

No. Rôle: TAL-2019-06465
No. 2019TALREFO/00428
du 1^{er} octobre 2019

Audience publique extraordinaire des référés du mardi, 1^{er} octobre 2019, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Loïc PAVANT.

DANS LA CAUSE

ENTRE

1. A.), demeurant à [...], en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société X.),
2. B.), demeurant à [...], en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société X.),
3. C.), demeurant à [...], en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société X.),

comparant par la société par actions simplifiée Avocats associés ChristmannSchmitt S.A.S., établie et ayant son siège social à L-2143 Luxembourg, 45, rue Laurent Ménager, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 212.183, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Arnaud SCHMITT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, qui est constituée et occupera,

parties demanderesses comparant par la société ChristmannSchmitt S.A.S., représentée par Maître Jean-Philippe HALLEZ, avocat, en remplacement de Maître Arnaud SCHMITT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

ET

1. la société X.), établie et ayant son siège social à [...], inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro [...], représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
2. la société Y.), établie et ayant son siège social à [...], inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro [...], représentée par son gérant actuellement en fonctions,

3. la Commission de Surveillance du Secteur Financier, établissement public de droit luxembourgeois, créée par la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de Surveillance du Secteur Financier, établie et ayant son siège social à L-1150 Luxembourg, 283, route d'Arlon, représentée par sa direction et/ou son directeur général et/ou ses directeurs actuellement en fonctions,

partie défenderesse sub1) comparant par Maître Donald VENKATAPEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub2) comparant par Maître Pierre REUTER, avocat, assisté de Maître Laurent WELTER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub3) comparant par Maître Virginie VERDANET, avocat, en remplacement de Maître Albert RODESCH, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

En présence de :

D.), demeurant à [...], en sa qualité de propriétaire des actions détenues en son nom et pour son compte dans la société X.),

partie intervenant volontairement comparant par la société ChristmannSchmitt S.A.S., représentée par Maître Jean-Philippe HALLEZ, avocat, en remplacement de Maître Arnaud SCHMITT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique des référés ordinaires du lundi après-midi, 16 septembre 2019, Maître Jean-Philippe HALLEZ donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Donald VENKATAPEN, Maître Pierre REUTER, assisté de Maître Laurent WELTER et Maître Virginie VERDANET furent entendus en leurs moyes et explications.

Sur ce, l'affaire fut refixée pour continuation des débats à l'audience publique extraordinaire du mardi matin, 17 septembre 2019, lors de laquelle Maître Jean-Philippe HALLEZ donna lecture de la requête en intervention volontaire ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Donald VENKATAPEN, Maître Pierre REUTER, assisté de Maître Laurent WELTER et Maître Virginie VERDANET furent entendus en leurs moyens et explications.

Sur ce le juge prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 19 août 2019, A.), B.) et C.) ont fait donner assignation à la société X.), à la société à responsabilité limitée Y.) et à la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (ci-après CSSF) à comparaître devant Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, pour

principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, sinon sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} dudit code,

- voir constater l'irrégularité formelle de la convocation à l'assemblée générale du 22 juillet 2019, du fait de la violation de l'article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915, de l'article 46 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés et des statuts de X.), sans préjudice de toute autre disposition à indiquer en cours d'instance,
- voir suspendre tous les effets de l'assemblée générale du 22 juillet 2019 jusqu'à l'intervention d'une décision au fond coulée en force de chose jugée statuant sur la validité de la prédite assemblée générale,

en ordre subsidiaire, ordonner toutes les mesures nécessaires en vue de prévenir un dommage imminent et de sauvegarder les intérêts des parties requérantes,

donner acte aux parties requérantes qu'elles se réservent le droit de compléter leur demande en ce qu'elle ordonnera à X.) de faire les démarches nécessaires auprès du

Registre de Commerce et des Société de Luxembourg pour voir supprimer toute publication relative à l'assemblée générale tenue le 22 juillet 2019, le cas échéant sous astreinte et dans un délai à fixer par le juge des référés,

dire l'ordonnance à intervenir commune à Y.) et à la CSSF,

condamner en outre Y.) à payer à chacune des parties requérantes un montant de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Les faits

X.) est un fonds d'investissement spécialisé sous la forme d'une société d'investissement à capital variable, régi par la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés. X.) est un fond à compartiments multiples (« *umbrella fund* »), dont le compartiment V.) a été lancé le 17 janvier 2013 à l'initiative de E.) (en abrégé E.)).

