Ordonnance en matière commerciale 2020TALCH02/01723, en application de l'article 450-8, alinéas 2 et 5 de la loi modifiée du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Audience présidentielle tenue le vendredi, vingt-sept novembre deux mille vingt, à 9h00, par Nous Anick WOLFF, 1ère vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, présidant la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, assistée de Monsieur le greffier assumé Thierry LINSTER.

Dans la cause I (numéro de rôle TAL-2020-05078)

entre :

1. la société **SOC1.) AG**, société anonyme de droit suisse, établie et ayant son siège social à CH-(…) (SUISSE), (…), immatriculée au registre de commerce du canton de Zürich sous le n° CHE-(…)

2. la société **SOC2.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement alternatif réservé, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (…)

3. la société **SOC3.) HOLDING LTD**, société limited de droit de Saint Vincent et des Grenadines, établie et ayant son siège social à (…), (…), Saint Vincent et les Grenadines, immatriculée au registre de commerce sous le n° (…)

4. la société **SOC4.)LIMITED**, établie et ayant son siège social à (…), (…), Saint Vincent et les Grenadines, immatriculée au registre de commerce sous le n° (…)

5. la société **SOC5.) SA**, société anonyme de droit suisse, établie et ayant son siège social à CH-(…) (SUISSE), (…), immatriculée au registre de commerce de Genève sous le n°CHE-(…), n°fédéral CH-(…)

6. Monsieur **A1.)**, demeurant à (…), (…), Israël

7. Madame **A2.)**, demeurant à (…), (…), Israël

8. Madame **A3.)**, demeurant à (…), (…), Israël

9. Monsieur **A4.)**, demeurant à (…), (…), Israël

10. Monsieur **A5.)**, demeurant à (…), (…), Israël

11. Monsieur **A6.)**, demeurant à (…), (…), Israël

12. Monsieur **A7.)**, demeurant à (…), (…), Israël

13. Monsieur **A8.)**, demeurant à (…), (…), Israël

14. Monsieur **A9.)**, demeurant à (…), (…), Israël

15. Monsieur **A10.)**, demeurant à (…), (…), Israël

16. Monsieur **A11.)**, demeurant à (…), (…), Israël

17. Madame **A12.)**, demeurant à (…), (…), Israël

18. Monsieur **A13.)**, demeurant à 25th (…), (…), Israël

19. Monsieur **A14.)**, demeurant à (…), (…)Israël

20. Monsieur **A15.)**, demeurant à (…), (…), Israël

21. Monsieur **A16.)**, demeurant à (…), (…), Israël

22. Monsieur **A17.)**, demeurant à (…), (…), Israël

23. Monsieur **A18.)**, demeurant à (…), (…), Israël

24. Monsieur **A19.)**, demeurant à B-(…) (Belgique), (…)

25. Monsieur **A20.)**, demeurant à B-(…) (Belgique), (…)

26. Monsieur **A21.)**, demeurant à B-(…) (Belgique), (…)

27. Madame **A22.)**, demeurant à B-(…) (Belgique), (…)

28. Monsieur **A23.)**, demeurant à NL-(…) (Pays-Bas), (…), et son épouse

29. Madame **A24.)**, demeurant à NL-(…) (Pays-Bas), (…)

30. Monsieur **A25.)**, demeurant à B-(…) (Belgique), (…)

31. Monsieur **A26.)**, demeurant à (…), (…), Pays-Bas

32. la société **SOC6.), SOC6.) SA**, société anonyme de droit suisse, établie et ayant son siège social à CH-(…) (SUISSE), (…), immatriculée au registre de commerce de Genève sous le n°CHE-(…), n° fédéral CH-(…)

33. la société **SOC7.)**, établie et ayant son siège social à (…), (…), Isle of Man, (…)

34. Monsieur **A27.)**, demeurant à B-(…) (Belgique), (…)

35. la société **SOC8.) LTD**., société de droit du Royaume-Uni, enregistrée au registre de commerce de Jersey sous le numéro (…), établie et ayant son siège social à (…), JERSEY (ROYAUME-UNI) en sa qualité de trustee de **SOC9.)** TRUST, et en sa qualité de trustee de **SOC10.)** TRUST

36. Monsieur **A28.)**, demeurant à (…) (Israël)

37. Monsieur **A29.)**, demeurant à (…) (Israël)

38. Monsieur **A30.)**, demeurant à (…) (Israël)

39. Monsieur **A31.)**, demeurant à (…) (Israël)

40. Monsieur **A32.)**, demeurant à (…) (Israël)

41. Monsieur **A33.)**, demeurant à (…), (Israël)

42. Madame **A34.)**, demeurant à (…), (Israël)

43. Monsieur **A35.)**, demeurant à (…), Israël

44. Monsieur **A36.)**, demeurant à (…), Israël

45. Madame **A37.)**, demeurant à (…), Israël

46. Monsieur **A38.)**, demeurant à (…), Israël

47. Madame **A39.)**, demeurant à (…), Israël

48. Monsieur **A40.)**, demeurant à (…), Israël

49. Madame **A41.)**, demeurant à (…), Israël

50. Monsieur **A42.)**, demeurant à (…), Israël

51. Madame **A43.)**, demeurant à (…) Israël

52. Monsieur **A44.)**, demeurant à (…) Israël

53. Monsieur **A45.)**, demeurant à (…), Israël

54. Monsieur **A46.)**, demeurant à (…), Israël

55. Monsieur **A47.)**, demeurant à (…), Israël

56. Monsieur **A48.)**, demeurant à (…), Israël

57. Monsieur **A49.)**, demeurant à (…), Israël

58. Monsieur **A50.)**, demeurant à (…), Israël

59. Monsieur **A51.)**, demeurant à (…), Israël

60. Monsieur **A52.)**, demeurant à (…), Israël

61. Monsieur **A53.)**, demeurant à (…), Israël

62. Madame **A54.)**, demeurant à (…), Israël

63. Monsieur **A55.)**, demeurant à (…), Israël

64. Monsieur **A56.)**, demeurant à (…), Israël

65. Monsieur **A57.)**, demeurant à (…), Israël

66. Madame **A58.)**, demeurant à (…), Israël

67. Monsieur **A59.)**, demeurant à (…), Israël

68. Monsieur **A60.)**, demeurant à (…), Israël

69. Monsieur **A61.)**, demeurant à (…), Israël

70. Monsieur **A62.)**, demeurant à (…), Israël

71. Madame **A63.)**, demeurant à (…), Israël

72. Madame **A64.)**, demeurant à (…), Israël

73. Monsieur **A65.)**, demeurant à (…), Israël

74. Madame **A66.)**, demeurant à (…), Israël

75. Monsieur **A67.)**, demeurant à (…), Israël

76. Madame **A68.)**, demeurant à (…), Israël

77. Madame **A69.)**, demeurant à (…), Israël

78. Monsieur **A70.)**, demeurant à (…), Israël

79. Monsieur **A71.)**, demeurant à (…), Israël

80. Monsieur **A72.)**, demeurant à (…), Israël

81. Madame **A73.)**, demeurant à (…), Israël

82. Monsieur **A74.)**, demeurant à (…), Israël

83. Madame **A75.)**, demeurant à (…), Israël

84. Monsieur **A76.)**, demeurant à (…), Israël

85. Monsieur **A77.)**, demeurant à (…), Israël

86. Monsieur **A78.)**, demeurant à (…), Israël

87. Monsieur **A79.)**, demeurant à (…), Israël

88. Monsieur **A80.)**, demeurant à (…), Israël

89. Monsieur **A81.)**, demeurant à (…), Israël

90. Madame **A82.)**, demeurant à (…), Israël

élisant domicile en l'étude de Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demandeurs, comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1. la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.) SA**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions et inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…) ;

défenderesse, comparant par Maître Donald VENKATAPEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. Monsieur **B1.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-(…), (…), en sa qualité de membre du conseil d'administration et président du conseil d'administration de la société **SOC11.)** SA ;

défendeur, défaillant,

3. Monsieur **B2.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-(…), (…), en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société **SOC11.)** SA ;

défendeur, défaillant,

4. Monsieur **B3.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-(…), (…);

défendeur, comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

5. la **Commission de Surveillance du Secteur Financier**, établissement public de droit luxembourgeois, établie et ayant son siège social à L-1150 Luxembourg, 283, route d'Arlon, représentée par sa direction et/ou son directeur général et/ou ses directeurs actuellement en fonctions, en sa qualité de commissaire de surveillance de la société **SOC11.)** SA ;

défenderesse, comparant par Maître Virginie VERDANET, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

Et dans la cause II (numéro de rôle TAL-2020-07189)

entre :

La société anonyme **SOC11.)**, établie et ayan son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite auprès du Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…);

demandresse, comparant par Maître Donald VENKATAPEN, avocat à la Cour, demeurant Luxembourg,

et :

La société anonyme **SOC12.) SICAV SIF**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…);

défendresse, défaillant.

