

Arrêt commercial

*Audience publique du quinze juillet deux mille quinze*

Numéro 36021 du rôle.

Composition :

*Roger LINDEN, président de chambre;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Jean ENGELS, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier assumé.*

**E n t r e :**

*A, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro (...), représentée par son Directeur Général actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles Hoffmann en remplacement de l'huissier de justice Carlos Calvo de Luxembourg du 9 mars 2010,*

*comparant par Maître François Prum, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;*

**e t :**

*B, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du susdit exploit Hoffmann,*

*comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186.371, représentée aux fins des présentes par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.*

## LA COUR D'APPEL :

Le litige a trait à une convention orale conclue entre les sociétés anonymes B( ci-après la société B) et A( ci-après la société A) suivant laquelle cette dernière est rémunérée sous forme d'une rétrocession de commissions pour tout client demandeur de produits financiers qu'elle apporte à la société B.

Statuant sur la demande introduite par la société A à l'encontre de la société B tendant à voir condamner cette société au paiement de la somme de 579.306 € du chef de commissions impayées, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a, par jugement du 30 janvier 2004 dit fondée en son principe la demande en paiement des commissions pour la période du troisième trimestre 1999 au 1<sup>er</sup> juillet 2003 et institué une expertise afin de déterminer le quantum des dites commissions.

Statuant sur l'appel relevé par la société B à l'égard de cette décision, la Cour d'appel a, par arrêt du 12 juillet 2006, confirmé le jugement du 30 janvier 2004 sauf à ordonner à l'expert d'étendre la mission sur les commissions redues par la société B à la société A dans le cadre du contrat concernant le seul client apporté par la société A jusqu'au 12 juillet 2006.

L'expert C a déposé ses rapports en date des 8 janvier et 16 février 2009.

La société A a critiqué les rapports d'expertise, arguant que l'expert aurait été d'une inertie alarmante et qu'il aurait violé le principe du contradictoire pour avoir réalisé l'expertise sur base de documents et d'informations lui transmis par la société B non communiqués à la société A. En outre, l'expert se serait trompé en faisant état dans son rapport d'un « nombre important d'opérations sur les comptes de plusieurs personnes » en ne s'étant pas rendu compte qu'il s'agissait d'un seul client apporté. La demanderesse a en outre reproché à l'expert de ne pas avoir considéré que la rétrocession de commissions devait porter sur tous types de commissions redues pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 1999 au 12 juillet 2006. Finalement, la demanderesse a critiqué l'expert d'avoir commis des erreurs de calculs dans la détermination du quantum des commissions redues, arguant qu'il est difficilement concevable que l'expert n'ait retenu pour la période litigieuse que le montant de 636.687 € alors que les commissions des années 1996 à 1999 étaient en moyenne supérieures à 150.000 € par année.

Au regard de ces manquements, la société A a, à titre principal, sollicité la nomination d'un nouvel expert et conclu en ordre subsidiaire à voir ordonner la convocation des parties et de l'expert

afin de permettre à ce dernier de fournir une réponse aux questions posées.

Statuant en continuation du jugement du 30 janvier 2004 et au regard de l'arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2006, le tribunal a, par jugement du 11 décembre 2009, dit fondée la demande en condamnation de la société A et condamné la société B à payer à la société demanderesse le montant de 113.687 € avec les intérêts au taux légal sur le montant de 40.119 € à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2003 jusqu'à solde et sur le montant de 73.568 € à partir du 12 juillet 2006 jusqu'à solde.

La société B a également été condamnée au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 €.

Suivant acte d'huissier de justice du 9 mars 2010, la société A a relevé appel du jugement du 11 décembre 2009 et conclut, par réformation, à voir constater que l'expert C a violé le principe du contradictoire et qu'il n'a pas tenu compte des remarques formulées par la demanderesse au sujet de la méthodologie de l'expertise.

Elle conclut par conséquent à la convocation de l'expert en présence des parties, sinon à voir procéder au remplacement de l'expert C sur base de l'article 435 du NCPC .