Y.) a été constituée le 26 avril 2013 par la société de droit néerlandais U.) et son gérant est E.). Y.) agissait comme conseiller financier de X.) jusqu'à la décision prise le 21 juin 2019 par le conseil d'administration de X.) de résilier sa relation contractuelle avec Y.) et d'annuler sa décision du 19 avril 2019, invoquant la découverte d'actes frauduleux (falsification de documents, fausses informations lors des opérations de due diligence) liés aux investissements réalisés par V.) sur conseils de Y.).

Suivant décision du conseil d'administration de X.) du 19 avril 2019, il avait été décidé, sur recommandation de Y.) en sa qualité de conseiller en investissements, de transférer les actifs du V.) dans un autre fonds luxembourgeois, le T.).

Le 12 juillet 2019, Maître Bérénice VAN BOGAERT, avocate au barreau de Bruxelles, signe « *on behalf of a consortium representing more than 10% of the share capital* », sur papier à entête de X.), une convocation pour une assemblée générale extraordinaire de X.) devant se tenir le 22 juillet 2019 à 10.00 heures à l'Hôtel LE ROYAL à Luxembourg, avec l'ordre du jour suivant :

1. *Resolution to cancel the shares of compartment The V.) (...) and to create new shares in another compartment S.) (...) to be renamed into The V.) (...) of Z.) (...), established and having its registered office at [...] (RCSL ...);*
2. *Dismissal of the current board of directors and appointment of new directors with immediate effect.*

Suivant procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 22 juillet 2019, est adoptée à l'unanimité des parts sociales présentes et représentées, la résolution suivante :

“The shareholders confirm and ratify, in accordance with the Prospectus (Article XV second paragraph) and Article 23 of the Articles of Association the decision to cancel all the shares of the following one (I) compartment: The V.) (...) and consequently to, create new shares in one (I) other compartment: S.) (...) to be renamed into The V.) (...) of another specialized investment fund T.) (...), established and having its registered office at [...] (RCSL [...]) as per 20 May 2019.

In execution of the above decision and as a protective measurement, and taking into account the cancellation of shares X.)-V.) and the contractual transfer of assets to Z.) per 20 May 2019 as per notice to the shareholders, any and all legal acts performed by X.) on behalf of X.)-V.) after 20 May 2019, including but not limited to contracts entered into or terminated, legal actions performed, mandates given and payments executed are invalid and are automatically cancelled. The general assembly mandates effective immediately Mr. E.) to publish the aforementioned decisions on behalf of the Company, to contact and inform the relevant counterparts and authorize it to sign all necessary documents for that purpose.”

La résolution concernant la révocation du mandat des trois administrateurs n’a pas été adoptée, faute de rassembler la majorité requise.

Il résulte encore dudit procès-verbal qu’ont été présentes lors de l’assemblée litigieuse 585.983,64 parts sociales, correspondant à 41% des parts sociales émises pour X.), et, concernant le compartiment V.), 227.045,64 parts, soit 48% des parts émises.

Le 28 juillet 2018, sur du papier à entête de X.), E.) porte information à un avocat belge qu’il entend se prévaloir de la procuration lui donnée par l’assemblée générale du 22 juillet 2019 pour annuler les décisions prises antérieurement par le conseil d’administration de X.) portant annulation de sa décision du 19 avril 2019 de transférer les actifs du V.) dans le fonds T.).

Il résulte finalement des pièces versées en cause que le 3 juillet 2019, la CSSF a retiré X.) de la liste prévue à l’article 43 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d’investissement spécialisés et que par courrier du 18 juillet 2019, la CSSF a informé X.) de ce retrait et de la nécessité de respecter les prescriptions de l’article 46 de la loi, la CSSF agissant dorénavant comme commissaire de surveillance de X.).

