

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 76/22 – VII – REF

Audience publique du vingt-sept avril deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2022-00022 du rôle.

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;
Nadine WALCH, conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

1) la société - *società per azioni*- de droit italien SOCIETE1.) S.p.A., établie et ayant son siège social à ADRESSE1.), inscrite au registre des sociétés de Turin sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société à responsabilité limitée de droit italien SOCIETE2.) S.r.l., établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), inscrite au registre des sociétés de Milan sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date 29 décembre 2021,

comparant par et élisant domicile en l'étude BONN STEICHEN & PARTNERS, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peterelchen, immeuble C2, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no B211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à

responsabilité limitée BSP, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no B211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no NUMERO3.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

partie intimée aux termes du susdit exploit ENGEL du 29 décembre 2021,

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

2) la société anonyme SOCIETE4.) (Luxembourg), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no NUMERO4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie intimée aux termes du susdit exploit ENGEL du 29 décembre 2021,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, Place W. Churchill, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no B209469, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Elisabeth OMES, avocat à la Cour, assistée de Maître Laura ARPETTI, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

en présence de

la société en commandite par actions SOCIETE3.) INVESTMENTS SCA-RAIF, ayant son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le no NUMERO5.), inscrite sur la liste des fonds d'investissement alternatifs réservés, représentée par son associé-gérant commandité actuellement en fonctions,

partie intimée aux termes du susdit exploit ENGEL du 29 décembre 2021,

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

LA COUR D'APPEL :

Faits et antécédents

SOCIETE3.) INVESTMENTS est un fonds d'investissement alternatif, à compartiments multiples, constitué sous la forme d'une société en commandite par actions (ci-après le FONDS) et soumis à la loi modifiée du 23 juillet 2016 relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés (ci-après la loi FIAR).

La société à responsabilité limitée SOCIETE3.) (ci-après la société SOCIETE3.)) est l'associé-gérant commandité du FONDS et responsable de sa gestion.

La société anonyme SOCIETE4.) (Luxembourg) (ci-après la société SOCIETE4.)) est un gestionnaire externe de fonds d'investissement alternatifs, soumis à la surveillance de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après la CSSF).

La société SOCIETE3.) a chargé la société SOCIETE4.) d'une mission de gestion du portefeuille du FONDS et du « risk management ».

La société de droit italien SOCIETE1.) S.p.A. (ci-après la société SOCIETE1.)) fournit à titre professionnel des services fiduciaires à ses clients, y compris la détention d'investissements en fiducie.

L'un de ses clients est PERSONNE1.), qui est le bénéficiaire économique de la société italienne à responsabilité limitée SOCIETE2.) S.r.l. (ci-après la société SOCIETE2.)).

La société SOCIETE1.) a investi dans les sous-fonds suivants :

- FONDS1.) (ci-après FONDS1.))
- FONDS2.) (ci-après FONDS2.)).

La société SOCIETE2.) a investi dans le sous-fonds FONDS3.) (ci-après FONDS3.)).

Il résulte de l'Offering Memorandum avec annexes du FONDS que dans les compartiments en question, la limite de l'effet de levier ne devait pas dépasser le pourcentage de 400%.

Par exploit d'huissier du 6 juillet 2021, la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) ont assigné la société SOCIETE3.) et la société anonyme SOCIETE4.) en présence du FONDS à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés pour :

(...)

Par ordonnance du 26 novembre 2021, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

- s'est déclaré compétent pour connaître de la demande
- a déclaré la demande irrecevable
- a débouté la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure
- a condamné la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) in solidum à payer à la société SOCIETE3.) une indemnité de procédure de 500,- euros
- a condamné la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) in solidum à payer au FONDS une indemnité de procédure de 500,- euros
- a condamné la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) in solidum à payer à la société SOCIETE4.) une indemnité de procédure de 500,- euros
- a laissé les frais et dépens à charge de la société SOCIETE1.) et de la société SOCIETE2.).

Pour statuer ainsi, le juge des référés a retenu en substance que

- la perte de toute la mise de la société SOCIETE1.) et de la société SOCIETE2.) semble s'inscrire dans le cadre de la chute des marchés boursiers qui a eu lieu fin février 2020 suite à la crise sanitaire déclenchée par le Covid-19
- la mesure d'instruction demandée par la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) vise à rapporter la preuve d'éventuelles fautes ou omissions commises par les acteurs concernés dans le cadre de l'exécution de leurs obligations contractuelles, voire extra-contractuelles, afin d'obtenir, le cas échéant, devant les juges du fond,

indemnisation du dommage subi en relation causale directe avec ces fautes ou omissions

- un actionnaire a seulement qualité à agir devant les juridictions du fond s'il réclame la réparation d'un préjudice personnel et distinct de celui subi par le FONDS lui-même
- le préjudice résultant de la perte de l'investissement n'est en rien personnel et distinct, mais se confond avec la perte subie par le FONDS lui-même et la collectivité des investisseurs
- la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) n'ont pas rapporté la preuve d'un préjudice personnel et distinct du préjudice social subi par le FONDS
- la mesure d'instruction demandée par la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) en vue de mettre en cause la responsabilité des sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE4.) est irrecevable pour défaut de qualité à agir dans leur chef.

