

Arrêt N° 99/22 IV-COM

Audience publique du vingt-quatre mai deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2022-00093 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé organisé sous la forme d'une société en commandite par actions, A, établie et ayant son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, représentée par son actionnaire gérant commandité, la société à responsabilité limitée B, établie et ayant son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, représentée par son conseil de gérance,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Carlos Calvo de Luxembourg du 31 décembre 2021,

comparant par la société en commandite simple Clifford Chance, établie à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée Clifford Chance GP, elle-même représentée par son gérant Maître Albert Moro, avocat à la Cour,

e t

la société de droit allemand B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite auprès de l'Amtsgericht de Dortmund sous le numéro,

intimée aux fins du présent acte Calvo,

comparant par Maître Ferdinand Burg, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par exploit d'huissier de justice du 6 août 2021, la société de droit allemand C A.G (ci-après C) a, sur base de l'article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la LSC), fait donner assignation à la société d'investissement à capital variable, soumise à la loi sur les fonds d'investissements spécialisés, organisée sous forme de société en commandite par actions A (ci-après A ou A) à comparaître devant Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé pour voir nommer un mandataire avec la mission de convoquer une assemblée générale de A Fund II avec l'ordre du jour suivant :

« Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung) ».

C demandait de même à ce que les frais et honoraires du mandataire à désigner devaient être mis à charge de l'assignée ; elle conclut à l'exécution sur minute et nonobstant toutes voies de recours de l'ordonnance à intervenir et elle réclamait l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros ainsi que la condamnation de A aux frais et dépens.

A l'appui de sa demande C exposait que :

- A est une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, soumise à la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (ci-après la Loi de 2007) ;
- C détient en sa qualité d'unique associé commanditaire 100% des actifs du sous-fonds II de A portant la dénomination A S.C.A., SICAV-SIF - Fund II (ci-après A Fund II ou le Compartiment ou le Sous-Fonds) ;
- le 22 juin 2021, C, détenant plus de 10% des actifs de A Fund II, a adressé à l'associé gérant commandité de A, la société à

responsabilité limitée B (ci-après B ou l'B) une demande de convoquer une assemblée générale de A Fund II, pour le 23 juillet 2021 au plus tard, avec l'ordre du jour suivant « Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung) » ;

- par courriel du 1^{er} juillet 2021, B en se référant à l'article 33.1 paragraphe 4 des statuts du Fonds, a répondu qu'elle ne donnait pas suite à cette demande motif pris que « die Aktionäre des Teilfonds sind nicht berechtigt, die Auflösung eines Teilfonds durch Rücknahme aller Aktien zu initiieren » ;
- par courriel du 16 juillet 2021, elle a réitéré sa position en renvoyant à une prise de position de B jointe à son courriel.

Par ordonnance rendue contradictoirement et en matière commerciale, en date du 10 décembre 2020, une vice-présidente du tribunal en remplacement de la 1^{ère} vice-présidente a :

déclaré la demande recevable et fondée ;

nommé Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-6187 Gonderange, Z.A. Gehaansraich, mandataire ad hoc, avec la mission de convoquer dans les meilleurs délais une assemblée générale des actionnaires du Sous-Fonds avec l'ordre du jour suivant :

« Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung) » ;

dit que les frais et honoraires promérités par le mandataire ad hoc sont à prélever sur l'actif du Sous-Fonds;

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

condamné A aux frais et dépens de l'instance ;

ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance, nonobstant tout recours et sans caution.

Pour statuer ainsi, le juge de première instance a d'abord rappelé que l'article 450-8 de la LSC est une disposition d'ordre public qui ne peut être écartée par les statuts, lesquels peuvent néanmoins abaisser le quorum nécessaire aux fins de convocation et qu'en application de l'article 600-2 de la LSC, les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions.

Il a ensuite constaté que les dispositions statutaires de A « expriment la volonté de la société, c'est-à-dire du Fonds dans sa globalité, de

respecter les intérêts particuliers des actionnaires des différents compartiments et de conférer une certaine autonomie à chaque compartiment, par rapport au Fonds dans sa globalité » et il a, au vu des statuts du Fonds, retenu que « contrairement à la position soutenue par la société A, les dispositions prévues par l'article 450-8 de la LSC s'appliquent aux assemblées des actionnaires des différents compartiments du Fonds, qui sont amenées à se prononcer sur des questions intéressant le compartiment concerné. »

Au vu de ce constat, il a décidé que « la condition de quorum du dixième du capital social doit également être appréciée par rapport au compartiment dont les actionnaires requièrent la convocation d'une assemblée générale avec un ordre du jour intéressant le compartiment en question ».

