

Texte pseudonymisé

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

**Jugement civil n° 2022TALCH08/00064**

Audience publique du mercredi, 30 mars 2022.

**Numéro du rôle : TAL-2020-07368**

Composition :

Sandra ALVES ROUSSADO, vice-présidente,  
Hannes WESTENDORF, premier juge,  
Fakrul PATWARY, juge,  
Guy BONIFAS, greffier.

**ENTRE**

la société anonyme BANQUE SOCIETE1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**partie demanderesse** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luana COGONI, en remplacement de Véronique REYTER, huissier de justice d'Esch-sur-Alzette du 8 septembre 2020,

comparaissant par Maître Michel SCHWARTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

**ET**

la société par actions simplifiées de droit français SOCIETE2.) S.A.S., établie et ayant son siège social à F-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Paris sous le n° NUMERO2.), représentée par son président actuellement en fonctions,

**partie défenderesse** aux fins du prédit exploit COGONI,

comparaissant par Maître Catherine HORNUNG, avocat, demeurant à Luxembourg.

---

## LE TRIBUNAL

### **1. Objet du litige**

Le litige a trait au recouvrement d'une créance que la société anonyme BANQUE SOCIETE1.) SA (ci-après « la BANQUE SOCIETE1.) ») déclare détenir à l'égard de la société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS (ci-après « le SOCIETE2.)), en sa qualité de caution de la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL (ci-après « la société SOCIETE3.) ») débitrice principale au titre d'un prêt accordé par la BANQUE SOCIETE1.).

### **2. Procédure**

Par exploit d'huissier de justice du 8 septembre 2020, la BANQUE SOCIETE1.), comparaisant par Maître Michel SCHWARTZ, a fait donner assignation au SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de ce siège.

Maître Catherine HORNUNG s'est constituée pour le SOCIETE2.) en date du 21 septembre 2020.

L'affaire a été inscrite sous le numéro TAL-2020-07368 du rôle. Elle a été soumise à l'instruction de la 8<sup>e</sup> section.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 10 novembre 2021 et l'affaire a été renvoyée pour plaidoiries à l'audience du 9 février 2021 pour prise en délibéré selon les modalités déterminées par la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale.

Les mandataires des parties ont été informés par la même ordonnance de la composition du tribunal. Ils n'ont pas sollicité à plaider oralement et ont procédé au dépôt de leur farde de procédure au greffe du tribunal.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 9 février 2022 par le président de chambre.

### **3. Prétentions et moyens des parties**

La BANQUE SOCIETE1.) demande à ce que le SOCIETE2.) soit condamné à lui payer les sommes suivantes :

- la somme de 42.240,48.-euros représentant le montant impayé du prêt, à majorer des intérêts au taux conventionnel de 4,25%, conformément à l'article 5 du contrat de prêt, sinon avec les intérêts au taux légal, le tout calculé sur le montant de 42.240,48.-euros, courant à partir du 23 décembre 2017, lendemain de la faillite et de la dénonciation du prêt, sinon à partir du 30 juillet 2019, date d'une mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde ;
- la somme de 7.178,33.-euros à titre de dommages et intérêts fixés forfaitairement conformément à l'article 6 du contrat de prêt, ceci avec les intérêts au taux légal

courant à partir du 30 juillet 2019, date d'une mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde ;

- le somme de 575.-euros au titre de frais administratifs exposés dans le cadre des rappels, relances et mise en demeure adressés à la société SOCIETE3.) et au SOCIETE2.) pour obtenir paiement du solde du prêt, ceci avec les intérêts au taux légal à partir du 30 juillet 2019, date d'une mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Elle demande encore à voir condamner le SOCIETE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 3.500.-euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle demande enfin à ce que le SOCIETE2.) soit condamné à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Michel SCHWARTZ qui affirme en avoir fait l'avance, ainsi que l'exécution provisoire du présent jugement, sans caution.

A l'appui de sa demande, la BANQUE SOCIETE1.) fait valoir avoir été en relation d'affaires avec la société SOCIETE3.), à l'époque filiale d'un groupe français actif notamment dans le secteur de l'habillement sous la marque « ENSEIGNE1.) ».

En effet, le SOCIETE2.) avait entendu ouvrir à l'époque une boutique de vente de vêtements à ADRESSE3.) et avait constitué à cet effet la société SOCIETE3.) qui loua un local commercial sis à ADRESSE3.), le bailleur ayant été la société SOCIETE4.) SARL suivant un contrat de bail commercial daté du 7 février 2013 conclu pour 12 ans et expirant le 31 mars 2025.

En vertu des documents d'ouverture de crédit signés en date du 14 février 2013, la société SOCIETE3.) emprunta auprès de la BANQUE SOCIETE1.) la somme de 456.000.-euros sous la forme d'un crédit en compte courant dont il était contractuellement prévu la conversion, à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2013, en un prêt à échéances mensuelles amortissable sur 60 mois. Le remboursement du prêt était notamment garanti à l'époque par le cautionnement solidaire des sociétés SOCIETE5.) SCI ET SOCIETE6.) SARL.

Sur instructions de la société SOCIETE3.), la BANQUE SOCIETE1.) aurait délivré à la même époque à la société SOCIETE4.) SARL une garantie bancaire à première demande faisant office de garantie locative, son objet étant de garantir l'exécution de toutes les obligations dont viendrait à être débitrice la société SOCIETE3.) en vertu du prédit contrat de bail commercial.

Dans un courrier que la BANQUE SOCIETE1.) a remis à la société SOCIETE3.) en date du 14 février 2013, ledit courrier ayant été contresigné pour accord par les dirigeants de la société SOCIETE3.), elle rappela que si la société SOCIETE4.) SARL devait un jour tirer tout ou partie de la garantie locative, la société SOCIETE3.) deviendrait automatiquement débitrice vis-à-vis de la BANQUE SOCIETE1.) d'un montant équivalent à celui déboursé par la banque en faveur du bailleur.

L'obligation de rembourser la BANQUE SOCIETE1.) en cas de décaissements effectués en vertu de la garantie locative fut encore une fois contre-garantie par le cautionnement solidaire et indivisible des deux sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL.

Au deuxième semestre 2017, la société SOCIETE3.) aurait approché la BANQUE SOCIETE1.) afin de discuter d'une restructuration des sûretés dont étaient assortis ses différents engagements vis-à-vis de la banque. La société SOCIETE3.) aurait souhaité en particulier que les sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL soient déchargées de leurs engagements de cautions. Le SOCIETE2.) fut alors proposé comme caution de substitution.

Après un période de négociation, la BANQUE SOCIETE1.) aurait fini par accepter la substitution de cautions voulue par la société SOCIETE3.), mais en y ajoutant une garantie supplémentaire sous la forme d'un nantissement sur avoirs d'un montant de 150.000.-euros, ce qui aurait été accepté par la société SOCIETE3.).

Par courrier du 6 novembre 2017, la BANQUE SOCIETE1.) confirma donc officiellement à la société SOCIETE3.) qu'elle marquait son accord avec la restructuration des sûretés venant garantir les engagements de la société SOCIETE3.), cette restructuration emportant les modifications suivantes :

- s'agissant des contre-garanties à la garantie bancaire émise en faveur de la société SOCIETE4.) SARL en sa qualité de bailleur : la suppression des engagements de caution des sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL et constitution d'un nantissement sur avoirs d'un montant de 150.000.-euros;
- s'agissant des garanties de remboursement du prêt : suppression des engagements de caution des sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL et constitution d'un cautionnement à constituer au nom du SOCIETE2.) SAS.

Les sûretés exigées par la BANQUE SOCIETE1.) venant en remplacement des anciennes garanties auraient été mises en place par la société SOCIETE3.) conformément à l'accord trouvé. Ainsi :

- un cautionnement de la société SOCIETE2.) daté du 6 novembre 2017 fut remis à la BANQUE SOCIETE1.) afin de garantir le remboursement du prêt;
- en date du 29 novembre 2017, le compte courant de la société SOCIETE3.) fût crédité de la somme de 150.000.-euros en exécution du nantissement convenu. L'extrait de compte du mois de novembre 2017 indiquerait ainsi que le virement de 150.000.-euros fut effectué par le SOCIETE2.) à titre d'avance en compte courant pour compte de la société SOCIETE3.). Cette somme, entrée en la possession de la BANQUE SOCIETE1.), aurait eu vocation à contre-garantir la garantie locative à première demande délivrée par la BANQUE SOCIETE1.) à la société SOCIETE4.) SARL.

En date du 22 décembre 2017, la société SOCIETE3.) fut déclarée en faillite sur aveu et Maître Marguerite RIES fut nommée curateur.

L'arrêté de situation au jour de la faillite aurait montré que le capital du prêt qu'il restait à rembourser s'élevait alors à la somme de 71.783,27.-euros. Anticipant le fait que la BANQUE SOCIETE1.) devrait vraisemblablement décaisser la somme de 150.000.-euros au titre de la garantie locative émise en faveur du bailleur, le décompte portait cette somme de 150.000.-euros en débit, ce qui laissait apparaître qu'en affectant les avoirs inscrits en compte à l'apurement des dettes dont restait redevable la société SOCIETE3.) vis-à-vis de la banque, il resterait un solde impayé de 49.993,81.-euros. Ce montant représenterait le solde du prêt, dernière dette restée impayée après utilisation des avoirs.

Par courrier du 4 janvier 2018, le bailleur SOCIETE4.) SARL fit effectivement appel à la garantie locative et demanda à ce titre que lui soit versée, en exécution de la garantie, la somme de 150.000.-euros, soit la totalité du montant de la garantie.

En date du 10 janvier 2018, la BANQUE SOCIETE1.), dans le cadre de la faillite de la société SOCIETE3.), déposa une déclaration de créance faisant état d'une créance de la banque d'un montant en principale de 49.993,81.-euros.

