Arrêt commercial

Audience publique du quatorze juillet deux mille dix.

Numéro 34754 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, *directeur de société, demeurant à RRR (Italie),*

2) BBB, *directrice de société, demeurant à SSS (France),*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 10 mars 2009,*

sub 1) à 2) comparant par Maître François PRUM, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) CCC, *directrice de société, demeurant à TTT (Italie),*

2) DDD, *directrice de société, demeurant à UUU (Italie),*

3) EEE, *directeur de société, demeurant à VVV (Italie),*

4) FFF, *directrice de société, demeurant à WWW (Italie),*

5) GGG, *directrice de société, demeurant à XXX (Italie),*

intimés *aux fins du susdit exploit THILL,*

sub 1) à 5) comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à Luxembourg ;

***6) la société anonyme HHH S.A.,** établie et ayant son siège social à YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du susdit exploit THILL,*

comparant par Maître François REINARD, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 24 juillet 2008, CCC, DDD, EEE et FFF et GGG ont donné assignation à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, à AAA et à BBB de même qu'à la société HHH S.A. pour voir annuler purement et simplement l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008 de la société HHH S.A. et pour voir dire que toutes les décisions prises à cette assemblée générale sont nulles ainsi que toutes les assemblées ultérieures et tous les actes passés par la société en application desdites assemblées et pour voir nommer un administrateur provisoire ayant pour mission de convoquer une assemblée générale avec l'ordre du jour repris au dispositif de l'assignation.

Par jugement du 22 décembre 2008, le tribunal a déclaré la demande fondée et a annulé l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008 de la société HHH S.A., ainsi que tous les actes d'exécution pris sur base de cette exécution.

Il a nommé administrateur provisoire Maître Evelyne KORN avec la mission de procéder aux formalités de convocation d'une assemblée générale extraordinaire endéans un mois à dater du prononcé du jugement avec l'ordre du jour suivant :

- désignation des membres du conseil d'administration,
- rapport de gestion de l'ancien conseil d'administration et rapports du commissaire,
- approbation des comptes annuels et affectation des résultats au 31.12.2005 et 31.12.2006,
- décharge des administrateurs et commissaires.

Le tribunal a dit que les frais et honoraires promérités par l'administrateur provisoire sont à prélever sur l'actif de la société, sinon à avancer par les requérants.

Il a condamné AAA et BBB à payer aux requérants une indemnité de procédure de 1500 euros (5 x 300) et a déclaré le jugement commun à la société HHH S.A..

Les demandeurs, détenteurs de 50 % des actions, ont été écartés de l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008 pour n'avoir pas déposé leurs titres au siège social cinq jours avant la date de l'assemblée.

Pour annuler l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008, le tribunal a retenu que :

- comme les statuts n'ont pas spécifié l'endroit du dépôt, le dépôt a pu être valablement fait en un endroit autre que le siège social,
- les certificats de blocage déposés par les actionnaires CCC, DDD, EEE et FFF ont permis aux administrateurs de dresser à l'avance les listes de présence et de vérifier les droits des actionnaires d'assister à l'assemblée,
- le droit de GGG d'assister à l'assemblée résultait à suffisance du certificat émis par III et de la procuration avec pouvoir de substitution lui consentie par KKK,
- les requérants sont fondés à demander l'annulation de l'assemblée litigieuse alors qu'au vu de la gravité de la violation des règles de forme intervenue en espèce, ayant eu pour effet d'interdire aux requérants le libre accès à l'assemblée, l'influence sur les décisions y prises est présumée.

Par exploit d'huissier du 10 mars 2009, AAA et BBB ont relevé appel.

Cet appel a été dirigé contre CCC, DDD, EEE et FFF, contre GGG et contre la société HHH S.A..

Les parties appelantes demandent à la Cour de déclarer la demande de CCC, DDD, EEE et FFF et de GGG non fondée, de dire qu'il n'y a pas lieu de nommer un administrateur provisoire et de décharger les parties appelantes de toutes condamnations.

Les parties intimées CCC, DDD, EEE et FFF et GGG ont renoncé à leur demande initiale à voir dire que le jugement entrepris est exécutoire par provision et subsidiairement à voir prononcer l'exécution provisoire du jugement.

CCC, DDD, EEE et FFF et GGG demandent la confirmation du jugement entrepris.

La société HHH S.A. demande à la Cour de dire que l'assemblée générale extraordinaire a été convoquée de manière régulière.

Les appelants disent que CCC, DDD, EEE et FFF et GGG ont été juste titre écartés de l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008 dès lors qu'ils n'ont pas déposé leurs actions au siège social et

que GGG n'a pas prouvé sa qualité d'actionnaire de la société HHH S.A..

