

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 165/23 IV-COM

Audience publique du vingt-quatre octobre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-00282 du rôle

Composition:

Marianne EICHER, président de chambre;
Michèle HORNICK, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

Entre

la société de droit allemand SOCIETE1.) GMBH, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE1.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Hambourg sous le numéro NUMERO1.),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine dite Nanou Tapella d'Esch-sur-Alzette du 11 mars 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée AKD LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-2163 Luxembourg, 40, avenue Monterey, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 208725, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Thomas Biermeyer, avocat à la Cour,

e t

la société à responsabilité limitée SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

intimée aux fins du prredit acte Tapella,
comparant par la société en commandite simple Kleyr Grasso, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant la société Kleyr Grasso GP sàrl, établie et ayant son siège social à la même adresse, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL

Les faits

La société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL (ci-après « SOCIETE3.) ») a été constituée sous la dénomination sociale SOCIETE4.) suivant acte notarié du 7 février 2019, l'actuelle dénomination sociale ayant été décidée lors d'une assemblée générale ordinaire du 29 octobre 2019.

SOCIETE3.) a pour objet, entre autres, l'acquisition, la détention et la cession de participations dans toute société et entreprise luxembourgeoise et/ou étrangère, ainsi que l'administration, la gestion et la mise en valeur de ces participations. Il s'agit d'un *special purpose vehicle* appartenant au groupe d'investissement Triton.

Dans le cadre du projet d'acquisition par le groupe Triton du groupe allemand SOCIETE5.) SOCIETE4.) (ci-après « SOCIETE5.) »), la société à responsabilité de droit allemand SOCIETE1.) GmbH (ci-après « SOCIETE6.) ») est devenue actionnaire d'SOCIETE3.), en souscrivant des participations de celle-ci, dans le cadre d'une augmentation de capital avec émission de nouvelles parts sociales.

Un *Shareholders and Investment Agreement relating to SOCIETE2.) Sàrl and SOCIETE7.) SCA* (ci-après le « Pacte d'actionnaires ») a été conclu le 5 novembre 2019, SOCIETE6.) étant partie de celui-ci en sa qualité d'actionnaire d'SOCIETE3.).

Suivant l'article 4.3 du Pacte d'actionnaires et le Schedule 4.3 annexé audit Pacte, SOCIETE3.) a été financée, entre autres, par des *Shareholder Loans* pour un montant total de 102.870.755,83 euros.

SOCIETE6.) a ainsi consenti un prêt d'actionnaire à hauteur de 7.413.612,87 euros suivant contrat de prêt du 7 novembre 2019 (ci-après le « Contrat de prêt »).

Par courrier recommandé avec accusé de réception du 20 janvier 2021 et par courrier électronique du même jour, SOCIETE6.) a demandé à SOCIETE3.) le paiement des intérêts échus au 31 décembre 2020.

Par courrier du 9 février 2021, SOCIETE3.) a été mise en demeure de procéder au paiement des intérêts échus au 31 décembre 2020.

Par courrier du 5 mars 2021 du mandataire de SOCIETE6.), SOCIETE3.) a été informée qu'à défaut d'avoir réglé les intérêts échus du Contrat de prêt, elle est en manquement à ses obligations contractuelles, constituant un « *event of default* », et SOCIETE6.) a réclamé le remboursement intégral du montant principal du Contrat de prêt avec les intérêts conventionnels échus jusqu'au 5 mars 2021, ainsi que les intérêts de retard, soit un montant total de 8.038.244,70 euros.

Aucune suite favorable n'a été donnée à cette demande.

Procédure de première instance

Par jugement du 21 janvier 2022, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a dit la demande de SOCIETE6.) en remboursement intégral du prêt avec les intérêts, introduite à l'encontre d'SOCIETE3.) par exploit d'huissier de justice du 16 avril 2021 non fondée. Sa demande tendant à l'obtention d'une indemnité de procédure a été déclarée non fondée. Le Tribunal a en outre condamné SOCIETE6.) à payer à SOCIETE3.) une indemnité de procédure de 1.500 euros et aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a d'abord rejeté le moyen d'incompétence soulevé par SOCIETE3.) et s'est déclaré compétent sur base des dispositions du Contrat de crédit du 7 novembre 2019.

