

Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2022TALCH15/00028

Audience publique du mercredi, douze janvier deux mille vingt-deux.

Numéro TAL-2020-05148 du rôle

Composition :

Françoise WAGENER, Vice-présidente ;
Anne MOROCUTTI, juge ;
Nathalie AFLALO, 1^{er} 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 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.) SA SME, établie et ayant son siège social à 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 :

Par acte de l'huissier de justice Michèle WANTZ de Luxembourg en date du 4 mai 2020, la demanderesse a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi 10 juillet 2020 à 09.00 heures devant le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire à Luxembourg, Annexe du Saint-Esprit, salle CO 1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro TAL-2019-05148 du rôle pour l'audience publique du 10 juillet 2020 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 10 février 2021 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

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

Maître Amin BOUAZZA, en remplacement de Maître Olivier REISCH, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et fixa le prononcé au 31 mars 2021.

Le tribunal ordonna la rupture du délibéré le 23 mars 2021 et refixa l'affaire à l'audience publique du 30 mars 2021.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 17 novembre 2021 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

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

Maître Amin BOUAZZA, en remplacement de Maître Olivier REISCH, mandataire de la partie défenderesse, 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 :

Faits et procédure

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** »).

SOCIETE1.) 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.), 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^e avis de tirage, également pour un montant de 500.000.- EUR, que SOCIETE3.) reste à ce jour 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.

Prétentions et moyens des parties

Dans l'acte d'assignation, **SOCIETE1.)** demande la condamnation de SOCIETE3.), poursuites et diligences aux fins de la présente procédure par SOCIETE4.), 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.

Elle demande également la majoration de trois points du taux d'intérêt légal à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification de la décision à intervenir, ainsi que la condamnation des parties défenderesses aux frais et dépens de l'instance et l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 4.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Lors de l'audience des plaidoiries, elle sollicite encore la condamnation des parties défenderesses à lui rembourser « *l'intégralité des frais engagés du fait du refus des parties adverses de satisfaire à leur 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* ». Elle augmente également le montant de l'indemnité de procédure demandée à 5.000.- EUR.

La demanderesse base sa demande sur l'article 1134 du Code civil.

Elle explique que l'article 8 du Contrat prévoit quatre conditions suspensives, dont les trois premières devaient être remplies pour qu'elle puisse, à travers son associé commandité SOCIETE2.), adresser à SOCIETE3.) des avis de tirage pour un montant

ne dépassant pas 1.000.000.- EUR. Ces trois premières conditions ont été réalisées en avril et juin 2017 et SOCIETE3.) a satisfait aux deux premiers avis de tirage, pour un montant de 500.000.- EUR chacun, que SOCIETE1.) lui a adressés.

L'article 8 du Contrat prévoit une 4^e condition suspensive, qui doit être remplie avant que SOCIETE1.) puisse adresser à SOCIETE3.) des avis de tirage au-delà du montant de 1.000.000.- EUR mentionné ci-avant et jusqu'au montant total prévu au Contrat, à savoir 5.000.000.- EUR.

SOCIETE1.) soutient que cette 4^e condition suspensive a également été réalisée, précisant que SOCIETE3.) a d'ailleurs satisfait au 3^e tirage à hauteur de 500.000.- EUR, qui dépassait le montant de 1.000.000.- EUR déjà appelé par SOCIETE1.) et investi par SOCIETE3.) auparavant.

Arguant que toutes les conditions suspensives ont été réalisées et que, par conséquent, le 4^e avis de tirage a été régulièrement adressé à SOCIETE3.), SOCIETE1.) conclut à la condamnation de SOCIETE3.) au paiement du montant y visé de 500.000.- EUR, qui reste actuellement en souffrance.

Elle ajoute que suivant l'article 8.9 du PPM, la non-exécution d'une demande de tirage ouvre droit à l'application d'intérêts conventionnels de retard au taux de 14%, à partir de la date du tirage, soit le 27 février 2020.