Après avoir rappelé que l'urgence n'est pas une condition d'application de l'article 450-8 de la LSC, le juge de première instance a rejeté le moyen afférent soulevé par A. Il a de même rejeté le moyen basé sur l'article 33.1 des statuts de A selon lequel la décision de dissolution respectivement l'initiative de la dissolution d'un sous-fonds est réservé à l'B et sur l'article 24 de ces statuts requérant l'autorisation préalable de l'B de toute décision de l'assemblée générale des actionnaires comme non fondés motifs pris qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les suites d'une éventuelle violation des statuts respectivement sur le droit de la requérante d'initier ou de décider la dissolution du Sous-Fonds ou sur la compétence ou le pouvoir de décision de l'assemblée générale en rapport avec cette question. Il lui appartenait seulement d'apprécier le droit de C de demander la convocation d'une assemblée générale avec un ordre de jour déterminé.

Au vu du fait que C détient l'intégralité du capital social du Sous-Fonds et que l'organe de gestion de A, saisi en date du 22 juin 2021 par C en vue de convoquer une assemblée générale du Sous-Fonds avec l'ordre du jour suivant « Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung) », n'a pas donné de suite à cette demande et que dès lors l'assemblée générale sollicitée ne s'est pas tenue endéans les délais légaux, le juge de première instance a dit que la demande en nomination d'un mandataire, en vue de la convocation de l'assemblée générale du Sous-Fonds est justifiée et il y a fait droit.

Par exploit d'huissier de justice du 31 décembre 2021, A a relevé appel de cette ordonnance qui selon les indications fournies à la Cour lui a été signifiée en date du 28 décembre 2021.

Les développements de l'appelante

Conformément à l'acte d'appel A conclut, par réformation de l'ordonnance, à voir constater que C « ne bénéficie d'aucun droit de demander la convocation d'une assemblée générale au niveau du compartiment Fund II ».

Elle demande de même à la Cour de constater que le juge de première instance n'a pas analysé si la demande de l'intimée était de nature urgente et de déclarer qu'en l'espèce l'urgence n'est pas donnée.

A fait de même grief au juge de première instance de ne pas s'être prononcé sur l'utilité et le bien-fondé de la convocation sollicitée et elle demande à la Cour de déclarer la demande de l'intimée injustifiée et non fondée, partant de débouter C de sa demande en désignation d'un mandataire avec la mission de convoquer une assemblée générale du Sous-Fonds avec l'ordre du jour suivant : « Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung) » ; elle conclut encore à voir déclarer non avenues la nomination et l'entrée en fonctions du mandataire, sinon et subsidiairement à voir dire que ses fonctions cessent immédiatement ; à voir remettre les parties au même état qu'avant l'ordonnance et, par conséquent, à voir déclarer nulle et non avenue toute convocation par le mandataire judiciaire d'une assemblée générale du compartiment du Sous-Fonds ainsi que de tout acte subséquent ; à voir dire que tous les frais et honoraires promérités par le mandataire seront laissés exclusivement à charge de C et à voir décharger l'appelante de la condamnation aux frais de la première instance.

A réclame une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel ainsi que la condamnation de l'intimée aux frais et dépens des deux instances.

L'appelante déclare que l'article 450-8 de la LSC n'est pas applicable en l'espèce. Elle rappelle que cet article est inscrit dans la LSC sous le titre relatif aux sociétés anonymes et que si conformément à l'article 600-2 de la LSC, « les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modifications indiquées dans le présent titre », il serait inapplicable en vertu de l'article 600-9 de la LSC qui exigerait, sauf en cas de disposition contraire des statuts, l'accord de l'B pour convoquer l'assemblée générale.

Comme A est un FIS, il y aurait en outre lieu d'appliquer l'article 26 de la Loi de 2007¹.

¹ « (1) Les SICAV sont soumises aux dispositions générales applicables aux sociétés commerciales, pour autant qu'il n'y est pas dérogé par la présente loi.

(2) « Lorsque les statuts ou le contrat social d'une SICAV et toute modification qui y est apportée sont constatés dans un acte notarié, ce dernier est dressé en langue française, allemande ou anglaise au choix des comparants. »¹⁷ Par dérogation

A donne à considérer que les conditions prévues par l'article 450-8 de la LSC pour voir nommer un mandataire ad hoc en vue de la convocation d'une assemblée générale ne sont pas réunies. Elle souligne que cet article qui ne vise que le capital social ne trouve à s'appliquer qu'au Fonds mais non pas, faute de personnalité juridique de chacun des compartiments du Fonds, à chacun d'eux pris isolément.

La condition de 10% du capital social du Fonds ne serait dès lors pas remplie en l'espèce.

