

Texte pseudonymisé

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

Ordonnance en matière commerciale 2020TALCH02/01791, en application de l'article 450-8 alinéas 2 et 5 de la loi modifiée du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Audience présidentielle tenue le vendredi, dix décembre deux mille vingt et un, à 9h00, par Nous Françoise WAGENER, vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement de Madame la 1^{ère} vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, président la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, assistée de Monsieur le greffier Paul BRACHMOND.

Dans la cause (numéro de rôle TAL-2021-07011)

entre :

la société de droit allemand **SOCIETE1.) AG**, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés auprès du Amtsgericht Dortmund sous le numéro NUMERO1.) ;

élisant domicile en l'étude de Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé organisée sous la forme d'une société en commandite par actions **SOCIETE2.) SCA, SICAV-SIF**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son associé gérant commandité la société **SOCIETE3.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.) ;

défenderesse, comparant par la société en commandite simple **CLIFFORD CHANCE**, établie et ayant son siège social à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, représentée par Maître Ada SCHMITT, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, représentant la société **CLIFFORD CHANCE** préqualifiée, aux fins de la présente procédure.

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

Après avoir entendu en l'audience du 12 octobre 2021 les mandataires des parties en leurs conclusions, Madame la vice-présidente Françoise WAGENER avait fixé le prononcé de l'affaire au 10 décembre 2021.

Nous avons rendu à l'audience publique de ce jour

l'ordonnance qui suit :

Faits et procédure

La société SOCIETE2.) S.C.A., SICAV-SIF, (ci-après : « **SOCIETE2.)** » ou le « **Fonds** ») est une société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, soumise à la loi modifiée du 13 février 2007 sur les fonds d'investissement spécialisés.

La société de droit allemand SOCIETE1.) a.G. (ci-après : « **SOCIETE1.)** ») détient en sa qualité d'unique associé commanditaire 100% des actifs du sous-fonds II de SOCIETE2.) portant la dénomination FONDS1.) (ci-après : « FONDS1.) ou le Compartiment ou le Sous-Fonds »).

Le 22 juin 2021, la société SOCIETE1.), détenant plus de 10% des actifs de FONDS1.), a adressé à la société SOCIETE2.), entre les mains de son associé gérant commandité, la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL (ci-après : « SOCIETE3.) » ou le « General Partner »), une demande de convocation d'une assemblée générale de FONDS1.), 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)* ».

Le courriel en question est de la teneur suivante :

(...)

Par courriel du 1^{er} juillet 2021, la société SOCIETE2.) en se référant à l'article 33.1 paragraphe 4 des statuts du Fonds, a répondu qu'elle ne donne pas suite à la demande de convoquer l'assemblée générale sollicitée, au motif 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 la société SOCIETE3.) jointe à son courriel. Cette prise de position est de la teneur suivante :

(...)

Par acte d'huissier de justice du 6 août 2021, la société SOCIETE1.) a donné assignation à la société SOCIETE2.) à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés.

Prétentions et moyens

La société **SOCIETE1.)** sollicite la nomination d'un mandataire avec la mission de convoquer une assemblée générale de FONDS1.) avec l'ordre du jour suivant « *Auflösung des Teilfonds (Termination of a Sub-Fund i.S.v. Artikel 33.1 (4) der Satzung)* ».

Elle propose à cet effet la nomination de Maître Yann BADEN.

Elle demande encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la condamnation de la société SOCIETE2.) aux frais et dépens de l'instance, ainsi que l'exécution sur minute de l'ordonnance à intervenir.

La demande est basée sur l'article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915 relative aux sociétés commerciales (ci-après : « la LSC »).

A l'appui de sa demande, la société SOCIETE1.) expose que pour justifier son refus de donner suite à la demande de convoquer l'assemblée générale sollicitée, la société SOCIETE2.) considère que seul l'associé commandité (« General Partner ») est habilité à convoquer une assemblée générale du sous-fonds FONDS1.) appelée à décider de la dissolution du Sous-Fonds, en ce sens que les actionnaires, en l'espèce réunissant 100% du capital social, ne peuvent pas décider du sort de leurs actions et se trouvent à la merci du General Partner. Or, selon un principe essentiel en droit des sociétés, une société peut être dissoute « sans discussion » par « la volonté unanime » des associés. D'une façon générale, en matière contractuelle, ce que le « mutus consensus » fait, le « mutus dissensus » peut défaire.

