

Arrêt N° 16/19 IV-COM

Audience publique du vingt-trois janvier deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2018-00072 du rôle

Composition

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, première conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) la société A, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Liechtenstein sous le numéro,

2) la société B, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Appenzell Ausserrhoden sous le numéro,

3) la société C, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Appenzell Ausserrhoden sous le numéro,

4) la société D, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Appenzell Ausserrhoden sous le numéro,

5) la société E, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Appenzell Ausserrhoden sous le numéro,

6) la société F, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Appenzell Ausserrhoden sous le numéro,

7) la société G, établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Liechtenstein sous le numéro,

1) – 7) appelantes aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine Tapella d'Esch-sur-Alzette du 12 janvier 2018,

comparant par Maître Georges Wirtz, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme H, société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du présent acte Tapella,

comparant par Maître Moustapha Nouassi, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

La société anonyme H est une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois à compartiments multiples, dont un des compartiments est dénommé I.

Se prévalant de leur qualité d'actionnaires du compartiment I, les sociétés 1) A, 2) B, 3) C, 4) D, 5) E, 6) F et 7) G (ci-après « les sociétés A-G») ont posé par courrier du 28 avril 2017 les questions suivantes aux dirigeants de la société I, en se fondant sur les dispositions de l'article 154 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales:

- What were the control mechanisms and risk management procedures put in place in order to supervise and control the Target Companies?

- How and on the basis of which documentation was assessed the enforceability of the insurance policies and pledges covering the instruments that the Target Companies invested in? Has any independent formal and legal assessment taken place? What was the outcome of these assessments?

- Has all evidence from the Target Companies been given in custody with the different custodians?

- What measures were taken in order to assess on an on-going basis the overall risk exposure of the Fund?

- What measures were taken in order to assess on an on-going basis the liquidity of the Target Companies?

- Have the insurance / pledges covering PWCS Target Company been called upon and are they enforceable?

et:

- On the basis of which documentation and evidence was the market value of the Investment portfolio evaluated in 2014?

- Which parameters did change having as consequence that the valuation of the Investments as of 31 December 2015 could not be confirmed anymore?

- The Prospectus of the Fund provides for redemption fees on redemption proceeds. What was the amount of redemption fees collected by the Fund in 2014, 2015 and 2016 and how and to whom were these fees allocated?

- In case these fees were waived by the Board of Directors, what was the reason for this waiver?

- From which incomes of the Fund were paid the monthly returns to the shareholders until 30th June 2016?

- What have been the reasons for the multiple changes in the depositary bank and paying agent, the latest having taken place in October 2016? What were the fees generated by these migrations?

- What is the amount of assets currently available in the Fund?

Par courrier du 23 mai 2017, le mandataire de la société H a répondu que la demande de renseignement n'était pas recevable dès lors que les requérantes ne remplissaient pas le quorum de 10 % du capital social du fonds, le quorum de 10 % du capital social du seul compartiment I étant insuffisant pour qu'elles puissent agir en vertu des dispositions de l'article 154 de la loi sur les sociétés commerciales.

Estimant que le quorum de 10 % ne devait être atteint que par rapport au capital social du compartiment I et qu'elles remplissaient cette condition, les sociétés A-G ont, par acte d'huissier de justice du 30 juin 2017, donné assignation à la société H, agissant pour le compte du compartiment I, à comparaître devant le Président de la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, pour voir nommer un expert sur base de l'article 154 de la loi sur les sociétés commerciales, ayant pour mission d'établir un rapport sur les

opérations de gestion visées dans le courrier des requérantes du 28 avril 2017.

En première instance, la défenderesse H s'est rapportée à prudence de justice quant à la validité de l'acte introductif d'instance qui ne comprendrait ni l'exposé sommaire des moyens ni l'indication des pièces sur lesquelles la demande était basée. Elle a soulevé l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité, sinon d'intérêt à agir des demanderesses qui n'établiraient ni leur qualité d'actionnaires du fonds, ni la détention de 10 % du capital social de la société. Les demanderesses ne figureraient pas au registre des actions nominatives du fonds, seules les sociétés J et K (Zürich) y étant inscrites. La preuve de la qualité d'actionnaires des demanderesses ne serait pas rapportée.

