Arrêt commercial

Audience publique du quatorze juillet deux mille dix.

Numéro 34800 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 UUU, Andorra,*

2) BBB, *administrateur de sociétés, demeurant à D- VVV,*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 22 avril 2009,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Tom FELGEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme CCC S.A., *établie et ayant son siège social à WWW, 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 KURDYBAN,*

comparant par Maître Myriam PIERRAT, avocat à Luxembourg ;

2) la société DDD LDC, *établie et ayant son siège social à XXX, Grand Cayman, British West Indies, immatriculée aux Iles Cayman*

sous le numéro ….., représentée par son ou ses directeurs actuellement en fonctions,

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

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploits d'huissier de justice introduits en date des 21 février 2008 et 19 novembre 2008, AAA et BBB ont fait donner assignation à la société CCC S.A. et à la société DDD LDC à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins d'y voir annuler les assemblées générales extraordinaires de la société CCC S.A. qui se sont tenues les 12 décembre 2006, 18 janvier 2007, 15 novembre 2007 et 5 décembre 2007, sinon voir annuler les résolutions prises lors de ces mêmes assemblées en violation des dispositions légales et statutaires, voir condamner la société DDD LDC à payer aux demandeurs la somme de 50.000 € en réparation du préjudice souffert par eux, voir ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant opposition ou appel, sur minute et avant enregistrement et voir condamner les parties défenderesses au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 €.

Les demandeurs, détenteurs de chaque fois 11.257 actions, ont exposé qu'un litige avec l'actionnaire majoritaire, à savoir la société DDD LDC, détentrice jusqu'à l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006 de 101.108 actions, est né entre eux et la société DDD LDC, suite à une accumulation d'actes illégaux par l'actionnaire majoritaire, visant uniquement et intentionnellement à exclure les actionnaires minoritaires en révoquant leur mandat d'administrateur de la société et en procédant à des augmentations de capital successives ayant pour objet de diluer leur participation dans la société.

Par jugement du 5 mars 2009, le tribunal a joint les deux demandes, les a déclarées non fondées, a débouté AAA et BBB de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure, les a condamnés in solidum à payer à chacune des parties défenderesses une indemnité de procédure et à payer les frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 22 avril 2009 AAA et BBB ont relevé appel et ont dirigé leur appel contre les sociétés CCC S.A. et DDD LDC.

Ils demandent que, par réformation du jugement entrepris, il soit fait droit à leur demande.

Il y a lieu de constater que les parties intimées ont en cours de l'instance d'appel renoncé au moyen d'irrecevabilité de l'appel initialement soulevé.

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

1) Quant à l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006

AAA et BBB, qui n'ont pas assisté à cette assemblée générale, se sont prévalus en première instance de l'irrégularité de la convocation pour cette assemblée et de l'irrégularité de l'augmentation de capital non respectueuse de leur droit préférentiel de souscription.

Pour déclarer la demande en nullité non fondée, les premiers juges ont motivé leur décision en les termes suivants :

Il ressort des pièces versées au dossier que les convocations ont été faites par lettres recommandées envoyées au moins 8 jours avant la tenue de l'assemblée. Elles ont été écrites sur papier à entête de la société CCC, signées pour le compte de cette société, expédiées à chacun des demandeurs par la voie postale à partir de Prague, l'expéditeur mentionné étant une société tchèque EEE, le 4 décembre 2006, puis par envoi e-mail en date du 5 décembre 2006, le courriel annonçant qu'un envoi postal suivra.

Elles sont partant conformes au texte de l'article 70 de la loi de 1915 et le fait qu'elles aient été expédiées de Prague et par une société tchèque, reste sans incidence sur la régularité des convocations, par ailleurs complètes et régulières, et n'est dès lors pas constitutif d'un vice susceptible d'emporter la nullité de la décision prise en assemblée suite à ces convocations.

