Jugement commercial XV N° 833 /2017

Audience publique du mercredi, cinq juillet deux mille dix-sept.

Numéro 182329 du rôle

Composition :

Gilles HERRMANN, Vice-président;
Jacqueline KINTZELÉ, juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Alfred TREINEN, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée **R CAPITAL SARL**, établie et ayant son siège social à L-1882 Luxembourg, 7, rue Guillaume J. Kroll, représentée par son gérant unique actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 115 009,

élisant domicile en l'étude de Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour susdit,

e t :

1) la société de droit néerlandais **MERCURY CAPITAL BV**, établie et ayant son siège social à NL-1083HN Amsterdam (Pays-Bas), Barbara Strozzilaan 101, représentée par son organe dirigeant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce néerlandais sous le numéro 67074170,

défenderesse, comparant par Maître Hervé HANSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme **UNICREDIT LUXEMBOURG SA**, établie et ayant son siège social à L-2180 Luxembourg, 8-10, rue Jean Monnet, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 9 989,

défenderesse, comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, société d'avocats, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186 371, représentée aux fins de la présente par Maître François KREMER,

avocat à la Cour, remplacé par Maître Evelyne LORDONG, avocat à la Cour, tous les trois demeurant à Luxembourg,

---

Faits :

Par acte de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg en date du 17 janvier 2017, la demanderesse a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le vendredi, 24 février 2017 à 09.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro 182329 du rôle pour l'audience publique du 24 février 2017 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 17 mai 2017 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, mandataire de la partie demanderesse, donna lecture de l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître Hervé HANSEN, mandataire de la partie défenderesse sub. 1), répliqua et exposa ses moyens.

Maître Evelyne LORDONG, avocat à la Cour, en remplacement de Maître François KREMER, avocat à la Cour, représentant la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, société d'avocats, mandataire de la partie défenderesse sub. 2), répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

Par acte de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ du 17 janvier 2017, la société à responsabilité limitée R CAPITAL SARL (ci-après la société R CAPITAL) a fait donner assignation à 1) la société de droit néerlandais MERCURY CAPITAL BV (ci-après la société MERCURY) et à 2) la société anonyme UNICREDIT LUXEMBOURG SA (ci-après la société UNICREDIT) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir :

- constater et dire que la requérante a un intérêt né et actuel à obtenir un jugement déclaratoire actant sa contestation, tant dans son principe, que dans son montant, de la créance invoquée par MERCURY pour demander la mise en faillite de R CAPITAL,
- constater qu'au vu de cette contestation, MERCURY ne dispose pas d'une créance certaine à l'égard de R CAPITAL, et que partant cette dernière ne saurait être tenue de payer le montant de la créance réclamée avant que le caractère certain de cette créance ne soit reconnu par un tribunal, ou par toute autorité compétente, ni avant que le montant de cette créance soit déterminé avec certitude, et
- à cette fin, ordonner avant tout progrès en cause, toutes mesures utiles pour déterminer le montant exact de la créance alléguée, notamment en nommant un expert judiciaire calculateur avec pour mission d'analyser et décrire l'historique de la relation contractuelle entre l'assignée sub 2 et la requérante, ainsi que les points de contestation soulevés par la requérante dans la présente assignation, retracer l'historique du compte courant prétendument débiteur à partir de la résiliation de la convention de crédit, décrire les sommes mises en débit et leur origine, retracer les remboursements suite aux ventes des immeubles hypothéqués en faveur de la banque, calculer les intérêts débiteurs mis en compte, en vérifiant les taux d'intérêt tels que prévus contractuellement,

qui renvoient à des index externes, et dont le calcul n'a jamais été fourni, par aucun des deux défendeurs à la présente instance.