Les moyens des parties

A l’appui de sa demande, les requérants, qui déclarent agir en leur qualité d’administrateurs de X.), font valoir que l’assemblée générale de X.), qui s’est tenue le 22 juillet 2019, a été convoquée irrégulièrement, en violation de (i) l’article 450-8 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales, (ii) des articles 22, 18, 23 et 14 des statuts de la société et (iii) de l’article 46 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d’investissement spécialisés, de sorte que l’assemblée générale du 22 juillet 2019 n’a pas pu se tenir et délibérer de manière régulière et valable.

Ils précisent que du fait de la résolution y adoptée au point 1 figurant à l'ordre du jour, les actionnaires présents ont adopté une résolution relative au transfert des actifs du compartiment V.), contraire aux intérêts du fonds et donné une procuration au profit de E.), équivalent à une substitution illégitime de E.) au conseil d'administration de la société.

Ils demandent en conséquence à voir suspendre les effets de l'assemblée générale litigieuse en attendant la décision à intervenir par la juridiction saisie au fond quant à leur demande en annulation de l'assemblée générale du 22 juillet 2019.

X.) confirme la description factuelle énoncée dans l'exploit d'assignation et se rallie à la demande des parties demandresses, précisant que l'assemblée générale litigieuse a été initiée par E.), initiateur du fonds d'investissement et de sa société Y.), qui agissait en qualité de conseiller financier du compartiment V.) jusqu'à la résiliation de la relation contractuelle avec la société Y.), suite à la découverte de la dissipation d'actifs du compartiment V.) avec la complicité du conseiller financier Y.).

A l'audience publique du 17 septembre 2019, D.), actionnaire de X.), a déclaré intervenir volontairement dans l'instance introduite par A.), B.) et C.). Il se rallie aux moyens développés par A.), B.) et C.) et demande au juge des référés de

- voir constater l'irrégularité formelle de la convocation à l'assemblée générale du 22 juillet 2019, du fait de la violation de l'article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915, de l'article 46 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés et des articles 21, 22, 18, 23 et 14 des Statuts de X.), sans préjudice de toute autre disposition à indiquer en cours d'instance,
- voir suspendre tous les effets de l'assemblée générale du 22 juillet 2019 jusqu'à l'intervention d'une décision au fond coulée en force de chose jugée statuant sur la validité de la prédite assemblée générale,

en ordre subsidiaire, ordonner toutes les mesures nécessaires en vue de prévenir un dommage imminent et de sauvegarder les intérêts des parties requérantes,

voir ordonner à X.) de faire les démarches nécessaires auprès du Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg pour voir supprimer toute publication relative à l'assemblée générale tenue le 22 juillet 2019, le cas échéant sous astreinte et dans un délai à fixer par le Tribunal,

dire le jugement à intervenir commun à Y.) et à la CSSF,

condamner en outre Y.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Y.) soulève l'irrecevabilité de la demande pour défaut de défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des parties demandresses, et pour défaut de mise en intervention des actionnaires de la société. Elle conteste formellement les griefs invoqués et reproche aux parties demandresses de poursuivre leur propre intérêt et non pas celui de la

société. Elle est en aveu que l'assemblée générale litigieuse n'a pas été convoquée par le conseil d'administration de la société et que l'intégralité du capital social de la société n'a pas été présent ou représenté lors de ladite assemblée, mais que la décision de transférer les fonds du compartiment V.) a été prise par l'unanimité des actionnaires présents du compartiment directement visé, de sorte que l'irrégularité formelle affectant la convocation de l'assemblée générale n'aurait aucune incidence sur le résultat du vote et ne serait pas susceptible de justifier l'annulation de la délibération litigieuse par la juridiction du fond. Il ne saurait dès lors être admis que le juge des référés suspende les effets d'une assemblée générale qui ne pourrait pas être annulée par le juge du fond.

Y.) demande en conséquence à voir rejeter la demande des parties demanderesses au principal et de l'intervenant volontaire et demande la condamnation de chacune des trois parties demanderesses au principal à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

La CSSF demande à voir déclarer la demande irrecevable pour autant que dirigée à son égard, précisant que de par son statut légal, elle n'a pas à intervenir dans un litige d'intérêt privé, tel le présent litige.

