

Texte pseudonymisé

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

**Jugement commercial 2023TALCH15/01051**

Audience publique du mercredi, douze juillet deux mille vingt-trois.

**Numéro TAL-2020-05148 du rôle**

Composition :

Françoise WAGENER, Vice-présidente ;  
Nadège ANEN, 1<sup>er</sup> juge ;  
Laurence MODERT, juge ;  
Ken BERENS, greffier.

**E n t r e :**

la société en commandite par actions **SOCIETE1.) (SCA) SICAR**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son associé gérant commandité, la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant actuellement en fonctions ou tout autre organe compétent à cet effet, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

élisant domicile en l'étude de la société à responsabilité limitée d'avocats NAUTADUTILH AVOCATS Luxembourg SARL, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 189 905, représentée aux fins de la présente par Maître Antoine LANIEZ, avocat à la Cour,

**demanderesse**

**défenderesse sur reconvention**, comparant par Maître Antoine LANIEZ, avocat à la Cour susdit,

**et :**

1) le fonds de droit espagnol **SOCIETE3.)**, un fonds sans personnalité juridique, créé

par l'article 114 de la loi espagnole 66/1997, donc non enregistré auprès d'une chambre de commerce ou d'un registre de commerce similaire, numéro d'identification fiscale (NIF) NUMERO3.), ayant comme adresse C/ ADRESSE3.) (Espagne), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe habilité à le représenter en justice, poursuites et diligences aux fins de la présente procédure par la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME, établie et ayant son siège social à C/ ADRESSE3.) (Espagne), numéro d'identification fiscale (NIF) NUMERO4.), représentée par ses organes compétents à cet effet,

- 2) la société de droit espagnol **SOCIETE4.), SA, SME**, préqualifiée, prise en sa qualité de General Partner du fonds de droit espagnol SOCIETE3.),

**défendeurs,**

**demandeurs sur reconvention**, comparant par Maître Amin BOUAZZA, avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine, en remplacement de Maître Olivier REISCH, avocat à la Cour, tous deux demeurant à Luxembourg.

---

## Faits :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit des qualités et considérants du Jugement commercial 2022TALCH15/00028 rendu par le tribunal de ce siège, en date du 12 janvier 2022, et dont le dispositif est conçu comme suit :

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

**reçoit** les demandes ;

**donne acte** au fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.) et à son gestionnaire la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME de leur renonciation aux moyens de procédure soulevés ;

avant tout autre progrès en cause, **ordonne** une consultation conformément à l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile et commet pour y procéder Maître Laurent FISCH, demeurant professionnellement à L-1334 Luxembourg, 4, rue de Chiny, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit détaillé et motivé de :

- répertorier le montant en euros des « Commitments » au 11 avril 2019 et au 27 février 2020, stipulés dans chacun des contrats de souscription conclus par la société d'investissement en capital à risque sous forme de société en commandite par actions SOCIETE1.) SCA SICAR à ces dates,
- distinguer (i) les « Commitments » qui sont soumis à une ou plusieurs conditions suspensives stipulées dans le contrat de souscription ou, le cas échéant, dans une « side letter » ou tout autre accord conclu avec l'investisseur concerné et (ii) les « Commitments » qui sont irrévocables, en ce sens que le « Commitment » en tant que tel n'est pas soumis à une ou plusieurs conditions suspensives et sans tenir compte des éventuelles conditions suspensives relatives au tirage (« drawdown ») du montant du « Commitment » convenues entre parties ;
- déterminer le montant des « Total Commitments » au sens de la 4<sup>e</sup> condition suspensive de l'article 8 du contrat de souscription conclu entre la société d'investissement en capital à risque sous forme de société en commandite par actions SOCIETE1.) SCA SICAR et la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME, agissant en sa qualité de gestionnaire du fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.), qui est définie dans le contrat de souscription comme « Second Condition Precedent », au 11 avril 2019 et au 27 février 2020, et sans distinction (i) des montants effectivement investis suite à des tirages (« drawdowns ») effectués, et (ii) d'avis de tirages non-honorés ;

**ordonne** à la société d'investissement en capital à risque sous forme de société en commandite par actions SOCIETE1.) SCA SICAR de payer au consultant ou de consigner à la Caisse de consignation ou à un autre établissement de crédit à convenir avec les autres parties au litige, au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2022 la somme de 1.500.-

*EUR, à titre de provision à faire valoir sur la rémunération du consultant, selon les dispositions de l'article 451 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile ;*

**charge** *Madame la juge Anne MOROCUTTI du contrôle de cette mesure d'instruction ;*

**dit** *que le consultant devra en toutes circonstances informer ce magistrat de la date de ses opérations, de l'état desdites opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;*

**dit** *que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;*

**dit** *que dans l'accomplissement de sa mission, le consultant pourra s'entourer de tous renseignements utiles, demander communication de tous documents aux parties et aux tiers et recueillir des informations orales ou écrites de toutes personnes ;*

**dit** *que le consultant devra déposer son rapport au greffe du tribunal le 1<sup>er</sup> juin 2022 au plus tard ;*

**dit** *que, le cas échéant, le consultant demandera un report de la date de dépôt en indiquant sommairement les motifs qui empêchent le dépôt dans la délai prévu ;*

**dit** *que le paiement de la provision ou la consignation de la provision se font sans préjudice du droit de taxation des honoraires et frais du consultant ;*

**réserve** *le surplus et les frais ;*

**fixe** *l'affaire au rôle général. ».*

L'affaire fut de nouveau utilement retenue à l'audience publique du 21 mars 2023, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Antoine LANIEZ, mandataire de la partie demanderesse, donna lecture de l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître Amin BOUAZZA, en remplacement de Maître Olivier REISCH, mandataire des parties défenderesses, 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 :**

## **1. Les faits et antécédents de procédure**

Le tribunal rappelle que la société en commandite par actions SOCIETE1.) (SCA) SICAR (ci-après « SOCIETE1. ») est une société d'investissement en capital à risque au sens de la loi du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital à risque (ci-après la « loi SICAR »). Elle est gérée par son associé commandité, la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL (ci-après « SOCIETE2. ») ou « General Partner ». Elle a pour objet d'investir dans des projets relatifs aux énergies renouvelables et son document d'émission intitulé « *Confidential Private Placement Memorandum* » (ci-après le « PPM ») a été visé par la Commission de surveillance du secteur financier (la « CSSF ») en avril 2017.

Le 30 décembre 2016, la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME (ci-après « SOCIETE4. »), agissant en sa qualité de gestionnaire du fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.), qui est dépourvu de personnalité juridique propre (ci-après « SOCIETE3. »), ce terme désignant le fonds représenté par son gestionnaire SOCIETE4.), a conclu avec SOCIETE1.) un contrat de souscription (ci-après le « Contrat ») portant sur la souscription d'actions de SOCIETE1.) pour un montant total de 5.000.000.- EUR. Les termes de l'accord entre parties suivant le Contrat ont ensuite été modifiés suivant une « *letter agreement* » du 2 juin 2017 (ci-après la « *Side Letter* »).

