

## Arrêt N° 66/19 IV-COM

Audience publique du trente avril 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 SOC1.),** établie et ayant son siège social à FL-(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Liechtenstein sous le numéro FL-(...),

**2) la société SOC2.) & CO. BETEILIGUNGS - KOMMANDITENGESELLSCHAFT I,** établie et ayant son siège social à CH-(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de LIEU1.) sous le numéro CHE-(...),

**3) la société SOC2.) & CO. BETEILIGUNGS - KOMMANDITENGESELLSCHAFT II,** établie et ayant son siège social à CH-(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de LIEU1.) sous le numéro CHE-(...),

**4) la société SOC2.) & CO. BETEILIGUNGS - KOMMANDITENGESELLSCHAFT III,** établie et ayant son siège social à CH-(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de LIEU1.) sous le numéro CHE-(...),

**5) la société SOC2.) & CO. BETEILIGUNGS - KOMMANDITENGESELLSCHAFT 4,** établie et ayant son siège social à CH-(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de LIEU1.) sous le numéro CHE-(...),

**6) la société SOC2.) & CO. BETEILIGUNGS - KOMMANDITENGESELLSCHAFT 5**, établie et ayant son siège social à CH(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de **LIEU1.)** sous le numéro CHE-(...),

**7) la société ASS1.)-LIFE LEBENSVERSICHERUNG AG ASS1.) INSURANCE GROUP**, établie et ayant son siège social à FL(...), (...), représentée par son organe de gestion en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Liechtenstein sous le numéro FL-(...),

**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 SOC3.) FIS**, société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé, établie et ayant son siège social à L(...), (...), représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par Maître Donald Venkatapen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## **LA COUR D'APPEL**

La société anonyme **SOC3.) SIF** est une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois à compartiments multiples, dont un des compartiments est dénommé **COMP1.)**.

Se prévalant de leur qualité d'actionnaires du compartiment **COMP1.)**, les sociétés 1) **SOC1.) AG**, 2) **SOC2.) & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft I**, 3) **SOC2.) & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft II**, 4) **SOC2.) & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft III**, 5) **SOC2.) & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft 4**, 6) **SOC2.) & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft 5** et 7) **ASS1.)-LIFE LEBENSVERSICHERUNG AG ASS1.) INSURANCE GROUP** (ci-après « les sociétés **SOC2'.)**») ont posé par courrier du 28 avril 2017 les questions suivantes aux dirigeants de la société **SOC3.) SIF** –

**COMP1.)**, 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 30<sup>th</sup> 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 **SOC3.)** SIF 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 **COMP1.)** 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 **COMP1.)** et qu'elles remplissaient cette condition, les sociétés **SOC2'.)** ont, par acte d'huissier de justice du 30 juin 2017, donné assignation à la société **SOC3.)** SIF, agissant pour le compte du compartiment **COMP1.)**, 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.

Par ordonnance contradictoire du 3 novembre 2017, la 1<sup>ère</sup> vice-présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, a rejeté la demande des sociétés **SOC2'.)** au motif que leur qualité d'actionnaires n'était pas établie.

Par acte d'huissier de justice du 12 janvier 2018, les sociétés **SOC2'.)** 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, ainsi que leur moyen consistant à dire qu'il suffisait qu'elles détenaient 10 % du capital social du compartiment **COMP1.)** pour être en droit d'agir sur base de l'article 154 de la loi sur les sociétés commerciales.

Par arrêt contradictoire du 23 janvier 2019, la Cour d'appel a dit l'appel partiellement fondé, partant par réformation du jugement de première instance, elle a dit que les appelantes 1) **SOC1.)** AG, 2) **SOC2.)** & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft I, 3) **SOC2.)** & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft II, 4) **SOC2.)** & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft III, 5) **SOC2.)** & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft 4, 6) **SOC2.)** & CO. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft 5 et 7) **ASS1.)**-LIFE LEBENSVERSICHERUNG AG **ASS1.)** INSURANCE GROUP ont établi leur qualité d'actionnaires de la société anonyme **SOC3.)** SIF – **COMP1.)** à hauteur de 27.038,88 parts, mais qu'elles n'ont pas établi leur qualité d'actionnaires pour le surplus.

La Cour a décidé 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 devait être appréciée par rapport au seul capital social du compartiment **COMP1.**) dans le cadre des demandes de renseignement formulées par les appelantes concernant ce seul compartiment.

La Cour a débouté les parties de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure et elle a condamné la société anonyme **SOC3.)** SIF aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Suite au prononcé de cet arrêt, les parties ont requis d'un commun accord la nomination d'un expert avec la mission plus amplement reprise au dispositif du présent arrêt.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale dans le cadre de l'article 1400-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

statuant en continuation de l'arrêt du 23 janvier 2019,

nomme expert Monsieur Marc Meyers, demeurant à L-2311 Luxembourg, 147, avenue Pasteur, avec la mission:

« d'analyser, d'investiguer et d'établir un rapport motivé sur les opérations de gestion suivantes :