L'assemblée a (entre autres décisions) décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 32.720,- € (au lieu de 40.000,- € tel que mentionné dans la convocation) par l'émission de 1.636 actions pour un prix de souscription par action de 1,25 € de valeur nominale et de 18,75 € de prime d'émission, et constaté que le souscripteur inscrit, la société DDD LDC, a souscrit l'intégralité des actions nouvellement émises et payé le prix de la souscription; elle a ensuite modifié l'article 3 de ses statuts et fixé le capital social à 156.572,50 € divisé en 125.258 actions d'une valeur de 1,25 € chacune. En procédant de la sorte, c'est-à-dire en augmentant immédiatement le capital d'un montant déterminé et en constatant que les actions nouvelles ont été souscrites dans leur totalité et à concurrence de l'intégralité de l'augmentation de capital, sans laisser aux actionnaires absents, la

possibilité de souscrire les actions nouvelles en fixant un délai pendant lequel ils pourront exercer leur droit de souscription, l'assemblée a violé le texte de l'article 32 (3) de la loi de 1915. Contrairement aux arguments des parties défenderesses, le tribunal constate en effet que l'appel dénommé « last call for subscription of shares » n'était qu'une illusion, aucun droit n'ayant pu survivre à une augmentation de capital consommée.

Dans la mesure où ce texte a été conçu dans l'intérêt exclusif des actionnaires et qu'il est admis qu'ils peuvent renoncer individuellement à leur droit préférentiel de souscription, (ce qui explique sans doute que son inobservation n'est pas sanctionnée pénalement), la résolution prise en méconnaissance de cette prérogative ne peut être tenue pour non avenue qu'à la condition qu'il soit démontré que les intérêts de la société ou ceux des actionnaires ont été mis en péril.

La résolution relative à l'augmentation critiquée n'a cependant pas été prise dans une intention de nuire, elle n'a pas lésé les intérêts de la société et ne semble avoir causé aucun dommage aux demandeurs qui n'ont en tous cas pas apporté la preuve de l'existence d'un tel préjudice et qui ont en outre, par leur attitude (assistance à d'autres assemblées tenues ultérieurement sans émettre de réserve et sans remettre en cause la répartition du capital), marqué leur approbation à l'égard de cette résolution en sorte qu'ils ne peuvent plus la remettre en cause.

Les appelants reprochent aux premiers juges d'avoir considéré comme convocations valables une lettre non datée envoyée de Prague par une société tierce EEE SRO.

Ils disent n'avoir pas commis de faute en n'acceptant pas un recommandé émanant d'une société étrangère et portant un nom différent de celle qui doit organiser l'assemblée générale extraordinaire.

En ce qui concerne la régularité des convocations, les parties intimées demandent la confirmation du jugement entrepris.

La date d'expédition des convocations par lettre recommandée a été le 4 décembre 2006. La convocation a donc été faite dans le délai. L'article 70 de la loi sur les sociétés commerciales n'exige pas que la convocation elle-même soit datée.

Il appartient à un actionnaire diligent de prendre réception de tous les courriers recommandés lui adressés. En ne le faisant pas, l'actionnaire commet bien une faute, dont il ne peut pas se prévaloir pour insinuer qu'il n'y a pas eu de convocation.

Le refus des appelants de prendre réception du courrier leur adressé est d'autant plus fautif que les appelants ont su, à travers leur pacte d'actionnaires relatif à la société CCC S.A. conclu avec la société DDD

LDC et où il est précisé que les pièces transmises à la société EEE SRO sont à considérer comme avoir été transmises à la société DDD LDC, que la société EEE SRO, qui a pris en charge l'expédition matérielle des convocations, est une société liée à la société CCC S.A..

Les appelants reprochent encore aux premiers juges d'avoir considéré comme valable les convocations qui ne comportent qu'une seule signature et qui n'émanent donc pas du conseil d'administration.