Dans ce contexte, SOCIETE1.) a adressé à SOCIETE3.) trois avis de tirage portant chacun sur un montant de 500.000.- EUR, les 19 mai 2017, 30 mai 2018 et 11 avril 2019 et SOCIETE3.) a satisfait à ces demandes de paiement, à hauteur de 1.500.000.- EUR. Le 27 février 2020, SOCIETE1.) a adressé à SOCIETE3.) un 4<sup>e</sup> avis de tirage, également pour un montant de 500.000.- EUR, que SOCIETE3.) reste en défaut de payer.

Par acte d'huissier de justice du 4 mai 2020, SOCIETE1.) a assigné SOCIETE3.), et pour autant que de besoin SOCIETE4.), à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir condamner SOCIETE3.) à lui payer le montant de 500.000.- EUR avec les intérêts conventionnels, sinon les intérêts légaux, à compter du 27 février 2020, sinon du 13 mars 2020, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Au soutien de ses prétentions et dans le cadre de ses développements antérieurs au jugement du 12 janvier 2022, SOCIETE1.) a fait valoir que toutes les conditions suspensives prévues à l'article 8 du Contrat, en particulier la 4<sup>e</sup> condition suivant laquelle les engagements de souscrire que SOCIETE1.) avait reçus de la part d'investisseurs devaient excéder le seuil de 37.500.000.- EUR, avant qu'elle puisse adresser à SOCIETE3.) des avis de tirage au-delà du montant de 1.000.000.- EUR, ce jusqu'au montant total prévu au Contrat, à savoir 5.000.000.- EUR, ont été réalisées et que par conséquent, le 4<sup>e</sup> avis de tirage pour le montant de 500.000.- EUR a été régulièrement adressé à SOCIETE3.) et doit être satisfait par le défendeur.

SOCIETE3.) a conclu au rejet de la demande de SOCIETE1.), en soutenant qu'elle n'établissait pas que la 4<sup>e</sup> condition suspensive a été réalisée, de sorte que le

paiement que réclame la demanderesse n'est, conformément aux termes de l'article 1181 du Code civil, pas dû.

Il a précisé que le fait qu'il a honoré le troisième tirage à hauteur de 500.000.- EUR, qui dépassait déjà le montant de 1.000.000.- EUR, ne saurait être interprété comme un « *commencement d'exécution ou ratification tacite* » de sa part en ce qui concerne la réalisation de la 4<sup>e</sup> condition suspensive.

D'après SOCIETE3.), le but de la 4<sup>e</sup> condition suspensive était de garantir qu'il ne s'engageait « *à investir plus de 1.000.000.- EUR dans des projets* » qu'à condition que « *d'autres investisseurs s'engag[ent] également à investir dans [SOCIETE1.]), à concurrence de 37.500.000.- EUR* ». Par conséquent, il s'attendait « *à ce que les promesses formulées par les autres investisseurs soient suivies d'effets et donc, que tous les investisseurs soient appelés à contribuer [à SOCIETE1.]) au prorata de leur engagement de souscrire, comme indiqué dans la documentation* » de SOCIETE1.). Or, les engagements des autres investisseurs sont artificiels dans la mesure où il s'agit d'engagements conditionnels, conditionnés, en ce qui concerne SOCIETE2.) et SOCIETE5.) notamment, par la souscription effective d'actions de SOCIETE1.) par SOCIETE6.), qui est actuellement défaillant et qui a également été assigné en paiement par SOCIETE1.).

Les parties défenderesses donnaient à considérer que la question de savoir si la 4<sup>e</sup> condition suspensive a été réalisée « *est une question d'interprétation contractuelle* », le désaccord entre parties portant en l'espèce « *sur la notion d'engagement (commitment)* », et qu'il revient au tribunal de déterminer « *si l'intention des parties est respectée lorsque la quasi-totalité des engagements [envers SOCIETE1.]) ne sont pas fermes* », ce en application de l'article 1156 du Code civil.

À titre subsidiaire, pour le cas où le tribunal estimait que l'intention des parties a été respectée, SOCIETE3.) a fait valoir que la 4<sup>e</sup> condition suspensive n'a pas été réalisée, au motif que suivant les clauses 8.11 et 8.13 du PPM, le montant total des engagements (« *Total Commitments* ») recueillis par SOCIETE1.) doit être réduit du montant des engagements des investisseurs défaillants (« *Defaulting Investor* »), dont notamment SOCIETE6.).

À titre plus subsidiaire, SOCIETE3.) a invoqué le principe de bonne foi et de loyauté exprimé à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil et soutient que la mauvaise foi et la déloyauté de SOCIETE1.) qui a « *délibérément intégré dans le montant total des engagements ceux d'investisseurs complètement platonique[s], dans le seul but de faire croire que la [4<sup>e</sup> condition suspensive] a été réalisée* » doivent être sanctionnées. Le défendeur a encore précisé qu'il n'a « *jamais obtenu de clarifications et réponses [aux] questions légitimes* » posées par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) peu avant l'émission du 4<sup>e</sup> avis de tirage, et qu'il n'a jamais pu consulter les *side letters* des autres investisseurs, malgré le droit que lui confère l'article 10.20 du PPM à ce sujet, ce qui témoigne également de la mauvaise foi de la demanderesse à son égard.

À titre encore plus subsidiaire, SOCIETE3.) s'est fondé sur l'article 6-1 du Code civil et fait plaider que le fait pour SOCIETE1.) « *de se prévaloir de montants totaux d'engagements d'investisseurs conditionnés, tout en sachant que cela ne reflète nullement ce à quoi les parties se sont mises d'accord, est clairement abusif* ».

À titre plus subsidiaire encore, SOCIETE3.) a donné à considérer que SOCIETE1.) n'apporte pas la preuve qu'il aurait été qualifié de « *Defaulting Investor* », suivant les dispositions du PPM, qui « *ne prévoit [pas] que la totalité des montants en souffrance puisse être réclamée auprès* » des parties défenderesses. Il a conclu que « *seuls des dommages et intérêts pourraient être accordés, sous réserve que les parties adverses prouvent un préjudice* ».

Arguant que « *la contrepartie* » au paiement réclamé par SOCIETE1.), « *à savoir les 500.000 actions de classe A1, n'ont jamais été émises* », SOCIETE3.) a estimé qu'« *il serait aberrant de [les] condamner au paiement d'actions qu'[elles n'ont] en fait jamais reçu[es]* ». La demanderesse ne prouvant aucun préjudice dans son chef, il a demandé au tribunal « *de réduire le montant des dommages et intérêts à 1 euro symbolique* ».

En dernier ordre de subsidiarité, SOCIETE3.) a fait valoir que la demande adverse visant à le voir condamner au paiement d'intérêts de retard sur le montant principal réclamé n'est pas justifiée « *compte tenu des contestations sérieuses et réelles* » qu'il a élevées dans le débat.

