Arrêt commercial

Audience publique du sept juillet deux mille dix.

Numéro 33180 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

1) AAA, *administrateur de sociétés, demeurant à S-…….,*

2) BBB, *administrateur de sociétés, demeurant à S-…….,*

3) CCC, *professeur, demeurant à SE-…….,*

4) DDD, *administrateur de sociétés, demeurant à SE-…….,*

5) EEE, *administrateur de sociétés, demeurant actuellement à S-…….,*

6) FFF, *administrateur, et* ***GGG****, pharmacienne, les deux demeurant à SE-……., tous les deux agissant en leur qualité d'héritiers de HHH et de III,*

7) JJJ, *ingénieur, demeurant à S-……...,*

8) la société de droit suédois KKK AB*, établie et ayant son siège social à S-……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

9) LLL, *étudiant, demeurant à SE-……..,*

10) MMM, *médecin, demeurant actuellement à S-……..,*

11) NNN, *ingénieur, demeurant actuellement à S-……,*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE d'Esch-sur-Alzette du 10 octobre 2007 et d'un exploit du même huissier en date du 26 octobre 2007,*

sub 1) à 11) comparant par Maître Charles DURO, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme OOO S.A., *établie et ayant son siège social à L-……..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par son administrateur provisoire Claude SCHMARTZ, avocat I, demeurant à Luxembourg, désigné par ordonnance n° 132/2001 en date du 8 février 2001 rendue par le Premier Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé,*

intimée *aux fins des susdits exploits GALLE,*

comparant par Maître Claude SCHMARTZ, avocat à Luxembourg ;

2) PPP, *administrateur de sociétés, demeurant à SE-……..,*

intimé *aux fins des susdits exploits GALLE,*

3) QQQ, *sans état connu, demeurant à SE-……., en sa double qualité d'actionnaire unique et de liquidateur de la société anonyme RRR S.A., ayant été établie et ayant eu son siège social à L-……..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

intimé *aux fins des susdits exploits GALLE,*

sub 2) et 3) comparant par Maître Pierre METZLER, avocat à Luxembourg ;

4) SSS, *ingénieur, demeurant à L-……...,*

intimé *aux fins des susdits exploits GALLE,*

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à Luxembourg ;

5) TTT, *administrateur de sociétés, demeurant à L-……..,*

intimé *aux fins des susdits exploits GALLE,*

n'ayant pas constitué avoué.

LA COUR D'APPEL :

Par exploits des 23, 27 et 29 avril 1999 et du 27 décembre 2006 AAA, BBB, CCC, DDD, EEE, III, FFF, GGG, JJJ, la société de droit suédois KKK AB, LLL, MMM, UUU et NNN ont fait donner assignation à la société OOO S.A., à PPP, à SSS, à TTT et à QQQ, pris en sa qualité d'actionnaire unique et de liquidateur de la société RRR S.A., en liquidation, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir annuler l'assemblée générale extraordinaire du 8 février 1999, pour partant voir constater la nullité des publications et résolutions prises, pour voir constater que la société OOO S.A. n'est pas en liquidation par cette assemblée générale, pour enjoindre aux représentants de la société OOO S.A. de reconvoquer une assemblée générale des actionnaires ayant le même ordre de jour que l'assemblée générale du 8 février 1999.

PPP, actionnaire de la société OOO S.A., a été administrateur-délégué de la société OOO S.A..

SSS a été administrateur de la société OOO S.A..

TTT était le troisième administrateur de la société OOO S.A..

La société RRR S.A. était actionnaire de la société OOO S.A. et était représentée aux assemblées générales de celle-ci par TTT.

Suivant première résolution, l'assemblée générale du 8 février 1999 de la société OOO S.A. a décidé la dissolution et la liquidation de la société OOO S.A. sur base de l'article 100, alinéa 2 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à la majorité de 6475 voix contre 4375 abstentions.

Aux termes de la deuxième résolution de 6.475 voix pour et de 4375 contre, l'assemblée a décidé de nommer liquidateurs SSS et PPP et de ne pas nommer VVV.

Sur ce, le représentant des actionnaires détenant plus de un cinquième du capital a demandé la prorogation de l'assemblée à quatre semaines conformément à l'article 67 (5) de la loi sur les sociétés commerciales.

Les liquidateurs, acceptant pour autant que de besoin leur mandat, se sont opposés à la prorogation au motif que l'article 67 (5) ne peut trouver application que s'il existe un conseil d'administration.

