Arrêt commercial

Audience publique du dix-sept novembre deux mille dix.

Numéro 34324 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

RRR, *administrateur de sociétés, demeurant à L-…. UUU,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 17 octobre 2010,*

comparant par Maître Roy REDING, avocat à Luxembourg ;

e t

1) la société anonyme III S.A.*, établie et ayant son siège social à L-…. VVV, 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 prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître James JUNKER, avocat à Luxembourg ;

2) la société anonyme LLL S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. 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 ENGEL,*

n'ayant pas constitué avoué ;

***3) JJJ,** employé privé, demeurant à B-…. XXX,*

***intimé** aux fins du susdit exploit ENGEL,*

n'ayant pas constitué avoué ;

***4) NNN,** sans état, demeurant à B-…. YYY,*

***intimé** aux fins du susdit exploit ENGEL,*

n'ayant pas constitué avoué.

LA COUR D'APPEL :

Suivant convention de séquestre conclue le 16 juin 2005 entre, dune part, la société BBB, désignée "le séquestre" et, d'autre part, RRR, FFF, DDD, la société anonyme EEE, GGG, la société anonyme OOO et la société anonyme III, en abrégé III, désignés "les cédants", il est convenu que RRR acquiert, sous certaines conditions et moyennant paiement du prix total de 207.000.- euros, l'intégralité du capital social de la société III. Le prix de cession sera payé entre les mains du séquestre par voie de compensation après remboursement anticipé par la société III de certificats d'obligation appartenant à RRR, d'un montant de 225.000 euros versé par la société III sur le compte du séquestre qui virera ensuite le solde de 18.000.- euros à RRR.

Il est convenu que, dès que le séquestre sera entré en possession du montant de 207.000.- euros il en informera FFF, DDD, la société EEE, GGG et la société OOO, qui lui remettront alors l'original de leurs certificats d'actions au porteur dans le capital de la société III et après réception par le séquestre de l'original de leurs certificats d'actions celui-ci virera 90% du prix de cession de leurs actions aux cédants concernés. Les cédants informeront par écrit le séquestre dès que les deux conditions suivantes découlant des conventions de cession d'actions seront remplies cumulativement: le remboursement intégral d'un prêt de 2.940.000.- euros par III à OOO et le règlement et apurement des comptes courants entre III et les sociétés OOO et EEE.

Ce n'est qu'ensuite que le séquestre virera aux cédants le solde de 10% de leurs parts respectives et après confirmation par eux de la réception des fonds, il remettra les originaux des certificats d'actions à RRR, cette remise devant se faire lors d'une assemblée générale

extraordinaire de la société III qui se tiendra en présence du séquestre. Tant que les deux conditions ci-dessus énumérées ne sont pas remplies, que le prix de la cession ne sera pas payé et que le transfert de propriété des actions faisant l'objet du contrat n'aura pas eu lieu la société OOO, à laquelle le séquestre remettra pour chaque assemblée générale de la société III les certificats d'actions, exercera le droit de vote y attaché et RRR s'engage à ne pas faire usage d'une qualité d'actionnaire de la société III tant que les certificats d'actions ne lui auront pas été remis par le séquestre.

Lors d'un conseil d'administration de la société III du 14 juillet 2005, où, d'après le procès-verbal signé par les administrateurs RRR et GGG, sont présents les trois administrateurs GGG, DDD et RRR, il est décidé que les conditions pour lever le séquestre sont remplies et qu'il sera proposé à une prochaine assemblée générale l'approbation des comptes, la démission des administrateurs GGG et DDD et quitus pour leur gestion.

Par assemblée générale extraordinaire du même jour il est pris acte de la démission des administrateurs GGG et DDD.

Lors d'un conseil d'administration du 16 juillet 2005 RRR coopte NNN et JJJ comme administrateurs de la société III. Le conseil d'administration ainsi composé nomme RRR au poste d'administrateur-délégué de la société avec pourvoir d'engager seul la société.

Lors d'un conseil d'administration du 6 août 2005, RRR, se disant prêteur obligataire à concurrence de 1.000.000.- euros de la société III, propose, afin de sauver sa mise, de pratiquer le remboursement de ses emprunts obligataires par un transfert d'actif de la société III vers une autre société. Le conseil d'administration, composé de RRR, NNN et JJJ, accepte à l'unanimité la proposition de RRR et de décide de transférer à concurrence d'un décompte repris en annexe, renseignant un total de 1.092.000.- euros, "les actifs immobilisés, les actifs en stock et pour compléter l'un ou l'autre dossier". Il décide d'autre part de porter plainte pour abus de biens sociaux contre les anciens administrateurs de la société.