En réplique aux arguments adverses, SOCIETE1.) explique que son objet social consiste à investir dans des projets relevant du domaine de l'énergie renouvelable et que les avis de tirage sont adressés aux investisseurs « *en fonction et au fur et à mesure des projets* ».

Elle poursuit que « *l'engagement pris par un investisseur est irrévocable et ce dernier est tenu de satisfaire à une demande de paiement dans les 10 jours* », conformément aux articles 6.3 et 6.8 de ses statuts ; le défaut pour un investisseur « *de payer suite à une demande de contribution (drawdown) (...) met en jeu la survie du fonds* ».

En ce qui concerne la 4^e condition suspensive, dont les parties défenderesses soutiennent qu'elle ne serait pas réalisée, SOCIETE1.) donne à considérer que son agent teneur de registre, la société SOCIETE5.) SCA, a émis un certificat le 30 septembre 2018, suivant lequel les engagements (« *commitments* ») reçus par SOCIETE1.) à cette date totalisaient 60.642.958,08 EUR. Ce chiffre a également été confirmé par l'auditeur de SOCIETE1.), SOCIETE6.), pour les comptes annuels de 2018.

En réponse aux questions posées à ce sujet par SOCIETE4.), en sa qualité de gérant de SOCIETE3.), SOCIETE1.) a confirmé, dans un courriel du 4 mai 2020, que les engagements de souscrire qu'elle avait reçus de la part d'investisseurs excédaient le seuil de 37.500.000.- EUR stipulé dans la 4^e condition suspensive.

SOCIETE1.) conclut par conséquent qu'« *il n'est plus contestable que la [4^e] condition suspensive a été levée* » et elle conclut qu'au regard de l'article 1176 du Code civil, le paiement qu'elle réclame est dû, ajoutant qu'au vu de sa « *durée de vie limitée* » en tant que SICAR, elle « *ne peut se permettre de souffrir de retard dans le versement* ».

des contributions dans un domaine dynamique comme celui des énergies renouvelables », de sorte que sa demande en application des intérêts conventionnels de retard est également fondée.

Elle donne encore à considérer que l'argumentaire adverse repose sur un amalgame entre les notions de promesse de souscription (« *commitment* ») de la part d'investisseurs envers SOCIETE1.) et la souscription effective d'actions par ces investisseurs suivant les appels à capital (« *drawdown* ») leur adressés par SOCIETE1.). Elle précise que les promesses de souscription qu'elle a reçues suivant les contrats de souscription conclus avec d'autres investisseurs sont toutes irrévocables et que si ces contrats contiennent des conditions suspensives, celles-ci sont relatives uniquement au tirage du montant que ces investisseurs se sont engagés à investir. Elle conclut par conséquent que la 4^e condition suspensive est réalisée puisque le montant des promesses de souscription reçues dépassait le seuil de 37.500.000.- EUR prévu dans la 4^e condition suspensive au moment du 4^e avis de tirage, de même qu'au moment du 3^e avis de tirage adressé à SOCIETE3.).

Ensuite, SOCIETE1.) fait valoir que si les parties défenderesses critiquent la valeur probante des documents sur lesquels la demanderesse s'appuie pour établir ses prétentions, elles n'ont engagé aucune action pour faux par rapport aux documents critiqués.

En ce qui concerne les développements adverses relatifs à la notion de « *Defaulting Investor* » tirée du PPM, la demanderesse explique que les dispositions citées par SOCIETE3.) n'ont pas la portée qu'il leur confère et qu'aucune autre disposition de ses statuts ou du PPM ne prévoit qu'il faut exclure du calcul des « *Total Commitments* » les « *Commitments* » d'un « *Defaulting Investor* ».

Enfin, la demanderesse explique que la demande, formulée à titre subsidiaire par SOCIETE3.), qui tend à voir le tribunal lui enjoindre d'émettre des actions au bénéfice de celui-ci dans l'hypothèse où il était condamné à payer le montant réclamé de 500.000.- EUR est sans objet, alors que les actions seront évidemment émises au bénéfice de SOCIETE3.) dès paiement du montant en souffrance.

