l'utilisateur 'frc' pour lequel elle a les accès.

Le 24 mars 2012, à la suite d'une erreur humaine d'un ouvrier intervenant dans le cadre de travaux de réhabilitation en cours sectionnant un câble d'alimentation, un incident est intervenu sur la plate-forme de virtualisation de la société Free, produisant selon le mail en date du 3 avril 2012 de la société Free à la société Y Z, *'la corruption de certaines meta données de la VM1 (celle qui héberge domaine.fr). Nous avons alors reconstruit une nouvelle VM à partir des données de l'ancienne pour remettre en route le service. Le disque dur virtuel est constitué d'une base + des incréments. Dans un premier temps, la nouvelle VM a redémarré dans les données de août 2011 ... Après un certain temps nous avons finalement réussi à ramener la VM à son état du 14 mars 2012, ce qui représentait un delta d'une quinzaine de jours. Votre machine est la seule à avoir subi des pertes de données sur la plate-forme ce jour là. Pourquoi la dernière 'sauvegarde' datait du 14 mars ' Il ne s'agissait pas d'une sauvegarde, c'étaient les données*

principales de la machine. Lors de l'incident la dernière version récupérable était celle du 14 mars. Ace jour, il n'y avait aucun service de backup associé à vos VM. Des dumps de base sont effectués régulièrement, mais sur le même disque que la VM. En cas de perte de la VM, ils sont perdus également, même si ce cas reste très rare...'

Sur l'obligation de la société Free de procéder à une sauvegarde des données de la société Y Z en application du contrat du 21 juin 2011 (SKA11050229CL001), l'appelante n'invoque pas utilement les dispositions de l'article 4.3.2 des conditions générales de vente, qui sont identiques à celles applicables au précédent contrat du 8 juin 2010 dont elle reconnaît elle-même qu'il ne comportait pas d'obligation de sauvegarde de la part de l'intimée. En effet, en application de l'article 3 de ces conditions générales de vente, la commande définit les services choisis et le bon de commande du 21 juin 2011 ne prévoit aucun service de sauvegarde dite 'mutualisée' réalisé grâce à des serveurs externes de la société Free. Ainsi que le relève cette dernière, elle ne procédait qu'à une sauvegarde locale quotidienne présentant le risque de perte de données en cas de problème sur une ou plusieurs machines de la plate-forme du Datacenter.

Il apparaît d'ailleurs qu'en tant que professionnelle de l'Internet et de l'hébergement, la société Y Z avait conscience de l'absence de sauvegarde sur un serveur externe comprise dans le contrat de 2011, puisqu'elle avait sollicité auprès de la société Free depuis le 9 décembre 2011, la mise à disposition quotidienne de 'dumps' (copie de données) permettant à l'appelante de récupérer deux fois par jour sur ses propres serveurs externes ses données hébergées sur les serveurs de Free, ce quand bien même ces copies lui servent à effectuer certains travaux.

Il se déduit de ce qui précède que la société Free n'était tenue, en vertu du contrat du 21 juin 2011, à aucune obligation de sauvegarde sur un serveur externe des données de la société Y Z.

En outre, ainsi que l'a justement retenu le tribunal, il apparaît des conditions générales de vente fournies au débat et particulièrement de son article 7, conditions générales acceptées par la société Y Z, que la société Free est tenue, s'agissant de la continuité de l'exploitation des serveurs loués, à une obligation de moyens, l'appelante ne pouvant tirer argument d'un courriel du 25 novembre 2011 d'un collaborateur de la société Free évoquant une obligation de résultats de maintien en condition de sa plate-forme, ni l'argumentaire commercial de la société Free mettant en avant l'efficacité de son dispositif pour en conclure que cette dernière est soumise, dans le cadre de leur relation contractuelle, à une obligation de résultats, ce en contradiction avec les dispositions de l'article 7 des conditions générales de vente que la société Y Z a expressément acceptées.

Or, ainsi que le relève la société Free, celle-ci a rétabli le système quelques heures après la défaillance exceptionnelle précédemment décrite intervenue pendant un congé de fin de semaine, aucune disposition contractuelle ne fixant le délai de remise en route du serveur.