Il a ensuite, quant au fond, analysé les dispositions contractuelles afin de déterminer si le non-paiement par SOCIETE3.) des intérêts échus au 31 décembre 2020 est constitutif d'une violation contractuelle, susceptible d'entraîner le terme prématuré du Contrat de prêt.

Selon le Tribunal, ni les documents intitulés « Project Rainbow » et « Term Sheet », ni le document « ALIAS1.) » ne permettent de rapporter la preuve d'un accord entre parties relatif à la capitalisation des intérêts dus en vertu du Contrat de prêt tel que soutenu par SOCIETE3.).

Le Tribunal a cependant constaté qu'il résultait des comptes sociaux des exercices 2019 et 2020 qu'il avait été procédé à la capitalisation des intérêts échus à la somme du principal de tous les prêts accordés par les associés à SOCIETE3.) ; que les associés ont été clairement

informés de la volonté d'SOCIETE3.) de capitaliser les intérêts et qu'en approuvant les comptes sociaux, ils ont marqué leur accord à ce procédé.

Le Tribunal a dès lors retenu que vu l'accord de SOCIETE6.) avec la capitalisation des intérêts découlant du Contrat de prêt, SOCIETE3.) n'a commis aucune faute contractuelle justifiant l'échéance prématurée du prêt. La demande de SOCIETE6.) tendant au remboursement intégral du principal et des intérêts échus, de même que sa demande tendant à l'allocation de dommages et intérêts ont été déclarées non fondés.

L'appel

De ce jugement, qui lui a été signifié le 3 février 2022, SOCIETE6.) a relevé appel par exploit d'huissier de justice du 11 mars 2022.

Elle demande par réformation et à titre principal la condamnation d'SOCIETE3.) au paiement :

- du montant de 7.413.612,87 euros en principal du chef du remboursement du prêt avec le montant de 669.235,97 euros à titre des intérêts conventionnels échus à la date du 13 avril 2021 et à échoir sur base des articles 1134, 1142 et 1147 du Code civil, augmenté des intérêts légaux aux taux applicables aux transactions commerciales à hauteur de 74.890,77 euros sur le montant principal ainsi que sur les intérêts conventionnels échus à la date du 13 avril 2021, sinon de la demande en justice, sinon à partir de l'acte d'appel, sinon à compter de l'arrêt à intervenir, conformément à la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (ci-après « la Loi de 2004 »), sinon aux taux de droit commun, à augmenter à compter de la demande formulée par voie d'assignation du 16 avril 2021, sinon de l'acte d'appel sinon à compter de l'arrêt à intervenir jusqu'à solde,
- du montant de 10.000 euros pour manquement à son obligation contractuelle avec les intérêts légaux en vertu de l'article 5(1) de la Loi de 2004, à compter de la demande de justice, sinon à compter de l'acte d'appel à intervenir jusqu'à solde.

A titre subsidiaire, elle demande la condamnation d'SOCIETE3.) à lui payer le montant principal de 7.413.612,87 euros avec les intérêts conventionnels échus à la date du 31 décembre 2020 et à échoir, augmenté des intérêts légaux en vertu de la Loi de 2004, sinon aux taux de droit commun, sur le montant principal ainsi que sur les intérêts conventionnels à la date du 19 mars 2021, à augmenter de la demande de justice sinon de l'acte d'appel, sinon à compter de l'arrêt à intervenir jusqu'à solde.

En tout état de cause, elle demande à être relevée de toutes les condamnations prononcées à son encontre. Elle sollicite encore la

condamnation de l'intimée à lui payer une indemnité de procédure de 7.500 euros.

