



POUVOIR JUDICIAIRE

C/13510/2017

ACJC/1256/2020

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 1^{ER} SEPTEMBRE 2020

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], appelante d'un jugement rendu par la 15^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 novembre 2019, comparant par Me François Micheli, avocat, rue François-Bellot 6, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise _____ (FR), intimée, comparant par Me Michel Chevalley, avocat, rue de la Porcelaine 13, case postale 1355, 1260 Nyon (VD), en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 2 octobre 2020.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/16770/2019 rendu le 25 novembre 2019, notifié aux parties le 29 novembre 2019, le Tribunal de première instance a condamné A_____ SA (ci-après : A_____) à verser à B_____ SA (ci-après : B_____) 632'644 fr. 64 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2015 (chiffre 1 du dispositif), écarté l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à concurrence de 632'644 fr. 64 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2015 (ch. 2), arrêté les frais judiciaires à 25'200 fr., mis à la charge de A_____ et compensés intégralement avec une partie de l'avance de frais versée par cette dernière, ordonné la restitution à A_____ du solde de son avance, soit 14'800 fr., ainsi que la restitution des avances versées par B_____ en 30'200 fr. (ch. 3), condamné A_____ à payer à B_____ 30'000 fr. TTC à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).
- B.**
- a.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 14 janvier 2020, A_____ a formé appel contre ce jugement sollicitant son annulation. Elle a préalablement conclu à ce que la Cour entende C_____, D_____ et E_____. Principalement, sur demande principale, elle a conclu à ce que la Cour déboute B_____ de toutes ses conclusions, subsidiairement, lui donne acte de son engagement à lui payer 296'511 fr. 90 avec intérêts à 5% l'an dès le 30 août 2015. Sur demande reconventionnelle, elle a conclu à ce que la Cour condamne B_____ à lui payer 1'000'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 11 février 2019, le tout sous suite de frais et dépens.
- b.** B_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris, au rejet de l'appel et au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.
- c.** Les parties ont répliqué, respectivement dupliqué, et persisté dans leurs conclusions, sous suite de frais et dépens.
- d.** Par avis du 15 avril 2020, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** B_____ est une société anonyme de droit suisse ayant pour but, notamment, la location, le leasing ou toute autre forme de mise à disposition de technologies interactives et multimédia, en particulier des programmes de divertissement pour l'hôtellerie et d'autres secteurs d'activités, ainsi que l'achat, la vente et le commerce en général de ces technologies et toute activité commerciale et financière en relation avec celles-ci.

Elle fait partie d'un groupe de sociétés et a comme maisons mères les sociétés britanniques F_____ LIMITED et G_____ LIMITED.

b. A_____ est une société anonyme de droit suisse dont le but consiste entre autres en l'exploitation de commerces, en particulier dans le domaine hôtelier. Elle exploite notamment l'établissement hôtelier 5 étoiles H_____ (ci-après : l'hôtel H_____ ou l'hôtel), devenu récemment le I_____.

D_____ travaille pour A_____ depuis 2004 et est administrateur de la société gérant l'hôtel, ainsi qu'organe de A_____ depuis 2016. C_____ est administrateur de A_____ depuis fin 2010 et avocat. E_____ est employé de la société en charge de la gestion de l'hôtel.

c. Par contrat du 11 novembre 2002, F_____ LIMITED et G_____ LIMITED ont conclu avec la société J_____ (société tombée depuis lors en faillite et radiée du registre du commerce), un contrat portant sur l'installation, l'utilisation et la maintenance d'une plateforme d'utilisation intitulée K_____, laquelle devait permettre aux clients de l'hôtel L_____ (qui deviendra l'hôtel H_____) de pouvoir bénéficier en chambre d'un service d'information, de programmes vidéos à la demande, de musique et d'un accès à Internet (ci-après: le contrat K_____).

La plateforme K_____ impliquait tant la location d'un équipement matériel spécifique (câble, connecteur, serveurs télévisions, etc.) que des logiciels et l'octroi de licences d'utilisation. Le service de maintenance devait s'effectuer via une centrale d'appel, respectivement par l'intervention sur place de personnel technique.

d. A compter du mois d'avril 2004, dans le cadre de la liquidation de la faillite de J_____, A_____ s'est substituée à la faillie dans l'exécution du contrat K_____, ce avec l'accord de F_____ LIMITED et G_____ LIMITED.

Les partenaires contractuels de A_____ dans le cadre du contrat K_____, soit F_____ LIMITED et G_____ LIMITED, ont aussi été remplacés par B_____.

e. Selon son libellé, la durée du contrat K_____ était : *"96 mois [Période commençant à la date d'entrée en vigueur du contrat et se terminant le dernier jour du mois civil au cours duquel la dernière année contractuelle convenue, à compter de la date d'acceptation, s'est écoulée]"*.

f. En cas de résiliation anticipée du contrat, B_____ avait droit à une *"indemnité [...]" ("forfait de résiliation anticipée")*, d'un montant tel que précisé à la Partie H de l'Annexe 1 payable au cours du mois de résiliation, en guise de dédommagement pour (a) les forfaits mensuels dus jusqu'à la fin de la durée du contrat, (b) les coûts de financements encore supportés par QI malgré la résiliation anticipée, (c) le démontage et le transport de l'équipement loué, y

compris tous les LCU installés dans les téléviseurs appartenant à l'hôtel, et (d) les frais d'assistance continue (respectivement d'achèvement) qui auraient été dus pour les chambres installées".

La "Partie H de l'Annexe I" mentionnée dans l'extrait du contrat reproduit ci-dessus contenait un tableau indiquant les montants dégressifs dus à titre de "forfait de résiliation anticipée" ("Early termination fee payable") en fonction du nombre de mois déjà courus au moment de la résiliation anticipée. Ce tableau était précédé de l'introduction suivante :

"Calculé à compter de la date d'acceptation :"

g. Par contrat portant la date du 22 octobre 2010, B_____ et A_____ ont convenu de remplacer le système K_____ installé dans l'hôtel par un système plus moderne et de meilleur standing (système M_____).

A l'instar du contrat K_____, le nouveau contrat (ci-après: le contrat M_____), signé par chacune des parties en date du 29 octobre 2010, était composé de plusieurs documents constituant un seul et même accord :

- Un formulaire de commande "*Order Form M_____*", accompagné d'un plan d'implémentation et d'une liste de vente ou de location de matériel ("*Rental Equipment List*");
- Un document listant les prix et tarifs "*M_____ Pricing Schedule*";
- Une fiche produit "*M_____ Product Schedule*";
- Des conditions générales ("*General Terms*"); et
- Un accord sur le niveau du service de maintenance ("*Service level Agreement*").

En cas de conflits entre les règles figurant dans les différents documents précités, une hiérarchie était prévue en ce sens que les règles figurant dans le premier document listé ci-dessus devaient prévaloir sur celles contenues dans le deuxième et ainsi de suite ("*If there is a conflict between any of the parts of this Agreement, the documents will prevail in the same order as set out above*").

h. Selon l'"*Order Form M_____*", le contrat M_____ devait avoir une durée de 84 mois ("*initial term*").

La teneur de l'art. 12 des Conditions générales ("*General Terms*") est la suivante :

"12. Term and Termination

12.1 This Agreement starts on the Agreement Date.

12.2 Unless terminated earlier, this Agreement will continue for the Initial Term and thereafter until either party gives the other three months prior written notice to expire at the end of the Initial Term or any anniversary of the Initial Term."

(12. Durée et résiliation :

12.1 Ce contrat commence à la date du contrat.

12.2 A moins d'une résiliation anticipée, ce contrat continuera pour la durée initiale et ainsi de suite jusqu'à ce que l'une de parties le résilie par écrit avec un délai de préavis de trois mois avant la fin de la durée initiale ou tout anniversaire de la durée initiale.)

Selon le document "Order Form M_____", l'"Agreement Date" correspondait au 22 octobre 2010.

i. La rémunération de B_____" (*"Platform Fee"*), prévue dans le "*M_____ Pricing Schedule*", devait être de 135 fr. par mois et par chambre (423 chambres), soit 57'105 fr. par mois au total, payable au premier jour ouvrable de chaque mois. La première mensualité devait être payée le premier jour ouvrable suivant la date d'acceptation.

j. Le "*M_____ Pricing Schedule*" prévoit, sous le titre "*Early Termination Fee*", "*number of rooms x CHF 113.52 x number of unexpired months of initial term*".