Procédure

Par exploit d'huissier du 29 décembre 2021, la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) ont relevé appel de l'ordonnance du 26 novembre 2021, qui, selon les informations des parties, n'a pas fait l'objet d'une signification.

Le dispositif de l'acte d'appel est conçu comme suit :

(...)

Positions des parties

La société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.)

Quant aux faits, la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) (ci-après les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.)) exposent que jusqu'à fin février 2020, la valeur nette d'inventaire (ci-après la VNI) de leurs actions se serait toujours élevée à un montant supérieur à la valeur de souscription.

Depuis le mois de mars 2020, la situation se serait dégradée et cette détérioration se serait manifestée par une suspension temporaire du calcul de la VNI, un rachat forcé des parts sociales et une mise en liquidation des sous-fonds.

Suivant une « notice to the shareholders » en date du 24 avril 2020, la société SOCIETE3.) aurait informé les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) que la VNI des divers compartiments aurait subi une baisse de valeur de 100%, générant une perte totale du capital investi et que la liquidation des sous-fonds aurait été clôturée.

Une « technical note » émise par la société SOCIETE4.) aurait été jointe au document du 24 avril 2020 de laquelle il résulterait que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) auraient perdu l'intégralité de l'investissement réalisé, à savoir le montant de 7.500.000,- euros.

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) exposent qu'elles auraient cherché en vain à obtenir des sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE4.) les informations nécessaires et légitimes pour comprendre les raisons de la perte totale de leurs investissements dans les trois compartiments du FONDS.

Face au refus obstiné des sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE4.) de fournir la moindre information ou explication, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) exposent avoir chargé unilatéralement un expert, à savoir la société SOCIETE5.), avec la mission de se prononcer, sur base des seuls informations et documents disponibles, sur les questions suivantes :

- *évaluer le niveau d'effet de levier pour chaque sous-fonds sur la base des informations disponibles (y compris un calcul du niveau d'effet de levier pour chaque term sheet disponible considéré), en soulignant les hypothèses et/ou les critères adoptés pour cet exercice*
- *établir, sur base de l'Offering Memorandum applicable à chaque sous-fonds, s'il existe des preuves prima facie de violations de limites et règles de levier des sous-fonds.*

Sur base des données figurant dans un « statement of net assets » des compartiments FONDS3.), FONDS1.) et FONDS2.) daté du 28 janvier 2020, PERSONNE2.), Senior Managing Director de la société SOCIETE5.), aurait effectué une analyse minutieuse des « term sheets » des dérivés, qui seraient, par nature, des instruments financiers très complexes et nécessiteraient une expertise spécifique, juste avant la date des pertes.

D'après son analyse, l'expert aurait constaté, même sur base d'une hypothèse très prudente, que :

- l'effet de levier du compartiment FONDS1.) aurait dépassé la limite de 400%, avec un pourcentage allant de 786% à 873%
- l'effet de levier du compartiment FONDS3.) aurait dépassé la limite de 400%, avec un pourcentage allant de 550% à 608%
- l'effet de levier du compartiment FONDS2.) aurait dépassé la limite de 400%, avec un pourcentage de 450%.

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) en déduisent que la limite de l'effet de levier de 400% a été dépassée dans tous les compartiments du FONDS dans lesquels elles avaient investi.

Elles donnent à considérer que le document établi par PERSONNE2.) ne constituerait qu'une analyse préliminaire motif pris que l'expert n'aurait pu se fonder que sur la documentation qui était disponible.

Le rapport préliminaire se baserait sur les comptes annuels de 2018 et depuis lors il n'y aurait plus eu de publication de comptes et ce en violation des obligations légales les plus élémentaires.

En droit, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) reprochent au juge des référés d'avoir élevé une condition de fond de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile en condition de recevabilité en leur déniaient la qualité à agir. Elles soutiennent que celui qui se prétend titulaire d'un droit a qualité pour agir et que la question de savoir s'il est réellement titulaire du droit invoqué n'a aucune incidence au stade de la recevabilité de la demande. Elles en déduisent que la décision du 26 novembre 2021 serait à réformer au motif que ce serait à tort que le juge des référés aurait déclaré la demande irrecevable pour défaut de qualité à agir.