A l'appui de son appel, **SOCIETE6.)** soutient qu'il résulte clairement du Contrat de prêt signé entre parties qu'**SOCIETE3.)** s'est engagée à payer en espèces les intérêts conventionnels à hauteur de 6,3% pour la première fois le 31 décembre 2020 et que faute de ce faire, elle s'est trouvée en situation de défaut de paiement tel que défini à l'article 9 du Contrat de prêt, de sorte que **SOCIETE6.)** est en droit de réclamer le remboursement du montant principal y compris les intérêts.

Elle fait grief au Tribunal d'avoir déduit de l'approbation des comptes sociaux par la majorité de l'assemblée des actionnaires un accord entre parties sur la capitalisation des intérêts et d'avoir ainsi retenu l'absence de toute faute justifiant l'échéance prématurée du Contrat de prêt. Elle maintient dès lors son argumentation de première instance selon laquelle il n'y a pas eu de volonté entre parties de procéder ni par demande judiciaire ni par convention spéciale à la capitalisation des intérêts.

Elle soutient plus particulièrement qu'elle n'a jamais voté en faveur de l'approbation des comptes des années sociales 2019 et 2020 et qu'elle n'a dès lors jamais accepté le moindre détail ni chiffres indiqués dans ces comptes annuels. Selon elle, les comptes sociaux ne sont pas non plus suffisamment clairs pour établir l'existence d'une volonté de la part d'**SOCIETE3.)** de procéder à une capitalisation des intérêts et que de toute façon **SOCIETE3.)** ne pouvait pas procéder à une capitalisation des intérêts pour l'exercice 2019 par le biais des comptes annuels pour l'exercice 2019, les intérêts n'avaient pas encore été échus pour une année entière à ce moment.

SOCIETE3.) se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'appel en la pure forme.

A titre principal, elle demande à voir dire que les juridictions luxembourgeoises ne sont pas compétentes en raison de la clause d'arbitrage inscrite au Pacte d'actionnaires.

A titre subsidiaire, elle conclut à la confirmation du jugement en ce que les demandes ont été déclarées non fondées. Elle soutient à cet égard qu'il résulte tant de la version commentée du *Term Sheet* du 18 août 2019 que de la version finale de ce document que les parties avaient dès le départ l'intention de *computer* (la Cour admet qu'il y a lieu de lire « capitaliser ») les intérêts sur les *Shareholder Loans* et qu'il avait dès lors été convenu entre parties que les intérêts sur le *Shareholder Loan* seraient capitalisés. Tel aurait par ailleurs été confirmé dans la présentation du conseil financier du management de **SOCIETE8.)** du 30 avril 2020.

Elle approuve la motivation du Tribunal en ce qu'il a été retenu que les associés ont été clairement informés de sa volonté de capitaliser les

intérêts dus en vertu des contrats de prêt de la part des associés et y ont adhéré en approuvant les comptes des exercices 2019 et 2020 sans la moindre réserve et que partant elle n'avait commis aucune faute en relation avec le Contrat de prêt. Elle expose que ni les bilans pour les exercices 2019, 2020 et 2021, ni les notes aux comptes ne prévoient des paiements annuels en relation avec les *Shareholder Loans* et que dès lors la décision d'approbation des comptes de l'assemblée des actionnaires s'impose à tous ses membres, y compris les actionnaires qui ne les auraient pas approuvés.

Elle ajoute que le paragraphe 3 de l'article 3 du Contrat de prêt prévoit expressément la possibilité de capitaliser les intérêts, de sorte qu'elle estime qu'aucun accord exprès de la part de SOCIETE6.) n'est requis. Selon elle, une déclaration unilatérale du débiteur est suffisante pour rendre les intérêts frugifères. L'article 16 du Pacte d'actionnaire s'opposerait par ailleurs à tout paiement des intérêts.