(Indemnité de résiliation anticipée : nombre de chambres x 113 fr. 52 x nombre de mois restant de la durée initiale.)

La portée de l'obligation de payer ce montant en cas de résiliation anticipée est litigieuse en appel.

Selon A_____, cette disposition du contrat ne prévoyait pas les situations dans lesquelles l'indemnité était due, ni son mode de calcul. Par conséquent, il n'était pas prévu qu'elle paie l'indemnité de résiliation anticipée si elle-même résiliait le contrat.

Selon elle, la disposition topique du contrat M_____ régissant le versement de l'indemnité était l'art. 14, en particulier l'art. 14.1.3 des conditions générales, lequel renvoyait aux articles 8.2.1 et 13.1 des conditions générales :

"14. Consequences of termination

14.1 On termination of this Agreement the Customer will:

[...]

14.1.3 If terminated by B_____ pursuant to Clause 8.2.1 or 13.1, immediately pay to B_____ the Early Termination Fee."

Article 8.2 et 8.2.1

"8.2 The Customer shall not provide, nor allow any third party to provide, any service, equipment or platform which is capable of competing with the Service or the Portal. Any breach of this clause by the Customer will be deemed a material breach of this Agreement and B_____ will serve notice on the Customer to remedy this breach within 2 (two) weeks, failure of which will entitle B_____ to either:

8.2.1 terminate this Agreement (in which case the Early termination Fee will be payable by the Customer)" [...]

Article 13 (extraits)

"13. Early Termination and Suspension

13.1 Either party may immediately terminate this Agreement by giving notice in writing to the other with immediate effect, if the other party:

13.1.1 fails to pay any sum due under this Agreement within 40 days of the due payment date;

13.1.2 commits a material breach of this Agreement [...]"

(14. Conséquences de la résiliation

14.1 Lors de la résiliation du contrat le Client [i.e. A_____] :

[...]

14.1.3 Si le contrat est résilié par B_____ conformément à l'art. 8.2.1 ou 13.1, le Client payera immédiatement l'indemnité de résiliation anticipée.

Art. 8.2 et 8.2.1

8.2 Le Client ne fournira, ni ne permettra aucun tiers de fournir tout service, équipement ou plateforme qui entre en concurrence avec les services de B_____. Une violation de cette clause par le Client sera considérée comme une violation essentielle du contrat et B_____ demandera au Client de remédier dans les deux semaines à cette situation, faute de quoi B_____ pourra :

8.2.1 terminer le contrat (dans ce cas l'indemnité de résiliation anticipée est due par le Client) [...]

Article 13

13. Résiliation anticipée et Suspension

13.1 Chaque partie peut immédiatement résilier ce contrat en le notifiant par écrit à l'autre partie, si celle-ci :

13.1.1 ne paie pas une somme due selon le contrat dans un délai de quarante jours à compter de son exigibilité;

13.1.2 commet une violation essentielle du contrat [...]).

Quant à B_____, elle se prévaut de la hiérarchie interprétative prévue dans le contrat, évoquée ci-dessus à l'attendu i. et en conclut que l'indemnité est due par A_____ en cas de résiliation anticipée du contrat par celle-ci.

k. A teneur de l'art. 17.5 des conditions générales, "[t]his Agreement sets out the entire agreement and understanding between the parties in respect of the subject matter of this Agreement and supersedes any previous arrangements or agreements between the parties"

(Cet accord constitue l'intégralité de l'accord et de l'entente entre les parties concernant l'objet du contrat et prévaut sur tous arrangements et accords antérieurs intervenus entre les parties).

En outre, l'art. 17.6 prévoit : "No variation of this Agreement will be valid unless it is in writing and signed by or on behalf of all the parties."

(Aucune modification du contrat ne sera valable à moins d'être passée par écrit et signée par les parties ou leurs représentants).

Il est constant que l'installation complète du Système M_____, laquelle supposait la mise en place d'un important matériel (remis en location, notamment des écrans plus grands et haute définition par B_____, conformément à la "Rental Equipment List"), n'est intervenue qu'à fin mai 2011. Jusqu'à cette date, le système K_____ a continué à être utilisé par l'hôtel et les tarifs relatifs au premier contrat ont continué d'être appliqués.

l. Le 29 octobre 2010, les parties ont convenu d'un premier avenant au contrat M_____, prévoyant une baisse du forfait mensuel de 135 fr. HT par chambre et par mois à 133 fr. 50 HT.

m. Les 30 mai et 1^{er} juin 2011, B_____ et A_____ ont signé un second avenant au contrat M_____ portant la date du 19 mai 2011, dont la teneur est la suivante :

"1.1 B_____ va vous fournir les écrans de télévision supplémentaires dont vous avez besoin soit : 20 X LED 40" [marque] N_____ Serie 2_____ et 10 x LED 46" 2_____, service et maintenance compris.

1.2 Le loyer M_____ se monte à 135.- CHF par chambre et par mois. Base de calcul : 423 chambres. Durée du contrat : 84 mois.

1.3 Cet avenant remplace tous les autres avenants".

n. Le 9 juin 2011, O_____, pour le compte de A_____, a signé un certificat d'acceptation attestant de la mise en place et du bon fonctionnement du système M_____. Dès ce moment, A_____ a commencé à s'acquitter régulièrement du "Platform Fee" de 135 fr. par mois et par chambre contractuellement prévu pour la solution M_____.

o. Entre mars 2011 et mars 2015, A_____ a allégué avoir répertorié 5'353 problèmes techniques. Elle n'a pas allégué que la fréquence de ces pannes, ni leur importance auraient augmenté ou se seraient aggravées dès janvier 2015, mise à part une panne importante en janvier 2015 et dont il sera question ci-dessous.

Le tableau répertoriant ces 5'353 problèmes techniques est constitué des entrées faites par le personnel de A_____ au jour le jour, la plupart n'ayant pas même de description du problème concerné. A_____ s'est abstenu de décrire le degré de gravité de ces problèmes techniques.

Selon B_____, seuls 388 tickets de maintenance avaient été ouverts durant cette période, dont 95 correspondaient à des actions proactives. Sur les 293 tickets restants, 110 ne concernaient qu'une seule chambre. Parmi les "problèmes" invoqués par A_____, nombreux étaient ceux qui concernaient une mauvaise manipulation par les clients ou des câbles débranchés.

En outre, le système a connu trois pannes majeures les 28 et 29 novembre 2013, 7 et 8 novembre 2014 et 21 et 22 janvier 2015.

Les 21 et 22 janvier 2015, alors que le Salon International de la Haute Horlogerie se tenait à Genève, la panne a touché l'ensemble de l'hôtel, en raison d'une mise à jour lancée par B_____ pendant la nuit. Dans un courriel du 21 janvier 2015 au soir, B_____ a notamment écrit que la confiance du client dans leur service et leur maintenance était irrémédiablement perdue.

Parallèlement, en 2013, le service de maintenance a été délocalisé en Inde, ce qui ne convenait pas à A_____.

Par courriel du 26 juin 2014, A_____ a fait part de son insatisfaction quant à l'exécution du contrat par B_____.

que durant les heures de bureau et avait été délocalisé en Inde. Il y avait eu deux pannes majeures en 2013 et 2014. Enfin, le matériel était dépassé et trop coûteux. A_____ prendrait "*des mesures*" si des informations financières sur les investissements de B_____ dans l'hôtel n'étaient pas fournies à brève échéance.

Par courriel du 18 décembre 2014, A_____ a annoncé son intention de résilier le contrat en raison de l'évolution de la technologie et des habitudes des clients qui avaient rendu le système de B_____ dépassé et moins profitable. Aucune mention n'était faite de problèmes techniques.

p. Par courrier du 10 avril 2015, A_____ a résilié le contrat M_____ pour le 31 juillet 2015, invoquant l'existence de nombreux dysfonctionnements techniques survenus et son mécontentement quant à la réactivité et au niveau de compétence du service d'assistance technique de B_____. A_____ avait accepté, lors d'une réunion du 28 janvier 2015, que B_____ lui soumette des propositions concrètes qui l'inciteraient à poursuivre la collaboration. Les nouvelles offres proposées par B_____ les 27 février et 26 mars 2015 étaient considérées comme insatisfaisantes par A_____.

q. Par courrier du 17 avril 2015, B_____ a accusé réception de la résiliation prononcée par A_____ et réclaté à cette dernière le paiement d'un forfait de résiliation anticipée à hauteur de 1'632'644 fr. HT ("*423 (chambres) x 113.52 (montant de la résiliation) x 34 (nombre de mois à courir avant l'échéance du contrat fixé contractuellement au 31.05.2018)*").

r. Par courrier du 16 juin 2015, A_____ a fait savoir à B_____ que l'indemnité de résiliation se calculait selon l'équation suivante : 423 chambres x CHF 113.57 x 27 mois restants avant le terme initial du contrat compte tenu de la résiliation avec effet au 31 juillet 2015 (et non pas 34 mois, comme indiqué par A_____).