La défenderesse H a ajouté que les demanderesses auraient dû rapporter la preuve de leur qualité d'actionnaires au moment de formuler la demande de renseignements. A défaut d'établissement de cette preuve à cette date, aucune suite ne saurait être réservée à leur demande.

Les demanderesses A-G ont répliqué que leur qualité d'actionnaires était établie par les éléments du dossier, la société H les ayant d'ailleurs reconnues comme telles. Dans son refus de fournir les renseignements requis, la défenderesse n'aurait pas contesté leur qualité d'actionnaires, se limitant à contester qu'elles disposaient de 10 % du capital social. En outre, depuis le mois de février 2014, les administrateurs du fonds auraient communiqué avec Michael L en sa qualité de représentant légal des sociétés A-G sub 1) à 5) et les noms des sociétés A et G résulteraient expressément de la documentation de commercialisation du compartiment I. Les demanderesses en ont conclu que l'intimée a connu et accepté leur qualité d'actionnaires. Cette qualité découlerait également du fait que les « *nominee shareholders* » figurant au registre des actions nominatives du fonds ne revendiqueraient pas la qualité d'actionnaires, mais reconnaîtraient qu'ils détenaient les actions au nom et pour le compte des demanderesses.

Par ordonnance contradictoire du 3 novembre 2017, la 1^{ère} vice-présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, a rejeté la demande des sociétés A-G.

Pour statuer ainsi, elle a rejeté le moyen déduit de l'irrégularité de l'assignation en retenant que la requête en fixation d'audience annexée à l'assignation et en faisant partie intégrante contenait un exposé détaillé de la demande. Quant au moyen d'irrecevabilité pour absence de qualité et d'intérêt à agir des requérantes, elle a retenu que ce moyen relevait du fond du droit. Elle a analysé quant au fond si, d'après les éléments qui lui étaient soumis, les requérantes

établissaient leur qualité d'actionnaires. Elle a retenu qu'il incombait aux demanderesses de prouver que malgré l'inscription comme actionnaires au registre des actionnaires nominatifs du fonds des sociétés J SA et K (Zürich), elles étaient les véritables propriétaires des actions. Elle a passé en revue les éléments de preuve qui lui étaient soumis pour en déduire que cette preuve n'était pas rapportée.

La juge de première instance a d'abord retenu que le seul fait que dans le courrier en réponse du 23 mai 2017, la qualité d'actionnaires des demanderesses n'a pas été contestée par la défenderesse ne valait pas acceptation de cette qualité. Elle a ensuite analysé la notion de « *nominee* » et sa qualification juridique. Elle a estimé que cette qualification dépendait essentiellement de la volonté des parties, notamment des rapports de l'intermédiaire avec son client et l'émetteur. Si le *nominee* n'a pas révélé agir pour le compte d'autrui, il serait à considérer comme prête-nom et il serait personnellement tenu. S'il a révélé sa qualité de *nominee*, on serait en présence d'un contrat de fiducie et le *nominee* conserverait la propriété des actions pendant toute la durée de la fiducie. Elle a ajouté que dans le cadre d'un contrat de mandat, les actions sont souscrites au nom du mandant. Dans le cadre d'un contrat de commission imparfait, l'intermédiaire qui déclare agir au nom d'autrui sans en révéler l'identité, ne deviendrait pas propriétaire des actions.

Dans l'hypothèse d'un « *nominee shareholder* », le nom de ce dernier figurerait sur le registre des actions nominatives et il serait présumé propriétaire des titres. Néanmoins, en sa qualité de commissionnaire, il ne deviendrait à aucun moment propriétaire des titres souscrits pour le compte de son client. La souscription, en tant que contrat commissionné conclu par l'intermédiaire en qualité de commissionnaire, serait translatrice de propriété. La propriété des actions serait transférée directement dans le patrimoine du client sans transiter par celui du commissionnaire.