L'appelante rappelle que selon l'article 71 paragraphe 5 de la Loi de 2007 les différents compartiments d'un fonds d'investissement sont considérés comme des « entités à part » dans les « relations entre investisseurs » et non pas, comme en l'espèce, dans les rapports entre un investisseur et l'B, respectivement A dans sa globalité. Les statuts du Fonds ne confèreraient en outre pas de droits dérogatoires ou additionnels aux actionnaires d'un compartiment. Ainsi, l'article 20 des statuts du Fonds qui reprend la teneur de l'article 450-8 alinéa 2 de la LSC, fait obligation au General Partner, en cas de demande des actionnaires représentant un dixième du capital social du Fonds (« of the Fund »), de convoquer une assemblée générale du Fonds dans sa globalité et non pas une assemblée générale d'un sous-fonds. Cette volonté manifeste exprimée dans les statuts devrait prévaloir sur l'article 450-8 de la LSC.

Comme en première instance, A relève que l'article 26 des statuts du Fonds invoqué par C, qui est relatif aux assemblées générales des sous-fonds, rend applicables à de telles assemblées générales les articles 21 à 25 des statuts réglementant la tenue des assemblées générales du Fonds, mais non pas l'article 20 des statuts sur l'obligation, pour le General Partner, de convoquer une assemblée

aux dispositions de l'arrêté du 24 prairial, an XI, lorsque cet acte notarié est dressé en langue anglaise, l'obligation de joindre à cet acte une traduction en une langue officielle lorsqu'il est présenté à la formalité de l'enregistrement, ne s'applique pas. Cette obligation ne s'applique pas non plus pour tous les autres actes devant être constatés sous forme notariée, tels que les actes notariés dressant procès-verbal d'assemblées d'actionnaires d'une SICAV ou constatant un projet de fusion concernant une SICAV.

(3) Par dérogation à l'article 73 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, les SICAV relevant du présent chapitre et qui ont adopté la forme d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions ou d'une société coopérative organisée sous forme de société anonyme ne sont pas tenues d'adresser les comptes annuels, de même que le rapport du réviseur d'entreprises agréé, le rapport de gestion et, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance aux actionnaires en nom en même temps que la convocation à l'assemblée générale annuelle. La convocation indique l'endroit et les modalités de mise à disposition de ces documents aux actionnaires et précise que chaque actionnaire peut demander que les comptes annuels, de même que le rapport du réviseur d'entreprises agréé, le rapport de gestion et, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance lui soient envoyés.

(4) Pour les SICAV ayant adopté la forme d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions ou d'une société coopérative organisée sous forme de société anonyme, les convocations aux assemblées générales des actionnaires peuvent prévoir que le quorum de présence à l'assemblée générale est déterminé en fonction des actions émises et en circulation le cinquième jour qui précède l'assemblée générale à vingt-quatre heures (heure de Luxembourg) (dénommé « date d'enregistrement »). Les droits des actionnaires de participer à une assemblée générale et d'exercer le droit de vote attaché à leurs actions sont déterminés en fonction des actions détenues par chaque actionnaire à la date d'enregistrement. »

générale du Fonds à la demande des actionnaires réunissant un dixième du capital.

A en déduit que les statuts du Fonds ne confèrent aucune autonomie aux différents compartiments du Fonds sur ce point.

Au vu de ces développements, l'appelante conclut que s'il est possible de tenir de façon séparée des assemblées générales des compartiments, celles-ci ne sont toutefois pas concernées par l'article 20 des statuts du Fonds et l'article 450-8 de la LSC leur est inapplicable.

L'appelante souligne à cet égard que les conditions légales relatives au pourcentage du capital requis sont donc également à apprécier par rapport au Fonds dans sa globalité, et non pas par rapport à chaque compartiment.

Elle conclut, par réformation de l'ordonnance entreprise, au débouté de la demande de C sur base de l'article 450-8 de la LSC.

A fait ensuite valoir, à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où l'article 450-8 de la LSC trouverait application en l'espèce, que les conditions particulières prévues par ce texte ne sont pas réunies.

Ainsi, non seulement la condition de l'urgence ne serait pas remplie en l'espèce mais en plus, l'action adverse serait dépourvue de toute utilité alors qu'il serait d'ores et déjà acquis en cause que l'accord requis de la part de l'B ne serait jamais donné.

A cet égard, l'appelante fait valoir que l'article 33.1 des statuts du Fonds (« Termination of a Sub-fund or Class ») réserve la décision de dissolution, respectivement l'initiative de la dissolution d'un compartiment à l'B. Elle en déduit que l'assemblée générale des actionnaires d'un compartiment peut décider de la dissolution de ce compartiment, mais seulement sur proposition de l'B.