Aux termes de la troisième résolution, les pouvoirs des liquidateurs ont été déterminés par 6.475 voix, les actionnaires minoritaires n'ayant pas pris part au vote.

Les demandeurs en nullité, qui ont fait valoir que la prorogation a été refusée à tort, se sont prévalus en première instance de la violation des dispositions de l'article 67 (5) de la loi sur les sociétés commerciales, article qui est rédigé en les termes suivants :

« Le conseil d'administration a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à quatre semaines. Il doit le faire sur la demande d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social. Cette prorogation, qui s'applique également à l'assemblée générale appelée à modifier les statuts, annule toute décision prise. La seconde assemblée a le droit de statuer définitivement pourvu que, dans le cas de modification de statuts les conditions de présence exigées par l'article 67-1 soient remplies. »

Par son jugement du 13 juin 2007, le tribunal, après avoir joint les différents rôles, a déclaré la demande non fondée et en a débouté.

Le tribunal a par ailleurs débouté toutes les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure, a débouté PPP et QQQ de leur demande en dommages-intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire et a condamné les demandeurs aux frais et dépens de l'instance.

Pour déclarer la demande non fondée, le tribunal a retenu :

- que la prorogation, qui constitue une dérogation au principe que l'assemblée régulièrement constituée est souveraine pour prendre toute décision, est une mesure extraordinaire et exceptionnelle et ne peut être appliquée que pour le cas où la loi le prévoit expressément ; qu'elle doit donc être réservée au conseil d'administration ;

- qu'après la dissolution de la société le pouvoir de l'assemblée est totalement différent de celui qui existait avant ; qu'après la dissolution

l'assemblée générale n'a en effet plus qu'un rôle purement consultatif ; que lorsque le liquidateur doit lui rendre des comptes, elle se borne à enregistrer les informations fournies par ce dernier et ne délibère ni sur les comptes, ni sur les raisons qui ont empêché la liquidation d'être terminée ;

- qu'à admettre que l'assemblée puisse être prorogée, la majorité aurait été la même au sein de l'assemblée prorogée de sorte que les requérants toujours minoritaires, n'auraient pas pu empêcher le vote de la dissolution.

Par exploits des 10 et 26 octobre 2007, AAA, BBB, CCC, DDD, EEE, FFF et GGG, agissant en leur qualité d'héritiers de HHH et de III, JJJ, la société de droit suédois KKK AB, LLL, MMM et NNN ont relevé appel du jugement du 13 juin 2007 et concluent à ce que, par réformation du jugement entrepris, il soit fait droit à leur demande.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Il convient de noter que les appelants ont précisé qu'en instance d'appel leur demande continue à être basée sur la seule violation de l'article 67(5) de la loi sur les sociétés commerciales et non sur la violation de l'article 100 de la même loi.

Les appelants font valoir à titre principal que l'article 67(5) de la loi sur les sociétés commerciales doit s'appliquer même en cas de liquidation de la société et que la prorogation est indépendante de la cessation des fonctions du conseil d'administration.

SSS a relevé appel incident et demande à se voir allouer une indemnité de procédure pour la première instance.

PPP et QQQ ont également relevé appel incident.

Ils disent que BBB, JJJ, LLL, EEE, MMM et FFF et GGG n'avaient pas la qualité d'actionnaires de la société OOO S.A. au jour de l'introduction de la demande en date du 23 avril 1999 et que leur demande doit partant être déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt à agir.

PPP et QQQ ont en outre relevé appel incident en ce qui concerne les indemnités de procédure qu'ils ont réclamées en première instance et en ce qui concerne les dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Les appels incidents sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délais de la loi.

Pour dénier à BBB, JJJ et EEE la qualité d'actionnaires en date du 23 avril 1999, PPP et QQQ se prévalent des considérants d'un jugement rendu le 29 mai 2008 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Dès lors que le tribunal a toisé la question de savoir si BBB, JJJ et EEE avaient la qualité d'actionnaire en dates des 16 et 20 janvier 1995 et que la Cour a à toiser la question de savoir si ces personnes ont eu la qualité d'actionnaires en date du 23 avril 1999, la Cour ne saurait trouver dans le prédit jugement les renseignements nécessaires pour se prononcer sur la qualité d'actionnaires des demandeurs en nullité.