Le 15 janvier 2018, la BANQUE SOCIETE1.), par l'intermédiaire de son mandataire, informa le SOCIETE2.) que le bailleur faisait appel à la garantie bancaire à concurrence de la somme de 150.000.-euros et lui demanda de bien vouloir préciser si elle avait des objections à faire valoir par rapport à cette requête du bailleur. La BANQUE SOCIETE1.) précisa dans ce courrier ce qui suit :

- si elle était amenée à verser la somme de 150.000.-euros que lui réclamait le bailleur, la société SOCIETE3.) resterait débitrice à son égard de la somme de 49.993,81.-euros représentant le solde du prêt restant à être remboursé au jour de la faillite et que le SOCIETE2.) aurait à s'acquitter de ce montant en sa qualité de caution;
- le décompte par lequel la BANQUE SOCIETE1.) en arrivait à considérer, après décaissement de la somme de 150.000.-euros, qu'elle est créancière de la société SOCIETE3.) d'un solde d'un montant de 49.993,81.-euros, présentait encore à ce stade un caractère provisoire puisqu'une déclaration de créance portant sur ce montant avait été déposée et qu'il fallait donc attendre de voir si cette créance allait être acceptée en l'état par le curateur et/ou le juge commissaire.

Le courrier se terminait en demandant au SOCIETE2.) de bien vouloir préciser si, à supposer que le curateur et/ou le juge commissaire entérinent la créance de la banque fixée à un montant de 49.993,81.-euros, elle était disposée à payer cette somme à la banque en sa qualité de caution et dans l'affirmative sous quel délai.

Par mail du 19 janvier 2018, Monsieur PERSONNE1.), qui aurait été à l'époque à la fois Président du SOCIETE2.) et gérant de la société SOCIETE3.) avant sa mise en faillite, confirma que le SOCIETE2.) paierait le solde du prêt fixé à 49.993,81.-euros et déclara comprendre que ce solde restait encore à être confirmé par le curateur à qui il incombait de fixer définitivement le passif de la société.

A la même époque, la BANQUE SOCIETE1.) a écrit au bailleur SOCIETE4.) SARL pour lui faire part d'un certain étonnement à le voir tirer la garantie locative jusqu'à concurrence de son plafond de 150.000.-euros, alors que selon les informations dont elle disposait, la société SOCIETE3.) était à jour avec le paiement des loyers jusqu'au 31 décembre 2017, de sorte que la dette échue, au jour de l'appel à la garantie par courrier du 4 janvier 2018, paraissait s'élever à un montant inférieur à la somme de 150.000.-euros réclamés et qu'il serait plus raisonnable de faire, dans un premier temps, un appel à la garantie locative. Dans ce même courrier, la BANQUE SOCIETE1.) demanda à la société SOCIETE4.) SARL de bien vouloir lui transmettre un décompte exact des sommes dont la société SOCIETE3.) était à son avis redevable à son égard.

Par courrier du 13 février 2018 la société SOCIETE4.) SARL lui répondit que la sûreté émise par la banque était une garantie à première demande qui ne l'autorisait pas à opposer d'éventuelles exceptions au paiement réclamé, tout en ajoutant néanmoins que la raison pour laquelle elle faisait appel à la totalité de la garantie tenait au fait que la société SOCIETE3.) lui serait redevable non seulement d'arriérés de loyers, mais aussi de dommages et intérêts en raison de l'anéantissement avant son échéance du contrat de bail.

Par un courrier officiel de son mandataire du 23 février 2018, le SOCIETE2.) prit plus amplement position sur l'appel à la garantie locative de la société SOCIETE4.) SARL et soutint l'idée que cette dernière ne pouvait pas être considérée à ce stade comme étant créancière de la somme de 150.000.-euros, de sorte qu'elle demandait à la banque de limiter au moins provisoirement son paiement au montant de 50.000.-euros correspondant aux loyers restés impayés en janvier et février 2018 et que pour le surplus, elle allait se rapprocher de la société SOCIETE4.) SARL afin qu'un accord puisse le cas échéant être trouvé entre parties.

Par un courrier du 15 mars 2018, la BANQUE SOCIETE1.), par l'intermédiaire de son mandataire, confirma à la société SOCIETE4.) SARL qu'elle allait provisoirement libérer en sa faveur la somme de 50.000.-euros correspondant aux loyers impayés pour les mois de janvier et février 2018 et que la mandataire du SOCIETE2.) avait l'intention de prendre attache avec elle afin d'évoquer une éventuelle reprise du bail par un tiers, ce qui permettrait de limiter le dommage subi par la société SOCIETE4.) SARL du fait de l'arrêt anticipé du bail et de limiter le montant de l'appel à la garantie locative. Le jour même, un virement d'un montant de 50.000.-euros fut réalisé par la BANQUE SOCIETE1.) sur le compte de la société SOCIETE4.) SARL.

Le lendemain, la BANQUE SOCIETE1.) réceptionna un courrier de la société SOCIETE4.) SARL l'intimant de payer l'intégralité de la garantie bancaire, soit la somme de 150.000.-euros.

Étant donné que par la suite elle est restée sans nouvelles quant à l'état d'éventuelles discussions entre le SOCIETE2.) et la société SOCIETE4.) SARL au sujet de la détermination du montant de la dette de la société SOCIETE3.) vis-à-vis de son bailleur, la BANQUE SOCIETE1.), face au constat que rien ne l'autorisait à différer le paiement lui réclamé par la bénéficiaire d'une garantie à première demande, prit finalement la décision de payer l'intégralité du montant de la garantie, ce dont furent informés la société SOCIETE4.) SARL, le mandataire du SOCIETE2.) et le curateur de la faillite

par courriers officiels du 6 avril 2018. La BANQUE SOCIETE1.) vira ainsi le solde de 100.000.-euros sur le compte de la société SOCIETE4.) SARL.

Par courrier du 21 novembre 2018, le curateur, qui avait enregistré la créance de la BANQUE SOCIETE1.) à concurrence de la somme de 49.993,81.-euros, précisa qu'en tant que créancier chirographaire, la BANQUE SOCIETE1.) ne toucherait aucun dividende faute d'actif suffisant. Le projet de répartition d'actif qui lui avait été envoyé montrait qu'effectivement, sur un actif à distribuer de 38.594,36.-euros, seuls les créanciers privilégiés pourraient obtenir un paiement partiel de leurs créances.

La faillite fût définitivement clôturée par jugement du 25 janvier 2019.

Le solde de la dette de la société SOCIETE3.) s'étant définitivement cristallisé avec la confirmation du curateur de ce que la créance de la banque s'établissait définitivement, au jour de la faillite, à un montant de 49.993,81.-euros, la BANQUE SOCIETE1.) se tourna alors en direction du SOCIETE2.) pour obtenir, en sa qualité de caution, paiement de sa créance, réactualisée avec les intérêts ayant courus depuis l'ouverture de la faillite.

Par lettre recommandée du 30 juillet 2019, la BANQUE SOCIETE1.) a, par l'intermédiaire de son mandataire, mis le SOCIETE2.) en demeure de lui payer la somme de 53.797,34.-euros.

Par courrier officiel du 28 octobre 2009, le mandataire du SOCIETE2.) interrogea la banque sur la manière dont s'était faite l'imputation des avoirs inscrits au crédit des comptes dont était titulaire la société SOCIETE3.) au jour de la faillite. En l'espèce, le SOCIETE2.) disait ne pas bien comprendre pourquoi, sur des avoirs en compte s'élevant au jour de la faillite à un montant de 177.641,52.-euros, la banque avait choisi d'affecter prioritairement ces liquidités à l'apurement de la dette d'un montant de 150.000.-euros résultant de l'appel à la garantie locative qu'avait effectué la société SOCIETE4.) SARL et qui avait rendu la société SOCIETE3.) débitrice du remboursement de cette somme de 150.000.-euros vis-à-vis de la banque, plutôt que d'affecter d'abord ces liquidités à l'apurement du prêt garanti par le cautionnement du SOCIETE2.). Autrement dit, le SOCIETE2.) aurait voulu que soit appliqué une imputation des avoirs qui permette d'éteindre prioritairement le prêt et lui éviter d'avoir à être sollicités en tant que caution.

Par courrier du 17 février 2020, la BANQUE SOCIETE1.) a, par l'intermédiaire de son mandataire, souligné sa surprise de voir le SOCIETE2.) vouloir remettre en cause son obligation d'avoir à couvrir une dette d'un montant s'élevant désormais à un montant de 53.797,34.-euros alors que son président avait pourtant, en février 2018, accepté l'obligation pour le SOCIETE2.) d'avoir à régler ce solde. Elle s'est néanmoins attachée à apporter au SOCIETE2.) une réponse transparente sur la manière dont avait été déterminé le solde restant à être réglé par le SOCIETE2.).

Or, la BANQUE SOCIETE1.) ne fut pas contredite dans ses explications, le SOCIETE2.) ne se manifestant plus, mais ne payant pas le solde réclamé.

Elle fonde sa demande principalement sur le cautionnement et subsidiairement sur la reconnaissance de dette.



S'agissant du cautionnement, la BANQUE SOCIETE1.) fait valoir qu'il est constant en cause que par acte signé en date du 6 novembre 2017, le SOCIETE2.) s'est porté caution solidaire et indivisible du paiement des sommes redues par la société SOCIETE3.) au titre du prêt n°NUMERO3.) contracté par celle-ci en date du 14 janvier 2013.

Afin de répondre aux objections ayant pu être émises par le SOCIETE2.) au sujet de l'ordre d'imputation des avoirs en banque sur les dettes dont était redevable la société SOCIETE3.), la BANQUE SOCIETE1.) tient à préciser la situation financière de celle-ci vis-à-vis de la banque au jour de la faillite :

- elle disposait d'avoirs en compte d'un montant de 179.641,52.-euros, y inclus la somme de 150.000.-euros dont il avait été convenu qu'elle avait vocation à contre-garantir la garantie locative à première demande plafonnée à un montant de 150.000.-euros que la banque avait, sur instruction de la société SOCIETE3.), accepté d'émettre en faveur de la société SOCIETE4.) SARL;
- la société SOCIETE3.) restait redevable du remboursement du solde de son prêt, ceci à concurrence d'un montant en principal de 71.783,27.-euros, majoré des intérêts de 97,73.-euros, ainsi que des pénalités et frais liés à la dénonciation anticipée du crédit, soit un total de 79.635,33.-euros;
- une dette supplémentaire de 150.000.-euros du fait de la garantie locative à première demande que la banque a eu à déboursier en faveur de la société SOCIETE4.) SARL.