Vu l'exploit des assignations ci-après annexées.

Après avoir entendu en l'audience du 6 octobre 2020 les mandataires des parties en leurs conclusions, Madame la 1ère vice-présidente Anick WOLFF avait fixé le prononcé de l'affaire au 20 novembre 2020. Ce prononcé a été refixé au 27 novembre 2020.

Nous avons rendu à l'audience publique de ce jour

l'ordonnance qui suit :

Faits

La société **SOC11.)** SA à compartiments multiples (ci-après « **SOC11.)** » ou « le Fonds ») est une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, soumis à la loi modifiée du 13 février 2007 sur les fonds d'investissements spécialisés (ci-après « la Loi de 2007 »), dont un des compartiments est dénommé **COMP1.)** (ci-après « **COMP1.)** » ou « le Compartiment »).

B1.), **B2.)** et **B3.)** sont les actuels administrateurs du Fonds.

Le Fonds ne disposant plus de banque dépositaire, il a été retiré de la liste officielle des fonds d'investissements spécialisés par décision de la CSSF du 3 juillet 2019. La CSSF agit depuis cette date comme commissaire de surveillance de **SOC11.)**.

Par décision du 25 mai 2020, la CSSF a retiré à **B1.)** son agrément pour intervenir dans le contexte d'entités régulées pour une durée de 4 ans.

Par résolutions des conseils d'administrations du Fonds et de la société anonyme, société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC12.)** SICAF SIF SA (ci-après « **SOC12.)** ») des 11 et 19 mars 2019, il a été décidé de transférer le compartiment **COMP1.)** vers le compartiment PRIVATE EQUITY d'**SOC12.)** (ci-après « **SOC12.)** PRI »).

Une notice a été émise par le conseil d'administration du Fonds à destination des actionnaires d'**COMP1.)** le 19 avril 2019 aux termes de laquelle il avait été décidée, à l'unanimité et en application de l'article 15 du prospectus et de l'article 23 des statuts, d'annuler toutes les actions d'**COMP1.)** et de créer en conséquence de nouvelles actions dans **SOC12.)** PRI à renommer **COMP1.)** (ci-après « **SOC12.) COMP1.)** »).

Le transfert ainsi décidé par le conseil d'administration du Fonds n'ayant pas été mis en œuvre, des actionnaires du Fonds représentant selon eux plus de 10 % du capital du Fonds et 41 % de **COMP1.)** ont demandé au conseil d'administration, par l'intermédiaire de Maître **ME1.)**, suivant courriers des 14 novembre 2019, 20 janvier 2020 et 4 mars 2020, la convocation d'une assemblée générale extraordinaire d'**COMP1.)** pour voter/prendre une décision concernant le transfert de celui-ci dans **SOC12.)**.

Aucune suite n'a été donnée à la demande de convocation de l'assemblée générale sollicitée.

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 24 juin 2020, les parties demanderesses ont fait donner assignation à **SOC11.)**, **B1.)**, **B2.)**, **B3.)** et la CSSF à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés.

Par exploit d'huissier de justice du 18 septembre 2020, **SOC11.)** a fait donner assignation à **SOC12.)** à intervenir dans le litige principal, aux fins de voir dire que **SOC11.)** a un intérêt à voir mettre en intervention au litige principal **SOC12.)** pour l'entendre déclarer que l'opération

projetée de transfert d'actifs d'**COMP1.)** vers le compartiment PRIVATE QUITY d'**SOC12.)** ne sera pas exécuté, de voir tirer toutes conséquences de droit de ladite déclaration dans la solution du litige, de voir ordonner la jonction entre les deux rôles et de voir ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

Prétentions et moyens des parties

Les parties requérantes demandent à voir désigner un mandataire avec la mission de convoquer une assemblée générale extraordinaire des actionnaires du compartiment **COMP1.)** avec l'ordre du jour suivant :

- résolution/vote sur l'annulation de toutes les actions du compartiment **COMP1.)** (**SOC11.) COMP1.)**) de la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (…), et du transfert subséquent de toutes ces actions vers le compartiment PRIVATE EQUITY de la société anonyme de droit luxembourgeois, la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC12.)** SICAV FIS SA (**SOC12.)**), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B(…)

- résolution/vote sur l'apport en nature des actifs et passifs du compartiment **COMP1.)** (**SOC11.) COMP1.)**) de la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (…), dans le compartiment PRIVATE EQUITY de la société anonyme de droit luxembourgeois, la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC12.)** SICAV FIS SA (**SOC12.)**), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B(…), (le « *Receiving Sub-Fund* »), contre l'émission de nouvelles actions par ce dernier, et ce aux fins de la dissolution et liquidation du compartiment **COMP1.)** (**SOC11.) COMP1.)**)

Elles demandent acte qu'elles proposent de désigner Maître Christian STEINMETZ en tant que mandataire conformément à la demande qui précède.

Elles demandent enfin à voir condamner **SOC11.)**, **B1.)**, **B2.)** et **B3.)** solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part à leur payer à chacun une indemnité de procédure de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

La demande est basée sur l'article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915 relative aux sociétés commerciales (ci-après « la Loi de 1915 »).

Les parties demanderesses reprochent à **SOC11.)** de ne pas avoir mis en œuvre la résolution de son propre conseil d'administration, qui était à l'initiative du transfert des actions d'**COMP1.)** vers **SOC12.)**, et qui l'a poursuivi après la résiliation du contrat conclu avec la société **SOC13.)**, ancienne conseillère financière du Fonds, ce qui prouverait que ce n'est pas **C.)** (ci-après « **C.)** ») qui est l'instigateur du transfert litigieux.

Elles contestent les allégations adverses suivant lesquelles le refus d'opérer le transfert des actions se justifierait en raison des dissipations d'actifs impliquant **SOC13.)**, **C.)** et/ou **A27.)**, et par le caractère illégitime du transfert des actifs.

Elles estiment que l'existence et la suspension des effets de l'assemblée générale du 22 juillet 2019 n'aurait aucune incidence sur la présente instance.

Les parties demanderesses exposent qu'en conséquence, par courriers des 14 novembre 2019, 20 janvier 2020 et 4 mars 2020 du 30 avril 2020, émanant d'actionnaires représentant plus de 10 % du capital social du Fonds, le conseil d'administration a été sommé de convoquer une assemble générale extraordinaire en vue de délibérer sur la révocation du conseil d'administration.

Le conseil d'administration ne s'étant pas conformé à ses obligations découlant de l'article 450-8 alinéa 2 de la Loi de 1915, les parties demanderesses demandent actuellement l'application de l'article 450-8 alinéa 5.

Les demanderesses affirment que leur qualité d'actionnaires est prouvée à suffisance au regard des éléments de la cause et notamment des extraits de compte renseignant les propriétaires effectifs des parts du Fonds.

Le quorum de 10 % devrait par ailleurs être atteint non pas au niveau du Fonds, mais au niveau du compartiment **COMP1.)**, alors que celui-ci disposerait d'une autonomie décisionnelle, conformément aux dispositions légales et statutaires et que la décision à prendre concernerait uniquement **COMP1.)**.

Elles considèrent que le fait que les actionnaires ayant demandé la convocation d'une assemblée générale au conseil d'administration ne soient pas identiques à ceux à l'initiative de la présente demande serait sans conséquence, une telle identité n'étant pas prévue par l'article 450-8 de la Loi de 1915.

Les parties réfutent l'argumentation de **SOC11.)** basée sur une prétendue violation de l'article 23 des statuts du Fonds, alors qu'en demandant la convocation d'une assemblée générale, elles auraient agi dans le cadre de la loi, qui oblige le conseil d'administration de convoquer une assemblée générale dès que des actionnaires représentant au moins 10 % du capital social le réclament. L'article 450-8 ne prévoirait aucune limitation quant aux matières pour lesquelles une assemblée générale doit être convoquée lors que les actionnaires en font la demande.

Elles affirment encore que ce texte n'exigerait pas, pour obtenir la nomination d'un mandataire en vue de la convocation d'une assemblée générale, l'existence de justes motifs pour la convocation d'une assemblée générale.