À titre reconventionnel, SOCIETE3.) a demandé la condamnation de SOCIETE1.) et de SOCIETE2.) solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacune pour le tout, à lui rembourser le montant de 500.000.- EUR qu'il a payé conformément au 3<sup>e</sup> avis de tirage du 11 avril 2019, avec les intérêts conventionnels au taux de 14%.

Il a demandé également, pour le cas où il était fait droit à la demande de paiement de SOCIETE1.) à son encontre, que le tribunal enjoigne à SOCIETE1.) « *d'émettre les 500.000 actions de classe A1 correspondantes, à une valeur nominale de 1 EUR chacune, au profit de SOCIETE3.)* », ce sous peine d'astreinte de 5.000.- EUR par jour de retard, à compter de la signification du jugement à intervenir et sans limiter le montant total de l'astreinte.

Par jugement du 12 janvier 2022, ce tribunal a :

« *reçu les demandes ;*

*donné acte au fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.) et à son gestionnaire la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME de leur renonciation aux moyens de procédure soulevés ;*

*avant tout autre progrès en cause, ordonné une consultation conformément à l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile et commet pour y procéder Maître Laurent FISCH, demeurant professionnellement à L-1334 Luxembourg, 4, rue de Chiny, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit détaillé et motivé de :*

- *répertorier le montant en euros des « Commitments » au 11 avril 2019 et au 27 février 2020, stipulés dans chacun des contrats de souscription conclus par la société d'investissement en capital à risque sous forme de société en commandite par actions SOCIETE1.) SCA SICAR à ces dates,*

- *distinguer (i) les « Commitments » qui sont soumis à une ou plusieurs conditions suspensives stipulées dans le contrat de souscription ou, le cas échéant, dans une « side letter » ou tout autre accord conclu avec l'investisseur concerné et (ii) les « Commitments » qui sont irrévocables, en ce sens que le « Commitment » en tant que tel n'est pas soumis à une ou plusieurs conditions suspensives et sans tenir compte des éventuelles conditions suspensives relatives au tirage (« drawdown ») du montant du « Commitment » convenues entre parties ;*
- *déterminer le montant des « Total Commitments » au sens de la 4<sup>e</sup> condition suspensive de l'article 8 du contrat de souscription conclu entre la société d'investissement en capital à risque sous forme de société en commandite par actions SOCIETE1.) SCA SICAR et la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME, agissant en sa qualité de gestionnaire du fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.), qui est définie dans le contrat de souscription comme « Second Condition Precedent », au 11 avril 2019 et au 27 février 2020, et sans distinction (i) des montants effectivement investis suite à des tirages (« drawdowns ») effectués, et (ii) d'avis de tirages non-honorés ;*

*réservé le surplus et les frais. ».*

Le consultant Maître Laurent FISCH a déposé son rapport en date du 1<sup>er</sup> juin 2022.

### **Prétentions et moyens des parties**

Lors des débats postérieurs au jugement, **SOCIETE1.)** fait valoir qu'au vu des conclusions de Maître FISCH, la 4<sup>e</sup> condition suspensive portant sur le seuil des engagements de souscrire de 37.500.000.- EUR, prévue à l'article 8 du Contrat, était remplie au moment du 4<sup>e</sup> avis de tirage adressé à SOCIETE3.). Elle conclut en conséquence au bien-fondé de ses demandes formulées contre le défendeur.

**SOCIETE3.)** maintient ses développements antérieurs en expliquant que l'exécution au-delà de 1.000.000.- EUR, de la promesse de souscription découlant du contrat de souscription et de la *Side Letter* conclus avec SOCIETE1.), était conditionnée par l'existence d'engagements de souscription d'autres investisseurs d'un montant supérieur à 37.500.000.- EUR. Cette condition suspensive avait pour but de garantir aux parties défenderesses que d'autres investisseurs contribuaient effectivement au capital du fonds, aux fins de limiter les risques et l'exposition du défendeur. Il s'attendait donc à ce que les promesses formulées par les autres investisseurs soient suivies d'effets et que tous les investisseurs soient appelés à contribuer au Fonds au prorata de leur engagement de souscrire.

SOCIETE3.) fait plaider que le fait de permettre à des investisseurs de conditionner leur souscription effective de telle sorte qu'ils ne soient jamais appelés à contribuer au capital du Fonds n'a aucun sens, dans la mesure où leur engagement, même s'il n'est pas en lui-même conditionné, n'est qu'une simple promesse platonique dépourvue d'effet et un investissement fictif.

L'intention de SOCIETE3.) n'a jamais été d'exposer son capital, sans avoir l'assurance que les autres investisseurs feraient de même ou stipuleraient des conditions d'engagement équivalentes. L'homogénéité des conditions négociées avec les autres investisseurs est d'ailleurs prévue par l'article 7 de la *Side Letter* garantissant un traitement égalitaire de tous les investisseurs.

Il conclut que la condition suspensive n'avait lieu d'être que si elle permettait de s'assurer que tous les investisseurs remplissaient réellement leur promesse de contribuer au capital du Fonds, afin de partager les risques avec d'autres investisseurs, et qu'elle « *ne peut être considérée comme ayant été réalisée au regard de la réelle intention des parties qui était nécessairement de considérer uniquement les engagements fermes, sinon de la même teneur que la [condition suspensive stipulée entre parties]* ».

A cet égard, SOCIETE3.) explique que la souscription effective de SOCIETE7.) est conditionnée à ce que SOCIETE1.) investisse dans des projets exclusivement éoliens et qu'une partie de la souscription effective de SOCIETE2.) et de SOCIETE5.) est conditionnée au paiement de la souscription effective de SOCIETE6.), d'actions du Fonds. Or, ces engagements de souscription ne peuvent être assortis d'aucun effet, comme SOCIETE6.) refuse d'honorer son avis de tirage « *pour des raisons légitimes et analogues à celles* » avancées par SOCIETE3.) et comme le Fonds n'a investi dans aucun projet exclusivement éolien, tandis que la période d'investissement est terminée entretemps.

Selon SOCIETE3.), il est évident que ces engagements, qui ne peuvent être assortis d'aucun effet et dont la réalisation est impossible, ne peuvent être considérés comme lui étant valablement opposables, pour établir la réalisation de la condition suspensive litigieuse.

Le défendeur poursuit que dans son rapport du 1<sup>er</sup> juin 2022 (ci-après : « le Rapport »), Maître FISCH estime que le montant des engagements totaux est de 43.364.010,92 EUR et que la condition suspensive discutée est réalisée. Or, le consultant n'a pas été mandaté pour déterminer si les souscriptions effectives des autres investisseurs étaient conditionnées, point crucial de cette affaire.