Elle conteste par ailleurs la demande en dommages-intérêts en l'absence de toute preuve d'un manquement contractuel, respectivement d'un dommage accru en relation avec cette faute.

Elle conteste encore la demande en obtention des intérêts de retard basée sur la loi de 2004 au motif que cette loi ne saurait s'appliquer au cas de l'espèce, SOCIETE6.) n'étant pas une entreprise au sens de cette loi et il n'y aurait pas non plus eu de « transaction commerciale ».

Elle soulève en outre l'irrecevabilité de la demande subsidiaire basée sur une violation du devoir d'information pour constituer une demande nouvelle.

Elle conteste finalement la demande en paiement d'une indemnité de procédure et sollicite pour sa part une telle indemnité pour l'instance d'appel à hauteur de 3.500 euros.

Appréciation

En concluant à titre principal à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises, SOCIETE3.) interjette appel incident contre le jugement du 21 janvier 2022.

Cet appel incident tout comme l'appel principal sont recevables pour avoir été introduits dans les forme et délai de la loi.

Quant au moyen d'incompétence

SOCIETE3.) fait valoir que le Contrat de prêt a été conclu en exécution de la clause 4.2 du Pacte d'Actionnaires et que le prêt s'inscrit dans une même opération économique, à savoir l'acquisition du groupe GROUPE1.). Elle estime dès lors qu'en vertu de la clause 49.14 du Pacte d'actionnaires, tous les litiges en relation avec le Pacte d'actionnaires, y compris les litiges avec les conventions conclues en relation avec le Pacte d'actionnaire, donc également le Contrat de

prêt, relèvent de la compétence d'un tribunal arbitral qui doit trancher conformément aux règles d'arbitrage de la Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. Elle soutient en outre qu'en vertu du « principe de la compétence-compétence », il n'appartiendrait pas aux juridictions étatiques de se prononcer sur la compétence de la juridiction arbitrale lorsque celle-ci est contestée.

A l'instar du Tribunal, il y a lieu de relever que si en vertu de l'article 49.14 du Pacte d'actionnaires du 5 novembre 2019 « all disputes arising in connection with this Agreement or its validity shall be finally settled in accordance with the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration e.V. (DIS), il n'en demeure pas moins que les parties ont expressément prévu dans le Contrat de prêt une clause d'attribution de compétence en faveur des tribunaux luxembourgeois, dérogeant ainsi à la clause d'arbitrage prévue au Pacte d'actionnaires.

Au vu de cette clause expresse, signée entre parties postérieurement au Pacte d'actionnaires, l'argumentation d'SOCIETE3.) tenant à une primauté du Pacte d'actionnaires est vaine.

C'est à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte que le Tribunal a rejeté le moyen d'incompétence et s'est déclaré compétent pour connaître de la demande.

L'appel par incident n'est partant pas fondé, et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

Le fond

La demande basée sur les articles 3 et 9 du Contrat de prêt

SOCIETE6.) fait valoir qu'aux termes de l'article 3 du Contrat de prêt, les parties avaient convenu le paiement d'intérêts conventionnels en liquide chaque année et ce pour la première fois au 31 décembre 2020 ; que cependant malgré ses demandes écrites, SOCIETE3.) ne s'est pas exécutée, invoquant dans un courrier du 6 mars 2021 qu'elle entendait capitaliser les intérêts échus, dont elle reconnaissait cependant le montant.

Elle conteste l'existence de tout accord de sa part à une quelconque capitalisation des intérêts et estime qu'un accord ne saurait être déduit ni des documents versés, ni de l'approbation des comptes annuels par l'assemblée des actionnaires, ni de la pratique du marché, tel que soutenu par SOCIETE3.). Elle estime dès lors que faute par SOCIETE3.) de payer les intérêts convenus, celle-ci se trouve dans un cas de défaillance tel que prévu par l'article 9 du Contrat de prêt justifiant le remboursement du montant principal et des intérêts.