Il ressort du registre des actions de la société OOO S.A. qu'en date du 6 mai 1993 BBB, titulaire de 300 actions nominatives, s'est vu émettre 300 actions au porteur (cf. folio 25) et JJJ, titulaire de 500 actions nominatives, s'est vu émettre 500 actions au porteur (cf. folio 11).

Tant BBB que JJJ ont pu soumettre à la Cour des copies des titres représentatifs au porteur de ces 300 et 500 actions.

La Cour admet donc que BBB et JJJ avaient donc bien la qualité d'actionnaires de la société OOO S.A. en date du 23 avril 1999.

Le 21 avril 1999, l' « Estate of HHH » s'est vu inscrire 1.008 actions nominatives (cf. folio 27). Le 11 septembre 1991, MMM s'est vu inscrire 50 actions nominatives (cf. folio 22). Aucune sortie d'actions nominatives n'a été par la suite inscrite au nom de MMM.

Il faut donc admettre que MMM et GGG et FFF, seuls héritiers coïndivisaires, selon le certificat de succession versé en cause, de leur père HHH, décédé le 7 juillet 2007, ont bien eu la qualité d'actionnaires en date du 23 avril 1999.

Il n'est par contre pas établi qu'LLL et EEE aient eu la qualité d'actionnaires de la société OOO S.A. en date du 23 avril 1999. En effet, LLL et EEE, qui en date du 6 mai 1993 se sont vu émettre à la place de leurs 50 actions nominatives des actions au porteur, n'ont pas soumis de pièces desquelles il ressortirait qu'ils étaient en date du 23 avril 1999 détenteurs de ces actions au porteur.

La demande en nullité, en tant qu'exercée par LLL et EEE, est par conséquent, par réformation du jugement entrepris, à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt dans le chef des demandeurs.

PPP, QQQ et SSS, qui demandent la confirmation du jugement, maintiennent que les liquidateurs n'ont pas le pouvoir de proroger une assemblée générale.

A supposer que le refus de proroger l'assemblée générale du 8 février 1999 ait été irrégulier, les prédites parties intimées soutiennent qu'au regard du pouvoir votal des actionnaires minoritaires demandeurs en nullité une assemblée générale prorogée aurait donné le même résultat que l'assemblée générale du 8 février 1999. Ils estiment dès lors que les demandeurs en nullité n'ont pas prouvé avoir subi un grief, c'est-à-dire que la décision aurait été différente si l'assemblée générale avait été prorogée.

Les appelants demandeurs en nullité répliquent que la nullité en cause est une nullité de fond qui doit jouer sans que la preuve d'un grief ne doive être rapportée.

Plus subsidiairement, les appelants disent que la preuve du préjudice est établie.

La dissolution de la société anonyme n'a nullement pour conséquence de supprimer l'assemblée générale des actionnaires.

Pendant la liquidation l'assemblée générale dispose des pouvoirs les plus étendus à condition que ces pouvoirs ne soient pas incompatibles avec l'état de liquidation.

La société continuant à exister pour sa liquidation, même après sa dissolution, toutes les règles relatives à la convocation et à la tenue des assemblées générales restent applicables malgré la dissolution (cf. Charles Resteau, Traité des sociétés anonymes, Tome IV Ed. 1934, N°s 1894, 1895, 1900).

Le régime de la prorogation de l'article 67(5) de la loi sur les sociétés commerciales s'applique quelle que soit la nature de l'assemblée et quel que soit l'objet de celle-ci.

Ce régime est conçu en vue d'assurer, dans l'intérêt de la société, le fonctionnement adéquat de l'assemblée générale.

Il n'y a dès lors pas de raison de faire cesser ce régime avec la cessation, en cas de liquidation de la société, des fonctions du conseil d'administration. A l'instar de ce qui est le cas dans le cadre de l'article 70 de la loi sur les sociétés commerciales relatif à la convocation de l'assemblée générale (cf. Resteau op. cit. n° 1900), les liquidateurs se substituent, en matière de prorogation de l'assemblée générale, en cas de liquidation de la société, au conseil d'administration.

En vertu de l'article 67(5) de la loi sur les sociétés commerciales la prorogation est obligatoire si elle se fait sur la demande d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social. Dans cette hypothèse, la prorogation n'est subordonnée à aucune autre condition.

Elle découle de la volonté du législateur et non de la volonté du conseil d'administration dont le rôle est celui de l'exécutant matériel de la volonté du législateur.

