Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2026TALCH06/00139

Audience publique du jeudi, vingt-six février deux mille vingt-six.

Numéro de rôle TAL-2024-08888

Composition:

Nadège ANEN, vice-présidente ;
Alix KAYSER, premier juge ;
Julie CORREIA, juge ;
Claude FEIT, greffière.

Entre :

la société de droit australien **SOCIETE1.) PTY LTD**, établie et ayant son siège social en Australie à ADRESSE1.), immatriculée auprès de l'Australian Securities Investment Commission (ASIC) sous le numéro ABN (Australian Business Number) n°NUMERO1.) et sous le numéro ACN (Australian Company Number) n°NUMERO2.), représentée par PERSONNE1.), son représentant légal actuellement en fonctions, agissant au nom, pour le compte et en sa qualité de gestionnaire (Trustee et Investment Manager) du fonds commun de placement australien (Unregistered Unit Trust) dénommé SOCIETE2.), sans personnalité juridique,

élisant domicile en l'étude de Maître Benjamin MARTHOZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, comparant par Maître Benjamin MARTHOZ, avocat à la Cour susdit,

et :

la société **SOCIETE3.) SCA, SICAV-RAIF**, société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement alternatif réservé et organisé sous la forme d'une société en commandite par actions, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), agissant en son nom et pour le compte de son sous-fonds SOCIETE4.), représentée par son associée-gérante commanditée, la société SOCIETE5.) SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

défenderesse, comparant par Maître Merona GEHBRHIWET, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Annie ELFASSI, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

Faits et rétroactes :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent des qualités et considérants du jugement commercial 2025TALCH06/00258 du 5 juin 2025 et dont le dispositif est conçu comme suit :

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

***déclare** recevable l'exception de caution judiciaire soulevée par la société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement alternatif réservé, constituée sous forme de société en commandite par actions SOCIETE3.) SCA SICAV-RAIF ;*

***fixe** la caution judiciaire à un montant de 10.000,- EUR ;*

***ordonne** à la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD de fournir une caution et de consigner, à titre de caution judiciaire, le montant de 10.000,- EUR à la Caisse de consignation ;*

***dit** qu'à défaut de versement de ce montant, le jugement ne pourra intervenir à la demande de la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD ;*

***fixe** l'affaire à l'audience publique du 6 janvier 2026 à 9.00 heures, salle CO 1.02, pour continuation des débats ;*

***réserve** le surplus et les dépens* ».

L'affaire fut utilement retenue à l'audience publique du 6 janvier 2026, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Benjamin MARTHOZ exposa les moyens de sa partie.

Maître Merona GEHBRHIWET, en remplacement de Maître Annie ELFASSI, 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 :

Faits et procédure

La société de droit australien SOCIETE1.) LTD (ci-après « **SOCIETE1.)** ») représente légalement, en sa qualité de trustee, le fonds commun de placement australien SOCIETE2.), dépourvu de la personnalité juridique.

La société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement alternatif réservé, constituée sous forme de société en commandite par actions, SOCIETE3.) SCA SICAV-RAIF (ci-après « **SOCIETE3.)** ») est une société de droit luxembourgeois qui dispose de quatre compartiments (sous-fonds), dont SOCIETE4.) (ci-après « **SOCIETE4.)** » ou le « **sous-fonds** »), qui offre aux investisseurs, en vue de la souscription, différentes classes d'actions (« *Classes of Shares* »), à savoir les classes A à K.

En date du 30 novembre 2022, SOCIETE1.) a souscrit auprès de SOCIETE4.) 100.475,275 actions de la classe J pour un montant de 4.600.000,- AUD (« *Subscription Agreement* » ou ci-après le « **Contrat de Souscription** »).

En date du 13 juillet 2023, SOCIETE1.) a adressé à SOCIETE6.) (ci-après « **SOCIETE6.)** »), agent d'administration centrale et agent de transfert et de registre d'SOCIETE3.), une demande de rachat (« *Redemption Request* » ou ci-après la « **Demande de Rachat** ») de la totalité de ses actions de la classe J.

La réception de cette demande a été confirmée par SOCIETE6.), par le biais d'un « *order confirmation* » (ci-après le « **Bordereau de Confirmation** »), indiquant la date du 31 janvier 2024, en tant que date de règlement du prix de rachat (« *Settlement Date* »).

En date du 31 décembre 2023, les 100.475,275 actions de la classe J d'SOCIETE3.) sont évaluées au prix de rachat de 10.380.443,28 AUD.

Par courriers datés des 19 janvier, 27 février et 15 mars 2024, SOCIETE3.) a informé SOCIETE1.) des reports successifs du règlement du prix de rachat au motif de liquidités insuffisantes dans le sous-fonds.

Par courrier du 30 avril 2024, SOCIETE1.) a contesté la validité des reports en faisant valoir, d'une part, que le délai de préavis contractuellement prévu aux fins du report du paiement du prix de rachat n'a pas été respecté et, d'autre part, que la clause du prospectus (« *Issuing Document* » ou ci-après le « **Prospectus** ») intitulée « *Postponement of payment of the redemption price* » (« *Postponement Provision* » ou ci-après la « **Clause de Report** »), mise en œuvre par SOCIETE3.) pour justifier le report, serait nulle et non avenue du pour être purement potestative.