Les autres parties à l'instance précisent que suite à la décision de la CSSF de retirer, en vertu de l'article 46 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, le fonds d'investissement de la liste prévue à l'article 43, paragraphe (1), de la loi, la CSSF serait impliquée de manière indirecte dans le litige se mouvant entre les parties à l'instance, de sorte qu'il y aurait un intérêt légitime à ce que la CSSF figure à la présente instance et que l'ordonnance à intervenir lui sera déclarée commune.

L'appréciation de la demande

- quant au défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des parties demanderesses

Y.) précise que les administrateurs n'auraient aucune qualité ni intérêt à agir en suspension des effets d'une assemblée générale des actionnaires, à défaut de préjudice personnel dans leur chef, tel le cas en l'espèce, les administrateurs étant toujours en fonction. Le défaut d'intérêt à agir dans leur chef résulterait encore du fait que suite à la décision de la CSSF de retirer le fonds de la liste telle que prévue par l'article 43 de la loi de 2007, il serait de plein droit sursis à tout paiement, de sorte que le transfert des fonds décidé le 22 juillet 2019 serait de plein droit bloqué, et qu'il n'existerait aucun risque de dissipation des fonds.

La qualité pour agir se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262). Ont seuls qualité pour agir, le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers.

La qualité pour agir n'est en réalité qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et se trouve absorbée par ce dernier, de sorte à ce que toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame à un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir.

Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique.

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut, même d'office, déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action; il est exigé de toute partie au procès (TAL 19 janvier 2005, no 75725 du rôle).

La convocation de l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme est régie par l'article 450-8 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales (en abrégé LSC - anciennement article 70). Normalement, la convocation de l'assemblée générale se fait par l'organe de gestion agissant collégalement, c'est-à-dire par le conseil d'administration. Outre le conseil d'administration, la loi confère encore au commissaire aux comptes le pouvoir de convoquer l'assemblée générale. La convocation peut également résulter d'une initiative des actionnaires : lorsque les actionnaires représentant au moins 10% du capital social de la société forment une demande en ce sens, le conseil d'administration est obligé d'y réserver une suite, à défaut que quoi les actionnaires représentant au moins 10% du capital social en font une demande au président du tribunal d'arrondissement, aux fins de désignation d'un administrateur ad hoc ayant pour mission de convoquer une assemblée générale des actionnaires.

La doctrine et la jurisprudence ont encore reconnu le droit à l'assemblée générale des actionnaires de se convoquer elle-même (« auto-convocation ») : si tous les actionnaires sont présents ou représentés et s'ils sont d'accord à statuer quant à l'ordre du jour qu'ils se fixent par la même occasion, les décisions ainsi prises sont valablement adoptées (Alain STEICHEN : Précis de droit des sociétés, numéro 994).

Il est acquis en cause que l'assemblée générale litigieuse a été convoquée par Maître Bérénice VAN BOGAERT « *on behalf of a consortium representing more than 10% of the share capital* », et non pas par le conseil d'administration, tel que prévu par l'article 450-8 alinéa 2 LSC.

Le conseil d'administration agit comme organe collégial, le droit de vote des administrateurs formant cet organe collégial devant uniquement être guidé par l'intérêt social.

Dans la mesure dès lors où A.), B.) et C.) se prévalent d'une atteinte à la prérogative légale du conseil d'administration de convoquer une assemblée générale, ils justifient d'un intérêt, en leur qualité d'administrateurs, membres de l'organe de gestion collégial, défenseur de l'intérêt social, à poursuivre la suspension de l'assemblée générale litigieuse ayant adopté une résolution contraire à l'intérêt social.

Leur qualité et intérêt à agir résultent encore de l'incidence de la délibération adoptée lors de l'assemblée générale litigieuse sur leurs pouvoirs statutaires et légaux, dans la mesure où du fait de la procuration donnée à E.) de passer certains actes en relation avec le transfert des avoirs du compartiment V.), en contradiction avec une décision valablement adoptée par le conseil d'administration, E.) empiète sur les compétences statutaires et légales du conseil d'administration de la société.