Les convocations, dont la transmission matérielle a été assurée par la société DDD LDC, est bien l'œuvre du conseil d'administration étant donné qu'il ressort du procès-verbal du conseil d'administration du 30 novembre 2006 que c'est le conseil d'administration qui a chargé son président de procéder à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire et qu'il n'est pas contesté que la signature figurant sur les convocations est celle du président qui a procédé à l'exécution matérielle de la convocation conformément à la décision du conseil d'administration.

Il ressort des considérations qui précèdent que c'est à juste titre que les premiers juges n'ont pas retenu l'irrégularité des convocations.

Les appelants font en deuxième lieu grief aux premiers juges de n'avoir pas admis que le non respect par l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006 de leur droit préférentiel de souscription a pour conséquence une nullité d'ordre public.

Relativement à l'irrégularité de l'assemblée générale extraordinaire, les appelants disent que par les résolutions prises à l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006 l'augmentation de capital a été décidée et réalisée en violation complète des règles, notamment de l'article 32-3 de la loi sur les sociétés commerciales, assurant le respect de leur droit préférentiel de souscription et que de la sorte leurs droits dans la société CCC S.A. ont été dilués.

Les sociétés CCC S.A. et DDD LDC répliquent que le droit préférentiel de souscription des appelants a été respecté lors de l'assemblée litigieuse du 12 décembre 2006.

La société CCC S.A. explique que si l'augmentation de capital social initialement prévue portait sur un montant maximum de 40.000 € par l'émission d'un maximum de 2.000 actions, devant être attribuées aux actionnaires existants au prorata de leur participation, le capital social n'a finalement été augmenté qu'à concurrence d'un montant de 32.720 € par l'émission de 1.636 actions souscrites par la société DDD LDC uniquement, que les 364 actions réservées à AAA et BBB n'ont donc pas été souscrites, ni par la société DDD LDC, ni par un tiers et qu'elles sont donc restées à leur disposition et que la souscription n'a pas été enfermée dans un délai minimum de trente jours prévu par l'article 32-3 (3) de la loi sur les sociétés commerciales.

Elle ajoute qu'afin de clore la période de souscription encore ouverte, elle a, par appel de souscription d'actions adressé par courrier recommandé du 30 mai 2008 à chacun des appelants, offert formellement à ceux-ci de souscrire, à proportion de leur participation, à cette augmentation de capital pour au plus tard le 30 juin 2008, ce dont les appelants n'ont pas fait usage.

La société CCC S.A. conclut que l'augmentation de capital prévue, contrairement à ce que disent les premiers juges, n'a pas été consommée puisqu'elle n'a été réalisée que partiellement.

L'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006, qui s'est tenue devant notaire et qui a été déclarée ouverte à 10.30 heures, a voté une résolution 1 et une résolution 2 de la teneur suivante :

PREMIERE RESOLUTION

Il est décidé d'augmenter le capital social émis de la Société d'un montant de trente-deux mille sept cent vingt euros (EUR 32.720) par l'émission de mille six cent trente-six (1.636) actions pour un prix de souscription par action d'un euro et vingt-cinq centimes (EUR 18,75) de prime d'émission ;

A la suite de quoi le souscripteur inscrit ci-après … a souscrit aux nouvelles actions comme indiqué dans le tableau ci-après.

Souscripteur	*Nombre d'actions*
DDD, LDC	*1.636*
Total	*1.636*

Le prix total de souscription des nouvelles actions a été réglé en numéraire.

Preuve du plein paiement du prix de souscription a été démontrée au notaire soussigné.

L'assemblée a décidé d'émettre les nouvelles actions comme décrit ci-dessus et d'allouer deux mille quarante-cinq euros (EUR 2.045) au capital social de la Société et trente mille six cent soixante-quinze euros (EUR 30.675) à la prime d'émission.

DEUXIEME RESOLUTION

Afin de refléter la première résolution, l'assemblée a résolu de modifier l'article 3 des statuts qui doivent se lire ainsi :

« Le capital social est fixé à cent cinquante-six mille cinq cent soixante-douze euros et cinquante centimes (EUR 156.572,50) divisé en cent vingt-cinq mille deux cent cinquante-huit (125.258) actions d'une valeur nominale d'un euro et vingt-cinq cents (EUR 1,25) chacune ».