Elle explique qu'il s'agit de la dissolution d'un compartiment du Fonds, – et non pas de sa liquidation – en raison de la réunion de tous les titres en une main et insiste sur le fait que les actionnaires sont en droit de « défaire ce qui a été fait » et de faire convoquer une assemblée générale qui décidera de l'affectation des avoirs du compartiment en question.

La requérante 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. En se référant à une ordonnance présidentielle du 27 novembre 2020, le requérant expose que le quorum de 10% des parts s'applique au seul Compartiment, dans la mesure où il s'agit d'une entité séparée - ayant ses propres gestionnaires, sa propre comptabilité, faisant l'objet d'un audit séparé – et tenant son assemblée générale annuelle réservée aux seuls actionnaires du Compartiment.

Elle ajoute qu'aucune disposition du prospectus ou des statuts du fonds ne donne le droit exclusif au General Partner pour convoquer une assemblée générale ayant pour objet la dissolution d'un sous-fonds, l'article 33.1 des statuts laisse la faculté et non l'exclusivité au General Partner de convoquer pareille assemblée générale ; au contraire, l'article 26 des statuts prévoit qu'une assemblée générale d'un sous-fonds peut avoir lieu à tout moment et porter sur toute question concernant ce sous-fonds.

En tout état de cause, à l'instar de l'organe de gestion, en l'espèce la société SOCIETE3.), auquel la convocation d'une assemblée générale est demandée, il n'appartient pas au tribunal d'apprécier, dans le cadre de la présente procédure, l'opportunité ou l'utilité de l'assemblée générale sollicitée. Il appartiendra aux actionnaires de se prononcer sur la question soumise, si bien qu'en l'espèce, l'actionnaire unique votera en faveur de la dissolution du compartiment FONDS1.).

La demanderesse conclut que par son refus de convoquer l'assemblée générale sollicitée, la société SOCIETE3.) commet un abus et fait fi des droits attachés à la propriété des actions et des droits des associés prévus par la LSC.

Il y aurait donc lieu de faire droit à sa demande.

La société **SOCIETE2.)** résiste à la demande en exposant que l'article 450-8, alinéas 2 et 5, de la LSC invoqué par la société SOCIETE1.) est inapplicable au seul Sous-Fonds. Ladite disposition est inscrite dans la loi au titre relatif aux sociétés anonymes et conformément à l'article 600-2 de la LSC, elle est susceptible de s'appliquer aux sociétés en commandite par actions, c'est-à-dire au Fonds dans sa globalité doté de la personnalité morale, et non pas aux différents compartiments.

Elle donne à considérer que selon l'article 71 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (ci-après : « la loi du 13 février 2007 »), les différents compartiments d'un fonds d'investissement spécialisé correspondent chacun à une partie du patrimoine du fonds. De la même manière, les statuts du Fonds parlent exclusivement d'actifs et de passifs d'un compartiment.

La défenderesse poursuit que les statuts du Fonds ne confèrent 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 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 doit prévaloir aux règles générales de la LSC.

Elle relève à cet égard que l'article 26 des statuts du Fonds invoqué par la requérante, 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 générale du Fonds à la demande des actionnaires réunissant un dixième du capital.

La société SOCIETE2.) en déduit que les statuts du Fonds ne confèrent aucune autonomie aux différents compartiments du Fonds sur ce point.

Elle ajoute que l'article 71 (5) §3 de la loi du 13 février 2007 considère les différents compartiments d'un fonds d'investissement comme « entités à part » dans les « relations entre investisseurs » et non pas, comme en l'espèce, dans les rapports entre un investisseur et l'associé commandité, respectivement le Fonds dans sa globalité.

Dès lors, 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.

La défenderesse souligne à cet égard que les conditions légales relatives au pourcentage du capital requis sont donc également à apprécier par rapport à la société, c'est-à-dire au Fonds dans sa globalité, et non pas par rapport au Compartiment.