Par le biais du même courrier du 30 avril 2024, SOCIETE1.) a encore mis SOCIETE3.) en demeure de payer le prix de rachat arrêté au jour d'évaluation (« *Valuation Date* » ou ci-après la « **Date d'Évaluation** ») du 31 décembre 2023, endéans un délai de dix jours ouvrables.

Par courrier du 14 août 2024, le mandataire de SOCIETE1.) a formellement mis SOCIETE3.) en demeure de payer le montant de 9.342.398,95 AUD, à augmenter des intérêts de retard s'élevant à 685.749,14 AUD, endéans un délai de huit jours à partir de la réception du courrier.

Par courrier du 20 septembre 2024, le mandataire d'SOCIETE3.) a contesté la mise en demeure du 14 août 2024, ainsi que l'analyse de SOCIETE1.) tenant à la violation du délai de préavis contractuel à respecter dans le cas du report du paiement du prix de rachat des actions de la classe J et tenant au caractère potestatif de la Clause de Report.

Par acte d'huissier de justice du 18 octobre 2024, SOCIETE1.) a assigné SOCIETE3.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Par jugement du 5 juin 2025, le tribunal de céans a ordonné à SOCIETE1.) de fournir une caution judiciaire et de consigner à la Caisse de Consignation le montant de 10.000,- EUR à ce titre.

Suivant récépissé de la Caisse de Consignation, le montant de 10.000,- EUR a été consigné au nom et pour le compte de SOCIETE1.) en date du 19 juin 2025.

Prétentions et moyens

SOCIETE1.) sollicite, à titre principal, à voir dire la Clause de Report nulle et inapplicable pour être purement potestative.

A titre subsidiaire, SOCIETE1.) sollicite la condamnation d'SOCIETE3.) au paiement du montant de 5.190.221,65 AUD, au titre de la Demande de Rachat, à augmenter des intérêts de retard en vertu de l'article 3 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (ci-après « **loi du 18 avril 2004** ») à comptabiliser comme suit :

- sur le montant de 10.380.443,28 AUD à partir du 31 janvier 2024 jusqu'au 4 juillet 2024 ;

- sur le montant de 9.342.398,95 AUD à partir du 5 juillet 2024 jusqu'au 27 août 2024 ;

- sur le montant de 7.226.310,29 AUD à partir du 28 août 2024 jusqu'au 20 février 2025 ;

- sur le montant de 6.228.265,96 AUD à partir du 21 février 2025 jusqu'au 2 mai 2025 ;

- sur le montant de 5.190.221,65 AUD à partir du 3 mai 2025 jusqu'à solde.

Elle demande encore la condamnation d'SOCIETE3.) au paiement du montant de 25.000,- EUR à titre de dommage et intérêts pour le préjudice causé par la perte de jouissance des droits d'actionnaires et des droits à distribution, du montant de 88.134,21 EUR du chef des frais et honoraires d'avocat exposés, ainsi que du montant de 10.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile (ci-après le « **NCPC** »).

SOCIETE1.) sollicite finalement la condamnation d'SOCIETE3.) aux frais et dépens de l'instance et l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

A l'appui de ses prétentions, SOCIETE1.) fait valoir, en application des articles 1170, 1174 et 1179 du Code civil, que la Clause de Report, dont s'est servie SOCIETE3.) pour reporter le règlement du prix de rachat, est purement potestative, dans la mesure où la partie défenderesse se réserve le droit discrétionnaire de reporter le paiement du prix de rachat si le sous-fonds n'a pas suffisamment de liquidités pour payer ledit prix. Elle estime ainsi que l'exécution de l'obligation de paiement dépend du bon vouloir d'SOCIETE3.), qui doit « *être crue sur parole* ». Elle donne à considérer que la partie défenderesse ne rapporte pas la preuve de la réalité de la situation financière du sous-fonds et que la qualification de l'investisseur, averti ou non, n'a pas d'incidence sur la validité de la clause.

SOCIETE1.) conclut ainsi à l'illicéité et dès lors à la nullité de la clause litigieuse, ainsi qu'à la nullité de la stipulation contractuelle adjacente prévoyant l'absence du cours des intérêts de retard en cas de report du paiement du prix de rachat.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la clause litigieuse serait valable, SOCIETE1.) conclut à une violation des obligations contractuelles dans le chef d'SOCIETE3.), dans la mesure où cette dernière n'a pas respecté le préavis contractuel de quinze jours de calendrier pour reporter le paiement du prix du rachat. Elle donne à considérer que ce n'est que par un courriel du 22 janvier 2024 qu'SOCIETE3.) l'a informée que le paiement du prix de rachat n'aura pas lieu le 31 janvier 2024. SOCIETE1.) soutient que faute d'avoir respecté le délai en question, ni le report, ni l'absence du cours des intérêts de retard afférent ne lui sont opposables. Elle ajoute que le Bordereau de Confirmation de SOCIETE6.) engage le

Fonds et qu'en y indiquant la date de paiement comme étant le 31 janvier 2024, elle a elle-même fixé la date de paiement qui doit être respectée, les 30 jours ouvrables calculés à partir de la Date d'Évaluation, n'étant qu'une limite maximale.

SOCIETE1.) précise encore qu'elle n'a pas renoncé à recevoir des notifications par courrier et conclut que ni le délai, ni la forme prévue par la Clause de Report n'ont été respectés.