Les parties requérantes contestent les allégations d'illégalité des procurations signées par les actionnaires du Fonds. **C.)** et la société **SOC13.)** auraient été à l'origine du Fonds et les actuelles parties demanderesses auraient été clientes de ceux-ci, de sorte qu'il ne serait pas établi en quoi leur intervention dans l'organisation de la présente procédure serait à qualifier de frauduleuse. Elles donnent en outre à considérer que l'avocat est cru sur parole en ce qui concerne son mandat.

Le fait que suivant une liste unilatérale fournie par le Fonds de nombreuses parties demanderesses ne figureraient pas comme actionnaires dans le registre des actionnaires du Fonds serait sans conséquence, alors que les investisseurs ne figureraient que rarement dans les registres, mais que ce seraient les *nominees*, le plus souvent des banques, qui y figureraient. Ceci n'aurait cependant aucune incidence sur la qualité d'actionnaire des investisseurs.

Les parties demanderesses estiment qu'aucune autorisation de la CSSF ne serait requise au stade actuel, celle-ci devant seulement intervenir au stade de l'exécution des résolutions prises par l'assemblée générale.

L'argument basé sur le fait qu'il n'y aurait pas identité des demandes, celle adressée au conseil d'administration et la demande en justice, serait purement dilatoire, alors que suivant courrier du 14 novembre 2019, Maître **ME1.)** aurait clairement réclamé la convocation d'une assemblée générale au niveau du compartiment.

Elles contestent l'affirmation d'absence d'objet de la demande.

Quant au prétendu refus d'**SOC12.)** d'opérer le transferts d'actifs projeté, elles considèrent que les éléments versés en cause ne reflèteraient pas un refus de principe du transfert, seule l'initiative prise en 2019 ayant été abandonnée alors que les conditions à sa réalisation n'étaient pas encore remplies à ce moment.

Quant au fond, ni l'absence d'accord préalable d'**SOC12.)**, ni une prétendue violation de l'article 23 des statuts du Fonds ne seraient de nature à constituer une manque de sérieux de la demande de convocation de l'assemblée générale, qui serait obligatoire dès que les actionnaires représentant 10 % du capital social en font la demande, indépendamment des matières ou questions soumises à l'assemblée générale.

Les parties demanderesses concluent enfin à l'irrecevabilité sinon au rejet de la mise en intervention d'**SOC12.)**.

SOC11.) fait valoir que suite à la nomination d'un nouvel conseil d'administration en septembre et en décembre 2018, celui-ci aurait constaté l'existence de malversations, ayant conduit à des pertes d'actifs financiers et immobiliers estimés à plus de 35 millions d'euros motivant des décisions conservatoires en vue d'éviter de nouvelles pertes financières.

Ce serait suite à une recommandation de la société **SOC13.)**, ancienne conseillère en investissement d'**COMP1.)** que le conseil d'administration aurait prévu de transférer les actifs d'**COMP1.)** vers **SOC12.)**. Il se serait cependant avéré que de nombreux actifs n'étaient en réalité par détenus par **COMP1.)**, de sorte qu'il aurait été décidé d'annuler l'opération de transfert d'actifs.

Elle précise que le contrat de conseiller en investissement avec **SOC13.)** a été résilié le 13 décembre 2018, de sorte que celle-ci n'a plus de fonction en relation avec le Fonds depuis le 31 mars 2019.

Outre **SOC13.)**, le gérant de celle-ci, **C.)** et un promoteur immobilier belge, **A27.)**, seraient également impliqués dans la dissipation des actifs d'**COMP1.)**.

Ce serait de manière illégale qu'une assemblée générale du Fonds a été convoquée le 12 juillet 2019 et tenue le 22 juillet 2019, ayant notamment pour ordre du jour l'annulation de l'ensemble des actions d'**COMP1.)** et l'émission de nouvelles actions dans **SOC12.)**, alors que la convocation émanait directement de plusieurs actionnaires du Fonds, en violation des dispositions légales applicables.

La suspension des effets de la résolution adoptée lors de cette assemblée générale a été ordonnée par ordonnance de référés du 1er octobre 2019 et une procédure en annulation de celle-ci est actuellement pendante au fond.

SOC11.) fait encore valoir qu'outre les tentatives de convocation d'une assemblée générale suivant demandes en ce sens des 14 novembre 2019, 20 janvier 2020 et 4 mars 2020, auxquelles le conseil d'administration n'a pas fait droit, **SOC13.)** et **C.)** auraient agi, sur base de procurations d'actionnaires obtenus illégalement, par l'utilisation abusive, dans le cadre du contact avec les prétendus actionnaires, du nom de domaine **MEDIA1.)**.com, le maintien en ligne d'un site internet (https://**MEDIA1.)**,com) et par la création et la mise à disposition du public de l'adresse de messagerie (**X.)@MEDIA1.)**.com) aux fins de communication au nom du Compartiment par des personnes non autorisées. Cette communication aurait notamment visé à récolter auprès des actionnaires du Fonds et des porteurs de parts des procurations nécessaires à la présente procédure, en leur faisant croire que **SOC13.)** et **C.)** agissaient au nom du Fonds, alors que depuis la résiliation du contrat de conseil en investissement conclu avec **SOC13.)**, ils n'auraient plus qualité pour agir en cette qualité.

SOC11.) précise qu'une procédure est actuellement pendante devant le juge des référés afin de voir constater une voie de fait consistant dans l'utilisation abusive du nom de domaine et de différentes adresses de messagerie.

Elle conclut à l'irrecevabilité sinon au rejet de la demande adverse. Elle conteste ainsi la qualité à agir des parties demanderesses, alors qu'il ne serait pas établi au regard des éléments de la cause qu'elles sont actionnaires du Compartiment ou du Fonds. Il n'aurait pas été donné suite à la demande adressée suivant courrier du 12 août 2020 par son mandataire au mandataire des parties demanderesses, exigeant la preuve que tout mandat et/ou procuration émanant d'un intermédiaire a été obtenu suite à un accord formel du bénéficiaire ultime des actions concernées.

La grande majorité des parties demanderesses ne serait pas inscrite au registre des actionnaires de **SOC11.)**, ce qui serait prouvé par un courrier de l'administrateur central du Fonds **SOC14.)**.

Même à supposer qu'il était établi qu'elles sont les bénéficiaires des parts souscrites, il n'en résulterait pas qu'elles sont actionnaires du Fonds ou du Compartiment. En conséquence, la demande devrait être déclarée irrecevable pour défaut de qualité à agir des parties qui ne figurent pas dans le registre des actionnaires.

Elle considère encore que la grande majorité des parties demanderesses n'aurait pas fait partie du groupe de prétendus actionnaires ayant formulé au préalable une demande au conseil d'administration en vue de la convocation d'une assemblée générale. Il y aurait lieu d'en conclure que ces parties n'ont pas respecté la procédure applicable consistant à demander au préalable au conseil d'administration de convoquer une assemblée et ensuite, à défaut d'action

du conseil d'administration, de procéder judiciairement. Elle considère que les parties n'ayant pas participé à la demande préalable n'auraient aucune qualité à agir directement en justice en vue de la convocation d'une assemblée générale.

Des trois sommations à procéder à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, seule la dernière, à savoir celle du 4 mars 2020 serait à prendre en considération, alors qu'elle exprimerait le tout dernier état des souhaits des actionnaires. Or, celle-ci tendrait à prendre contact avec la CSSF aux fins d'obtenir son accord pour l'opération de transfert d'actifs envisagée, ce qui équivaudrait à la reconnaissance des parties demanderesses de la nécessité de cet accord préalable, l'opération envisagée étant à qualifier d'acte de disposition.

SOC11.) soutient que dans la mesure où l'ordre du jour actuellement proposé pour l'assemblée générale à convoquer par le mandataire à nommer par le tribunal ne ferait aucune mention d'une prise de contact avec la CSSF, il y aurait eu modification de l'ordre du jour proposé suivant courrier du 4 mars 2020.

La demande devrait dès lors être déclarée irrecevable à ce titre.

Elle fait ensuite valoir que les demandeurs devraient représenter 10 % des actions au niveau du Fonds et non seulement d'**COMP1.)**, alors que seul le Fonds serait doté de la personnalité juridique, les différents compartiments en étant dépourvus. Seule l'assemblée générale du Fonds aurait le pouvoir de prendre une décision de transfert des actifs d'un compartiment vers un autre fonds.

Or, les parties demanderesses ne rapporteraient pas la preuve qu'elles représentent 10 % du capital du Fonds pris en sa globalité.