Par un accord de cession du même 6 août 2005, la société III, sous la signature de son administrateur-délégué RRR, cède à la société LLL les contrats de location-vente repris en annexe (il s'agit de 35 véhicules) au prix de 360.000.- euros hors TVA.

Par une assemblée générale extraordinaire de la société III, qui se tient le 9 août 2005 sous la présidence de TTT, administrateur-délégué de la société OOO, RRR est révoqué avec effet immédiat comme administrateur de la société III et pour autant que de besoin comme administrateur-délégué de la société. Les cooptations de NNN et de JJJ sont considérées comme illégales. Sont nommés administrateurs de la

société III la société OOO et GGG. DDD, pour autant qu'il puisse être considéré comme démissionnaire, est confirmé administrateur.

Par courriers des 22 août et 6 septembre 2005 RRR réclame au séquestre la remise des certificats au porteur représentant le capital social de la société III, remise que le séquestre refuse par courrier du 12 septembre 2005 au motif que les conditions énumérées dans la convention du 16 juin 2005 ne sont pas remplies.

Par exploit d'huissier du 6 octobre 2006 la société anonyme III a fait comparaître RRR, NNN et JJJ devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir déclarer illégale et nulle, comme intervenue en violation des dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915, et plus particulièrement de son article 51, alinéa 4, la décision de cooptation prise par RRR le 16 juillet 2005, celle prise le même jour par le conseil d'administration de nommer RRR administrateur-délégué, ainsi que toutes les décisions prises par ce conseil d'administration et par l'administrateur-délégué postérieurement au 16 juillet 2005.

Par exploit d'huissier du 23 mai 2007 dirigé contre NNN, JJJ et RRR, ainsi que la société anonyme LLL, la société anonyme III a demandé au même tribunal de déclarer nulles les tenues et décisions prises lors du conseil d'administration du 6 août 2005, ainsi que la convention de cession de contrats de location-vente, sinon prononcer la résolution de cette cession, de déclarer nulles la tenue et les décisions prises le 14 juillet 2005 par le conseil d'administration, ainsi que celles prises à la même date par l'assemblée générale.

Par jugement rendu le 10 juillet 2008 le tribunal a déclaré nulles la tenue et les décisions prises lors du conseil d'administration ainsi que lors de l'assemblée générale extraordinaire de la société III du 14 juillet 2005, la tenue et les décisions prises lors du conseil d'administration ainsi que lors de l'assemblée générale extraordinaire de la société III du 16 juillet 2005, la tenue et les décisions prises lors du conseil d'administration du 6 août 2005 et la convention de cession prétendument conclue en date du 6 août 2005 entre les sociétés III et LLL. Il a dit que RRR n'était pas actionnaire unique de la société anonyme III en date du 14 juillet 2005.

De ce jugement, lui signifié le 10 septembre 2008, RRR a relevé appel par exploit d'huissier du 17 octobre 2008.

La société III conclut à l'irrecevabilité de cet appel au motif que dans l'acte d'appel RRR déclare interjeter appel contre un jugement du 10 juillet 2007 et qu'un tel jugement n'existe pas.

Le moyen est à rejeter, s'agissant en l'espèce d'une simple erreur matérielle qui n'a porté aucun préjudice à la société III, laquelle avait parfaitement identifié le jugement dont appel, n'ayant que dans un

deuxième corps de conclusion, après avoir répondu contre les moyens d'appel dans un premier corps de conclusions, songé à soulever le moyen d'irrecevabilité.

NNN et la société anonyme LLL, auxquels l'acte d'appel n'a pas été remis à personne, ont été réassignés par exploit d'huissier du 24 septembre 2010, conformément à l'article 84 du nouveau code de procédure civile.

L'appel est recevable et la Cour statuera par un arrêt contradictoire à l'égard de toutes les parties, JJJ, qui n'a pas non plus constitué avocat, ayant été assigné en personne.

A l'appui de son appel RRR soutient que les premiers juges ont privé leur décision de base légale en déclarant nulle la cooptation opérée par lui lors du conseil d'administration du 16 juillet 2005 au motif qu'il aurait complété le conseil d'administration dans le seul but, non pas d'assurer le bon fonctionnement de la société, mais de prendre des mesures qui arrangeaient ses propres affaires, sans analyser si au moment de la cooptation par l'appelant de ses deux fils GGG et DDD exerçaient toujours leur mandat. Il fait valoir qu'en l'espèce le bon fonctionnement de la société ne pouvait plus être assuré en raison de la vacance de deux postes au conseil d'administration.

Dans le dispositif de son acte d'appel il conclut à voir constater que GGG et DDD ont déposé leur mandat d'administrateur en date du 14 juillet 2005, que l'assemblée générale du même jour a valablement pris acte de ces démissions, que dès lors le conseil d'administration était composé du seul RRR et que la cooptation de JJJ et de NNN était rendue nécessaire et est tout à fait légale, que partant la tenue et les décisions prises lors des conseils d'administration des 16 juillet et 6 août 2005, ainsi que la convention de cession signée le 6 août 2005 étaient parfaitement valables.