En ordre subsidiaire et pour le cas où la Cour devait entériner les conclusions de l'expert, elle conclut, selon le dernier état de ses conclusions, à voir condamner la société B « *au paiement du principal de 540.119 € et de 73.568 € avec les intérêts au taux légal à partir du jour de l'introduction de la demande en justice soit le 1<sup>er</sup> juillet 2003 jusqu'à solde, sous déduction de la provision payée et de l'ensemble des intérêts, en retenant que les versements reçus jusqu'à présent s'imputent par priorité aux intérêts* ».

Elle demande en outre la majoration du taux d'intérêt de 3 points à l'expiration d'un délai de 3 mois à compter de la signification du jugement à intervenir ainsi que l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 €.

La société B conclut in limine litis à l'irrecevabilité de l'appel du 9 mars 2010, soutenant qu'un premier acte d'appel lui avait déjà été signifié le 15 février 2010. Ce premier acte d'appel aurait été déposé à la Cour le 5 novembre 2010 sous le numéro de rôle 36718.

Ce moyen est devenu sans objet dès lors que par arrêt du 23 avril 2014, la Cour a donné acte à la société A qu'elle se désiste de l'instance introduite par acte d'huissier de justice du 15 février 2010 et a déclaré éteinte l'instance introduite par cet acte d'huissier.

L'appel du 9 mars 2010 est dès lors recevable pour avoir été interjeté dans les forme et délai de la loi.

***Quant aux critiques à l'égard de l'expert judiciaire :***

Afin de justifier sa demande en institution d'une nouvelle expertise, l'appelante reprend son argumentation développée en première instance relative aux manquements reprochés à l'expert.

Concernant le reproche de la violation par l'expert du principe de la contradiction, la juridiction de première instance a retenu que le fait pour la société A de ne pas avoir pu, en raison du principe du secret bancaire, accompagner l'expert à la banque pour prendre inspection des livres et données comptables du B ne constitue pas une violation du principe du contradictoire. Le tribunal a retenu que l'expert a pris le soin d'informer les parties de ses visites à la banque, qu'il a précisé le nom des personnes y rencontrées et qu'il a aussitôt informé les parties du résultat des travaux effectués.

L'appelante fait valoir que malgré ses itératives réclamations, l'expert se serait basé, afin de déterminer l'assiette des rétrocessions, sur des documents produits par la société B qui n'auraient jamais été communiqués à la société A.

Dans la mesure où les documents nécessaires au calcul des commissions dues à l'appelante ne relèveraient pas du secret bancaire, l'expert aurait violé le principe de la contradiction. L'expert judiciaire n'aurait notamment pas tenu compte des observations et remarques formulées par les mandataires de la société A.

L'intimée fait valoir que la société A voulait en fait accéder elle-même aux systèmes de la banque et aux chiffres et documents du client apporté afin de calculer et de vérifier elle-même les revenus perçus par la banque. Les parties auraient cependant convenu préalablement au début de l'opération d'expertise que l'ensemble des chiffres et documents permettant de justifier des revenus perçus par la banque seraient à contrôler dans les systèmes de la banque et personnellement par l'expert. L'intimée donne à considérer que l'appelante n'aurait lors des débats préalables à l'expertise formulé aucune critique à l'égard de cette méthodologie. Cette critique n'aurait été faite qu'après communication des rapports intermédiaires de l'expert auxquels étaient annexés les tableaux.

L'intimée ajoute qu'aucun reproche ne pourrait être fait à l'expert qui tout au long des opérations d'expertise aurait pris la précaution d'informer les parties de ses visites et de préciser pour quelles raisons il se rendait à la banque en l'absence des parties, laissant à la partie appelante la possibilité de faire part de ses critiques dans un délai suffisant. L'expert aurait en outre offert à plusieurs reprises à la société appelante d'effectuer, si besoin en était, des tests

supplémentaires dans les locaux de la banque et a procédé lui-même à des vérifications supplémentaires. La banque aurait cependant dû se conformer aux exigences légales du secret professionnel, raison pour laquelle l'appelante n'aurait pas été autorisée à assister aux investigations matérielles de l'expert dans les locaux de la banque.

