

**Ordonnance N°1809/2016, en application de l'article 154 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales tel que modifié par la loi du 10 août 2016.**

Audience publique tenue le vendredi 18 novembre deux mille seize, à neuf heures, par Nous Jean-Paul HOFFMANN, 1<sup>er</sup> vice-président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, présidant la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, assisté de Madame le greffier Claude FEIT.

---

Dans la cause (numéro de rôle 180 197)

**entre :**

**1) SOC.1.) FUND SIF**, société anonyme de droit luxembourgeois constituée sous la forme d'une société d'investissement en capital variable organisée comme fonds d'investissement spécialisé (FIS), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

**2) SOC.2.) FUNDS SICAV Plc**, société de droit maltais, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Malte sous le numéro SV (...);

élisant domicile en l'étude Allen & Overy, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33, avenue J.F. Kennedy, représentée pour les besoins de la présente par Maître Vincent NAVEAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**demanderesse**, comparant par Maître Antoine REILLIER, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Vincent NAVEAUX, avocat à la Cour susdit,

**et :**

la société anonyme **SOC.3.) SA**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

**défenderesse**, comparant par la société d'avocats AMMC LAW SA, établie à L-2453 Luxembourg, 2-4, rue Eugène Ruppert, représentée aux fins des présentes par Maître Emmanuelle PRISER, avocat, en remplacement de Maître Christophe MAILLARD, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

---

Vu l'exploit d'assignation ci-après annexé.

Après avoir entendu en notre audience du 7 novembre 2016 les mandataires des parties en leurs conclusions.

Nous avons rendu à l'audience publique de ce jour

### **l'ordonnance** qui suit :

#### Faits, prétentions et moyens des parties.

La société **SOC.3.) SA** (ci-après « **SOC.3.)** ») est une société luxembourgeoise qui a pour objet, tant à Luxembourg qu'à l'étranger, toutes les opérations généralement quelconques, industrielles, commerciales, financières, mobilières ou immobilières, se rapportant directement ou indirectement à la création, la gestion et le financement sous quelque forme que ce soit, de toutes entreprises et sociétés ayant pour objet toute activité sous quelque forme que ce soit, ainsi que la gestion et la mise en valeur, à titre permanent ou temporaire, du portefeuille créé à cet effet, dans la mesure où la Société sera considérée selon les dispositions applicables comme « Société de Participations Financières ».

**SOC.1.) FUND SIF** (ci-après « **SOC.1.)** ») est une société luxembourgeoise constituée sous la forme d'une société d'investissement en capital variable organisée comme fonds d'investissement spécialisé. Elle détient, par le biais de son compartiment **SOC.1.) FUND SIF – Multi Strategy I** 945.000 actions de **SOC.3.)**.

**SOC.2.) FUNDS SICAV Plc** (ci-après « **SOC.2.)** ») est une société maltaise qui détient par le biais d'un compartiment nommé **SOC.2.) Gamma Fund** 637.050 actions de **SOC.3.)**.

Depuis l'assemblée générale du 16 septembre 2015, **SOC.1.)** et **SOC.2.)** se plaignent d'un manque de réponses aux questions qu'elles se posent sur la gestion de **SOC.3.)**.

Le 23 août 2016, jour de l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, **SOC.1.)** et **SOC.2.)** ont posé, sur base de l'article 154 modifié (ci-après « l'article 154 »), les six questions suivantes au Conseil d'Administration de **SOC.3.)** :

- 1. Quel est l'état actuel du processus de remplacement de l'administration centrale / agent domiciliaire et auditeur de **SOC.3.)** ? Quelle est la composition du conseil d'administration de **SOC.3.)** en date du 31 décembre 2015 ?*
- 2. Quelles actions ont été entreprises en vue de l'augmentation de capital suite à la signature de la convention d'option d'achat pour l'acquisition de **SOC.4.) Holding s.à r.l.** et quel est l'état d'avancement de ce processus ? Quel est le nombre total d'actions nouvellement émises ? Quel est le nombre total d'actions de **SOC.3.)**, ainsi que leur valeur, en date du 31 décembre 2015 ?*

3. *Quelles actions ont été entreprises en vue de la nomination de spécialistes indépendants qualifiés pour l'estimation des actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par **SOC.3.)** et, en particulier, concernant :*

- *la concession pour l'exploration et l'extraction de cuivre et d'argent dans la zone de Aith Baha (région Souss-Massa-Draa, Maroc) ;*
- *la concession pour l'exploration et l'extraction de minerai de fer dans la zone de Taliouine (région Souss-Massa-Draa, Maroc) ;*
- *la juste valeur du business des Etats-Unis concernant l'exploration de pétrole et de gaz (à noter qu'une dépréciation totale ne semble pas être correcte puisque les 10 puits de production de **SOC.3.)** doivent fournir au moins une valeur de marché supérieure aux 1.121,855 EUR divulgués dans les comptes de 2014 approuvés par l'AGO)*

*et, si un tel spécialiste a été nommé, quel est la conclusion précise du rapport de ce spécialiste ou de tout rapport établi concernant les actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par **SOC.3.)**?*

