Arrêt commercial

Audience publique du deux décembre deux mille neuf.

Numéro 33246 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit grec AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, ayant le numéro TVA ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alec MEYER de Luxembourg du 12 décembre 2007,*

comparant par Maître René FALTZ, avocat à Luxembourg ;

e t

la société à responsabilité limitée BBB, *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 29 novembre 2004 la société à responsabilité limitée BBB a fait comparaître la société anonyme de droit grec AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à payer à la requérante la somme de 1.027.175,20 euros, sous réserve des pénalités infligées par la Commission Européenne.

La société BBB a exposé à l'appui de cette demande que son activité essentielle consiste en la conception, création, traduction et informatisation de textes dans les langues officielles de l'Union Européenne; que dans le cadre d'un appel d'offres n° 6016-1 relatif au traitement des avis de marchés publics à publier au Journal Officiel des Communautés Européennes (JOS), elle a conclu avec AAA trois accords (le 21 avril 2002, le 9 août 2002 et le 19 août 2002) afin d'établir en coopération une offre et en cas de retenue de l'offre, d'exécuter le projet ensemble; que AAA devait s'occuper, en qualité de sous-traitant de la requérante, des travaux de conception, développement et maintenance du système de production, établir un support à la gestion du réseau et de l'infrastructure économiques et introduire des processus et technologies innovants relatifs au système de production;

qu'après que l'offre a été retenue les parties ont conclu le 25 mars 2003 un contrat cadre intitulé *Framework agreement for IT services,* remplaçant les accords intervenus antérieurement, seules les dispositions 2.3. et 5 de l'accord du 9 août 2002 restant en vigueur; que tel que prévu par le contrat cadre les parties ont conclu des *project agreements* particuliers, ainsi a été conclu le 23 mai 2003 un contrat de *Business Modelling* (PA 01/2002) qui a été repris et complété par un contrat intitulé *Project agreement for project ESC-IS* (PA 02/2003) conclu le 19 novembre 2003; que le PA 01/2002 visait l'analyse préalable au développement du projet ESC-IS, devant permettre à AAA de déterminer le matériel nécessaire à la mise en place du nouveau système, le *workplan* du projet, les échéances de livraison, le nombre d'employés nécessaires …, que le PA 02/2003 concernait la réalisation du système sur base de l'analyse effectuée en vertu du PA 01/2002;

que AAA n'a pas respecté les échéances fixées à l'annexe F du PA 02/2003; que la version 1.1. de ESC-IS, qui devait être livrée le 5 mars 2004, n'a finalement été livré que le 15 août 2004, ce qui a entraîné des amendes contractuelles prononcées par la Commission Européenne contre la requérante; que la version 1.1. livrée par AAA a présenté des défauts constatés par huissier, constat auquel AAA a été invitée, mais n'a pas assisté; que le produit livré n'ayant pas été conforme à la version 1.1. telle que définie par le PA 02/2003, malgré le déplacement constant des échéances et malgré mise en demeure, la requérante a, en vertu de l'article 8.2 du contrat cadre, résolu par courrier du 17 août 2004 tous les contrats conclus entre parties.

La société BBB a ventilé comme suit le montant réclamé de 1.027.175,20 euros: 403.424,80 euros à titre de remboursement des avances payées, 567.750,60 euros au titre du matériel informatique acquis en vue de faire tourner de manière adéquate le software à développer et dont elle n'a aucune utilité, le software n'ayant jamais été développé, et 56.000.- euros au titre des heures supplémentaires que ses employés ont dû prester dans le cadre du projet défaillant. Elle a en cours d'instance chiffré à 139.246,83 euros le montant des pénalités lui infligées par la Commission Européenne, dont le remboursement est réclamé.