Le technicien, qui tient sa mission du juge, doit se conformer strictement aux principes directeurs du procès parmi lesquels figure en première place, celui de la contradiction, lequel fait partie des garanties d'un procès équitable. Le principe de la contradiction a d'ailleurs été élevé au rang des garanties du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'Homme ( CEDH 18 mars 1997, n° 21497/93, RTD civ. 1997, 1007). Ce principe exige qu'un débat contradictoire se déroule avant la prise de décision susceptible de faire grief, ce qui implique que la mesure d'instruction soit diligentée en présence des parties ou de leurs représentants. Un expert ne peut par conséquent se contenter de travailler sur base de pièces et adresser un pré-rapport aux parties sans les avoir préalablement convoquées. Les parties doivent en outre être préalablement convoquées en temps utile, obtenir communication de tous documents, être informées de tous éléments servant à établir l'avis du technicien, et avoir la possibilité de présenter leurs observations et leurs pièces tout au long de la mesure. En vertu du principe de loyauté des débats, lequel s'applique à tous les acteurs qui concourent à la procédure, le technicien est également tenu de préciser la source des informations par lui recueillies ( Dalloz action, Vincent Vigneau, Le droit de l'expertise, Livre 2, L'expertise en matière civile, n°231.81 et suiv.).

Dans l'accomplissement de sa mission, le technicien ne doit toutefois pas se rendre complice de la violation d'un secret professionnel.

Dans un arrêt du 25 janvier 2005, la Cour de cassation française confirme qu'elle entend conserver au secret bancaire toute sa valeur. Elle a retenu que *« les documents réclamés par la société demanderesse pour permettre d'établir la destination donnée aux fonds perçus par le promoteur pour construire la résidence inachevée étaient couverts par le secret bancaire dont le syndicat des copropriétaires n'était pas bénéficiaire et que ce secret constituait un empêchement légitime opposable au juge civil hors les cas, qui n'étaient pas réalisés en l'espèce, prévus par la loi, ce dont il se déduisait que bien qu'ayant la qualité de partie au litige, la banque était fondée à l'opposer pour refuser la communication sollicitée »* (Cass.com. 25 janvier 2005, arrêt n° 03-14693, Dalloz, 2005, p.485).

Il se déduit de cette décision qu'en l'absence du consentement du titulaire du compte, la banque ne peut communiquer de renseignements relatifs au fonctionnement du compte et il importe

peu que la banque soit partie au procès (RTD com. 2005, p.395, voir Cass.com. 13 novembre 2003, n° 00-19.573).

Dès lors même qu'elle est partie au procès, la banque peut toujours invoquer le secret professionnel pour refuser d'obtempérer à une demande de communication.

Sont en principe concernées par le secret toutes les informations confidentielles reçues à titre professionnel. Aussi le banquier doit garder confidentiels tous les faits qui lui sont confiés par son client ou qu'il a connus ou surpris dans l'exercice ou à l'occasion de son activité. Par « informations confidentielles », on entend en règle générale, les informations précises. Et pour se limiter aux comptes bancaires, il y a lieu de citer l'indication de leurs positions ou encore les mouvements qui y sont enregistrés ( Recueil Dalloz 2005, p.485, Le secret bancaire ne cesse pas du seul fait que le banquier est partie au procès intenté contre lui).

La chambre commerciale de la Cour de cassation juge de façon constante que le secret bancaire est opposable au juge civil dès lors que le contradicteur de la banque n'en est pas le bénéficiaire. Mais elle juge aussi que la banque ne peut se prévaloir du secret bancaire lorsque la demande de communication qui lui est faite est dirigée contre elle « non pas en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire ». ( Cass. com. 19 juin 1990, n° 88-19.618, D.1992, p.32 ; Recueil Dalloz, 2012, p.1218, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, chambre commerciale). Le secret bancaire est un secret de protection au profit du client qui peut y renoncer. (Cass.com.11 avril 1995 n°92-20,985, Bull.civ. IV, n° 121).

Décider de lever le secret sans autorisation de ses bénéficiaires, au prétexte d'un litige qui ne les concerne pas, reviendrait à le vider de son contenu.