SOCIETE1.) conclut encore au rejet de la demande reconventionnelle de SOCIETE3.) en remboursement du montant de 500.000.- EUR payé suite au 3^e avis de tirage du 11 avril 2019, au motif que ce montant était dû, puisque la 4^e condition suspensive était déjà réalisée à cette date.

Elle conclut également au rejet de la demande adverse en production forcée de pièces qu'elle estime non-pertinente.

SOCIETE3.) conclut au rejet de la demande de SOCIETE1.). Il soutient que SOCIETE1.) ne remplit pas la charge de la preuve qui lui incombe suivant l'article 1315 du Code civil, alors qu'elle n'établit pas que la 4^e 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 précise 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 qu'il s'était engagé à investir après la

réalisation des trois premières conditions suspensives, ne saurait être interprété comme un « *commencement d'exécution ou ratification tacite* » de sa part en ce qui concerne la réalisation de la 4^e condition suspensive.

D'après SOCIETE3.), le but de la 4^e 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* ».

Arguant que son engagement suivant le Contrat ne constitue qu'une « *promesse de souscription* », SOCIETE3.) soutient que la 4^e condition suspensive « *subordonnait donc l'exécution de cette promesse (pour des montants allant au-delà de 1.000.000.- EUR) à la réunion par [SOCIETE1.] d'engagements de souscrire, [de la part] d'autres investisseurs, d'un montant supérieur à 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.). L'article 7 de la *Side Letter* prévoit d'ailleurs également une « *homogénéité* » entre les conditions négociées avec SOCIETE3.) et celles négociées avec les autres investisseurs.

Or, d'après SOCIETE3.), « *l'écrasante partie* » des engagements envers SOCIETE1.) des autres investisseurs, notamment SOCIETE7.), SOCIETE2.) et SOCIETE8.), « *est artificielle* » dans la mesure où il s'agit d'engagements conditionnels, conditionnés, en ce qui concerne SOCIETE2.) et SOCIETE8.), par la souscription effective d'actions de SOCIETE1.) par SOCIETE9.), qui est actuellement défaillant et qui a été assigné en paiement par SOCIETE1.) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, où ladite procédure est pendante. Elles ajoutent qu'« *en 5 ans, seul 8% du prétendu montant total des engagements [de souscrire aux actions de SOCIETE1.]) (4.177.773,16 / 55.692.754 = 8%) a été souscrit* ».

Les parties défenderesses donnent à considérer que la question de savoir si la 4^e 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 s'agit 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.

Afin d'établir le caractère conditionnel des engagements des autres investisseurs de SOCIETE1.), notamment SOCIETE7.), SOCIETE2.) et SOCIETE8.), SOCIETE3.) formule une demande de production forcée de pièces.

À titre subsidiaire, pour le cas où le tribunal estimait que l'intention des parties a été respectée, SOCIETE3.) fait valoir que la 4^e 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* »). Il poursuit que SOCIETE9.), dont l'engagement représente 25% des engagements totaux, soit un montant de 13.923.188,50 EUR sur un montant de 55.692.754.- EUR,

est actuellement défaillante, de sorte que son engagement ne saurait être pris en compte pour calculer le montant total des engagements recueillis par SOCIETE1.).

SOCIETE3.) s'est engagé à souscrire des actions de classe A1, de même que SOCIETE9.), SOCIETE7.), SOCIETE2.) et SOCIETE8.). Or, les engagements de ces quatre investisseurs ne suffisent pas pour atteindre le seuil requis pour la réalisation de la 4^e condition suspensive, contrairement à ce qui est indiqué dans les comptes annuels de SOCIETE1.) pour l'année 2019, qui sont, d'après les parties défenderesses, « truffés d'éléments erronés et de contradictions ».

À titre plus subsidiaire, SOCIETE3.) invoque 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^e condition suspensive] a été réalisée » doivent être sanctionnées.