D'autre part, « *le fait de savoir si la condition suspensive a été remplie ne peut s'analyser qu'à l'aune de la commune intention des parties* ». SOCIETE3.) réitère ses développements qu' « *il s'agit d'une question d'interprétation contractuelle visant à déterminer la commune intention des parties et si elle est respectée, en décidant que la condition suspensive s'est réalisée alors que la quasi-totalité des engagements du Fonds ne sont pas fermes* ». Maître FISCH n'a pas émis d'avis sur cette question et le fait pour le consultant d'inclure des engagements dont les souscriptions effectives sont conditionnées dans le montant total, ne saurait lier les parties, ni le tribunal.

En droit, SOCIETE3.) soutient que SOCIETE1.) reste en défaut de rapporter la preuve de la réalisation de la condition suspensive discutée.

Il soutient en premier lieu que les événements au sens de l'article 1181 du Code civil dont se prévaut la demanderesse pour conclure à la réalisation de la condition, ne correspondent pas à la commune intention des parties.

Tout d'abord, le Rapport dressé par Maître FISCH permet d'établir que les informations présentées dans le certificat Moventum du 30 septembre 2018, sur base duquel le 3<sup>e</sup> avis de tirage à hauteur de 500.000.- EUR avait été honoré, étaient fausses, tandis que les comptes annuels de l'année 2018 n'étaient pas encore disponibles à ce moment. Le tribunal ne saurait donc déduire de ce paiement, un acquiescement ou une ratification tacite de la condition suspensive litigieuse. Ledit certificat, contredit par les comptes annuels accessibles postérieurement, a induit en erreur SOCIETE3.) qui n'aurait jamais honoré ce troisième tirage si la véritable nature des engagements des autres investisseurs avait été connue à ce moment-là. Ce paiement n'aurait donc jamais dû avoir lieu et doit être remboursé.

Ensuite, SOCIETE3.) considère que l'article 7 de la *Side Letter*, suivant lequel « *the General Partner represents and warrants that the subscription agreements of other investors in the SICAR shall be substantially similar in all material respects to the Subscription Agreement signed by the Investor (...)* », a été violé, compte tenu de la nature différente des engagements des autres investisseurs. Il conclut, en se référant à l'article 1156 du Code civil, que par cette garantie offerte, il n'était pas dans l'intention des parties de retenir que des engagements « *platoniques et purement fictifs* » puissent satisfaire à la réalisation de la condition suspensive.

Il explique, même si le PPM définit l'engagement (commitment) comme étant le montant promis par l'investisseur, que les statuts du Fonds précisent en leur article 5.3 que « *each Shareholder shall have signed a subscription agreement recording its Commitment irrevocably committing to make all subscriptions and payments for the entire Commitment* ».

Le défendeur en conclut que les parties avaient l'intention de considérer pour l'application de la condition suspensive, uniquement les engagements pouvant être effectivement suivis d'effet et non pas les engagements « *purement fictifs* ». Toute autre interprétation priverait la condition suspensive de tout effet protecteur et son interprétation littérale ne fait aucun sens et dénature l'esprit de ladite condition.

SOCIETE3.) demande en conséquence au tribunal de constater que la condition suspensive n'a pas été réalisée en raison du non-respect de la commune intention des parties, sinon du doute profitant à la partie qui a contracté l'obligation, conformément à l'article 1162 du Code civil.

A titre subsidiaire, SOCIETE3.) conclut à la non-réalisation de la condition suspensive pour violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté prévue par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Il estime que le fait pour SOCIETE1.) « *d'avoir délibérément intégré dans le montant total des engagements ceux d'investisseurs complètement platoniques, dans le seul but de faire croire que la condition suspensive a été réalisée est un comportement incontestablement déloyal et de mauvaise foi* ». Il ajoute que les parties défenderesses n'ont jamais obtenu des clarifications et des réponses à leurs questions légitimes et que les montants indiqués sur les documents précédemment communiqués étaient erronés.

Tout cela démontre, selon SOCIETE3.), la mauvaise foi caractérisée dans le chef de SOCIETE1.) et il conclut que le tribunal ne saurait accorder à la demanderesse « *le*

*bénéfice d'une prétendue réalisation de la condition suspensive et lui accorder les sommes » réclamées.*

A titre plus subsidiaire encore, SOCIETE3.) conclut à la non-réalisation de la condition suspensive pour abus de droit, au regard de l'article 6-1 du Code civil. Il soutient que la sanction de l'exercice abusif d'un droit doit être le refus par le juge de déclarer fondée la prétention du titulaire du droit, notamment l'exercice d'une prérogative contractuelle.

Ainsi, le tribunal détient le pouvoir de paralyser l'usage d'une clause lorsqu'elle est mise en œuvre de manière abusive, comme en l'espèce. Le fait pour SOCIETE1.) de se prévaloir de montants totaux d'engagements d'investisseurs conditionnés, tout en sachant que cela ne reflète pas ce sur quoi les parties se sont mises d'accord, est, selon le défendeur, clairement abusif.

A titre infiniment subsidiaire, dans l'hypothèse où le tribunal considère que la condition suspensive se trouve réalisée, SOCIETE3.) demande que soient accordés à SOCIETE1.), les intérêts de retard seulement à compter du dépôt du Rapport du consultant. En effet, les incohérences présentes au niveau des chiffres communiqués par SOCIETE1.) ont été notées par le tribunal, en ce sens que la réalisation de la condition suspensive n'a pas été suffisamment prouvée et ne pouvait être considérée comme telle, antérieurement à la présente procédure.

A titre reconventionnel, SOCIETE3.) demande, dans l'hypothèse où le tribunal considère que la condition suspensive ne se trouve pas réalisée ou que son exercice est paralysé, compte tenu du comportement adverse, le remboursement du montant de 500.000.- EUR payé lors du troisième avis de tirage, avec les intérêts conventionnels de 14%, sinon légaux, à partir du 30 avril 2019, sinon à partir de l'introduction de la procédure, jusqu'à solde.

Dans l'hypothèse où SOCIETE3.) serait condamné à régler le montant de 500.000.- EUR au titre du 4<sup>e</sup> avis de tirage, il demande au tribunal d'enjoindre à SOCIETE1.) d'émettre les 500.000 actions de classe A1 correspondantes, d'une valeur nominale de 1.- EUR chacune, au profit de SOCIETE3.), le tout sous peine d'une astreinte de 5.000.- EUR par jour de retard, à compter de la signification du jugement.

SOCIETE3.) conteste encore l'indemnité de procédure et les indemnités sur base de l'article 8.11(a)(iv) du PPM, réclamées par SOCIETE1.) et demande que « les parties demanderesse soient condamnées solidairement, sinon chacune pour sa part », au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

En réplique, **SOCIETE1.)** explique que contrairement aux développements adverses, le consultant a examiné si les promesses de souscription étaient soumises à des conditions et il a noté que tous les engagements étaient fermes et irrévocables. Dès lors, SOCIETE1.) était en droit d'adresser le 4<sup>e</sup> avis de tirage à hauteur du montant de 500.000.- EUR à SOCIETE3.) et le défendeur est tenu d'y satisfaire.

