

Texte pseudonymisé

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

## **Jugement commercial 2023TALCH02/00627**

Audience publique du vendredi, douze mai deux mille vingt-trois.

### **Numéro du rôle : TAL-2023-02941**

Composition :

Marlene MULLER, juge-présidente ;  
Tania CARDOSO, juge ;  
Ines BIWER, juge ;  
Michel Patrick GLOD, greffier.

**Entre :**

la société anonyme **SOCIETE2.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions et inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B253103 ;

pour laquelle est constituée et occupera la société à responsabilité limitée C.A.S. SARL, établie et ayant son siège social à L-2339 Luxembourg, 1A, rue Christophe Plantin, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B231602, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Emmanuelle PRISER, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

**demanderesse,**

**défenderesse sur reconvention,** comparant par Maître Emmanuelle PRISER, avocat à la Cour, susdit,

**et :**

la société à responsabilité limitée **SOCIETE1.) SARL**, avec siège social à L-ADRESSE1.), de fait inconnue à cette adresse, représentée par son gérant unique actuellement en fonctions et inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.) ;

**défenderesse,**

**demanderesse sur reconvention**, comparant par Maître Joe MENDES MACEDO, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

---

## **FAITS :**

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Luana COGONI en remplacement de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette en date du 3 avril 2023, la demanderesse a fait donner assignation à la défenderesse à comparaître le vendredi, 21 avril 2023 à 9.00 heures du matin devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, 7, rue du Saint Esprit, 1<sup>er</sup> étage, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut enrôlée sous le numéro TAL-2023-02941 du rôle pour l'audience publique du 21 avril 2023 et utilement retenue à l'audience publique du 5 mai 2023, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Emmanuelle PRISER, mandataire de la demanderesse, donna lecture de l'assignation et exposa ses moyens.

Maître Joe MENDES MACEDO, en remplacement de Maître Andreas KOMNINOS, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa les moyens de sa partie.

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

### **jugement qui suit :**

Par exploit d'huissier de justice du 3 avril 2023, la société anonyme SOCIETE2.) SA a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL (ci-après « SOCIETE3.) ») à comparaître devant le tribunal de ce siège pour y entendre statuer sur la demande ci-avant transcrite dans les qualités du présent jugement.

La demande tend à la mise en faillite de la défenderesse.

A l'appui de sa demande, **SOCIETE2.)** expose que par contrat de prêt du 29 septembre 2021, elle aurait consenti à SOCIETE3.) un prêt d'un montant de deux millions d'euros, pour une durée de six mois, et au taux d'intérêt fixe de 2,5 %.

Faute de remboursement du montant prêté à l'échéance du contrat, les parties auraient prorogé le prêt pour une nouvelle période de six mois en date du 14 avril 2022 et jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2022. Par virements des 22 avril 2022 et 30 septembre 2022, les intérêts dus jusqu'à l'échéance du contrat aurait été payés, mais pas le capital emprunté.

Suite à une lettre déclarative du 30 novembre 2022, par laquelle SOCIETE3.) se serait engagée à rembourser le montant du prêt redû, la société SOCIETE4.) SA, associé unique de SOCIETE3.), aurait payé le montant de 400.000, EUR pour le compte de la défenderesse.

Malgré une nouvelle lettre déclarative du 18 janvier 2023 de SOCIETE3.), et une mise en demeure envoyée par SOCIETE2.) à la défenderesse en date du 25 janvier 2023, le montant de 1.600.000,- EUR resterait toujours impayé.

La créance n'ayant jamais été contestée, SOCIETE2.) disposerait partant d'une créance certaine liquide et exigible à l'égard de SOCIETE3.) qui n'aurait pas été apurée. Il y aurait dès lors lieu de constater que SOCIETE3.) se trouve en cessation de paiements et que son crédit est ébranlé. Les conditions de faillite seraient partant réunies dans son chef.

Suite aux développements de SOCIETE3.), la demanderesse expose que si le contrat de prêt prévoit la possibilité de convertir le prêt en capital social, les échanges internes de SOCIETE3.) n'engageraient en rien SOCIETE2.). La conversion ne serait pas automatique et impliquerait nécessairement un accord entre parties. En tout état de cause, il faudrait d'abord procéder à une valorisation des titres de SOCIETE3.). SOCIETE2.) conteste par ailleurs qu'il y aurait eu des discussions entre parties sur la conversion du prêt.