L'indemnité s'élevait, par conséquent, en théorie, à 1'309'348 fr. (sic). Néanmoins, eu égard, d'une part :

- aux nombreux dysfonctionnements du système M_____ et, d'autre part,
- au fait que le montant de 113 fr. 57 précité incluait, comme A_____ l'avait récemment appris, un montant de 21 fr. 37 totalement injustifié puisqu'il correspondait à la licence d'utilisation de l'ancien logiciel K_____,

l'indemnité de 113 fr. 57 devait être réduite d'"*un montant correspondant au manque à gagner lié aux dysfonctionnements, mais aussi des frais de licence du système K_____*" et, par conséquent, être ramenée à un montant de 1'000'000 fr., qui a été versé peu après.

A_____ indiquait également qu'elle se "*résev[ait] tous [ses] droits quant à la réclamation éventuelle de la somme de CHF 21.37 plus les intérêts que vous aurez pu appliquer, par chambre et par mois sur les 57 mois écoulés depuis le début du contrat*".

A noter encore que dans son courrier du 16 juin 2015, A_____ expliquait avoir résilié le contrat M_____ au vu des désagréments et pertes pécuniaires causées par les dysfonctionnements du système mis en place, mais également au vu de "*la disproportion entre la qualité du service offert par B_____ et les honoraires payés*". Ces deux points étaient les "*responsables directs de la résiliation du contrat*".

s. B_____ a adressé à A_____ une facture n° 3_____ du 31 juillet 2015 d'un montant de 764'032 fr. 84 (TVA incluse), payable au 30 août 2015.

Selon le libellé de cette facture, le montant de 764'032 fr. 84 (TVA incluse) correspondait au forfait de résiliation anticipée M_____, soit 1'633'363 fr. 74 (i.e quantité 34 x prix unitaire 48'040 fr. 11) augmenté de 8% de TVA, sous déduction de 1'000'000 fr. versé par A_____ en date du 19 juin 2015.

A_____ a contesté cette facture.

t. Le 12 novembre 2015, B_____ a fait notifier à A_____ un commandement de payer, poursuite no 1_____, pour un montant de 764'032 fr. 84, plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2015. Sous la rubrique titre et date de la créance ou cause de l'obligation, figure la "*résiliation anticipée du contrat M_____ pour le 31.07.2015*".

A_____ a formé opposition audit commandement de payer le jour même.

u. Par requête expédiée au Tribunal le 11 décembre 2015, B_____ a sollicité, sous suite de frais et dépens, la mainlevée provisoire du commandement de payer précité à concurrence de la somme en capital de 763'057 fr. 50, plus les intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2015.

Par jugement du 31 août 2016, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de mainlevée provisoire de l'opposition formée par B_____.

- D.** a. Par mémoire de demande, déposé au greffe du Tribunal de première instance pour conciliation le 16 juin 2017, non conciliée le 28 septembre 2017, et introduite le 10 janvier 2018, B_____ a conclu à ce que le Tribunal, sous suite de frais, condamne A_____ à lui verser un montant de 764'032 fr. 84 avec intérêts à 5% dès le 30 août 2015, prononce la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____, notifié le 12 novembre 2015 et dise que la poursuite ira sa voie.

b. Par mémoire de réponse et de demande reconventionnelle déposé au greffe du Tribunal le 22 juin 2018, A_____ a conclu au déboutement sous suite de frais de la demande principale formée à son encontre, et, reconventionnellement à ce que le Tribunal de première instance condamne sous suite de frais B_____ à lui verser les sommes de 451'975 fr. 50 avec intérêts à 5% à partir du 1^{er} juillet 2013 (date moyenne), 730'000 fr. avec intérêts à 5% à partir du 1^{er} février 2014, et 250'000 fr. avec intérêts à 5% à compter du 1^{er} février 2015.

c. Par mémoire de réplique et réponse sur demande reconventionnelle, B_____ a persisté dans ses conclusions sur demande principale et conclu au déboutement de la demande reconventionnelle formée à son encontre, sous suite de frais.

d. Par mémoire de duplique déposé au greffe du Tribunal le 11 février 2019, A_____ a maintenu ses conclusions sur la demande principale. Elle a en revanche modifié ses conclusions sur demande reconventionnelle, concluant désormais à ce que le Tribunal condamne, sous suite de frais, B_____ à lui verser un montant de 1'000'000 fr. avec intérêts à 5% l'an depuis le 11 février 2019. Les conclusions reconventionnelles prises par A_____ dans son mémoire de réponse étaient maintenues à titre de conclusions subsidiaires.

e. Au cours de la procédure de première instance, le Tribunal a entendu les parties en les personnes de P_____ et Q_____ pour B_____ et de D_____ et C_____ pour A_____, ainsi que, à titre de témoin, E_____.

D_____, entendu comme représentant de A_____, s'est notamment exprimé sur les pannes encourues par le système M_____ et la délocalisation du service de maintenance en Inde.

Celui-ci a entre autres déclaré être "*notamment intervenu pour arrêter le calcul du montant de 1 million qui a été versé à [B_____]*". Selon son souvenir, il était parvenu à un montant de l'ordre de 1'700'000 fr. pour l'indemnité forfaitaire. C'était de ce montant que A_____ avait déduit d'autres montants pour arriver à un montant de 1'000'000 fr.

f. Les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives aux termes de leurs plaidoiries finales tenues en deux tours de paroles lors de l'audience du 1^{er} octobre 2019.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience précitée.

E. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a, s'agissant de la demande principale, estimé qu'une indemnité forfaitaire de résiliation était due par A_____. En effet, l'interprétation du contrat dans son ensemble conduisait à retenir que les cas dans lesquels l'indemnité était due n'étaient pas limités aux hypothèses prévues dans les conditions générales, à savoir seulement lorsque B_____ résiliait le contrat avant

terme. Si une indemnité devait être payée seulement lorsque celle-ci résiliait, le corollaire était que A_____ n'avait pas le droit de résilier, solution qui n'était pas dans son intérêt. En outre, les conditions d'une résiliation anticipée pour justes motifs n'étaient pas réalisées, puisque A_____ n'était pas parvenu à démontrer que B_____ avait violé ses obligations contractuelles. Enfin, A_____ avait attendu jusqu'à son mémoire de duplique pour remettre en cause le principe de l'indemnité, alors que jusque-là elle n'avait contesté que son montant. Le calcul de l'indemnité devait prendre comme base la date d'acceptation, à savoir juin 2011, ce qui ressortait du texte du contrat, des avenants ultérieurs et du témoignage recueilli. Après correction d'erreurs de calcul de B_____ et après avoir écarté la TVA, qui n'était pas due, le Tribunal est donc arrivé à la conclusion qu'une somme de 1'632'644 fr. 64, dont à déduire 1'000'000 fr. déjà versés, était due, plus intérêts.

Concernant la demande reconventionnelle, le Tribunal, revenant sur la question d'une violation de ses obligations contractuelles par B_____, a considéré que l'existence de problèmes techniques ou informatiques était inhérente au type de contrat considéré, ce que les parties avaient elles-mêmes anticipé en prévoyant un service de maintenance. Aucune preuve n'avait été apportée de dysfonctions à ce point graves qu'elles rendent la continuation du contrat insupportable. Seules trois pannes majeures en quatre ans avaient été établies, ce qui n'était pas suffisant pour justifier une résiliation anticipée. D'ailleurs, les déclarations de l'administrateur de A_____ révélaient que cette résiliation était aussi motivée par une prétendue surfacturation, voire la cherté des services rendus. Enfin, un remboursement de l'enrichissement illégitime fondé sur le paiement d'un prix prétendu trop élevé était exclu, car les paiements effectués correspondaient aux prix convenus. Les conclusions reconventionnelles étaient donc intégralement rejetées.