La juge de première instance a constaté que les requérantes ne versaient pas les contrats les liant aux sociétés J et K (Zürich), mais qu'elles se bornaient à verser des documents intitulés « Vollmacht ». En vertu de ces derniers, les sociétés J et K (Zürich) détiendraient les actions au nom et pour compte de la société M et cette dernière les détiendrait au nom et pour compte des demanderesses. Suivant ces documents, les sociétés J et K (Zürich) auraient conféré un mandat de représentation à la société M qui à son tour aurait conféré un tel mandat aux demanderesses. La juge de première instance en a déduit que les demanderesses n'agissaient pas en tant qu'actionnaires, mais seulement en tant que mandataires des actionnaires inscrits. Ce ne serait que sur base des contrats de « *nominee* » qu'il pourrait être déterminé sous quelle forme sont intervenus les différents intermédiaires et qui est propriétaire des actions. Dans la mesure où ces contrats ne lui auraient pas été

soumis, la preuve de la qualité d'actionnaires des demanderessees ne serait pas rapportée. La demande a dès lors été déclarée non fondée.

Par acte d'huissier de justice du 12 janvier 2018, les sociétés A-G ont relevé appel de cette ordonnance qui ne leur a pas été signifiée.

A l'appui de leur recours, elles ont réitéré leur affirmation qu'elles étaient les actionnaires du fonds. Ce serait à tort que pour voir établir cette qualité dans leur chef, la juge de première instance aurait exigé la production d'un écrit, en l'occurrence, les contrats les liant aux nommées. Si la conclusion d'un contrat de fiducie devait effectivement intervenir par écrit, les relations entre parties ne seraient pas à qualifier comme telles. N'étant pas parties à un contrat de fiducie, les nommées devraient être considérés comme détenteurs précaires. Ils ne seraient pas les propriétaires des actions. Pour établir leur qualité de propriétaires des actions, les appelantes se sont référées aux « Vollmachten », ainsi qu'au document intitulé « Confirmation of fund position » émis par la société K AG et à des échanges de courriels. Elles ont réitéré leur moyen consistant à dire qu'il suffisait qu'elles détenaient 10 % du capital social du compartiment I pour être en droit d'agir sur base de l'article 154 de la loi sur les sociétés commerciales.

L'intimée H a conclu à la confirmation de l'ordonnance de première instance dans toute sa teneur et sans réserve, sinon à voir dire irrecevable l'action des sociétés A-G. Elle a contesté avoir reconnu la qualité d'actionnaires des appelantes. Elle a contesté que cette qualité résulte des éléments invoqués par ces parties. Elle a ajouté que la condition de détenir 10 % du capital social devait s'apprécier par rapport au capital social du fonds pris dans son intégralité et non seulement par rapport au compartiment I. Pour le cas où la Cour retenait que les appelantes étaient actionnaires et remplissaient la condition relative aux 10 % du capital social, elle a demandé à voir réserver le fond et à permettre aux parties d'instruire l'affaire par rapport aux autres conditions posées par l'article 154 de la loi sur les sociétés commerciales.

Les appelantes ont demandé acte que l'intimée a conclu principalement à la confirmation pure et simple de l'ordonnance de première instance, tout en demandant à voir dire leur demande irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir des appelantes, faute par ces parties de prouver leur qualité d'actionnaires et la détention de 10 % du capital social. Dans la mesure où la juge de première instance a déclaré la demande recevable et a analysé les moyens invoqués par l'intimée dans le cadre de son bien-fondé, les moyens d'irrecevabilité soulevés par l'intimée seraient en contradiction avec la demande de confirmation de la décision de première instance. Les moyens d'irrecevabilité seraient partant à rejeter sans autre analyse. A titre subsidiaire, si l'intimée estimait que la demande était irrecevable, elle aurait dû solliciter in limine litis la

réformation de la décision de première instance, ce qu'elle n'aurait pas fait. Les appelantes ont affirmé que ce n'était qu'à titre subsidiaire qu'elles analysaient les moyens d'irrecevabilité relatifs au défaut de leur qualité et de leur intérêt à agir.

Quant au moyen principal, il convient de rappeler que la juge de première instance a retenu que les moyens relatifs au défaut de qualité et d'intérêt à agir des demanderesses ne concernaient pas la recevabilité de la demande, mais relevaient du fond du droit. Elle a déclaré la demande recevable pour ensuite analyser au fond si les demanderesses avaient qualité et intérêt à agir.

En requérant la confirmation de la décision de première instance, l'intimée a conclu à l'entérinement de ce raisonnement. S'il est vrai que dans le corps de sa note de plaidoiries, elle a invoqué les moyens relatifs à l'absence de la qualité d'actionnaires des appelantes et du quorum de 10 % du capital social comme moyens d'irrecevabilité, ceci ne saurait remettre en cause sa demande, formulée de façon précise et explicite au dispositif de sa note, de principalement voir confirmer la décision de première instance dans toute sa teneur, partant également sur ce point. Il convient d'ajouter qu'en tout état de cause, il appartient au juge de donner la juste qualification aux moyens qui lui sont soumis par les parties.