La BANQUE SOCIETE1.) soutient que puisque le cautionnement du SOCIETE2.) avait pour objet de garantir le remboursement du prêt évoqué ci-avant, elle aurait été en droit de réclamer le remboursement au SOCIETE2.) du montant de 79.635,33.-euros. Fort heureusement, l'assiette de la dette a pu être réduite en employant les avoirs de la société SOCIETE3.) au règlement du solde du prêt.

Elle explique que la somme de 150.000.-euros que le SOCIETE2.) avait crédité sur le compte de la société SOCIETE3.) quelques semaines avant la faillite n'a pas été affectée à l'apurement du solde du crédit en raison du fait qu'il n'aurait jamais été question que cette somme ait vocation à garantir le remboursement du crédit. Il avait au contraire été convenu que cette somme serait nantie en vue de contre-garantir la garantie locative à première demande émise en faveur de la société SOCIETE4.) SARL.

La BANQUE SOCIETE1.) estime qu'il y a bien eu échange de consentements quant à la constitution de ce nantissement puisque le document envoyé par elle en date du 6 novembre 2017 constituait la matérialisation de l'acceptation par elle de l'offre de restructuration des différentes sûretés qui garantissaient à l'époque les engagements de la société SOCIETE3.) vis-à-vis de la banque. Elle soutient qu'un accord de la banque suppose une offre préalable de sa cliente et qu'il y avait donc bien eu une offre puis une acceptation de cette offre de restructuration des sûretés, ce qui ferait que le nantissement de 150.000.-euros avait bien été constitué.

Elle soutient qu'une preuve supplémentaire de cet accord aurait été la mise à exécution par la société SOCIETE3.) des démarches suivantes :

- elle aurait procuré à la banque le cautionnement signé du SOCIETE2.) qui venait remplacer les engagements de caution portés jusqu'alors par les sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL;
- elle aurait procuré à la banque la somme de 150.000.-euros qui fut créditée, en date du 29 novembre 2019, sur le compte de la société SOCIETE3.) par le biais d'un virement fait par le SOCIETE2.) auprès duquel la société apparentée luxembourgeoise avait fait un appel de fonds. Ces fonds seraient donc bien entrés en la possession de la banque pour servir de contre-garantie à la garantie locative.

À cela s'ajouterait que le SOCIETE2.) aurait fait valoir, dans un courrier officiel de son mandataire du 23 février 2018 que les entités SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL « ne sont plus cautions d'une quelconque dette de SOCIETE3.) S. à r.l. vis-à-vis de votre mandante. » Selon la BANQUE SOCIETE1.), cette déclaration mettrait là encore en évidence que l'accord de restructuration des sûretés tel qu'il fût validé par la banque dans son courrier du 6 novembre 2017, avait bien été entièrement exécuté, une libération des engagements de caution des deux sociétés susmentionnées ne se concevant que si, réciproquement, avaient été mises en vigueur les sûretés de substitution requises par la banque et en particulier le nantissement d'avoirs à concurrence d'un montant de 150.000.-euros.

Du fait que la société SOCIETE4.) SARL fit appel à la totalité de la garantie locative, il est normal que la somme de 150.000.-euros ait été affectée au paiement de la dette qu'elle était censée garantir, à savoir la dette résultant de l'appel de la garantie locative de la société SOCIETE4.) SARL.

À titre subsidiaire, la BANQUE SOCIETE1.) soutient que même si la somme de 150.000.-euros n'aurait pas dû être affectée spécialement au remboursement de la garantie locative, il n'en resterait pas moins que cette somme, en tant qu'avoir inscrit au crédit de l'un quelconque des comptes dont était titulaire la société SOCIETE3.) avait automatiquement vocation à servir au remboursement de n'importe quelle dette dont la société SOCIETE3.) se trouverait être redevable envers les banque, ceci par application des clauses régissant la relation contractuelle entre la banque et sa cliente. Elle cite un certain nombre de clauses, précisant que cette liste ne serait pas limitative :

- le courrier du 14 février 2013, contresigné pour accord par les dirigeants de la société SOCIETE3.) ayant trait à la mise en place de la garantie locative en faveur de la société SOCIETE4.) SARL dans lequel il était indiqué que la société SOCIETE3.) autorisait la banque à prélever sur son compte toutes les sommes que la banque serait amenée à décaisser en exécution de la garantie locative. En vertu de cette convention, si la garantie locative serait mise à exécution, ce qui fut le cas en l'espèce, la banque se voyait donc autorisée à prélever sur le compte dont était titulaire la société SOCIETE3.) les sommes déboursées en exécution de ladite garantie locative;
- l'article 3.5. des conditions générales de banque qui prévoit que « le client affecte par les présentes (...) toutes les créances de somme d'argent sur le solde total présent et futur en quelque devise que ce soit, de ses comptes auprès de la Banque

*en gage de faveur de la banque. Les (...) créances gagées servent de garantie à toutes les obligations pécuniaires contractées actuellement ou à l'avenir par le Client envers la Banque, en principal, intérêts, commissions et frais résultant notamment d'avances, de prêts, de dépassements, d'opérations à terme, de contre-garanties... ) »;*

- l'article 3.3. des conditions générales de banque qui autorise la banque à compenser entre elles les créances de la banque envers le client et les créances du client envers la banque. En vertu de cette clause, la banque pouvait donc compenser le solde créditeur du compte de la société SOCIETE3.) sur lequel avait été créditée la somme de 150.000.-euros avec n'importe quelle dette dont la société SOCIETE3.) était redevable envers la banque, et en particulier de la dette née de la mise à exécution de la garantie locative.

Sur base des développements ci-avant, la BANQUE SOCIETE1.) estime qu'elle était tout à fait en droit de consacrer prioritairement la somme de 150.000.-euros, et plus généralement tous les avoirs figurant au crédit des comptes dont était titulaire la société SOCIETE3.) à l'apurement de la dette résultant de l'appel à la garantie locative par la société SOCIETE4.) SARL et à affecter ensuite le solde restant des avoirs en compte à l'apurement du solde du prêt dont restait redevable la société SOCIETE3.).

Elle demande de ce fait la condamnation du SOCIETE2.) à lui payer la somme de 42.240,48.-euros, représentant le montant impayé du prêt, à majorer des intérêts au taux conventionnel de 4,25% l'an conformément à l'article 5 du contrat de prêt, celui-ci stipulant qu' *«il est de convention expresse entre parties que sur toute somme non réglée à son échéance, ainsi que pour le solde en principal dû à partir de la dénonciation, il sera dû de plein droit par l'emprunteur et sans mise en demeure un intérêt de retard au dernier taux appliqué augmenté de 2% l'an (minimum taux légal + 2% l'an), à partir de l'échéance impayée et/ou de la dénonciation. »*

Il résulterait de cet article que devrait être appliqué un intérêt de retard au plus élevé des deux taux suivants :

- le dernier taux appliqué au taux majoré de 2%. Le dernier taux appliqué au prêt ayant été de 1,728% (Euribor à 6 mois du mois précédent plus marge de 2%), l'intérêt de retard applicable serait donc de 3,728%;
- le taux légal en vigueur au jour de la dénonciation du prêt majoré de 2%. Le taux d'intérêt légal en vigueur en 2017 ayant été de 2,25%, l'intérêt de retard applicable suivant ce mode de calcul serait donc de 4,25%.

La BANQUE SOCIETE1.) estime partant que ce serait le taux de 4,25% qui devrait être appliqué.

Elle demande également la condamnation du SOCIETE2.) à lui payer le montant de 7.178,33.-euros à titre de dommages et intérêts fixés forfaitairement conformément à l'article 6 du contrat de prêt suivant lequel *« il est convenu entre les parties que dans le cas où le solde restant dû deviendra exigible par faute de paiement, la Banque pourra porter en compte une pénalité forfaitaire, à titre de dommages et intérêts, fixée à 10%*

*du solde restant dû, et au minimum à Eur 250.00.-*». Elle demande à ce que ce montant soit assorti des intérêts au taux légal courant à partir du 30 juillet 2019, date d'une mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Elle demande enfin la somme de 575.-euros au titre des frais administratifs exposés dans le cadre des rappels, relances et mise en demeure adressées à la société SOCIETE3.) et au SOCIETE2.) pour obtenir paiement du solde du prêt, cela en application de l'article 5, dernière phrase du contrat de prêt.

Subsidiairement, la BANQUE SOCIETE1.) base sa demande sur la reconnaissance de dette. Elle estime en effet que par un courriel du 19 janvier 2018, le SOCIETE2.) a reconnu être débiteur de la somme de 49.993,81.-euros, ceci en réponse à une lettre recommandée du mandataire de la BANQUE SOCIETE1.) du 15 janvier 2018 dans laquelle il lui était notamment demandé de confirmer qu'il se reconnaissait débiteur du solde du prêt évalué à l'époque à 49.993,81.-euros.

La BANQUE SOCIETE1.) estime partant qu'il y a eu reconnaissance de dette de la part du SOCIETE2.) et qu'il appartient à celui-ci d'honorer son engagement.

Le SOCIETE2.) demande à ce que la demande soit rejetée en ce qu'elle reposerait à tort sur le cautionnement solidaire et indivisible qu'aurait accordé le SOCIETE2.) pour le paiement des sommes dues par la société SOCIETE3.) au titre du prêt par elle contracté le 14 janvier 2013.

Il soutient qu'à la date de la faillite de la société SOCIETE3.), il serait constant :

- que la société SOCIETE3.) disposait d'avoirs en compte courant à hauteur de 179.641,52.-euros dont la somme de 150.000.-euros destinée à contre-garantir la garantie locative à première demande que la banque, garante, avait émise en faveur du bailleur de la société SOCIETE3.), à savoir la société SOCIETE4.) SARL;
- que le solde du prêt restant à rembourser s'élevait au montant de 71.783,27.-euros, outre les intérêts et accessoires.