Elle conclut que la demande de la société SOCIETE1.) fondée l'article 450-8 de la LSC doit être rejetée.

La société SOCIETE2.) 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.

En premier lieu, selon la défenderesse, la jurisprudence exige que la condition de l'urgence soit remplie, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme en matière de référé. Or, la société SOCIETE1.) n'établit pas et ne fait pas état de ce qu'il y aurait urgence à faire tenir l'assemblée générale demandée.

Ensuite, la défenderesse soutient qu'il appartient au président du tribunal d'arrondissement d'examiner si la demande de faire convoquer une assemblée générale n'est pas dénuée de motifs sérieux.

Dans ce contexte, elle expose 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'associé commandité. Ainsi, l'assemblée générale des actionnaires d'un compartiment peut décider de la dissolution de ce compartiment, mais seulement sur proposition de l'associé commandité.

De même, quelle que soit la dénomination donnée à l'opération qui fait disparaître le compartiment – dissolution selon la société SOCIETE1.) ou liquidation comme prévu par l'article 71 (6) de la loi du 13 février 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 ») du General Partner pour être valablement prises, accord préalable qui fait défaut en l'espèce.

La société SOCIETE2.) en déduit que l'assemblée générale du Sous-Fonds n'est pas l'organe compétent et ne saurait se prononcer sur la dissolution du Sous-fonds, en ce sens que la décision de l'assemblée générale serait irrégulière et entachée de nullité pour excès de pouvoir, pour avoir empiété sur les pouvoirs du General Partner.

Par voie de conséquence, la requête de la société SOCIETE1.) est dépourvue de motifs sérieux et aucune méconnaissance de l'article 450-8 de la LSC ne saurait être reprochée à l'organe de gestion qui n'a pas réservé de suite favorable à la demande lui adressée par la requérante.

Elle conclut que la demande de la société SOCIETE1.) est à rejeter pour être dénuée de fondement sérieux.

En ce qui concerne les développements de la requérante en rapport avec la violation de son « droit de propriété » et le « mutus dissensus », la société SOCIETE2.) donne à considérer que l'article 17.2 des statuts du Fonds régleme les conflits entre les investisseurs et le Fonds notamment en ce qui concerne la souscription et le rachat des actions (« Subscription/redemption by Investors ») et que la société SOCIETE3.) a, par courrier du 16 juillet 2021, répondu en ce sens à la société SOCIETE1.), en précisant que l'associé commandité n'a pas proposé la liquidation du Sous-fonds et qu'il ne sera pas donné suite à la demande présentée.

La défenderesse souligne que la mission du président du tribunal d'arrondissement siégeant dans le cadre de l'article 450-8 de la LSC est clairement définie et a été rappelée par la jurisprudence : il ne lui appartient pas de statuer sur la portée ou les effets des délibérations de l'assemblée générale et, de même, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité des clauses statutaires du Fonds qui réservent la décision de liquidation d'un sous-fonds à l'associé commandité.

Elle ajoute, à titre subsidiaire, qu'en application de la note IML du 26 mars 1993, les statuts peuvent déterminer l'organe compétent pour décider de la liquidation d'un compartiment. Dans cet ordre d'idées, suivant l'article 600-9 de la LSC, l'assemblée générale d'une société en commandite par actions ratifie les actes posés sur proposition de l'associé commandité, cette disposition étant, dans le silence de la loi, aussi applicable aux Sous-Fonds.

La société SOCIETE2.) conteste encore tout abus et toute faute dans la réponse à la demande de la société SOCIETE1.) donnée par le General Partner, dans la mesure où les conditions de l'article 450-8 de la LSC n'étaient pas remplies.

En conséquence, la défenderesse conclut au rejet des demandes de la société SOCIETE1.) tendant à voir nommer un administrateur ad hoc, en vue de la convocation de l'assemblée générale du Sous-Fonds ainsi qu'à voir mettre à charge du Fonds les frais et honoraires afférents.

Elle sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 7.500.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, en arguant que la société SOCIETE1.) a agi en justice, malgré le fait que les conditions de l'article 450-8 de la LSC ne sont manifestement pas remplies.