Or c'est à bon droit, pour les motifs exposés dans sa décision, que la juge de première instance a retenu que les moyens de contestation de la qualité et de l'intérêt à agir des demanderesses, déduits de l'absence de leur qualité d'actionnaires et du quorum de 10 % du capital social, relevaient du fond du droit.

Il convient partant d'analyser ces questions avec le fond. Dans le cadre de l'appel interjeté par les sociétés A-G, l'intimée est autorisée à soulever les moyens relatifs à l'intérêt et la qualité à agir comme moyens de défense à la demande de réformation formulée par les appelantes.

Quant à la qualité d'actionnaires des appelantes :

Pour être en droit d'agir sur base de l'article 154, actuellement 1400-3, de la loi sur les sociétés commerciales, les appelantes doivent établir leur qualité d'actionnaires.

Selon l'article 40, actuellement 430-4, de la loi sur les sociétés commerciales, la propriété d'une action nominative s'établit par inscription sur le registre des actions nominatives de la société concernée.

Il n'est pas contesté par les appelantes que dans le registre des actions nominatives du fonds, elles ne figurent pas comme étant les titulaires des actions dont elles affirment être propriétaires, mais que ces actions y sont inscrites au nom des sociétés J et K (Zürich). Les

appelantes ont néanmoins estimé que sur base des éléments du dossier, la qualité d'actionnaires devait leur être reconnue.

L'intimée n'a pas contesté que la contre preuve du droit de propriété résultant de l'inscription au registre des actions nominatives pouvait être rapportée par tous moyens. Ce faisant, elle s'est conformée au principe qu'en matière de preuve de la propriété des actions nominatives, le formalisme doit céder le pas à la réalité (Cour d'appel 30 octobre 2002, numéro du rôle 25762).

Les appelantes sont dès lors en droit d'établir par tous moyens que malgré que les actions fussent inscrites au registre des actions nominatives du fonds au nom des sociétés J et K (Zürich), elles en étaient les propriétaires.

Concernant l'argument des appelantes que la juge de première instance aurait requis que la preuve de leur qualité de propriétaire soit rapportée par un écrit, à savoir les contrats de nominee, cette critique repose sur une lecture erronée des motifs de la décision. La juge de première instance n'a pas requis que la preuve de la qualité d'actionnaires des appelantes soit obligatoirement établie par un écrit, mais elle a estimé que seuls les termes des contrats de nominee étaient de nature à apporter les éclaircissements lui permettant de départager les parties quant à la désignation du véritable propriétaire des actions. Le contenu de ces contrats ne lui ayant pas été révélé, elle en a déduit que les sociétés A-G n'avaient pas rapporté la preuve de leur qualité de propriétaires des actions. La critique des appelantes n'est partant pas fondée.

La juge de première instance a analysé en détail la notion de nominee en rappelant à juste titre que cette notion n'a pas de consistance juridique propre, mais que les caractéristiques juridiques y attachées dépendent des termes du contrat conclu entre les parties concernées. C'est dès lors à bon droit qu'elle a relevé l'importance du contenu des contrats de nominee, mais c'est à tort qu'elle a estimé que seul le contrat de nominee était de nature à établir l'identité du véritable propriétaire des titres. En effet, tel que rappelé ci-dessus, la preuve de la qualité de véritable propriétaire des titres peut être rapportée par tous moyens.

Tel que rappelé à juste titre dans la décision de première instance, la pratique luxembourgeoise des affaires admet que le propriétaire d'un titre nominatif se fasse inscrire dans le registre des titres nominatifs par l'intermédiaire d'un nominee. Le nominee, qui peut être un professionnel du secteur financier, fait figurer son nom dans le registre comme s'il agissait en son nom propre alors qu'en réalité, il agit pour le compte du véritable propriétaire, sans que l'émetteur ou le teneur du registre n'en ait connaissance. Cette pratique est considérée comme licite (P. Mousel et F. Fayot : La circulation des titres, dans : Droit bancaire et financier au Luxembourg, vol. 3, p. 1362).