La société AAA a contesté les reproches lui adressés par la société BBB. Elle a fait valoir que son obligation n'était qu'une simple obligation de moyens dans la mesure où la création d'une application informatique requiert de la part du client une collaboration active (apport, contrôle et validation des spécifications, collaboration aux tests, mise à disposition du matériel et du personnel), tel que stipulé dans différentes dispositions du contrat cadre et du PA 02/2003. Elle s'est d'autre part prévalue de fautes graves commises par BBB, constitutives de manquements à ses obligations contractuelles et de nature à exonérer AAA de toute responsabilité éventuelle

La société AAA a formulé une demande reconventionnelle contre la société BBB, lui réclamant la somme de 2.575.335,20 euros à titre de solde du paiement des prestations fournies pour compte d'BBB, celle de 381.000.- euros au titre de la prime de 100.- euros offerte pour chaque document récupéré par elle et celle de 1.000.000.- euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat par BBB.

Par jugement rendu le 15 févier 2007 le tribunal a dit la demande principale non fondée, a dit la demande reconventionnelle fondée à concurrence de la somme de 232.960,80 euros et a condamné la société BBB au paiement de ce montant, ainsi qu'à une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

De ce jugement non signifié la société AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 12 décembre 2007.

Pour motiver leur décision les juges de première instance ont qualifié l'obligation qui était en l'espèce à charge de la société AAA d'obligation de moyens. Ils ont dit que le constat d'huissier versé par la société BBB pour établir la défaillance de la société AAA n'est pas de nature à établir que l'application informatique installée et livrée le 15 août 2004 ne correspond pas aux spécifications déterminées pour la version 1.1. du logiciel et qu'elle comporte des déficiences, l'huissier, instrumentant en présence de la seule société BBB qui maniait le logiciel, n'ayant pas les qualifications nécessaires pour pouvoir apprécier et acter de manière neutre les déficiences, voire les problèmes de conformité relatifs à une application informatique d'une grande complexité. Ils ont relevé dans ce contexte que la société BBB avait bien, par courrier du 13 août 2004,

invité la société AAA à assister le 17 août 2004 à une réunion dans les locaux d'BBB afin de constater ensemble la bonne délivrance du matériel, qu'elle n'a toutefois pas réservé de suite à une demande d'AAA lui adressée le 16 août 2004 et tendant au report de la réunion en raison d'un problème de vols d'avions, mais a fait constater par un huissier, mandaté unilatéralement et en sa seule présence, les déficiences affectant, selon elle, l'application litigieuse. Ils ont dit qu'en l'absence de preuve d'une défaillance d'AAA la demande en remboursement des avances, en paiement du matériel informatique et des heures supplémentaires n'est pas fondée. La demande en remboursement des pénalités infligées par la Commission Européenne a été jugée non justifiée à suffisance de droit par les pièces versées par BBB.

Statuant sur la demande reconventionnelle, les premiers juges ont dit que la preuve d'une convention entre parties que, contrairement à la facturation forfaitaire initialement convenue, les heures supplémentaires prestées par AAA seraient payées selon le nombre de jours/hommes effectivement nécessaires n'est pas rapportée par AAA et que le montant lui revenant en rémunération de ses prestations conformément au PA 02/2003 et déduction faite des paiements effectués par BBB s'élève à 182.960,80 euros. Ils ont rejeté, comme non établie, la demande d'AAA en paiement de la prime de 100.- euros par document récupéré. Concernant la demande en paiement d'une indemnité pour rupture abusive du contrat par BBB, ils ont dit qu'BBB n'a pas rapporté la preuve d'une défaillance d'AAA et qu'elle a donc abusivement résilié le contrat. Sur base de la valeur du projet en cours entre parties lors de la résiliation ils ont chiffré à 50.000.- euros le manque à gagner sur les travaux non encore effectués sur ce projet.

La société AAA reproche aux premiers juges de ne pas lui avoir alloué le montant de 2.575.335,20 euros à titre de solde restant dû sur les prestations fournies au motif qu'elle n'aurait pas établi l'existence d'un accord dérogeant aux conditions de facturation initialement convenues.