Dans l'hypothèse où la demande adverse serait accueillie, la société SOCIETE2.) demande que l'ordonnance à intervenir soit revêtue de l'exécution provisoire sous caution et qu'en aucun cas, elle ne soit déclarée exécutoire « sur minute ». Elle explique que la partie adverse tente de forcer une convocation qu'elle n'a pas le droit d'initier et de fixer un ordre du jour qu'elle ne peut pas fixer. L'exécution de l'ordonnance présenterait de graves inconvénients et un risque d'ingérence, d'immixtion de la société SOCIETE1.) dans la politique d'investissement et dans la gestion du Fonds conférée au General Partner.

En réplique aux arguments de la société SOCIETE2.), la société **SOCIETE1.)** fait valoir que les conditions posées par l'article 450-8 de la LSC doivent être remplies par rapport au Compartiment en question et non pas par rapport au Fonds dans sa globalité, ceci de par la structuration du Fonds en différents compartiments et de par la jurisprudence et de la loi qui impose que les différents compartiments d'un fonds sont gérés de manière séparée, tiennent une comptabilité séparée, tiennent des assemblées générales séparées etc..

Elle poursuit que les dispositions légales sont reprises dans les statuts du Fonds qui prévoient que les actionnaires d'un compartiment peuvent se réunir en assemblée générale sur tous les sujets intéressant le compartiment en question. L'article 26 des statuts du Fonds cité par la société SOCIETE2.) renvoie, en ce qui concerne la tenue d'assemblées générales limitées à un compartiment, aux articles 21 à 25 desdits statuts, ainsi qu'aux dispositions de la loi sur les sociétés ; de toute manière, les statuts ne peuvent en aucun cas aller à l'encontre des droits fondamentaux des actionnaires et, pour tout ce qui n'est pas prévu par les statuts, il convient de se référer à la loi.

Contrairement à la position soutenue par la partie défenderesse, aucun empiètement sur les pouvoirs de l'associé commandité n'est donné en l'espèce ; si la faculté de décider de la disparition d'un compartiment est donnée au General Partner, le droit des actionnaires d'agir selon les dispositions de la LSC n'est néanmoins pas exclu, alors qu'il ne peut être dérogé à certaines dispositions légales d'ordre public.

La demanderesse poursuit que partie SOCIETE2.) mélange aussi les concepts de « dissolution » et de « liquidation », qui sont pourtant des notions différentes. Il n'y a pas lieu de se placer sur le terrain d'une liquidation – laquelle ne concerne que l'hypothèse d'un compartiment à plusieurs actionnaires – de sorte que les dispositions citées par le mandataire adverse ne sont pas applicables en l'espèce.

Il en est de même des articles des statuts sur les « redemptions » qui ne sont pas en cause dans cette procédure : lorsque la dissolution du Compartiment sera votée par l'assemblée générale, une décision sur le sort à réserver aux actifs (cession, transfert à une autre entité, etc.) sera prise le moment venu ; le rachat des titres (« Rücknahme der Anteile ») n'est pas discuté dans le cadre de cette instance.

La société SOCIETE1.) réitère son argument qu'il n'appartient pas au tribunal de se placer sur le terrain de l'opportunité et de se pencher sur les conséquences éventuelles d'une décision à prendre par l'assemblée générale du Compartiment.

Selon elle, contrairement aux développements adverses, la condition de l'urgence n'est pas requise par l'article 450-8 de la LSC et en tout état de cause, une voie de fait, telle qu'en l'espèce, comporte l'urgence en elle-même.

Enfin, elle demande acte que la société SOCIETE2.) admet que le General Partner n'a pas donné son « accord préalable » en ce qui concerne la décision de dissolution à prendre par l'assemblée générale du sous-fonds FONDS1.).

Acte lui en est donné.

Appréciation

La demande introduite selon les forme et délai de la loi, non critiquée sur ces points, est à déclarer recevable.