En termes juridiques, en fonction des stipulations de la convention conclue entre l'investisseur et le nominee, ce dernier est à qualifier de mandataire, sinon de fiduciaire ou encore de simple prestataire de services (P. Mousel et F. Fayot, op.cit, p.1362).

Il convient de préciser d'emblée que la pratique du nominee se distingue de la cession de titres. En cas de recours à un nominee, aucune cession n'intervient entre le nominee et le véritable propriétaire, quelle que soit la qualification juridique retenue. Partant les dispositions légales et les stipulations conventionnelles, ainsi que les décisions de justice citées par l'intimée, relatives à une cession de parts sociales, sont à écarter pour ne pas être pertinentes.

Il convient de même d'écarter le moyen de l'intimée déduit de l'article 2.2.2 de la circulaire 91/75 de la CSSF concernant l'exigence d'un écrit entre l'investisseur et le nominee. Si cette disposition impose en effet la rédaction d'un écrit fixant les relations entre l'organisme de placement collectif, le nominee, l'administration centrale au Luxembourg et les investisseurs, il y est précisé que cette disposition s'applique lorsque l'intervention du nominee fait partie intégrante du dispositif de distribution mis en place par les promoteurs (cf Cl. Kremer et I. Lebbe : Organismes de placement collectif, 3^{ème} éd., n° 1690, note n° 1329). Tel n'étant pas le cas en l'espèce, cet argument ne saurait valoir.

Pour le surplus, au vu des pièces versées par les appelantes, qui divergent selon qu'elles se rapportent aux titres inscrits au nom de la société J ou au nom de la société K (Zurich), il convient de distinguer entre ces deux séries de titres dans l'appréciation de la preuve de la qualité d'actionnaires des appelantes.

Parts inscrites au nom de la société J :

Pour établir leurs droits de propriétaires par rapport aux titres inscrits au nom de la société J, les appelantes ont versé des écrits intitulés « Vollmacht ». Ces écrits sont de la teneur suivante :

Il résulte du premier de ces documents que la société M y a été qualifiée d'« *Anteilseigner* » des parts inscrites au nom de la société J dans le fonds I. Il est précisé qu'en raison des droits attachés à cette qualité, cette société a le pouvoir d'exercer en son nom propre tous les attributs résultant de cette qualité. Au dernier alinéa, il est ajouté que « *höchstvorsorglich* », pouvoir est donné par la société J à la société M d'exercer les droits attachés aux titres.

Le deuxième document est rédigé dans les mêmes termes, sauf qu'en vertu de ce document, c'est la société M qui reconnaît la qualité d'« *Anteilseigner* » de la société A, partant de l'une des parties appelantes.

Des documents analogues existent pour les autres parties appelantes.

C'est à tort que la juge de première instance a retenu que ces pièces établissaient uniquement que les appelantes ont agi comme mandataires de l'actionnaire inscrit et qu'il n'en résultait pas qu'elles étaient propriétaires des titres y visés.

Par ces écrits, signés le premier par l'actionnaire inscrit, la société J, et le second par la société M, ces sociétés ont expressément reconnu la qualité d'« *Anteilseigner* » de la société y désignée, à savoir la société M pour le premier écrit et une des appelantes pour le second. Le terme d'« *Anteilseigner* » se traduisant par « *propriétaire des parts* », la qualité de propriétaire de la personne désignée sous ce terme dans le dernier de ces écrits est dès lors en principe donnée.

Ce n'est qu'à titre de précaution (« *höchstvorsorglich* ») que par ces mêmes écrits, l'actionnaire inscrit, la société J, respectivement la société M, ont donné mandat au « *Anteilseigner* » y désigné de les représenter dans les relations avec les tiers. Ce pouvoir ayant été accordé à titre de précaution, il ne remet pas en cause la qualité de propriétaire de la personne y désignée comme « *Anteilseigner* ».

Ces écrits ne sauraient partant être interprétés comme conférant un simple mandat de représentation à la société y désignée, partant à la société M ou aux appelantes.

Quant à la nature des relations entre parties résultant de ces écrits, il résulte des documents intitulés « *Vollmacht* » que la société désignée comme propriétaire était en droit de faire valoir les prérogatives attachées à cette qualité à l'encontre de l'intimée, notamment lors des assemblées générales des actionnaires. Par cette stipulation, il est exclu que les parties aient été liées par un contrat de fiducie, ce contrat ayant pour spécificité d'exclure toute relation entre le fiduciaire, en l'espèce une des sociétés appelantes, et le tiers, en l'occurrence l'intimée.