Elle cite à ce sujet un arrêt de la Cour d'appel du 30 avril 2019 et souligne qu'abstraction faite de la dénomination donnée à l'opération qui fait disparaître le compartiment - dissolution selon C ou liquidation comme prévue par l'article 71 (6) de la Loi de 2007, l'article 24 des statuts du Fonds, applicable aux différents compartiments, prévoit que toutes les décisions prises par l'assemblée générale d'un compartiment requièrent l'accord préalable (« prior approval ») de l'B pour être valablement prises ; or un tel accord préalable ne ferait non seulement défaut mais il serait exclu qu'il serait susceptible d'être donné par l'B.

Au vu de ces développements l'appelante conclut que l'ordonnance entreprise est à réformer alors que la requête de C serait dépourvue de motifs sérieux et son action dépourvue de toute utilité.

Les observations de l'intimée

La partie intimée se rapporte à sagesse de la Cour quant à la compétence et quant à la recevabilité de l'appel en la forme.

Elle fait valoir que l'appelante n'a plus d'intérêt actuel à agir au vu du fait que l'assemblée générale des actionnaires convoquée par le mandataire judiciaire a pris la résolution de dissoudre le Sous-Fonds ; que cette décision de dissolution est définitive et irrévocable et entraîne l'irrecevabilité de l'appel.

Elle soulève de même que la Cour, saisie sur base de l'article 450-8 de la LSC, est incompétente pour statuer sur les points suivants du dispositif de l'acte d'appel :

« voir remettre les parties, au même état qu'avant la prédite ordonnance (...) et par conséquent, voir notamment déclarer nulle(s) et non avenue(s) toute convocation par le mandataire judiciaire d'une assemblée générale du compartiment (...) ainsi que tout acte subséquent, y compris toute(s) résolution(s) prise(s) lors de cette même assemblée générale convoquée ».

Au fond, l'intimée rappelle que l'article 450-8 de la LSC est applicable non seulement au Fonds mais également à chaque sous-fonds. Cet article, qui est d'ordre public, n'a en l'espèce pas été écarté par les statuts de A lesquels prévoient dans leur article 26 un renvoi aux articles 21 à 25 mais non pas à l'article 20.

L'intimée poursuit que l'article 26 des statuts du Fonds permet aux actionnaires d'un sous-fonds de se réunir en assemblée générale, à tout moment et pour toute question intéressant ce seul sous-fonds. Elle ajoute que la LSC prévoit que les actionnaires détenant 10% du capital social d'une société peuvent solliciter la convocation d'une assemblée générale et qu'en l'espèce, cette condition se trouve remplie alors qu'elle réunit 100% du capital social du Sous-Fonds et qu'elle peut dès lors décider la dissolution du Sous-Fonds conformément au droit des sociétés selon lequel une société peut être dissoute par la volonté unanime des associés.

Contrairement à l'affirmation de A, le quorum de 10% devrait être atteint non pas au niveau de Fonds, mais au niveau du Compartiment, alors que celui-ci disposerait d'une autonomie décisionnelle, de ses propres comptes, actifs et investisseurs ainsi que de ses propres assemblées générales, conformément aux dispositions légales et

statutaires. De plus, la décision à prendre le concernerait exclusivement.

L'intimée conteste que la condition de l'urgence soit requise en l'espèce alors que la Cour ne statue pas en tant que juge des référés et elle souligne que l'appréciation de l'utilité ou du sort de la résolution prise par l'assemblée générale convoquée par le mandataire judiciaire nommé sur base de l'article 450-8 de la LSC échappe au contrôle du juge statuant dans le cadre de la présente procédure.

C conclut à la confirmation de l'ordonnance sauf en ce que le juge de première instance n'a pas fait droit à sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle réclame également une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation

- quant à la compétence

Comme l'intimée s'est rapportée à sagesse en ce qui concerne la compétence de la Cour, il convient de rappeler que le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, qui désigne un mandataire chargé de convoquer une assemblée générale sur base de la compétence spéciale lui conférée par l'article 450-8 de la LSC, statue au fond, mais en la forme des référés. L'appel dirigé contre l'ordonnance est dès lors régulier pour avoir été porté devant la Cour, statuant au fond et siégeant en matière commerciale, conformément à l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile (cf. dans le même sens Cass. 11.01.2018 ; numéro de registre 3871).

Le moyen soulevé, qui n'est pas fondé, requiert un rejet.

L'intimée fait encore valoir que la Cour est incompétente pour statuer sur les points suivants du dispositif de l'acte d'appel :

« voir remettre les parties, au même état qu'avant la prédite ordonnance (...) et par conséquent, voir notamment déclarer nulle(s) et non avenue(s) toute convocation par le mandataire judiciaire d'une assemblée générale du compartiment (...) ainsi que tout acte subséquent, y compris toute(s) résolution(s) prise(s) lors de cette même assemblée générale convoquée ».

A réplique que tout acte subséquent à l'assemblée générale doit être annulé si la convocation à cette assemblée n'a pas pu être faite.

Ce moyen sera examiné ci-après.