Ce rôle marginal du conseil d'administration dans le cadre de la demande en prorogation formulée par des actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social justifie d'autant plus que le régime de prorogation ne soit pas lié à la condition que le conseil d'administration soit encore en fonctions et qu'en cas de liquidation de la société les fonctions du conseil d'administration soient reprises par les liquidateurs.

Lorsque la demande en nullité d'une assemblée générale et des décisions y prises porte sur la violation des formalités substantielles ou de règles impératives, la nullité est sans condition (cf. VAN RYN, Principes de droit commercial, Ed. 1954 n° 718 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, Chronique de jurisprudence, in Revue critique de jurisprudence belge 1967, p. 364 ; Alain STEICHEN, Précis de droit des sociétés, n° 850).

La règle que la prorogation de l'assemblée générale demandée par les actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social est obligatoire et que la prorogation annule toute décision prise, règle à laquelle les actionnaires ne peuvent pas déroger, est une règle impérative.

Puisqu'il y a eu en l'espèce par le refus de la prorogation violation d'une règle impérative, l'assemblée générale du 8 février 1999 et les résolutions y prises doivent être déclarées nulles.

Au vœu des termes mêmes de l'article 67(5) de la loi sur les sociétés commerciales, cette nullité doit s'étendre à toutes les résolutions prises et ne pourra se limiter, comme le demande SSS, aux deux premières résolutions.

Cette nullité n'est pas subordonnée à l'existence d'un grief subi par AAA et consorts. Il n'y a par conséquent pas lieu de s'interroger sur le résultat votal de la future assemblée générale prorogée.

Il résulte des développements qui précèdent que, par réformation du jugement entrepris, l'assemblée générale du 8 février 1999 et les résolutions y prises doivent être déclarées nulles.

Il y a par conséquent lieu de constater que la société OOO S.A. ne se trouve pas en liquidation en vertu de l'assemblée générale du 8 février 1999.

Il y a lieu d'enjoindre au représentant de la société OOO S.A. de reconvoquer une assemblée générale ayant le même ordre de jour que l'assemblée générale du 8 février 1999.

Il ne paraît pas inéquitable de ne pas allouer aux consorts AAA une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il ne paraît pas inéquitable de ne pas allouer aux appelants sur incident SSS, PPP et QQQ des indemnités de procédure pour les deux instances.

Il n'y a pas d'éléments qui justifieraient l'allocation aux appelants sur incident PPP et QQQ des dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Le jugement entrepris est donc à confirmer en ce qu'il a refusé à SSS, à PPP et à QQQ des indemnités de procédure pour la première instance et en ce qu'il a refusé à PPP et à QQQ des dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel principal est fondé, que l'appel incident de PPP et de QQQ est partiellement fondé et que l'appel incident d'SSS n'est pas fondé.

Les appelants principaux demandent que toutes les parties intimées soient solidairement, sinon in solidum, sinon individuellement mais chacune pour le tout, sinon chacune pour sa part condamnées aux frais et dépens de l'instance.

La décision de non prorogation prise à l'assemblée générale du 8 février 1999 réside en définitive dans le chef de la société OOO S.A., SSS et PPP ayant ès-qualités et non en nom personnel.

Les frais et dépens de l'instance d'appel – les frais et dépens de première instance n'ayant pas été critiqués par les appelants – sont partant à mettre à charge de la société OOO S.A..

Il y a lieu de déclarer le présent arrêt commun à la société OOO S.A..

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement à l'égard de la société OOO S.A., de PPP, de QQQ et de SSS, et par défaut à l'égard d'TTT, sur rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel principal et les appels incidents recevables ;

déclare l'appel incident de PPP et de QQQ partiellement fondé ;

déclare l'appel incident d'SSS non fondé ;

déclare l'appel principal fondé ;

réformant :

- déclare irrecevable la demande en tant qu'introduite par LLL et EEE ;

- déclare la demande des autres appelants fondée ;

- déclare nulle l'assemblée générale du 8 février 1999 et les résolutions y prises ;

- constate que la société OOO S.A. ne se trouve pas en liquidation en vertu de l'assemblée générale du 8 février 1999 ;

- enjoint au représentant de la société OOO S.A. de reconvoquer une assemblée générale ayant le même ordre de jour que l'assemblée générale du 8 février 1999 ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare le présent arrêt commun à la société OOO S.A. ;

condamne la société OOO S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour concluant qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens ;

dit que le dispositif du présent arrêt fera l'objet d'une publication dans le Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations et ce aux frais de la société OOO S.A..