Elle soutient qu'un tel accord, conclu début 2004, résulte déjà du fait qu'à partir de la dernière semaine du mois de janvier 2004 elle avait ajouté dans ses rapports hebdomadaires le nombre de jours/hommes effectivement consommés, lesquels ne figuraient pas dans les rapports antérieurs.

Elle réitère d'autre part son offre de preuve par témoin afin d'établir l'existence de cet accord, l'offrant de prouver en ordre subsidiaire par une comparution personnelle des parties, en ordre plus subsidiaire elle déclare se réserver de déférer sur ces faits le serment à BBB.

La société AAA fait encore valoir que les premiers juges n'ont pas tenu compte du fait que le total de jours/hommes effectivement consommé par son personnel est afférent non pas aux prestations pour

lesquels un forfait de base a été convenu, mais est relatif à des prestations supplémentaires qui ont dû être fournies par AAA en raison des fautes de la société intimée, ces fautes consistant notamment

- en une modification constante des spécifications par BBB suivie d'une absence de validation de ces spécifications,
- en un refus d'exécuter les phases de test préliminaires, pourtant contractuellement prévues,
- en une mauvaise gestion par BBB de sa base de données Oracle,
- en des erreurs commises par le personnel d'BBB ayant eu pour conséquence directe l'endommagement de plusieurs milliers de documents qui étaient en production; selon l'appelante, c'est dans le cadre des prestations supplémentaires relatives à la réparation de ces documents qu'est intervenu l'accord relatif au bonus de 100.- euros par document réparé.

L'appelante renvoie par ailleurs à l'article 8.4 du contrat cadre du 25 mars 2003 qui prévoit que si pour une raison imputable à BBB ou à un de ses fournisseurs, AAA ne peut pas exécuter les travaux selon les échéances initialement fixées, ces échéances doivent être postposées et les jours supplémentaires facturés en plus du prix convenu.

La société AAA reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir rejeté sa demande en paiement de la somme de 381.800.- euros au titre de la prime convenue entre parties à concurrence de 100.- euros par document réparé.

A l'appui de ce reproche elle soutient qu'il résulte des éléments du dossier que la perte de documents est due à une faute de la société BBB et que la prime promise s'élevait à 100.- euros par document réparé. Selon l'appelante, c'est à tort que les premiers juges ont rejeté comme non pertinente son offre de preuve formulée dans ce contexte au motif qu'elle offrait d'établir que la prime avait été promise à ses employés et non pas à elle-même, alors qu'il est évident que l'appelante a dû mobiliser sa structure et son personnel, payé par elle, pour entamer ce travail de réparation, et qu'il n'était d'ailleurs pas possible, ni d'un point de vue juridique, ni d'un point de vue technique de payer ces primes directement aux employés d'AAA. L'appelante déclare pour autant que de besoin reformuler son offre de preuve par témoins dans le sens que c'est envers elle que les dirigeants d'BBB se sont engagés à payer le bonus de 100.- euros par document réparé. En ordre subsidiaire elle conclut à une comparution personnelle des parties, se réservant le droit de déférer sur ce point le serment à l'intimée.

La société AAA fait enfin grief au jugement entrepris de ne lui avoir alloué à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat que la somme de 50.000.- euros, ceci sur base du seul projet en cours, à savoir le PA 02/2003, alors que le montant qui aurait dû être pris en compte est celui de 1.800.000.- euros découlant de l’application de

l’article 5 de l’accord de coopération du 9 août 2002 lequel a été maintenu lors de la conclusion du contrat cadre du 25 mars 2003. Par ailleurs, selon l’appelante, l’évaluation à laquelle les premiers juges ont procédé ex aequo et bono est particulièrement injuste et surtout trop faible eu égard à l’ampleur du projet, à la valeur du contrat qu'BBB décrocha à son tour avec l'OPOCE, de quelques 100 millions d'euros, et à l'énorme bénéfice financier procuré à BBB par l'utilisation de la technologie et du savoir-faire obtenus grâce à sa collaboration avec AAA.