Concernant l'article 9 du contrat de prêt, SOCIETE2.) fait valoir que le contrat serait déjà venu à terme, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu de le résilier. Cette clause ne s'appliquerait dès lors pas en l'espèce.

Finalement, la demanderesse précise que l'exercice de poursuites pendant plus d'un an ne serait pas une condition pour retenir qu'une société se trouve en cessation de paiement. SOCIETE3.) ne paierait en effet pas sa dette, malgré mise en demeure en ce sens, et il ressortirait des éléments du dossier qu'elle n'aurait plus le support de la société SOCIETE4.) SA.

**SOCIETE3.)** soulève en premier lieu que l'article 4 du contrat de prêt prévoirait la possibilité pour les parties de convertir la créance de la demanderesse en parts sociales de SOCIETE3.) et de les transférer à SOCIETE2.) à titre de paiement.

Il résulterait d'ailleurs d'un échange interne de SOCIETE3.) du 7 novembre 2022, que la défenderesse avait l'intention de faire usage de cette faculté de conversion. Par courrier du 2 mai 2023, SOCIETE3.) aurait en outre informé SOCIETE2.) de son « intention ferme » de faire usage de son droit de conversion.

La dette aurait partant été convertie, et en application du paragraphe 2 de l'article 4 du contrat de prêt, il y aurait uniquement encore lieu de déterminer ses modalités.

SOCIETE3.) expose en outre que la cessation de paiement impliquerait nécessairement une dette liquide, certaine et exigible. Dans la mesure où SOCIETE2.) ne disposerait pas de titre exécutoire, et au vu de la volonté de SOCIETE3.) de convertir sa dette en capital social, les conditions de la faillite ne seraient pas remplies.

A titre subsidiaire, SOCIETE3.) invoque encore l'alinéa 2 de l'article 9 du contrat de prêt disposant qu' « [à] défaut d'accord entre les Parties dans un délai d'un (1) mois, à compter de la date de la demande envoyée par l'une des Parties à l'autre, chacune des Parties aura la faculté de mettre fin aux présentes, sous réserves du respect d'un préavis de quinze (15) jours à notifier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Pendant ce préavis, le Contrat et le cours des intérêts seront suspendus sans indemnité ».

Or, SOCIETE2.) n'aurait jamais résilié le contrat suite à sa mise en demeure du 25 janvier 2023. La dette ne serait dès lors pas exigible.

A titre encore plus subsidiaire, la défenderesse précise que selon la jurisprudence citée par la partie demanderesse, la cessation de paiement impliquerait l'exercice de poursuites pendant plus d'une année. Or, seule une période de trois mois se serait écoulée entre la mise en demeure du 25 janvier 2023 et l'assignation en faillite

Par ailleurs, le dernier paiement de SOCIETE3.) du 30 décembre 2022 et sa lettre déclarative du 18 janvier 2023 prouveraient son engagement à payer sa dette. Il y aurait partant lieu de constater que SOCIETE3.) ne se trouve pas en cessation de paiement et qu'il ne s'agirait que d'une gêne momentanée de paiement.

A titre reconventionnel, SOCIETE3.) demande le paiement d'un montant de 10.000,- EUR pour procédure abusive et vexatoire et d'une indemnité de procédure d'un montant de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

## **Motifs de la décision**

La demande, régulière en la forme et quant au délai, est recevable.

L'article 437 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce dispose que tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.

La cessation des paiements est le fait matériel du commerçant qui, n'honorant plus ses dettes liquides et exigibles, a arrêté son mouvement de caisse. Il n'est pas requis que le commerçant ait cessé tous ses paiements, mais il faut qu'il ait cessé ses principaux paiements.

Le refus de paiement d'une seule dette, même civile, peut entraîner la faillite, quand les circonstances rendent certaines, à première vue, la suspension de la vie commerciale et la mort du crédit (Cour d'appel, 18 janvier 2017, n° 42615 du rôle ainsi que les références y citées).

