Audience publique du trente mai deux mille treize

Numéro 36570 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Agnès ZAGO, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

la **société en commandite par actions SOC1.)**, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son associé commandité **SOC2.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 8 juillet 2010,

comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

A.), demeurant à (...),(...), CH-(...) (Suisse),

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant contrat intitulé « *Deed of Adherence* » signé le 9 septembre 2003, **A.)**, ci-après **A.)**, s'est engagé envers la société **SOC2.)** SA à souscrire des actions jusqu'à concurrence de la somme de 1.500.000 euros auprès de la société en commandite par actions **SOC1.)**, ci-après **SOC1.)**, société d'investissement représentée et gérée par son associé commandité **SOC2.)** SA.

Le 11 janvier 2008, **A.)** a été invité, aux termes d'une « *Drawdown notice* » (demande de mise à disposition des fonds), à souscrire des actions à concurrence d'un montant total de 395.000 euros, afin de financer l'acquisition de la société italienne **SOC3.)** Spa.

Par courriel du 15 janvier 2008 et courrier du 5 février 2008, **A.)** a informé **SOC1.)** de son intention de ne pas continuer son investissement.

Par exploit d'huissier du 30 avril 2009, **SOC1.)** a fait donner assignation à **A.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de l'entendre condamner au paiement du montant de 395.000 euros avec les intérêts en terme de Euribor à un an plus 1% à partir de la date d'échéance de l'investissement, soit le 28 février 2008.

Elle a basé sa demande sur l'article 7.1 des statuts d'**SOC1.)**, disposant que « *si un investisseur reste en défaut de se conformer aux dispositions de la notification de versement (Draw Down Notice), (...) dans un délai de 15 jours ouvrables à partir de sa réception, (...), l'investisseur sera obligé de fournir le paiement du capital investi comme exigé dans la notification de versement augmenté des intérêts à un taux annuel égal à EURIBOR plus 100 points* ».

Par jugement rendu le 12 mai 2010, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, a dit qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure pendante devant le tribunal de Milan et a dit la demande d'**SOC1.)** non fondée.

Par exploit d'huissier du 8 juillet 2010, **SOC1.)** a régulièrement relevé appel dudit jugement.

A.) en a régulièrement relevé appel incident en réitérant son moyen tiré de l'exception d'incompétence du juge saisi, en raison d'une clause d'arbitrage liant les parties.

Par arrêt rendu le 1^{er} mars 2012, la Cour a confirmé la compétence de la juridiction luxembourgeoise pour connaître du litige opposant **SOC1.)** à **A.)**.

SOC1.) critique le jugement de première instance en ce qu'il a décidé que l'investissement projeté dans la société **SOC3.)** Spa ne correspondait

pas à la politique d'investissement retenue à l'article 10.2 de l'accord dénommé « *Investment and Shareholders Agreement* », en abrégé ISA, auquel il est renvoyé dans le « *Deed of Adherence* », les termes et conditions de cet accord étant dès lors applicables aux relations contractuelles liant **SOC1.)** à chacun des investisseurs.

L'appelante conclut à la réformation du jugement de première instance et à la condamnation de **A.)** à lui payer le montant de 395.000 euros avec les intérêts tels que définis dans l'assignation du 30 avril 2009.

A.) déclare interjeter appel incident contre le jugement de première instance, en ce qu'il n'a pas fait droit à sa demande de surseoir à statuer, subsidiairement et au besoin, contre la décision des juges de première instance en ce qu'ils ont rejeté ses moyens tirés d'un investissement tardif et du non-respect par **SOC1.)** de l'engagement pris par cette dernière en relation avec des « *collateral agreements* », en contrepartie des engagements pris par **A.)**.

Il demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit la demande de **SOC1.)** non fondée au motif que l'investissement projeté était contraire à l'article 10.2 de l'ISA.

Quant à la demande de surseoir à statuer

A.) a introduit le 24 novembre 2008 devant le tribunal de Milan une action en justice à l'encontre de la société **SOC2.)** S.A., responsable de la gestion du fonds d'investissement de **SOC1.)**, aux fins de voir prononcer la résolution du contrat d'adhésion à **SOC1.)**, conclu au moyen du « *Deed of Adherence* », et à se voir allouer des dommages-intérêts pour inexécution fautive de ses obligations nées du contrat conclu entre parties, à savoir la non-réalisation des investissements prévus.

A.) avait sollicité en première instance un sursis à statuer en raison de la connexité entre les deux procédures.

Les juges de première instance ont décidé de ne pas faire droit à la demande de sursis au motif que la procédure devant le tribunal de Milan ne se trouvait qu'au stade de l'instruction, alors que la procédure devant le tribunal de Luxembourg était prête à être jugée.

Par conclusions du 30 juillet 2012, **A.)** déclare ne plus maintenir sa demande de sursis.

Il y a lieu de lui en donner acte.

Quant à l'investissement tardif

La stratégie d'investissement définie à l'article 10.2 de l'accord ISA prévoit que : « *Investments shall be made i) Mostly in Investee Companies mainly located in Europe operating in the sector of products and services*

related directed and/or indirectly, to the "Italian Lifestyle and/or typical of the Italian industrial and/or economical structure" ;
ii) Up to 25% of the Total Committed Capital may also be invested in Outside Target Companies ».

Les juges de première instance ont décidé, après avoir rejeté le moyen de l'investissement tardif, que la demande de mise à disposition des fonds était intervenue en violation de la politique d'investissement d'**SOC1.)**, que le refus de souscrire de **A.)** n'était dès lors pas fautif et que la demande d'**SOC1.)** tendant à la condamnation de **A.)** n'était partant pas fondée.