Il importe de relever en l'occurrence que dans ses rapports des 8 janvier et 16 février 2009, l'expert judiciaire a souligné « *que sa mission s'est heurtée à des problèmes techniques objectifs : volumes importants de transactions, changements du système informatique, existence du secret bancaire* ».

L'expert explique que « *le secret bancaire a dû être respecté tout au long de la mission. Il a notamment empêché une communication de l'ensemble de données disponibles à la banque à la demanderesse. J'ai ainsi dû effectuer certains tests au sein de la banque sans que les parties ne soient présentes. Tout au long du processus, j'ai tenu à communiquer aux parties, les informations nécessaires au suivi de ma mission de manière à respecter à la fois le déroulement contradictoire de l'expertise et le secret bancaire* ».

Il n'est pas contesté que les documents et pièces consultés par l'expert étaient relatifs aux clients de la société B.

Au regard des développements qui précèdent, le secret bancaire auquel la banque est soumise ne cesse pas du seul fait qu'elle est partie au procès, dès lors que la société A n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client de la banque, étranger au présent litige, n'a pas renoncé.

Il se dégage à suffisance des rapports d'expertise des 8 janvier et 16 février 2009 que l'expert judiciaire a tout au long des opérations d'expertise informé les parties litigantes de l'état d'avancement des opérations d'expertise, des démarches qu'il a entreprises suite aux prises de position respectives des parties litigantes et des résultats des différents travaux effectués.

La Cour note en outre que l'expert a établi des projets de rapports, convoqué les parties à des réunions et tenu compte des observations écrites formulées par les parties litigantes. L'expert relève dans ses deux rapports des 8 janvier et 16 février 2009 avoir *« complété mes contrôles afin de confirmer ou d'infirmer les remarques faisant débat. Par ailleurs, j'ai effectué des tests complémentaires destinés à contrôler si les rétrocessions calculées pendant la période sur laquelle porte le litige étaient exhaustives et calculées de manière consistante avec la période qui précédait le litige (...) »*. Il convient finalement de constater qu'aux deux rapports d'expertise définitifs sont annexés des tableaux, respectivement des listings relatifs aux données sur lesquels l'expert s'est basé pour calculer les commissions dues à la société A.

L'affirmation de celle-ci que l'expert judiciaire aurait violé le principe du contradictoire n'est dès lors pas fondé.

L'appelante reproche ensuite à l'expert d'avoir retenu que le contrat existant entre les sociétés A et B est un contrat oral. Elle invoque *« une lettre EA du 11 août 1994 »* de nature à justifier que les parties étaient liées par un contrat écrit. Soutenant que les commissions de toute nature devaient faire l'objet d'une rétrocession, l'appelante reproche à l'expert judiciaire d'avoir limité la rétrocession à quatre catégories de commissions.

Concernant ces reproches, le tribunal a retenu que les parties sont liées par un contrat oral de rétrocession de commissions et qu'il appartient à la société A de rapporter la preuve du contenu du contrat. Le tribunal s'est référé à l'arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2006 qui a retenu que *« le paiement régulier de commissions jusqu'en août 1999 prouve qu'il y avait entre parties une convention de rétrocession d'une commission pour la clientèle apportée »* et la mission de l'expert a été élargie à la période du 1<sup>er</sup> juillet 2003 au 12 juillet 2006. Le tribunal a ensuite relevé que l'affirmation de la société

A que la rétrocession porte sur tous types de commissions n'est pas prouvée et que cette position est corroborée par le fait que cette société n'a jamais contesté le paiement des commissions depuis l'année 1996 jusqu'au 31 août 1999. Le tribunal s'est ensuite référé aux conclusions de l'expert pour retenir que dans la mesure où pendant cette période seulement quatre catégories de commissions ont été rétrocédées, il y a lieu de s'en tenir à ces quatre catégories de commissions pour déterminer les commissions rédues pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 1999 au 12 juillet 2006.

L'intimée renvoie à l'arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2006 pour soutenir que le contrat existant entre parties n'a jamais fait l'objet d'un écrit détaillé. Elle souligne en outre le caractère unilatéral de la lettre EA dont se prévaut l'appelante.