SOCIETE3.) précise encore qu'il n'a « jamais obtenu de clarifications et réponses [aux] questions légitimes » posées par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) peu avant l'émission du 4^e 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.) se fonde 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.) donne 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 conclut 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.) estime qu'« il serait aberrant de [les] condamner au paiement d'actions qu'[elles n'ont] en fait jamais reçu[es] ». Il poursuit que la demanderesse ne prouve aucun préjudice dans son chef et demande par conséquent au tribunal « de réduire le montant des dommages et intérêts à 1 euro symbolique ».

En dernier ordre de subsidiarité, SOCIETE3.) 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.) demande 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^e avis de tirage du 11 avril 2019, avec les intérêts conventionnels au taux de 14%.

Il demande 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.

Enfin, SOCIETE3.) sollicite l'allocation d'un montant de 5.000.- EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la condamnation de la demanderesse aux frais et dépens de l'instance.

Motifs de la décision

Lors de l'audience des plaidoiries du 10 février 2021, SOCIETE3.) avait demandé au tribunal de surseoir à statuer en soulevant, avant toute défense au fond, l'exception de connexité. Lors de l'audience des plaidoiries du 17 novembre 2021, il renonce à ce moyen de procédure.

Acte est donné à SOCIETE3.) de sa renonciation au moyen de l'exception de connexité soulevé.

1. La demande principale

Aux termes de l'article 1134 du Code civil, « *[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Elles doivent être exécutées de bonne foi.* ».

L'interprétation des conventions conclues entre parties relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond (*cf.* Cour de cassation, 17 mars 1960, Pasicrisie 2, p.464 ; Cour de cassation, Arrêt N°31/16 du 17 mars 2016, N°3623 du rôle).

Ainsi, il appartient au juge d'interpréter, c'est-à-dire de se demander, à partir de *l'instrumentum*, à quoi les parties sont tenues ; il lui appartiendra par la suite de contrôler l'exécution.

Plus précisément, dans la recherche de la volonté commune des parties au moment de la conclusion du contrat, toutes les clauses de la convention s'interprètent les unes par les autres, de manière à donner à chacune d'elles le sens qui résulte de l'acte entier (*cf.* Cour d'appel (7^e chambre) 19 juillet 2013, N°38841).

En l'espèce, les parties s'accordent à considérer que suivant l'article 8 du Contrat (*cf.* pièce n°1 de Maître Laniez), le droit pour l'associé commandité (« *General Partner* ») de SOCIETE1.) d'adresser des avis de tirage (« *Drawdown notices* ») à SOCIETE3.) et l'obligation concomitante de celui-ci de remplir son engagement de souscrire aux actions de SOCIETE1.) sont soumis à plusieurs conditions suspensives.

Une première série de conditions, regroupées sous l'intitulé « *First Condition Precedent* » vise (i) l'adoption par SOCIETE1.) du statut d'une SICAR, au sens de la

loi SICAR, (ii) l'approbation de son PPM par la CSSF et (iii) la signature entre parties de la *Side Letter*. Les parties s'accordant à considérer que ces trois conditions ont toutes été réalisées et elles ne remettent pas en cause les tirages pour un montant total de 1.000.000.- EUR effectués par SOCIETE1.) sur cette base.

Le désaccord des parties porte sur la réalisation de la 4^e condition suspensive, définie dans le Contrat comme « *Second Condition Precedent* », qui conditionne le droit pour le General Partner de SOCIETE1.) d'adresser à SOCIETE3.) des appels de fonds au-delà du seuil de 1.000.000.- EUR mentionné ci-avant, ainsi que l'obligation concomitante de SOCIETE3.) d'y donner suite et de souscrire des actions de SOCIETE1.).

La 4^e condition suspensive (« *Second Condition Precedent* ») est 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"). »

Au regard de la stipulation précitée, le tribunal retient, 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.

Aux termes de l'article 1181 du Code civil, « *l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain (...)* », dans ce cas, « *l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement* ».