Elle conclut, par réformation du jugement entrepris, à se voir allouer les montants réclamés dans sa demande reconventionnelle.

La société BBB interjette appel incident contre le jugement du 15 février 2007 en ce qu'il l'a déboutée de sa demande.

Elle fait plaider que, contrairement à ce qui a été dit dans le jugement, les parties n'ont pas, lors de la conclusion du PA 02/2003, fin 2003, décidé d'arrêter la phase d'analyse et de compilation des spécifications, objet du PA 01/2002, mais qu'en raison des retards accumulés par AAA elles ont convenu de continuer la phase de spécification tout en entamant d'ores et déjà la phase de programmation. Elle soutient que les retards ont pris de l'envergure en mai 2004 où le logiciel ESC-IS s'est gravement effondré en raison de l'incompétence d'AAA, ce qui a amené l'OPOCE à infliger des pénalités à BBB. Selon BBB, les premiers juges ont encore dénaturé les faits en retenant que certes aucun délai n'avait été respecté par AAA, mais qu'BBB n'en avait tiré aucune conséquence quant à la continuation des contrats, alors qu'BBB avait mis AAA en demeure de livrer.

La société BBB reproche aux premiers juges d'avoir dit que la société AAA n'était tenue que d'une simple obligation de moyens alors que, selon elle, l'article 3 du PA 02/2003 met à sa charge une obligation de résultat. Elle leur reproche encore d'avoir retenu qu'il n'était pas prouvé qu'AAA n'avait pas rempli son obligation de délivrance de la version 1.1., opérant par là un renversement de la charge de la preuve, étant donné qu'il appartenait à AAA de prouver qu'elle a dûment rempli son obligation. Dans ce contexte elle soutient que c'est à tort que les premiers juges ont dit que le constat d'huissier ne prouvait pas cette absence de délivrance.

Faisant valoir que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, la défaillance de la société AAA est établie, elle conclut, par réformation du jugement à voir dire qu'elle était en droit de résilier le contrat et à se voir allouer les montants réclamés au titre de remboursement des avances payées à AAA, des heures supplémentaires prestés par ses employés et des frais pour le matériel acquis par elle. Concernant ce matériel elle soutient que les premiers juges ont retenu faussement qu'il aurait été acquis sans l'accord de AAA et contrairement au conseil de cette dernière, que c'est en effet la

programmation déficiente de AAA qui a été à l'origine de la nécessité d'acheter ce matériel qui aujourd'hui ne sert plus. Elle fait encore grief aux premiers juges d'avoir rejeté comme non établie sa demande en condamnation de la société AAA à lui rembourser les pénalités lui infligées par la Commission Européenne, soutenant que le paiement de ces pénalités résulte des pièces versées. Elle conclut par ailleurs à la réformation du jugement en ce qu'il a dit fondée la demande reconventionnelle de AAA à concurrence des montants alloués.

En ordre subsidiaire elle offre en preuve par voie d'expertise que la livraison de ESC-IS, version 1.1. du 15 août 2004 n'est pas conforme aux stipulations contractuelles contenues dans le PA 02/2003 et que les *deliverables* fournis par AAA dans le cadre de cette livraison ne sont pas conformes aux exigences contenues à l'annexe C du PA 02/2003.

Prenant position par rapport à l'appel interjeté par la société AAA, BBB maintient sa contestation d'un accord intervenu en janvier 2004 au sujet d'une nouvelle méthode de facturation.