EN DROIT

1. **1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

Dès lors qu'en l'espèce les conclusions principales prises en dernier lieu par l'appelante devant le premier juge s'élevaient à 1'000'000 fr. - valeur litigieuse pertinente (art. 94 al. 1 CPC) -, la voie de l'appel est ouverte.

1.2 L'appel a été interjeté dans le délai de trente jours (art. 311 al. 1 et 145 al. 1 let. a CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

1.3 La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC). Elle applique la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

2. Il convient, à titre préalable, de qualifier le contrat litigieux, ce qu'a omis de faire le Tribunal.

2.1

2.1.1 Les contrats informatiques peuvent être rapprochés de plusieurs types de contrats nommés, en particulier du mandat et du contrat d'entreprise (JACCARD/ROBERT, Les contrats informatiques, in La pratique contractuelle: actualité et perspectives, 2009, p. 99-100). Le régime juridique qui leur est applicable sera déterminé selon les circonstances particulières de chaque cas (ATF 124 III 456, JdT 2000 I p. 172, consid. 4b/bb). La qualification du contrat informatique et son rattachement à la réglementation d'un contrat prévu par la loi se feront donc en appréciant les principales caractéristiques des prestations litigieuses et les obligations des parties (JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 103).

La dénomination du contrat choisie par les parties n'est pas un critère absolu. (JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 106). Les éléments suivants serviront notamment d'indices: l'engagement ou non du prestataire à fournir un résultat déterminé, le mode de rémunération, l'interprétation de la réelle et commune intention des parties et, enfin, l'attitude des parties dans l'exécution du contrat (JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 104-105).

2.1.2 Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis (art. 394 al. 1 CO).

Certains contrats informatiques se rapprochent du mandat (JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 99). Ses règles s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats (art. 394 al. 2 CO; JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 99). Le mandat peut trouver application dans les contrats impliquant une forte relation de confiance entre le prestataire et son client, notamment les contrats prévoyant la planification, le conseil ou la gestion sur une certaine durée d'un projet informatique pour le compte d'un client (JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 99).

2.1.3 Le bail à loyer est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer (art. 253 CO).

2.1.4 Selon l'art. 363 CO, le contrat d'entreprise est un contrat par lequel l'une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer.

2.1.5 Le contrat d'entretien ou de maintenance désigne le contrat par lequel une partie s'engage à l'égard d'une autre, contre rémunération, à contrôler un objet et à le maintenir en état de fonctionner (TERCIER / BIERI / CARRON, *Les contrats spéciaux*, 2016, n. 3549). Il s'agit d'un contrat innomé s'il a une nature durable (ATF 130 III 458 consid. 4; TERCIER, *op. cit.*, n. 3551; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, 2007, p. 43). Un tel contrat ne peut donc pas être résilié selon les règles sur le contrat d'entreprise, ni selon celles du mandat (TERCIER / BIERI / CARRON, *op. cit.*, n. 3551). Le contrat d'entretien (ou de maintenance), qui n'est réglé ni par le Code des obligations ni par la loi, est un contrat innommé *sui generis* présentant des similitudes avec le contrat d'entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 4C.139/2005 du 29 mars 2006 consid. 2.2; MORAND, *Le contrat de maintenance en droit suisse*, thèse Fribourg, 2007, p. 17).

2.1.6 Par le contrat de licence, le donneur de licence s'oblige à permettre au preneur de licence l'usage et la jouissance d'un bien immatériel exclusif pendant une certaine durée et, en règle générale, contre le paiement d'une rémunération. En d'autres termes, le contrat de licence se caractérise par la cession de l'usage et de la jouissance d'un bien immatériel exclusif qui permet au preneur de licence de l'exploiter commercialement pendant une période plus ou moins longue (PROBST, *Le contrat de licence*, in *La pratique contractuelle*, 2012, p. 107-108). Un programme d'ordinateur (logiciel) peut faire l'objet d'un contrat de licence (cf. art. 2 al. 3 LDA). Dans le cas d'un véritable contrat de licence, le programme est mis à disposition à titre de location, un droit d'utilisation étant par ailleurs concédé (ATF 125 III 263 = SJ 1999 I 469).

2.2 Selon la jurisprudence, lorsque, en vertu de la volonté des parties, les divers rapports qui les lient ne constituent pas des contrats indépendants, mais

représentent des éléments de leur convention liés entre eux et dépendants l'un de l'autre, on est en présence d'un contrat mixte (*gemischter Vertrag*) ou d'un contrat composé (ou complexe ou couplé; *zusammengesetzter Vertrag*), qui doit être appréhendé comme un seul et unique accord (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a). On parle de contrat composé lorsque la convention réunit plusieurs contrats distincts, mais dépendants entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 4C.160/1997 du 28 octobre 1997 consid. 4b, in: SJ 1998 p. 320); il y a contrat mixte lorsqu'une seule convention comprend des éléments relevant de plusieurs contrats nommés (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 120 V 299 consid. 4a; 109 II 462 consid. 3d; arrêt du Tribunal fédéral 4A_335/2018 du 9 mai 2019 consid. 4.1).

Lorsqu'on se trouve confronté à un contrat mixte ou composé, il n'est généralement pas possible de l'attribuer à un type de contrat aux éléments caractéristiques clairs, ni, partant, de dire une fois pour toutes à quelles normes légales il doit être soumis. Il ne sera que rarement possible de le soumettre entièrement aux règles d'un contrat réglé par la loi (contrat nommé), dès lors qu'en principe les éléments d'un tel contrat ne l'emportent pas au point d'absorber tous les éléments qui lui sont étrangers. Il faudra donc examiner précisément quelle est la question juridique posée et quels sont les dispositions légales ou les principes juridiques auxquels il y a lieu de recourir pour la trancher. Dans la mesure où les éléments du contrat sont de nature différente, il se justifie de les soumettre à des règles de divers contrats nommés (par exemple contrat de travail, contrat de société, contrat de livraison, contrat de mandat, contrat de bail; ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 2c et les citations).

Cela signifie que les différentes questions à résoudre doivent être régies par les normes légales ou les principes juridiques qui sont adaptés à chacune d'elles; chaque question - par exemple la résiliation du contrat - doit être toutefois soumise aux dispositions légales d'un seul et même contrat (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a; 110 II 380 consid. 2; 109 II 462 consid. 3d); en effet, vu la dépendance réciproque des différents éléments du contrat mixte ou composé, il n'est pas possible que la même question soit réglée de manière différente pour chacun d'eux (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a).

Pour déterminer quelles règles légales sont applicables à chacune des questions litigieuses, il convient de rechercher le "*centre de gravité des relations contractuelles*", appréhendées comme un accord global unique. Il faut dès lors examiner quelle est la portée de chacun des éléments du contrat mixte ou composé eu égard à la situation juridique globale. L'intérêt des parties, tel qu'il se déduit de la réglementation contractuelle qu'elles ont choisie, est déterminant pour décider de l'importance de tel ou tel élément par rapport à l'ensemble de l'accord (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a et les arrêts cités).

2.3 En l'espèce, la convention - unique - des parties comporte plusieurs aspects qui ne peuvent être rangés tous sous la typologie d'un contrat nommé du Code des obligations.

En effet, la remise d'un important matériel contre paiement d'une somme forfaitaire mensuelle et contre l'obligation de le restituer évoque la conclusion du contrat de bail.

En outre, le fait que ce matériel soit informatique et contienne des logiciels spécifiques à l'intimée, remis sous licence à l'appelante, évoque un contrat de licence.

Ensuite, l'installation du matériel dans les locaux de l'appelante comporte des éléments typiques du contrat d'entreprise.

Enfin, le service de maintenance fourni dans la durée par l'intimée est typique de la conclusion d'un contrat de maintenance, contrat *sui generis*.

Le contrat liant les parties est donc un contrat mixte. Les questions litigieuses doivent donc être soumises à des règles et des principes juridiques différenciés, pertinents et uniques. Ces règles seront examinées ci-après, à la lumière des questions spécifiques qui se posent.

- 3.** Il se justifie d'abord de déterminer si la résiliation du contrat par l'appelante peut être considérée comme une résiliation immédiate pour justes motifs.