Il estime partant que les avoirs étaient largement supérieurs au montant des débits.

Il soutient que de sa propre autorité, sans instruction ni de son client ni du curateur, la BANQUE SOCIETE1.) aurait immédiatement affecté les 150.000.-euros au passif, si bien que le solde s'est trouvé négatif. Le montant de la garantie à première demande a ensuite été libéré en deux temps, au premier trimestre 2018, au profit du bailleur de la société SOCIETE3.).

Par la garantie à première demande, le garant s'oblige de manière irrévocable et inconditionnelle à tenir à disposition du bénéficiaire le montant de son engagement, le contrôle exercé par le garant se cantonnant à la régularité apparente de l'appel sans porter sur le bien-fondé. Autrement dit, selon ce mécanisme, le garant prendrait à titre principal un engagement qui lui serait personnel et indépendant de la dette principale.

Pour prévenir un défaut de remboursement du donneur d'ordre, le garant met traditionnellement en œuvre des mesures conservatoires ou recourt à des mécanismes d'assurance, ce qu'aurait prévu en l'espèce la BANQUE SOCIETE1.) dans le cadre de la restructuration des crédits par elle acceptés.

En effet, dans le cadre de la restructuration des sûretés avec l'arrivée du SOCIETE2.), la BANQUE SOCIETE1.) a exigé, outre le cautionnement du SOCIETE2.) relativement au prêt commercial existant, un nantissement sur avoirs de 150.000.-euros, pendant toute la durée de la garantie bancaire.

Cependant, la mise en œuvre d'un tel gage nécessiterait le respect d'un formalisme précis : notamment un écrit sous seing privé ou authentique serait exigé à peine de nullité et les créances garanties et celles nanties seraient désignées dans l'acte. Le caractère incomplet des mentions légalement prescrites aurait pour sanction la nullité du nantissement. Or, ce formalisme strict serait parfaitement connu de la BANQUE SOCIETE1.) qui saurait qu'on ne peut y déroger.

Or, à l'annonce de la faillite de sa cliente, la société SOCIETE3.), la BANQUE SOCIETE1.) se serait comportée comme si les sûretés par elle exigées lors de la restructuration de novembre 2017 étaient constituées. C'est ainsi qu'elle a extrait la somme de 150.000.-euros des actifs pour l'affecter à la garantie à première demande, opération qui a rendu *ipso facto* le compte débiteur. Le SOCIETE2.) estime que ce faisant, la BANQUE SOCIETE1.) aurait agi au mépris des règles applicables à la faillite, court-circuitant le curateur, Maître Marguerite RIES, puisqu'elle aurait réalisé l'opération sans instruction de son client ni du curateur.

De surcroît, elle aurait agi comme si la garantie à première demande était assortie d'un nantissement de la somme de 150.000.-euros, ce nantissement n'ayant cependant jamais été constitué, du fait de la négligence de la banque.

En effet, le gérant de la banque SOCIETE1.), Monsieur PERSONNE2.), a, en date du 5 décembre 2017, écrit un courrier au SOCIETE2.) de la teneur suivante :

« *Bonjour Monsieur PERSONNE3.),*

*Suite à notre entretien, je vous envoie demain matin les documents suivants :*

- *Avenant*
- *Acte de cautionnement à signer par Monsieur PERSONNE1.), attention, la suppression des cautions existantes ne sera effective qu'après signature du nantissement de 150K€ par le nouveau gérant technique et du gérant administratif (RCS pas à jour depuis la sortie de Mme PERSONNE4.).*

*Dès que le RCS de SOCIETE3.) sera mis à jour, il faudra :*

- *Introduire le ou la nouvelle gérante sur le compte SOCIETE3.), il nous faudra la carte d'identité ou passeport et une preuve de résidence de moins de 3 mois, fiche introduction nouveau titulaire envoyée en pièce-joint.*
- *On vous fera alors parvenir le **nantissement à faire signer par les nouveaux gérants autorisés***
- *le formulaire **de constitution du dépôt***

*Cordialement. »*

Selon le SOCIETE2.), ce document constituerait la preuve d'une part de la conscience qu'avait la banque des impératifs présidant à la constitution du nantissement et d'autre part qu'à cette date, aucune signature d'acte n'était encore intervenue.

Or, le 29 novembre 2017, un crédit de 150.000.-euros avait été versé sur le compte bancaire de la société SOCIETE3.) indiquant comme donneur d'ordre « SOCIETE2.)- Avance (...) LUX ».

Aucun acte de nantissement n'a été établi et *a fortiori* signé après l'envoi du courriel précité. Il importerait donc peu que la BANQUE SOCIETE1.) écrive qu'elle estime qu'il y a bien eu échange de consentements quant à la constitution de ce nantissement étant donné que la condition d'un écrit spécifique serait une condition essentielle, en l'espèce défailante.

Pour le surplus, le SOCIETE2.) estime que si un accord préalable sur les modalités pratiques de constitution du gage, matérialisé ou non par des écrits, existe toujours en amont, pour autant, un échange de consentements sur les modalités du gage, non suivi de l'écriture et de la signature de l'acte de nantissement proprement dit, ne saurait conférer une existence juridique au nantissement.

Dans la mesure où la somme de 150.000.-euros n'était pas l'objet d'un acte de nantissement, la BANQUE SOCIETE1.) ne pouvait en disposer comme si le nantissement avait été constitué. Selon le SOCIETE2.), elle aurait dû payer elle-même le bailleur de la société SOCIETE3.), bénéficiaire de la garantie à première demande, sans pouvoir utiliser une sûreté, le nantissement, qu'elle n'avait pas constitué.

Pour le surplus, elle estime que même si son mandataire a dans un courrier officiel du 23 février 2018 écrit que les sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL « *ne sont plus cautions d'une quelconque dette de SOCIETE3.) S.à.r.l. vis-à-vis de votre mandante* », une telle énonciation prendrait certes en compte les conditions mises par la banque à son acceptation d'une restructuration des sûretés, parmi lesquelles la substitution de la nouvelle caution aux deux premières, mais ne saurait pallier le défaut d'établissement d'actes majeurs, tel le nantissement.

En tout état de cause, il estime que l'accomplissement par la société SOCIETE3.) des démarches nécessaires à procurer à la banque les sûretés nouvelles exigées par celle-ci, ne constituerait pas une preuve supplémentaire d'un quelconque accord, mais un simple argument, inopérant en l'espèce, puisqu'il ne peut être suppléé au défaut de régularisation d'un acte de nantissement.

Le SOCIETE2.) estime que la BANQUE SOCIETE1.) a commis un premier manquement à ses obligations en ne procédant pas aux opérations qu'elle-même avait exigées, c'est-à-dire constitution d'un nantissement et substitution aux premières cautions d'une nouvelle, celle-ci ayant commis un nouveau manquement en passant outre ses négligences fautives pour procéder, au regard de la garantie à première demande, comme si elle n'avait pas commis ces manquements à ses obligations. Or, la

faute de la banque, en lien de causalité direct avec le préjudice subi par le SOCIETE2.), serait précisément celle d'avoir passé outre pour procéder à cette affectation.

De surplus, le SOCIETE2.) estime que la BANQUE SOCIETE1.) ne démontrerait pas sur quelle base contractuelle elle l'a actionnée et au demeurant elle seule, en qualité de caution.

En tout état de cause, il estime que l'engagement de la caution serait essentiellement accessoire, en ce sens que la caution s'obligerait à payer la dette même du débiteur principal et qu'elle pourrait de ce fait, opposer au créancier les exceptions que le débiteur lui-même peut ou aurait pu opposer. Il y aurait donc une seule dette et deux débiteurs, l'un tenu à titre principal et l'autre à titre de garant.

Or, comme il aurait été démontré, le solde du compte courant de la société SOCIETE3.) a été rendu débiteur par le fait que la banque a viré la somme de 150.000.-euros (destinée au nantissement) du crédit au passif du compte, opération que le SOCIETE2.), en sa qualité de caution, est fondée à contester comme aurait pu le faire la société débitrice elle-même si elle n'avait pas fait faillite.

Enfin, le SOCIETE2.) estime que la BANQUE SOCIETE1.) n'a à aucun moment préservé les intérêts de la caution puisqu'au contraire, elle aurait créé elle-même sa situation dommageable, à savoir le déficit du solde du compte, au titre de remboursement du contrat de prêt. Un tel comportement ne permettrait pas à la banque d'actionner avec profit la caution et serait sanctionné par les tribunaux.

En effet, la garantie à première demande n'étant pas affectée par une sûreté qu'aurait constitué le nantissement projeté, les fonds virés, aux fins de constitution du nantissement, sur le compte de la société SOCIETE3.) par le SOCIETE2.), ne pouvaient légalement être employés dans le cadre de l'appel de cette garantie par le bailleur de la société SOCIETE3.).

La BANQUE SOCIETE1.) ne pourrait donc invoquer, pour tenter de justifier le solde devenu négatif par son fait, du compte de la société faillie, la circonstance que « *dans les faits, la banque eut effectivement à déboursier la somme de 150.000.-euros en faveur de la société SOCIETE4.) SARL* ». En effet, elle ne pouvait utiliser ces deniers, faute d'avoir valablement affecté à cette fin les fonds virés par le SOCIETE2.).

Ne disposant pas de sûreté, hormis la caution du SOCIETE2.), irrégulière selon le courriel de la banque en date du 5 décembre 2017 (en l'absence de réalisation des conditions de la substitution de cautions imposées par la BANQUE SOCIETE1.)), la BANQUE SOCIETE1.) ne pouvait davantage prétendre avoir utilisé les 150.000.-euros du SOCIETE2.) au titre du cautionnement.

Au jour de la déclaration de la faillite, la BANQUE SOCIETE1.) ne justifiait d'aucun titre pour consacrer une somme de 150.000.-euros à un quelconque apurement de dette, *a fortiori* au titre de l'appel en garantie actionné en janvier par le bailleur. Le solde créditeur de la société SOCIETE3.) atteignait la somme de 100.006,19.-euros, solde qui permettait de payer le solde du prêt contracté par la société SOCIETE3.).