Elle soutient par ailleurs que l'attitude d'SOCIETE3.) est contradictoire et empreinte de mauvaise foi. En effet, SOCIETE3.), par le biais des reports successifs, ne respecte pas son obligation de paiement et la prive ainsi de son capital, d'une part, mais encore, d'autre part, de ses droits sociaux. Cette attitude de SOCIETE1.), est totalement autoritaire, abusive et discrétionnaire, aucune preuve de l'absence de liquidités n'étant au demeurant rapportée. Elle conteste encore les reports ultérieurs en raison de l'irrégularité du premier report.

En outre, SOCIETE1.) donne à considérer que, compte tenu de cette situation où elle est privée de ses droits sociaux avec effet au 31 décembre 2023 sans être payée, SOCIETE3.) aurait dû actionner un « *redemption gate* », ce qui lui aurait permis de continuer à bénéficier des droits sociaux en attendant de pouvoir se faire racheter la totalité de ses actions par SOCIETE3.). SOCIETE3.) a commis une faute qui l'a privé de ses droits économiques. Elle évalue ainsi son préjudice à 25.000,- EUR pour la perte de ses droit d'actionnaires et de ses droits à distribution, ainsi que pour la perte de chance d'investir dans d'autres opportunités commerciales.

SOCIETE1.) donne encore à considérer que le montant de sa créance envers SOCIETE3.) n'est pas contesté.

Elle explique que suite aux paiements partiels intervenus en date des 20 février et 6 mai 2025, à hauteur de 1.038.044,33 AUD chacun, SOCIETE3.) reste redevable envers SOCIETE1.) d'un montant de 5.190.221,65 AUD au titre du prix de rachat.

Quant aux problèmes de liquidités invoqués par SOCIETE3.) pour reporter le paiement, SOCIETE1.) soutient qu'ils n'ont jamais été portés à sa connaissance et qu'ils sont, par ailleurs, contestés dans la mesure où SOCIETE3.) fait des investissements dans différents projets et perçoit des remboursements.

Pour s'opposer à la demande en nullité de l'assignation, SOCIETE1.) fait remarquer, que depuis un revirement de jurisprudence, SOCIETE3.) doit rapporter la preuve d'un grief pour faire valoir la nullité de l'acte d'assignation, outre le fait qu'il n'y a pas d'imprécision dans l'acte d'assignation. Elle soulève encore que la demande en nullité est tardive, alors qu'un jugement sur la caution judicaire a d'ores-et-déjà été rendu.

Elle s'oppose enfin aux demandes reconventionnelles formulées par la partie défenderesse.

SOCIETE3.) soulève en premier lieu la nullité de l'assignation, sinon l'irrecevabilité des demandes de SOCIETE1.).

En se basant sur l'article 153 du NCPC, SOCIETE3.) fait valoir que SOCIETE1.) est identifiée de manière erronée ou incomplète dans l'acte d'assignation. En se référant à la jurisprudence, elle estime que l'imprécision au niveau de la désignation de l'organe de représentation lui cause un grief, alors qu'elle est dans l'impossibilité de contrôler les pouvoirs et de vérifier le pouvoir de représentation.

Elle demande en tout état de cause de déclarer les demandes de SOCIETE1.) non fondées. Elle conteste ainsi le montant restant dû réclamé par SOCIETE1.), ainsi que la demande en paiement de dommages et intérêts, tout comme les demandes en paiement des honoraires d'avocat et de l'indemnité de procédure.

Reconventionnellement, SOCIETE3.) demande la condamnation de SOCIETE1.) au paiement de ses frais d'avocat, qui s'élèvent au montant de 78.370,81 EUR, et d'une indemnité de procédure d'un montant de 5.000,- EUR.

Quant au fond, SOCIETE1.) conclut à la validité et légalité de la Clause de Report et estime qu'elle n'est pas purement potestative, mais respecte les dispositions du contrat. Elle estime que la partie demanderesse, en tant qu'investisseur averti, a compris la portée et les risques de la Clause de Report et ne peut pas mettre en cause un engagement contractuel qu'elle a accepté.

SOCIETE3.) explique que le sous-fonds investit dans le domaine de l'immobilier, soit dans des actifs peu liquides par nature. Dans la mesure où des prêts octroyés à des emprunteurs n'auraient pas été remboursés, et les intérêts desdits prêts n'auraient pas été perçus, le sous-fonds ne disposerait pas des liquidités nécessaires pour honorer la Demande de Rachat litigieuse. Ainsi, pour des raisons indépendantes et extérieurs à sa volonté, le paiement du prix ne pouvait pas avoir eu lieu en janvier 2024.

SOCIETE3.) fait ensuite plaider que le sous-fonds serait en droit de reporter la date de paiement, dans la mesure où cette possibilité est prévue par les stipulations contractuelles, pouvant être mises en œuvre sous réserve du respect de certaines conditions.