3.1

3.1.1 Selon un principe général, les contrats de durée peuvent être résiliés de façon anticipée par une partie lorsque de justes motifs rendent l'exécution du contrat intolérable pour elle (ATF 138 III 304 consid. 7; 133 III 360 consid. 8.1; 128 III 428 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_241/2017 du 31 août 2018 consid. 4.1).

Il existe de justes motifs lorsqu'on ne peut raisonnablement plus exiger d'une partie cocontractante, selon les règles de la bonne foi, la continuation des rapports contractuels jusqu'au terme convenu ou jusqu'au prochain terme ordinaire de résiliation. Les justes motifs peuvent consister dans l'inobservation ou la violation de clauses contractuelles par une partie, mais aussi être d'une autre nature (ATF 138 III 304 consid. 7; 128 III 248 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 4A_241/2017 du 31 août 2018 consid. 4.1). Des violations contractuelles spécialement graves fournissent généralement un juste motif de résiliation. Des violations moins graves peuvent aussi rendre la continuation des rapports de travail intolérable, lorsqu'elles se sont répétées nonobstant des avertissements ou sommations et que de nouveaux avertissements paraissent vains (ATF 138 III 304 consid. 7; arrêt du Tribunal fédéral 4A_241/2017 du 31 août 2018 consid. 4.1).

La notion de justes motifs est une notion juridique indéterminée qui, comme telle, relève de l'appréciation du juge. Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité déterminants selon l'art. 4 CC, s'il existe des justes motifs. A cette fin, il prend en considération tous les éléments concrets du cas particulier (ATF 132 III 109 consid. 2; 128 III 428 consid. 4 p. 432).

3.1.2 Selon la jurisprudence, la partie qui veut résilier le contrat avec effet immédiat doit agir sans tarder à compter du moment où elle a connaissance d'un juste motif, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir. Si elle tarde à agir, elle donne à penser qu'elle a renoncé à la résiliation anticipée, respectivement qu'elle peut s'accommoder de la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (ATF 138 I 113 consid. 6.3.1; 127 III 310 consid. 4b p. 315; arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.4, in SJ 2013 I 65). En matière de contrat de travail, la jurisprudence requiert généralement un temps de réaction rapide, mais souligne que les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel on peut raisonnablement attendre de l'intéressé qu'il prenne la décision de résilier le contrat avec effet immédiat (ATF 138 I 113 consid. 6.3.2). Le Tribunal fédéral a par ailleurs relevé que dans un contrat de distribution exclusive, les liens entre les parties sont moins étroits qu'entre un employeur et un travailleur, de sorte que les circonstances concrètes revêtent encore davantage de poids (arrêt du Tribunal fédéral 4A_241/2017 du 31 août 2018 consid. 4.2).

3.1.3 La doctrine et la jurisprudence reconnaissent l'existence d'un droit à la résiliation extraordinaire en matière de contrats informatiques plus particulièrement. (JACCARD/ROBERT, *op. cit.*, p. 118). Les principes susévoqués sont applicables par analogie aux contrats informatiques (ACJC/359/2018 du 20 mars 2018 consid. 3.1).

3.2 En l'espèce, en présence d'un contrat mixte de durée, il se justifie d'appliquer les règles usuelles et générales en matière de résiliation pour justes motifs.

Le Tribunal a nié l'existence de justes motifs donnant droit à la résiliation du contrat, dès lors que les parties avaient conclu un contrat de maintenance et que la survenance de problèmes techniques et informatiques était donc anticipée et acceptée. Il n'était pas allégué que ces problèmes n'avaient pas été résolus de manière conforme au niveau de service exigé. Aucune preuve n'avait été apportée sur le fait que la continuation du contrat ne pouvait pas être tolérée par l'appelante. Il n'y avait eu que trois pannes majeures en l'espace de quatre ans. D'ailleurs, la véritable raison de la résiliation paraissait plutôt être que l'appelante considérait payer trop cher pour les prestations de l'intimée.

En appel, l'appelante invoque avoir averti l'intimée de son intention de résilier le contrat si son exécution continuait à être défectueuse et si la délocalisation du

service de maintenance en Inde état maintenue. Ainsi, la gravité et la répétition des manquements constituaient un juste motif de résiliation.

3.3 En l'occurrence, les faits dont se prévaut l'appelante pour justifier une résiliation immédiate sont d'avoir rencontré plusieurs milliers d'incidents en l'espace de quatre ans, ainsi que trois pannes majeures en 2013, 2014 et 2015, de même que la délocalisation du service de support en Inde en 2013.

Il appert donc que la relation contractuelle a continué pendant plusieurs années, en dépit de l'existence des reproches formulés par l'appelante. Celle-ci ne pouvait donc pas, en avril 2015, décider que la continuation du contrat était devenue impossible, puisqu'elle avait toléré les événements qu'elle désigne comme des manquements pendant plusieurs années. Certes, en présence d'un contrat informatique *sui generis*, les circonstances concrètes sont déterminantes dans l'analyse du délai de réaction de la partie qui estime être confrontée à un juste motif de résiliation. Toutefois, ici, le délai de trois mois après la panne majeure de janvier 2015, soit le dernier événement invoqué par l'appelante, couplé au fait que la résiliation a été donnée pour le 31 juillet 2015, soit six mois plus tard démontre que la continuation de l'exécution n'était pas rendue impossible. Plus particulièrement, la résiliation moyennant un délai de trois mois pour la fin d'un mois est une manière inusuelle de mettre en œuvre une résiliation *immédiate* pour justes motifs. Par ailleurs, l'appelante n'invoque pas de circonstances particulières, et il n'en existe aucune, qui permettent d'étendre le temps de réaction à six mois après la découverte des prétendus motifs de résiliation. Ainsi, ces événements durables et connus depuis plusieurs années ne pouvaient pas soudainement être transformés en justes motifs de résiliation immédiate. Ils ont donc été invoqués tardivement.

Certes, les parties ont négocié durant la période de janvier à avril 2015, l'appelante demandant de nouvelles offres - dont on ignore quels aspects de la relation contractuelle elles étaient censées modifier -, mais cela démontre encore que la continuation des rapports avec l'intimée n'était pas impossible pour l'appelante, qui moyennant certains arrangements étaient prêtes à les poursuivre. En effet, si la prestation de l'intimée était techniquement si déficiente qu'elle rendait insupportable la continuation du contrat, la Cour ne discerne pas ce qu'une offre de sa part aurait pu changer à cela, puisqu'elle avait déjà pris des engagements de fournir un service fonctionnel dans le contrat.

A ce sujet, le fait que l'intimée ait reconnu en janvier 2015, le jour de la dernière panne, que la confiance de l'appelante dans le service de support était perdue ne paraît pas déterminant, puisque, précisément, l'appelante a continué les relations contractuelles pendant six mois.

L'appelante ne démontre pas davantage qu'en première instance que les prétendus problèmes techniques excédaient ce qui peut être toléré dans le cadre de l'exécution d'un contrat informatique de cette ampleur. Le fait que l'appelante soit un hôtel de luxe ne change rien à ce constat. En appel, l'appelante se limite sur ce point à opposer sa propre version des faits à celle retenue par le Tribunal sans expliciter les preuves sur lesquelles elle s'appuie.

D'ailleurs, on relèvera qu'en juin 2014, l'appelante a listé tous les reproches qu'elle avait à formuler contre les prestations de l'intimée : délocalisation en Inde du service de maintenance, deux pannes majeures et obsolescence des équipements. Aucune menace de résiliation n'a été brandie, seules "*des mesures*" ont été envisagées si des documents sans rapport avec les déficiences listées n'étaient pas produits. En décembre 2014, pour des motifs sans rapport avec des incidents techniques et antérieurement à la panne majeure de janvier 2015, l'appelante avait annoncé son intention de résoudre le contrat. Elle invoquait ainsi l'évolution de la technologie et d'autres raisons non imputables à l'intimée. Puis, la menace de résiliation proférée lors d'une réunion du 28 janvier 2015, selon l'appelante, dans des circonstances qui n'ont pas été plaidées, ne saurait être considérée comme un avertissement lié aux prétendus dysfonctionnements techniques.

Ainsi, il ne peut être considéré que les conditions d'une résiliation même pour des motifs moins graves, mais précédée d'un avertissement, sont réalisées, puisqu'aucun avertissement n'a été donné ou, pour le moins, puisqu'il n'apparaît pas que des avertissements auraient été vains.