L'événement futur qui, en l'espèce, conditionne l'obligation de souscription de SOCIETE3.) au-delà du montant de 1.000.000.- EUR consiste dans l'atteinte d'un seuil en termes de « *Total Commitments* » recueillis par SOCIETE1.), ceux-ci devant totaliser le montant de 37.500.000.- EUR au moins pour déclencher l'obligation de souscription de SOCIETE3.) à l'égard de SOCIETE1.).

Les vues des parties divergent en ce qui concerne l'interprétation du terme « *Total Commitments* » qui sous-tend la définition du seuil de 37.500.000.- EUR : la demanderesse soutient que ce terme vise les promesses de souscription d'investisseurs à son égard et non la souscription effective des actions par lesdits investisseurs ; les parties défenderesses, qui confirment partager le point de vue de la demanderesse en ce qui concerne la distinction entre les notions de promesse de souscription et de souscription effective, font valoir que les contrats de souscription conclus entre SOCIETE1.) et les autres investisseurs contiennent des conditions suspensives d'un autre type qui permettent à ces investisseurs de ne pas souscrire.

En d'autres termes, les parties défenderesses soutiennent que la demanderesse a inclus dans son calcul du montant des « *Total Commitments* » des promesses de souscription (« *Commitments* ») qui sont soit conditionnelles et ne sont donc pas fermes, soit émanent d'investisseurs défaillants (« *Defaulting Investors* »), tel SOCIETE9.). D'après le défendeur, lesdites promesses ne peuvent être prises en considération pour déterminer le montant des « *Total Commitments* » et s'il en est fait abstraction, le seuil de 37.500.000.- EUR n'est pas atteint, de sorte que la 4^e condition suspensive n'est pas réalisée et que le paiement réclamé n'est pas dû.

Le tribunal relève que le terme « *Total Commitments* » n'est pas défini dans le Contrat.

L'article 22.1(a) du Contrat renvoie, pour ce qui est de la définition de termes capitalisés employés dans le Contrat, mais qui n'y sont pas définis, aux statuts de SOCIETE1.), respectivement au PPM (« *In this Subscription Agreement (including the Schedules), unless the context otherwise requires, (a) capitalised terms shall bear the same meaning as in the Articles and / or the Prospectus, as applicable (...).* »).

Les statuts de SOCIETE1.) (cf. pièce n°3 de Maître Reisch) ne contenant pas de définition du terme « *Total Commitments* », il convient de se référer au PPM (cf. pièce n°3 de Maître Laniez), où ce terme est défini à l'article 1.1 comme visant :

« *the aggregate amount for the time being of the Commitments of the Investors (including, for the avoidance of doubt, the Initiators' Commitment)* »

Le terme « *Commitment* » employé dans la définition précitée est quant à lui défini au même article du PPM, comme suit :

« *in relation to an Investor, the amount committed by it to the SICAR [SOCIETE1.] (and accepted by the General Partner in accordance with the provisions of this Memorandum [PPM]), whether or not such amount has been advanced in whole or in part and whether or not it has been repaid to the Investor in whole or in part* »

Ensuite, le terme « *Investor* » visé dans les deux définitions précitées est, suivant le même article du PPM, à lire ainsi : « *any person, excluding the General Partner, who becomes a Shareholder in the SICAR by signing a Subscription Agreement pursuant to clause 6 (...)* ».

Enfin, le terme « *Shareholder* » vise « *any person who subscribes for Shares (...) in the SICAR (...)* ».