S'agissant du rétablissement du serveur avec des données d'août 2011 dans un premier temps puis, après alerte du client, du 14 mars 2012 dans un second temps, la société Y Z ne peut utilement reprocher à la société Free d'avoir manqué à son devoir de mise en garde en remettant immédiatement en service le serveur sur la base de données anciennes ce sans son accord, et de ne pas avoir déployé l'ensemble des moyens nécessaires pour permettre la récupération de données à jour, alors que l'incident s'est déroulé en période de congé de fin de semaine, que la société Y Z ne s'est aperçue elle-même de l'ancienneté des données que le lundi après interpellation de certains clients, et que la restauration des données en date du 14 mars 2012 a été effectuée par le prestataire dans les plus brefs délais une fois alerté, celui-ci s'étant également rapproché de la société Y Z pour mobiliser les sauvegardes externes par elle réalisées à partir des 'dumps' et récupérer les données dont elle disposait, demande à laquelle l'appelante n'a pas donné suite.

Ainsi que le reconnaît la société Y Z dans ses écritures (page18), et comme le mentionne la société Free dans un courriel du 23 mars 2013, l'impossibilité pour la société Free de récupérer une copie récente des données, comme elle l'a fait dans le cadre d'autres incidents qui sont intervenus, est due à 'un bug du vmwear'. En conséquence, si la société Free a une obligation de moyens de remettre en état le serveur avec des données à jour, il apparaît des circonstances de l'espèce que ce prestataire a mis en oeuvre l'ensemble des moyens à sa disposition pour restaurer les données et qu'il ne peut lui être reproché aucun manquement à ce titre.

L'incident intervenu le 24 mars 2012 affectant le serveur de la société Y Z et le non rétablissement immédiat du serveur avec les données à jour ne constituent pas un manquement à son obligation contractuelle de moyens de la société Free, celle-ci ayant mis en oeuvre les diligences nécessaires pour tenter de résoudre les difficultés engendrées par cet incident ce en application de l'article 4.6.2 des conditions générales de vente 'maintenance corrective'.

Aucun manquement à ses obligations contractuelles de la société Free n'étant caractérisé, les demandes de la société Y Z d'allocation de dommages et intérêts et de résolution judiciaire du contrat du 8 juin 2010, seule sollicitée dans le dispositif de ses dernières écritures, ne peuvent être accueillies et le jugement entrepris confirmé en toutes ses dispositions.

La société Y Z invoque également la faute lourde de la société Free en raison de la relance des machines avec des données anciennes de sept mois et de l'absence de sauvegarde de ses données, et considère que la clause limitative de responsabilité invoquée par l'intimée doit être réputés comme non écrite dès lors qu'elle contredit la portée essentielle de l'obligation souscrite.

Néanmoins, une clause limitative de responsabilité qui limite l'indemnisation du client, en cas de défaillance du service d'hébergement, au seul préjudice direct et immédiat et plafonne le montant à six mois de facturation du contrat et le montant total des dommages et intérêts versés sur une année civile à la valeur annuelle du contrat, n'a pas pour effet de vider

de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'hébergement. En outre, la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur. Or, il résulte de ce qui précède qu'aucun manquement contractuel et a fortiori l'existence d'une faute lourde de la société Free n'est établie par la société Y Z, ce quand bien même d'autres incidents sont intervenus dont l'appelante ne précise d'ailleurs pas les conséquences. Ses demandes à ce titre ne peuvent en conséquence qu'être rejetées et le jugement déféré confirmé.

— Sur le contrat conclu le 8 juin 2010 (CRA1006002CL001)

La société Y Z soutient que le contrat du 21 juin 2011 rend le contrat du 8 juin 2010 sans objet et sollicite la résiliation judiciaire de celui-ci ainsi que le remboursement des sommes qu'elle estime avoir indûment versées à la société Free au titre de ce contrat, ainsi qu'elle l'a réclamé par une mise en demeure en date du 23 novembre 2011 réitérée le 15 décembre suivant. Elle estime également que ce contrat n'a pu être tacitement renouvelé à son terme en juin 2014, alors qu'elle a sollicité la cessation de ce contrat tant par lettre recommandée avec accusé de réception que dans le cadre de l'assignation devant le tribunal de commerce.

S'agissant du remplacement du contrat du 8 juin 2010 (contrat CRA1006002CL001) pour une durée d'engagement de 48 mois par le contrat du 21 juin 2011 (contrat SKA11050229CL001) pour une durée d'engagement de 36 mois, la seule circonstance que des données de la société Y Z ont migré de serveurs physiques vers des serveurs virtuels ne justifie pas que le second contrat a remplacé le premier, aucun élément dans les négociations pré contractuelles n'étant en ce sens évoqué, la société Y Z n'ayant à aucun moment manifesté sa volonté de mettre fin au premier contrat lors de la conclusion du second, ce d'autant que celui-ci prévoit des services de 'firewall' et de transit internet non inclus au second contrat, étant au surplus relevé que la résiliation anticipée du contrat du 8 juin 2010 est enserrée dans des délais et entraîne le versement de pénalités (articles 6 et 12-4 des conditions générales de vente).