Cette même assemblée a encore voté trois autres résolutions qui concernent l'organisation de la société mais qui n'intéressent pas le présent litige.

L'article 32-3 (1) de la loi sur les sociétés commerciales prévoit que *« Les actions à souscrire en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions. »*

Normalement l'augmentation de capital en présence d'actionnaires bénéficiant d'un droit préférentiel de souscription se fait en plusieurs étapes.

L'assemblée générale prend la décision d'augmenter le capital.

Le conseil d'administration fixe un délai pendant lequel le droit préférentiel de souscription peut être exercé. Aux termes de l'article 32-3 (3) ce délai ne peut être inférieur à trente jours à dater de l'ouverture de la souscription.

Après l'écoulement du délai, la réalisation de l'augmentation de capital est constatée par un acte notarié dressé à la requête du conseil d'administration sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements.

Intervient ensuite une assemblée générale qui modifie les statuts en vue de tenir compte de l'augmentation de capital intervenue.

Il se dégage de l'article 29.4 de la deuxième directive 77/91 CEE du Conseil du 13 décembre 1976 et des articles 32-3 (3) et 32-3 (7) de la loi sur les sociétés commerciales que la règlementation relative à la souscription préférentielle a été conçue dans un esprit de protection de l'intérêt privé des actionnaires bénéficiant du droit de souscription. La réglementation relevant 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° 28131, 28132 et 28133 du rôle).

Les actionnaires bénéficiaires du droit préférentiel de souscription peuvent donc valablement renoncer à l'observation de la règlementation de protection, y compris donc aussi à l'observation du délai de réflexion en vue de la souscription prévu par l'article 32-3 (3).

Ainsi l'accord unanime des bénéficiaires du droit préférentiel de souscription, manifesté à la première assemblée générale qui décide de l'augmentation du capital, de renoncer au délai de souscription, soit en procédant immédiatement à la souscription, soit en renonçant à l'exercice de leur droit préférentiel de souscription, permet de réaliser

toutes les opérations en vue de l'augmentation de capital lors d'une première assemblée générale tenue pardevant notaire.

En l'absence d'un actionnaire bénéficiaire du droit préférentiel de souscription lors de cette première assemblée générale ou en cas d'opposition de sa part à une souscription immédiate, la première assemblée générale ne pourra que décider de l'augmentation du capital et le délai de réflexion de l'article 32-3 (3) est à observer.

S'il avait été, en l'espèce, initialement envisagé de faire une augmentation de capital de 40.000 € par l'émission de 2.000 nouvelles actions, il n'en demeure pas moins que l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006, ouverte à 10.30 heures, a dans sa première résolution décidé d'augmenter le capital de 32.720 € par l'émission de 1.636 actions.

Comme la société DDD LDC a entièrement souscrit à cette assemblée générale ces 1.636 actions, il n'y avait plus d'actions qui seraient restées à la disposition de AAA et BBB.

L'augmentation de capital a donc bien été consommée dès l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006 de sorte que la souscription n'était plus restée ouverte pour AAA et BBB et que le courrier recommandé du 30 mai 2008 est resté sans effet.

En laissant souscrire toutes les actions nouvellement émises par la société DDD LDC et en modifiant par la deuxième résolution les statuts relatifs au montant du capital social, l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006 a, pour avoir violé l'article 32-3 (3), qui exige que l'actionnaire bénéficiaire d'un droit préférentiel de souscription puisse en principe bénéficier d'un délai pour exercer son droit de souscription, agi d'une façon irrégulière.

Pour le cas où une irrégularité serait retenue, les sociétés intimées CCC S.A. et DDD LDC font valoir qu'aucune nullité ne saurait être encourue dès lors que les intérêts de la société ou des actionnaires n'ont pas été lésés, que AAA et BBB n'ont pas établi l'existence d'un préjudice et qu'ils ont approuvé du moins implicitement le résultat de l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006.