- quant à la recevabilité de l'acte d'appel

L'intimée s'est rapportée à sagesse de la Cour en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel en la forme.

Selon les déclarations des parties, l'ordonnance entreprise a été signifiée à l'appelante le 28 décembre 2021.

S'agissant d'une ordonnance rendue par un magistrat statuant au fond mais comme en matière de référé, l'appel est à introduire non pas selon la procédure ordinaire soit avec assignation à comparaître par ministère d'avocat à la Cour dans le délai de la loi, mais tel que prévu par l'article 939, alinéas 1 et 3 du Nouveau Code de procédure civile, par exploit d'huissier à comparaître à date fixe devant la Cour siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

L'appel, interjeté dans les forme et délai de la loi, est recevable à ce titre.

L'intimée demande ensuite à la Cour d'examiner si l'appelante a encore actuellement un intérêt de voir trancher le litige eu égard au fait que le mandataire ad hoc nommé par l'ordonnance entreprise a convoqué l'assemblée générale du Sous-Fonds laquelle a en date du 8 février 2022 décidé la dissolution du Sous-Fonds.

C fait valoir que pour trancher cette question, la Cour devrait prendre en considération les faits existants au moment du prononcé de l'arrêt et qu'actuellement, l'objet de l'appel aurait disparu. De plus, une décision de dissolution d'une société serait définitive et irrévocable et la Cour qui statuerait maintenant, ne pourrait plus revenir en arrière et ne pourrait dès lors pas faire revivre une entité dissoute.

Au vu de ces développements, l'intimée demande à la Cour de déclarer l'appel irrecevable.

L'appelante conteste ne pas avoir d'intérêt pour interjeter appel et donne à considérer qu'au vu du procès-verbal de l'assemblée générale qui n'est en plus pas signé, il ne serait pas établi que la décision de dissolution du Sous-Fonds ait été prise. A titre subsidiaire, elle souligne qu'en suivant le moyen de l'intimée, elle serait privée de son droit d'appel.

L'appel est subordonné aux conditions d'intérêt de droit commun.

En droit commun, l'intérêt à agir s'apprécie au jour de l'appel.

La Cour constate que l'ordonnance entreprise est assortie de l'exécution provisoire, nonobstant tout recours et sans caution et rappelle que le droit d'appeler est affirmé par principe dans l'article 578 du Nouveau Code de procédure civile (« La voie de l'appel est

ouverte en toutes matières même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé »).

L'irrecevabilité de l'appel pour « défaut d'objet » ou « absence d'utilité » ne peut découler de l'exécution d'une décision judiciaire assortie de l'exécution provisoire. De plus, A qui s'est toujours opposée à la demande adverse sur base de l'article 450-8 de la LSC a manifestement un intérêt à interjeter appel à l'encontre de l'ordonnance du 10 décembre 2021 qui a fait droit à cette demande.

Il en découle, qu'indépendamment du fait de savoir si une résolution de dissoudre le Sous-Fonds a déjà été prise ou non, les moyens tirés d'un défaut d'intérêt à agir et de l'absence d'objet de l'appel sont à rejeter comme non fondés.

L'appel est partant recevable.

- quant au fond

Il convient dans un premier temps d'examiner si les dispositions de l'article 450-8 de la LSC sont applicables à A, qui est une société d'investissement à capital variable, à compartiments multiples, soumise à la Loi de 2007 et qui a été constituée sous la forme d'une société en commandite par actions.

Tel qu'indiqué ci-dessus, A conteste cette applicabilité et requiert que la demande de C sur base de l'article 450-8 de la LSC soit rejetée.

L'intimée déclare que le quorum de 10% prescrit par l'article 450-8 de la LSC devrait être atteint non pas au niveau du Fonds mais au niveau du compartiment alors que celui-ci dispose d'une autonomie décisionnelle conformément aux dispositions légales et statutaires et que la décision de dissolution à prendre concernerait uniquement le Sous-Fonds.

L'article 450-8 de la LSC dispose entre autres que « *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.* »

et

« *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. »

Cet article est inscrit au « Chapitre IV - De l'administration et de la surveillance des sociétés anonymes et des sociétés européennes » mais il trouve à s'appliquer, en vertu de l'article 600-2² de la LSC, aux sociétés en commandite par actions telle que A.

L'appelante invoque l'article 600-9³ de la LSC et elle en déduit que l'accord préalable de l'B est requis pour pouvoir convoquer l'assemblée générale litigieuse.

Elle donne encore à considérer que l'article 26 des statuts traite des assemblées générales des compartiments et stipule que les articles 21 à 25 des statuts sont applicables à ces assemblées ; le renvoi à l'article 20 des statuts (qui correspond à l'article 450-8 de la LSC) aurait été volontairement exclu dans les statuts du Fonds de sorte qu'il y aurait lieu d'admettre que l'article 450-8 de la LSC ne serait pas applicable.