Pour s'opposer aux prétentions subsidiaires de SOCIETE1.) relatives à la violation des stipulations contractuelles, SOCIETE3.) fait valoir que la date de paiement n'est pas le 31 janvier 2024, telle que retenue de manière erronée dans le Bordereau de Confirmation, mais le 12 février 2024. Au motif que le Prospectus prévoit une date de paiement endéans un délai de trente jours ouvrables à partir de la Date d'Évaluation, soit le 31 décembre 2023, elle conclut que la notice envoyée le 19 janvier 2024 est parvenue le 21 janvier 2024, soit plus de quinze jours avant la date limite du 12 février 2024. Elle explique à cet égard que ce Bordereau de Confirmation a été généré automatiquement par SOCIETE6.) et qu'il n'engage pas SOCIETE3.), mais a uniquement vocation à confirmer la réception de l'instruction de procéder à un remboursement, sans pour autant valider la demande.

Elle argumente encore que si la date de paiement retenue devait être le 31 janvier 2024, SOCIETE1.) ne se prévaut pas d'un préjudice résultant de la notification en date du 19 janvier 2024 au lieu du 16 janvier 2024. Elle donne encore à considérer qu'elle a informé la partie demanderesse par courriel du 2 janvier 2024, que le rachat ne pouvait pas avoir lieu à la date initiale de rachat, la notice du 19 janvier 2024 ne faisant que confirmer formellement le report du paiement.

SOCIETE3.) rajoute que, par la signature du Contrat de Souscription, SOCIETE1.) a accepté les termes du dit contrat, ainsi que le Prospectus et les statuts d'SOCIETE3.) (« *Articles of Association* »).

Elle précise qu'aux termes de l'article 17.2 du Prospectus, toutes les notifications aux actionnaires se font par lettre recommandée ou tel qu'arrêté par l'actionnaire dans le Contrat de Souscription. Elle renvoie à cet égard au Contrat de Souscription pour démontrer que SOCIETE1.) était d'accord de recevoir toute correspondance par courriel ou par fax.

SOCIETE3.) conteste finalement la validité de la Demande de Rachat, en arguant que SOCIETE1.) aurait été au courant des problèmes de liquidité qu'éprouvait le sous- fonds, de nombreux échanges ayant eu lieu entre parties entre septembre et décembre 2023.

Concernant le montant restant dû, SOCIETE3.) confirme que le montant principal est de 5.190.221,65 AUD, mais que conformément au Prospectus, aucun intérêt n'est dû depuis le 31 décembre 2023.

Elle rappelle que le montant n'est pas encore exigible, la condition de liquidité n'étant pas remplie et qu'il n'y a pas non plus lieu d'accorder l'exécution provisoire sans caution du jugement sur base de l'article 567 du NCPC.

Elle donne à considérer qu'à défaut des fonds nécessaires, le sous-fonds est en tout état de cause dans l'impossibilité matérielle d'honorer le rachat.

Finalement, SOCIETE3.) soutient que la demande de dommages et intérêts de SOCIETE1.) est infondée, au motif que la partie défenderesse n'a subi aucun préjudice étant donné qu'elle avait accepté les conditions arrêtées dans le Prospectus et savait qu'elle perdait la qualité d'actionnaire en demandant le rachat de ses parts. Elle rappelle que c'est SOCIETE1.) qui lui a demandé de racheter ses parts en connaissance de cause. Enfin, elle fait valoir que SOCIETE1.) n'apporte aucune preuve quant au prétendu préjudice, les actionnaires d'SOCIETE3.) n'ayant en outre perçu depuis le 31 décembre 2023 aucun dividende lié au sous-fonds en raison du manque de liquidités.

Motifs de la décision

1. Quant à la demande en nullité de l'acte d'assignation

Aux termes de l'article 264 du NCPC, « *Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.*

Aucune nullité pour vice de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse. »

Il résulte de cette disposition que la nullité d'un acte de procédure ne peut être prononcée que si elle est soulevée en temps utile, c'est-à-dire avant toute défense au fond ou exception, à l'exception des cas d'incompétence. En outre, la nullité ne peut être retenue que si la partie qui l'invoque établit que le manquement formel a causé un préjudice effectif à la partie adverse.

Par ailleurs, l'article 257, alinéa premier, du NCPC prévoit que : « *En toutes matières, les personnes, physiques ou morales, autres que celles visées au paragraphe 2, demandeurs principaux ou intervenants étrangers, sont tenues, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels elles peuvent être condamnées.* »

La caution judiciaire doit donc être demandée avant toute exception, donc nécessairement avant de soulever la nullité de l'exploit introductif d'instance sur base d'une question de procédure.

L'*exceptio cautio judicatum solvi* figure ainsi au tout premier rang dans l'ordre d'invocation des exceptions de procédure, de sorte que, contrairement aux développements de la partie demanderesse, SOCIETE3.), en invoquant en premier lieu l'*exceptio cautio judicatum solvi*, n'est pas forclose à faire valoir ensuite le moyen de nullité de l'assignation.

En vertu de l'article 153 du NCPC, tout acte d'huissier de justice indique à peine de nullité, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs, si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination et son siège social.

Les dispositions de l'article 153 précité du NCPC ont pour seule finalité d'éviter des erreurs d'identification et n'ont aucun caractère sacramentel.

La nullité prévue à l'article 153 du NCPC est, en particulier quant aux qualités du requérant, une nullité de forme sans caractère d'ordre public à laquelle s'appliquent les dispositions de l'article 264 alinéa 2 du NCPC.