Aux termes du Contrat de prêt, SOCIETE6.) a prêté à SOCIETE3.) un montant de 7.413.612,87 euros. L'article 3 de ce contrat précise que « Interest shall be fixed at rate of 6.3% per annum less the Margin. Interest shall be paid in cash and for the first time on 31 December

2020 (the “Initial Payment Date”) and thereafter on each twelve (12) month-anniversary of the Initial Payment Date.

Interest shall accrue daily and shall be calculated on the basis of a 360 day year (as applicable).

The Parties may elect to have interest on the Loan compounded in conformity with article 1154 of the Luxembourg civil code ».

Il résulte des termes de cet article que les parties ont prévu un paiement annuel des intérêts conventionnels échus, tout en acceptant d’ores et déjà la possibilité de convenir de la capitalisation des intérêts du prêt conformément à l’article 1154 du Code civil.

Après la première échéance au 31 décembre 2020 et par courrier du 20 janvier 2021, SOCIETE6.) a réclamé le paiement des intérêts échus. Un rappel a été adressé à SOCIETE3.) ainsi qu’une lettre de mise en demeure le 5 mars 2021. Par courrier du 16 mars 2021, SOCIETE3.) a reconnu que les intérêts conventionnels s’élèvent à 544.900,55 euros mais elle a fait savoir à SOCIETE6.) qu’elle a l’intention de capitaliser ces intérêts, conformément à l’article 1154 du Code civil.

Aux termes de l’article 1154 du Code civil, les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s’agisse d’intérêts dus au moins pour une année entière.

L’anatocisme est l’opération par laquelle les intérêts sont incorporés au capital, de manière à produire des intérêts à leur tour. Cette opération peut se traduire par une augmentation très rapide et considérable de la dette, dont le débiteur n’est pas nécessairement conscient. C’est la raison pour laquelle elle fait l’objet d’une réglementation spécifique dans le Code civil, à l’article 1154.

Elle suppose notamment la conclusion d’une convention entre les parties au moment de l’incorporation des intérêts ou une demande judiciaire (cf. De Page, Traité de droit civil belge, Tome II, les obligations volume 2, n°1151).

L’intimée se prévaut d’un certain courant de la doctrine pour affirmer que cette convention peut constituer un engagement unilatéral du débiteur sans exigence d’une acceptation par le créancier. Elle soutient que l’article 1154 du Code civil a été rédigé dans un but de protection contre la faiblesse ou l’impéritie du débiteur. Ce dernier peut ainsi renoncer à cette protection dès lors qu’il consent formellement à cette capitalisation. Ce qui importerait c’est l’existence d’un engagement d’anatocisme dans le chef du débiteur et non l’acceptation de cet engagement par le créancier. Un engagement unilatéral de sa part, non accepté par le créancier, serait suffisant pour rendre les intérêts frugifères.

Le prêt constitue le domaine de prédilection de l'anatocisme conventionnel. Le cas échéant, il y est alors stipulé que les intérêts dus et non payés s'ajouteront au capital afin de produire eux-mêmes des intérêts à chaque échéance. Tout le monde paraît satisfait. Le créancier voit dans un tel procédé l'avantage d'accroître le montant de sa créance. Le débiteur trouve le moyen de reporter à plus tard, s'il le désire, le versement des intérêts.

En matière de prêt, en l'absence de clause d'anatocisme, le débiteur doit rembourser à l'échéance. Il ne dispose de nulle alternative. L'insertion d'une clause d'anatocisme change la donne : le paiement ne constitue plus le seul moyen de se libérer de cette obligation de verser l'intérêt échu. L'emprunteur peut, désormais, à sa discrétion, effectuer le paiement de l'intérêt dû ou bien ne pas l'effectuer.