Dans la même logique, l'article 33.1 des statuts relative à la dissolution d'un compartiment exigerait l'accord de l'B.

Les textes invoqués par A ne sont pas pertinents pour la solution du litige. La Cour, appelée à statuer sur une demande basée sur l'article 450-8 de la LSC, doit se limiter à examiner si les conditions de recevabilité de cette demande sont réunies. Elle doit donc vérifier si C a, en tant qu'actionnaire de 10% du capital social, adressé une demande écrite, au « conseil d'administration, le directoire, selon le cas, ainsi que le conseil de surveillance et les commissaires », en indiquant un ordre du jour et si le destinataire de cette demande a refusé d'y faire droit.

La Cour n'est pas juge de l'opportunité de la mesure sollicitée et elle n'est pas compétente aux termes de l'article 450-8 de la LSC pour se prononcer sur la validité ou les suites à donner aux résolutions prises lors de l'assemblée générale dont la convocation est demandée.

Il convient ensuite de relever que l'exigence d'un accord préalable de l'B pour convoquer une assemblée générale ne résulte, contrairement aux déclarations de l'appelante, pas du libellé de l'article 600-9 de la LSC.

² « Les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modifications indiquées dans le présent titre » (i.e. le titre VI de la LSC relative aux sociétés en commandite par actions.

³ « Sauf disposition contraire des statuts, l'assemblée générale des actionnaires ne fait et ne ratifie les actes qui intéressent la société à l'égard des tiers ou qui modifient les statuts que d'accord avec les associés commandités. »

La majorité des conditions de recevabilité de la demande de C sont réunies alors que ni la qualité d'actionnaire dans le chef de C, ni le fait qu'elle a valablement adressé sa demande de convocation à B en y indiquant l'ordre du jour ne sont contestés. Il est de même établi que B a refusé, sur base de l'article 33.1 des statuts, de faire droit à cette demande.

Les parties sont toutefois en désaccord sur la question de savoir si la condition relative à la détention de 10 % du capital social prescrite par l'article 450-8 de la LSC 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 Sous-Fonds.

Pour faire conclure que la condition relative à la détention de 10 % du capital social doit être appréciée uniquement par rapport au Fonds, l'appelante s'est référée aux dispositions de l'article 26 (1) de la Loi de 2007 selon lesquelles les SICAV sont soumises aux dispositions générales applicables aux sociétés commerciales pour autant qu'il n'y est pas dérogé par la loi et à l'article 71 de la Loi de 2007 qui dispose que chaque compartiment est traité comme une entité à part sauf clause contraire des statuts.

C réplique que chaque compartiment du Fonds est traité comme une entité à part, même si elle n'a pas de personnalité juridique ; elle a des investisseurs, ses actifs, ses comptes bancaires, l'obligation de tenir sa comptabilité et son bilan et elle a ses assemblées générales.

C invoque une ordonnance du 30 octobre 2020 (cf. pièce Me Burg) et fait valoir que les dispositions de l'article 450-8 de la LSC, qui sont d'ordre public, ne peuvent pas être écartées par les statuts. Le fait que l'article 26 des statuts de A ne fasse pas renvoi exprès à l'article 20 ne porterait pas à conséquence alors qu'il renvoie aux dispositions légales. L'article 450-8 ne serait dès lors pas exclu par les statuts du Fonds.

L'article 71 (1) de la Loi de 2007 prévoit que chaque compartiment correspond à une partie distincte du fonds. L'article 71 (5) dispose que « *Les droits des investisseurs et des créanciers relatifs à un compartiment ou nés à l'occasion de la constitution, du fonctionnement ou de la liquidation d'un compartiment sont limités aux actifs de ce compartiment, sauf clause contraire des documents constitutifs.*

Les actifs d'un compartiment répondent exclusivement des droits des investisseurs relatifs à ce compartiment et ceux des créanciers dont la créance est née à l'occasion de la constitution, du fonctionnement ou de la liquidation de ce compartiment, sauf clause contraire des documents constitutifs.

Dans les relations entre investisseurs, chaque compartiment est traité comme une entité à part, sauf clause contraire des documents constitutifs. »

Or, la Cour constate que les statuts de l'appelante ne contiennent aucune telle clause dérogatoire. Au contraire, ils comprennent des dispositions confortant l'existence d'une certaine autonomie de chaque compartiment par rapport au Fonds pris dans sa globalité.

C'est à bon droit que le juge de première instance a rappelé que les articles 26 et 71 de la Loi de 2007 sont repris dans une teneur similaire dans les statuts du Fonds et notamment aux articles 5 et 26. Ainsi l'article 5 alinéa 8⁴ des statuts de A stipule que les droits des investisseurs et des créanciers en rapport avec un compartiment sont limités aux actifs de ce compartiment et que dans les relations entre investisseurs, chaque compartiment est considéré comme une entité séparée.