Les sociétés intimées font notamment valoir que les appelants n'ont pas subi de préjudice dès lors qu'au regard de la majorité écrasante d'actions détenues par la société DDD LDC une augmentation du capital non respectueuse des droits préférentiels de souscription de AAA et de BBB resterait de toute façon sans incidence sur les prises de décision au sein de la société.

La règlementation des droits préférentiels de souscription des actionnaires en cas d'augmentation du capital, qui relève de l'ordre public de protection, permet aux personnes protégées d'invoquer la

violation de cette réglementation en dehors de toute considérations relatives aux intérêts de la société et des actionnaires et à l'existence d'un préjudice dans leur chef.

Il est notamment à relever qu'il est absolument contraire à l'esprit de protection de la réglementation de faire dépendre son entrée en jeu du nombre d'actions détenues.

Il ne se peut pas que la réglementation puisse seulement bénéficier à des actionnaires disposant d'un nombre d'actions de nature à déterminer le vote dans des assemblées générales.

Le bénéficiaire d'une réglementation d'ordre public de protection peut renoncer à la protection légale parce qu'elle n'existe que dans son intérêt (cf. DE PAGE, Tome I, n° 98, 3ème édition ; Encyclopédie Dalloz, Droit civil, v° Ordre public et bonnes mœurs, n°s 204 et 209).

Pour que cette renonciation puisse jouer il faut qu'elle soit claire et non équivoque.

En l'espèce, une telle renonciation de la part de AAA et de BBB au délai de réflexion de l'article 32-3 (3) de la loi sur les sociétés commerciales et partant au droit préférentiel de souscription préférentiel n'existe pas. Elle ne saurait notamment pas être déduite du fait que le représentant de AAA et de BBB, arrivé tardivement à une assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007 après que celle-ci avait pris une résolution modifiant le capital social après une nouvelle augmentation de capital souscrite par la seule société CCC S.A., ait gardé le silence à propos de cette augmentation de capital.

L'irrégularité affectant l'opération de souscription de 1.632 actions effectuée par la société CCC S.A. lors de l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2008 et l'irrégularité affectant la deuxième résolution portant nouvelle fixation du capital social entraînent la nullité de l'opération de souscription et de la deuxième résolution.

Aucune irrégularité n'affecte la première résolution dans la mesure où celle-ci a décidé l'augmentation de capital, pour un montant de 32.720 € par l'émission de 1.636 actions (cf. premier alinéa de la première résolution).

Les trois dernières résolutions ne sont pas non plus irrégulières.

La première résolution dans son premier alinéa et les trois dernières résolutions ne sont par conséquent pas à déclarer nulles.

AAA et BBB soutiennent que le quorum d'actionnariat devenu irrégulier par l'effet de l'assemblée générale extraordinaire du 12

décembre 2006 se répercute nécessairement sur les assemblées générales subséquentes et entraîne la nullité de celles-ci.

Il est admis que si des personnes ont été à tort admises à voter, il faudra vérifier quel eût été le résultat de la délibération dans l'hypothèse où ceux qui pouvaient légitimement y participer, y auraient seuls pris part et auraient utilisé le nombre de voix dont ils pouvaient légalement disposer. (cf. VAN RYN, Principes de droit commercial, Ed. 1954, n° 717).

Il faut constater que le nombre de voix illégitimes dont dispose la société DDD LDC suite à la violation du droit préférentiel de AAA et de BBB est peu important par rapport au nombre de voix légitimes dont dispose la société DDD LDC, actionnaire largement majoritaire.

Le vote illégitime de la société DDD LDC n'est donc pas de nature à affecter le résultat des délibérations tel qu'il résultera du vote légitime.

Le quorum d'actionnariat devenu irrégulier ne se répercute donc pas sur les assemblées subséquentes.