Quant aux catégories de commissions soumises à la rétrocession, l'intimée fait valoir que ni le jugement du tribunal de 2004 ni l'arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2006 n'ont abordé la question des catégories de commissions donnant lieu à rétrocession. Elle renvoie à la motivation du jugement de première instance et fait valoir qu'afin de déterminer la catégorie de commissions à rétrocéder pour la période située entre le 1<sup>er</sup> septembre 1999 et le 12 juillet 2006, il y a lieu de se référer au comportement adopté par l'appelante entre la période antérieure au 1<sup>er</sup> septembre 1999. Elle conclut par conséquent à la confirmation de la décision entreprise en ce qu'elle a considéré que la rétrocession porte sur quatre types de commissions, à savoir « *le courtage sur opérations de titres, les commissions de gestion, les commissions OPCVM et divers* ».

Quant à la question de savoir si les parties étaient liées par un contrat écrit, la Cour d'appel a retenu dans son arrêt du 12 juillet 2006 « *qu'il est constant en cause qu'il n'y a aucun écrit prouvant le contenu exact du contrat conclu entre parties* ». La Cour est, actuellement liée par cette décision sur laquelle il n'y a plus lieu de revenir.

C'est à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que le tribunal a retenu que la rétrocession de commissions porte sur les quatre catégories de commissions telles que retenues par l'expert C, à savoir les intérêts créditeurs sur compte « select », les commissions de gestion, les commissions sur opérations titres, les « trailer fees » correspondant aux commissions perçues sur encours « fonds maison ».

L'appelante reproche encore à l'expert qui était chargé de déterminer le quantum des commissions dues d'avoir retenu que la diminution des commissions est justifiée par des retraits effectués par « le client » de la société B.

Dans son jugement du 11 décembre 2009, le tribunal a relevé que les commissions ont chuté de manière considérable pour les années 2003 à 2006, et que cette diminution est due au fait que « le client » a retiré le montant global de 41.855.271 € entre le 30 novembre 2002 et le 30 juin 2003. L'expert a ajouté qu'il existe une corrélation raisonnable entre la diminution des avoirs gérés et la diminution des commissions rétrocedées à la société A depuis le 30 novembre 2002.

S'il est vrai qu'aux termes de l'article 446 du NCPC, le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien, il est admis que les juges ne doivent s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause ( Cour d'appel, 18 décembre 1962, P.19, p.17 ; 13 juillet 2011, n° 35158 du rôle).

Dans son rapport du 16 février 2009, l'expert explique la méthodologie qu'il a appliquée afin de déterminer le quantum des commissions. Il fait en outre remarquer que les contrôles effectués ont permis de déterminer que les taux de rétrocessions appliqués sont ceux qui ont été agréés par les parties et qu'il existe une corrélation raisonnable entre la diminution des avoirs gérés et la diminution des commissions rétrocedées à la société A depuis le 30 novembre 2002.

Dans son rapport d'expertise du 8 janvier 2009 relatif à la période du 1<sup>er</sup> septembre 1999 au 30 juin 2003, l'expert C a chiffré les commissions redues par la banque au montant total de 540.119 €.

Dans son rapport du 16 février 2009 relatif à la période du 1<sup>er</sup> juillet 2003 au 12 juillet 2006, le même expert a chiffré les commissions redues par la banque à l'appelante au montant de 73.568 €.

Ces conclusions de l'expert judiciaire ne sont contredites par aucun autre élément probant du dossier, de sorte que l'affirmation de la société A que l'expert se serait trompé dans la détermination du quantum des commissions reste à l'état de pure allégation.

L'appelante reproche finalement à l'expert judiciaire d'avoir été d'une inertie alarmante, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce au regard de la motivation du jugement sur ce point spécifique que la Cour adopte.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, c'est à raison que le tribunal n'a pas fait droit à la demande en nomination d'un nouvel expert et qu'il a entériné les conclusions de l'expert

quant à la détermination des commissions dues par la société B aux montants respectifs de 540.119 € et de 73.568 €.