4. *Quelles sont les prévisions/projections concernant l'extraction de cuivre, d'argent et de minerai de fer dans la zone de Aith Baha et de Taliouine ? La faisabilité technique et la viabilité commerciale de ces opérations ont-elles été déterminées ?*
5. *Quelles sont les raisons justifiant l'absence d'approbation, par le Conseil d'Administration, et de publication des Comptes Annuels de 2015, qui auraient dû avoir lieu pour le 30 juin 2016 ?*
6. *Quelles sont les raisons justifiant le fait que la convocation pour l'Assemblée Générale Annuelle des Actionnaires de 2016 n'a pas encore été envoyée?*

En l'absence de réponse, **SOC.1.)** et **SOC.2.)** ont assigné **SOC.3.)**, par exploit d'huissier du 5 octobre 2016, devant le Président de la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé pour procéder à la nomination d'un expert ayant pour mission d'établir un rapport sur les opérations de gestion visées dans le courrier précité du 23 août 2016.

Elles demandent que les frais liés à cette expertise soient mises à charge de **SOC.3.)** et que cette partie soit condamnée à tous les frais. Elles sollicitent encore l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir.

La demande est basée sur le nouvel article 154.

Le 3 novembre 2016, le président du Conseil d'administration de **SOC.3.)** a envoyé la réponse suivante aux questions posées par **SOC.1.)** et **SOC.2.)** :

1. *What is the current status of the process for the replacement of the central administration / domiciliary agent and auditor of **SOC.3.)** ? What is the composition of the board of directors of **SOC.3.)** as at 31 December 2015?*

The registered seat was transferred to (...), L-(...). The commissaire aux comptes is Client **SOC.5.)**, S.A. **SOC.6.)** Sarl is the reviseur d'entreprise agree.

The members of the Board of Directors as of 31.12.2015 are

**A.)** - Director

**B.)** – Director

**C.)** - Director and President

All these information are public. The latest changes were filed with the Luxembourg Registre de Commerce et des Societes on 15. January 2016 further to the extraordinary general meeting of the shareholders held on 28. December 2015.

The company website has been updated accordingly.

**SOC.2.)** Funds SICAV Plc and **SOC.1.)** Fund SIF well know about the new address of the company since their letter was addressed to the new address.

2. Which steps have been taken in view of the capital increase further to the execution of the option agreement to acquire **SOC.4.)** Holding SARL and what is the status of this process? What is the total number of shares newly issued? What is the total number of shares of **SOC.3.)**, and the value thereof, as at 31 December 2015?

There has been no capital increase and/or issue of new shares. The consideration has been paid with existing shares. Thus the total amount of outstanding shares still is 14.321.333 shares. The values of participations will be reflected in the accounts which are audited and therefore checked by the reviseur d'entreprise agree, on the basis of written evidences. They will be presented at the upcoming general meeting of the company.

3. What steps have been taken in view of the appointment of qualified independent specialists for the valuation of the underlying assets held directly or indirectly by **SOC.3.)**, and, in particular, with respect to:

(A) the concessions for the exploration and extraction of copper and silver in the Aith Baha area (Souss-Massa-Draa region of Morocco);

No steps have currently been taken

(B) the concession for the exploration and extraction of Iron Ore in the Taliouine area (Souss- Massa-Draa region of Morocco);

No steps have currently been taken

(C) the fair value of the US business in oil and gas exploration (noting that a full impairment seems to not be accurate as the 10 producing wells of **SOC.3.)** should provide at least a market value that is higher than the 1,121,855 Euro disclosed in the 2014 financial statements approved by the AGM);

Since the acreage and producing assets in the US are jointly owned by different entities no consent could be achieved on the appointment of an independent specialist to value the reserves. Considering the current liquidity and cash flow of the company due the depressed

price of oil **SOC.3.)** management is trying to avoid any expenses it considers unnecessary and thus refrained from retaining its own independent specialist. **SOC.3.)** management thinks that this situation will change when oil prices recover considerably and drilling activities will increase again.

4. and, if any such specialist has been appointed, what is the precise outcome of the report of this specialist or of any other report produced with respect to underlying assets held directly or indirectly by **SOC.3.)**?

N/A since no specialist has been appointed as of late; as explained above **SOC.3.)** management is trying to preserve the company's cash until oil prices recover.

5. What are the projections on the extraction of Copper, Silver and iron Ore in the Aith Baha area and in the Taliouine area? Has the technical feasibility and commercial viability of such operations been determined?

N/A

6. What are the reasons behind the absence of approval, by the Board of Directors, and publication of the 2015 Annual Accounts, which should have occurred by 30th June 2016?

There was a problem in obtaining the company's account statements from **BQUE.1.)** Bank in Lugano. **BQUE.1.)** has given no explanation for the delay and the late reply and delivery only in September of this year.

7. What are the reasons behind the fact that the convening notice for the 2016 Annual General Meeting of Shareholders has not been issued yet?

Since the company's accounts were not finalized before last month management took the decision to delay the annual general meeting until the accounts have been drawn up and the audit has been finalized. Management is now planning to hold the AGM within the next 6 weeks considering that the necessary publications and notices have to be made.