La considération que du fait du retrait du fonds de la liste prévue à l'article 43 de la loi de 2007 il n'existerait plus aucun risque de dissipation des fonds est dès lors sans pertinence, étant donné qu'il s'agit pour les parties demanderesse de veiller à la défense de l'intérêt social.

Le moyen d'irrecevabilité, tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de A.), B.) et C.), est à rejeter.

- quant au défaut de mise en intervention de tous les actionnaires de la société

Y.) précise que dans la mesure où elle figure à la présente instance alors qu'elle n'est pas actionnaire de la société, il y aurait à plus forte raison lieu de mettre en intervention tous les actionnaires de la société, de sorte que leur défaut de mise en intervention, s'agissant d'une demande tendant à la suspension des effets de l'assemblée générale de la société, devrait entraîner l'irrecevabilité de la demande.

Depuis l'introduction de l'article 12septies par la loi du 10 août 2016 portant modernisation du droit des sociétés dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (actuellement article 100-22 (3) LSC), le législateur a mis un terme à toutes les hésitations jurisprudentielles quant aux personnes à mettre en cause dans le cadre d'une demande en nullité d'une assemblée en disposant clairement dans son alinéa (3) que « l'action en nullité est dirigée contre la société ».

Au vu de l'intention claire du législateur, il n'y a plus lieu de s'attarder à des discussions sur le fait de savoir qui sont les personnes intéressées à mettre en cause (actionnaires, administrateurs ou autres) dans le cas d'une demande en nullité d'une assemblée, du moment que la société, elle-même principale intéressée, est partie à l'instance (en ce sens : TAL, XVème, 7 décembre 2016, numéros 170527, 172499, 172972 et 177725 du rôle). Par analogie, il en est de même d'une demande en suspension des délibérations adoptées lors d'une assemblée générale, en attendant la décision à intervenir quant à la nullité de l'assemblée générale litigieuse.

Le moyen d'irrecevabilité de la demande pour absence de mise en cause de tous les actionnaires de X.), respectivement de tous ceux ayant participé à et voté lors de l'assemblée générale litigieuse, est dès lors à rejeter.

- quant à la recevabilité de l'intervention volontaire de D.)

Y.) conteste la recevabilité de l'intervention volontaire de D.), à défaut de preuve de sa qualité d'actionnaire de X.).

Ce moyen d'irrecevabilité est à rejeter, eu égard aux pièces versées en cause, notamment le relevé de compte titre de D.) au 30 juin 2019 auprès de L.) et le certificat de détention d'actions émis en date du 13 septembre 2019, attestant que L.) détient pour compte de D.) 1402,324 parts dans le fond d'investissement LPF V.) A Sicav.

D.) disposant, en sa qualité d'actionnaire de X.), d'un intérêt légitime, personnel et direct à intervenir dans la présente instance, la décision à intervenir pouvant avoir des conséquences à son égard, l'intervention volontaire est à déclarer recevable.

- quant à la recevabilité de la demande dirigée contre la CSSF

La CSSF est assignée pour se voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir.

L'appel en déclaration de jugement commun a pour effet de parer à l'effet relatif de la chose jugée, en enlevant au tiers, devenu partie à l'instance, le droit de se prévaloir de l'article 1351 du code civil. Il a encore pour effet de priver le tiers de la possibilité de former tierce opposition au jugement en cause. La demande en déclaration de jugement commun ne se justifie que si le demandeur a un intérêt à opposer le jugement à intervenir au tiers (Cour d'appel, 27 novembre 2002, n° 25649 du rôle). Toutes les personnes auxquelles pourrait préjudicier le jugement à intervenir et qui par la suite auraient le droit de faire tierce opposition peuvent ainsi être assignées en déclaration de jugement commun. Il en est ainsi de la personne qui éprouve ou risque d'éprouver un préjudice du fait de la décision.

La CSSF est l'autorité de surveillance du secteur financier luxembourgeois, ses missions et son champ de compétence étant définis par la loi organique du 23 décembre 1998, telle qu'elle a été modifiée.