SOC11.) affirme encore que dans la mesure où la décision de transfert des actifs d'**COMP1.)** aboutirait nécessairement à la liquidation de ce compartiment, il y aurait violation de l'article 23 alinéa 4 des statuts du Fonds, qui dispose que « la liquidation de la société ou d'un Compartiment ne peut être demandée par un Actionnaire ».

Il en résulterait une absence de qualité à agir des parties demanderesses pour demander le transfert des actifs.

SOC11.) donne ensuite à considérer que certaines parties demanderesses n'auraient pas versé de procuration ou des procurations sans relation avec le litige soumis au tribunal, de sorte que ces parties n'auraient pas qualité à agir.

SOC11.) conclut par ailleurs à l'irrecevabilité de la demande alors que la demande adressée au conseil d'administration le 20 janvier 2020 tendait à la convocation d'une assemblée générale du Fonds, alors que la présente demande tend à la convocation d'une assemblée générale d'**COMP1.)**.

SOC11.) poursuit en affirmant que dans la mesure où elle a fait l'objet d'une décision de retrait de la liste officielle des fonds d'investissement spécialisés, la résolution concernant la révocation et le remplacement du conseil d'administration serait soumis à l'accord préalable de la CSSF en sa qualité de commissaire de surveillance de Fonds, ce qui serait confirmé par un courrier adressé le 5 août 2019 par la CSSF à **SOC12.)**.

A défaut d'un tel accord, le conseil d'administration n'aurait pas été autorisé à convoquer l'assemblée générale sollicitée.

Elle considère par ailleurs que la demande de convocation d'une assemblée générale serait sans objet, alors que la question sur laquelle l'assemblée générale serait amenée à débattre aurait déjà fait l'objet d'une décision par l'assemblée générale qui s'est tenue le 22 juillet 2019.

Par ordonnance de référé du 1er octobre 2019, les effets de cette assemblée générale ont été suspendus. **SOC11.)** soutient que la même résolution ne pourrait être valablement adoptée par l'assemblée générale, sous peine de violer l'autorité de chose jugée. La demande devrait dès lors être déclarée irrecevable.

Du fait de la procédure pendante au fond tendant à l'annulation de l'assemblée générale du 22 juillet 2019, les parties demanderesses n'auraient aucun intérêt à agir, alors qu'elles devraient attendre l'issue de la procédure en annulation. A titre subsidiaire, il y aurait lieu de surseoir à statuer en attendant une décision définitive sur la validité de la résolution prise à l'assemblée générale du 22 juillet 2019.

SOC11.) fait également valoir qu'**SOC12.)** l'a informée par courrier du 14 septembre 2020 de l'abandon du projet de transfert de l'actif d'**COMP1.)** vers **SOC12.)**, alors que l'accord préalable de la CSSF n'aurait pas été obtenu. Elle en conclut que dans la mesure où l'opération devant être soumis au vote de l'assemblée générale ne pourrait pas aboutir faute d'accord d'**SOC12.)**, les parties demanderesses n'auraient aucun intérêt à agir.

En ordre subsidiaire, **SOC11.)** considère que la demande adverse n'est pas fondée, dans la mesure où elle ne reposerait pas sur un motif sérieux ce qui aurait permis au conseil d'administration de ne pas faire droit à la demande en convocation d'une assemblée générale.

Dans la mesure où **SOC12.)** et son administrateur central avaient confirmé n'avoir aucun engagement contractuel et ne pas vouloir opérer le transfert d'actifs projeté, la convocation à une assemblée générale ayant pour ordre du jour un tel transfert serait dénuée de motifs sérieux.

Elle invoque en outre une violation de l'article 23 des statuts et de l'article 46 de la Loi de 2007, justifiant également le refus de convocation de l'assemblée générale litigieuse.

SOC11.) conclut dès lors à l'irrecevabilité sinon au rejet de la demande et elle demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 250,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La **CSSF** conclut à l'irrecevabilité de la demande dirigée à son encontre pour défaut d'intérêt à agir. Dans la mesure où elle agit uniquement dans l'intérêt public, elle n'aurait pas à être mise en cause dans un litige d'intérêt purement privé. Elle est par ailleurs soumise au secret professionnel et aucune exception légale ne pourrait être invoquée en l'espèce pour permettre à la CSSF de déroger à ce principe. La CSSF affirme enfin qu'il n'existerait aucune base légale à l'appui de la demande actuellement dirigée à son encontre. En sa qualité de commissaire de surveillance de **SOC11.)** elle ne suppléerait pas au conseil d'administration, les différents organes du Fonds devant poursuivre leurs missions respectives avec la seule précision que les actes autres que conservatoires sont soumis à l'accord de la CSSF sous peine de nullité.

La CSSF précise que son accord n'était pas requis pour introduire la présente demande, celui-ci ne devant intervenir que dans le cadre de la mise en œuvre des décisions valablement prises par l'assemblée générale.

B3.) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité en la pure forme de la demande.

Quant aux faits, il conteste tout fait engageant sa responsabilité en sa fonction d'administrateur.

Appréciation

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les rôles inscrits sous les numéros TAL-2020-05085 et TAL-2020-07189 pour statuer par un seul et même jugement.

L'article 450-8 alinéas 2 et 5 est rédigé comme suit :

« *Le conseil d'administration, le directoire, selon le cas, ainsi que le conseil de surveillance et les commissaires sont en droit de convoquer l'assemblée générale. Ils sont obligés de la convoquer de façon à ce qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsque des actionnaires représentant le dixième du capital social les en requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour. (…)*

Si, à la suite de la demande formulée par des actionnaires selon l'alinéa 2, l'assemblée générale n'est pas tenue dans le délai prescrit, l'assemblée peut être convoquée par un mandataire désigné par le président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, à la requête d'un ou plusieurs actionnaires réunissant le pourcentage précité du capital social. »

1. Quant à la demande en ce qu'elle est dirigée contre la CSSF

Il y a lieu de constater d'emblée qu'aucune demande, ne serait-ce qu'une demande en déclaration de jugement commun, n'est formulée à l'encontre de la CSSF. Il n'est dès lors pas établi à quelles fins celle-ci a été mise en cause.

Par ailleurs, la CSSF est l'autorité de surveillance du secteur financier luxembourgeois, ses missions et son champ de compétence étant définis par la loi organique du 23 décembre 1998, telle qu'elle a été modifiée.

Au titre de l'article 2 de la loi précitée « *la CSSF est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des établissements de crédit, des PSF au sens de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, « des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs agréés au titre de la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, » des organismes de placement collectif, des fonds de pension sous forme de sepcav ou d'assep, des organismes de titrisation agréés, des représentants-fiduciaires intervenant auprès d'un d'organisme de titrisation « , des SICAR ainsi que des établissements de paiement « et des établissements de monnaie électronique »3 au sens de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement*. ».

L'article 41 de la Loi de 2007 dispose comme suit :

(1) L'autorité chargée d'exercer les attributions qui sont prévues par la présente loi est la CSSF.

(2) La CSSF exerce ces attributions exclusivement dans l'intérêt public.

(3) La CSSF veille à l'application, par les fonds d'investissement spécialisés relevant de la présente loi et par leurs dirigeants, des dispositions légales et conventionnelles applicables.

Dans la mesure où la CSSF exerce ses attributions dans le cadre de la Loi de 2007 dans l'intérêt public, à l'exclusion de l'intérêt privé, elle n'est pas susceptible d'intervenir dans un procès opposant des intérêts privés, tel qu'en l'espèce.

Il s'ensuit que la demande est irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre la CSSF.

2. Quant à la demande en ce qu'elle est dirigée contre **SOC11.)**

a) Quant à la qualité à agir des parties demanderesses

- La qualité d'actionnaires des parties demanderesses

Aux termes de l'article 430-4 de la Loi de 1915, la propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit à l'article 430-3 de ladite loi, à savoir le registre des actions nominatives, tenu au siège de la société, qui contient la désignation précise de chaque actionnaire et le nombre de ses actions, tout comme les transferts avec leur date.

L'article 430-4, alinéa 3, ajoute que la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur le même registre, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou leurs fondés de pouvoirs. Il est loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire.

L'inscription au registre des actions nominatives constitue un moyen de preuve de la propriété.

Il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable et l'inscription, qui n'a pas de caractère sacramentel, n'est pas à considérer comme titre de propriété.