En outre, l'article 26 des statuts du Fonds stipule que :

« The Shareholders of a Sub-Fund or Class issued in respect of any Sub-Fund may hold, at any time, general meetings to decide on any matters, which relate exclusively to such Sub-Fund or Class.

The provisions set out in Articles 21 to 25 of these Articles of Incorporation as well as in the Law of 10 August 1915 shall apply to such general meetings.

(...)

Moreover, any resolution of the general meeting of Shareholders of the Fund, affecting the rights of the Shareholders of any Sub-Fund or Class vis-à-vis the rights of the Shareholders of any other Sub-Fund or Class shall be subject to a resolution of the general meeting of Shareholders of such Sub-fund or Class in compliance with the Law of 10 August 1915. »

L'article 26 qui a trait à la tenue des assemblées générales des actionnaires d'un compartiment sur toute question intéressant ce compartiment, renvoie aux dispositions des articles 21 à 25 des statuts, ainsi qu'aux dispositions de la LSC pour les modalités et les règles applicables. Il y est encore prévu que toute décision prise lors de l'assemblée générale du Fonds, qui affecte les droits d'un des

⁴ « The right of Shareholders and creditors relating to a particular Sub-fund or raised by the incorporation, the operation, the liquidation of a Sub-fund are limited to the assets of such Sub-fund. The assets of a Sub-fund will be answerable exclusively for the rights of the Shareholders relating to this Sub-fund and for those of the creditors whose claim arose in relation to the incorporation, the operation or the liquidation of this Sub-fund. In relation between Shareholders, each Sub-Fund will be deemed to be a separate entity. »

compartiments doit être soumise à une décision de l'assemblée générale des actionnaires de ce compartiment.

Il en découle que 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 du Fonds en entier. Ces dispositions des statuts de l'appelante expriment dès lors la volonté du Fonds de respecter les intérêts particuliers des actionnaires des différents compartiments qui en tant qu'entités à part bénéficient d'une certaine autonomie.

Cette volonté est confirmée par les dispositions de l'article 26 alinéa 4 des statuts du Fonds, relatives à l'assemblée générale de la société tout entière. Il est prévu que toute décision prise lors de l'assemblée des actionnaires du Fonds, 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 450-8 de la LSC 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 (cf. Cour, 23 janv. 2019, rôle CAL-2018-00072).

L'appel n'est dès lors pas fondé sur ce point.

A titre subsidiaire et au cas où la Cour retiendrait l'applicabilité de l'article 450-8 de la LSC au Sous-Fonds, l'appelante fait valoir que la condition tirée de l'urgence, exigée au vu du fait que l'affaire est jugée comme en matière de référé, ne serait pas remplie en l'espèce.

Elle se réfère à un arrêt de la Cour d'appel du 24 mai 2017 (cf. pièce n° 2, Me Moro) confirmé par un arrêt rendu en date du 10 juillet 2018 par la Cour de cassation (cf. pièce n° 7, Me Moro).

C réplique que l'urgence n'est pas exigée alors que la Cour ne statue pas en tant que juge des référés (cf. ordonnance du 30 octobre 2020 p. 23).

L'appelante donne encore à considérer qu'il n'y aurait en plus aucune utilité dans l'action de C qui n'aurait aucune chance d'aboutir motif pris

que l'B dont l'accord serait requis, conformément à l'article 24 des statuts, est formellement opposé à cette décision.

Elle rappelle in fine que la doctrine admet que le conseil d'administration peut refuser de procéder à la convocation d'une assemblée générale pour des motifs sérieux.

L'urgence n'est pas une condition du droit de convocation des actionnaires de sorte que l'organe de gestion, saisi par l'actionnaire d'une demande d'une réunion d'une assemblée générale ainsi que de l'ordre du jour y relatif, 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. Le tribunal saisi sur base de l'article 450-8 de la LSC devra quant à lui accueillir la demande des actionnaires s'ils représentent au moins 10% du capital social ou si l'assemblée à convoquer est celle prévue dans les statuts (cf. A. STEICHEN, Précis de droit des sociétés, 5^{ème} éd., p.700).

Quant à l'absence d'utilité de la demande invoquée par A, l'intimée donne à considérer qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier l'opportunité de sa demande.

Tel qu'indiqué ci-dessus, il n'appartient pas au juge, saisi sur base de l'article 450-8 de la LSC, d'apprécier la validité, les effets ou les suites de résolutions prises lors d'assemblées générales. Il n'est pas non plus juge de l'opportunité de la mesure demandée mais doit se limiter à faire convoquer les assemblées qui ne sont pas tenues, malgré une demande régulière (cf. Cour, 24 mai 2017, rôle 43142).