Au titre de l'article 2 de la loi précitée « *La CSSF est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des établissements de crédit, des PSF au sens de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs agréés au titre de la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, des organismes de placement collectif, des fonds de pension sous forme de sepcav ou d'assep, des organismes de titrisation agréés, des représentants-fiduciaires intervenant auprès d'un organisme de titrisation* » , des SICAR ainsi que des établissements de paiement » et des

établissements de monnaie électronique »³ au sens de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement. ».

L'article 41 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, dispose comme suit :

(1) L'autorité chargée d'exercer les attributions qui sont prévues par la présente loi est la CSSF.

(2) La CSSF exerce ces attributions exclusivement dans l'intérêt public.

(3) La CSSF veille à l'application, par les fonds d'investissement spécialisés relevant de la présente loi et par leurs dirigeants, des dispositions légales et conventionnelles applicables.

Dans la mesure où la CSSF exerce ses attributions dans le cadre de la loi de 2007 dans l'intérêt public, à l'exclusion de l'intérêt privé, elle n'est pas susceptible d'intervenir dans un procès opposant des intérêts privés, tel le cas en l'espèce, le présent litige ayant trait à la sauvegarde des intérêts d'une société commerciale dans le cadre d'une assemblée générale querellée comme étant irrégulière.

Les parties demanderesse et Y.) de se prévaloir néanmoins de l'article 46 de la loi pour justifier la mise en intervention de la CSSF aux fins de déclaration d'ordonnance commune, suite à la décision de la CSSF du 3 juillet 2019 de retirer X.) de la liste officielle.

Aux termes de l'article 46 « La décision de la CSSF portant retrait de la liste prévue à l'article 43, paragraphe (1), d'un fonds d'investissement spécialisé visé par la présente loi entraîne de plein droit, à partir de sa notification au fonds d'investissement spécialisé concerné et à charge de celui-ci, jusqu'au jour où la décision sera devenue définitive, le sursis à tout paiement par ce fonds d'investissement spécialisé et interdiction sous peine de nullité, de procéder à tous actes autres que conservatoires, sauf autorisation du commissaire de surveillance. La CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance, à moins qu'à sa requête, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale nomme un ou plusieurs commissaires de surveillance. La requête motivée, appuyée des documents justificatifs, est déposée à cet effet au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel le fonds d'investissement spécialisé a son siège.

Le tribunal statue à bref délai.

S'il s'estime suffisamment renseigné, il prononce immédiatement en audience publique sans entendre les parties. S'il l'estime nécessaire, il convoque les parties au plus tard dans les trois jours du dépôt de la requête, par les soins du greffier. Il entend les parties en chambre du conseil et prononce en audience publique.

Sous peine de nullité, l'autorisation écrite des commissaires de surveillance est requise pour tous les actes et décisions du fonds d'investissement spécialisé.

Le tribunal peut toutefois limiter le champ des opérations soumises à l'autorisation.

Les commissaires peuvent soumettre à la délibération des organes sociaux toutes propositions qu'ils jugent opportunes. Ils peuvent assister aux délibérations des organes d'administration, de direction, de gestion ou de surveillance du fonds d'investissement spécialisé.

Le tribunal arbitre les frais et honoraires des commissaires de surveillance; il peut leur allouer des avances.

Le jugement prévu par le paragraphe (1) de l'article 47 de la présente loi met fin aux fonctions du commissaire de surveillance qui devra, dans le mois à compter de son remplacement, faire rapport aux liquidateurs nommés par le jugement sur l'emploi des valeurs du fonds d'investissement spécialisé et leur soumettre les comptes et pièces à l'appui.

Lorsque la décision de retrait est réformée par l'instance de recours visée à l'article 45, paragraphe (2) ci-dessus, le commissaire de surveillance est réputé démissionnaire. Il en suit que suite au retrait de X.) de la liste officielle, la CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance.

Dans la mesure où la fonction de commissaire de surveillance ne constitue par un mandat social, à l'instar du commissaire aux comptes ou réviseur d'entreprises, et qu'il ne résulte d'aucune disposition légale que l'article 46 a vocation à déroger au principe posé par l'article 41 de la loi de 2007, la CSSF n'est pas amenée à exercer une fonction au niveau même de la gestion de la société.