Par conséquent, le SOCIETE2.) estime que la BANQUE SOCIETE1.) ne peut valablement réclamer sa condamnation à lui payer à titre de caution, le montant de 42.240,48.-euros, assorti de dommages-intérêts à hauteur de 7.178,33.-euros et la somme de 575 euros pour frais administratifs. Il réclame cependant reconventionnellement la condamnation de la BANQUE SOCIETE1.) à lui payer la somme de 150.000.-euros, indûment prélevée dans le cadre de la garantie à première demande puisque, si ce montant avait vocation à contre-garantir la garantie locative à première demande délivrée par la banque au bailleur, le défaut de réalisation du nantissement empêchait la banque de la considérer comme « entrée en sa possession ». Elle demande à ce que ce montant soit assorti des intérêts légaux à compter de la notification des conclusions par le mandataire du SOCIETE2.), sinon à compter du prononcé du jugement.

S'agissant du moyen subsidiaire de la reconnaissance de dette, le SOCIETE2.) soutient que le courriel du 19 janvier 2018 adressé par le dirigeant du SOCIETE2.) à la BANQUE SOCIETE1.) ne respecterait pas les conditions de l'article 1326 du Code civil, étant donné que la formalité requise par la loi consisterait en la signature de celui qui a souscrit l'engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.

Le SOCIETE2.) formule à titre reconventionnel une demande en dommages-intérêts d'un montant de 1.500.-euros pour procédure abusive et vexatoire sur base de l'article 6-1 du Code civil, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il estime qu'en agissant contre lui par l'entremise de la présente procédure, la BANQUE SOCIETE1.) tente manifestement de lui nuire.

Il demande finalement également à ce que la BANQUE SOCIETE1.) soit condamnée à lui payer une indemnité de procédure d'un montant de 1.500.-euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La BANQUE SOCIETE1.) soutient que pour des raisons de réorganisation du groupe, qui allait voir la société de droit français SOCIETE8.), holding du milliardaire PERSONNE5.), prendre en septembre 2018, le contrôle à 100% du groupe via le SOCIETE2.), l'ancienne direction demanda à la banque de bien vouloir donner mainlevée des cautionnements de la société SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL. La banque n'était pas obligée de faire droit à cette demande, mais accepta de mener des discussions en vue de remplacer les cautionnements existants par d'autres garanties.

Les parties tombèrent finalement d'accord pour que les deux cautionnements soient remplacés par le cautionnement du SOCIETE2.) et le nantissement par la société SOCIETE3.) de 150.000.-euros. L'accord trouvé fut confirmé par la banque qui déclara accepter la demande de remplacement des garanties que lui avait adressée le SOCIETE2.). Les termes de l'accord furent entérinés dans le courrier intitulé « avenant » du 6 novembre 2017. Cet accord fut ensuite mis en exécution de la manière suivante :

- le SOCIETE2.) renvoya à la BANQUE SOCIETE1.) un acte de cautionnement dûment signé par son président PERSONNE1.);



- le SOCIETE2.) versa sur le compte de la société SOCIETE3.) dont la trésorerie était insuffisante pour constituer le nantissement à concurrence du montant demandé, la somme de 150.000.-euros formant l'objet du nantissement convenu.

Il apparaîtrait, à la lecture du courriel du gérant de la BANQUE SOCIETE1.) du 5 décembre 2017, versé aux débats, qu'il était normalement prévu de faire signer encore à la société SOCIETE3.) un acte séparé de nantissement venant réitérer l'accord des parties relativement à la mise en place de nantissement. Le même courriel révélerait que l'acte de nantissement ne fut pas signé tout de suite parce qu'était prévue la nomination d'une nouvelle gérance à la tête de la société SOCIETE3.). Une fois cette nomination actée, il était prévu que la banque en soit informée pour que puisse être signé l'acte de nantissement.

Selon les documents publiés au registre de commerce et des sociétés, le changement de direction intervint en date du 12 décembre 2017 avec la nomination de PERSONNE1.) comme nouveau gérant unique de la société luxembourgeoise.

Or, PERSONNE1.) aurait dans la foulée introduit une demande de faillite sur aveu sans en informer la banque et surtout, sans revenir vers la banque pour signer l'acte de nantissement dont il avait été question.

La faillite fut ainsi prononcée le 22 décembre 2017 sans que l'acte de nantissement dont il avait été question dans le courriel du directeur d'agence n'ait été signé.

Nonobstant l'absence de signature de cet acte de nantissement, la BANQUE SOCIETE1.) estime que la constitution du nantissement avait déjà été scellée par l'accord des parties au sujet du remplacement des garanties et le versement sur le compte au crédit du compte de la société SOCIETE3.) de la somme de 150.000.euros et qu'en tout état de cause, le nantissement de tous les avoirs en compte, de même que la clause de compensation prévue dans ses conditions générales lui permettaient de toute façon de prétendre à l'apurement de ses créances suivant un ordre dont elle décide discrétionnairement.

La BANQUE SOCIETE1.) soutient que ni le SOCIETE2.), que ce soit directement ou par l'intermédiaire de ses conseils, ni le curateur n'ont jamais remis en cause le fait que la somme de 150.000.-euros a bien été nantie et qu'au-delà de la question du nantissement, cette somme devait être affectée au remboursement des sommes que serait amenée à payer la banque en exécution de la garantie locative émise en faveur de la société SOCIETE4.) SARL. Il ne fut jamais contesté non plus qu'après compensation avec les avoirs restant en banque, déduction faite des 150.000.-euros et le solde du prêt restant à être payé, il resterait un impayé, annoncé dans le courrier du mandataire de la BANQUE SOCIETE1.) du 15 janvier 2018, d'un montant de 49.993,81.-euros que devrait prendre en charge la caution.

Elle soutient encore que dans les semaines et mois ayant suivi la faillite, le SOCIETE2.) s'adressa au mandataire de la société SOCIETE1.) uniquement pour faire valoir ses contestations au sujet du montant dont la société SOCIETE4.) SARL demandait le versement en exécution de la garantie locative et jamais pour remettre en question le fait qu'après versement de la somme de 150.000.-euros entre les mains de la société

SOCIETE4.) SARL, il resterait au SOCIETE2.) à payer un montant de 49.993,81.-euros. Bien au contraire, le SOCIETE2.) confirma par mail du 19 janvier 2018 qu'elle paierait cette somme en qualité de caution. De plus, le curateur de la faillite, qui était d'avis que la société SOCIETE4.) SARL devait recevoir paiement de la somme de 150.000.-euros, ne remit jamais en cause non plus le fait que la prédite somme était nantie au profit de la banque et que, dans ces conditions, le solde du prêt, après compensation avec les avoirs en banque, s'élèverait à la somme de 49.993,81.-euros. Une déclaration de créance de ce montant fut déposée au greffe de la chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement et transmise en copie au curateur.

Le changement d'attitude du SOCIETE2.) intervint après le remplacement de PERSONNE1.) comme président du SOCIETE2.). Ce changement, annoncé en septembre 2018, a pris effet au moment de la prise du contrôle du groupe par la holding SOCIETE8.). Relancée au sujet du paiement du solde de 49.993,81.-euros par courrier du 30 juillet 2019, le SOCIETE2.) exprima alors, à rebours de sa position antérieure, des interrogations quant à l'exigibilité de la somme de 49.993,81.-euros et sollicita dans ce contexte la production d'informations complémentaires par courrier de son mandataire du 28 octobre 2019. La BANQUE SOCIETE1.) transmit ces informations par courrier du 17 février 2020 et après avoir reçu ces informations, le SOCIETE2.) ne contesta aucunement les explications de la banque.

Au vu des développements ci-avant, la BANQUE SOCIETE1.) estime que la mauvaise foi du SOCIETE2.) serait patente.

S'agissant du nantissement en tant que tel, la BANQUE SOCIETE1.) soutient que le SOCIETE2.) base son raisonnement sur la jurisprudence française et sur les textes français, à savoir l'article 1356 du Code civil français qui exige que le nantissement soit documenté par un écrit devant contenir un certain nombre d'informations, à peine de nullité. Elle estime cependant que cet article ne s'applique pas en l'espèce, l'équivalent luxembourgeois du texte français n'existant pas.

Elle estime que le gage constitué sur des avoirs bancaires serait en l'espèce régi par l'article 2 de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière qui dispose ce qui suit :

*« (1) Les contrats de garantie financière et les contrats de compensation conclus, soit par un commerçant, soit par un non-commerçant, sont réputés actes de commerce. Ils se prouvent à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes au moyen d'un écrit ou de tout autre moyen juridiquement équivalent en vertu de l'article 109 du Code de commerce.*

*(2) La constitution de la garantie financière doit pouvoir être attestée par écrit. L'écrit, qui peut être sous forme électronique ou tout autre support durable, attestant la constitution en garantie, doit permettre l'identification des actifs faisant l'objet de cette constitution. Pour les instruments financiers transmissibles par inscription en compte et les créances des sommes d'argent constitués en garantie, il suffit, à cette fin, de prouver que ces derniers ont été portés au crédit d'un compte particulier ou constituent un crédit sur ce compte. »*

Selon la BANQUE SOCIETE1.), il en résulterait que l'accord de volonté par lequel les parties décident de la constitution de la sûreté peut être prouvé par tous moyens, la référence à l'article 109 du Code de commerce soulignant la liberté de la preuve en la matière. Elle soutient que le fait qu'il y ait eu accord quant à la constitution du nantissement n'étant pas réellement contesté par le SOCIETE2.) et le formalisme dont ce dernier parle n'étant pas requis en droit luxembourgeois à titre de validité du nantissement, l'échange de consentements au sujet de la constitution du nantissement a donc bien existé.