En application des dispositions de l'article 6 des conditions générales de vente relatives à la durée du contrat, le contrat du 8 juin 2010 est entré en vigueur à cette date qui est celle de la signature du bon de commande, ce pour 48 mois, et, à l'issue de cette période il a été renouvelé par tacite reconduction par période annuelle, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties notifiées par lettre recommandée avec accusé de réception, au mois 30 jours avant la date de survenance du terme. De même, il est prévu à l'article 12 'suspension-résiliation', la possibilité pour chacune des parties de résilier le contrat par lettre recommandée trente jours après une mise en demeure restée infructueuse, en cas de résiliation pour faute, ou toujours pas lettre recommandée avec accusé de réception, sous réserve du respect d'un préavis de trente jours en cas de résiliation sans faute.

Or, la société Y Z n'a à aucun moment sollicité la résiliation du contrat du 8 juin 2010 dans les formes

prévues par les dispositions ci-dessus rappelées des conditions générales de vente. En effet, les lettres recommandées adressées par l'appelante faisaient valoir que le contrat du 21 juin 2011 avait été remplacé par celui du 8 juin 2010 et que les factures émises au titre de ce contrat n'étaient pas dues, mais ne sollicitaient pas la résiliation anticipée du contrat du 8 juin 2010 qui entraînait obligation de payer des indemnités. De même, aucune demande de résiliation dans les 30 jours précédant l'échéance de ce contrat n'a été adressée, le courriel du 29 août 2014 adressé par M. X de la société Y Z à la société Free dans lequel il précise : *'en tout état de cause, le serveur alliancenic devra continuer à fonctionner quoi qu'il en soit car il est indispensable au bon fonctionnement de notre commerce et son renouvellement n'a jamais été mis en cause'*, démontrant au contraire la volonté de l'appelante de reconduire ce contrat. Le contrat du 8 juin 2010 a donc été

tacitement reconduit.

La demande de résiliation judiciaire n'est pas justifiée. Il en va de même, au vu de ce qui précède, de la demande de remboursement des versements effectués par la société Y Z au titre du contrat du 8 juin 2010 (contrat CRA1006002CL001) depuis la conclusion du contrat du 21 juin 2011 (contrat SKA11050229CL001).

Le jugement déféré est donc également confirmé sur ce point.

Sur la demande en paiement de la société Free

La société Free réclame le paiement de la somme de 12.613,85 euros TTC au titre des factures impayées par la société Y Z depuis le mois d'août 2014.

Il apparaît en effet de la mise en demeure adressée par la société Free à la société Y Z le 22 octobre 2015 ainsi que du décompte joint, que cette dernière était encore redevable de la somme de 12.613,85 euros TTC au titre des factures émises entre le 1^{er} août 2014 et le 30 juin 2015 et concernant les contrats CRA1006002CL001, SKA11050229CL001 et TAN1405002CL001.

Au vu de ce qui précède, le contrat du 8 juin 2010 ayant été tacitement reconduit faute de résiliation avant son terme, la société Y Z doit être condamnée à payer à la société Free la somme de 12.613,85 euros TTC majorée d'un intérêt fixé à 1,5 fois l'intérêt au taux légal à compter du 30 octobre 2015 soit huit jours après l'envoi de la mise en demeure de payer, ce en application des dispositions de l'article 15.2.2 des conditions générales de vente.

Sur les autres demandes

Partie perdante, la société Y Z est condamnée aux dépens et à payer à la société Free, en application de l'article 700 du code de procédure civile, une indemnité qui sera, en équité, fixée à la somme de 10.000 euros.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

CONFIRME le jugement entrepris;

Y ajoutant,

CONDAMNE la société Y Z à payer à la société Free la somme de 12.613,85 euros TTC majorée d'un intérêt fixé à 1,5 fois l'intérêt au taux légal à compter du 30 octobre 2015 ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société Y Z à payer à la société Free la somme de 10.000 euros ;

CONDAMNE la société Y Z aux dépens.

Le greffier Le président