CCC, DDD, EEE et FFF et GGG contestent la régularité de la convocation à l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008.

A cet égard, ils font valoir que le conseil d'administration ne pouvait plus convoquer d'assemblée dès lors que le mandat des administrateurs, nommés le 12 mai 1999 pour une durée de 6 ans, avait pris fin.

Il est vrai que le mandat des administrateurs avait pris fin au moment de la convocation.

Si le mandat des administrateurs vient à terme, les administrateurs conservent jusqu'à leur remplacement qualité pour représenter la société.

Le reconnaissance au conseil d'administration du pouvoir de convocation de l'assemblée générale extraordinaire malgré l'expiration du mandat des administrateurs, se justifie d'autant plus en l'espèce que la convocation a été faite sur initiative de GGG, CCC, DDD, EEE et FFF qui en date du 28 février 2008 ont fait savoir à l'un des administrateurs de la société *« que la convocation des assemblées générales extraordinaires sont nécessaires »* (cf. pièce 3 de la farde de Maître REINARD).

Pour contester la régularité de la convocation, CCC, DDD, EEE et FFF et GGG font en outre valoir que le conseil d'administration ne pouvait – en l'absence de précisions des statuts que le dépôt doit se faire au siège social et qu'un certificat de blocage serait insuffisant – imposer un dépôt d'actions au siège social.

L'article 14 des statuts de la société stipule que *« le conseil d'administration peut décider que pour pouvoir assister à l'assemblée générale, les propriétaires des actions doivent en effectuer le dépôt cinq jours francs avant la date fixée pour la réunion. »*

L'article 14 des statuts a pour but de permettre le contrôle des droits de vote à l'assemblée générale et de dresser les listes de présence.

L'article 14 des statuts laisse au conseil d'administration le libre choix des formalités qu'il n'a pas autrement précisées.

Les formalités choisies en l'occurrence par le conseil d'administration – à savoir, le dépôt des actions au siège social cinq jours francs avant la date de l'assemblée générale – sont le mieux à mêmes de réaliser l'objectif poursuivi par l'article 14 des statuts.

Le conseil d'administration ne saurait donc encourir aucun reproche au sujet des modalités de la convocation.

En vue de l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008, la JJJ S.A. a émis le 6 juin 2008 un certificat de blocage en ses livres des certificats au porteur n° …….. et .. donnant droit chacun à 16.000 actions et un billet d'admission à l'assemblée générale au profit d'un représentant de ces certificats de 64.000 actions.

Le 6 juin 2008, la III a émis à l'attention de GGG une déclaration rédigée en les termes suivants :

« Faisant suite à votre demande reçue en ce sens de KKK AG, nous pouvons vous informer que le certificat représentant 16.000 actions de HHH S.A. est déposé auprès de notre banque au bénéfice de la police LLL - compte n° …… … »

Les prédites pièces sont parvenues dès le 6 juin 2008 à des administrateurs de la société HHH S.A..

Il y a donc eu double non observation des exigences de la convocation. Les titres eux-mêmes n'ont pas été déposés et les pièces parvenues aux administrateurs n'ont pas été déposées au siège social.

La non observation des exigences relatives à la convocation de l'assemblée générale constitue un vice de forme qui n'entraîne une sanction qu'en cas de grief.

Il n'y a pas de raison de mettre en doute les pièces versées par la JJJ S.A..

AAA et BBB n'ont d'ailleurs pas émis de doutes quant aux droits de propriété des actionnaires CCC, DDD, EEE et FFF, auxquels ils sont liés par des liens de famille.

Les pièces relatives aux droits de CCC, DDD, EEE et FFF, parvenues entre les mains des administrateurs, ont donc permis la réalisation de la finalité poursuivie par l'article 14 des statuts.

L'inobservation des formalités prescrites n'a donc pas causé de grief.

GGG, veuve MMM, décédé le 22 juillet 2006, a hérité des actions de son mari dans la société HHH S.A..

Il n'était pas à exclure que celle-ci n'était plus propriétaire de ces actions au moment de l'assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008.

GGG a soutenu et continue à soutenir qu'elle est restée propriétaire des actions héritées de son mari.

Il semble résulter des pièces actuellement versées qu'à la date de l'assemblée générale litigieuse la société KKK AG était propriétaire des actions, déposées auprès de la III de Lugano, et que GGG était en droit de participer à l'assemblée, non en tant que propriétaire, mais en tant que représentante de la société KKK AG (cf. pièce 11 de la farde de Maître TREVISAN).

Il n'a cependant pas pu être déduit de la pièce émise par la société III, seule pièce à la disposition de l'assemblée générale litigieuse, que GGG avait le droit – comme elle l'avait soutenu – de participer à l'assemblée générale, extraordinaire en tant que propriétaire des actions.