Par ailleurs, la décision entreprise serait encore à réformer au motif que ce serait à tort que le juge des référés aurait préjugé l'issue du procès au fond pour déclarer irrecevable pour défaut de qualité à agir la demande en institution d'une expertise sur base de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Les parties appelantes reprochent au juge des référés de ne pas avoir tenu compte de la possibilité pour elles :

- en ayant en mains un rapport d'expertise contradictoire, d'obtenir de l'assemblée générale des compartiments une résolution visant à engager la responsabilité de la société SOCIETE3.) ou de la société SOCIETE4.)
- d'initier d'autres procédures, telles que la mise en cause de la responsabilité délictuelle de la société SOCIETE3.) et/ou de la société SOCIETE4.) pour faute détachable de leurs fonctions ou la mise en œuvre d'une action minoritaire.

Concernant les développements faits par le juge des référés quant à la recevabilité d'une action au fond introduite par un actionnaire, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) mettent en doute la pertinence de cette argumentation au motif que le FONDS ne considérerait les investisseurs plus comme actionnaires suite au rachat forcé de leurs actions, rachat néanmoins énergiquement contesté par les parties appelantes. En l'espèce, il y aurait abus de droit opéré par la société SOCIETE3.) en mettant en œuvre un rachat forcé des actions à une valeur nulle.

Bien que ces autres actions aient été débattues en audience, l'ordonnance entreprise ne les mentionnerait nullement.

Les parties appelantes rappellent qu'elles sollicitent la nomination d'un expert financier pour analyser les documents relatifs à leurs investissements dans le FONDS afin de déterminer si le pourcentage de l'effet de levier imposé par l'Offering Memorandum de chaque sous-fonds a été respecté.

Elles considèrent que les conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile sont réunies en l'espèce.

Quant à l'existence d'un litige éventuel, elles insistent sur le fait qu'il suffirait qu'un litige soit crédible et elles soutiennent que le juge des référés serait sans pouvoir pour préjuger le fond du litige.

Quant au motif légitime et quant à la pertinence de la mesure sollicitée, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) estiment que leur rapport d'expertise unilatéral serait incomplet dans la mesure où l'expert aurait seulement pu faire son analyse sur base de documents disponibles publiquement, à savoir les term sheets des notes structurées. Il serait dès lors impératif de nommer un expert judiciaire qui aura accès à la documentation manquante et ce dans le but de déterminer si le prospectus du FONDS a bien été violé, comme les apparences le font croire. Ce serait seulement après analyse de tous les term sheets, dont la communication aurait été refusée par les parties intimées, qu'un expert judiciaire pourrait arriver à un résultat définitif qui soit concluant.

Les parties appelantes expliquent qu'elles sollicitent un rapport contradictoire qui confirmera ou infirmera leurs craintes relatives à la violation du ratio de 400% prévu pour l'effet de levier. L'objectif de la demande serait de ne pas initier devant les juridictions du fond un procès long et fastidieux si leurs craintes devaient se révéler comme injustifiées.

Elles exposent encore qu'elles auraient un motif légitime à solliciter l'institution d'une expertise.

Finalement, elles soutiennent que la mesure d'instruction est légalement admissible au motif qu'il n'existerait pas d'empêchement légitime à la mesure demandée.

Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) demandent que les frais d'expertise soient à l'entière charge des parties intimées en raison de leur mauvaise foi. En ordre subsidiaire, elles demandent que les frais soient partagés entre les parties appelantes et les parties intimées.

La société SOCIETE3.) et le FONDS

La société SOCIETE3.) et le FONDS (ci-après les entités SOCIETE3.)) soulèvent l'irrecevabilité de l'appel et des demandes formulées par les

sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) dans leur acte d'appel motif pris que les demandes y formulées seraient nouvelles et n'auraient pas été présentées en première instance.

En vertu du principe de l'immutabilité du litige, les débats de première instance seraient définis par l'acte introductif d'instance et par les demandes incidentes formulées en cours d'instance. La Cour ne saurait dès lors être saisie de demandes qui n'ont ni été formulées dans l'acte introductif d'instance ni présentées et débattues en cours d'instance.

Les entités SOCIETE3.) soutiennent que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) présenteraient une demande en référé-expertise nouvelle en instance d'appel qui n'aurait pas été formulée en première instance et elles renvoient à la mission d'expertise telle que demandée en instance d'appel, qui n'aurait plus rien à voir avec la mission sollicitée en première instance. Elles en déduisent que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) auraient abandonné leurs prétentions de première instance pour formuler une demande nouvelle en instance d'appel prohibée aux termes de de l'article 592 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En ordre subsidiaire et pour autant que l'appel soit recevable, les entités SOCIETE3.) demandent, par adoption des motifs, la confirmation de l'ordonnance entreprise dans la mesure où le juge des référés a décidé que la demande des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) est irrecevable pour défaut de qualité à agir.

Elles ajoutent qu'il n'existerait aucune raison valable d'accorder des droits, respectivement une qualité à agir, à des actionnaires pour assigner en référé-expertise, droits et qualités dont ils ne disposeraient à l'évidence pas, et ce en vertu d'une jurisprudence constante, dans le cadre d'une action au fond.