Enfin, le courriel de décembre 2014 révèle les véritables motifs de l'insatisfaction de l'appelante : celle-ci considérait payer un prix trop élevé. Ce motif était d'ailleurs déjà sous-jacent au courriel de juin 2014 qui portait essentiellement sur des questions d'investissement consenti par l'intimée. Il s'ensuit que l'invocation de problèmes techniques existant depuis plusieurs années, et dont la gravité n'a pas été démontrée, a servi de prétexte à la résiliation qui était fondée, en réalité, sur des raisons d'ordre économique. Or, le fait de considérer *a posteriori* que le prix pour certains services est trop élevé ne saurait constituer un motif de résiliation immédiate.

L'appelante demande la réaudition de l'un de ses organes, D_____, sur ces questions sans expliciter sur quels points une nouvelle déposition pourrait différer de la première, de sorte que, les faits pertinents ayant déjà été établis à satisfaction de droit, l'audition de cet organe sera rejetée.

Par conséquent, non seulement l'appelante était forclosée pour fonder une résiliation immédiate sur les motifs qu'elle a invoqués. De surcroît, les motifs en lien avec des prétendus problèmes techniques n'étaient pas la raison véritable de la résiliation et ont servi de prétexte.

Il s'ensuit qu'une résiliation pour de justes motifs n'est pas fondée.

4. Dans la mesure où la résiliation pour justes motifs était infondée, il convient d'examiner si le contrat affranchissait l'appelante du paiement d'une indemnité en cas de résiliation anticipée.

4.1

4.1.1 En cas de litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit dans un premier temps s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties (art. 18 al. 1 CO). Cette interprétation subjective des indices concrets ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1). Si le juge constate que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il fait là une constatation de fait (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2; 131 III 606 consid. 4.1).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit alors interpréter les déclarations et comportements selon le principe de la confiance, en recherchant comment ceux-ci pouvaient être compris de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation objective; ATF 144 III 93 consid. 5.2.3). L'interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; 132 III 626 consid. 3.1 in fine; arrêt du Tribunal fédéral 4A_307/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.2).

Pour interpréter une clause contractuelle selon le principe de la confiance, il faut partir de son texte. Les expressions et termes choisis par les cocontractants doivent être compris dans leur sens objectif (ATF 131 III 606 consid. 4.2). Toutefois, le sens d'un texte n'est pas forcément déterminant, l'interprétation purement littérale étant prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances, que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités). Il faut ainsi analyser la déclaration litigieuse en fonction de la convention des parties conçue dans son ensemble: il y a lieu de tenir compte du contexte de la phrase et de l'ensemble du contrat, ainsi que de son but. L'interprétation doit respecter la logique du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_449/2019 du 16 avril 2020 consid. 5.3.2).

4.1.2 Il arrive que les parties concluent une clause dénommée "*entire agreement clause*", clause d'accord complet ou clause des quatre coins, soit l'accord par lequel les parties conviennent d'exclure du contrat projeté (ou conclu) l'ensemble des actes précontractuels - écrits ou oraux - qu'elles ont accomplis pendant les négociations (KUONEN, La responsabilité précontractuelle, 2007, n. 919). Outre le

rôle que cette clause joue dans le cadre des négociations et décrit par l'auteur précité, elle sert l'interprétation du contrat. Toutefois, dans la mesure où l'interprétation littérale du contrat est interdite, la clause d'accord complet revêt une importance très limitée puisqu'elle ne peut pas influencer les moyens d'interprétation à la disposition du juge qui doit, lors de l'interprétation subjective, toujours rechercher la véritable intention des parties, même en dépit d'un texte clair (KENEL, Entire Agreement Clause, Die Wirkungen der Entire Agreement Clause im Schweizer Recht, 2018, n. 89). Lors de l'interprétation objective, la clause d'accord complet joue un rôle un peu plus important, mais toujours très limité, dans la mesure où dite clause constitue un indice que les parties ont entendu le contrat comme un tout complet et exclusif (*Ibid.*, n. 90).

Dans la jurisprudence, le Tribunal fédéral a interprété une clause d'accord complet comme signifiant que les parties avaient entendu donner la prééminence aux accords particuliers qu'elles avaient passés sur les autres clauses standardisées contenues dans des formulaires annexes (arrêt du Tribunal fédéral 4A_212/2014 du 9 octobre 2014 consid. 5.2.5.3).

4.1.3 Selon la doctrine et la jurisprudence, les parties à un contrat mixte de durée disposent d'une très grande liberté quant à l'établissement des clauses touchant à la résiliation. Elles peuvent s'affranchir des dispositions impératives, notamment dans le cadre des contrats de maintenance informatiques généralement soumis aux règles du mandat (CHERPILLOD, La fin des contrats de durée, 1988, p. 35; WIDMER, Der Softwarepflegevertrag, 2000, p. 192 et suivantes). Ainsi, en présence d'un contrat de durée sui generis qui prévoyait des conditions de résiliation détaillées, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas nécessaire de recourir à des analogies avec les règles prévues pour les contrats nommés (arrêt du Tribunal fédéral 4A_146/2016 du 18 juillet 2016 consid. 4.3).

4.1.4 Aux termes de l'art. 404 al. 2 CO, celle des parties qui révoque ou répudie le mandat en temps inopportun doit indemniser l'autre partie du dommage qu'elle lui cause. La révocation en temps inopportun est celle que le mandant ne justifie par aucun motif sérieux et qui entraîne un préjudice particulier pour le mandataire, tels que les frais désormais inutilement engagés en vue de l'exécution du mandat concerné, ou les gains auxquels le mandataire a renoncé en vue de se consacrer à ce même mandat. L'art. 404 al. 2 CO ne permet pas d'exiger le remplacement du gain que la continuation du mandat aurait procuré au mandataire. La notion de l'inopportunité de la révocation est étroitement liée au préjudice qui en résulte. La révocation est conforme aux règles du contrat de mandat même si elle ne procède d'aucun motif objectif; c'est pourquoi seule l'existence d'un préjudice particulier justifie une sanction à l'exercice inopportun du droit de révocation (ATF 106 II 157 consid. 2c; voir aussi ATF 110 II 380 consid. 4b; 109 II 462 consid. 4d).

L'art. 404 CO est considéré de nature impérative. Cependant, les cocontractants peuvent valablement prévoir que la révocation en temps inopportun autorisera le mandataire à réclamer une peine conventionnelle (par exemple quinze pour cent des honoraires déjà perçus par un architecte : ATF 109 II 462 consid. 4b; 110 II 380 consid. 3a), le cas échéant sujette à réduction selon l'art. 163 al. 3 CO, ou une indemnité forfaitaire (limitée par le Tribunal fédéral à dix pour cent des honoraires qu'un gérant d'immeubles aurait perçus à l'avenir : arrêt 4C.318/1988, consid. 3) en relation avec le préjudice particulier qui peut être raisonnablement supputé d'après la nature et l'importance du contrat. En revanche, une peine conventionnelle ou une indemnité forfaitaire plus importante, destinée à remplacer le gain manqué par le mandataire, est incompatible avec l'art. 404 al. 1 CO (ATF 110 II 380 consid. 4; arrêts du Tribunal fédéral 4A_294/2012 et 4A_300/2012 du 8 octobre 2012 consid. 7.2).

4.2 En l'espèce, le Tribunal a procédé à une interprétation du contrat à la lumière de tous les documents qui le composaient. Il est parvenu à la conclusion que le contrat, plus particulièrement les conditions générales, ne réglaient pas exhaustivement les cas de résiliation, car cela signifierait que, certes, l'indemnité forfaitaire n'était pas due lorsque l'appelante résiliait, mais, en amont, cela la priverait de son droit de résilier avant le terme. Le document "*M_____ Pricing Schedule*" primait, de par la hiérarchie prévue dans le contrat, et ouvrait le droit à une indemnisation lors de la résiliation anticipée sans justes motifs de l'appelante. Celle-ci avait d'ailleurs, par son comportement, montré qu'elle admettait cette interprétation, puisqu'elle n'avait jamais contesté le principe de l'indemnisation jusqu'à la duplique.