Les parties demanderesses se rapportent à prudence de justice en ce qui concerne la validité des réponses données hors délai.

Elles admettent que suite à la réponse à la première question, celle-ci est devenue sans objet.

En ce qui concerne les autres réponses, elles estiment que celles-ci sont partiellement non crédibles et partiellement trop sommaires de sorte qu'elles maintiennent leur demande d'expertise.

Elles formulent une demande subsidiaire de nomination d'un expert qui devrait s'assurer que l'assemblée générale soit tenue dans le délai annoncé par la défenderesse.

**SOC.3.)** demande le rejet des demandes. Elle conclut que, suite aux réponses actuellement données, une expertise n'aurait plus d'utilité. Elle ajoute que le juge ne devrait s'immiscer

dans la gestion d'une société commerciale que dans des circonstances exceptionnelles, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Elle fait encore remarquer que certaines questions concerneraient la politique de management de la société et qu'il n'y aurait pas lieu à expertise y relative.

Elle renvoie à l'information donnée quant à la prochaine tenue d'une assemblée générale et elle conclut que les parties demanderesses pourraient y poser toutes les questions éventuellement encore ouvertes. L'affaire n'aurait donc pas à être tranchée actuellement.

Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande subsidiaire.

#### Appréciation.

L'article 154 est rédigé comme suit :

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

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.

En l'occurrence, il n'est pas contesté que les parties demanderesses remplissent le quorum exigé par l'article de sorte que leur demande est recevable à cet égard.

Il n'est pas davantage contesté que les réponses n'ont pas été données avant l'assignation.

Des réponses données, même tardivement, font qu'il n'y a plus lieu à expertise, du moment qu'elles fournissent toutes les informations qu'on peut attendre (voir Paul LE CANNU, l'expertise de gestion à la suite de la loi NRE : de la chicane au dialogue, page 12, n°28).

Etant donné que les parties demanderesses contestent le caractère pertinent des réponses données, il convient d'examiner si celles-ci peuvent être considérées comme satisfaisantes, suivant les critères dégagés par la jurisprudence française afférente.

Il y a par ailleurs lieu de préciser que seules les questions relevant de la compétence des organes de gestion stricto sensu sont admises, ce qui met hors de portée les opérations relevant de la compétence des assemblées d'actionnaires, même si elles sont exécutées par les organes de gestion. Par ailleurs, le pluriel « opérations » laisse entendre qu'une question peut en comporter plusieurs ; mais il ne faut pas qu'elles portent sur l'ensemble de la gestion ou de la comptabilité (voir Paul LE CANNU, précité, page 7, n°18).

La première question concerne des données régulièrement publiées et est devenue sans objet suite à la réponse fournie.

Il convient par conséquent d'examiner tout de suite la réponse fournie à la deuxième question relative à une augmentation de capital et à d'éventuelles nouvelles parts sociales.

La réponse fournie, qualifiée de non crédible par les parties demanderesses, est pourtant claire et précise. Les parties demanderesses n'ont par ailleurs pas fourni d'éléments qui permettraient de mettre concrètement en cause la sincérité des chiffres fournis.

La troisième question a trait à la nomination de spécialistes indépendants qualifiés pour l'estimation des actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par **SOC.3.**)

La réponse fournie répond à la question posée étant donné que celle-ci ne concerne que la nomination ou non des spécialistes indiqués mais qu'elle ne vise pas directement le contrôle des chiffres fournis par le Conseil d'administration. En l'absence de nomination des spécialistes visés, la réponse à la question doit être qualifiée de satisfaisante.

La quatrième question concerne des projections futures. Elle ne se rapporte par conséquent pas à un acte de gestion au sens de l'article 154.

La cinquième question concerne le retard dans l'établissement des comptes. Une réponse a priori satisfaisante a été fournie et la partie demanderesse reste en défaut d'expliquer ce qu'un expert pourrait apporter comme éclaircissement supplémentaire.

La sixième question a finalement trait à la date de l'assemblée générale ordinaire. La réponse y relative est suffisamment précise.

Il convient par conséquent de conclure que l'expertise sollicitée n'est pas indiquée et qu'il convient de rejeter la demande principale.

La demande subsidiaire tendant à la désignation d'un expert pour s'assurer que l'assemblée générale soit tenue dans le délai annoncé par la défenderesse est irrecevable. En effet, l'article 154 concerne uniquement la désignation d'un expert pour répondre aux questions précises auxquelles le Conseil d'administration aurait omis de répondre.

L'article 238 du Nouveau Code de Procédure civile prévoit que toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens, sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée.

En l'occurrence, les parties demanderesses ont dû assigner en raison de l'absence de réponse de **SOC.3.)** dans le délai légal d'un mois et ce n'est que suite à la réponse tardive que la demande d'expertise a été rejetée. Il convient par conséquent d'imposer les frais et dépens à charge de la défenderesse.

**Par ces motifs :**

Nous, Jean-Paul HOFFMANN 1<sup>er</sup> vice-président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, présidant la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé,

**déclarons** la demande recevable ;

en **déboutons** ;

**condamnons** la société **SOC.3.) SA** aux frais et dépens de l'instance.