Plus subsidiairement et pour autant que le moyen d'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir ne devait pas être confirmé par la Cour, les entités SOCIETE3.) demandent, en vue de préserver le double degré de juridiction, le renvoi de l'affaire devant le juge des référés afin qu'il statue sur les moyens tirés du libellé obscur de la demande et de l'incompétence matérielle du juge des référés pour connaître de la demande, moyens auxquels il n'avait pas fourni de réponse dans son ordonnance du 26 novembre 2021. Subsidiairement, elles demandent à la Cour de se prononcer sur les deux moyens dans le cadre de son « pouvoir de réformation et d'évocation ».

Les entités SOCIETE3.) reprochent au juge des référés de ne pas s'être prononcé sur ces deux moyens alors que leur analyse aurait dû précéder celle concernant la qualité à agir.

Si la Cour devait procéder par évocation de l'affaire, les entités SOCIETE3.) demandent l'annulation de l'exploit introductif d'instance pour libellé obscur au motif qu'il leur serait impossible de préparer leur défense en raison du fait que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) feraient, dans le corps de l'assignation, des développements sur les activités de risk management qui seraient en contradiction flagrante avec le deuxième point de la mission d'expertise telle que sollicitée.

Subsidiairement, elles soulèvent l'incompétence matérielle du juge des référés pour connaître de la demande alors qu'en vertu de l'article 1400-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la LSC) ce serait le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement qui serait compétent pour connaître de la demande. La mission d'expertise demandée constituerait manifestement une expertise de gestion et non une mesure d'instruction in futurum.

En ordre plus subsidiaire, les entités SOCIETE3.) soulèvent l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir au motif que les compartiments du FONDS auraient été liquidés.

En dernier ordre de subsidiarité, les entités SOCIETE3.) contestent que les conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile soient réunies.

Elles soulèvent plus précisément que le référé-probatoire n'aurait plus de raison d'être au motif que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) disposeraient d'ores et déjà d'une expertise unilatérale démontrant « une violation plus que probable et patente du ratio de 400% de l'effet de levier », de sorte que les parties appelantes seraient théoriquement en mesure de saisir directement le juge du fond et pourraient dans ce cadre éventuellement voir nommer un expert, sous réserve de la question du défaut de qualité à agir.

En l'espèce, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ne sauraient se prévaloir d'un motif légitime motif pris qu'en fondant leur demande d'expertise sur l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile au lieu et place de l'article 1400-3 de la LSC, elles commettraient une fraude à la loi.

Par ailleurs, un expert n'aurait aucune compétence pour déterminer le respect de la loi et des dispositions contractuelles alors qu'il ne saurait se substituer à la juridiction de jugement. La mission d'un homme de l'art devant être limitée à des constats de nature technique, il ne saurait être chargé de se prononcer sur des questions de responsabilité. A cela s'ajouterait qu'un expert ne saurait se voir confier une mission d'investigation générale.

Finalement, en demandant la nomination d'un expert, les parties appelantes essaieraient de manière détournée d'obtenir communication d'un

certain nombre de documents qu'elles auraient déjà essayé d'obtenir dans le cadre des échanges préalables entre parties.

Les entités SOCIETE3.) soutiennent que la communication des documents leur aurait été refusée au motif qu'elles ne rempliraient pas le quorum de 10% au titre de leur participation au capital social exigé par l'article 1400-3 de la LSC.

Si la Cour devait néanmoins considérer que les conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile sont réunies, les entités SOCIETE3.) s'opposent à la prise en charge des frais d'expertise.

Elles demandent la confirmation de l'ordonnance entreprise en ce que le juge des référés leur a accordé une indemnité de procédure de 500,- euros.

Elles demandent, pour les besoins de l'instance d'appel, la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part, des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) à leur payer à chacune une indemnité de procédure de 10.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile. Elles requièrent la condamnation des parties appelantes aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Elles demandent encore à ce que l'arrêt à intervenir soit exécutoire par provision et sans caution.

La société SOCIETE4.)

Quant aux faits, la société SOCIETE4.) soutient que les produits dans lesquels les compartiments du FONDS avaient investi conformément à leur politique d'investissement ont été gravement impactés par la crise des marchés financiers auquel le monde entier a dû faire face en mars 2020 suite à l'apparition de la crise sanitaire due au Covid19.

Elle affirme que les actionnaires des compartiments impactés auraient été régulièrement tenus au courant de l'évolution de la situation.

Par lettre du 5 mars 2021, le mandataire des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) aurait posé toute une série de questions sur le *leverage*, le *liquidity management* et la *best execution* et aurait demandé la communication de toute une série de documents, auxquelles les conseils des sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE4.) auraient répondu par lettres des 9 et 16 avril 2021.

En droit, la société SOCIETE4.) demande la confirmation de l'ordonnance entreprise par adoption des motifs en ce que le juge des référés a décidé que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) n'ont pas qualité à agir

motif pris que le préjudice dont elles demandent à être indemnisées constituerait un préjudice social par excellence.