En effet, pour que le système « *puisse fonctionner* », il est essentiel que les investisseurs s'engagent irrévocablement à investir le montant convenu dans le Fonds et qu'au moment de l'appel de fonds, ils paient leur contribution.

Elle poursuit que SOCIETE3.) refuse de satisfaire sa promesse d'engagement et soutenant que d'autres investisseurs n'ont pas payé non plus. A cet égard, SOCIETE1.) réfute les développements de SOCIETE3.) que « *seule une infime partie des tirages a été respectée* » par des « *investissements platoniques* ». Elle expose qu'effectivement, à côté de SOCIETE3.), un autre investisseur important, SOCIETE6.), s'est irrévocablement engagé à investir, mais a par la suite refusé de donner suite aux avis de tirage, raison pour laquelle une procédure judiciaire a été introduite contre ce dernier. En revanche, les autres investisseurs ont respecté leurs engagements.

De même, contrairement aux développements adverses en rapport avec la souscription de SOCIETE7.), liée à des investissements dans des projets éoliens, le Fonds investit depuis 2019 dans des projets éoliens, il est toujours actif, même si la période d'investissement est expirée entretemps et il peut investir dans des projets existants, entamés. En plus, il peut toujours investir les fonds mis à disposition dans de nouveaux projets et utiliser les fonds mis à disposition.

La demanderesse poursuit que SOCIETE3.) fait état d'une erreur au niveau des chiffres communiqués au moment de l'avis de tirage et elle conclut que le fonds est « *mal géré* » pour s'opposer au paiement réclamé. Or, il aurait appartenu à la défenderesse, dans ce cas, de faire procéder au remplacement de la société de gestion, conformément aux modalités et procédures prévues par le prospectus et les statuts du Fonds, et non pas de « *refuser simplement de respecter ses obligations contractuelles et de suspendre le paiement des demandes de tirage* », ce qui a pour effet de « *couper le financement du Fonds* ».

SOCIETE1.) maintient sa demande en allocation des intérêts de retard à partir du 13 mars 2020, sinon du 4 mai 2020, ce qui correspond, selon elle, au « *moindre dommage à réparer* ». Elle explique que le paiement sollicité reste en souffrance depuis plus de trois ans, en ce sens que le Fonds n'a pas pu investir dans tous les projets initialement prévus et que, le cas échéant, il ne pourra jamais exploiter son capital dans son intégralité.

## **Appréciation**

### **1. La demande de SOCIETE1.)**

SOCIETE1.) conclut, en se référant aux conclusions de Maître FISCH, à la réalisation de la condition suspensive prévue à l'article 8 du Contrat et par voie de conséquence au bien-fondé de sa demande en paiement du 4<sup>e</sup> avis de tirage qui reste en souffrance.

#### **1.1. La réalisation de la condition suspensive**

- *La réelle intention des parties*

SOCIETE3.) fait valoir que la condition suspensive discutée n'avait lieu d'être que si elle permettait de s'assurer que tous les investisseurs remplissaient réellement leur promesse de contribuer au capital du Fonds et qu'elle « *ne peut être considérée comme ayant été réalisée au regard de la réelle intention des parties qui était nécessairement de considérer uniquement les engagements fermes, sinon de la même teneur que la [condition suspensive stipulée entre parties]* ».

L'article 1175 du Code civil dispose « *toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût* ». Cette disposition prévoit une règle générale et reprend à propos des conditions, le principe d'interprétation des conventions posé à l'article 1156 du même Code.

Dans son jugement du 12 janvier 2022, le tribunal a retenu « *conformément aux développements de part et d'autre, que l'obligation de SOCIETE3.) de souscrire des actions de SOCIETE1.) au-delà d'un montant de 1.000.000.- EUR est une obligation conditionnelle soumise à une condition suspensive au sens de l'article 1181 du Code civil.* »

Le tribunal a relevé que le désaccord des parties porte sur la réalisation de la 4<sup>e</sup> condition suspensive, définie dans le Contrat comme « *Second Condition Precedent* » et formulée en ces termes :

« *the right of the General Partner to address Drawdown Notices to the Applicant [SOCIETE3.]) for an amount in excess of one million euros (EUR 1,000,000), and the Applicant's obligation to contribute any such amounts to the SICAR [SOCIETE1.]) in accordance with the provisions of the Prospectus, is subject to the fulfillment of the following second condition precedent. According to the foregoing, the General Partner may address Drawdown Notices to the Applicant with respect to its entire Commitment once the Total Commitments of the SICAR equal, at least, thirty seven million and five hundred thousand euros (EUR 37,500,000) (the "Second Condition Precedent")* ».

Celle-ci conditionne le droit pour SOCIETE1.) d'adresser à SOCIETE3.) des appels de fonds au-delà du seuil de 1.000.000.- EUR, ainsi que l'obligation concomitante de SOCIETE3.) d'y donner suite et de souscrire des actions de SOCIETE1.), à l'atteinte d'un seuil en termes de « *Total Commitments* » de 37.500.000.- EUR au moins.

Le tribunal a relevé en particulier que les parties étaient en désaccord en ce qui concerne l'interprétation du terme « *Total Commitments* » qui sous-tend la définition du seuil de 37.500.000.- EUR : SOCIETE1.) a soutenu que ce terme vise les promesses de souscription d'investisseurs à son égard et non la souscription effective des actions par lesdits investisseurs, tandis que SOCIETE3.) faisait valoir qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération pour le montant des « *Total Commitments* » des promesses de souscription qui sont conditionnelles et ne sont donc pas fermes, ni celles qui émanent d'investisseurs défaillants (« *Defaulting Investors* »), tel SOCIETE6.).

Le tribunal était ainsi amené à procéder à l'interprétation de ladite condition suspensive et en particulier du terme « *Total Commitments* », conformément aux principes dégagés par les articles 1156 et suivants du Code civil, par rapport aux

clauses contractuelles convenues entre les parties dans leur ensemble et à la lumière des définitions contenues dans les différents documents contractuels liant les parties.

Après avoir procédé à une analyse des stipulations pertinentes des statuts de SOCIETE1.), du Contrat et du PPM liant les parties, le tribunal a retenu que « *le terme « Total Commitments » dans la 4e condition suspensive (« Second Condition Precedent ») vise l'ensemble des promesses de souscription faites par des investisseurs, y compris SOCIETE3.), à l'égard de SOCIETE1.), sans qu'il n'y ait lieu, conformément à la définition précitée du terme « Commitment », [de] distinguer entre les tirages honorés et les tirages non-honorés, ni de déduire le « Commitment » de « Defaulting Investors » ».*

Au vu de ces développements, dans la mesure où le premier jugement a retenu que dans la commune intention des parties, le terme « *Total Commitments* » vise l'ensemble des promesses de souscription faites par des investisseurs, sans distinction entre les tirages honorés et les tirages non honorés et sans déduction des « *Commitments* » de « *Defaulting Investors* », le tribunal ne saurait revenir sur cette décision.