Elle insiste sur le fait que la constitution du nantissement est bien documentée par un écrit, en l'espèce l'extrait de compte documentant l'entrée sur le compte de la société SOCIETE3.) de la somme de 150.000.-euros, isolée ensuite sur un compte séparé, somme dont les deux parties s'accorderaient pour dire qu'elle forme l'objet du nantissement. Il y aurait donc bien, aux vœux de l'article 2 (2) de la loi sur les garanties financières l'entrée de la somme constituée en garantie, cette somme « *constituant un crédit sur le compte* » dont était titulaire la société SOCIETE3.).

La BANQUE SOCIETE1.) fait encore valoir qu'au cas où même si le nantissement de la somme de 150.000.-euros devait ne pas être entré en vigueur, il n'en resterait pas moins que cette somme, en tant qu'avoir inscrit au crédit de l'un quelconque des comptes dont était titulaire la société SOCIETE3.) avait automatiquement vocation à servir au remboursement de n'importe quelle dette dont la société SOCIETE3.) se trouverait redevable envers la banque, ceci par application des clauses régissant la relation contractuelle entre la banque et sa cliente.

L'article 3.5. des conditions générales de banque prévoirait en effet que « *le client affecte par les présentes (...) toutes les créances de somme d'argent (ex- :dépôt à terme, compte courant) sur le solde total présent et futur en quelque devise que ce soit, de ses comptes auprès de la Banque en gage en faveur de la banque. Les (...) créances gagées servent de garantie à toutes les obligations pécuniaires contractées actuellement ou à l'avenir par le Client envers la Banque, en principal, intérêts, commissions et frais résultant notamment d'avances, de prêts de dépassements, d'opérations à terme, de contre-garanties...* ».

Cette clause constituerait une mise en application de l'article 4 de la Loi sur les contrats de garantie financière qui dispose que « *les parties à un contrat de gage peuvent convenir que pour garantir les obligations financières couvertes d'un débiteur, tous les avoirs appartenant ou venant à appartenir au constituant du gage sont ou seront soumis au nantissement, sans qu'il ne soit besoin de les spécifier.* »

Elle autorisait donc la banque à utiliser les avoirs inscrits au crédit de l'un quelconque des comptes de la société SOCIETE3.) pour apurer une dette dont cette dernière était redevable envers la banque.

Étant créancière de la société SOCIETE3.) à concurrence de la somme de 150.000.-euros du fait de l'appel par la société SOCIETE4.) SARL à la garantie locative, la banque aurait donc été en droit de recouvrer sa créance en exécutant le gage général sur les avoirs en banque de la société SOCIETE3.).

De même, cette clause autorisait ensuite la banque à utiliser le solde des avoirs en banque de la société SOCIETE3.) pour apurer une partie du solde du compte du prêt.

Si la BANQUE SOCIETE1.) n'avait pas eu le droit d'utiliser les avoirs en banque de la société SOCIETE3.) pour apurer sa créance résultant de l'exécution de la garantie locative, elle n'aurait pas eu le droit non plus d'utiliser ces avoirs pour apurer une partie du prêt, avec cette conséquence que le solde du prêt qu'aurait eu à rembourser le SOCIETE2.) se serait élevé à un montant arrêté au jour de la faillite non pas de 49.993,81.-euros, mais de 79.635,33.-euros.

La BANQUE SOCIETE1.) fait encore état d'une clause de compensation prévue à l'article 3.3. des conditions générales de banque suivant laquelle « (...) toutes les créances de la Banque et toutes les créances du Client envers la banque sont connexes entre elles (...). La Banque est en droit de les compenser entre elles sans mise en demeure préalable et dans son ordre de préférence.

*Au cas où le Client est ou risque d'être en défaut de régler à la Banque une dette exigible ou en voie de devenir exigible, toutes les dettes et créances à vue ou à terme du client deviennent immédiatement exigibles. La Banque est en droit de les compenser entre elles sans mise en demeure préalable et dans son ordre de préférence.*

*Des soldes débiteurs peuvent être apurés sans aucun préavis ou d'autres formalités en compensant ces débits avec tous les avoirs et soldes créditeurs qui, directement ou indirectement, sont tenus solidairement vis-à-vis de la Banque.*

*À cet effet, la banque est irrévocablement autorisée à exécuter, à tout moment, toute transaction nécessaire en vue de redresser le solde débiteur d'un compte par le solde créditeur d'un autre compte ».*

Il en résulterait qu'en compensant sa créance issue de la mise en exécution de la garantie locative avec les avoirs figurant au crédit de l'un des comptes de la société SOCIETE3.), la BANQUE SOCIETE1.) n'aurait fait rien d'autre que de mettre en exécution la clause de compensation stipulée dans ses conditions générales de banque.

La BANQUE SOCIETE1.) fait encore valoir que la lettre de garantie du 14 février 2013 ayant trait à la mise en place de la garantie locative en faveur de la société SOCIETE4.) SARL indiquait que la société SOCIETE3.) autorisait la banque à prélever sur son compte toutes les sommes que la banque serait amenée à décaisser en exécution de la garantie locative.

En vertu de cette convention, si la garantie locative venait à être mise à exécution, ce qui fut le cas en l'espèce, la banque se voyait donc anticipativement autorisée à prélever sur le compte dont était titulaire la société SOCIETE3.) les sommes déboursées en exécution de ladite garantie locative.

Cette autorisation de prélèvement ayant été donnée avant la mise en faillite de la société SOCIETE3.), la BANQUE SOCIETE1.) était donc autorisée à la mettre à exécution lorsqu'elle a été amenée à déboursier des fonds en vertu de la garantie locative émise en faveur de la société SOCIETE4.) SARL.

La BANQUE SOCIETE1.) fait remarquer que si elle n'avait pas été autorisée à utiliser les avoirs en banque de la société SOCIETE3.) pour apurer sa créance résultant de la mise en exécution de la garantie locative, elle n'aurait dans ce cas pas eu le droit non plus d'utiliser ces fonds pour apurer une partie du solde du prêt. Il n'y aurait alors pas eu de fondement à la compensation entre les avoirs en banque et le solde débiteur du compte de prêt.

La situation aurait donc été la suivante :

- le curateur aurait récupéré les avoirs en compte;
- la banque aurait eu une créance à faire valoir vis-à-vis de la masse d'un montant de 150.000.-euros au titre de la mise en exécution de la garantie locative et d'un montant de 79.635,33.-euros au titre du solde du prêt.

L'action en recouvrement contre le SOCIETE2.), en tant que caution, porterait donc sur la somme de 79.635,33.-euros.

Finalement, s'agissant de la reconnaissance de dette, la BANQUE SOCIETE1.) fait valoir que le litige se meut entre deux sociétés commerciales pour lesquelles prévaut le principe de la liberté de la preuve avec cette conséquence que le non-respect des formalités de l'article 1326 du Code civil reste sans incidence aucune sur la valeur probante devant être reconnue au courriel du 19 janvier 2018. Ce courrier, qui émane de celui qui occupait à l'époque la fonction de président du SOCIETE2.) constitue un engagement de cette société de payer la somme de 49.993,18.-euros.

La BANQUE SOCIETE1.) estime que le SOCIETE2.) serait prêt à utiliser tous les moyens, y compris les plus dilatoires, pour retarder le paiement de la créance revendiquée, de sorte que sa mauvaise foi est avérée. Elle demande de ce fait la condamnation du SOCIETE2.) à lui payer une indemnité de 7.500.-euros pour résistance fautive, sinon abusive sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, sinon sur base de la responsabilité contractuelle de droit commun des articles 1147 et suivants du Code civil, sinon sur la théorie de l'abus de droit consacrée par l'article 6-1 du Code civil.

Elle augmente sa demande en indemnité de procédure au montant de 6.000.-euros au vu de l'attitude procédurale adoptée par la SOCIETE2.).

S'agissant des demandes reconventionnelles et notamment de la demande en restitution de la somme de 150.000.-euros, la BANQUE SOCIETE1.) fait valoir que la somme de 150.000.-euros dont parle le SOCIETE2.) ferait partie des avoirs inscrits au crédit des comptes dont était titulaire sa filiale, la société SOCIETE3.). Le SOCIETE2.) aurait donc perdu tout droit sur ces fonds dès l'instant où elle en a viré le montant sur le compte de sa filiale, ceci indépendamment de la question de savoir si cette somme de 150.000.-euros avait été nantie ou non. Il ne peut donc en aucune façon prétendre au remboursement de cette somme et la demande en restitution devra être rejetée.

S'agissant de la demande en indemnité pour procédure abusive et vexatoire, la BANQUE SOCIETE1.) en demande le rejet pur et simple vu l'attitude du SOCIETE2.).

qui refuse de s'exécuter volontairement, ceci en violation flagrante de ses engagements passés.

S'agissant de l'indemnité de procédure réclamée par le SOCIETE2.), la BANQUE SOCIETE1.) estime qu'une société qui, dans un premier temps, s'engage à payer la somme revendiquée et ensuite fait fi de cet engagement pour développer une position aux antipodes de celle qui avait été la sienne à l'époque de la mise en faillite de la société SOCIETE3.), ne saurait prétendre au versement d'une indemnité de procédure. Elle considère partant que cette demande doit être rejetée.

Le SOCIETE2.) soutient que la BANQUE SOCIETE1.) persiste à accorder au cautionnement solidaire et indivisible une portée qui n'est pas la sienne.

Elle soutient que la loi sur les contrats de garantie financière couvrirait quatre types de sûretés réelles, à savoir le gage, le transfert de propriété à titre de garantie, la mise en pension et la fiducie-sûreté. Dès lors, le nantissement serait exclu de son champ.

De plus, il fait valoir que s'il y a certes un écrit et un montant de 150.000.-euros viré sur le compte de la société SOCIETE3.), le sort de la somme ne serait pas caractérisé, pas plus que serait défini son « statut ».

Il fait valoir que lors d'un nantissement d'espèces un acte de nantissement est conséquemment signé entre le débiteur et le créancier et un montant défini est bloqué sur un compte ou un dépôt spécifique auprès de la banque créancière. Or, en l'espèce non seulement la signature ferait défaut, mais également l'existence d'un dépôt spécifique, avec affectation spéciale, qui aurait été réalisé selon les normes par la BANQUE SOCIETE1.), ne serait aucunement établi.