- les mécanismes de contrôle et de garantie mis en place par le Fonds en conformité avec le prospectus du Fonds et en conformité avec la charte de contrôle distribuée aux investisseurs,
- la politique de l'AIFM relative à la gestion de portefeuille (« *Investment Decision Making Process* »),
- les rapports émis par l'AIFM sur ses activités de gestion de portefeuille du Fonds,
- les mémorandums d'investissement et/ou les rapports d'évaluation émis par l'AIFM relatifs aux investissements proposés au Fonds,
- les rapports de due diligence émis par l'AIFM sur l'ensemble des investissements proposés au Fonds,
- les rapports émis par l'AIFM sur les transactions conclues par le Fonds,
- les rapports émis par l'AIFM concernant la gestion des risques,
- la politique de gestion des risques et de gestion des liquidités émise par l'AIFM concernant la gestion du Fonds,
- la matrice de risques / fiche d'identification des risques émise par l'AIFM pour le Fonds,
- l'ensemble des calculs de la valeur nette d'inventaire du Fonds,

- les procès-verbaux des réunions de l'AIFM suite aux difficultés rencontrées par le Fonds et les courriers d'information adressés par l'AIFM à la CSSF faisant état de ces difficultés,
- le code de conduite du Fonds (« AIFMD Code of Conduct »),
- toutes les décisions de l'AIFM relatives au Fonds,
- toute la documentation (notamment, mais non exclusivement les documents de la « *due diligence* », le memorandum d'investissement, les preuves des virements bancaires, les décisions de l'AIFM relative aux investissements du Fonds,
- les rapports d'activité de l'AIFM mentionnant le Fonds,
- l'évaluation des avoirs du Fonds,
- l'affectation des revenus provenant des souscriptions et des commissions de rachat ("redemption fees"),
- le paiement des distributions mensuelles jusqu'en juillet 2016,
- d'éventuels rachats sur base d'informations privilégiées (délits d'initié),

et en particulier sur les questions suivantes, à savoir :

- quels sont les mécanismes de contrôle et les procédures de gestion des risques mis en place afin de garantir la surveillance des sociétés cibles du Fonds ?

- comment et sur base de quels documents a été évaluée la validité des polices d'assurance et des garanties souscrites par le Fonds censées protéger les investissements dans les sociétés cibles ? Est-ce qu'une évaluation indépendante ou avis juridique a été demandé sur la validité de ces polices et garanties ?

- est-ce que toute la documentation reçue de la part des sociétés cibles a été donnée pour conservation aux différentes banques dépositaires ?

- quelles mesures ont été prises afin d'évaluer régulièrement l'exposition du Fond aux risques ?

- quelles mesures ont été prises afin d'évaluer de manière continue la liquidité des sociétés cibles du Fonds ?

- est-ce que les polices d'assurances / garanties souscrites pour couvrir les investissements dans PWCS ont été activées, est-ce que leurs primes ont été payées et dans la négative, pour quels motifs, et est-ce que ces polices d'assurances / garanties interviennent pour indemniser le Fonds ?

(les paragraphes précédents correspondent à la traduction libre du texte anglais suivant:

- *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, have the insurance been paid and if not why, and are insurance / pledges enforceable?)*

ainsi que sur les questions concernant la gestion du Fonds, notamment les suivantes :

- sur base de quels documents et de quelles pièces la valeur du portefeuille d'investissement a été déterminée en 2014 ?

- quels sont les paramètres qui ont changé ayant eu comme conséquence que la valeur du portefeuille d'investissement pour 2015 n'a pas pu être validé par le réviseur ?

- le Prospectus du Fonds prévoit des commissions de rachat. Quel est le montant total de ces commissions de rachat perçu par le Fonds en 2014, 2015 et 2016 et comment et à qui ces commissions ont été allouées ?

- au cas où le conseil d'administration a renoncé à la collecte de ces commissions, quelle était la raison de cette renonciation ?

- de quels revenus du Fonds les distributions mensuelles aux investisseurs ont été payés jusqu'au 30 juin 2016 ?

- pour quelles raisons la banque dépositaire a changé trois fois dans un laps de temps de 3 ans, le dernier changement ayant eu lieu en octobre 2016 ? Quel était le coût de ces migrations ?

- est-ce que des rachats sur base d'informations privilégiées (délits d'initié), voire des transactions suspectes ont eu lieu en 2016-2017 ?

- est-ce qu'il y a eu des erreurs de NAV ? Dans l'affirmative, déterminer l'impact de ces erreurs sur les investissements des actionnaires ;

- quels sont actuellement les actifs du Fonds ?

(les paragraphes précédents correspondent à la traduction libre du texte anglais suivant:

- *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 a 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 ?*

- *From which incomes of the Fund were paid the monthly returns to the shareholders until 30<sup>th</sup> 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?*

- *Has there been any redemptions on the basis of privileged information (insider-trading) or suspect transactions in the period 2016 and 2017?*

- *Have there been any NAV errors? If so, what was the impact of the errors on the shareholders' investments?*

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

dit que l'expert nommé pourra se faire communiquer par les administrateurs de **SOC3.)** SIF S.A. – **COMP1.)**, l'AIFM actuel et démissionnaire, les actionnaires de l'AIFM actuel et démissionnaire, les banques dépositaires du Fonds actuel et démissionnaire, les agents de transfert successifs, les administrations centrales actuel et démissionnaire, les *Investment Advisors* actuel et démissionnaire, les domiciliataires actuel et démissionnaire, les auditeurs actuels et démissionnaires et par tout autre intervenant dans **SOC3.)** SIF S.A. – **COMP1.)**, tout document, information ou donnée concernant les opérations de gestion susvisées,

dit que l'expert pourra faire appel à et s'entourer de toute autre personne de l'art, comptable ou autre, lui permettant de se prononcer sur les question susvisées,

dit que les frais liés à cette expertise sont mis à charge de la société anonyme **SOC3.) FIS – COMP1.)**.