Le fait que les parties appelantes ne soient plus actionnaires des compartiments liquidés ne rendrait pas moins applicable cette solution au motif que ce ne serait pas la qualité dans laquelle l'action est engagée qui importerait, mais la nature du dommage invoqué.

En ordre subsidiaire, la société SOCIETE4.) demande à la Cour de déclarer l'assignation introductive d'instance nulle pour libellé obscur au motif qu'il ne serait pas clair quelle entité serait visée au deuxième point de la mission d'expertise. Elle estime que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ne sauraient pallier au vice dont serait affectée l'assignation en proposant une nouvelle mission d'expertise en instance d'appel.

En ordre plus subsidiaire, elle soulève l'incompétence matérielle du juge des référés pour ordonner la mesure demandée au motif qu'il ne s'agirait pas d'une mesure d'instruction in futurum, mais d'une expertise de gestion prévue à l'article 1400-3 de la LSC et qui relèverait de la compétence exclusive du magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement.

En ordre encore plus subsidiaire, la société SOCIETE4.) soulève l'irrecevabilité des demandes nouvelles formulées en instance d'appel et elle relève les points de la mission d'expertise qui n'ont pas été demandés en première instance.

Elle donne encore à considérer que la mission d'expertise serait de toute manière contraire à ce qui aurait été prévu dans l'Offering Memorandum, partant dépourvue de pertinence.

En dernier ordre de subsidiarité, elle conteste que les conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile soient données.

Compte tenu du libellé de la mission, la mesure ne serait pas légalement admissible car l'expert serait appelé à se prononcer sur des points de droit et non de fait.

Ainsi, elle comporterait une violation de l'article 438 du Nouveau Code de Procédure Civile qui dispose que le technicien ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique. La violation d'obligations légales ne saurait être établie par un expert.

La société SOCIETE4.) conteste encore qu'il y aurait un motif légitime à voir ordonner l'expertise telle que sollicitée. La démonstration d'un motif légitime nécessiterait que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.)

établissent qu'elles ne seraient pas en mesure d'accéder aux preuves dont dépendrait l'issue d'un litige au fond sans le secours du juge.

Tel ne serait pas le cas en l'espèce eu égard au fait que les parties appelantes disposeraient d'ores et déjà d'un rapport d'expertise unilatéral selon lequel la limite du *leverage* n'aurait pas été respectée. La société SOCIETE4.) soutient que même si les conclusions de l'expert seraient formellement contestées, ce rapport suffirait amplement aux sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) pour introduire une action au fond et demander à la juridiction saisie d'instituer une expertise judiciaire, sous condition que la qualité à agir leur soit reconnue.

A cela s'ajouterait que les parties appelantes chercheraient des réponses à des questions de droit et une mesure d'instruction ne saurait être ordonnée pour pallier à une carence à l'administration des preuves.

Finalement, la mesure d'instruction sollicitée serait en réalité une « fishing expedition » déguisée par le biais de laquelle les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) tenteraient d'avoir accès à des documents auxquels elles n'auraient pas droit en qualité d'investisseurs et qui relèveraient du secret d'affaires.

La société SOCIETE4.) conteste encore que la condition de la pertinence de la mesure demandée soit donnée en l'espèce au motif que les parties appelantes n'établiraient pas l'existence d'un contentieux crédible et plausible, ni en quelle mesure l'expertise demandée leur serait utile dans le cadre d'un litige au fond.

Enfin, le libellé du deuxième point de la mesure d'instruction ne serait pas clair, ce qui ne permettrait pas d'en apprécier la pertinence.

La société SOCIETE4.) demande la condamnation des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ainsi que leur condamnation aux frais et dépens de l'instance.

Appréciation de la Cour

1/ Les entités SOCIETE3.) soulèvent l'irrecevabilité de l'appel au motif que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.), en changeant le libellé de la mission d'expertise d'une instance à l'autre, auraient abandonné leurs prétentions formulées en première instance et qu'elles auraient saisi la Cour d'une toute nouvelle demande.

Par exploit d'huissier du 6 juillet 2021, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ont assigné les entités SOCIETE3.) et la société SOCIETE4.) à

comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir instituer une expertise sur base de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La Cour constate que l'objet de la demande reste identique en instance d'appel.

Le changement du libellé de la mission proposée ne change pas la nature de la demande, ni la base légale servant de fondement à la demande, mais a une répercussion sur la question de savoir si les conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile sont données.

Il en résulte que le moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel pour présentation d'une demande nouvelle n'est pas fondé.

2/ Toutes les parties au litige s'accordent à dire que les parties défenderesses avaient soulevé en première instance l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur et l'incompétence matérielle du juge des référés. Pour étayer les affirmations en question, le mandataire des entités SOCIETE3.) a remis à la Cour la note de plaidoiries versée en première instance.