Ainsi, le non-paiement de l'intérêt échu, loin de constituer une défaillance du débiteur, constitue l'exercice d'un droit d'option conféré par le contrat initial du fait de la présence de la stipulation d'anatocisme. Dès la conclusion du contrat, par la clause d'anatocisme, le créancier autorise le débiteur à ne pas payer les intérêts qui seront dus à l'échéance. Cette autorisation donne à l'évènement « paiement des intérêts à l'échéance » la nature d'obligation facultative. Car si, d'un côté, le créancier ne peut plus contraindre son débiteur à payer l'intérêt à l'échéance, de l'autre pourtant, ce paiement emporte libération du débiteur (cf. Christine Braganti-Bonnet, l'anatocisme conventionnel, JCP E 2008,1579, n°2 et 20).

Dans la mesure où en l'espèce, l'anatocisme a pour effet de retarder le paiement des intérêts conventionnellement prévus et fait dès lors naître un nouveau prêt, on ne saurait argumenter, comme l'entend l'intimée, que l'anatocisme est fait dans le seul intérêt du créancier et n'exige dès lors pas un consentement de ce dernier.

Dans ces circonstances, le terme « convention spéciale » prévue par l'article 1154 ne saurait s'entendre comme l'entend l'intimée en une déclaration unilatérale de l'emprunteur, mais nécessite au contraire un accord des parties.

En ce qui concerne l'existence d'un tel accord, SOCIETE6.) fait grief au Tribunal d'avoir retenu que par l'approbation par l'assemblée des actionnaires des comptes des exercices 2019 et 2020, les actionnaires, et donc également SOCIETE6.), ont « adhéré à la volonté » d'SOCIETE3.) de capitaliser les intérêts dus en vertu des contrats de prêt de la part des associés.

Il y a, à cet égard, lieu de relever que l'opération du prêt consenti par SOCIETE6.) à SOCIETE3.) ne constitue pas un contrat isolé, mais s'inscrit dans une opération de financement d'SOCIETE3.), en vue de l'acquisition du groupe GROUPE1.), par une augmentation de capital moyennant souscription de parts nouvelles et moyennant des prêts de ces actionnaires telle que décrite par le *Shareholder and Investment*

Agreement du 5 novembre 2019. Ainsi, par cette opération les nouveaux actionnaires, dont SOCIETE6.), ont souscrit au capital d'SOCIETE3.) et ont également prêté à cette dernière une somme de 102.870.755,83 euros par conclusion de différents contrats de prêts, dont celui de l'espèce. SOCIETE6.) est ainsi non seulement prêteur mais également un des actionnaires d'SOCIETE3.).

Dans cette qualité, SOCIETE3.) a été informée des comptes sociaux d'SOCIETE3.) et a pu participer à leur approbation dans les assemblées d'actionnaires, notamment pour les exercices 2019, 2020 et 2021.

Les comptes annuels au 31 décembre 2019 mentionnent certes que les montants prêtés en vertu des « affiliated undertakings », soit en vertu des prêts d'actionnaires seront dus et payables après plus de 5 ans, cependant, il n'en ressort pas que des intérêts aient été d'ores et déjà rajoutés au capital. A cet égard, il y a lieu de relever que conformément aux Contrat de prêt, les intérêts n'étaient payables qu'au 31 décembre 2020. L'approbation des comptes annuels au 31 décembre 2019 ne saurait dès lors avoir une incidence sur la question de l'existence d'une convention d'anatocisme entre parties.

Cependant, et à l'instar du Tribunal, la Cour constate qu'il ressort clairement des comptes sociaux pour l'exercice 2020, ainsi que des notes aux comptes sociaux qu'aucun intérêt échu n'est payé aux actionnaires mais que ces intérêts ont été ajoutés au capital (« accrued interest [...] was capitalised at year end »). La même mention figure dans les notes aux comptes pour l'exercice 2021.

C'est à juste titre que le Tribunal a déduit de ces mentions que par ces écritures comptables et explications, il a été procédé dans les comptes sociaux d'SOCIETE3.) à la capitalisation des intérêts échus des prêts d'actionnaires.