S'agissant de l'article 3.5. des conditions générales invoqué par la BANQUE SOCIETE1.) pour soutenir qu'elle aurait été autorisée à utiliser les avoirs inscrits au crédit de l'un quelconque des comptes de la société débitrice pour apurer une dette dont cette dernière était redevable envers elle, le SOCIETE2.) estime que cette argumentation ne saurait convaincre, étant donné que ce raisonnement viserait à noyer les sûretés, dont le nantissement, parmi des avoirs en compte quelconques, ce qui reviendrait à perdre de vue les spécificités du nantissement.

S'agissant de la clause de compensation de l'article 33 des conditions générales de la banque, le SOCIETE2.) fait valoir que la BANQUE SOCIETE1.) occulterait ainsi qu'au 22 décembre 2017, date de la faillite de la société SOCIETE3.), les avoirs de celle-ci étaient largement supérieurs au montant des débits. Il estime partant que c'est abusivement, et en tout cas hors cadre contractuel, que la BANQUE SOCIETE1.) a affecté les 150.000-euros au passif, générant ainsi un solde débiteur, avant de libérer le montant de la garantie à première demande. Il demande partant le rejet de la demande principale.

S'agissant de la prétendue reconnaissance de dette, le SOCIETE2.) soutient qu'elle ne remplit pas les conditions de l'article 1326 du Code civil et qu'il ne serait pas démontré par la BANQUE SOCIETE1.) que le rédacteur du courrier litigieux aurait eu qualité pour engager le SOCIETE2.) aux termes d'une reconnaissance de dette.

S'agissant de la demande de la BANQUE SOCIETE1.) en paiement d'une indemnité pour résistance fautive sinon abusive, le SOCIETE2.) fait valoir que résister à une demande abusive ne serait pas un comportement fautif, ni *a fortiori* abusif. La demande de la BANQUE SOCIETE1.), téméraire et infondée, devrait selon le SOCIETE2.), être radicalement écartée.

S'agissant de la demande de la BANQUE SOCIETE1.) en obtention d'une indemnité de procédure, la SOCIETE2.) soutient que la situation de la banque découlerait de ses propres manquements fautifs dans le cadre de ses obligations contractuelles. Elle ne saurait partant invoquer un principe d'équité qui interdirait de lui laisser la charge des frais, non compris les dépens, par elle exposés.

#### **4. Motifs de la décision**

##### **4.1. Quant à la recevabilité**

La demande de la BANQUE SOCIETE1.) ayant été introduite dans les délai et forme de la loi est à dire recevable en la forme.

##### **4.2. Quant au fond**

###### **4.2.1. Quant à la demande principale**

Conformément à l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile, « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.* »

Dans le même sens, l'article 1315 du Code civil dispose que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* »

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : *actori incumbit probatio*. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : *reus in excipiendo fit actor*. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exceptions (R. MOUGENOT, *Droit des obligations, La preuve*, éd. Larcier, 1997).

En application de l'article 1315 du Code civil, il appartient à la société SOCIETE9.) d'établir qu'elle est créancière de PERSONNE6.) et de PERSONNE7.) et que ces derniers ont l'obligation de lui payer le montant de 159.387,08.-euros, respectivement le montant de 139.837,08.-euros.

Les parties ne contestent pas que la BANQUE SOCIETE1.) ait prêté la somme de 456.000.-euros à la société SOCIETE3.) et que la banque a, à la même époque, délivré à la société SOCIETE4.) SARL une garantie à première demande faisant office de

garantie locative, son objet étant de garantir l'exécution de toutes les obligations dont viendrait à être débitrice la société SOCIETE3.) en vertu du contrat de bail commercial.

Il n'est pas non plus contesté qu'aussi bien le prêt que la garantie à première demande étaient à l'époque garantis par le cautionnement solidaire et indivisible des sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL et que suite à une demande de la part de la société SOCIETE3.) à ce que le SOCIETE2.) soit caution de substitution en remplacement des sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL, la BANQUE SOCIETE1.) a par un courrier marqué son accord en posant les conditions suivantes :

- s'agissant des contre-garanties à la garantie bancaire émise en faveur de la société SOCIETE4.) SARL en sa qualité de bailleur : la suppression des engagements de caution des sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL et constitution d'un nantissement sur avoirs d'un montant de 150.000.-euros ;
- s'agissant des garanties de remboursement du prêt : suppression des engagements de caution des sociétés SOCIETE5.) SCI et SOCIETE6.) SARL et constitution d'un cautionnement à constituer au nom du SOCIETE2.).

C'est en sa qualité de caution de la société SOCIETE3.) que la BANQUE SOCIETE1.) demande la condamnation du SOCIETE2.) à lui payer la somme de 42.240,48.-euros représentant le montant impayé du prêt.

Le SOCIETE2.) ne conteste pas sa qualité de caution de la société SOCIETE3.), mais soutient qu'au jour de la faillite de la société SOCIETE3.), celle-ci disposait d'avoirs en compte courant à hauteur de 179.641,52.-euros dont la somme de 150.000.-euros destinée à contre-garantir la garantie locative à première demande, cette somme étant largement supérieure au solde du prêt de 71.783,27.-euros restant à rembourser. Il soutient que la BANQUE SOCIETE1.) aurait de sa propre autorité, sans instruction ni de son client ni du curateur, extrait la somme de 150.000.-euros des actifs pour l'affecter à la garantie à première demande et ceci en l'absence d'un nantissement en bonne et due forme.

#### **4.2.1.1. Quant à la validité du nantissement**

Le nantissement est défini par l'article 2071 du Code civil comme étant « *un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.* »

Suivant l'article 2072 du Code civil, « *le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse.* »

En droit commun, l'article 2073 du Code civil dispose que « *le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers.* »

En l'espèce, le nantissement dont question ayant pour objet une créance, et donc un avoir au sens de l'article 1<sup>er</sup>, 1), de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après « la loi de 2005 ») est un gage régi par la loi de 2005 en application de son article 3.



En vertu de l'article 5, (4), de la loi de 2005, « si le gage est constitué sur des créances, la dépossession se réalise à l'égard du débiteur et des tiers par la conclusion du contrat de gage ».

L'article 2 de la loi de 2005 dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « *les contrats de garantie financière et les contrats de compensation conclus, soit par un commerçant, soit par un non-commerçant, sont réputés actes de commerce. Ils se prouvent à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes au moyen d'un écrit ou de tout autre moyen juridiquement équivalent en vertu de l'article 109 du Code de Commerce.* »

L'existence du gage soumis à la loi de 2005 pourra donc être prouvée par tous moyens.

L'alinéa 2 de la même loi poursuit que « *la constitution de la garantie financière doit pouvoir être attestée par écrit. L'écrit, qui peut être sous forme électronique ou tout autre support durable, attestant la constitution en garantie, doit permettre l'identification des actifs faisant l'objet de cette constitution. Pour les instruments financiers transmissibles par inscription en compte et les créances de sommes d'argent constitués en garantie, il suffit, à cette fin, de prouver que ces deniers ont été portés au crédit d'un compte particulier ou constituent un crédit sur ce compte.* »

En l'espèce, il ressort d'un courrier du 6 novembre 2017 dénommé « AVENANT » adressé par la BANQUE SOCIETE1.) à la société SOCIETE3.) que « *suite à votre demande de révision des conditions concernant vos engagements mentionnés ci-dessus, signés entre parties le 14 février 2013, nous avons l'honneur de vous informer que notre Banque a donné son accord, aux modifications suivantes :*

#### **Nouvelles Conditions concernant la Garantie bancaire n°NUMERO4.)**

- *Suppression de la Caution solidaire et indivisible de la société SOCIETE5.) SCI, représentée par Monsieur PERSONNE8.).*
- *Suppression de la Caution solidaire et indivisible de la société SOCIETE6.) Sàrl, représentée par Monsieur PERSONNE9.).*
- *Nantissement sur le Dépôt à Terme n° , bloqué à concurrence de Euros 150.000,00 (cent cinquante mille euros), pendant toute la durée de la Garantie bancaire. [...] ».*

Il ressort encore des pièces versées par la BANQUE SOCIETE1.) et notamment d'un extrait de compte courant de la société SOCIETE3.) qu'en date du 29 novembre 2017, un transfert de la somme de 150.000.-euros est arrivé de la part du SOCIETE2.) sur le compte de la société SOCIETE3.) NUMERO5.) avec la mention « Avance (...) Lux ».

Le 22 décembre 2017, la prédite somme a été transférée sur un autre compte séparé de la société SOCIETE3.) NUMERO6.) avec la mention « CONTRE-GARANTIE GAR BANCAIRE LOCATI ».

Au vu des développements ci-avant, le tribunal constate que la preuve du prêt contrat de « *nantissement* » a été rapportée et que sa constitution a été attestée au vu de l'article 2 de la loi de 2005 sur les contrats de garantie financière.

Au vu de tous ces éléments, il y a donc lieu de conclure que le « *nantissement* » a été valablement constitué.

La demande est de la BANQUE SOCIETE1.) est donc fondée à concurrence de la somme demandée de 42.240,08.-euros.

Reste à vérifier si le SOCIETE2.) est tenu à payer ce montant à la BANQUE SOCIETE1.) en sa qualité de caution.

#### **4.2.1.2. Quant au cautionnement du SOCIETE2.)**

À titre préliminaire, il y a lieu de définir la matière dans laquelle le Tribunal de céans statue.

Il est communément admis que le cautionnement perd son caractère civil dès lors que, commerçant ou non commerçant, celui qui l'a consenti avait un intérêt direct et immédiat dans l'opération commerciale garantie. Le cautionnement souscrit par les dirigeants est très généralement considéré comme commercial au motif qu'ils ont un intérêt patrimonial personnel dans la bonne marche de leur société (Trib. Lux. 19 décembre 1997, n° 826/97 et Cour 7 juin 2000, n°22 035 du rôle).

Il résulte du dossier que le cautionnement a été fait par le SOCIETE2.) pour sa filiale, la société SOCIETE3.). Le cautionnement fourni doit partant être qualifié de commercial.