Dès lors, le terme « *Total Commitments* » visant l'ensemble des promesses de souscription, il n'y a pas lieu d'analyser plus en avant les développements de SOCIETE3.) relatifs à la « *réelle intention des parties* » qui aurait été de considérer dans le cadre de la 4<sup>e</sup> condition suspensive, seulement les « *engagements fermes* », à l'exclusion de ceux « *non suivis d'effet* » et « *purement fictifs* ».

Pour être complet, le tribunal tient à ajouter que cette interprétation de la convention des parties s'inscrit dans les règles de droit commun du droit des sociétés auxquelles la loi SICAR renvoie pour tout ce à quoi elle ne déroge pas spécifiquement, toute SICAR, quelle que soit sa forme juridique, restant soumise aux dispositions générales applicables aux sociétés commerciales en vertu de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Selon le droit commun des sociétés, la souscription au capital est considérée comme l'acte juridique traduisant l'engagement pris par une personne, physique ou morale, d'être associée d'une société par actions et d'effectuer l'apport d'une somme ou d'un bien en nature, pour un montant au moins égal à la valeur nominale des titres qu'elle reçoit. Cet engagement est pur et simple et, conformément à la position soutenue par SOCIETE1.), irrévocable : le souscripteur devient associé du fait de sa souscription, donc même avant la libération de son apport.

Le mot « *souscription* » désigne l'acte par lequel un investisseur fait la promesse de se porter acquéreur d'actions d'une société, tandis que la libération est l'obligation pour l'actionnaire de mettre à la disposition de la société l'argent ou les biens en nature comme il s'y est engagé lors de la souscription. Les deux actions n'ont pas nécessairement lieu au même moment (cf. JurisClasseur, Sociétés, Fasc.114-10 Sociétés par actions, Constitution, Souscription des actions, n°6 et suiv., n°87 et suiv. ; Cour d'appel (4<sup>e</sup> chambre), 12 décembre 2018, n°44709 du rôle ; 2 février 2021, n° CAL-2019-00190 et CAL-2019-00370 du rôle ; TAL (2<sup>e</sup> chambre) 9 novembre 2018, n°TAL-2018-02843 du rôle).

- *La violation de l'obligation de bonne foi et l'abus de droit*

SOCIETE3.) conclut en second lieu à la non-réalisation de la condition suspensive pour violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté prévue par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, ainsi que pour abus de droit, au regard de l'article 6-1 du Code civil.

Il estime que le fait pour SOCIETE1.) « *d'avoir délibérément intégré dans le montant total des engagements ceux d'investisseurs complètement platoniques, dans le seul but de faire croire que la condition suspensive a été réalisée est un comportement incontestablement déloyal et de mauvaise foi* ». En outre, les parties défenderesses n'ont jamais obtenu des clarifications et des réponses à leurs questions légitimes et les chiffres indiqués sur les documents communiqués à l'appui de l'avis de tirage dont question étaient erronés, tel qu'il résulte du Rapport de Maître FISCH. Il ajoute que le certificat Moventum du 30 septembre 2018, contredit par les comptes annuels accessibles postérieurement l'a « *induit en erreur* » en ce sens qu'il n'aurait jamais honoré ce troisième tirage si la véritable nature des engagements des autres investisseurs avait été connue à ce moment-là.

SOCIETE3.) conclut que le tribunal ne saurait accorder à SOCIETE1.) « *le bénéfice d'une prétendue réalisation de la condition suspensive et lui accorder les sommes* » réclamées et que « *la sanction de l'exercice abusif d'un droit doit être le refus par le juge de déclarer fondée la prétention du titulaire du droit, notamment l'exercice d'une prérogative contractuelle* ».

Tel que retenu ci-avant, l'obligation de SOCIETE3.) de souscrire des actions de SOCIETE1.) au-delà du seuil de 1.000.000.- EUR et de libérer les fonds afférents conformément aux appels de fonds lui adressés, est soumise à la condition suspensive de l'atteinte d'un seuil en termes de « *Total Commitments* » de 37.500.000.- EUR au moins.

La condition suspensive suspend l'obligation de SOCIETE3.) de « *souscrire effectivement* » des actions supplémentaires de SOCIETE1.) et de libérer les fonds nécessaires, jusqu'à la réalisation de la condition, à savoir la réunion par SOCIETE1.) d'engagements de souscrire (« *Total Commitments* ») à hauteur de 37.500.000.- au moins.

En application de l'article 1176 du Code civil, lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement ne soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.

La simple défaillance de la condition suspensive empêche l'obligation de prendre naissance, le débiteur potentiel échappant définitivement à toute obligation, tandis que la réalisation de la condition fait rétroagir la convention conclue.

Qu'il y ait défaillance ou accomplissement de la condition (modalité suspensive ou modalité résolutoire), la dissipation de l'incertitude opère toujours de plein droit et s'impose de façon symétrique aux tiers. Ni l'attitude antérieure des parties, hormis le cas visé par l'article 1178 du Code civil, ni leur attitude postérieure ne peuvent effacer le résultat acquis. Les parties ne peuvent revenir a posteriori sur l'accomplissement

ou sur la défaillance de la condition, ni par action sur les événements, ni par action sur la convention. L'effet de la condition accomplie est irrévocable, même si les suites de l'événement viennent à cesser ; réciproquement, une condition qui a fait défaut ne peut plus revivre pour être utilement accomplie (cf. JurisClasseur Civil, Art. 1304 à 1304-7, Fasc. 20 Régime général des obligations – Modalités de l'obligation – Obligations conditionnelles – Mécanismes de la condition, n°78 et suiv.).

La dissipation de l'incertitude opère de façon automatique et irrévocable, sans correction possible du résultat acquis. Il n'est fait exception à cette règle que dans le cas où la manœuvre déloyale d'une partie a décidé de l'issue de l'événement, ce conformément à l'article 1178 du Code civil, suivant lequel la condition est réputée accomplie lorsque le débiteur obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement.

Dès lors que le tribunal a retenu que le terme « *Total Commitments* » vise l'ensemble des promesses de souscription faites par des investisseurs, sans distinction, et que les effets de la condition jouent de plein droit, SOCIETE3.) ne saurait faire état du comportement de SOCIETE1.) qualifié de « *déloyal* », « *d'une mauvaise foi caractérisée* » et constitutif « *d'un abus de droit* », pour conclure à la « *non-réalisation de la condition* » suspensive stipulée par les parties. De même, il ne saurait invoquer des « *investissements complètement platoniques* », lesquels ne sont, au demeurant, pas autrement documentés, pour conclure à la « *non-réalisation de la condition* ».