C'est encore pour des justes motifs auxquels se rallie la Cour que le Tribunal a retenu que conformément à l'article 710-23 de la loi modifiée du 10 août 1915 relative aux sociétés commerciales, « le bilan et le compte des profits et pertes sont soumis à l'approbation des associés qui se prononceront aussi par un vote spécial sur la décharge de la gérance et des commissaires de surveillance s'il y en a » et que l'approbation des comptes sociaux se fait dans l'assemblée générale ordinaire des associés. Elle délibère en ce sens que tout associé peut demander les explications qu'il juge utiles. De même, l'assemblée peut modifier les comptes sociaux proposés par les dirigeants, si elle estime qu'ils ne sont pas conformes aux dispositions légales en vigueur. A la suite des délibérations, l'assemblée générale devra soit approuver, soit refuser son approbation des comptes sociaux.

En l'espèce, il ne résulte d'aucun élément du dossier que lors de l'approbation des comptes par l'assemblée des actionnaires, SOCIETE6.) a demandé des explications, voire a marqué son opposition par rapport aux écritures comptables et notes, dont

notamment celles visant à la capitalisation des intérêts échus des prêts d'actionnaires. Une simple abstention au vote, par ailleurs non établie par les éléments du dossier, ne saurait suffire.

La décision de l'assemblée générale prise en tant qu'organe s'impose en effet à tous ses membres, de sorte qu'aucun associé ne pourra, par la voie judiciaire, obtenir modification des comptes sociaux (A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 6e édition, p. 345).

C'est dès lors à juste titre que le Tribunal a pu déduire de l'approbation des comptes, l'acceptation par les actionnaires à la capitalisation des intérêts échus des prêts d'actionnaires.

L'appelante avance encore que l'intimée avait été en situation de défaut bien avant l'approbation des comptes pour l'exercice 2020, de sorte qu'aucune capitalisation rétroactive n'a pu être convenue entre parties.

Ce moyen n'est cependant pas fondé. S'agissant d'un anatocisme conventionnel, donc placé sous l'égide de la liberté conventionnelle, rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent de faire rétroagir la décision quant à la capitalisation des intérêts à la date de la première échéance, ce d'autant plus que le paragraphe 3 de l'article 3 annonce dès la conclusion du Contrat de prêt la possibilité d'une clause d'anatocisme.

Compte tenu de l'accord ainsi établi entre parties sur la capitalisation des intérêts échus du Contrat de prêt, et sans qu'il y a lieu d'analyser les autres moyens présentés par l'intimée pour justifier l'existence d'un accord entre parties sur la capitalisation des intérêts, c'est à juste titre que le Tribunal a constaté qu'SOCIETE3.) n'a pas commis de faute contractuelle en ne payant pas les intérêts échus au 31 décembre 2021. L'échéance prématurée du terme ne saurait dès lors être justifiée sur cette base.

La demande basée sur les articles 8.2 et 9 du Contrat de prêt

SOCIETE6.) recherche suivant son acte d'appel la responsabilité d'SOCIETE3.) pour avoir manqué à son obligation contractuelle d'information et estime que ce manquement constitue également un « event of default », tel que prévu par l'article 9 du Contrat de prêt justifiant le remboursement immédiat du montant principal du Contrat de prêt avec les intérêts contractuels.

SOCIETE3.) soulève l'irrecevabilité de cette demande pour être nouvelle en appel.

La demande de SOCIETE6.) tend en l'espèce à voir condamner SOCIETE3.) au remboursement du montant principal et des intérêts conventionnels. SOCIETE6.) base sa demande sur l'article 9 du Contrat de prêt en invoquant comme justification dans son assignation devant le Tribunal d'arrondissement un manquement de la part d'SOCIETE3.) à l'article 3 du Contrat de prêt.