Néanmoins, lorsque la société a inscrit sur son registre la mention qu'une personne est actionnaire, celle-ci peut s'en prévaloir et l'inscription fait preuve contre la société. Ce serait à cette dernière à établir que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite de manœuvres dolosives (Ch. RESTEAU, Traité des Sociétés Anonymes, n° 626).

En revanche, il est admis que le registre des actions nominatives n'a pas force probante vis-à-vis de l'actionnaire au profit de la société. Cette dernière est auteur de l'inscription et le prétendu actionnaire n'y a en rien participé. Il serait inadmissible de permettre à la société de se créer elle-même un titre, à la confection duquel ne participe pas le prétendu débiteur (Ch. RESTEAU, Traité des Sociétés Anonymes, n° 627).

L'article 430-4 de la Loi de 1915 ne fait pas obstacle à ce que tant la société qu'un associé puisse prouver la qualité d'actionnaire nominatif par tous autres moyens (Cour, 15 juillet 2009, n° 34505 du rôle).

Il appartient en conséquence aux demanderesses de prouver leur qualité d'actionnaire, malgré une inscription contraire dans le registre des actions nominatives, cette preuve pouvant être rapportée par les moyens de preuve admissibles en droit des sociétés, soit par tous autres moyens.

SOC11.) conteste que les pièces versées en cause permettent d'établir que les parties demanderesses avaient la qualité d'actionnaires au moment des deux demandes.

Conformément à l'article 450-8, l'appréciation du pourcentage d'actions représentées doit se faire en deux étapes. Il faut en effet en premier lieu que le quorum de 10 % du capital social soit atteint au moment de la demande initiale de convocation d'assemblée générale adressée au conseil d'administration. Ce n'est que dans l'affirmative qu'il y a lieu d'apprécier si le quorum litigieux était également atteint au moment de la demande en justice. En effet, ce n'est que dans l'hypothèse où le conseil d'administration a de manière injustifiée refusé de faire droit à la demande de convocation qu'est ouverte l'action prévue à l'article 450-8 alinéa 5.

Il y a lieu de relever que par courrier du 21 septembre 2020, la société **SOC14.)**, détenteur du registre du Fonds, a établi une liste des parties demanderesses n'étant pas inscrites dans le registre des actionnaires. *A contrario*, il y a lieu d'en déduire que les parties demanderesses ne figurant pas sur cette liste sont effectivement inscrites en tant qu'actionnaires du Fonds. Il s'agit des parties demanderesses sub 2, 3, 4, 20 et 24 à 35.

Étaient annexés aux courriers des 20 janvier et 4 mars 2020, adressés par Maître **ME1.)** au conseil d'administration du Fonds, des procurations émanant des prétendus actionnaires suivants :

1. **SOC7.)** (partie demanderesse sub. 33)
2. **SOC6.)**, **SOC6.)** SA (partie demanderesse sub. 32)
3. **A23.)** et **A24.)** (parties demanderesses sub. 28 et 29)
4. **A19.)** (partie demanderesse sub. 24)
5. **A26.)** (partie demanderesse sub. 31)
6. **A25.)** (partie demanderesse sub. 30)
7. **A20.)** (partie demanderesse sub. 25)
8. **BQUE1.)**
9. **SOC8.)** LIMITED as trustee of **SOC9.)** TRUST
10. **SOC8.)** LIMITED as trustee of **SOC10.)** TRUST (les deux figurant comme partie demanderesse sub. 35 de l'assignation)
11. **A22.)** et **A21.)** (parties demanderesses sub. 26 et 27)
12. **A27.)** (partie demanderesse sub. 34)
13. **SOC15.)**
14. **SOC15.)** pour **SOC2.)** (partie demanderesse sub. 2)

Les personnes et sociétés listées ci-avant sub. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11 et 12 sont reconnues comme actionnaires par le courrier **SOC14.)** du 21 septembre 2020.

Conformément aux certificats émis par **SOC14.)** (concernant les parties demanderesses sub. 24, 34 et 35) et aux extraits des comptes bancaires de dépôt de titres (pour les autres parties demanderesses à l'exception des parties sub. 26 et 27 qui ne sont dès lors pas pris en compte), ces parties détiennent 181.730,01 parts. Les pièces documentant le nombre de parts détenues par ces parties n'ayant pas été contredites par des éléments objectifs, il y a lieu d'admettre qu'aucune modification du nombre de ces parts ne s'est produite avant la demande en convocation d'une assemblée générale.

Dans la mesure où il résulte des indications non contestées des parties demanderesses que le Fonds a émis au total 1.410.708 parts, et que le compartiment concerné en a émis 472.591, les parties demanderesses à la demande initiale extrajudiciaire dont la qualité d'actionnaire est reconnue par le Fonds représentent dès lors plus de 10 % du capital social du compartiment, mais également du Fonds, de sorte que la demande adressée par courriers des 14 novembre 2019, 20 janvier 2020 et 4 mars du 30 2020 au conseil d'administration du Fonds a été posée en respectant le quorum fixé à l'article 450-8 alinéa 2 de la Loi de 1915.

Il y a lieu d'analyser ensuite si le quorum de 10 % du capital social a également été atteint au niveau de la présente demande en justice.

Il est rappelé que la qualité d'actionnaire des parties sub 2, 3, 4, 20 et 24 à 35 est établie au regard de la liste établie par **SOC14.)**.

Le nombre d'actions détenues par les parties demanderesses sub 2, 3, 4, 24, 25, et 28 à 35 est documenté par les certificats et extraits de compte établis par différents établissements bancaires. Aucun extrait de compte n'est versé concernent les parties demanderesses sub 26 et 27, de sorte qu'il y a lieu d'en faire abstraction pour le calcul du quorum de 10 % du capital social au moment de l'introduction de la demande. A défaut pour le Fonds, dont l'accès au registre des actionnaires ne peut pas être mis en doute, malgré la délégation des opérations de tenue de registre à **SOC14.)**, d'établir des mouvements au niveau des parts détenues par ces actionnaires, il est établi au regard des pièces produites que les parties demanderesses sub 2, 3, 4, 24, 25, et 28 à 35 détiennent un total de 188.209,045 parts dans le capital social du Fonds, constitué de 1.410.708 parts.

Il est dès lors établi, et sans qu'il ne soit nécessaire d'analyser plus en détail la qualité d'actionnaire des autres parties demanderesses, que la demande a été valablement introduite par des actionnaires détenant plus de 10 % du capital social tant au niveau du Fonds qu'au niveau du compartiment.

Il n'y a en conséquence pas non plus lieu de statuer sur la question de savoir si le quorum doit être rempli au niveau du Fonds ou du compartiment, alors que la condition est remplie en tout état de cause.

- <u>La prétendue illégalité des procurations</u>

Le Fonds fait plaider que les procurations établies par les actionnaires auraient été obtenues de manière frauduleuse, alors qu'elles auraient été sollicitées par **C.)**, gérant unique d' **SOC13.)**, ancien conseiller financière du Fonds en vertu d'un « Investment Advisory Agreement » auquel il a été mis fin suivant courrier du 13 décembre 2018. Dans la mesure où ni **C.)**, ni **SOC13.)** n'auraient plus le moindre mandat en relation avec le Fonds ou le

Compartiment, mais qu'ils auraient néanmoins eu recours au nom de domaine **MEDIA1.)**.COM, à un site internet (https://**MEDIA1.)**.com) et à une adresse de messagerie « **X.)@MEDIA1.)**.com », les actionnaires auraient été induits en erreur quant à l'initiative de différentes procédures engagées au détriment du Fonds, dont celle dont il est actuellement débattu. Le Fonds précise qu'une procédure en référé voie de fait est actuellement pendante en vue de faire interdire l'usage de ces éléments.

Les parties demanderesses ne contestent pas que **C.)** a recueilli les procurations en vue de la présente procédure. Elles contestent cependant l'existence de toute fraude, précisant que **C.)** et **SOC13.)** étaient à l'origine du Fonds et que les actuelles parties demanderesses sont en majeure partie clientes de ceux-ci, de sorte que la prise de contact n'aurait rien de suspect.

L'utilisation des différents outils informatiques décrits ci-avant ne pourrait par ailleurs pas être qualifiée de frauduleuse, alors que notamment l'adresse électronique aurait été utilisée de manière régulière même après la résiliation du « Investment Advisory Agreement », notamment dans les communications avec le conseil d'administration du Fonds.

Il convient tout d'abord de constater que la validité des procurations produites en cause n'a une importance qu'en ce qui concerne la demande initiale portée devant le conseil d'administration suivant courrier de Maître **ME1.)**.