A cette argumentation, l'appelante oppose que le "*M_____ Pricing Schedule*" ne prévoyait pas les cas dans lesquels une indemnisation était due, mais seulement le mode de calcul de dite indemnisation. Seules les éventualités prévues dans les conditions générales donnaient lieu à une indemnisation, à savoir lorsque l'intimée résiliait, suite à une violation du contrat par l'appelante. Les parties avaient conclu une clause d'intégralité qui interdisait de compléter le contrat, celui-ci primant tout accord antérieur, ainsi qu'une clause de forme écrite. D'ailleurs, le droit de l'appelante de résilier immédiatement était réservé dans le contrat.

4.3 A titre préalable, au vu de la nature innommée du contrat, regroupant plusieurs types de prestations diverses, il ne saurait être retenu que l'application d'une norme impérative telle que l'art. 404 CO ou l'art. 264 CO empêcherait une fixation d'une somme forfaitaire à titre d'indemnisation en cas de résiliation anticipée. En effet, le contrat contient une réglementation détaillée à ce sujet et aucune des parties ne doit plus particulièrement être protégée.

D'ailleurs, à l'instar de ce qu'a retenu le premier juge, il n'est pas nécessaire de qualifier plus précisément la nature de l'indemnité prévue par le contrat, dans la mesure où il n'est pas soutenu qu'elle devrait être réduite.

4.4 Le M_____ *pricing schedule* prévoit, sous le titre *Early termination fee*, le mode de calcul de celle-ci, sans détailler les cas dans lesquels elle serait due. Au regard de la hiérarchie des règles du contrat, ce document a la préséance sur les conditions générale (*General terms*).

Ainsi, l'art. 14.1.3 des *General terms* prévoyait que l'appelante devait payer à l'intimée la *Early termination fee*, si l'intimée avait résilié conformément à l'art. 8.2.1 (clause d'exclusivité) ou 13.1 (demeure de paiement ou violation matérielle du contrat) des *General terms*. A noter que l'art. 13.1 précité prévoit la possibilité de résilier immédiatement pour justes motifs pour chacune des parties.

L'interprétation que propose l'appelante de ces dispositions n'est pas soutenable.

Le contrat fixe ainsi, lorsqu'on se limite à l'observation de son texte, un principe, à savoir l'existence d'une *Early termination fee*. Cette disposition du contrat à elle seule permet de déterminer la somme due en cas de résiliation anticipée. Le contrat, pourtant très complet et détaillé sur plusieurs points, ne contient pas de limitation expresse qui restreindrait le paiement de cette indemnité aux cas listés à l'art. 14.1.3 des *General terms*.

A ce sujet, la clause d'accord complet, ainsi que la clause de forme écrite, dont se prévaut l'appelante, ne renforcent pas sa thèse. Outre la portée très limitée de la clause d'accord complet lors de l'interprétation subjective du contrat, à laquelle il est maintenant procédé, il semblerait plutôt, à suivre strictement ces deux clauses, que les parties auraient dû indiquer expressément et par écrit si elles entendaient limiter le paiement de la *Early termination fee* à la seule éventualité prévue à l'art. 14.1.3, ce qu'elles n'ont pas fait. Il n'existe donc pas de clause limitant les cas de paiement de l'indemnité à ceux listés dans les *General terms*.

Au contraire, il n'est pas nécessaire de compléter le contrat pour parvenir à la même solution que le Tribunal. D'ailleurs, une interprétation conforme à l'économie du contrat renforce encore la solution de première instance. Il ressort des prestations proposées par l'intimée au terme du contrat que celle-ci fournissait un important investissement en matériel, qu'elle louait, ainsi que dans la conception d'un logiciel, dont elle fournissait une licence, et en personnel de support. Or, ces investissements doivent être amortis sur une longue période. Ce point ne pouvait pas être ignoré par l'appelante au moment de sa conclusion, puisque le contrat K_____ lui-même stipulait que l'indemnisation était due pour compenser ces pertes sur investissement et que l'installation d'un important matériel dans ses locaux n'a pas pu lui échapper. Il n'y aurait ainsi aucun sens à prévoir dans un contrat que la partie qui a consenti ces investissements peut seulement prétendre à une indemnité de résiliation lorsqu'elle résilie pour des circonstances assimilables à des justes motifs. Il serait envisageable et logique d'exclure que l'intimée bénéficie de l'indemnité lorsqu'elle résilie pour un motif

injustifié, car il semble inéquitable de forcer l'appelante à couvrir l'investissement de l'intimée, si celle-ci choisit de résilier sans raison valable. Il semble d'ailleurs que c'est le seul sens possible de la clause 14.1.3, soit de permettre de délimiter les cas dans lesquels l'appelante doit payer l'indemnité, lors d'une résiliation par l'intimée. Par contre, il serait absurde d'autoriser l'appelante à résilier en tout temps le contrat sans verser la moindre contreprestation. Tout au plus, conformément au jugement entrepris, il pourrait être soutenu que l'appelante a renoncé à tout droit de résiliation, sauf justes motifs, et qu'elle doit payer l'intégralité des montants mensuels dus jusqu'au terme du contrat, moins les montants économisés ou obtenus en remettant le matériel par exemple à louer à un tiers. Or, la *Early termination fee* est inférieure au montant mensuel prévu. L'appelante n'a jamais plaidé quel montant aurait pu être économisé par l'intimée en cas de résiliation anticipée du contrat.

Par ailleurs, cette interprétation est encore confortée par le fait que l'appelante n'a, dès la résiliation et jusqu'à son écriture de duplique, jamais remis en cause le principe du versement de l'indemnité de résiliation anticipée, qu'elle a d'ailleurs partiellement payée.

La compréhension de l'intimée, constante et cohérente avec son comportement, a toujours été de considérer qu'elle n'était habilitée à ne percevoir que les montants dus en vertu de la clause d'indemnité pour résiliation anticipée.

Ces indices démontrent que les parties avaient la volonté commune et concordante de prévoir une indemnité de résiliation anticipée calculée selon le principe fixé dans le *Pricing schedule*, lors d'une résiliation anticipée sans justes motifs par l'appelante, ainsi que c'est le cas en l'espèce.

De toute manière, subsidiairement, l'appelante admet elle-même qu'une résiliation anticipée sans justes motifs l'aurait obligée, à supposer que le contrat ne prévoit rien dans cette circonstance, à réparer le dommage positif consécutif à cette violation contractuelle conformément à l'art. 97 CO. Or, ce montant serait supérieur à la *Early termination fee*.

Par conséquent, la décision entreprise est fondée en ce qu'elle condamne l'appelante à verser la *Early termination fee* à l'intimée.

5. Selon l'appelante, le Tribunal aurait mal appliqué les règles de répétition de l'indu, concernant le remboursement de l'indemnité qu'elle estime avoir payée à tort.

Puisque la condamnation de l'appelante à payer la *Early termination fee* à l'intimée est confirmée et que le montant dû est supérieur à ce qui a été versé (cf. consid. 6.2 *infra*), il n'y a pas lieu de traiter cette question.

La réaudition de deux organes de l'appelante, ainsi que d'un employé de la société gérant l'hôtel, sur ce point ne se justifie donc pas.

6. Enfin, le montant de l'indemnité aurait été, selon l'appelante, mal calculé.

6.1 La question qui se pose est celle de la date à partir de laquelle doit débiter le décompte de 84 mois nécessaires pour déterminer la durée du contrat et, donc, le nombre de mois restant au moment de la résiliation.

Pour calculer la durée contractuelle restante, le Tribunal a retenu que l'*Agreement date*, soit la date à compter de laquelle le contrat commençait, était le 22 octobre 2010. Cependant, le contrat avait été signé le 29 octobre 2010 et, se fondant sur le contrat K_____, il fallait retenir comme date de commencement du contrat la date d'acceptation, soit juin 2011, moment à partir duquel le système serait installé et l'appelante commencerait à payer la redevance. Ce constat était renforcé par la signature d'un avenant mentionnant la durée de 84 mois en mai ou juin 2011 et la déposition du témoin E_____ lequel avait calculé l'indemnité à environ 1'700'000 fr., ce qui impliquait que l'appelante, soit son employé, avait pris pour date pertinente juin 2011.

L'appelante objecte à ce raisonnement que les parties avaient expressément prévu une date d'acceptation distincte à partir de laquelle les loyers seraient dus. L'avenant en question ne modifiait pas l'*Agreement date*. Le témoignage E_____ était en outre contredit par un courrier de l'époque.

L'intimée soutient le raisonnement du Tribunal en affirmant que les règles du contrat de bail étaient applicables et que le loyer n'était donc dû qu'à la livraison de la chose louée.