La cessation de paiements suppose impayées des dettes certaines, liquides et exigibles.

Il y a ébranlement du crédit lorsque la cessation de paiements porte atteinte au crédit, à la solvabilité du débiteur, compromet l'ensemble de ses opérations ou lorsque la cessation de paiements est la conséquence d'un manque de crédit. L'ébranlement de crédit implique le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (Les Nouvelles, Droit commercial, Tome IV, page 81; Cour d'appel, 10 février 2010, rôle n° 34781). L'ébranlement du crédit est caractérisé par le fait que le débiteur a perdu la confiance de ses créanciers qui ne veulent plus patienter, de ses fournisseurs qui refusent de le livrer si ce n'est contre paiement comptant et de ses banquiers qui lui refusent toute avance nouvelle (Cour d'appel, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 41974 du rôle ainsi que les références y citées).

En l'occurrence, SOCIETE2.) se prévaut d'une créance à l'encontre de SOCIETE3.) qui serait certaine, liquide et exigible alors qu'elle n'aurait pas été contestée par cette dernière.

Il résulte des éléments du dossier, ainsi que des déclarations des parties faites à l'audience que SOCIETE2.) a consenti un prêt à SOCIETE3.) d'un montant de 2.000.000,- EUR, dont l'échéance avait été fixée dans un premier temps au 31 mars 2022, puis au 30 septembre 2022. Il est en outre constant en cause qu'à part les intérêts échus, seul un montant de 400.000,- EUR du capital a été remboursé par SOCIETE3.). Il s'avère dès lors qu'un montant de 1.600.000,- EUR reste impayé.

Faute du créancier demandeur en faillite de disposer d'un titre exécutoire, le tribunal doit déterminer si SOCIETE2.) dispose d'une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre de SOCIETE3.) (Cour 14 février 2011 n°24615 du rôle).

Si une dette impayée fait l'objet de contestations sérieuses, le fait qu'elle demeure impayée n'entraîne pas la cessation des paiements.

En l'espèce, SOCIETE3.) ne conteste pas le montant de la créance en son principe, mais estime qu'en vertu de l'article 4 du contrat de prêt, la dette aurait été convertie en capital social de SOCIETE3.), de sorte qu'elle ne serait ni liquide, ni exigible.

L'article 4 du contrat de prêt dispose ce qui suit :

*« Les parties conviennent que la créance détenue par le Prêteur à l'encontre de l'Emprunteur en vertu du présent Contrat pourra être transféré à l'Emprunteur au titre de paiement (i) de tout apport au capital social de l'Emprunteur en échange de parts sociales (ii) de toute prime d'émission de nouvelles parts sociales dans la capital social de l'Emprunteur, et/ou (iii) de toute autre apport en capitaux propres de l'Emprunteur, y compris au compte « apport en capitaux propres non rémunéré par des titres » (compte 115).*

*Les parties s'engagent à ce que les modalités de conversion soient déterminées ultérieurement si l'Emprunteur décide de faire valoir son droit et qu'il en a expressément informé le Prêteur de l'intention de s'en prévaloir. La conversion prévue sous le présent article pourra être exercée par le Prêteur uniquement à l'échéance du prêt (telle que prévue par l'article 2-2 ci-dessus) et à condition de l'absence de remboursement intégral du prêt à ladite échéance ».*

Or, contrairement aux développements de la défenderesse, il ne ressort pas de l'article précitée que cette conversion est acquise de plein droit au moment où l'emprunteur exprime sa volonté d'en faire usage.

En effet, l'alinéa 2 du prédit article, disposant que les modalités de conversion sont déterminées ultérieurement par les parties, ne saurait être interprété en ce sens qu'une des parties puisse faire usage de la faculté de conversion sans l'accord de l'autre. Le tribunal relève en effet que par modalités de conversion, il est fait référence aux points (I), (ii) et (iii) énumérés dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 4, disposant que la conversion se fait soit par « échange de parts sociales », soit par « prime d'émission de nouvelles parts sociales », ou encore par « apport en capitaux propres de l'Emprunter ».