Quant à l'assemblée générale extraordinaire du 18 janvier 2007

Relativement à cette assemblée, les premiers juges ont dit que les pièces versées établissent qu'elle a été convoquée par e-mails envoyés le 17 janvier 2007 à AAA et BBB les informant de la tenue d'une assemblée le lendemain à 18.00 heures, l'assemblée devant délibérer sur la question de la révocation avec effet immédiat de trois membres du conseil d'administration, dont les deux demandeurs, et donner son accord pour intenter des actions civiles et pénales à leur encontre.

L'assemblée a procédé à la révocation des administrateurs (1ère résolution) et a donné son accord pour intenter les actions civiles et pénales (2ème résolution).

Les premiers juges ont considéré comme régulières les convocations aux motifs que AAA et BBB ont reçu les convocations, qu'il y avait urgence – la société CCC S.A. ayant déclaré avoir découvert que AAA et BBB ont vendu à bas prix des actions détenues dans des sociétés polonaises à des sociétés avec lesquelles ils ont des liens étroits –, que les droits des actionnaires n'ont pas été lésés et qu'il ne peut être admis que le non respect des formalités ait raisonnablement pu affecter la validité de la décision prise en assemblée.

Les appelants contestent avoir reçu de courriel et disent qu'ils n'ont donc pas été convoqués.

Suivant pièces versées, la société CCC S.A. aurait envoyé en date du 17 janvier 2007 à 18.22 heures des e-mails de convocation.

La Cour ne dispose pas d'éléments suffisants de preuve établissant que ces e-mails fussent arrivés à destination et, à supposer que les e-mails fussent arrivés à destination, que AAA et BBB en aient pris connaissance avant l'ouverture de l'assemblée générale fixée au lendemain à 18.00 heures.

Il n'est donc pas établi que AAA et BBB aient été convoqués.

Le fait de ne pas convoquer des actionnaires à une assemblée générale constitue la violation d'une règle impérative qui relève de l'essence même du pouvoir décisionnel au sein d'une société.

La violation d'une telle règle impérative, tout comme la violation d'une formalité substantielle, est sanctionnée par une nullité sans condition (cf. VAN RYN, Principes de droit commercial, Ed. 1954 n° 718 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, Chronique jurisprudence, in Revue critique de jurisprudence belge 1967, p.364 ; Alain STEICHEN, Droit spécial des sociétés, n° 850).

Dans ces circonstances, l'irrégularité commise ne saurait être justifiée par l'urgence – urgence d'ailleurs pas suffisamment établie – ou l'une des autres circonstances retenues par les premiers juges.

Par réformation du jugement entrepris, il y a par conséquent lieu de déclarer nulle l'assemblée générale extraordinaire du 18 janvier 2008 et les résolutions y prises.

Quant à l'assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007

L'ordre du jour de l'assemblée tenait en 5 points :

1) L'augmentation de capital rendue nécessaire pour éviter la faillite et 2) le changement afférent des statuts de la société ; 3) l'approbation du bilan au 31 décembre 2006 ; 4) l'autorisation de l'assemblée d'agir en justice contre BBB et AAA et finalement 5) la délibération sur une motion introduite par les demandeurs BBB et AAA.

L'assemblée a débuté à l'heure prévue et indiquée dans les convocations. Elle a délibéré sur les points 1 à 4 de l'ordre du jour, puis la réunion a été suspendue en attendant l'arrivée éventuelle de AAA et de BBB et pour décider du sort à réserver à leur motion. Elle a été reprise après l'arrivée du représentant de ceux-ci vers 11.30 heures et close un quart d'heure plus tard pour permettre aux actionnaires de discuter de manière informelle de la motion déposée par BBB et AAA.

Le tribunal a dit que le fait que la convocation émane d'un seul administrateur ne saurait être à elle seule entraîner de nullité étant donné que le représentant de BBB et de AAA n'a pas émis de réserves.