Il est en effet admis que la représentation procède d'un mandat du client de le représenter dans l'accomplissement de missions et d'actes très divers destinés à la satisfaction de ses intérêts. Elle se distingue de l'assistance dans laquelle l'avocat n'est, juridiquement parlant, qu'un porte-parole qui n'engage pas le client. Dans la représentation, au contraire, l'avocat se substitue au client, agit en son nom et l'engage : c'est l'effet du mandat. L'avocat peut recevoir deux types de mandat. Le classique mandat *ad litem* donné en vue d'assurer la représentation du client en justice et qui engage ce dernier pour tous les actes de procédure (…) Pour les autres activités non judiciaires de l'avocat, il peut s'agir d'un contrat d'entreprise ou d'un mandat de droit commun (C. civ., art. 1984) (Rép. civ. Dalloz, verbo Avocat (Responsabilité), n°55).

Dans le cadre d'un mandat ad litem l'avocat n'a pas à justifier de son mandat. Cette dispense est traditionnelle et elle constitue un privilège de la profession. L'avocat est cru sur parole lorsqu'il déclare à l'instance de se présenter au nom de telle partie.

Cette présomption de mandat peut être renversée par le biais de la procédure en désaveu conformément aux articles 496 et suivants du nouveau code de procédure civile, ce qui a pour objet de renverser la présomption issue du mandat ad litem et de remettre en cause la régularité des actes de procédure accomplis sous le couvert de ce mandat. Cette procédure n'a pas été introduite en l'espèce.

Cette présomption peut encore être renversée par la preuve de l'absence de mandat. L'absence de mandat ne peut toutefois être déduite de suppositions, sous peine de faire perdre à l'avocat le bénéfice du privilège dont il est question. L'appréciation des éléments produits appartient à la juridiction saisie du litige (Cour d'Appel 22 novembre 1999, LJUS 99858197).

En l'espèce, le prétendu mandat a été donné à Maître Pierre REUTER en vue d'une représentation en justice. Il s'agit dès lors d'un mandat *ad litem* pour l'existence duquel l'avocat est cru sur parole, de sorte que le moyen basé sur un défaut de mandat ou un mandat basé

sur des procurations obtenues prétendument de manière frauduleuse est à écarter et l'analyse des procurations litigieuses en relation avec l'action en justice en devient superfétatoire.

Ces développements sont cependant inopérants en ce qui concerne le mandat conféré à **C.)** et Maître **ME1.)** concernant la demande en convocation d'une assemblée générale adressée au conseil d'administration.

Il résulte des procurations versées en cause (« power of attorney »), qui devaient être retournées à l'adresse électronique « **X.)@MEDIA1.)**.com », et qui avaient été jointes à la demande du 30 avril 2020, que les actionnaires donnent procuration à **C.)** ou à **ME1.)** pour les actes suivants :

« *A. make a written request to the board of directors of the Company according to article 450-8 paragraph 2. Of the Low of 10 August on commercial companies […] to convene an extraordinary general meeting of shareholders of the Company to be held within a period of one month and with the following agenda: dismissal of the current directors of the Company […] and appointment of new directors with immediate effect.*

B. take contact with the Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) […] and take all the necessary steps and measures towards the CSSF […] in order to make and be authorized to make the aforementioned written request to the board of directors […] ».

Par cette procuration, les actionnaires ont dès lors donné mandat à **C.)** ou Maître **ME1.)** d'exécuter les actes y décrits.

L'existence même du mandat impose le consentement certain et exempt de vices des deux parties. Est ainsi nul le mandat qui aurait été vicié par l'erreur, le dol ou la violence.

Or, il est admis que la nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire est une nullité relative et elle ne peut donc être demandée que par la personne que la loi a entendu protéger, c'est-à-dire la partie représentée *(Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n° 15-26.814 : JurisData n° 2017-000952 ; JCP G 2017, doctr. 325, note Y. Serinet*.

Même si en l'espèce, le mandat conféré notamment à Maître **ME1.)** en vue de réclamer au conseil d'administration la convocation d'une assemblée générale ne tendait pas à la conclusion d'un contrat proprement dit, il y a tout de même lieu de retenir par analogie que l'irrégularité d'une telle demande ne saurait être invoquée en raison d'un mandat nul que par le mandant, en l'occurrence les actionnaires.

Il convient par ailleurs de souligner que le Fonds considère qu'il y aurait fraude en raison du fait que **C.)** aurait fait croire aux actionnaires qu'il agissait au nom du Fonds. Or, une telle affirmation n'est pas établie au regard des éléments de la cause. Il résulte certes des pièces produites et renseignements fournis en cause qu'**SOC13.)**, dont **C.)** est le représentant légal, n'exerce plus aucune fonction au regard du Fonds. Mais celui-ci n'explique pas en quoi le fait d'organiser un consortium d'actionnaires souhaitant la convocation d'une assemblée générale extraordinaire devrait obligatoirement émaner d'un organe ou d'un représentant du Fonds. Il ne fournit aucune base légale à l'appui de ses allégations.

Il ne résulte par ailleurs pas des éléments soumis au tribunal que **C.)** aurait fait usage de manœuvres illicites en s'adressant aux actionnaires. Il n'est pas établi que le fait d'utiliser les

outils informatiques décrits ci-avant aient induit en erreur les actionnaires ayant établi les procurations litigieuses.

Il est vrai qu'en vertu d'un avertissement publié sur le site internet de la CSSF le 4 juin 2020, § le conseil d'administration du Fonds a informé la CSSF que le site internet https://**MEDIA1.)**.com n'aurait aucun lien avec le Fonds et que ce site et les adresses email liées ne seraient pas utilisées par le conseil d'administration.

Or, le tribunal considère que les actionnaires n'ont pas pu se méprendre sur l'adresse électronique utilisée par **C.)** et croire que les messages envoyés émanaient du conseil d'administration, alors que les communications litigieuses tendaient à la révocation de celui-ci. Il paraît peu probable que les actionnaires ainsi contactés aient pu croire que le conseil d'administration réclamait sa propre révocation.

En conséquence des éléments qui précèdent, il y a lieu de rejeter les développements relatifs à l'invalidité des procurations ayant donné mandat à Maître **ME1.)** de demander la convocation d'une assemblée générale au conseil d'administration.

- <u>La concordance entre les demandeurs initiaux et les demandeurs à l'actuelle instance judiciaire</u>

SOC11.) conclut encore à l'irrecevabilité de la demande, dans la mesure où seuls les prétendus actionnaires ayant requis la convocation d'une assemblée générale suivant courrier du 30 avril 2020 auraient qualité à agir en vertu de l'article 450-8 alinéa 5, alors que seuls ces actionnaires rempliraient le prérequis d'une demande préalable de convocation d'une assemblée générale au conseil d'administration.

Or, il appert à la lecture des alinéas 2 et 5 que cette analyse n'est pas confirmée par le texte, qui se limite à exiger la réunion d'un dixième du capital social tant lors de la première phase, relative à la demande adressée au conseil d'administration, que lors de la phase judiciaire, alors que l'alinéa 5 est rédigé comme suit :

« Si, à la suite de la demande formulée par des actionnaires selon l'alinéa 2, l'assemblée générale n'est pas tenue dans le délai prescrit, l'assemblée peut être convoquée par un mandataire désigné par le président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, à la requête d'un ou plusieurs actionnaires réunissant le pourcentage précité du capital social. »

Il y a en conséquence lieu d'écarter ce moyen d'irrecevabilité.

- <u>La prétendue absence d'identité entre la demande de convocation d'une assemblée générale adressée au conseil d'administration et la demande en justice</u>

SOC11.) fait valoir que seule la dernière demande adressée au conseil d'administration, à savoir celle du 20 janvier 2020, serait à prendre en considération dans le présent litige, alors qu'il exprimerait le dernier état des revendications des parties demanderesses. Or, la demande y contenue ne serait pas identique à la demande actuellement soumise au tribunal, alors que la première tendrait à la convocation d'une assemblée générale du Fonds, tandis que la seconde tendrait à la convocation d'une assemblée générale d'**COMP1.)**.

Par ailleurs, alors que la demande adressée par Maître **ME1.)** le 4 mars 2020 au conseil d'administration requérait une prise de contact avec la CSSF aux fins d'obtenir son accord quant à la convocation d'une assemblée générale, l'ordre du jour proposé dans le cadre de la demande en justice ne ferait aucune mention d'une telle demande d'autorisation.

La divergence au niveau de l'ordre du jour entre la demande initiale et la demande en justice entraînerait dès lors l'irrecevabilité de cette dernière.