Aux termes du dispositif de l'acte d'appel du 9 mars 2010, l'appelante réclame le paiement des montants de 540.119 € et de 73.568 €, avec les intérêts au taux légal à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2003 jusqu'à solde, sous déduction de la provision payée.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de cette demande comme étant une demande nouvelle en appel, prohibée par l'article 592 du NCPC.

Elle renvoie à la motivation du jugement de première instance pour soutenir que le mandataire de l'actuelle appelante y a limité la demande en condamnation au montant global de 113.687 € ( 40.119 + 75.568). Elle demande à voir constater qu'aux termes de ses conclusions du 10 janvier 2011, l'appelante a précisé « *que la société B s'abstient de verser sans justification la somme de 113.687* » réitérant ainsi son accord à voir solliciter la condamnation de l'intimée au paiement de ce montant.

Selon le dernier état de ses conclusions, l'appelante réclame à titre subsidiaire la condamnation de l'intimée « *au paiement du principal de 540.119 € et de 73.568 € avec les intérêts au taux légal à partir du jour de l'introduction de la demande en justice soit le 1<sup>er</sup> juillet 2003 jusqu'à solde, sous déduction de la provision payée et de l'ensemble des intérêts, en retenant que les versements reçus jusqu'à présent s'imputent par priorité aux intérêts* ».

Les parties s'accordent pour dire que la société B a payé le 22 janvier 2007 au mandataire luxembourgeois de la société A la somme de 500.000 € à titre de provision.

Le tribunal a retenu dans son jugement que « *sur question spéciale du tribunal, le mandataire de la société A confirme qu'il demande la condamnation de la Banque, à titre de provision, au paiement du montant de 40.119 € avec les intérêts légaux à partir du 30 juin 2003 ainsi que du montant de 73.568 € avec les intérêts légaux à partir du 12 juillet 2006* ».

Aux termes de l'article 1254 du Code civil, le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts: le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

Force est de constater que la société A a devant la juridiction de première instance marqué son accord à voir imputer l'acompte de 500.000 € payée le 22 janvier 2007 par la société B sur la créance de 540.119 € déterminée par l'expert judiciaire dans son rapport du

16 février 2009. La demande a par conséquent été déclarée fondée pour le montant de 113.687 €, conformément aux conclusions de la société A. L'appelante n'a dès lors aucun intérêt à attaquer cette disposition du jugement de sorte que l'appel afférent est à déclarer irrecevable.

La demande de la société A tendant à la condamnation de cette société au paiement de 540.119€ + 73.568€, sous déduction de la provision payée est dès irrecevable.

L'appelante sollicite encore par réformation, la majoration du taux d'intérêt de 3 points à l'expiration d'un délai de 3 mois à compter de la signification de l'arrêt à intervenir.

Le tribunal a rejeté cette demande motif pris que la demanderesse originaire n'a pas établi que la société B soit une débitrice récalcitrante.

Il y a lieu de confirmer cette décision par adoption de la motivation de la juridiction de première instance.

Il convient en outre de confirmer la décision de première instance en ce qu'elle a condamné la société B aux frais et dépens de la première instance, y compris les frais d'expertise.

Suivant ses écritures notifiées le 10 janvier 2011, la société A conclut encore « *à voir ordonner un complément d'expertise ou en désignant un nouvel expert afin de déterminer les commissions dues à la concluante pour la période ayant couru du 12 juillet 2006 à la date de l'arrêt à intervenir* ».

Soutenant que cette demande aurait pour unique objet d'élargir le champ de l'expertise à la période postérieure à celle jusqu'à présent couverte, et qu'elle ne saurait être considérée comme étant une demande additionnelle, l'intimée conclut à l'irrecevabilité de cette demande comme étant une demande nouvelle prohibée en appel.

Dans son arrêt du 12 juillet 2006, la juridiction d'appel a ordonné l'extension de la mission d'expertise pour les commissions dues jusqu'au 12 juillet 2006. En décidant ainsi, la Cour d'appel a reconnu le droit pour la société A de se voir rétrocéder les commissions échues depuis le jugement de première instance du 30 janvier 2004 jusqu'au 12 juillet 2006.

La Cour a retenu dans ledit arrêt que « *le B n'avait pas le droit de résilier le contrat en arrêtant le paiement, même pas avec un préavis* ».