S'agissant de l'exception de nullité, il convient de rappeler que celle-ci ne peut prospérer que si la partie qui l'invoque démontre avoir subi un préjudice du fait de l'inobservation de la règle en cause. Il ne suffit pas de se prévaloir de l'existence d'un préjudice ; il importe au contraire de le qualifier précisément et d'en rapporter la preuve. Il doit être apprécié *in concreto* en tenant compte des circonstances de l'espèce.

En l'espèce, le tribunal relève que si certes SOCIETE3.) renseigne qu'elle a été dans l'impossibilité de vérifier le pouvoir de représentation de la partie demanderesse, elle ne remet pas en cause le pouvoir et la capacité d'agir en justice de cette dernière, mais elle conclut à la nullité de l'assignation pour identification erronée ou incomplète de la partie demanderesse.

Or, SOCIETE3.) n'établit, ni même allègue, avoir subi un quelconque préjudice du fait d'une indication erronée ou insuffisante dans l'assignation. Il n'est même pas allégué qu'elle se serait méprise sur l'identité de la partie demanderesse. En l'absence de preuve d'un grief effectif, le moyen de nullité est à déclarer non fondé.

2. <u>Quant aux demandes de SOCIETE1.)</u>

a. <u>Quant à la demande en nullité de la Clause de Report</u>

Il convient tout d'abord de rappeler qu'en application des dispositions de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Ce principe fondamental du droit des obligations confère force obligatoire aux clauses contractuelles, sous réserve qu'elles ne contreviennent pas à des dispositions impératives ou à l'ordre public.

En l'espèce, la Clause de Report, telle que stipulée à l'annexe II (« Appendix II ») du Prospectus, prévoit que : « *Postponement of payment of the redemption price*

If the Sub-Fund has insufficient funds to pay the redemption price, the general manager may delay the payment of redemption to following month(s) by giving 15 calendar days prior notice to the Shareholders. No interests shall accrue on the redemption price which payment is postponed. »

Selon cette clause, le sous-fonds est donc habilité à reporter le paiement du prix de rachat au(x) mois suivant(s), à condition que les fonds disponibles soient insuffisants pour honorer

ce paiement, et sous réserve d'une information préalable des actionnaires au moins quinze jours calendaires avant la date de paiement.

D'après l'article 1170 du Code civil, la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qui est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

L'article 1174 du Code civil dispose que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

L'article 1179 du même code précise que la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

Ainsi, l'article 1174 du Code civil prohibe les conditions purement potestatives, c'est-à-dire celles qui dépendent exclusivement et discrétionnairement de la seule volonté du débiteur, sans contrôle ni contrainte. Une telle condition est réputée nulle, car elle crée un déséquilibre économique manifeste, permettant au débiteur de tenir le créancier à sa merci. Toutes les autres conditions, dès lors qu'elles dépendent dans une proportion variable de circonstances extérieures au débiteur ou qu'elles sont au pouvoir du créancier et qu'elles sont susceptibles d'un contrôle sont en réalité des conditions « *mixtes* » valables (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 6e éd., Précis Dalloz, n° 1126 p. 903).

Pour apprécier si une clause contractuelle est purement potestative, il convient d'examiner si elle crée concrètement un déséquilibre des forces économiques en présence et si elle confère au débiteur un pouvoir arbitraire de décision. La jurisprudence et la doctrine luxembourgeoises retiennent une définition restrictive : une condition n'est pas purement potestative si, d'une part, la décision du débiteur implique un sacrifice ou une contrainte, et d'autre part, si l'appréciation de l'opportunité de l'acte à accomplir est susceptible d'un contrôle judiciaire fondé sur des critères objectifs.

En l'espèce, la Clause de Report ne confère pas à SOCIETE3.) un pouvoir discrétionnaire absolu, cette dernière étant tributaire des résultats financiers du sous-fonds au sujet desquels elle n'a pas d'influence. En effet, il ressort des développements d'SOCIETE3.) et des éléments soumis à l'appréciation du tribunal que SOCIETE1.), en tant qu'investisseur institutionnel, est un investisseur averti qui savait que son investissement dans le sous-fonds comportait des risques. Ces risques sont énumérés dans le Prospectus, notamment des risques de liquidités en cas de vente des actions, en raison de la nature des investissements du sous-fonds dans le domaine de l'immobilier, qui est illiquide par nature.

Dans la mesure où le paiement est contractuellement soumis à la condition d'avoir des liquidités disponibles, et est donc tributaire de la situation globale et/ou spécifique du marché et tient partant compte de données extérieures à la partie défenderesse, la condition prévue contractuellement est indépendante de la seule volonté d'SOCIETE3.).

De plus, l'obligation d'informer les actionnaires quinze jours avant la date de paiement constitue une garantie procédurale.

Par conséquent, la Clause de Report ne constitue pas une condition purement potestative prohibée par l'article 1174 du Code civil. Elle repose sur une condition objective et encadrée, qui ne crée pas un déséquilibre économique excessif, ni un pouvoir discrétionnaire illimité au profit du débiteur.

Il s'ensuit que le moyen de nullité tiré de l'existence d'une clause potestative est à rejeter.

b. Quant à la violation de la Clause de Report par SOCIETE3.)

Le tribunal rappelle, en premier lieu, que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, au sens des articles 1142 et suivants du Code civil, suppose la réunion de trois conditions : une faute ou une inexécution contractuelle, un dommage et un lien de causalité entre cette inexécution et le dommage.