Les trois demandes adressées par Maître **ME1.)** au conseil d'administration de **SOC11.)** doivent être considérées comme complémentaires, alors qu'en réalité, elles tendent toutes aux mêmes fins et contiennent par ailleurs des références expresses aux demandes précédentes. Elles sont dès lors à considérer comme un ensemble au regard des démarches à effectuer au regard de l'article 450-8 de la Loi de 1915.

Le tribunal constate que si par les courriers adressés par Maître **ME1.)** il est demandé au conseil d'administration de requérir, préalablement à la convocation d'une assemblée générale, l'autorisation de la CSSF pour ce faire, cette demande ne fait cependant pas partie de l'ordre du jour de l'assemblée générale à convoquer, mais exprime simplement l'avis des actionnaires concernés et de leur mandataire qu'une telle autorisation préalable était nécessaire avant la convocation d'une assemblée générale.

Il ne peut dès lors pas être question de divergence entre les ordres du jour proposés aux deux niveaux de la procédure.

Le tribunal constate encore que la demande en justice qui lui est soumise tend à la convocation d'une assemblée générale au niveau du compartiment **COMP1.)**.

La demande contenue dans le courrier du 14 novembre 2019 est relative imprécise quant à l'assemblée générale y visée. En effet, alors qu'il y est fait référence à l'assemblée générale tenue le 22 juillet 2019 au niveau du compartiment, il y est simplement demandé au conseil d'administration de convoquer une nouvelle assemblée générale ayant comme ordre du jour l'approbation de l'opération de transfert vers **SOC12.)**. Cette demande peut cependant aisément être interprétée comme une demande en convocation d'une assemblée générale du compartiment.

Dans les demandes subséquentes des 20 janvier et 4 mars 2020, Maître **ME1.)**, au nom des actionnaires, demande cependant clairement la convocation d'une assemblée générale au niveau du Fonds (« *to convene an extraordinary general meeting of the shareholders of the Fund* »).

Le tribunal considère toutefois que les divergences existant entre les différentes demandes ne porte pas à conséquence quant à la recevabilité de la demande, dans la mesure où le refus du conseil d'administration de convoquer une assemblée générale n'était pas motivé par l'organe concerné par la demande.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité doit être rejeté.

- <u>La violation de l'article 23 des statuts du Fonds</u>

SOC11.) considère que dans la mesure où cet article dispose que la liquidation du Fonds ou d'un compartiment ne peut pas être décidé par un actionnaire, et que la décision de transfert de tous les actifs d'**COMP1.)** vers **SOC12.)** équivaudrait à une décision de liquidation, les parties demanderesses n'auraient pas qualité pour agir dans le cadre de la présente demande.

Les parties demanderesses font valoir qu'elles agissent dans la stricte application de la loi pour obtenir la convocation d'une assemblée générale. L'article 450-8 de la Loi de 1915 ne prévoirait aucune limitation concernant la question ou la matière pour laquelle la convocation d'une assemblée générale peut être demandée.

Il est de jurisprudence constante qu'il n'appartient pas au juge, saisi dans le cadre de l'article 450-8 de la Loi de 1915, d'apprécier la validité, les effets ou les suites de résolutions prises lors d'assemblées générales. Il doit se limiter à faire convoquer les assemblées qui ne sont pas tenues, malgré une demande régulière et ne peut dès lors se prononcer sur les suites d'une prétendue violation des statuts du Fonds.

En l'espèce, l'analyse que le Fonds entend obtenir du magistrat saisi suivant la procédure prévue à l'article 450-8 de la Loi de 1915 un examen et une décision au fond de la résolution que le groupe d'actionnaires souhaite soumettre au vote de l'assemblée générale. Une telle analyse dépasse cependant les pouvoirs conférés à ce magistrat, siégeant comme en matière de référé.

Le moyen basé sur la violation des statuts n'est dès lors pas fondé.

b) Quant à l'intérêt à agir des parties demanderesses

- L'absence d'accord préalable de la CSSF

Le Fonds fait valoir que la demande serait prématurée, alors qu'il aurait appartenu aux parties demanderesses de demander préalablement à la présente action l'accord de la CSSF en sa qualité de commissaire de surveillance quant à la convocation de l'assemblée générale sollicitée. Tant que la CSSF n'aurait pas donné son accord à l'opération projetée, les actionnaires n'auraient aucun intérêt à soumettre une telle décision au vote de l'assemblée générale.

Elle se base notamment sur un courrier adressé le 28 octobre 2020 par la CSSF à **SOC11.)** qui selon elle appuierait cette analyse.

Aux termes de l'article 46 « *la décision de la CSSF portant retrait de la liste prévue à l'article 43, paragraphe (1), d'un fonds d'investissement spécialisé visé par la présente loi entraîne de plein droit, à partir de sa notification au fonds d'investissement spécialisé concerné et à charge de celui-ci, jusqu'au jour où la décision sera devenue définitive, le sursis à tout paiement par ce fonds d'investissement spécialisé et interdiction sous peine de nullité, de procéder à tous actes autres que conservatoires, sauf autorisation du commissaire de surveillance. La CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance, à moins qu'à sa requête, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale nomme un ou plusieurs commissaires de surveillance.* […]

Sous peine de nullité, l'autorisation écrite des commissaires de surveillance est requise pour tous les actes et décisions du fonds d'investissement spécialisé. »

Dans la mesure où la fonction de commissaire de surveillance ne constitue par un mandat social, à l'instar du commissaire aux comptes ou réviseur d'entreprises, et qu'il ne résulte d'aucune disposition légale que l'article 46 a vocation à déroger au principe posé par l'article 41 précité de la loi de 2007, la CSSF n'est pas amenée à exercer une fonction au niveau même de la gestion de la société.

Par ailleurs, il résulte du courrier de la CSSF évoqué ci-avant que celle-ci, tout en déclarant ne pas s'opposer à la convocation d'une assemblée générale, attire l'attention du Fonds sur le fait « *that the implementation of any resolution duly adopted by the shareholders in the context of such meeting, which are resulting in non-concersatory measures and transactions subjet to article 46 of the law dated 13 February 2007, will be subject to the prior approval to be granted by the CSSF* ».

Il s'en déduit de manière claire que l'autorisation de la CSSF pour procéder à des actes autres que conservatoires n'est requise qu'au moment d'une mise en œuvre (*implementation*) d'une décision relative à tels actes valablement prise par les organes sociaux du Fonds.

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter.

- <u>L'absence d'objet de la demande en convocation d'une assemblée générale</u>

Le Fonds fait plaider que les parties demanderesses n'auraient aucun intérêt à agir en nomination d'un mandataire en vue de la convocation d'une assemblée générale ayant comme ordre du jour une décision sur le transfert des actifs d'**COMP1.)** vers **SOC12.)**, alors qu'une telle décision aurait déjà été soumise au vote d'une assemblée générale qui s'est tenue le 22 juillet 2019. Il affirme encore que permettre un nouveau vote sur cette question, alors que les effets de l'assemblée générale du 22 juillet 2019 ont été suspendus par ordonnance de référés du 1er octobre 2019 reviendrait à violer l'autorité de la chose jugée.

Saisi par l'actionnaire d'une demande de réunion d'une assemblée générale ainsi que de l'ordre du jour y relatif, l'organe de gestion n'aura d'autre latitude que celle de la fixation de la date de l'assemblée dans les délais légaux. Il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité à l'intérêt social de l'ordre du jour fourni par l'actionnaire de sorte qu'il ne pourra pas non plus modifier son contenu.

Par ailleurs, l'urgence n'est pas une condition du droit de convocation des actionnaires, de sorte que l'organe de gestion ne saurait se faire le juge de l'opportunité de leur demande (A. Steichen, Précis Droit des sociétés, 5ème éd., p.700).

Il a été jugé qu'il appartient au magistrat saisi d'une requête sur base de l'article 450-8 alinéa 5 de la Loi de 1915 de vérifier non seulement si l'actionnaire qui requiert la convocation représente 10% du capital social, mais également si la résolution qu'il entend faire adopter par une assemblée générale n'a pas déjà fait l'objet de l'ordre du jour d'une assemblée générale précédente, régulièrement convoquée par le conseil d'administration (Cour, 24 mai 2017, n° 43142 du rôle).