L'article 2011 du Code civil dispose que « *celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas.* »

Suivant l'article 2015 du même code, « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.* »

En vertu de l'article 2021 du Code civil, « *la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires* ».

En l'espèce, l'acte de cautionnement du 6 novembre 2017 entre le SOCIETE2.) en tant que caution, la société SOCIETE3.) en tant que cautionné et la BANQUE SOCIETE1.) en tant que bénéficiaire est rédigé de la façon suivante :

« [...] »

1. *La caution déclare se porter caution solidaire et indivisible du cautionné au profit du bénéficiaire et s'engage à ce titre à lui payer toutes sommes que le cautionné peut ou pourra devoir au bénéficiaire au titre de l'exécution ou de l'inexécution du contrat de crédit n°NUMERO3.), pour une durée de 10 mois, dont la caution déclare avoir parfaite connaissance pour en avoir reçu une copie. Pour la bonne forme, une copie du contrat de prêt est annexée au présent cautionnement.*
2. *L'acte de cautionnement est souscrit jusqu'à concurrence du montant de 80.000,00 euros (quatre-vingt-mille), couvrant le paiement du principal, augmenté des intérêts, et le cas échéant des intérêts de retard, frais, commissions et pénalités forfaitaires de l'engagement garanti et ce jusqu'à complet règlement.*
3. *En cas de défaillance du cautionné dans le paiement des sommes dues au bénéficiaire, ce dernier sera en droit d'en réclamer immédiatement, et sans mise en demeure préalable, le paiement à la caution.*
4. *Le présent acte de cautionnement expirera à l'échéance du crédit n°NUMERO3.), étant entendu qu'à cette date, la caution restera engagée pour toutes sommes encore dues par la cautionné au titre des engagements garantis, même non encore exigibles.*
5. *Le présent cautionnement est consenti à titre solidaire avec le cautionné et avec renonciation au bénéfice de discussion et de division. En conséquence, la caution reconnaît être informée que son obligation peut être mise en jeu immédiatement sans que le bénéficiaire ait à exercer préalablement ses recours contre le cautionné.*
6. *Toute exigibilité anticipée ou déchéance du terme encourue par la cautionné sera opposable à la caution qui y consent dès à présent et reconnaît au bénéficiaire la libre faculté de mettre en œuvre celle-ci si bon lui semble. [...] ».*

Le présent acte de cautionnement est paraphé à chaque page et signé par PERSONNE1.), celui-ci apposant à la fin dudit acte la mention manuscrite suivante : *En me portant caution solidaire et indivisible de la société SOCIETE3.) SARL jusqu'à concurrence de la somme de 80.000,00 euros (quatre-vingt mille) couvrant le paiement du principal, augmenté des intérêts et, le cas échéant, des intérêts de retard, frais, commissions et pénalités forfaitaires et pour la durée de 10 mois, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si la société SOCIETE3.) SARL n'y satisfait par elle-même. »*

Au vu de ce qui précède, il est établi que le SOCIETE2.) s'est personnellement engagé à l'égard de la BANQUE SOCIETE1.) comme caution solidaire et indivisible de l'obligation de remboursement jusqu'à concurrence de la somme de 80.000.-euros, couvrant le paiement du principal, augmenté des intérêts et, le cas échéant, des intérêts de retard, frais, commissions et pénalités forfaitaires, le tout conformément à l'article 2011 du Code civil.

La demande de la BANQUE SOCIETE1.) à l'encontre du SOCIETE2.) est partant à déclarer fondée pour le montant en principal de 42.240,48.-euros, représentant le montant impayé du prêt.

La BANQUE SOCIETE1.) demande à voir assortir ce montant des intérêts au taux conventionnel de 4,25%, conformément à l'article 5 du contrat de prêt.

L'article 5 du contrat de prêt du 14 février 2013 dispose qu'« *il est de convention expresse entre parties que sur toute somme non réglée à son échéance, ainsi que pour le solde en principal dû à partir de la dénonciation, il sera dû de plein droit par l'emprunteur et sans mise en demeure un intérêt de retard au dernier taux appliqué augmenté de 2% l'an (minimum taux légal + 2% l'an), à partir de l'échéance impayée et/ou de la dénonciation* ».

Au vu du prédit article et des explications fournies par la partie demanderesse, non contestées par la SOCIETE2.), il y a lieu d'assortir le montant de 42.240,48.-euros des intérêts au taux conventionnel de 4,25% à partir du 23 décembre 2017, lendemain de la faillite et de la dénonciation du prêt, jusqu'à solde.

Le SOCIETE2.) n'ayant pas pris position quant à la demande en paiement du montant de 7.178,33.-euros à titre de dommages et intérêts fixés forfaitairement conformément à l'article 6 du contrat de prêt et quant à la demande en paiement de la somme de 575.-euros au titre de frais administratifs, la demande de la BANQUE SOCIETE1.) est également fondée pour ces montants.

En revanche, il n'y a pas lieu d'allouer des intérêts sur le montant de la clause pénale de 7.178,33.-euros, alors qu'en présence d'une clause d'évaluation conventionnelle, il ne peut être alloué d'intérêts au taux légal, la fixation conventionnelle d'une indemnité tenant lieu de toute réparation à un autre titre.

Il y a partant lieu de condamner le SOCIETE2.) à payer à la BANQUE SOCIETE1.) les sommes suivantes :

- le montant de 42.240,48.-euros à titre du montant impayé du prêt avec les intérêts au taux conventionnel de 4,25% à partir du 23 décembre 2017, jusqu'à solde ;
- le montant de 7.178,33.-euros à titre de dommages et intérêts fixés forfaitairement ;
- la somme de 575.-euros au titre de frais administratifs exposés dans le cadre des rappels, relances et mise en demeure adressés à la société SOCIETE3.) et au SOCIETE2.) pour obtenir paiement du solde du prêt, en application de l'article 5, dernière phrase du contrat de prêt.

#### **4.2.1.3. Quant à la demande en allocation d'une indemnité de 7.500.-euros pour résistance abusive, sinon fautive**

Il est de principe que toute faute dans l'exercice d'une action en justice est susceptible d'engager la responsabilité des plaideurs. Il doit en aller de même de toute résistance

abusive à une telle action. Il faut néanmoins considérer que, de même que l'exercice d'une action en justice est un droit, partant que l'échec du demandeur n'est pas suffisant pour établir un usage fautif de ce droit, le fait de résister à une demande ne saurait dégénérer en faute par le simple fait que la partie qui a résisté a perdu le procès. Pour qu'il y ait abus de droit, il faut que le comportement du défendeur constitue une faute. La résistance à une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages-intérêts que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol.

Le tribunal constate que ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce, le SOCIETE2.) n'ayant pas abusé de son droit de résister à la demande de la BANQUE SOCIETE1.). La demande de la BANQUE SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité pour résistance abusive, sinon fautive, doit partant être déclarée non fondée.

#### **4.2.2. Quant aux demandes reconventionnelles du SOCIETE2.)**

##### **4.2.2.1. Quant à la demande en restitution de la somme de 150.000.-euros**

Le tribunal ayant retenu que le « nantissement » de la somme de 150.000.-euros était valable et sa réalisation efficace, la demande en restitution de la somme de 150.000.-euros est à rejeter pour être non-fondée.

##### **4.2.2.2. Quant à la demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire d'un montant de 1.500.-euros**

Etant donné que la demande de la BANQUE SOCIETE1.) a été déclarée justifiée, cette demande est devenue sans objet.

#### **4.2.3. Quant aux demandes accessoires**

##### **4.2.3.1. Quant à l'indemnité de procédure**

La BANQUE SOCIETE1.) demande la condamnation du SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 6.000.- euros en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le SOCIETE2.) demande la condamnation de la BANQUE SOCIETE1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500.- euros sur la même base.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cass., n° 60/15 du 2 juillet 2015, n° 3508 du rôle).

Au vu de l'issue du litige, le SOCIETE2.) est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

LA BANQUE SOCIETE1.) ne démontrant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la demande introduite sur cette base n'est pas fondée.

#### **4.2.3.2. Quant à l'exécution provisoire**

La BANQUE SOCIETE1.) conclut à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Aux termes de l'article 244 du Nouveau Code de procédure civile, « *l'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point appel. Dans tous les autres cas, l'exécution pourra être ordonnée avec ou sans caution.* »

La faculté d'ordonner l'exécution provisoire hors les cas où elle est obligatoire n'est pas laissée à la discrétion du juge, mais elle est subordonnée à la constatation de l'urgence ou du péril en la demeure.

En l'espèce, il n'est pas opportun et il n'existe pas de motif justifiant la demande en exécution provisoire de sorte qu'elle est à rejeter.

#### **4.2.3.3. Quant aux frais et dépens**

En application des articles 238 et 242 du Nouveau Code de procédure civile, toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision spéciale et motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie et les avocats à la Cour pourront, dans les instances où leur ministère est obligatoire, demander la distraction des dépens à leur profit.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de condamner le SOCIETE2.) succombant à l'instance, aux entiers frais et dépens de la présente instance, avec distraction au profit de Maître Michel SCHWARTZ, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

### **PAR CES MOTIFS**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement ;

reçoit les demandes principales en la forme ;

les dit partiellement fondées ;

partant condamne la société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS à payer à la société anonyme BANQUE SOCIETE1.) SA le montant 42.240,48.-euros, avec les intérêts aux taux conventionnel de 4,25% courant à partir du 23 décembre 2017, jusqu'à solde ;

condamne encore la société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS à payer à la société anonyme BANQUE SOCIETE1.) SA la somme de 7.178,33.-euros ;

condamne encore la société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS à la société anonyme BANQUE SOCIETE1.) SA la somme de 575 euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 8 septembre 2020, jusqu'à solde ;

dit les demandes principales non fondées pour le surplus ;

dit les demandes reconventionnelles non fondées ;

déclare les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile formées par la société anonyme BANQUE SOCIETE1.) SA et par la société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) non fondées ;

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement ;

condamne la société anonyme par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS aux frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Michel SCHWARTZ, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.