Quant à la qualification de mandat, elle doit également être exclue, les actions ayant été inscrites au nom de la société J dans le registre des actions nominatives de l'intimée. Si cette société avait agi comme mandataire, les actions auraient été inscrites au nom de l'une des sociétés appelantes.

Il convient d'ajouter qu'il ne résulte pas des éléments du dossier qu'au moment de la souscription, l'intimée savait que la société Oppenheim n'était pas le propriétaire des titres, mais que cette qualité revenait aux appelantes. Les faits avancés dans ce contexte par les appelantes, qui se sont déroulés avant ou après la souscription, n'établissent pas qu'au moment de la souscription, l'intimée était informée que la société Oppenheim n'acquerrait pas les titres pour son propre compte mais pour le compte des appelantes. L'intimée a toujours contesté avoir été au courant que les titres étaient acquis au nom des appelantes.

Toutes les autres qualifications étant exclues, il faut admettre, au vu des circonstances de l'espèce, que les relations entre la société J et les appelantes correspondaient à celles d'un contrat de commission.

Dans le cadre d'un tel contrat, le commissionnaire fait soit semblant d'agir pour son propre compte dans ses relations avec le tiers ou alors, s'il déclare agir pour le compte d'autrui, il ne révèle pas le nom de la personne pour laquelle il agit. Dans les deux cas de figure, la personne pour laquelle le commissionnaire a agi peut déclarer plus tard vouloir profiter du contrat, s'ajoutant ainsi au commissionnaire et devenant partie au contrat (Jurisclasseur, droit civil, art. 1199 à 1200, fasc. 10, n° 27). Par voie de conséquence, des actions directes entre le commettant et tiers avec lequel le commissionnaire a traité prennent naissance (Jurisclasseur, droit civil, art. 1119, fasc. unique, n° 38). Le commissionnaire reste également tenu envers le tiers et sa responsabilité peut être engagée pour les fautes qu'il a commises lors de son intervention (Jurisclasseur, droit civil, art. 1119, fasc. unique, n° 40).

Par la naissance des actions directes entre le commettant et le tiers, un lien existe entre ces parties. L'intimée ne saurait partant se prévaloir de l'absence de lien entre elle et les appelantes pour leur dénier la qualité de propriétaires des parts inscrites dans son registre au nom de la société J. L'intimée ne saurait pas non plus se prévaloir des obligations lui incombant en matière de blanchiment pour dénier le droit aux appelantes de se prévaloir de leur qualité de propriétaires des actions à son encontre, puisqu'en l'espèce, les obligations spécifiques à cette matière incombaient à la société J, cocontractante directe des appelantes, dont la responsabilité pourrait être recherchée au cas où elle n'aurait pas accompli les diligences qui s'imposaient.

Il se déduit des développements qui précèdent que la qualité d'actionnaires des appelantes du fonds I est établie au vu des pièces versées au dossier et qu'elles peuvent demander à être reconnues comme telles par l'intimée.

L'intimée a soutenu que la demande des appelantes à voir reconnaître leurs droits de propriétaires des titres inscrits au nom de la société J n'était plus recevable puisqu'elles auraient dû rapporter la preuve de leur qualité de propriétaire le jour où elles se sont adressées à l'intimée pour requérir des renseignements sur base des dispositions de l'article 154 ancien de la loi sur les sociétés commerciales.

Il résulte des pièces du dossier que par courrier du 28 avril 2017, les appelantes se sont adressées à l'intimée pour obtenir des renseignements en se prévalant de leur qualité de propriétaires de 38,7 % des actions du compartiment I. La réponse à leurs questions ne leur ayant pas été fournie au motif qu'elles ne remplissaient pas les conditions posées par l'article 154 ancien de la loi sur les sociétés commerciales, c'est à bon droit qu'elles se sont adressées aux instances judiciaires pour voir reconnaître la réalité de leurs droits. L'intimée ayant contesté leur qualité d'actionnaires au cours de l'instance judiciaire, elles étaient recevables et fondées à en rapporter la preuve dans le cadre cette procédure. Ce moyen est dès lors à rejeter.