Elle réclame également l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

A l'appui de sa demande, la société R CAPITAL expose avoir contracté en date du 19 décembre 2007, ensemble avec la société de droit italien Borgo Santo Croce SRL, auprès de la société Capitalia Luxembourg SA un prêt d'un montant maximum de 3.850.000.- EUR destiné au financement de plusieurs projets immobiliers et assorti de diverses garanties, dont des hypothèques sur les biens immobiliers financés, que seule la première tranche destinée à la société co-emprunteuse Borgo Santo Croce SRL aurait été tirée début 2008, que par courrier du 10 mai 2010 la société UNICREDIT (venant aux droits de la société Capitalia Luxembourg SA suite à une restructuration du groupe) aurait annulé le prêt et réclamé aux sociétés emprunteuses le remboursement d'un montant de 1.500.402,59 EUR, que par courrier du 17 septembre 2015 la société UNICREDIT l'aurait mise en demeure de payer le montant de 208.509,88 EUR lequel resterait dû au titre du remboursement du prêt suite à la réalisation des garanties personnelles et la vente aux enchères publiques des biens immobiliers hypothéqués, que par courrier du 7 décembre 2016, elle l'aurait informée du transfert de ses droits sous le contrat de prêt à la société MERCURY, laquelle l'aurait mise en demeure par courrier du 14 décembre 2016 à régler immédiatement la somme de 208.509,88 EUR plus les intérêts, avant de l'assigner en faillite suivant acte d'huissier du 29 décembre 2016.

La requérante conteste que les conditions d'une mise en faillite soient réunies dans son chef, au motif, d'une part, que la société MERCURY ne justifierait pas d'une créance certaine à son égard, alors que depuis 2009 celle-ci aurait fait l'objet de nombreuses contestations sérieuses de sa part visant tant le principe que le montant de cette prétendue créance et que, d'autre part, elle bénéficierait d'un crédit lui permettant de payer toute éventuelle créance qui serait déclarée certaine en faveur de MERCURY. Dans la mesure où elle devrait faire face à une assignation en faillite dont les conditions ne seraient pas réunies, elle aurait tout intérêt à obtenir du tribunal de céans une déclaration constatant l'absence de caractère certain de la créance invoquée par la société MERCURY à son égard et que, le cas échéant, une expertise comptable soit ordonnée afin d'éclaircir les points de contestation soulevés, alors qu'elle serait dans l'impossibilité de vérifier les dires de MERCURY qui ne fournirait aucun décompte, malgré des demandes expresses en ce sens. Elle fait valoir que la présente action déclaratoire devrait être admise alors qu'elle aurait bien un intérêt à agir et que la déclaration sollicitée serait de nature à lui offrir une utilité concrète et déterminée, à savoir soumettre à l'examen du juge la question de l'existence et du caractère certain de la créance invoquée avant de s'exécuter, le cas échéant.

La société MERCURY soulève *in limine litis* l'irrecevabilité de la demande au motif que la requérante n'établirait pas que les conditions de recevabilité d'une action déclaratoire, à savoir une incertitude grave ou une menace sérieuse paralysant l'exercice normal d'un droit, ainsi que l'exigence dans le chef du demandeur d'une utilité concrète, déterminée et actuelle de la déclaration sollicitée, seraient remplies en l'espèce. Elle estime qu'un intérêt à agir de cet ordre ferait clairement défaut, alors que la requérante aurait pu plaider devant les premiers juges saisis de l'assignation en faillite son moyen tenant à la non-certitude de la créance, lequel aurait d'ailleurs été accueilli dans le cadre du jugement du 30 janvier 2017 ayant débouté MERCURY de sa demande en faillite. Après avoir précisé avoir interjeté appel contre ledit jugement,

elle estime que la requérante pourrait à nouveau faire valoir ses moyens devant les juges d'appel, lesquels devraient en apprécier le bien-fondé, ce qui enlèverait toute utilité à la présente demande, qui devrait dès lors être déclarée irrecevable. Elle conclut en ordre subsidiaire au caractère non fondé de la demande au fond au motif qu'elle disposerait bien d'une créance certaine à l'égard de la société R CAPITAL, alors que les diverses contestations soulevées par cette dernière seraient soit tardives, soit non sérieuses pour ne pas revêtir le degré de précision requis afin de pouvoir valoir négation de la dette affirmée, de sorte que le principe de la correspondance commerciale acceptée aurait bien vocation à s'appliquer. Elle sollicite en tout état de cause une indemnité de procédure de 2.500.- EUR.