Il résulte de l'ordonnance entreprise que le juge des référés ne s'est pas prononcé sur les deux moyens ci-avant énoncés mais qu'il a directement analysé le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir faute de preuve d'un préjudice personnel et distinct dans le chef des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) par rapport au préjudice social subi par le FONDS.

L'article 89 de la Constitution et l'article 249 du Nouveau Code de Procédure Civile disposent que les jugements doivent être motivés. Par ailleurs, la motivation suffisante est considérée par la jurisprudence constante et notoire de la Cour européenne des droits de l'homme comme un corollaire indispensable du procès équitable de l'article 6. Il est généralement admis que la motivation de la décision doit être circonstanciée et ne laisser aucun doute sur le fondement juridique. Le juge doit dès lors s'expliquer sur les éléments de fait de l'affaire (Cour d'appel, 30 janvier 2013, n°38066 du rôle).

Si le juge des référés a statué sur la qualité à agir des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.), il a nécessairement rejeté tous les moyens qui s'opposaient à la solution retenue, à savoir les moyens préalables tirés de l'irrégularité de l'acte introductif d'instance et de la compétence du juge saisi, sans toutefois justifier de ce rejet.

Partant, l'ordonnance du 26 novembre 2021 encourt l'annulation pour défaut de motivation sur le rejet de ces deux moyens.

Les entités SOCIETE3.) demandent le renvoi du litige devant le juge des référés. Les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) s'opposent au renvoi et demandent à la Cour de statuer par évocation. La société SOCIETE4.) estime que la Cour est saisie par l'effet dévolutif de l'appel de l'entière du litige.

Lorsque l'appel opère dévolution, la juridiction d'appel est saisie de plein droit, de par l'effet dévolutif, de la connaissance de l'entière du litige, et elle a l'obligation de vider le litige. Il est possible aux parties de limiter l'effet de la dévolution en limitant les points dont la juridiction d'appel doit connaître à travers une restriction de l'appel à certains chefs de la décision de première instance. Il n'est cependant pas loisible aux parties de soustraire à l'effet dévolutif une décision à l'égard de laquelle cet effet déploie ses effets, dès lors que les règles tenant à la dévolution sont d'ordre public.

En cas d'infirmité d'une décision qui a accueilli l'exception péremptoire de défaut de qualité dans le chef du demandeur, il ne saurait y avoir lieu à renvoi de la cause en première instance, la Cour d'appel se trouvant en pareil cas saisie de tout le litige en vertu de l'effet dévolutif de l'appel. La raison en est que si les premiers juges admettent une exception péremptoire tenant au fond du droit litigieux, telle que celle de défaut de qualité dans le chef du demandeur, leur décision implique la négation du droit qui faisait l'objet de la demande, laquelle se trouve abjurgée définitivement (Cour d'appel 20 juin 1995, n°17125 du rôle ; Répertoire pratique du droit belge, verbo Appel en matière civile et commerciale, n°312).

Il n'y a dès lors pas lieu à renvoi devant le juge des référés.

3/ Quant au moyen tiré du libellé obscur de la demande introductive d'instance, il convient de rappeler que l'exception du libellé obscur trouve son fondement légal dans l'article 154, point 1 du Nouveau Code de Procédure Civile aux termes duquel « ... l'assignation doit contenir l'objet et un exposé sommaire des moyens ... à peine de nullité ».

La finalité de cet article est que le défendeur puisse savoir, avant de comparaître, quel est l'objet de la demande et ceci d'une manière expresse. Dès lors, l'exploit d'ajournement qui ne contient aucune conclusion précise sur laquelle les juges puissent statuer, est frappé d'une nullité qui ne peut être couverte ni par des conclusions ultérieurement prises, ni par référence à des actes antérieurs et ceci en vertu du principe de l'immutabilité du litige (v. J.-C. WIWINIUS, Mélanges dédiés à Michel Delvaux : L'exceptio obscuri libelli p.299).

Pour être complet, la Cour ajoute que le grief dont le défendeur doit rapporter concrètement la preuve, sans qu'il ne puisse se borner à en invoquer l'existence dans l'abstrait, peut être de nature diverse. Il réside généralement dans l'entrave ou la gêne portée à l'organisation de la défense en mettant le

défendeur dans l'impossibilité d'organiser sa défense ou de choisir les moyens de défense appropriés.

Les entités SOCIETE3.) et la société SOCIETE4.) (ci-après les parties défenderesses) soulèvent le libellé obscur de la demande introductive d'instance au motif que les développements de la société SOCIETE1.) sur les activités de risk management et le deuxième point de la mission d'expertise seraient incohérents.

En page 7 de l'assignation, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) reprocheraient à la société SOCIETE4.) de ne pas avoir mené les activités de risk management requises par l'Offering Memorandum et par la loi. A lire le deuxième point de la mission d'expertise, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) sembleraient affirmer que la société SOCIETE3.) aurait manqué à ses obligations de risk management.