Contrairement aux allégations de l'appelante, il ne ressort d'aucun élément du dossier qu'elle a invoqué en première instance également un manquement de la part d'SOCIETE3.) à l'article 8 du Contrat de prêt, de sorte qu'il faut retenir que cette base a été invoquée pour la première fois en instance d'appel.

Le fait pour une partie de baser en instance d'appel son action sur une base légale autre que celle invoquée en première instance est licite, à condition de ne pas modifier les faits de la cause et de ne pas introduire dans le débat de nouveaux éléments de fait (Cour 15 janvier 2008, n°31546 du rôle).

Tel est le cas en l'espèce, alors que SOCIETE6.) continue, dans le cadre de sa demande subsidiaire, à demander le remboursement du principal prêté et les intérêts conventionnels, les faits exposés restant également les mêmes.

La demande est dès lors recevable.

SOCIETE6.) reproche à SOCIETE3.) de ne pas avoir obtempéré à sa demande du 5 mars 2021 en communication des comptes intermédiaires, tel que le permet l'article 8.2 du Contrat de prêt.

L'article 8.2 du Contrat de prêt, qui se trouve dans la rubrique 8. Convenants, doit se lire ensemble avec l'article 8.1 qui prévoit que :

« [the Borrower] will promptly advise the Lender upon becoming aware of

8.1.1 any Event of Default (as defined below) or any event or circumstance which may become an Event of Default; and

8.1.2 any material adverse factor which may inhibit the Borrower in the performance of its obligations under this Agreement; and

8.2 The Borrower will supply the Lender forthwith on demand which such financial documentation as may be requested by the Lender from time to time».

Ces deux articles prévoient dès lors la possibilité pour le prêteur de demander à l'emprunteur la communication de documents financiers, en cas de constat de l'existence d'une situation de défaillance ou d'une circonstance pouvant aboutir à une situation de défaillance telle que définie à l'article 9 du Contrat de prêt.

Sa demande de communication des comptes intermédiaires a été faite dans son courrier du 5 mars 2021 après sa demande en paiement des intérêts conventionnels échus au 31 décembre 2020.

SOCIETE3.) a répondu à ce courrier en invoquant la capitalisation des intérêts, donnant ainsi une justification quant au non-paiement des intérêts échus.

Au vu de l'accord entre parties sur la convention d'anatocisme, tel qu'il a été retenu ci-avant, SOCIETE3.) ne se trouvait donc pas en situation de défaillance existante ou à venir. La non-communication des comptes intermédiaires ne constitue dès lors pas un manquement contractuel de la part d'SOCIETE3.), de sorte que la demande de SOCIETE6.) n'est pas davantage fondée sur la base subsidiaire.

La demande en paiement de dommages et intérêts

Compte tenu de l'absence de preuve du manquement contractuel allégué dans le chef d'SOCIETE3.), c'est à juste titre que le Tribunal a dit que la demande en paiement de dommages et intérêts non fondée.

Le jugement est partant à confirmer quant à ce volet.

Les indemnités de procédure

SOCIETE6.) demande par réformation l'allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance. Cette demande n'est pas fondée au vu du fait que le jugement dont appel est à confirmer. Au vu du sort réservé à son appel, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance requiert également un rejet. Il est en effet établi qu'une partie qui doit supporter l'entière des frais et dépens n'a pas droit à une indemnité de procédure.

La demande de SOCIETE6.) à être déchargée de la condamnation prononcée à son encontre par les premiers juges sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter en l'absence de preuve que les juges de première instance l'ont à tort condamnée au paiement d'une indemnité de procédure.

Comme il paraît inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais irrépétibles, il y a lieu de faire droit à la demande d'SOCIETE3.) et de condamner SOCIETE6.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident en la forme,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondée la demande de la société de droit allemand SOCIETE1.) GMBH sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société de droit allemand SOCIETE1.) GMBH à payer à la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 2.500 euros,

condamne la société de droit allemand SOCIETE1.) GMBH aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de la société en commandite simple PERSONNE1.) sur ses affirmations de droit.