La société UNICREDIT estime qu'il ne serait pas très clair pourquoi elle a été attraite dans la présente procédure et ce qui lui est reproché. Elle fait valoir que, dans le cadre d'une cession de créance, aucun consentement de la part du débiteur cédé ne serait requis et que, depuis la cession de sa créance à MERCURY, elle n'aurait plus aucun lien avec la société R CAPITAL, de sorte qu'elle serait étrangère à tout ce débat. Elle estime qu'elle ne saurait en aucun cas être tenue à participer à une quelconque expertise et demande sa mise hors cause, la demande à son égard devant être déclarée irrecevable, sinon non fondée. Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500.- EUR.

La société R CAPITAL estime toujours avoir un intérêt à agir dans la mesure où MERCURY aurait interjeté appel contre le jugement l'ayant débouté de sa demande en faillite, procédure actuellement pendante devant la Cour d'appel, de sorte que son intérêt à faire constater l'absence de caractère certain de la créance adverse devant les juges du fond persisterait, alors que cette question supposerait une analyse approfondie du contrat et des contestations dans le cadre d'un débat serein avec, le cas échéant, des mesures d'instruction à ordonner, telles une expertise ou l'audition de témoins, ce qui ne serait pas possible devant la Cour d'appel siégeant en matière de faillite où la procédure serait empreinte d'urgence. Après avoir précisé qu'elle ne demanderait rien contre la société UNICREDIT, elle souligne que celle-ci devrait participer à l'éventuelle expertise, alors qu'elle seule disposerait des informations que MERCURY ne pourrait pas fournir, telle la confirmation si les conditions du tirage des autres tranches avaient été remplies. Quant au fond, elle fait notamment valoir que la banque aurait manqué à son égard tant à son obligation de délivrer le prêt, et plus précisément la tranche réservée à R CAPITAL, qu'à son obligation d'exécution de bonne foi des conventions, de sorte qu'elle serait fondée à lui opposer l'exception d'inexécution.

La société MERCURY conteste tout intérêt de la requérante à obtenir un jugement séparé quant à la non-certitude de la créance au vu de l'examen sommaire opéré en tout état de cause par la Cour d'appel siégeant en matière faillite, la présente action ne présentant aucun intérêt peu importe le cas de figure auquel les juges d'appel seraient confrontés (soit une certitude de la créance évidente auquel cas la faillite sera prononcée, soit une certitude de la créance pas prouvée auquel cas la faillite ne sera pas prononcée, soit enfin un doute quant à la certitude de la créance auquel cas le juge de la faillite aura tendance à ne pas faire droit à la demande). Quant au fond, elle estime les contestations actuelles de R CAPITAL tardives et conteste notamment que l'exception d'inexécution pourrait être valablement invoquée en l'espèce à défaut de preuve par la requérante que toutes les conditions contractuelles en vue de la libération d'une tranche supplémentaire du prêt étaient effectivement réunies.

Au vu du moyen d'irrecevabilité de l'action déclaratoire soulevé par la société MERCURY CAPITAL, les parties ne se sont pas opposées à ce qu'un jugement séparé soit pris sur la seule recevabilité de la demande.

L'action de la société R CAPITAL est incontestablement à qualifier d'action déclaratoire.

On définit en effet les actions déclaratoires comme étant des actions qui tendent à faire déclarer judiciairement l'existence (ou l'inexistence) d'une situation juridique ou d'un droit. (Solus & Perrot, Droit judiciaire privé, vol. I, p. 209).

Pour justifier l'exercice d'une action déclaratoire, il suffit qu'une incertitude grave ou une menace sérieuse paralyse l'exercice normal d'un droit et que, d'autre part, la déclaration judiciaire sollicitée soit de nature à offrir au demandeur non point une satisfaction purement théorique, mais une utilité concrète et déterminée. (cf Cour d'Appel, 7.12.1976, Pas. 23, 477 et Cour d'Appel, 22.4.1999, no 21314 du rôle).

Ainsi, pour qu'une action déclaratoire puisse être déclarée recevable il faut que celle-ci remplisse deux conditions cumulatives dont la première est l'exigence d'une menace grave et sérieuse d'un droit au point de créer un trouble précis.

Une telle situation n'existe pas en l'occurrence.

En effet, si la société R CAPITAL se trouve toujours confrontée à une assignation en faillite de la part de la société MERCURY, suite à l'appel relevé par cette dernière contre le jugement commercial du 30 janvier 2017 ayant rejeté sa demande, elle pourra toujours faire valoir ses contestations quant à la certitude de la créance invoquée par MERCURY devant les juges d'appel, tel qu'elle a pu le faire devant les premiers juges ayant d'ailleurs accueilli ses moyens.