Il n'y a dès lors pas lieu de la mettre en intervention, de sorte que la demande est à déclarer irrecevable pour autant que dirigée à son égard.

- quant au bien-fondé de la demande en suspension des effets de l'assemblée générale du 22 juillet 2019

Les parties demanderesse au principal et l'intervenant volontaire demandent à voir suspendre les effets de l'assemblée générale du X.) du 22 juillet 2019.

L'institution d'une telle mesure provisoire rentre dans les pouvoirs d'attribution du juge des référés, qui se doit d'examiner si les faits de la cause justifient l'institution de cette mesure sur base, soit de l'article 933 alinéa 1^{er}, soit de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

D'après l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile : « *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

La mise en œuvre de cette disposition légale requiert qu'il y ait urgence pour le juge des référés à intervenir. La question de l'urgence, qui est une question d'ordre public, est laissée à l'appréciation souveraine du juge des référés.

L'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile dispose que « *Le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

La question qui se pose est celle de savoir si les circonstances de la tenue de l'assemblée générale en date du 22 juillet 2019 constituent ou non une voie de fait devant conduire à la suspension des décisions prises lors de ladite assemblée et dans la suite de cette assemblée.

La voie de fait se définit comme la violation évidente, illégale et intolérable d'un droit certain et évident; il faut que le créancier soit certainement et concrètement entravé dans l'exercice de son droit; ces conditions englobent l'existence d'un préjudice dans le chef du créancier du droit.

Les requérants et X.) font valoir que l'assemblée générale n'a pas été convoquée par une des personnes visées à l'article 450-8, alinéas 2 et 5 LSC et que cette irrégularité serait de nature à affecter la régularité et la validité des délibérations adoptées lors de l'assemblée générale litigieuse.

Y.), qui reconnaît l'absence de convocation de l'assemblée générale par le conseil d'administration ou un des organes visés par l'article 450-8, alinéas 2 et 5 LSC, de même que lors de l'assemblée générale litigieuse, le taux des actionnaires présents et représentés n'était pas de 100% mais de 48% seulement, fait au contraire valoir qu'il y aurait eu urgence de procéder de la sorte, compte tenu de la campagne de dénigrement lancée par les demandeurs, et du retrait de l'agrément par la CSSF, vu la gestion du fonds par les demandeurs au principal. Elle donne encore à considérer que le transfert des avoirs du sous-fonds aurait été décidé par l'unanimité des actionnaires du sous fonds concerné par la décision de transfert, de sorte que la décision litigieuse aurait une apparence de régularité pour avoir été adoptée à l'unanimité. Aussi, la délibération litigieuse ne saurait faire l'objet d'une annulation par les juges du fond, d'autant que l'irrégularité affectant l'absence de convocation régulière ne serait qu'une irrégularité formelle et non pas substantielle. Or, aux termes de l'article 100-22 (1), 1^o LSC (anciennement article 12 septies), la décision prise par une assemblée générale, entachée d'une irrégularité formelle, n'encourrait la nullité que si le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la décision, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, l'unanimité des actionnaires du compartiment ayant adopté la décision actuellement litigieuse.

Le tribunal constate que s'il résulte des éléments du dossier que Maître Bérénice Bérénice VAN BOGAERT a convoqué une assemblée générale de X.) et non pas du seul compartiment ..., « *on behalf of a consortium representing more than 10% of the share capital* », aucun élément probant du dossier ne permet de vérifier si plus de 10%

du capital social de la société ont donné un mandat afférent à Maître Bérénice Bérénice VAN BOGAERT.

Indépendamment de cette considération, il est acquis en cause et d'ailleurs un fait incontesté qu'aucun des organes énumérés à l'article 450-8 LSC n'est à l'origine de la convocation.

L'article 450-8 LSC prévoit en effet que le conseil d'administration, le directoire, selon le cas, ainsi que le conseil de surveillance et les commissaires sont en droit de convoquer l'assemblée générale. Ils sont obligés de la convoquer de façon 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.

Ce droit est de nature collégiale, et n'est pas un droit propre à chacun des administrateurs en ce sens qu'il n'appartient qu'à eux tous réunis.