Le cas échéant, dans l'hypothèse où SOCIETE3.) estime qu'il a été « *induit en erreur* » ou que SOCIETE1.) n'a pas respecté les obligations lui incombant en vertu du Contrat, il lui appartient de rechercher la responsabilité de SOCIETE1.), respectivement de remettre en cause la validité de la condition ou de l'engagement litigieux.

Il s'ensuit qu'il n'est pas pertinent d'analyser autrement les développements des parties en rapport avec les reproches adressés par le défendeur à SOCIETE1.).

#### - *Conclusion*

Dans le cadre du jugement interlocutoire, le tribunal a retenu que pour pouvoir exiger la souscription par SOCIETE3.) d'actions supplémentaires, au-delà des actions pour un montant total de 1.000.000.- EUR déjà souscrites par celui-ci, SOCIETE1.) doit établir que les engagements de souscrire qu'elle a reçus de la part d'investisseurs totalisent au moins 37.500.000.- EUR.

Compte tenu des divergences et incohérences entre les chiffres indiqués dans les différents documents fournis par SOCIETE1.) dans le cadre du 4<sup>e</sup> avis de tirage adressé à SOCIETE3.) et des contestations de ce dernier, le tribunal a chargé Maître Laurent FISCH de la mission de consultation reprise ci-avant.

A cet égard, il convient de rappeler, si les conclusions des experts judiciaires n'ont qu'une valeur consultative, et si les tribunaux sont libres de ne pas suivre l'avis des experts, que les tribunaux ne doivent toutefois s'écarter de l'avis des experts judiciaires qu'avec une grande prudence et lorsqu'ils ont de justes motifs d'admettre

que les experts judiciaires se sont trompés, ou lorsque l'erreur de ceux-ci résulte dès à présent, soit du rapport, soit d'autres éléments acquis en cause.

Dans son rapport, conformément à sa mission, le consultant a procédé à une analyse détaillée des documents contractuels liant SOCIETE1.) à chacun des investisseurs du Fonds et a dégagé les promesses de souscription (« *Commitment* ») de chaque investisseur, indépendamment de leur état de libération, à la date du 11 avril 2019, correspondant au 3<sup>e</sup> avis de tirage d'un montant de 500.000.- EUR adressé à SOCIETE3.), lequel fut honoré par celle-ci, ainsi qu'à la date du 27 février 2020, date du 4<sup>e</sup> avis de tirage, non honoré, qui fait l'objet du présent litige.

Dans le cadre de ses calculs des « *Total Commitments* » au sens de la 4<sup>e</sup> condition suspensive du Contrat, au 11 avril 2019 et au 27 février 2020, le consultant n'a pas pris en compte le « *Commitment* » de 5.000.000.- EUR de SOCIETE2.), en application du contrat de souscription entre celle-ci et SOCIETE1.) du 27 septembre 2018, en expliquant que SOCIETE2.), en sa qualité de société de gestion de SOCIETE1.), est exclu par le PPM de la définition d'« *Investor* » (page 24 du Rapport).

Le consultant arrive à la conclusion suivante :

Le consultant retient que les « *Total Commitments* » recueillis par SOCIETE1.) totalisaient la somme de 4[2].364.010,92 EUR en date du 18 octobre 2018 et qu'en conséquence, le seuil de 37.500.000.- EUR prévu par la 4<sup>e</sup> condition suspensive du Contrat était atteint tant le 11 avril 2019 que le 27 février 2020.

Tel que retenu ci-avant le terme « *Total Commitments* » vise l'ensemble des promesses de souscription faites par des investisseurs, sans distinction, de sorte que SOCIETE3.) ne saurait reprocher au consultant d'avoir inclus dans ses calculs « *des engagements dont les souscriptions effectives sont conditionnées* ».

Il importe de relever à cet égard que seul le « *Commitment* » de SOCIETE2.), lequel n'a pas été pris en compte dans les calculs du consultant, était « *conditionné* » par les engagements de SOCIETE6.) et de SOCIETE3.) (page 20 du Rapport).

En conséquence, au vu des analyses et calculs opérés par Maître FISCH, lesquels ne rencontrent pour le surplus aucune contestation ou critique de la part des parties au litige, il convient de retenir que la 4<sup>e</sup> condition suspensive stipulée au Contrat était réalisée au jour du 4<sup>e</sup> avis de tirage adressé par SOCIETE1.) à SOCIETE3.) le 27 février 2020.

## 1.2. Le bien-fondé de la demande en paiement

Tel que le tribunal l'a retenu ci-avant, la défaillance de la condition suspensive empêche l'obligation de prendre naissance, tandis que la réalisation de la condition fait rétroagir la convention conclue.

Au vu des développements au point précédent, la 4<sup>e</sup> condition suspensive stipulée au Contrat était réalisée au jour du 4<sup>e</sup> avis de tirage adressé par SOCIETE1.) à SOCIETE3.), le 27 février 2020, de sorte que les engagements concernés par la condition sortaient leurs effets entre parties.

SOCIETE3.) avait dès lors l'obligation de répondre à l'avis de tirage lui adressé par SOCIETE1.) pour un montant de 500.000.- EUR et de remplir son engagement de souscrire effectivement des actions supplémentaires de SOCIETE1.), au-delà du montant de 1.000.000.- EUR prévu au Contrat, ce qu'elle n'a pas fait.

Dans le cadre des développements antérieurs au jugement interlocutoire, SOCIETE3.) a donné à considérer, dans un ordre plus subsidiaire, que SOCIETE1.) n'apporte pas la preuve qu'il aurait été qualifié de « *Defaulting Investor* », et que « *seuls des dommages et intérêts pourraient être accordés, sous réserve que les parties adverses prouvent un préjudice* ». SOCIETE3.) a estimé qu'« *il serait aberrant de [les] condamner au paiement d'actions qu'[elles n'ont] en fait jamais reçu[es]* » et que la demanderesse ne prouve aucun préjudice dans son chef et il a demandé au tribunal « *de réduire le montant des dommages et intérêts à 1 euro symbolique* ».

Le tribunal rappelle qu'au cas où l'une des parties à un contrat synallagmatique ne satisfait pas à son engagement, l'autre partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le choix de forcer le cocontractant à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

SOCIETE3.) n'ayant pas rempli son obligation contractuelle, la demande de SOCIETE1.) tendant à l'exécution, au paiement du 4<sup>e</sup> avis de tirage régulièrement adressé à SOCIETE3.), est justifiée pour le montant réclamé de 500.000.- EUR et il y a lieu d'y faire droit.

SOCIETE1.) conclut à l'allocation des intérêts conventionnels de 14% (8%+6%) prévus par l'article 8.9 du PPM, sinon des intérêts légaux, à compter du 27 février 2020, sinon du 13 mars 2020, date d'échéance indiquée dans l'avis de tirage, sinon de la demande en justice, jusqu'à solde.