Concernant le paiement de prestations supplémentaires réclamé par AAA, BBB conteste que celles-ci soient dues à des fautes commises par elle, ainsi que le soutient l'appelante. En effet, selon BBB, le reproche lui adressé par AAA qu'elle aurait constamment modifié les spécifications n'est pas fondé, BBB n'ayant rien fait d'autre que d'affiner des spécifications prévues au contrat. Quant à l'absence de tests, BBB fait valoir que pour qu'elle soit obligée d'effectuer des tests, il faut d'abord que AAA produise des plans de tests et que ces plans soient agréés par BBB, que BBB n'a cependant jamais reçu de tels plans. Concernant la base de données Oracle, BBB soutient que c'est AAA elle-même qui a proposé l'utilisation du système Oracle dont elle est revendeur, qu'elle n'a cependant pas pu proposer un prix intéressant de sorte qu'BBB s'est procuré la base de données directement auprès du fabricant Oracle. Selon BBB, ce fait ne libérait pas AAA de son obligation d'installer et de configurer cette base de données et les problèmes apparus sont dus à une défaillance d'AAA dans cette configuration. BBB soutient enfin que l'endommagement des documents n'est pas dû à des erreurs commises par ses employés, mais à des défauts de fonctionnement du logiciel fourni par AAA. Selon BBB, en présence de la pression exercée sur elle par l'OPOCE, elle avait proposé de payer une prime de 10.- euros directement aux employés d'AAA pour les motiver à travailler le week-end afin de récupérer les documents, mais que les employés d'AAA n'ont fait qu'empirer les choses, ce qui a rendu caduque l'offre d'BBB.

La société AAA conclut au rejet de l'appel incident formé par BBB.

Selon elle, si au moment d'entamer la phase de programmation les parties ont convenu de continuer la phase de spécification, ce n'est pas en raison de retards qu'elle aurait accumulés, mais en raison des fautes

commises par BBB qui n'a pas été à même de définir ses propres besoins et de les communiquer d'une façon claire et définitive.

AAA soutient d'autre part que si le système ESC-IS s'est gravement effondré en mai 2004 ce n'est pas en raison d'une défaillance de sa part, mais encore en raison des fautes de la partie adverse, telles qu'énumérées dans l'acte d'appel, fautes auxquelles elle ajoute les suivantes:

- installation sur les serveurs destinés à l'application ESC-IS d'autres applications étrangères,
- fautes grossières de manipulation de l'application (BBB précédait à des interruptions brutales en plein fonctionnement et en plein traitement de millions de documents).

Elle fait valoir que c'est à bon droit que les premiers juges ont qualifié l'obligation qui était à sa charge de simple obligation de moyens et qu'ils ont rejeté le constat d'huissier comme preuve d'une non-conformité de la version 1.1 livrée, contestant les différents manquement énumérés par BBB. Elle estime que bien au contraire les fautes commises par BBB résultent d'ores et déjà des nombreux e-mails échangés entre parties tout au long de l'élaboration du système.

La société AAA s'oppose à la nomination d'un expert, soutenant qu'elle a parfaitement respecté son obligation de moyens et qu'il n'y a rien qu'un expert technique puisse constater qui pourrait avoir un impact sur le différent entre parties qui est d'ordre purement contractuel.

Le litige entre parties peut se résumer comme suit:

La société BBB reproche à la société AAA d'avoir accumulé des retards dans l'installation et la programmation du système ESC-IS et d'avoir livré une version 1.1. de ce système qui n'était pas conforme aux stipulations contractuelles.

La société AAA reproche à la société BBB d'avoir commis des fautes dans les tâches qui lui incombaient dans le cadre de l'installation du système, fautes qui seraient à l'origine des retards et auraient obligé AAA d'effectuer de nombreuses heures supplémentaires. Elle conteste avoir livré une version 1.1. non conforme.

Les premiers juges on dit que les articles 8.3 et 9 du contrat cadre mettent à charge de la société AAA une obligation de moyens, que l'article 3 du PA 02/2003 suivant lequel : *"ED guarantees ESC to performe the following work and to supply the following products in accordance with the agreed fixed price (see Appendix A) and with the agreed schedule (see Appendix F)…"* n'est pas de nature à transformer les obligations décrites dans cet accord, conclu en exécution du contrat cadre en obligations de résultat, l'accord PA 02/2003 s'inscrivant

directement dans le contrat cadre et ne contenant aucune dérogation expresse aux conditions générales de responsabilité y définies.