L'exercice normal de ses droits de la défense ne se trouve dès lors nullement paralysé.

A cet égard, s'il est vrai que les juges d'appel siégeant en matière de faillite se limiteront à un examen sommaire des contestations soulevées afin de vérifier le degré de certitude de la créance alléguée par MERCURY dans le cadre de l'appréciation de l'état de cessation des paiements de R CAPITAL, cette circonstance ne remet nullement en cause la préservation des intérêts de cette dernière, alors que tout doute sérieux concernant la certitude de la créance alléguée doit profiter au débiteur, la charge de la preuve de l'état de cessation des paiements de débiteur, laquelle suppose impayées des dettes certaines, liquides et exigibles, reposant au demandeur en faillite.

En l'absence de titre, il appartient en effet au demandeur en faillite d'établir le caractère certain de sa créance alléguée et non pas au défendeur en faillite d'établir la non-certitude de ladite créance, celui-ci pouvant se limiter à soulever des contestations pour mettre en échec la certitude de la créance alléguée.

Une menace grave et sérieuse d'un droit fait dès lors défaut.

A cela s'ajoute que la déclaration judiciaire sollicitée ne présente aucune utilité concrète pour la requérante.

En effet, en premier lieu, il convient de relever que le caractère sérieux ou non des contestations soulevées par la requérante relève de l'appréciation souveraine des juges d'appel siégeant en matière de faillite, lesquels ne sont en tout état de cause pas liés par l'éventuelle analyse faite par le tribunal de céans dans le cadre d'une action déclaratoire.

En second lieu, il résulte tant des pièces versées en cause que des débats menés à l'audience que la société MERCURY a fait signifier en date du 6 mars 2017 une saisie-arrêt au mandataire de la société R CAPITAL, ainsi qu'à sa banque, afin de s'opposer à ce que ceux-ci se dessaisissent de toutes sommes qu'ils pourraient redevoir à la requérante et à son associé et gérant unique, **GER)**, et pour avoir sûreté et paiement de la somme de 217.340,58 EUR, augmenté des intérêts et que cette saisie-arrêt a été dénoncée à la société R CAPITAL et à **GER)** par acte du 10 mars 2017 avec assignation en condamnation et en validité devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière civile, ce litige étant actuellement pendant devant la 17ème Chambre et instruit devant un juge de la mise en état.

Dans la mesure où la société MERCURY réclame dans le cadre de cette procédure, outre la validation de la saisie-arrêt opérée, une condamnation en paiement au fond de la société R CAPITAL, celle-ci pourra faire valoir l'ensemble de ses moyens de contestation dans le cadre de l'instruction écrite de cette affaire et y requérir toutes les mesures d'instruction qu'elle juge utiles, sans qu'il y ait lieu de préjuger, dans le cadre de la présente action déclaratoire, du bien-fondé de la demande en condamnation présentée devant ces juges.

Au vu des développements qui précèdent, l'action déclaratoire est à déclarer irrecevable.

La demande en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de la société MERCURY est à rejeter, alors qu'elle ne justifie pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

En revanche, la demande de la société UNICREDIT en allocation d'une telle indemnité de procédure est à déclarer fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de cette partie l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens dans la mesure où elle s'est vu attraite devant le présent tribunal dans le cadre d'une action déclaratoire ayant trait à un litige entre les sociétés R CAPITAL et MERCURY auquel elle est a priori étrangère depuis la cession de sa créance à cette dernière.

Eu égard à la nature et au résultat du litige, le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 1.000.- EUR.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

dit la demande de la société à responsabilité limitée R CAPITAL SARL irrecevable,

dit non fondée la demande de la société de droit néerlandais MERCURY CAPITAL BV en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

dit fondée la demande de la société anonyme UNICREDIT LUXEMBOURG SA en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 1.000.- EUR ; partant,

condamne la société à responsabilité limitée R CAPITAL SARL à payer à la société anonyme UNICREDIT LUXEMBOURG SA le montant de 1.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne la société à responsabilité limitée R CAPITAL SARL aux frais et dépens de l'instance.