Compte tenu de ces affirmations contradictoires, les parties défenderesses soutiennent qu'elles n'auraient pas été en mesure de préparer utilement leur défense alors qu'il serait impossible de comprendre ce que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) reprochent à qui.

Dans leur assignation introductive d'instance, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) font une présentation des parties et exposent que la société SOCIETE3.) est l'associé-gérant commandité du FONDS et que la société SOCIETE4.) a été nommée gestionnaire externe du FONDS aux termes de l'article 4 de la loi FIAR qui dispose que :

(1) Sous réserve de l'application de l'article 2, paragraphe 2, points c) et d) de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, tout fonds d'investissement alternatif réservé doit être géré par un gestionnaire, qui peut être soit un gestionnaire établi au Luxembourg agréé au titre du chapitre 2 de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, soit un gestionnaire établi dans un autre Etat membre au sens de la directive 2011/61/UE ou dans un pays tiers agréé au titre du chapitre II de la directive 2011/61/UE, sous réserve de l'application de l'article 66, paragraphe 3 de ladite directive lorsque la gestion du fonds d'investissement alternatif réservé est assurée par un gestionnaire établi dans un pays tiers.

(2) Le gestionnaire doit être déterminé conformément aux dispositions prévues à l'article 4 de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs respectivement conformément aux dispositions de l'article 5 de la directive 2011/61/UE.

Le gestionnaire doit être un gestionnaire externe au sens de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs. Ce gestionnaire externe doit être agréé conformément aux dispositions du chapitre 2 de la loi modifiée du 12 juillet

2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs respectivement conformément aux dispositions du chapitre II de la directive 2011/61/UE.

(3) En cas de retrait du gestionnaire intervenu de sa propre initiative ou de celle du fonds d'investissement alternatif réservé ou au cas où le gestionnaire n'est plus agréé comme requis par le paragraphe 2 ou en cas de faillite du gestionnaire, les administrateurs ou gérants du fonds d'investissement alternatif réservé ou sa société de gestion doivent prendre toutes mesures nécessaires pour que le gestionnaire soit remplacé par un autre gestionnaire qui remplit les conditions requises par le paragraphe 2. Si le gestionnaire n'est pas remplacé dans les 2 mois à partir du retrait du gestionnaire, les administrateurs ou gérants du fonds d'investissement alternatif réservé ou de sa société de gestion doivent demander au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans les 3 mois suivant le retrait du gestionnaire de prononcer la dissolution et la liquidation du fonds d'investissement alternatif réservé conformément à l'article 18.

Les affirmations des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ne sont dès lors pas contradictoires dans la mesure où tant la société SOCIETE3.), en sa qualité d'organe de gestion du FONDS, que la société SOCIETE4.), en sa qualité de gestionnaire externe du FONDS, sont forcément mais nécessairement impliquées dans les activités de *risk management*.

En page 7 de son assignation, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) précisent notamment que les activités de *risk management* auraient incombé à la société SOCIETE4.) sous la supervision ultime de la société SOCIETE3.) et elles reprochent aux deux protagonistes de ne pas avoir agi conformément aux règles prévues au prospectus du FONDS.

L'assignation introductive d'instance est claire, de sorte que le moyen du libellé obscur est à rejeter.

4/ Les parties défenderesses soulèvent encore l'incompétence matérielle du juge des référés pour connaître de la demande au motif que la mission d'expertise constituerait une expertise de gestion prévue par l'article 1400-3 de la LSC, qui 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 1711-1. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt des sociétés comprises dans l'obligation de consolidation. Une copie de la réponse

doit être communiquée à la personne chargée du contrôle légal des comptes.

A défaut de réponse dans un délai d'un mois, ces associés peuvent demander au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur la ou les opérations de gestion visées dans la question écrite.

S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Elle peut mettre les frais à la charge de la société.

Le juge détermine si le rapport doit faire l'objet d'une publicité.

L'usufruitier d'actions ou de parts sociales bénéficie également des droits énoncés au présent article ».

Cet article a introduit une expertise de gestion qui suit, en substance, le droit français en la matière (voir document parlementaire 5730, exposé des motifs) et il a renforcé le droit d'information des actionnaires.

L'expertise de gestion est une mesure d'information et l'expertise in futurum est une mesure d'instruction qui a comme objectif l'établissement ou la conservation de preuves dont pourrait dépendre l'issue d'un procès.

Il n'y a dès lors pas lieu à application du principe que la loi spéciale prime la loi générale au motif que les deux mesures poursuivent des buts différents.

D'ailleurs, la Cour de cassation française a rappelé la complémentarité des deux actions : une expertise de gestion ordonnée sur le fondement de l'article L.225-231 du Code de commerce ne fait pas obstacle à ce qu'une expertise soit ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (Cass.com., 15 septembre 2015, n°13-25.275, JurisData n°2015-020640).