- L'applicabilité de l'article 450-8 de la LSC au Sous-Fonds

Selon la société SOCIETE2.), la demande de la société SOCIETE1.) basée sur l'article 450-8, alinéas 2 et 5, de la LSC encourt le rejet, au motif que ladite disposition inscrite dans la loi sous le titre relatif aux sociétés anonymes est applicable, par le renvoi opéré à l'article 600-2 de la LSC, à la société en commandite par actions, c'est-à-dire au Fonds dans sa globalité, mais non pas à un compartiment isolé du fonds d'investissement en question, et que l'article 20 des statuts du Fonds, qui reprend le libellé de l'article 450-8 de la LSC, ne gouverne pas les assemblées générales organisées au niveau des différents compartiments du Fonds.

L'article 450-8 alinéas 2 et 5 de la LSC dispose ce qui suit :

« 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. (...)

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. »

Il convient de rappeler tout d'abord que l'article 450-8 de la LSC qui accorde aux actionnaires réunissant le dixième du capital social le droit d'obliger le conseil d'administration, respectivement l'organe de gestion de convoquer une assemblée générale, 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 (cf. Cour d'appel (2^e chambre référé) 14 février 2018, n°44567 du rôle ; Alain Steichen, Précis de droit des sociétés, 5^e édition, 2017, n°994).

Il convient de rappeler ensuite, ainsi que le souligne la société SOCIETE2.), qu'aux termes de l'article 600-2 de la LSC, les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions.

En l'occurrence, la société SOCIETE2.), constituée sous la forme d'une société en commandite par actions, est une société d'investissement à capital variable (SICAV) soumise à la loi modifiée du 13 février 2007 sur les fonds d'investissement spécialisés, qui comporte plusieurs compartiments. En tant que telle, elle est dotée d'une seule personnalité juridique.

Aux termes de l'article 26 (1) de la loi du 13 février 2007, les SICAV sont, sauf dérogation légale, soumises aux dispositions générales applicables aux sociétés commerciales.

Aux termes de l'article 71 (1) de la même loi, les fonds d'investissement spécialisés peuvent être constitués avec des compartiments multiples correspondant chacun à une partie distincte du patrimoine du fonds d'investissement spécialisé.

A l'article 71 (5) et (6) de la même loi, il est prévu 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 dans les documents constitutifs. Dans les relations entre investisseurs, chaque compartiment est traité comme une entité à part, sauf clause contraire dans les documents constitutifs. De même, chaque compartiment d'un fonds d'investissement spécialisé peut être liquidé séparément.

Ces dispositions sont reprises, dans une teneur similaire, dans les statuts du Fonds.

Ainsi, il est, entre autres, prévu à l'article 5 des statuts du Fonds 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 (*« The right of the Shareholders and creditors relating to a particular Sub-fund or raised by the incorporation, the operation of 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 deemed to be a separate entity. »*).

En outre, l'article 26 des statuts du Fonds invoqué par la société SOCIETE1.) stipule ce qui suit :

« 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. »

Ladite disposition prévoit la tenue d'assemblées générales des actionnaires d'un compartiment sur toute question intéressant ce compartiment et 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 compartiments doit être soumise à une décision de l'assemblée générale des actionnaires de ce compartiment.

Le tribunal considère que les dispositions statutaires précitées 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.

Si, ainsi que le fait plaider la société SOCIETE2.), les dispositions citées ci-dessus définissent les différents compartiments du Fonds comme des entités à part en termes de patrimoine ou d'actifs et de passifs, les statuts du Fonds organisent aussi la tenue d'assemblées générales « séparées », réservées aux actionnaires des différents compartiments du Fonds qui bénéficient d'une certaine autonomie, et renvoient sous ce rapport à certaines dispositions statutaires relatives aux assemblées générales du Fonds dans sa globalité, ainsi qu'aux dispositions de la LSC.

Dès lors, même si l'article 26 des statuts du Fonds n'opère pas un renvoi à l'article 20 des statuts, lequel reprend le libellé de l'article 450-8 de la LSC, il convient de retenir que, contrairement à la position soutenue par la société SOCIETE2.), 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.

Par voie de conséquence, dans la mesure où il convient de tenir compte des intérêts particuliers des actionnaires de chaque compartiment, 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 (cf. Cour d'appel, 4^e chambre, 23 janvier 2019, n^oCAL-2018-00072 du rôle (à propos d'une demande basée sur l'article 1400-3 de la LSC)).