Le processus suivant lequel un investisseur potentiel (« *applicant* ») devient un « *Investor* » et « *Shareholder* » au sens des définitions précitées est décrit à l'article 6 du PPM, auquel il est fait référence dans la définition précitée du terme « *Investor* », et plus précisément dans la seconde phrase de l'article 6.1 :

« *The General Partner's acceptance of a Subscription Agreement shall constitute the applicant as a Shareholder and an Investor and, following such acceptance,*

the applicant shall have all the rights and shall comply with all the obligations of a Shareholder and an Investor set out in this Memorandum. »

Si l'amalgame dans le PPM entre les termes « *Investor* » et « *Shareholder* » et les références croisées entre ces termes peuvent prêter à confusion, en ce que ces deux termes sont employés indistinctement pour viser les investisseurs s'étant engagés à souscrire des actions de SOCIETE1.), mais n'ayant pas encore souscrit, et ceux qui en souscrivant effectivement aux actions de SOCIETE1.), sont devenus actionnaires de celle-ci, la définition du terme « *Commitment* » est suffisamment claire pour y pallier.

Ce terme vise les sommes que les investisseurs, c'est-à-dire les personnes ayant conclu un contrat de souscription avec SOCIETE1.), se sont engagés à investir dans celle-ci en souscrivant aux actions qu'elle émettra ; ce terme englobe (i) les engagements de souscrire qui n'ont pas encore donné lieu à un tirage et donc à la souscription effective d'actions de SOCIETE1.) (« *whether or not such amount has been advanced in whole or in part* »), peu importe sous ce rapport que le tirage (« *drawdown* ») soit soumis à une ou plusieurs conditions suspensives ; et (ii) les montants effectivement investis qui ont ensuite été remboursés aux investisseurs (« *whether or not it has been repaid to the Investor in whole or in part* »).

Il convient ensuite d'analyser si, comme le soutient SOCIETE3.), le « *Commitment* » d'un « *Defaulting Investor* » doit être exclu du calcul du montant des « *Total Commitments* ».

Le terme « *Defaulting Investor* » est défini à l'article 1.1 du PPM, qui renvoie à l'article 8.10 du PPM formulé en ces termes :

« If the Investor has not remedied such default and paid all interest at the expiry of thirty (30) calendar days from the date of such Default Notice, the General Partner may deem such Investor to be a Defaulting Investor. »

Suivant la disposition précitée, lorsqu'un investisseur reste en défaut d'honorer un avis de tirage que lui a adressé l'associé commandité de SOCIETE1.), ce dernier a la faculté (« *may deem* ») de qualifier cet investisseur de « *Defaulting Investor* ».

Si la qualification d'un investisseur en « *Defaulting Investor* » n'est pas automatique, il ressort en l'espèce de l'assignation du 27 septembre 2019 dirigée par SOCIETE1.) à l'encontre de SOCIETE9.), que, conformément aux arguments avancés par SOCIETE3.), SOCIETE9.) est considéré comme étant un « *Defaulting Investor* », SOCIETE1.) indiquant dans ladite assignation qu'« *[e]n l'absence (..) de versement de SOCIETE9.), celui-ci doit être considéré en défaut conformément à l'article 8.10 du [PPM]* ».

SOCIETE3.) soutient que l'exclusion du montant du « *Commitment* » d'un « *Defaulting Investor* » du calcul du montant des « *Total Commitments* » est prévue aux articles 8.11(a)(iii) et 8.13 du PPM.

Le tribunal relève que le passage suivant, que SOCIETE3.) cite dans sa note de plaidoiries pour appuyer son argumentaire :

« the Total Commitments of the SICAR [SOCIETE1.] shall be deemed to have been reduced by an amount equal to the Commitment of the Defaulting Investor »

est en fait précédée par les termes *« for the purpose of clause 15 and the determination of the Management Fee »*.

Il suit que la disposition en question n'a pas la portée globale qu'entend lui attribuer SOCIETE3.), mais s'applique uniquement pour le calcul du montant de la commission de gestion (*« Management Fee »*) due par SOCIETE1.) à son associé commandité suivant l'article 15 du PPM.