SOCIETE3.) s'oppose à cette demande, et demande en invoquant les incohérences et les différences entre les chiffres dans les documents présentés par SOCIETE1.), lesquelles ont été soulignées par le tribunal dans le cadre du 1<sup>er</sup> jugement et ont justifié l'instauration d'une mesure d'instruction, que les intérêts de retard soient accordés à compter du dépôt du Rapport. Il conclut que la réalisation de la condition suspensive n'était pas suffisamment prouvée antérieurement à cette procédure et au dépôt du rapport de consultation, de sorte qu'il serait inéquitable d'imposer aux défenderesses le paiement des intérêts de retard à partir d'une date antérieure.

L'article 8.9 du PPM stipule « (...) *if any Investor fails to advance to the SICAR the amount which is the subject of a Drawdown Notice on or before the date of expiry of such Drawdown Notice (...) then the General Partner (...) may require to pay interest to the SICAR on the amount outstanding for the period from expiry of the Drawdown Notice up to the date of payment (...) thereof at the rate of the Preferred Return [8% plus (6%) per cent per annum (...)]* ».

Dans la mesure où, tel que le soutient SOCIETE3.), le montant des « *Total Commitments* » indiqué dans les documents communiqués par SOCIETE1.) à l'appui de l'avis de tirage du 27 février 2020, notamment dans le certificat émis par l'agent teneur de registre du 30 septembre 2018 (60.642.958,08 EUR), divergeait des chiffres indiqués dans les comptes annuels pour 2018 (19.234.957,17 EUR) et de ceux

indiqués dans les comptes annuels rectifiés pour l'année 2019 (55.692.254.- EUR), et où le Rapport dressé à la demande du tribunal a permis de retenir que seuil de 37.500.000.- EUR prévu par la condition suspensive, était atteint, il y a lieu d'allouer à SOCIETE1.) les intérêts conventionnels de retard au taux annuel de 14%, lequel n'est pas contesté, à partir du 1<sup>er</sup> juin 2022, date du rapport dressé par le consultant.

Il y a partant lieu de condamner SOCIETE3.) à payer à SOCIETE1.) le montant de 500.000.- EUR avec les intérêts conventionnels de retard de 14% par an, à partir du 1<sup>er</sup> juin 2022, jusqu'à solde.

## **2. La demande reconventionnelle de SOCIETE3.)**

- *Le remboursement du montant de 500.000.- EUR*

SOCIETE3.) demande reconventionnellement la condamnation de SOCIETE1.) au remboursement du montant de 500.000.- EUR, outre les intérêts conventionnels de retard, correspondant au 3<sup>e</sup> avis de tirage de SOCIETE1.) en date 11 avril 2019, qu'il a honoré, au motif que ce paiement est dépourvu de cause.

Au vu des développements au point précédent, le tribunal a retenu qu'il se dégage des conclusions du consultant que les « *Total Commitments* » recueillis par SOCIETE1.) totalisaient la somme de 42.364.010,92 EUR, en date du 18 octobre 2018 et qu'en conséquence, le seuil de 37.500.000.- EUR prévu par la 4<sup>e</sup> condition suspensive du Contrat était atteint le 11 avril 2019.

La 4<sup>e</sup> condition suspensive stipulée au Contrat ayant été réalisée au jour du 3<sup>e</sup> avis de tirage adressé par SOCIETE1.) à SOCIETE3.) le 19 avril 2019, ce volet de la demande reconventionnelle de SOCIETE3.) est à rejeter.

Il n'y a partant pas lieu d'analyser plus en avant les autres conclusions des parties sur ce point, notamment leurs développements sur la reconnaissance ou l'acquiescement par SOCIETE3.) de la réalisation de la condition suspensive déduits du paiement du 3<sup>e</sup> avis de tirage.

- *L'émission d'actions de SOCIETE1.) au bénéfice de SOCIETE3.)*

SOCIETE3.) demande, dans l'hypothèse où elle est condamnée à honorer le 4<sup>e</sup> avis de tirage, l'injonction de SOCIETE1.) d'émettre les 500.000 actions de classe A1 correspondantes, à une valeur nominale de 1.- EUR chacune, au profit de SOCIETE3.), le tout sous peine d'astreinte de 5.000.- EUR par jour de retard à compter de la signification du jugement.

Aux termes de l'article 8.1 du PPM « *The SICAR shall issue the Shares to the Investors in such number as provided in the Drawdown Notice issued by the General Partner so that amounts drawn down under each notice shall constitute the consideration payable for the new Class A1 Shares (...) to be issued by the SICAR. The Shares will be fully paid up.* »

L'émission des actions de SOCIETE1.) correspondant au règlement par SOCIETE3.) du 4<sup>e</sup> avis de tirage ne rencontrant pas de contestations de la part de la demanderesse, il y a lieu de faire droit à ce volet de la demande de SOCIETE3.).

En revanche, dans la mesure où il n'est pas établi que SOCIETE1.) ne satisfera pas l'injonction d'émettre les actions au profit de SOCIETE3.), il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte.

### **3. Les demandes accessoires**

Lors des plaidoiries antérieures au jugement interlocutoire, SOCIETE1.) a sollicité la condamnation de SOCIETE3.) à lui rembourser « *l'intégralité des frais engagés du fait du refus des parties adverses de satisfaire à leurs engagements (...) et ce, en application de l'article 8.11(a)(iv) du PPM (...), et en particulier les frais d'avocats, et ce sur simple présentation d'une note d'honoraires payée, sauf pour le tribunal à arbitrer d'un montant forfaitaire, [qu'elle] estime ne pouvoir être inférieurs à 15.000.- EUR, au vu de la complexité de la présente affaire et des démarches entreprises* ».

SOCIETE1.) restant en défaut d'étayer autrement et de documenter cette demande en indemnisation des frais engagés, la demande est à rejeter.

La demande de SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter, l'iniquité requise par ce texte n'étant pas établie.

SOCIETE3.) succombant, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est également à rejeter.

### **Par ces motifs :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en continuation du jugement du 12 janvier 2022,

**dit** la demande principale partiellement fondée ;

**condamne** le fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.), représenté par la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME à payer à la société en commandite par actions SOCIETE1.) (SCA) SICAR le montant de 500.000.- EUR avec les intérêts conventionnels de retard à partir du 1<sup>er</sup> juin 2022 jusqu'à solde ;

**dit** la demande principale non fondée pour le surplus ;

**dit** la demande reconventionnelle partiellement fondée ;

**enjoint** à la société en commandite par actions SOCIETE1.) (SCA) SICAR, d'émettre les actions correspondantes au profit du fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.), représenté par la société de droit espagnol SOCIETE4.), SA, SME ;

**dit** qu'il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte ;

**dit** la demande reconventionnelle non fondée pour le surplus ;

**dit** la demande de la société en commandite par actions SOCIETE1.) (SCA) SICAR en indemnisation des frais engagés non fondée ;

**rejette** les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure ;

**condamne** le fonds d'investissement de droit espagnol SOCIETE3.), représenté par la société de droit espagnol SOCIETE4.), SOCIETE4.), SA, SME aux frais et dépens de l'instance.