Il est constant en cause que le contrat est toujours en vigueur.

Il convient de constater que la société A n'a devant la juridiction de première instance pas sollicité la condamnation de la société B au paiement des commissions échues depuis l'arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2006.

En vertu de l'article 592 du NCPC, il ne sera formé en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Si le demandeur ne peut substituer ou ajouter une demande toute nouvelle par son objet ou par sa cause n'ayant aucun lien de connexité avec la demande principale, il peut cependant, et ce par voie de simples conclusions signifiées en cause, former une demande additionnelle qui, tendant au même but que la demande initiale, s'y rattache intimement en raison de l'identité de cause et d'objet, alors qu'une demande additionnelle ne peut être considérée comme nouvelle dans le sens de l'article 464 du code de procédure civile ( Cour d'appel, 19 novembre 1997, P. 30, p.287)

Ne sont pas nouvelles en appel les demandes qui sont virtuellement comprises dans la demande originaire dont elles ne sont que la suite ou la conséquence (Cour de Cassation, 10 juillet 1997, P.30, p.242). Ne constitue pas non plus une demande nouvelle, une demande additionnelle de majoration de la demande initiale principale, connexe à celle-ci, ayant identité de cause et d'origine et tendant au même but.

La Cour de Cassation française a retenu dans un arrêt du 8 février 1996 ( Cass.soc. 8 février 1996, n° 94-14.216, Bull.civ. n° 50) qu'il suffit que les prétentions nouvellement émises en appel présentent un lien d'accessoire, de complément ou de conséquence des prétentions émises en première instance, peu importe que la partie ait ou non été négligente en ne présentant pas ces demandes en première instance.

Il convient de rappeler que devant la juridiction de première instance, la société A a conclu à voir condamner la société B au paiement des commissions échues pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 1999 au 12 juillet 2006.

La demande actuellement formulée en instance d'appel tendant à voir désigner un expert afin de déterminer les commissions dues à la société A pour la période du 13 juillet 2006 au 15 juillet 2015 tend aux mêmes fins de sorte qu'elle est à déclarer recevable.

Elle est également fondée de sorte qu'il y a lieu d'y faire droit.

Il y a lieu de réserver les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure.

## PAR CES MOTIFS :

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

dit irrecevable l'appel du 9 mars 2010 pour autant qu'il concerne la disposition du jugement par laquelle la société anonyme B a été condamnée à payer à la société anonyme A le montant de 113.687 € avec les intérêts au taux légal sur le montant de 40.119 € à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2003 jusqu'à solde et sur le montant de 73.568 € à partir du 12 juillet 2006 jusqu'à solde,

le dit recevable pour le surplus,

le dit non fondé,

**confirme** le jugement entrepris,

dit recevable et fondée en appel la demande en nomination d'un expert judiciaire afin de déterminer les commissions redues par la société anonyme B à la société anonyme A pour la période du 13 juillet 2006 au 15 juillet 2015 dans le cadre du contrat existant entre parties,

partant, ordonne une expertise et commet pour y procéder, Monsieur C, expert-comptable, demeurant à (...),

avec la mission de concilier les parties si faire se peut sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé, « *de déterminer les commissions redues par la société anonyme B à la société anonyme A pour la période du 13 juillet 2006 au 15 juillet 2015 dans le cadre du contrat existant entre parties* »,

fixe la provision à faire valoir sur les frais et honoraires de l'expert au montant de 1.000 € ;

ordonne à la société anonyme A de consigner la provision auprès de la Caisse de Consignation au plus tard pour le 15 septembre 2015 et d'en justifier au greffe de la Cour, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du NCPC ;

dit que l'expert déposera son rapport au greffe de la quatrième chambre de la Cour au plus tard le 15 décembre 2015 ;

dit qu'il devra en toutes circonstances informer le magistrat chargé de la surveillance de l'expertise de l'état de ses opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;

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

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert pourra s'entourer de tous renseignements utiles et nécessaires et même entendre de tierces personnes ;

charge Madame la conseillère Elisabeth WEYRICH du contrôle de cette mesure d'instruction ;

réserve le surplus,

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état.