Le tribunal a par ailleurs dit que l'augmentation de capital consommée à l'assemblée générale en violation du droit préférentiel de souscription de BBB et de AAA reste sans suites dès lors que le comportement du représentant de BBB et de AAA à l'assemblée générale extraordinaire dénote de sa part une volonté de renoncer au droit préférentiel de souscription.

La convocation à l'assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007 a été faite par lettre recommandée postée le 5 novembre 2007.

Les appelants disent que la convocation est viciée parce qu'elle émane d'un seul administrateur et que ce vice n'a pas été couvert.

C'est à juste titre que les parties intimées soutiennent que la convocation a été régulière. En effet, si la convocation n'a été signée que par un administrateur pour le président du conseil d'administration, il n'en demeure pas moins que le conseil d'administration a ratifié le 7 novembre 2007 la décision de convoquer l'assemblée générale extraordinaire. De la sorte, la convocation est une convocation émanant du conseil d'administration.

C'est à tort que les appelants qualifient d'abus de majorité de nature à rendre l'assemblée générale irrégulière le fait que l'assemblée a commencé sans attendre l'arrivée de leur représentant.

Le représentant des appelants aurait dû être présent dès l'ouverture de l'assemblée et l'abus de majorité présuppose des agissements, non établis en l'occurrence, contraires à l'intérêt de la société faits dans le seul intérêt des associés majoritaires et au détriment des associés minoritaires.

L'augmentation de capital décidée à l'assemblée générale du 15 novembre 2007 a été entièrement souscrite par la société CCC S.A..

L'argumentation des parties intimées pour dire que l'augmentation de capital a été régulière est la même que celle développée à propos de l'augmentation de capital du 12 décembre 2006.

Par adoption de la motivation développé ci-dessus à propos de l'assemblée générale du 12 décembre 2006, il y a lieu de dire que cette augmentation de capital entièrement consommée lors de l'assemblée générale du 15 novembre 2007 tenue devant notaire est irrégulière pour violer le droit préférentiel de souscription de BBB et de AAA.

Cette irrégularité n'est pas couverte par l'attitude du représentant de BBB et AAA arrivé à l'assemblée générale extraordinaire après que l'opération d'augmentation avait été consommée. La Cour ne saurait déduire une renonciation claire et non équivoque au droit préférentiel de souscription du simple silence du représentant se situant à un moment où l'opération litigieuse était déjà acquise.

Une telle renonciation ne résulte pas non plus d'agissements de BBB et AAA postérieures à l'assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007.

L'irrégularité affectant l'assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007 a pour conséquence que la souscription de 490.680 actions par la société CCC S.A. lors de l'assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007 tenue pardevant notaire est nulle et qu'est également nulle la deuxième résolution qui modifie les statuts afin de tenir compte de l'augmentation de capital intervenue.

Cette irrégularité n'affecte pas la première résolution de l'assemblée générale extraordinaire tenue devant notaire qui a décidé l'augmentation de capital de 156.572,50 € à 769.922,50 € par l'émission de 490.680 actions.

Elle n'affecte pas non plus les troisième et quatrième résolutions de l'assemblée générale extraordinaire sous acte privé.

Quant à l'assemblée générale extraordinaire du 5 décembre 2007

Les cessions par BBB et AAA des actions des sociétés polonaises de la société CCC S.A. font l'objet d'une action en nullité qui n'est à l'heure actuelle pas définitivement tranchée en Pologne.

Suivant jugement par défaut rendu par le tribunal de Wroclaw en date du 1er août 2007 la société CCC S.A. avait obtenu l'annulation des cessions d'actions litigieuses.

Le jugement rendu le 5 mars 2008 sur opposition a été réformé le 23 juin 2008 et l'affaire a été renvoyée devant le tribunal de première instance.

A l'appui de leur demande en nullité, les appelants motivent leur acte d'appel de la façon suivante :

Il n'est ….. nullement acquis que les actions des sociétés polonaises cédées par les requérants se trouvent à nouveau dans le patrimoine de la société.

C'est donc à tort que l'actionnaire majoritaire à informé l'auditeur de la société FFF que ces actions font encore partie du patrimoine de la société.