En l'occurrence, SOCIETE2.) s'oppose à la conversion de sa créance en capital social de SOCIETE3.). Il ne résulte par ailleurs d'aucun élément du dossier que les parties ont eu des discussions à ce sujet ou que SOCIETE2.) a marqué son accord avec la conversion de sa créance. Par ailleurs, le seul courrier de SOCIETE3.) adressé à la demanderesse en date du 2 mai 2023 ne saurait pas non plus engager SOCIETE2.) à procéder à la conversion de sa dette.

SOCIETE3.) ne saurait ainsi soutenir que sa dette serait anéantie par le seul fait d'avoir déclaré, suite à l'assignation en faillite, de vouloir convertir le prêt.

Au vu de ce qui précède, le moyen de SOCIETE3.) tombe dès lors à faux.

SOCIETE3.) invoque encore qu'en vertu de l'article 9 du contrat de prêt, SOCIETE2.) aurait dû résilier le contrat de prêt dans un délai d'un mois après l'envoi de sa mise en demeure.

Or, comme soulevé par la demanderesse, le contrat litigieux est déjà venu à terme en date du 30 septembre 2022, de sorte que cette clause ne saurait s'appliquer en l'espèce.

Finalement, SOCIETE3.) estime que pour retenir l'état de cessation de paiement dans son chef, SOCIETE2.) aurait dû poursuivre le recouvrement de sa créance à son encontre pendant plus d'un an de manière infructueuse.

A cet égard, il convient de rappeler que le créancier qui demande la faillite doit, pour pouvoir la demander, avoir essayé d'obtenir du débiteur qu'il exécute ses obligations (André Cloquet, Les Nouvelles, Tome IV, Les concordats et la faillite, 3e édition, n° 1091 et 1096).

Contrairement aux développements de la partie défenderesse, des poursuites ne doivent pas nécessairement se poursuivre pendant un certain délai, mais le créancier poursuivant doit être débouté s'il n'a fait aucun effort sérieux à cette fin.

En l'espèce, il résulte des éléments du dossier que SOCIETE2.) a adressé une mise en demeure à SOCIETE3.) en date du 25 janvier 2023 avant d'avoir introduit une assignation en faillite en date du 4 avril 2023.

Or, il est constant en cause que la demanderesse n'a pas employé une quelconque mesure d'exécution, telle qu'une saisie-exécution, en vue de recouvrer le montant de 1.600.000,- EUR actuellement réclamé. L'absence de mesures d'exécution de la part de SOCIETE2.) ne permet dès lors pas au tribunal de conclure à une incapacité de SOCIETE3.) à régler sa dette.

Il s'ensuit que la créance invoquée par SOCIETE2.) n'est pas de nature à établir l'état de cessation des paiements dans le chef de SOCIETE3.).

SOCIETE2.) reste dès lors en défaut de rapporter la preuve que les conditions d'une mise en faillite sont remplies dans le chef de SOCIETE3.), de sorte qu'elle est à débouter de sa demande.

A titre reconventionnel, SOCIETE3.) demande à se voir allouer la somme de 10.000,- EUR à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Il est de principe que toute faute dans l'exercice d'une action en justice est susceptible d'engager la responsabilité des plaideurs. L'exercice d'une action en justice étant un droit, l'échec du demandeur n'est néanmoins pas suffisant pour établir un usage fautif de ce droit. Pour qu'il y ait abus de droit, il faut que le comportement du demandeur constitue une faute. L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol.

En l'espèce, il n'est pas établi que SOCIETE2.) aurait agi avec une légèreté blâmable constitutive d'une faute dans l'exercice de son action en justice, de sorte que la demande de SOCIETE3.) n'est pas fondée de ce chef.

Ne justifiant pas de l'iniquité requise aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la demande de SOCIETE3.) en allocation d'une indemnité de procédure est également à dire non fondée.

SOCIETE2.) succombant à l'instance, elle est tenue de supporter les frais et dépens de l'instance.

#### **Par ces motifs :**

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

**déclare** les demandes principale et reconventionnelle recevables,

**dit** la demande principale non fondée,

**dit** non fondée la demande de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire,

**dit** non fondée la demande de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

**condamne** la société anonyme MARK-INVEST SA aux frais et dépens de l'instance.