En ce qui concerne GGG, les formalités accomplies en violation des exigences de la convocation ne sont par conséquent pas à considérer comme formalités équipollentes aux formalités prescrites. Les formalités ont donc causé un grief.

Il s'ensuit que CCC, DDD, EEE et FFF ont été écartés à tort de l'assemblée générale.

GGG a par contre été écartée à juste titre de l'assemblée générale.

En cas de 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).

Cette nullité n'est pas subordonnée à l'existence d'un grief. Il n'y a par conséquent pas lieu de s'interroger – comme l'exigent les parties appelantes – sur la question de savoir si l'écartement irrégulier des actionnaires CCC, DDD, EEE et FFF a pu raisonnablement influencer la décision prise lors de l'assemblée.

L'assemblée générale, en écartant irrégulièrement des actionnaires, a violé la règle impérative qui exige que tous les actionnaires doivent pouvoir exercer leur droit de vote à l'assemblée générale.

La violation de cette règle impérative doit entraîner la nullité de l'assemblée générale (cf. Cass.7 mai 1973, Bull. 1973, IV p. 144 ; cass. 31 octobre 1956, Sem. jur. 1957 p. 9889).

Comme la règlementation relative au droit de vote des actionnaires relève de l'ordre public de protection, sa violation est sanctionnée par une nullité relative susceptible d'être confirmée (cf. Cour 5 avril 2006, SOMALUX S.A. / SERRACAMPOS DA CUNHA et consorts n° 28.131, 28.132 et 28.133 du rôle).

C’est cependant à tort que les appelants se prévalent d’une telle confirmation.

En effet, si en date du 27 juin 2008, CCC, DDD, EEE et FFF ont proposé deux administrateurs, ils l’ont fait en précisant que leur exclusion de l’assemblée générale extraordinaire a été illégitime et qu’ils se réservent le droit de saisir les juridictions compétentes.

Par ailleurs, lors de la réunion du conseil d’administration du 8 juillet 2008 EEE et DDD ont fait savoir que leur présence au conseil d’administration n’est pas à interpréter comme une acceptation de la validité de l’assemblée générale extraordinaire.

Il résulte des considérations qui précèdent que les premiers juges ont à bon droit déclaré nulle l’assemblée générale extraordinaire du 16 juin 2008.

C’est également à bon droit qu’ils ont nommé un administrateur provisoire et qu’ils ont confié à ce dernier la mission plus amplement détaillée au dispositif du jugement. L’antagonisme des deux groupes d’actionnaires semble en effet à ce point profond qu’il risque de paralyser le fonctionnement du conseil d’administration qui suite à la décision de nullité de l’assemblée générale n’est plus composé que d’administrateurs dont le mandat a pris fin.

C’est encore à juste titre que les premiers juges ont considéré qu’il est inéquitable de laisser à charge de CCC, DDD, EEE et FFF les frais non compris dans les dépens et qu’ils leur ont accordé une indemnité de procédure.

C’est par contre à tort qu’ils ont alloué une telle indemnité à GGG qui a été écartée à juste titre de l’assemblée générale.

Le premier jugement est partant, sauf en ce qui concerne l’indemnité de procédure allouée à GGG et le délai de convocation de la nouvelle assemblée générale extraordinaire, à confirmer.

AAA et BBB, qui sont à condamner aux frais et dépens de l’instance d’appel, sont à débouter de leur demande en obtention d’une indemnité de procédure pour l’instance d’appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de CCC, DDD, EEE et FFF les frais irrépétibles de l’instance d’appel.

La Cour fixe ex aequo et bono à 400 € l’indemnité de procédure pour l’instance d’appel devant revenir à chacun d’entre eux de la part de AAA et d’BBB.

Il ne paraît par contre pas inéquitable de ne pas allouer à GGG, qui a été écartée à juste titre de l'assemblée générale, une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

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

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable ;

le déclare partiellement fondé ;

réformant :

déboute GGG de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance ;

confirme – sauf à dire que la nouvelle assemblée générale extraordinaire à convoquer par l'administrateur provisoire est à convoquer endéans un mois à partir de la signification du présent arrêt – le jugement pour le surplus ;

déboute AAA, BBB et GGG de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare les demandes de CCC, DDD, EEE et FFF en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondées pour chaque fois 400 € ;

condamne AAA et BBB à payer à CCC, DDD, EEE et FFF une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de chaque fois 400 € ;

condamne AAA et BBB aux frais et dépens des deux instances et en ordonne la distraction au profit de Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens ;

déclare le présent arrêt commun à la société HHH S.A..