Pour qu'il y ait responsabilité contractuelle, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat, il faut encore qu'il résulte de l'inexécution d'une obligation, principale ou accessoire, engendrée par le contrat à charge de l'un des cocontractants.

Conformément à l'article 58 du NCPC, 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* ».

SOCIETE1.) plaide qu'SOCIETE3.) a violé ses obligations contractuelles au motif qu'elle n'a pas été informée, endéans un délai préalable de 15 jours calendaires, du fait que le paiement du prix de rachat n'a pas eu lieu à la date de paiement du 31 janvier 2024.

Les parties étant en désaccord quant au jour auquel se situe la date de paiement, il convient tout d'abord de déterminer cette date avant de pouvoir déterminer si le délai et les formalités de préavis ont été respectés.

i. Quant au terme de la date de paiement

L'annexe II du Prospectus donne les définitions suivantes :

« *Redemption Settlement Day: up to thirty (30) Business Days after the Valuation Day* » et « *Valuation Day: the last calendar day of each month* ».

Le Prospectus donne la définition suivante du : « *Business Day: a full bank business day in Luxembourg* ».

Il est constant en cause que la Date d'Évaluation (*Valuation Date*) est le 31 décembre 2023.

Le tribunal constate ensuite que la date de paiement (*Redemption Settlement Date*) n'est pas arrêtée de manière fixe dans les documents contractuels. La rédaction de la définition de la date de paiement laisse entendre que cette date doit être déterminée en amont, mais au plus tard dans un délai de trente jours ouvrables suivant la Date d'Évaluation, laquelle intervient systématiquement le dernier jour de chaque mois.

Cette formulation implique une certaine souplesse dans la fixation de la date de paiement, qui n'est pas figée à une date précise mais doit respecter un délai maximal contractuellement encadré. Cette modalité permet d'adapter la date de paiement en fonction des circonstances, tout en garantissant une limite temporelle claire pour la réalisation de l'obligation.

En l'espèce, en appliquant le délai de 30 jours ouvrables à partir du 31 décembre 2023, le dernier jour théorique auquel le paiement doit intervenir est le 12 février 2024.

Le tribunal relève que le seul document qui mentionne une date de paiement est le Bordereau de Confirmation émis par SOCIETE6.), qui a arrêté la date de paiement au 31 janvier 2024.

SOCIETE3.) conteste être liée par ledit Bordereau de Confirmation émis par SOCIETE6.).

Le Prospectus indique que SOCIETE6.) agit en tant que Administrative Agent du fonds.

Le point 3.4 du Prospectus stipule encore ce qui suit :

« *3.4 Administrative Agent, Registrar and Transfer Agent*

SOCIETE6.) (Luxembourg) S.A.

[…]

The Agent is in charge of processing of the issue, redemption and conversion of the Shares and settlement arrangements thereof, keeping the register of the Company's Shareholders and the RBE, calculating the Net Asset Value, maintaining the records, assisting the Board in verifying that investors qualify as Well-Informed Investors under the RAIF Law and other general functions as more fully described in the Administration Agreement.

[…]

The Agent will not be liable for the investment decisions regarding the Company nor the consequences of such investment decisions on the Company's performance and they are not responsible for the monitoring of the compliance of the Company's investments with the rules contained in its Articles and/or its Issuing Document and/or in any management agreements) concluded regarding the management of the Company.

[…]. »

Ainsi SOCIETE6.), en sa qualité d'agent, est notamment responsable du traitement de l'émission, du rachat et de la conversion des actions ainsi que des modalités de règlement y afférentes, de la tenue du registre des actionnaires d'SOCIETE3.) et du Registre des Bénéficiaires Effectifs (RBE), du calcul de la Valeur Nette d'Inventaire et de la tenue des registres.

Même si le tribunal ne dispose pas du « *Administration Agreement* » conclu le 6 août 2019 entre SOCIETE3.) et SOCIETE6.) et réglant leur relation contractuelle, il convient d'admettre en l'absence d'autres éléments, que SOCIETE6.) agit comme mandataire de la société émettrice en enregistrant le nom des actionnaires et en recevant, dans cette qualité, les ordres de rachat des actionnaires.

Au vu de ce qui précède, le tribunal considère que SOCIETE6.) avait notamment pour mission d'établir le Bordereau de Confirmation avec la date de paiement. SOCIETE3.) n'ayant d'ailleurs, dans la correspondance relative à la Clause de Report échangée entre parties postérieurement à la Date d'Evaluation, ni contesté, ni corrigé la date de paiement y figurant, il y a lieu de retenir que la date de paiement est celle du 31 janvier 2024.

ii. Quant à la forme que doit revêtir la notice d'information

SOCIETE1.) plaide que le courriel du 22 janvier 2024, auquel était joint un courrier du 19 janvier 2024, par lequel elle a été informé du report, ne respecte ni le délai, ni la forme prévue par la Clause de Report, tandis qu'SOCIETE3.) soutient avoir valablement informé SOCIETE1.) par courriel du 2 janvier 2024.

D'une part, il ressort de l'article 17.2 du Prospectus, que toutes les notifications aux actionnaires se font par lettre recommandée ou tel qu'arrêté dans le Contrat de Souscription. Cet article permet donc une alternative au courrier recommandé pour les notifications aux actionnaires, cette flexibilité permettant d'adapter les moyens de communication aux préférences individuelles des actionnaires.