Par déduction des développements qui précèdent, il convient de décider que par réformation de la décision de première instance, les appelantes ont établi leur qualité de propriétaires des actions inscrites au registre des actions nominatives du fonds au nom de la société J.

En vertu des documents soumis à la Cour, 12.278 parts sont à attribuer de la sorte à la société A, 792 parts à la société A-G & CO. B ; 2.821,5 parts à la société A-G & CO. C; 1.119,5 parts à la société A-G & CO. D ; 1.871,5 parts à la société A-G & CO. E; 2.897,5 parts à la société A-G & CO. F et 5.258,88 parts à la société G.

Un total de 27.038,88 sur les 27.751,68 parts inscrites au nom de la société J au registre des actions nominatives du fonds sont donc la propriété des appelantes.

Parts inscrites au nom de la société K (Zurich) :

Quant aux titres inscrits au nom de la société K (Zurich) au registre des actions nominatives du fonds dont les appelantes ont revendiqué la propriété, ces parties ont versé la pièce suivante :

Cette pièce émane de la société K AG, certes avec adresse à Zurich. Les titres revendiqués par les appelantes sont inscrits au nom de la société K (Zurich) au registre des actions nominatives du fonds. Il résulte de l'extrait de ce registre versé au dossier de la Cour que la société K y figure également, à côté de la société K (Zurich). Il s'en déduit qu'il s'agit de deux entités juridiques différentes. Il est vrai qu'à côté de la société K, il est mentionné qu'elle est titulaire de 0 part. Il n'en reste pas moins qu'il se déduit de cette double inscription que la société K est une entité différente de la société K (Zurich).

Il n'est pas établi en vertu de quel droit la société K aurait été habilitée à attester dans l'écrit reproduit ci-dessus que les titres inscrits au nom de la société K (Zurich) au registre des actions nominatives du fonds n'appartenaient pas à cette dernière, mais à une autre société, en l'occurrence l'appelante A. Cette pièce n'est partant pas de nature à établir la preuve de la propriété des titres dans le chef des appelantes.

La pièce n° 32 versée par les appelantes n'est pas davantage pertinente puisqu'elle est entachée de la même confusion entre les deux sociétés. La pièce n°31, comportant la mention « UBS », sans autre précision, n'apporte pas davantage d'éclaircissements.

Il en va de même des échanges de courriels entre le fonds et les responsables des sociétés appelantes. Ces courriels ne sont pas spécifiques aux titres inscrits au nom de la société K (Zurich). Il est établi par ailleurs par les développements faits plus haut que les appelantes étaient propriétaires de certains titres.

En l'état des pièces versées au dossier, les appelantes ne sauraient valablement soutenir être propriétaires des titres inscrits au nom de la société K (Zurich) dans le registre des actions nominatives. Elles peuvent donc seulement se prévaloir de la qualité d'actionnaires du fonds à hauteur de 27.038,88 parts. Leur qualité d'actionnaires n'est pas établie pour le surplus.

Quant au quorum de 10 % du capital social :

Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si la condition relative à la possession de 10 % du capital social prescrite par l'article 154, actuellement 1400-3, de la loi sur les sociétés commerciales, doit s'apprécier par rapport au capital social du fonds pris dans son intégralité ou si cette condition n'est à apprécier que par rapport au capital social du compartiment I.

Quant à l'incidence du refus de reconnaître la qualité d'actionnaires des appelantes des titres inscrits au nom de la société K (Zurich), il convient de constater que les appelantes ont soutenu, sans être contredit sur ce point par l'intimée, que le compartiment I

est réparti en 75.032,31 parts. Les appelantes pouvant se prévaloir de la qualité de propriétaires de 27.038,88 parts, il est incontestable qu'au cas où la condition relative aux 10 % du capital social doit s'apprécier par rapport à ce seul compartiment, elles rempliraient cette condition. Il n'est pas contesté qu'elles ne la remplissent pas par rapport au capital social du fonds pris dans son ensemble.