La jurisprudence retient encore que « le juge saisi d'une demande sur base de l'article [450-8 de la LSC] a pour seule mission, après vérification des conditions posées par la loi à sa saisine, de désigner un mandataire appelé à convoquer, en lieu et place des organes sociaux normalement compétents, une assemblée générale ; qu'il ne lui appartient pas, dans l'exercice de cette mission, de statuer sur la portée ou les effets d'une délibération prise par une assemblée antérieure » (cf. Cass. 10 juill. 2018, numéro 4003 du registre).

Comme il n'appartient pas à la juridiction saisie sur base de l'article 450-8 de la LSC d'apprécier l'opportunité des questions à soumettre à l'assemblée générale, le moyen soulevé par A et tiré de l'absence d'utilité de la convocation de l'assemblée requiert un rejet.

De même, et pour les mêmes motifs que ceux qui précèdent, le moyen de l'appelante que B aurait pour de justes motifs refusé de faire droit à la convocation d'une assemblée générale alors qu'en tout état de cause le commandité fera usage de son droit de veto au cas où

l'assemblée générale décidera la dissolution du Sous-Fonds n'est pas pertinent.

L'article 450-8 de la LSC ne prévoit pas comme condition de recevabilité l'existence de justes motifs pour la convocation d'une assemblée générale ; cet article ne prévoit aucune limitation concernant la question ou la matière pour laquelle la convocation d'une assemblée générale peut être demandée. La doctrine retient que les administrateurs (commissaires) sont tenus de répondre positivement à la demande basée sur l'article 450-8 de la LSC sauf le cas où la convocation serait de toute évidence dénuée du moindre motif sérieux (cf. J-P Winandy, manuel du droit des sociétés éd. 2011, p. 576). Tel n'étant manifestement pas le cas en l'espèce, le moyen soulevé requiert un rejet.

La jurisprudence et la doctrine retiennent que le juge saisi d'une demande sur base de l'article 450-8 de la LSC « a pour seule mission, après vérification des conditions posées par la loi à sa saisine, de désigner un mandataire appelé à convoquer, en lieu et place des organes normalement compétents, une assemblée générale» (cf. Cass. 10 juill. 2018, numéro de registre 4003) et qu'il ne lui appartient pas, dans l'exercice de cette mission, d'apprécier la validité de la résolution prise par l'assemblée générale.

En l'espèce, l'analyse que A entend obtenir de la Cour implique un examen et une décision au fond de la résolution que C souhaite soumettre au vote de l'assemblée générale. Une telle analyse dépasse les pouvoirs accordés à la Cour, saisie sur base de l'article 450-8 de la LSC.

L'appel n'est donc pas fondé et il convient de confirmer l'ordonnance du 10 décembre 2021 en ce qu'elle a déclaré recevable et fondée la demande de C sur base de l'article 450-8 de la LSC et nommé un mandataire ad hoc avec la mission de convoquer une assemblée générale des actionnaires du Sous-Fonds avec l'ordre du jour suivant « Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung) ».

Il découle des développements qui précèdent que le moyen d'incompétence soulevé par l'intimée selon lequel la Cour est incompétente pour statuer sur la demande de A à « voir remettre les parties, au même état qu'avant la prédite ordonnance (...) et par conséquent, voir notamment déclarer nulle(s) et non avenue(s) toute convocation par le mandataire judiciaire d'une assemblée générale du compartiment (...) ainsi que tout acte subséquent, y compris toute(s) résolution(s) prise(s) lors de cette même assemblée générale convoquée » est devenue sans objet.

- quant aux demandes accessoires

C réclame, par réformation de l'ordonnance, une indemnité de procédure de 10.000 euros pour la première instance et une indemnité de procédure du même montant pour l'instance d'appel.

Le juge de première instance a rejeté la demande de C sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile au motif qu'elle n'avait pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens. Comme C reste en instance d'appel toujours en défaut de rapporter cette preuve, son appel incident n'est pas fondé.

Par adoption de ces motifs, sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est également non fondée en ce qui concerne l'instance d'appel.

C demande encore à la Cour de condamner A aux frais et dépens des deux instances ainsi qu'aux frais et honoraires accrus à Me Baden.

Au vu du sort réservé à l'appel introduit par A, il y a lieu de faire droit à cette demande conformément au dispositif ci-dessous.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, en application de l'article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, statuant contradictoirement :

reçoit les appels, principal et incident, en la forme,

les dits non fondés,

confirme l'ordonnance rendue en date du 10 décembre 2020,

dit non fondée la demande de la société de droit allemand C AG sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société en commandite par actions, société à capital variable - fonds d'investissement spécialisé A. S.C.A., SICAV-SIF aux frais et dépens de l'instance d'appel.