Les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé. L'intérêt de cette procédure, notamment par rapport à l'expertise de gestion, réside dans sa vocation à s'appliquer à tout contentieux privé, quels que soient le cadre d'intervention du litige, la personne du demandeur et les faits dont la preuve doit être établie ou conservée. Lorsque la demande émane d'un associé, il n'est pas nécessaire de respecter une quelconque condition de détention d'une fraction du capital social. Il ne s'agit pas pour autant d'utiliser l'article 145 du Code de procédure civile (français) [corollaire de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile] pour contourner les conditions des articles L.223-37 et

L.225-231 du Code de commerce (français) [corollaire de l'article 1400-3 de la LSC] relatives à la détention d'une fraction de capital, et il revient au juge de statuer sur la demande en fonction de chaque cas d'espèce en vérifiant la réalité du motif légitime (JurisClasseur Sociétés Formulaire, Fasc. C-415 : Sociétés – Expertise de gestion – Expertise « in futurum » - Commentaires, numéros 45 et suivants).

En l'espèce, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ont introduit leur demande sur base de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile et sollicitent l'institution d'une mesure d'instruction in futurum, de sorte que le juge des référés est compétent pour en connaître et le reproche d'un éventuel contournement de procédure se situe dans le cadre de l'analyse des conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile.

5/ Les parties défenderesses soulèvent l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.), motif pris que ces dernières n'invoqueraient pas de préjudice personnel et distinct du préjudice social subi par le FONDS, de sorte qu'une action au fond serait manifestement vouée à l'échec comme étant irrecevable.

Cette question ne touche néanmoins pas la recevabilité d'une demande en référé-expertise mais s'inscrit dans le cadre de l'analyse des conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile et notamment de celle tenant à l'existence d'un motif légitime.

Il en est de même du moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande au motif que la liquidation des compartiments serait terminée et que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) n'auraient plus la qualité d'actionnaires.

6/ Aux termes de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile,

S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

La demande basée sur cette disposition légale requiert que le demandeur démontre cumulativement que

- la mesure d'instruction est demandée avant tout procès au fond
- la mesure d'instruction demandée est pertinente en ce sens qu'elle doit porter sur un fait dont dépend la solution d'un procès au fond qui reste à être introduit
- le motif pour établir le fait devant faire l'objet de la mesure d'instruction et pour en conserver la preuve doit être légitime en ce sens que la mesure sollicitée doit être adaptée, utile et proportionnée au litige

- la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible en ce sens que la mesure sollicitée doit être susceptible d'améliorer la situation du demandeur au regard de la preuve qu'il doit apporter.

Si la partie demanderesse dispose d'ores et déjà de moyens de preuves suffisants pour conserver ou établir la preuve des faits litigieux, la mesure d'instruction demandée est dépourvue de toute utilité et doit être rejetée. En d'autres termes, le demandeur doit établir l'existence de son intérêt probatoire (Cour d'appel, 30 juin 2021, numéro CAL-2021-00201 du rôle ainsi que les nombreuses références y citées).

Il est constant en cause qu'un expert, à savoir la société SOCIETE5.) LLP, a déjà procédé à des vérifications et qu'il s'est prononcé dans un rapport du 28 mai 2021. Il résulte du rapport en question que sur base des documents dont disposait l'expert, il arrive à la conclusion que le taux de l'effet de levier de 400% a été dépassé dans tous les compartiments, ce qui confirme la thèse défendue par les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.).

Si le rapport est certes unilatéral et inopposable aux parties défenderesses, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un élément matériel pouvant être pris en considération pour servir de base à une expertise à ordonner éventuellement par le juge du fond (voir en ce sens : Cour d'appel, 10 juillet 2019, numéro CAL-2018-00591 du rôle).

L'intérêt probatoire n'étant pas établi en l'espèce, il est superflu d'analyser les autres conditions de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande est irrecevable sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile.

7/ L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Au vu du sort réservé au litige, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.) sont à débouter de leurs prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Les entités SOCIETE3.) et la société SOCIETE4.) sont à débouter de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, tant pour la première instance que pour l'instance d'appel, au motif qu'elles ne justifient pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel ;

annule l'ordonnance de référé numéro 2021TALREFO/00615 du 26 novembre 2021 ;

statuant à nouveau ;

rejette le moyen tiré du libellé obscur de la demande introductive d'instance et le moyen tiré de l'incompétence matérielle du juge des référés ;

dit que le juge des référés est compétent pour connaître de la demande ;

déclare la demande irrecevable ;

déboute toutes les parties de leurs prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, tant pour la première instance que pour l'instance d'appel ;

condamne la société de droit italien SOCIETE1.) S.p.A. et la société à responsabilité limitée de droit italien SOCIETE2.) S.r.l. aux frais et dépens des deux instances.