L'article 154, actuellement 1400-3, de la loi sur les sociétés commerciales prévoit que :

« Un ou plusieurs associés représentant au moins 10 pour cent du capital social ou 10 pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres existants, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit à l'organe de gestion des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés contrôlées au sens de l'article 309 de la présente loi. »

Pour faire conclure que la condition relative à la détention de 10 % du capital social ne doit être appréciée que par rapport au compartiment dans lequel elles ont investi, les appelantes se sont référées aux dispositions de l'article 71 (1) de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés. Elles ont soutenu que chaque compartiment devrait être considéré comme un fonds d'investissement à part entière au vu de la manière dont le fonds était structuré et géré. Elles ont soutenu que les questions qu'elles ont formulées concernaient toutes le compartiment dans lequel elles ont investi, de sorte qu'il devait être fait droit à leur demande.

L'intimée a conclu au rejet de la demande des appelantes en se prévalant de l'unicité de la personnalité morale de la SICAV.

Il est constant en cause que l'intimée, constituée sous la forme d'une société anonyme, est une société d'investissement spécialisée qui comporte plusieurs compartiments. En tant que telle, elle possède une seule et unique personnalité juridique.

L'article 71 (1) de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés prévoit que chaque compartiment correspond à une partie distincte du fonds. A l'article 71 (5), alinéa 3, il est ajouté que dans les relations entre investisseurs, chaque compartiment est traité comme une entité à part, sauf clause contraire des documents constitutifs. Aucune telle clause dérogatoire ne figure dans les statuts de l'intimée.

Au contraire, les statuts de cette partie comprennent des dispositions confortant l'existence d'une certaine autonomie de chaque compartiment par rapport à la société entière.

Ainsi l'article 6 des statuts de l'intimée précise que si, certes, la société est une entité unique, vis-à-vis des tiers, les droits des investisseurs et créanciers concernant un compartiment sont limités aux actifs de ce compartiment.

Par ailleurs, l'article 22 des statuts de l'intimée prévoit la tenue d'assemblées générales des actionnaires d'un compartiment. Par le renvoi opéré à l'article 22 des statuts à l'alinéa 6 l'article 21 de ce même texte, relatif aux assemblées générales de la société toute entière, la tenue d'une assemblée générale des actionnaires d'un seul compartiment peut être demandée par les actionnaires représentant un dixième au moins du capital social. Il ne saurait faire de doute que ce pourcentage doit être calculé par rapport au capital social du compartiment et non par rapport à celui de la société tout entière. Ces dispositions des statuts de l'intimée expriment dès lors la volonté de la société de respecter les intérêts particuliers des actionnaires des différents compartiments.

Cette volonté est confirmée par les dispositions de l'article 21 des statuts de l'intimée, relatives à l'assemblée générale de la société tout entière. Il est prévu que toute décision prise lors de l'assemblée des actionnaires de toute la société, affectant les droits d'un quelconque des compartiments, doit être soumise à une décision de l'assemblée générale des actionnaires de ce compartiment.

Les dispositions de l'article 154, actuellement 1400-3, de la loi sur les sociétés commerciales doivent être interprétées à la lumière de l'ensemble de ces dispositions statutaires et légales. Dans la mesure où il se dégage des développements qui précèdent qu'il doit être tenu compte des intérêts particuliers des actionnaires de chaque compartiment, il convient de décider que lorsque les actionnaires d'un fonds à compartiments multiples formulent des questions se rapportant au seul compartiment dont ils sont actionnaires, la condition relative aux 10 % du capital social doit être appréciée par rapport à ce seul compartiment.

L'ordonnance du 3 novembre 2017 est partant à réformer dans ce sens.

L'affaire est renvoyée devant le juge de la mise en état pour permettre aux parties de conclure par rapport aux autres conditions posées par l'article 154, actuellement 1400-3, de la loi sur les sociétés commerciales.

Aucune des parties n'établissant en quoi il est inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens, elles sont à débouter de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure formulées pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant,

dit que les appelantes A-G ont établi leur qualité d'actionnaires de la société anonyme I à hauteur de 27.038,88 parts,

dit qu'elles n'ont pas établi leur qualité d'actionnaires pour le surplus,

dit que la condition relative à la détention de 10% du capital social prévue à l'article 1400-3 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales doit être appréciée par rapport au seul capital social du compartiment I dans le cadre des demandes de renseignement formulées par les appelantes concernant ce seul compartiment,

déboute les parties de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme H aux frais et dépens de l'instance d'appel,

renvoie les parties devant le magistrat de la mise en état pour instruction complémentaire de l'affaire.