D'autre part, le point 3.1. du Contrat de Souscription stipule :

« *1. Correspondence*

[…]

The investor hereby authorises the Transfer Agent and/or the RAIF to send correspondence by electronic mail or fax to any of the email address/es and/or fax numbers provided to the Transfer Agent, and agree that we may send the Investor communications via these means unless and until we receive written notice from you withdrawing consent for the same. »

L'investisseur autorise donc l'agent de transfert et/ou le fonds à lui envoyer des communications par email ou fax aux coordonnées fournies, jusqu'à ce qu'il retire ce consentement par écrit.

Il ressort des pièces versées au dossier que le 28 décembre 2023 et le 2 janvier 2024, de nombreux échanges par courriels ont eu lieu entre PERSONNE1.), représentant de SOCIETE1.), et PERSONNE2.), représentant d'SOCIETE3.). Dans ces échanges, SOCIETE1.) est informé qu'SOCIETE3.) ne dispose pas des fonds nécessaires pour régler le prix de rachat avant le mois de mars 2024, les raisons pour ce report étant également exposés dans ces échanges.

Partant, SOCIETE1.) ayant été informée dès le 28 décembre 2023 que le prix de rachat n'allait pas être payé le 31 janvier 2024, le délai de préavis de 15 jours ouvrables a été respecté. La notification du report du paiement du prix de rachat ultérieurement par courrier recommandé ne porte partant pas à conséquence.

Pour être complet, le tribunal relève que SOCIETE1.) n'invoque aucun préjudice résultant du fait que l'information a été envoyée par courriel et non pas par courrier recommandé, voir qu'elle aurait été reçue tardivement.

Il découle des développements qui précèdent qu'SOCIETE3.) n'a pas manqué à son obligation contractuelle d'information préalable des actionnaires d'au moins 15 jours calendaires, de sorte que la demande en indemnisation de SOCIETE1.) de ce chef est à déclarer non fondée.

c. Quant à la mauvaise foi d'SOCIETE3.)

SOCIETE1.) reproche à SOCIETE3.) une attitude contradictoire et de mauvaise foi au motif qu'aucune preuve n'est rapportée que les différents reports aient été justifiés par un manque de liquidité. Elle estime que l'obligation de paiement existe et est échue au 31 janvier 2024.

En l'espèce, la demande de rachat et l'obligation de paiement de SOCIETE1.) ne sont pas contestées de sorte qu'SOCIETE3.) est à considérer comme créancière de SOCIETE1.) par l'introduction de sa Demande de Rachat.

Néanmoins le tribunal rappelle que la Clause de Report prévoit une possibilité du report du paiement du prix en cas d'insuffisance de liquidités.

Le tribunal rappelle encore que la mauvaise foi ne se présume pas et doit être prouvée par celui qui l'invoque. Cette preuve peut être établie par tous moyens, même par présomptions, à condition que celles-ci constituent un ensemble de circonstances graves, précises et concordantes, de nature à ne laisser aucun doute sur l'existence des manœuvres dolosives employées par l'une des parties contractantes.

En l'espèce, SOCIETE1.) reproche à SOCIETE3.) de reporter la date de paiement sans prouver le manque de liquidités permettant contractuellement ce report de mois en mois.

Il n'est cependant pas contesté que des paiements au titre du prix de rachat sont intervenus en date des 4 juillet et 27 août 2024 et des 20 février et 6 mai 2025, s'élevant à une somme de 5.190.221,65 AUD, soit la moitié du montant initialement dû, de sorte qu'SOCIETE3.) reste redevable envers SOCIETE1.) d'un montant de 5.190.221,65 AUD. Il résulte de ces quatre paiements que le prix de rachat est versé par SOCIETE3.) en fonction des liquidités disponibles, ce qui ne correspond pas à une attitude contradictoire ou de mauvaise foi.

Pour conclure, SOCIETE1.) ne rapporte ni la preuve que les reports n'étaient pas justifiés, ni qu'SOCIETE3.) disposait de liquidités suffisantes pour effectuer un paiement intégral, de sorte que la demande de SOCIETE1.) de ce chef n'est pas non plus fondée.

d. <u>Quant à la demande en dommages et intérêts de SOCIETE1.) en raison de la mauvaise gestion des rachats et d'absence de mesures adéquates pour assurer la liquidité</u>

SOCIETE1.) soutient avoir subi un préjudice en raison de la perte de ses droits d'actionnaires et de ses droits à distribution, ainsi qu'une perte de chance d'investir dans d'autres opportunités commerciales.

Pour engager la responsabilité d'SOCIETE3.), trois conditions cumulatives doivent être réunies : une faute contractuelle, soit un manquement d'SOCIETE3.) à une obligation prévue au contrat, un dommage, soit un préjudice réel et certain subi par SOCIETE1.) et un lien de causalité, soit une relation directe et immédiate entre la faute contractuelle et le dommage subi.

Le tribunal rappelle que SOCIETE1.) a, en l'espèce, accepté les stipulations du Prospectus qui permettent à SOCIETE3.) de reporter le paiement du prix de rachat de mois en mois, à condition de ne pas avoir de liquidités pour payer.