Ils ont ajouté que les obligations de l'entrepreneur informatique peuvent cependant être nuancées suivant la nature du travail à exécuter, qu'il est ainsi évident que les obligations de la société informatique pendant la phase de l'analyse des besoins et de la compilation des spécifications du logiciel à créer sont des obligations de moyens dans la mesure où la réussite de cette analyse dépend dans une large mesure de la coopération du client. Ils ont considéré que si la phase de programmation proprement dite ne comporte en principe guère d'aléas, il demeure qu'en l'espèce il résulte du procès-verbal de la réunion entre parties des 11 et 12 septembre 2003 et du PA 02/2003 que bien que les parties ont convenu de considérer la première phase du projet comme terminée, l'ensemble des spécifications de l'application à créer n'étaient pas encore arrêtées de manière définitive et que bien plus que de simples questions de détail restaient à être peaufinées, tel qu'il est documenté par la pléthore d'e-mails échangés entre parties jusqu'au moins fin janvier 2004 au sujet des modifications, respectivement ajouts à faire aux spécifications arrêtées à la fin du PA 01/2002. Ils en ont déduit que l'obligation de la société AAA de développer un logiciel conforme aux besoins d'BBB restait une obligation de moyens.

La société BBB reproche aux premiers juges d'avoir retenu sur base du contrat cadre que les parties ont mis à charge de la société AAA une simple obligation de moyens. Elle fait valoir que l'article 19.5 de cette convention prévoit qu'en cas de divergence entre les dispositions du contrat cadre et d'un contrat subsidiaire, les dispositions du contrat subsidiaire prévalent sur celles du contrat cadre, que cette disposition est confirmée par l'article 2.1 du PA 02/2003. Il s'en suit, selon BBB, que toute obligation de moyens qui aurait pu être prévue dans le contrat cadre a ainsi été transformée en obligation de résultat par l'article 3 précité du PA 02/2003.

La société AAA réplique que si dans l'article 3 du PA 02/2003 elle a garanti l'exécution d'un travail et la fourniture d'un service précis, c'était toutefois à la condition, certes implicite mais non moins certaine, qu'BBB ait rempli ses propres obligations.

Il est vrai que, conformément aux dispositions citées par la société BBB, l'article 3 du PA 02/2003 prévaut sur d'éventuelles dispositions contraires du contrat cadre. L'article 6 du contrat cadre, qui met à charge de la société BBB un devoir de coopération, n'a cependant pas été abrogé par le PA 02/2003 et l'engagement pris par la société AAA dans l'article 3 du PA 02/2003 présuppose l'exécution par BBB de ses propres obligations. Il est encore un fait que tout en décidant d'entamer la phase de programmation, les parties ont continué la phase de spécification, laquelle requérait la collaboration d'BBB. A qualifier donc l'obligation assumée par AAA dans ledit article 3 d'obligation de

résultat, entraînant une présomption de responsabilité du seul fait de l'inexécution de l'obligation, AAA pourrait s'exonérer en établissant non pas une cause étrangère valant force majeure, mais l'inexécution par BBB de ses propres obligations.

En ce qui concerne la résiliation du contrat opérée le 17 août 2004 par BBB suivant courrier de son mandataire, la Cour constate avec les premiers juges que si les délais prévus au PA 02/2003 n'ont pas été respectés, BBB n'en a pas tiré de conséquences quant à la continuation du contrat. Le courrier de résiliation invoque comme seul motif de résiliation que *"AAA has failed to deliver version 1.1. by 15 August 2004".* Il est encore un fait qu'AAA a mis en place une version 1.1. de ESC-IS en date du 15 août 2004, mais BBB prétend qu'elle n'est pas conforme aux exigences contractuelles, ce qui est contesté par AAA.