Il en est de même des dispositions de l'article 8.13 du PPM, dont la teneur est la suivante :

« a Defaulting Investor shall not be entitled to receive notice of or vote at any meeting of the SICAR or participate in any Investors' Ordinary Consent or Investors' Special Consent or vote at any meeting of the SICAR or the LP's Committee, and their Commitment shall not be included as part of the Total Commitment for these purposes. »

Cet article exclut la prise en compte du *« Commitment »* d'un *« Defaulting Investor »* uniquement en ce qui concerne les droits de ce dernier de participer et de voter aux assemblées de SOCIETE1.) et de prendre part aux *« Investors' Ordinary Consent or Investors' Special Consent »* et n'a pas non plus la portée globale que SOCIETE3.) y lit.

Il suit des développements qui précèdent que les dispositions des article 8.11(a)(iii) et 8.13 du PPM n'ont pas d'incidence sur le calcul du montant des *« Total Commitments »* pour les besoins de la 4^e condition suspensive et il ne ressort d'aucune autre disposition des statuts de SOCIETE1.) ou du PPM, que le *« Commitment »* d'un *« Defaulting Investor »* doit être exclu du calcul du montant des *« Total Commitments »* pour déterminer si le seuil prévu suivant la 4^e condition suspensive est atteint.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le tribunal retient que, lu à la lumière de la définition précitée du terme *« Commitment »*, le terme *« Total Commitments »* dans la 4^e 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 »*, distinguer entre les tirages honorés et les tirages non-honorés, ni de déduire le *« Commitment »* de *« Defaulting Investors »*.

Il s'en suit 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, compte tenu des contestations adverses, établir que les engagements de souscrire qu'elle a reçus de la part d'investisseurs totalisent au moins 37.500.000.- EUR.

À cette fin, SOCIETE1.) s'appuie sur :

- (a) un certificat émis par son agent teneur de registre, la société SOCIETE5.) SCA, du 30 septembre 2018 (cf. pièce n°5 de Maître Laniez), qui renseigne à titre de « *Total Commitments* » à cette date, un montant de 60.642.958,08 EUR ; et
- (b) ses comptes annuels rectifiés pour l'exercice 2019, y compris les notes y afférentes, ainsi que le rapport du réviseur d'entreprises agréé, la société coopérative SOCIETE6.) (cf. pièce n°19 de Maître Laniez), dans lesquels il est précisé (à la Note 6) que le montant des « *Total Commitments* » au 31 décembre 2019, de même qu'au 31 décembre 2018, était de 55.692.254.- EUR ; et
- (c) un courriel du 5 mars 2020, en réponse au courriel d'une collaboratrice de la société de droit espagnol SOCIETE2'.) du 2 mars 2020 (cf. pièce n°13 de Maître Laniez), dans lequel un collaborateur de la société coopérative SOCIETE6.), en sa qualité de réviseur d'entreprises agréé de SOCIETE1.), écrit que « *le montant des engagements totaux s'élève à 60.642.958,08 EUR* ».

SOCIETE3.) conteste qu'au moment de l'émission du 4^e avis de tirage du 27 février 2020, qui sous-tend la demande en paiement de SOCIETE1.), de même qu'au moment l'émission du précédent avis de tirage du 11 avril 2019, qu'il a honoré et au titre duquel il formule une demande reconventionnelle en remboursement, la 4^e condition suspensive (« *Second Condition Precedent* ») était réalisée.

À l'appui de ses contestations, SOCIETE3.) souligne les différences entre les chiffres indiqués dans les documents produits par SOCIETE1.) ou émanant de celle-ci.

Le tribunal relève tout d'abord, conformément aux développements de SOCIETE3.), que le montant des « *Total Commitments* » indiqué dans le certificat émis par l'agent teneur de registre de SOCIETE1.) le 30 septembre 2018 (60.642.958,08 EUR) diverge de celui indiqué dans les comptes annuels de SOCIETE1.) pour l'exercice 2018 (19.234.957,17 EUR) (cf. pièce n°1 de Maître Reisch).