Il a été jugé dans ce contexte que ne serait pas valable la convocation émanant d'un administrateur unique, aurait-il même la qualité de président du conseil d'administration. Simplement, le président peut se voir confier l'exécution matérielle des formalités, une fois la décision de convocation arrêtée par le Conseil tout entier (Lux. 29 octobre 1993, no. 41316 du rôle).

La doctrine va dans le même sens en retenant que n'est pas valable une convocation décidée et faite par un administrateur agissant seul, par deux administrateurs agissant conjointement ou par un conseil d'administration qui n'est pas régulièrement constitué (François de BAUW, « Les Assemblées Générales dans les sociétés anonymes », Brulant Bruxelles, 1996, page 15)

Or, si l'actionnaire représentant le dixième du capital social peut demander au conseil d'administration, au directoire, au conseil de surveillance ou aux commissaires la convocation d'une assemblée générale, aucun texte n'habilite l'actionnaire majoritaire ou minoritaire de convoquer une telle assemblée de sa propre initiative.

En l'espèce, le juge des référés ne peut que constater que l'assemblée générale du 22 juillet 2019 fut convoquée et tenue en violation flagrante des dispositions de l'article 450-8 LSC, l'assemblée générale ayant été directement convoquée par un consortium d'actionnaires non autrement identifié et identifiable, et non pas par les organes habilités à cet effet, à savoir le conseil d'administration voire le commissaire aux comptes, et ne satisfaisant pas aux conditions de présence requise pour une auto-convocation.

Il est de principe que quelle que soit la base légale invoquée, le juge des référés n'a à exercer qu'un contrôle de régularité formelle (Cour 27 juin 2000, no. 2441 du rôle). Aussi, dès lors que le juge des référés constate l'existence d'une voie de fait, tel le cas en l'espèce, il est amené à prendre une mesure destinée à la faire cesser, en attendant la décision à intervenir par la juridiction du fond.

Il n'appartient en effet pas au juge des référés, face au constat de l'existence d'une voie de fait, d'analyser si la décision prise par une assemblée générale, entachée d'une irrégularité flagrante, est susceptible ou non n'encourir la nullité devant la juridiction du fond au regard notamment de l'article 100-22 (1), 1° LSC (anciennement article 12 septies) invoqué par Y.), pareil pouvoir d'appréciation échappant aux pouvoirs du juge des référés, qui ne peut pas dire et juger, et porter un jugement au fond de l'affaire.

Il suit de ce qui précède que la demande est à accueillir sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, dont les conditions d'application et plus particulièrement celle relative à l'existence d'un trouble manifestement illicite sont données.

Il y a dès lors lieu de suspendre les effets de l'assemblée générale de X.) tenue en date du 22 juillet 2019, en attendant une décision au fond, coulée en force de chose jugée, quant à la validité de la prédite assemblée générale.

- les indemnités de procédure

Les demandeurs au principal A.), B.) et C.), l'intervenant volontaire D.) et X.) sollicitent chacun la condamnation de la société à responsabilité limitée Y.) à leur payer la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure, tandis que la société à responsabilité limitée Y.) sollicite leur condamnation respective à lui payer chacun la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure.

Aucune des parties ne justifiant l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, les demandes respectives sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme en matière de référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la forme,

recevons l'intervention volontaire de D.) en la forme ,

Nous déclarons compétent pour en connaître,

déclarons la demande irrecevable pour autant que dirigée contre la Commission de Surveillance du Secteur Financier, établissement public de droit luxembourgeois, créée par la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de Surveillance du Secteur Financier,

laissons les frais de l'instance dirigée contre la Commission de Surveillance du Secteur Financier, établissement public de droit luxembourgeois, à charge de A.), B.) et C.),

rejetons les moyens d'irrecevabilité invoqués par Y.),

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision,

suspendons les effets des résolutions prises lors de l'assemblée générale de X.) du 22 juillet 2019 jusqu'à ce qu'une décision au fond, ayant force de chose jugée concernant la validité de ces résolutions, soit intervenue,

rejetons les demandes sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamnons Y.) aux frais de l'instance dirigée à son encontre,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de droit et sans caution.