- Le critère de l'urgence

La société SOCIETE2.) fait ensuite valoir que les conditions particulières de l'article 450-8 de la LSC ne sont réunies en l'espèce, la société SOCIETE1.) n'alléguant et n'établissant pas qu'il y aurait urgence à faire tenir l'assemblée générale demandée.

Il convient de rappeler d'abord que l'urgence n'est pas une condition du droit de convocation des actionnaires, de sorte que l'organe de gestion ne saurait se faire le juge de l'opportunité

de leur demande (ordonnance du 27 novembre 2020, n°TAL-2020-05078 et TAL-2020-07189 du rôle).

Ensuite, l'article 450-8 de la LSC confère compétence au « *président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé* » pour désigner un mandataire en vue de la tenue de l'assemblée générale des actionnaires sollicitée.

Ladite disposition ne prévoit pas que la désignation d'un mandataire en vue de la tenue d'une assemblée générale, est subordonnée à la condition de l'urgence, ou à la menace d'un péril imminent ou d'un trouble manifestement illicite.

Il convient de rappeler également que le président du tribunal d'arrondissement dispose d'attributions se répartissant en deux catégories. Dans la première catégorie, il rend une décision provisoire qui ne touche pas le fond du droit et qui, même si elle effleure le fond, ne le tranche pas. Dans la deuxième catégorie d'attributions, comme dans les litiges basés sur l'article 450-8 de la LSC, le président se voit attribuer le pouvoir de trancher le fond du droit et de statuer définitivement, « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé », mais non pas « comme juge des référés ».

L'article 450-8 de la LSC attribue ainsi au président du tribunal d'arrondissement une compétence spécifique, de sorte que les articles 932 et 933 du Nouveau Code de Procédure Civile ne trouvent pas application (cf. ordonnance de référé n°239/2008 du 21 mars 2008, n°113119 du rôle).

Il suit des développements qui précèdent que le moyen soulevé par la société SOCIETE2.) tiré de l'absence d'urgence est à rejeter.

- La violation des statuts du Fonds

La société SOCIETE2.) conclut encore au rejet de la demande adverse en soutenant que l'article 33.1 des statuts du Fonds aux termes duquel « (...) *the General Partner may decide to compulsory redeem all the Shares of the relevant Sub-fund (...) Notwithstanding the powers conferred to the General Partner by the preceding paragraphs, the general meeting of Shareholders of any Sub-fund and/or Class may, upon proposal from the General Partner, resolve to redeem all the Shares of the relevant Sub-fund and/or Class and to refund to the Shareholders the Net Asset Value of their Shares (...)* », réserve la décision de dissolution, respectivement l'initiative de la dissolution d'un Sous-Fonds à l'associé commandité.

De même, suivant l'article 24 des statuts du Fonds, auquel renvoie l'article 26 des statuts, « *any decision of the general meeting of the Shareholders will require the prior approval of the General Partner in order to be validly taken* », or, cet accord préalable fait défaut en l'espèce.

La défenderesse conclut que l'assemblée générale initiée par le ou les actionnaire(s) du Sous-Fonds n'est pas l'organe compétent et ne saurait se prononcer sur la dissolution du Sous-fonds. En conséquence, la décision de l'assemblée générale serait irrégulière et entachée de nullité pour excès de pouvoir, pour avoir empiété sur les pouvoirs du General Partner.

La demande de la société SOCIETE1.) serait donc dénuée de motifs sérieux, aucune méconnaissance de l'article 450-8 de la LSC ne saurait être reprochée à l'organe de gestion.

Il convient de rappeler 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 (cf. Cour de cassation, 10 juillet 2018, n°4003 du registre).

Il doit se limiter à faire convoquer les assemblées qui n'ont pas été tenues, malgré une demande régulière en ce sens, mais il ne peut pas se prononcer sur les suites d'une prétendue violation des statuts du Fonds, une telle analyse dépassant les pouvoirs lui conférés par cette disposition.