A.) relève appel incident de la décision ayant rejeté son moyen basé sur le caractère tardif de la demande de mise à disposition des fonds, pour le cas où la décision des juges de première instance, disant l'appel de fonds contraire à la stratégie d'investissement d'**SOC1.)**, ne serait pas confirmée.

Dans un souci de logique juridique, il y a lieu d'examiner d'abord le bien-fondé du moyen de **A.)** quant au retard dans la réalisation de l'investissement demandé.

A.) fait valoir qu'**SOC1.)** s'était engagée à réaliser les investissements projetés dans un délai de 3 à 4 ans à partir de la création du fonds, mais que le premier investissement proposé se situant au 11 janvier 2008, celui faisant l'objet du présent litige, était intervenu en dehors du délai convenu.

Il fait valoir que dans le catalogue de présentation d'**SOC1.)** adressé aux investisseurs, il est indiqué que : « **SOC1.) will seek to invest in 8-10 companies in 3-4 years** ». Ce serait à tort que les juges de première instance ont déduit de la terminologie employée « *will seek* » qu'**SOC1.)** n'était pas liée par un engagement ferme de réaliser les investissements endéans un délai de 3 à 4 ans à partir de la création du fonds, au motif que les indications en question ne constituaient qu'une approximation quant au nombre des entreprises dans lesquelles des investissements devaient être réalisés et quant à la période pendant laquelle ces investissements devaient se réaliser.

L'engagement pris dans le catalogue de présentation d'**SOC1.)** et faisant partie intégrante du contrat, de continuer dans la lignée d'**SOC4.)** et la prévision chiffrée, à savoir 8 à 10 investissements en 3-4 ans, n'auraient pas été respectés. Pendant un laps de temps anormalement long, l'appelante ne serait parvenue à faire le moindre investissement pour atteindre l'objectif fixé, ni n'aurait essayé de l'atteindre.

Il serait inacceptable qu'**SOC1.)** ne soit tenue à aucune obligation vis-à-vis des investisseurs, tandis que ceux-ci avaient l'obligation de contribuer à l'investissement, sans possibilité de contestation ou rétractation.

Cette inaction de la partie adverse aurait été fautive et le préjudice en étant résulté pour **A.)**, du fait de l'immobilisation de son capital pendant quatre ans, n'ayant produit aucun intérêt, devrait amener la Cour à considérer l'investissement tardif.

SOC1.) réplique que les indications reprises dans les prévisions d'investissement ne constitueraient en aucun cas des engagements fermes de sa part à réaliser ceux-ci. Les opérations envisagées auraient été « *l'idéal à atteindre* », sans pour autant qu'aucune sanction n'ait été négociée à défaut de réalisation des prévisions.

Le document « **SOC1.) PRESENTATION** » indique sous « **OVERVIEW** » que: « **SOC1.)-targeting € 250 M-will continue the successful investment focus of SOC4.)**.

SOC1.) will seek to invest in 8-10 companies in 3-4 years ».

Le « *Deed of Adherence* » auquel **A.)** a souscrit stipule sous 4.: « *The Investor acknowledges and confirms that it has been supplied with and it has read a copy of each of the following documents : (i) presentation of the Initiative (...)* ».

Il en résulte, ainsi qu'il a été retenu par les juges de première instance, affirmation par ailleurs non contestée en instance d'appel, que les dispositions du catalogue de présentation font partie intégrante des relations contractuelles entre parties.

Selon les indications portées au catalogue, **SOC2.)** s'est engagée à chercher à trouver des investissements endéans un délai de 3 à 4 ans.

Au vu de la formulation employée, **A.)** devait s'attendre à 8-10 propositions d'investissement endéans les 4 ans et devait être délié de toute obligation de souscription à l'encontre d'**SOC1.)** passé ce délai.

Même si la mention du délai de 3-4 ans n'avait figuré dans le prospectus qu'à titre purement indicatif, toujours est-il que **A.)** ne s'était pas engagé pour une durée indéterminée, au risque de voir son capital, immobilisé à hauteur de 1.500.000 euros, périliter à défaut d'investissements.

Le délai de 3 à 4 ans est à considérer dans tous les cas comme un délai raisonnable, au-delà duquel **A.)** devait recouvrer la libre disposition de son capital.

Par conséquent, en refusant de souscrire aux actions de la société **SOC3.)** Spa après l'expiration du délai qu'**SOC1.)** s'était donné pour proposer des investissements, **A.)** n'a commis aucune violation contractuelle, et la demande d'**SOC1.)** est à déclarer non fondée.

Le jugement de première instance est partant à confirmer, pour d'autres motifs, en ce qu'il a dit non fondée la demande d'**SOC1.)**.

Quant aux indemnités de procédure

L'appelante requiert la réformation du jugement de première instance en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Elle demande la condamnation de **A.)** à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Dans la mesure où **A.)** succombe dans ses revendications également en instance d'appel, le jugement de première instance est à confirmer quant à ce point et **SOC1.)** est à débouter de sa demande pour l'instance d'appel.

A.) conclut à la condamnation d'**SOC1.)** à lui payer un montant de 2.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Etant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des sommes qu'il a exposées, non comprises dans les frais et dépens, il y a lieu de condamner **SOC1.)** à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit les appels principal et incident recevables,

donne acte à **A.)** qu'il renonce à sa demande de sursis à statuer,

dit l'appel de la société en commandite par actions **SOC1.)** non fondé,

partant confirme le jugement du 12 mai 2010,

déboute la société en commandite par actions **SOC1.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société en commandite par actions **SOC1.)** à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société en commandite par actions **SOC1.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Franz SCHILTZ qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.