Par ailleurs, concernant le reproche lié à l'absence d'avoir mis en œuvre de mesures de plafonnement des rachats, le tribunal relève que SOCIETE1.) ne développe pas autrement

ses affirmations en ne précisant ni le mécanisme contractuel prévu, ni les raisons d'être de la mise en place d'un tel plafonnement éventuel.

L'affirmation de SOCIETE1.) qu'SOCIETE3.) n'a pas pris les mesures nécessaires pour assurer la liquidité ne reste en outre qu'au stade de l'allégation et n'est étayée par aucune pièce.

Il en est de même pour la perte de chance et pour le préjudice résultant de la perte de droits et qui ne sont étayés par aucun élément du dossier

Dans ces conditions, il convient de rejeter la demande de SOCIETE1.) en paiement du montant de 25.000,- EUR.

3. <u>Quant aux frais et honoraires d'avocat</u>

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) formulent chacune une demande en indemnisation des frais et honoraires d'avocat.

Il est aujourd'hui de principe que les honoraires que le justiciable doit exposer pour obtenir gain de cause en justice constituent un préjudice réparable qui trouve son origine dans la faute de la partie qui succombe (Cour de cassation, 9 février 2012, arrêt n° 5/12, JTL 2012, n° 20, page 54 ; CA, 9ème chambre, 20 novembre 2014, n° 39.462 du rôle).

En effet, s'il est vrai que le paiement des honoraires d'avocat trouve son origine première dans le contrat qui lie le client à son avocat, il est non moins vrai que si le dommage dont se plaint la victime trouve sa cause dans la faute du responsable, le recours à l'avocat pour obtenir indemnisation de ce dommage, bien que distinct du dommage initial, est une suite nécessaire de cette faute et partant en lien causal avec elle.

La circonstance que l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile permette au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat, n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (CA, 17 février 2016, n° 41704).

Les frais et honoraires d'avocat peuvent ainsi donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure.

Il est, d'un autre côté, également de principe, que l'exercice d'une action en justice est libre de même que le fait de résister à une action. On ne peut admettre que le seul fait d'engager un procès sans avoir la certitude absolue de réussir constitue une faute (CA, 14 février 2024, n° CAL-2023-00109).

La question du caractère réparable ou non des frais et honoraires d'avocat est dès lors à apprécier *in concreto* dans le cadre de chaque affaire, notamment en fonction de la complexité factuelle ou juridique nécessitant l'intervention d'un avocat (CA, 22 décembre 2015, n° 59/715).

Le simple fait que la partie adverse succombe dans le cadre d'une procédure judiciaire ne saurait automatiquement ouvrir le droit à indemnisation au titre des honoraires d'avocat supportés. Il a été jugé que les demandes respectives des parties dans le cadre de leurs

relations contractuelles étaient source de discussions juridiques et ont dû être fixées par décision judiciaire au fond (CA, 4 juillet 2024, n° CAL-2023-00895 et CA, 15 juillet 2024, n° CAL-2023-00557).

En l'espèce, force est néanmoins de constater qu'SOCIETE3.) reste en défaut de développer dans quelle mesure SOCIETE1.) aurait commis une faute, la prétendue mauvaise foi dans le chef de ce dernier chef n'étant pas suffisante à cet égard. Le tribunal relève encore que les notes d'honoraires versés par SOCIETE3.) ne comportent aucun détail des prestations effectuées, de sorte que le lien de causalité avec la faute alléguée n'est en tout état de cause pas à suffisance établi.

Les conditions d'application de l'article 1382 et 1383 du Code civil n'étant pas réunies, la demande d'SOCIETE3.) en paiement des frais d'avocat engagés dans le cadre du présent litige est à rejeter pour être non fondée.

Au vue de l'issue du litige, la demande de SOCIETE1.) de ce chef est également à déclarer non fondée.

4. <u>Quant aux demandes accessoires</u>

Les parties réclament chacune l'allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à charge d'SOCIETE3.) l'entièreté des frais non compris dans les dépens.

Eu égard à l'import de l'affaire, aux difficultés qu'elle comporte et aux soins qu'elle requiert, le tribunal évalue à 4.000,- EUR l'indemnité redue sur base de l'article 240 du NCPC.

La demande de SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 10.000,- EUR est quant à elle à rejeter.

Il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement, les conditions de l'article 567 du NCPC n'étant pas données en l'espèce.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de condamner SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Par ces motifs :

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

rejette le moyen de nullité de l'assignation ;

reçoit les demandes de la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD en la forme ;

les **dit** non fondées ;

dit la demande de la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD en obtention d'une indemnisation pour frais et honoraires d'avocat non fondée ;

dit la demande de la société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement alternatif réservé, constituée sous forme de société en commandite par actions, SOCIETE3.) SCA SICAV-RAIF en obtention d'une indemnisation pour frais et honoraires d'avocat non fondée ;

dit la demande de la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée ;

dit la demande de la société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement alternatif réservé, constituée sous forme de société en commandite par actions, SOCIETE3.) SCA SICAV-RAIF sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile fondée ;

partant **condamne** la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD à payer à la société d'investissement à capital variable, fonds d'investissement alternatif réservé, constituée sous forme de société en commandite par actions, SOCIETE3.) SCA SICAV-RAIF le montant de 4.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement ;

condamne la société de droit australien SOCIETE1.) PTY LTD aux frais et dépens de l'instance.