Or, en l'espèce, bien qu'il y ait déjà eu une délibération à l'assemblée générale tenue le 22 juillet 2019 et que la résolution relative au transfert des actifs y a été adoptée, il y a lieu de relever que non seulement cette assemblée générale n'a pas été régulièrement convoquée par le conseil d'administration, alors que la convocation émanait de certains actionnaires, mais

qu'en outre, les effets de cette assemblée générale ont été suspendus suivant ordonnance de référé ordinaire n° 2019TALREFO/00428 du 1er octobre 2019, l'affaire au fond tendant à l'annulation de cette assemblée générale étant toujours pendante.

Le juge des référés, saisi en matière de voie de fait, y a relevé que l'assemblée générale du 22 juillet 2019 fut convoquée et tenue en violation flagrante des dispositions de l'article 450-8 de la Loi de 1915, en l'absence de convocation par l'un des organes habilités pour ce faire.

Même s'il n'appartient pas à la juridiction de céans de se prononcer sur le fond de la validité de l'assemblée générale du 22 juillet 2019 et des résolutions y adoptées ou rejetées, il n'en reste pas moins que le conseil d'administration n'a pas convoqué d'assemblée générale avec l'ordre du jour actuellement réclamé et qu'il a contesté la validité de l'assemblée générale s'étant prononcé sur cette question.

Quant à une prétendue violation de l'autorité de chose jugée qui serait attachée à l'ordonnance de référé du 1er octobre 2020 ayant suspendu les effets de l'assemblée générale du 22 juillet 2019, il convient de rappeler que cette suspension était motivée par l'illégalité du mode de convocation de cette assemblée générale et non pas par le contenu des décisions qui y ont été prises, de sorte que le moyen doit être écarté pour défaut de pertinence.

Il y a en conséquence lieu de rejeter le moyen lié à l'absence d'objet de la demande.

- Le refus d'**SOC12.)** d'opérer le transfert des actifs d'**COMP1.)**

SOC11.) argue du fait qu'**SOC12.)** a informé son mandataire, suivant courrier du 14 septembre 2020, que ce projet de transfert a été abandonné dans son chef.

Il résulte du courrier litigieux qu'**SOC12.)** a abandonné le projet de transfert alors que selon elles les conditions inhérentes à la reprise ne furent jamais réunies. Elle affirme que l'opération était soumise aux conditions suivantes :

- accord préalable de la CSSF ;
- validation du transfert par l'assemblée générale d'**SOC12.)** ;
- remise de pièces et documents par **SOC11.)**.

Le tribunal rappelle qu'il ne lui appartient pas de juger de l'opportunité des questions à soumettre à l'assemblée générale.

En tout état de cause, il convient de retenir que rien n'indique que l'abandon du projet de transfert par **SOC12.)** est définitif et qu'en cas de réunion des conditions énumérées ci-avant, le projet ne puisse pas être repris.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

c) Le fond

Le Fonds conclut au rejet de la demande adverse, au motif que celle-ci ne serait pas fondée alors qu'elle ne reposerait pas sur des motifs sérieux. Il expose que dans l'hypothèse où le

conseil d'administration aurait fait droit à la demande de convocation d'une assemblée générale, il y aurait eu violation de l'article 23 des statuts et de l'article 46 de la Loi de 2007, de sorte qu'il aurait dès lors à juste titre refusé la convocation demandée. La demande adressée au conseil d'administration aurait dès lors manqué de légitimité, de sorte qu'il n'aurait pas été obligé à procéder à la convocation sollicitée.

L'absence de motif sérieux basé sur l'abandon du projet de transfert par **SOC12.)** doit être rejeté au regard des développements ci-avant.

SOC11.) n'établit par ailleurs pas en quoi la convocation à l'assemblée générale demandée constituerait une violation de l'article 46 de la Loi de 2007, visant les suites du retrait par la CSSF du fonds d'investissement spécialisé de la liste, alors notamment qu'il a été établi ci-avant que l'accord préalable de la CSSF pour la convocation d'une assemblée générale n'est pas requis.

Contrairement à l'argumentation développée par **SOC11.)**, la présente ordonnance ne tend pas à se prononcer sur la qualité à agir des parties demanderesses pour demander le transfert d'actifs projeté ou le cas échéant une liquidation du compartiment, mais sur leur faculté à demander la convocation d'une assemblée générale avec un ordre du jour déterminé. Dès lors, le fait qu'il résulte de l'article 23 des statuts de **SOC11.)** et de l'article XV de son « *issuing document* » que tant la décision de liquidation du Fonds que la décision de liquidation d'un compartiment et d'annulation de parts d'un compartiment appartiennent au conseil d'administration n'est pas déterminant dans le cadre du présent litige.

Tel qu'il a déjà été exposé ci-avant, l'organe de gestion ne peut pas se faire juge de l'opportunité de la demande en convocation d'une assemblée générale et de l'ordre du jour de celui-ci. De même et dans la mesure où la compétence attribuée au président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale en vertu de l'article 450-8 de la Loi de 1915 n'est rien d'autre que la suite judiciaire de la demande adressée initialement à l'organe de gestion, le juge saisi n'est pas non plus amené à se prononcer sur l'opportunité de la demande des actionnaires.

Il convient par ailleurs de préciser que l'article 450-1(1) de la Loi de 1915 dispose que « l'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société ».

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la demande en nomination d'un mandataire en vue de la convocation d'une assemblée générale du Fonds est dès lors justifiée.

d) <u>La demande en intervention dirigée contre **SOC12.)**</u>

Il y a lieu de rappeler que **SOC11.)** a fait assigner **SOC12.)** pour la faire intervenir dans l'affaire principale, afin que celle-ci déclare que l'opération projetée de transfert d'actifs d'**COMP1.)** vers **SOC12.)** ne sera pas exécutée.

Or, il résulte des développements qui précèdent que le fait qu'**SOC12.)** ait déclaré ne pas vouloir procéder avec l'opération projetée alors que les conditions requises ne sont pas remplies est sans incidence sur la demande formulée par les parties demanderesses.

Il s'ensuit que la demande dirigée contre **SOC12.)** n'est pas fondée.

e) Les demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

Les parties demanderesses et le Fonds demandent à se voir allouer une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, la demande du Fonds n'est pas fondée.

Le tribunal considère par ailleurs qu'il n'est pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à charge des parties demanderesses l'entièreté des frais non compris dans les dépens, de sorte qu'elle sont également à débouter de leurs demandes à ce titre.

La présente ordonnance est de plein droit exécutoire par provision en vertu de l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile, et cela nonobstant tout recours et sans caution. Il n'est dès lors pas nécessaire de faire droit à la demande de parties demanderesses tendant à voir dire l'ordonnance exécutoire par provision nonobstant tout recours et sans caution.

Il n'y a toutefois pas lieu d'en prononcer l'exécution sur minute, les parties demanderesses n'ayant pas démontré la condition de nécessité posée par l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ces motifs :

Nous, Anick WOLFF 1ère vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, présidant la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, statuant par défaut à l'égard de la société anonyme **SOC12.)** SICAV FIS et contradictoirement à l'égard des autres parties,

joignons les rôles inscrits sous les numéros TAL-2020-05085 et TAL-2020-07189 ;

déclarons la demande principale recevable et fondée ;

nommons Maître Christian STEINMETZ, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2128 Luxembourg, 30, rue Marie-Adélaïde, mandataire ad hoc, avec la mission de convoquer dans les meilleurs délais une assemblée générale des actionnaires de la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA avec l'ordre du jour suivant :

- résolution/vote sur l'annulation de toutes les actions du compartiment **COMP1.)** (**SOC11.) COMP1.)**) de la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (…), et du transfert subséquent de toutes ces actions vers le compartiment PRIVATE EQUITY de la société anonyme de droit luxembourgeois, la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC12.)** SICAV FIS SA (**SOC12.)**), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B(…)

- résolution/vote sur l'apport en nature des actifs et passifs du compartiment **COMP1.)** (**SOC11.) COMP1.)**) de la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (…), dans le compartiment PRIVATE EQUITY de la société anonyme de droit luxembourgeois, la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC12.)** SICAV FIS SA (**SOC12.)**), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B(…), (le « *Receiving Sub-Fund* »), contre l'émission de nouvelles actions par ce dernier, et ce aux fins de la dissolution et liquidation du compartiment **COMP1.)** (**SOC11.) COMP1.)**)

disons que les frais et honoraires promérités par le mandataire ad hoc sont à prélever sur l'actif de la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA ;

déclarons la demande en intervention recevable mais non fondée ;

déclarons les demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondées ;

condamnons la société anonyme, société à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC11.)** SICAV FIS SA à tous les frais de l'instance ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance, nonobstant tout recours et sans caution.