Que l'obligation mise à charge du débiteur soit de moyens ou de résultat, le créancier qui agit en responsabilité du débiteur doit d'abord prouver l'inexécution de l'obligation. Il n'appartient partant pas à AAA d'établir qu'elle a livré une version 1.1. conforme, mais il appartient à BBB d'établir que la version 1.1. livrée n'était pas conforme.

La Cour se rallie aux premiers juges et aux motifs par eux énoncés en ce qu'ils ont dit que la non-conformité alléguée ne résulte pas du constat d'huissier versé par BBB.

Il y a donc lieu d'accueillir l'offre de preuve par expertise formulée en ordre subsidiaire par BBB afin d'établir cette inexécution par AAA de ses engagements contractuels. En effet, contrairement à ce qu'admet la société AAA, la question de la conformité de la version 1.1. livrée ne peut être résolue que par un expert en la matière.

La société BBB réclame d'autre part à AAA le remboursement des pénalités qu'elle à dû payer à l'OPOCE en raison des retards qu'a pris le développement du programme ESC-IS. Il est constant en cause, ainsi qu'il a déjà été constaté par les premiers juges, que les délais prévus au *project workplan* en annexe F du PA 02/2003 n'ont pas été respectés, la livraison de la version 1.1. y étant prévue pour le 5 mars 2004 et celle de la version 1.2. devant inclure les fonctionnalités de production décentralisée pour le 2 avril 2004.

Cette défaillance d'AAA étant établie, il lui appartient, conformément aux considérations qui précèdent, d'établir que le non-respect des délais est dû aux fautes d'BBB. AAA réclame par ailleurs à BBB le paiement de prestations supplémentaires qu'elle dit avoir dû effectuer en raison de ces fautes et dans le cadre de cette demande elle a encore la charge de la preuve.

La société AAA soutient que les fautes commises par BBB résultent à suffisance de droit des pièces versées par elle, notamment des nombreux e-mails échangés entre parties. La société BBB, de son côté,

prétend que les pièces et témoignages produits par elle démontrent qu'elle a rempli ses obligations à l'égard d'AAA et qu'elle n'a pas demandé de changements de nature à retarder le développement d'ESC-IS.

La Cour n'est pas spécialiste en matière d'informatique et en présence du contenu très technique des e-mails échangés entre parties et d'ailleurs également des attestations testimoniales versées de part et d'autre elle n'est pas en mesure de départager les parties sur ce point. Cette question est donc encore à soumettre à l'expert qui examinera également si le matériel informatique acquis par BBB et dont elle demande le remboursement du prix à AAA a été nécessaire dans le cadre du développement du programme.

Toutes les demandes formulées de part et d'autres seront toisées après le dépôt du rapport d'expertise et à la lumière des conclusions de l'expert.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert Monsieur le Pr. Dr Nicolas Guelfi, Faculté des Sciences, de la Technologie et de la Communication, Unité de recherche en informatique et communication, 6, rue Richard Coudenhove-Kalergi, L-1359 Luxembourg, avec la mission

- d'examiner si la livraison de ESC-IS, version 1.1. du 15 août 2004 était ou non conforme aux stipulations contractuelles contenues dans le PA 02/2003 et si les *deliverables* fournis par la société AAA dans le cadre de cette livraison sont ou non conformes aux exigences contenues à l'annexe C du PA 02/2003;

- de renseigner la Cour sur la question de savoir si les retards intervenus dans le développement du système ESC-IS sont dus aux inexécutions contractuelles et aux fautes reprochées par la société AAA à la société BBB, retracées dans la motivation du présent arrêt et plus amplement discutées dans les conclusions des parties;

- d'examiner si le matériel informatique acquis par la société BBB en cours de développement s'est révélé nécessaire en raison d'une programmation défaillante de la société AAA;

ordonne à chacune des parties de consigner au plus tard le 18 décembre 2009 la somme de 1.500.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Madame la présidente de chambre Irène Folscheid du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 25 juin 2010 au plus tard;

réserve les frais.