Le tribunal constate également, s'il est précisé dans les comptes annuels rectifiés pour l'exercice 2019 que le montant de 19.234.957,17 EUR indiqué dans les comptes annuels de 2018 est erroné et que le montant qui aurait dû y être indiqué était de 55.692.254.- EUR, que ce montant ne correspond ni au montant renseigné dans le certificat de l'agent teneur de registre du 30 septembre 2018 (60.642.958,08 EUR), ni au montant indiqué par le collaborateur de la société coopérative SOCIETE6.) dans le courriel précité du 5 mars 2020 (60.642.958,08 EUR).

Il convient encore de relever que dans la version initiale des comptes annuels de SOCIETE1.) pour l'exercice 2019 (cf. pièce n°14 de Maître Laniez), il est précisé que le montant des « *Total Commitments* » au 31 décembre 2019 était de 60.642.958,08 EUR, sans autre précision au sujet de ce montant au 31 décembre 2018.

Ensuite, il convient d'ajouter que conformément aux développements de SOCIETE1.), la société coopérative SOCIETE6.), a, dans son rapport joint aux comptes annuels rectifiés pour l'exercice 2019, indiqué que les modifications apportées par rapport à la

version précédente des comptes annuels pour cet exercice, afin de corriger une erreur sur le montant des « *Total Commitments* » qui y figurait (« *following the correction of an error in relation to total capital commitment figure* »), ne modifient pas l'opinion exprimée par rapport à ladite version précédente (« *Our opinion is not modified in respect of this matter* »).

Dans la mesure où le réviseur de SOCIETE1.) n'a relevé d'erreur par rapport au montant des « *Total Commitments* » ni dans son rapport relatif à la version précédente des comptes annuels de 2019 (où le montant indiqué était de 60.642.958,08 EUR), ni dans celui relatif aux comptes annuels de 2018 (où le montant indiqué était de 19.234.957,17 EUR) et où l'un de ses collaborateurs avait confirmé le 5 mars 2020, que le montant pour l'exercice 2018 était de 60.642.958,08 EUR, l'ajout précité du réviseur dans son rapport pour les comptes annuels de 2019 ne suffit pas pour faire fi des divergences relevées ci-avant.

SOCIETE1.) ne fournit aucune explication au sujet de la divergence entre les montants indiqués dans les documents mentionnés ci-avant et le tribunal ne dispose pas d'éléments lui permettant de prêter davantage foi aux indications contenues dans les comptes annuels rectifiés de 2019 qu'à celles contenues dans les comptes annuels publiés pour l'exercice 2018.

Ensuite, SOCIETE3.) fait valoir, si les conditions suspensives prévues dans le Contrat conditionnent son obligation d'investir dans SOCIETE1.), c'est-à-dire la faculté de SOCIETE1.) de lui adresser des appels de capital ou « *drawdown* », que les accords conclus entre SOCIETE1.) et d'autres investisseurs comportent des conditions suspensives d'un autre type, conditionnant non pas le « *drawdown* », mais le « *Commitment* » de ces investisseurs, et leur permettant de ne pas investir.

Afin d'établir le caractère conditionnel des engagements des autres investisseurs de SOCIETE1.), notamment SOCIETE7.), SOCIETE2.) et SOCIETE8.), SOCIETE3.) formule une demande de production forcée de pièces.

Devant la contradiction entre les chiffres indiqués dans les différents documents mentionnés ci-avant, contradiction que le tribunal n'est, en l'espèce, pas en mesure de résoudre, et face aux contestations de SOCIETE3.), qui soutient que certaines promesses de souscription seraient conditionnelles – contestations qui au regard des divergences relevées ne sont pas dénuées de pertinence – le tribunal considère que la mesure d'instruction la plus appropriée est en l'occurrence le recours à un consultant, conformément à l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile, pour procéder aux opérations libellées au dispositif du présent jugement.

En attendant le résultat de la mesure d'instruction, il y a lieu de réserver les demandes des parties.

L'affaire est fixée au rôle général en attendant le dépôt du rapport du consultant.

Par ces motifs :

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.), 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^e 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.), 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^{er} 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^{er} 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.