6.2 En l'espèce, les parties ont fixé de manière claire et sous la forme écrite le mode de calcul de la *Early termination fee*. L'élément de durée a été défini par le recours à une notion d'*Agreement date* (soit le 22 octobre 2010) qui permet de calculer la durée initiale de 84 mois.

Le fait que le contrat ait été signé le 29 octobre 2010 et que le système ait été opérationnel en juin de l'année suivante, ainsi que la date à partir de laquelle étaient dus les premiers montants par l'appelante, ne paraissent pas jouer de rôle sur ce point. L'avenant conclu en juin 2011 contient, certes, une mention de la durée de 84 mois, mais aussi un rappel du nombre de chambres, sans autre indication. En outre, cet avenant porte sur l'ajout de matériel, soit une trentaine de téléviseurs uniquement, sans faire mention du reste des appareils électroniques fournis, beaucoup plus importants en nombre. Il ne fait aucune mention de l'*Agreement date* et ne contient pas la moindre référence à une volonté de modifier les relations contractuelles entre les parties s'agissant du calcul de l'indemnité due en cas de résiliation anticipée. Cela démontre que les parties n'avaient pas

l'intention, par cet avenant, de modifier le contrat antérieur outre l'ajout de matériel. Tout au plus, le rappel de la durée contractuelle l'était pour mémoire, au même titre que le nombre de chambres, mais sans qu'un seul indice ne permette d'inférer que les parties voulaient étendre la durée contractuelle pertinente pour le calcul de l'indemnité de résiliation anticipée et déroger au contrat, seulement en raison de l'ajout d'une trentaine de téléviseurs. Il n'y a ainsi aucune raison de s'éloigner de la lettre claire du contrat sur le calcul de l'indemnité.

Par ailleurs, le Tribunal ne peut être suivi lorsqu'il recourt à des notions arrêtées dans le contrat précédent pour les retenir contre le texte clair de l'accord M_____. Les parties auraient pu souhaiter conserver le même système de comptabilisation contractuelle, mais elles ont - à l'initiative de l'intimée manifestement, dès lors que ces règles se trouvent dans des conditions générales qu'elle a rédigées - choisi un autre mode de calcul qui doit leur être opposé. Par ailleurs, en recourant à une clause d'accord complet, elles ont sciemment voulu écarter des accords antérieurs.

Enfin, il ressort d'un courrier de juin 2015, soit l'époque où l'appelante a calculé la somme qu'elle croyait devoir à l'intimée, que celle-là a retenu l'*Agreement date* pour le calcul qu'elle a proposé à celle-ci, ce qui contredit le témoignage recueilli sur ce point. Il ne s'agit donc ici encore pas d'une circonstance permettant de s'éloigner du texte clair de l'accord.

Par conséquent, seule doit être prise en compte l'*Agreement date* du 22 octobre 2010 pour calculer la durée contractuelle de 84 mois. Au moment de la prise d'effet de la résiliation le 31 juillet 2015, 57 mois s'étaient écoulés, il en restait donc 27 jusqu'à l'échéance contractuelle de 84 mois. L'indemnité due s'élève donc à 1'296'511 fr. 92 (423 de chambres x 113 fr. 52 x 27), dont à déduire 1'000'000 fr. déjà versés.

Enfin, le refus de réduire l'indemnité décidé par le Tribunal n'est pas remis en cause en appel.

Ainsi, le jugement sera annulé sur le montant de l'indemnité due par l'appelante celle-ci étant désormais réduite à la somme de 296'511 fr. 92, plus intérêts à 5% dès le 31 août 2015.

7. Au vu de ce qui précède, les réauditions auxquelles a conclu l'appelante ne sont pas nécessaires, les preuves recueillies étant suffisantes.
8. **8.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Le Tribunal a arrêté les frais judiciaires de la demande principale et de la demande reconventionnelle à un montant unique de 25'200 fr. montant, à juste titre, non contesté en appel (art. 13 et 17 RTFMC).

En l'occurrence, la réformation de la décision de première instance conduit à débouter entièrement l'appelante de sa demande reconventionnelle, soit une valeur litigieuse de 1'000'000 fr., et à débouter partiellement l'intimée, à raison de quelque 500'000 fr., l'appelante succombant à raison de près de 300'000 fr. Il semble donc judicieux de mettre les frais de première instance à la charge de l'appelante à raison de 7/8^{ème} et à raison de 1/8^{ème} à charge de de l'intimée.

Ainsi, l'appelante supportera 22'050 fr. au titre des frais judiciaires de première instance, ce montant étant compensé à due concurrence avec l'avance qu'elle a versée en 40'000 fr. (art. 311 al. 1 CPC), la somme de 17'950 fr. lui étant donc restituée.

Quant à l'intimée, elle supportera 3'150 fr. au titre des frais judiciaires de première instance, ce montant étant compensé à due concurrence avec l'avance qu'elle a versée en 30'200 fr., la somme de 27'050 fr. lui étant donc restituée.

Le montant des dépens, arrêtés à 30'000 fr. n'est à juste titre pas remis en cause par les parties (art. 23 al. 2 LaCC; art. 84 et 85 RTFMC). La même répartition sera appliquée pour les frais judiciaires, de sorte que l'appelante sera condamnée à payer 26'250 fr. à titre de dépens de première instance en faveur de l'intimée, celle-ci lui devant, au même titre, 3'750 fr.

8.2 Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 20'000 fr. (art. 13, 17 et 35 RTFMC).

Dans la mesure où aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause en appel, lesdits frais seront mis à la charge de chacune d'elles selon la même clé de répartition que celle retenue pour les frais de première instance (art. 106 al. 2 CPC), à savoir que l'appelante devra supporter 17'500 fr. et l'intimée 2'500 fr. Les frais judiciaires d'appel seront compensés à due concurrence avec l'avance de frais d'un montant de 30'000 fr. versée par l'appelante, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève à due concurrence (art. 111 al. 1 CPC) et le solde lui sera restitué. L'intimée sera dès lors condamnée à verser à l'appelante le montant de 2'500 fr. (art. 111 al. 2 CPC).

Les dépens seront arrêtés à hauteur de 20'000 fr. (art. 84, 85 et 90 RTFMC) et répartis toujours selon la même clé de répartition. L'appelante sera ainsi condamnée à verser à l'intimée le montant de 17'500 fr. au titre des dépens d'appel. L'intimée versera à l'appelante 2'500 fr. au même titre.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 14 janvier 2020 par A_____ SA contre le jugement JTPI/16770/2019 rendu le 25 novembre 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13510/2017-15.

Au fond :

Annule le jugement entrepris, cela fait, statuant à nouveau :

Condamne A_____ SA à verser à B_____ SA 296'511 fr. 92 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2015.

Prononce la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à concurrence de 296'511 fr. 92 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2015.

Arrête les frais de première instance au montant unique de 25'200 fr. pour la demande principale et la demande reconventionnelle, les met à la charge de A_____ SA à concurrence de 22'050 fr., montant compensé avec l'avance de frais qu'elle a versée qui demeure acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 22'050 fr., et de B_____ SA à concurrence de 3'150 fr., montant compensé avec l'avance de frais qu'elle a versée qui demeure acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 3'150 fr.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 17'950 fr. à A_____ SA, à titre de solde de son avance de frais de première instance.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 27'050 fr. à B_____ SA, à titre de solde de son avance de frais de première instance.

Condamne A_____ SA à verser 26'250 fr. à B_____ SA à titre de dépens de première instance.

Condamne B_____ SA à verser 3'750 fr. à A_____ SA à titre de dépens de première instance.

Débouté les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 20'000 fr., les met à charge de A_____ SA à raison de 17'500 fr. et de B_____ SA à raison de 2'500 fr. et les compense avec l'avance de frais versée par A_____ SA à concurrence de 20'000 fr.

Invite les services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 10'000 fr. à A_____ SA à titre du solde de son avance de frais d'appel.

Condamne B_____ SA à verser 2'500 fr. à A_____ SA à titre de remboursement des frais judiciaires.

Condamne A_____ SA à verser 17'500 fr. à B_____ SA à titre de dépens d'appel.

Condamne B_____ SA à verser 2'500 fr. à A_____ SA à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Mesdames Verena PEDRAZZINI RIZZI et Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

La présidente :

Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE

La greffière :

Jessica ATHMOUNI

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.