En l'occurrence, dans le cadre de la présente demande, il n'appartient pas au président du tribunal de se prononcer sur le droit de la partie requérante, en sa qualité d'actionnaire du sous-fonds FONDS1.), d'initier ou de décider de la dissolution du Sous-Fonds, ni sur la compétence ou le pouvoir de décision de l'assemblée générale en rapport avec cette question ; il lui appartient seulement d'apprécier le droit de la société SOCIETE1.) de demander la convocation d'une assemblée générale avec un ordre de jour déterminé.

Conformément à l'argumentation développée par la société SOCIETE1.) et tel qu'il a été exposé ci-dessus, l'organe de gestion ne peut pas se faire juge de l'opportunité de la demande tendant à la convocation d'une assemblée générale et de l'ordre du jour de celle-ci. L'organe de gestion n'aura de latitude que celle de la fixation de la date de l'assemblée dans les délais légaux. Il ne lui appartient pas non plus d'apprécier la conformité à l'intérêt social de l'ordre du jour fourni par l'actionnaire et il ne pourra pas modifier son contenu (cf. Alain Steichen, op.cit. n°994).

De même et dans la mesure où la compétence attribuée au président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale en vertu de l'article 450-8 de la LSC n'est que la suite judiciaire de la demande adressée initialement à l'organe de gestion, le juge saisi n'est pas non plus amené à se prononcer sur l'opportunité de la demande des actionnaires, ni sur la validité, les effets ou les suites des résolutions à prendre par l'assemblée générale (cf. ordonnance du 27 novembre 2020 précitée).

Le moyen soulevé par la société SOCIETE2.) basé sur la violation des dispositions des statuts du Fonds n'est dès lors pas fondé.

De même, il n'y a pas lieu d'analyser autrement l'argumentation développée par la société SOCIETE2.) en rapport avec les incidences de la dissolution du Sous-Fonds sur la gestion et la politique d'investissement du Fonds.

- Conclusion

Il est constant en cause que la société SOCIETE1.) détient l'intégralité du capital social du sous-fonds FONDS1.).

Il est encore constant en cause que l'organe de gestion de la société SOCIETE2.), saisi en date du 22 juin 2021 par la demande de la société SOCIETE1.) 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 suite à cette demande et que l'assemblée générale sollicitée ne s'est pas tenue endéans les délais légaux.

Il s'ensuit, compte tenu de l'ensemble des considérations aux points précédents, que la demande en nomination d'un mandataire, en vue de la convocation de l'assemblée générale du Sous-Fonds est justifiée et qu'il y a lieu d'y faire droit.

Il y a lieu de charger Maître Yann BADEN de la mission détaillée au dispositif de l'ordonnance, le mandataire proposé par la société SOCIETE1.) n'ayant pas rencontré de contestations de la part de la société SOCIETE2.).

- Les demandes accessoires

La société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) demandent chacune à se voir allouer une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, la demande de la société SOCIETE2.) n'est pas justifiée.

La demande de la société SOCIETE1.) est également à rejeter, alors qu'il n'est pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à charge de la partie demanderesse l'entièreté des frais non compris dans les dépens.

La présente ordonnance est de plein droit exécutoire par provision, en vertu de l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile, ceci nonobstant tout recours et sans caution. La société SOCIETE2.) ne justifiant pas en quoi il serait requis que la société SOCIETE1.) fournisse une caution, sa demande tendant à ordonner l'exécution provisoire de l'ordonnance moyennant caution est à rejeter.

Il n'y a toutefois pas lieu d'en prononcer l'exécution sur minute, la partie demanderesse n'ayant pas démontré la condition de nécessité posée par l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ces motifs :

Nous, Françoise WAGENER, vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement de Madame la 1^{ère} vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, président la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, statuant contradictoirement,

déclarons la demande recevable et fondée ;

nommons 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 portant la dénomination FONDS1.) de la société SOCIETE2.). S.C.A., SICAV-SIF, société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé organisée sous la forme d'une société en commandite par actions, avec l'ordre du jour suivant :

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

disons que les frais et honoraires promérités par le mandataire ad hoc sont à prélever sur l'actif du sous-fonds portant la dénomination FONDS1.);

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

condamnons la société en commandite par actions, société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé, SOCIETE2.). S.C.A., SICAV-SIF, aux frais et dépens de l'instance ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance, nonobstant tout recours et sans caution.