Le rapport FFF sur la situation financière de la société au 31 décembre 2006 est donc incorrect puisque fondé sur de fausses informations.

De même, les bilans votés sont également faux pour les mêmes raisons.

Les parties intimées demandent la confirmation du jugement qui a rejeté la demande en nullité.

Pour une note au bilan la réalité de la situation en Pologne a été exposée par le conseil d'administration de la société CCC S.A. lors de la soumission des comptes tant aux commissaires aux comptes qu'à l'assemblée générale puisque l'existence de la procédure encore pendant sur la nullité des cessions a été explicitement mentionnée, de même que l'opinion de la société DDD LDC selon laquelle le décision d'annulation de ces cessions devrait, in fine, être confirmée.

Dans ces circonstances, la Cour admet que ce qui est en cause et ce à quoi l'assemblée générale extraordinaire du 5 décembre 2007 a été confrontée, est la question de la comptabilisation d'actions dont la cession est litigieuse.

Par ses votes relatifs au rapport FFF et aux bilans l'assemblée générale du 5 décembre 2007 n'a donc pas cherché à altérer le vote.

Il y a d'ailleurs lieu de noter qu'une plainte pour faux bilans des appelants a donné lieu à une ordonnance de non-informer du 5 décembre 2008, confirmée en appel.

A défaut de toute fraude, une nullité n'est, en ce qui concerne l'assemblée générale extraordinaire du 5 décembre 2007, pas à envisager.

C'est donc à juste titre que les appelants ont été déboutés de leur demande en nullité relativement à l'assemblée générale extraordinaire du 5 décembre 2007.

BBB et AAA réclament un montant de 50.000 €, montant auquel ils estiment leurs dommages consécutifs à l'abus de majorité dont ils ont été les victimes.

Les irrégularités commises à l'occasion des différentes assemblées générales ne sont pas synonymes d'abus de majorité.

Il n'est ni établi que l'actionnaire majoritaire ait agi contrairement à l'intérêt général de la société en son unique faveur au détriment des associés minoritaires.

Les éléments constitutifs de l'abus de majorité ne sont donnés.

Il n'y a par ailleurs pas d'éléments qui établissent l'existence du préjudice de 50.000 € allégué par les appelants.

Ceux-ci sont partant à débouter de leur demande en dommages-intérêts.

Il ne paraît pas équitable d'allouer aux parties des indemnités de procédure.

AAA et BBB sont donc à décharger des indemnités de procédures auxquelles ils ont été condamnés en première instance.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel de AAA et de BBB est partiellement fondé.

Il y a lieu d'ordonner la publication du dispositif du présent arrêt au Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations.

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 :

- déclare nulle la souscription de 1.636 actions opérée par la société DDD LDC lors de l'assemblée générale extraordinaire du 12 décembre 2006 ;

- déclare nulle la deuxième résolution portant modification du capital social prise lors de cette même assemblée ;

- déclare nulle l'assemblée générale extraordinaire du 18 janvier 2007 et les résolutions y prises ;

- déclare nulle la souscription de 490.680 actions opérée par la société DDD LDC lors de l'assemblée générale extraordinaire du 15 novembre 2007 ;

- déclare nulle la deuxième résolution portant modification du capital social prise lors de cette même assemblée ;

- déboute les sociétés CCC S.A. et DDD LDC de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance ; partant décharge AAA et BBB du paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance ;

- met la moitié des frais et dépens de première instance à charge de la société CCC S.A. et l'autre moitié à charge de la société DDD LDC ; partant décharge AAA et BBB du paiement des frais et dépens de première instance ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

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

met la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel à charge de la société CCC S.A. et l'autre moitié à charge de la société DDD LDC et en ordonne la distraction au profit de Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ;

ordonne la publication du dispositif du présent arrêt au Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations ; met les frais de cette publication pour moitié à charge de la société CCC S.A. et pour moitié à charge de la société DDD LDC.