La société III conclut à la confirmation du jugement. Elle soutient que l'administrateur DDD n'était pas présent, ni lors de la réunion du conseil d'administration du 14 juillet 2005, ni lors de l'assemblée générale du même jour, étant donné qu'il se trouvait en Ardèche, que les décisions prises le 14 juillet 2005 ont partant à bon droit été déclarées nulles.

RRR, de son côté soutient que si DDD n'était pas physiquement présent, il a tout de même assisté au conseil d'administration par téléconférence.

La société III a versé une attestation testimoniale de DDD, dont les termes ne sont pas très clairs et qui ont amené les premiers juges à admettre que DDD était présent lors de la réunion du conseil d'administration, mais non à l'assemblée générale, et sur ce dernier point le témoin s'exprime clairement.

Dans le procès-verbal de l'assemblée générale du 14 juillet 2005 il est dit que DDD était présent et qu'il a été nommé scrutateur, ce qui ne peut donc correspondre à la réalité.

Conformément à la convention de séquestre conclue le 16 juin 2005, le séquestre était seul habilité à constater que les conditions pour lever le séquestre étaient remplies. Il résulte par ailleurs du courrier adressé le 12 septembre 2005 par le séquestre à RRR que ces conditions n'étaient pas remplies. La décision prise lors du conseil d'administration du 14 juillet 2005 que les conditions pour lever le séquestre sont remplies est donc nulle et RRR n'était pas le 14 juillet 2005 actionnaire unique de la société.

Lors de la réunion du conseil d'administration du 14 juillet 2005 il est encore acté qu'il sera proposé à une prochaine assemblée générale la démission des administrateurs GGG et DDD.

Etant donné que RRR n'était pas le 14 juillet 2005 actionnaire unique de la société, les droits de vote attachés aux certificats d'actions appartenaient, conformément à la convention de séquestre, à la société OOO, qui aurait donc dû assister à l'assemblée générale du 14 juillet 2005.

Dans le procès-verbal de l'assemblée générale du 14 juillet 2005 il est dit que le capital social est entièrement représenté, liste de présence en annexe. Il n'y a pas en annexe des procès-verbaux versés au dossier de la Cour de liste de présence qui renseignerait une présence de la société OOO à cette assemblée générale. Cette société n'était de toute façon à l'évidence pas présente lors de cette assemblée générale, étant donné que c'est précisément pour se passer de cette présence que RRR a fait décider lors du conseil d'administration ayant précédé l'assemblée générale que les conditions pour lever le séquestre étaient remplies, qu'il était partant l'actionnaire unique de la société III, représentant l'entièreté du capital social.

La tenue de l'assemblée générale du 14 juillet 2005 est donc à annuler pour composition irrégulière, y compris la seule décision qui y a été prise, consistant à prendre acte des démissions des administrateurs GGG et DDD que ceux-ci avaient lors du conseil d'administration du même jour déclaré proposer à l'assemblée générale. Il s'en suit que ces administrateurs restaient en fonction, ce qui doit entraîner la nullité de la cooptation opérée par RRR le 16 juillet 2005.

Concernant par ailleurs le reproche adressé par l'appelant aux premiers juges d'avoir dit qu'il aurait complété le conseil d'administration dans le seul but de prendre des décisions qui arrangeaient ses propres affaires, alors que, selon lui, la cooptation de ses deux fils était nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de la société, la Cour ne peut suivre son argumentation. RRR reste en effet en défaut d'expliquer en quoi les décisions prises par le nouveau

conseil d'administration et qui, à part la plainte à déposer contre les anciens administrateurs, ont uniquement consisté à lui permettre de récupérer sur la société, "afin de sauver sa mise" une prétendue créance de 1.000.000.- euros par un transfert d'actifs de la société III vers une autre société et de le nommer administrateur-délégué en laquelle qualité il a cédé à la société LLL les contrats de location-vente de la société III – représentant, selon cette société, la quasi-totalité de ses actifs - auraient été indispensables au bon fonctionnement de la société. C'est donc à juste titre que les premiers juges ont retenu qu'en procédant à cette cooptation RRR a violé le but que le législateur s'était proposé en instituant cette exception et que les nominations ainsi faites doivent en tout état de cause être annulées.

La cooptation de NNN et de RRR comme administrateurs de la société III étant à annuler, les décisions prises par le nouveau conseil d'administration irrégulièrement composé sont à leur tour à déclarer nulles, de même que la convention de cession conclue par RRR sur base de ces décisions.

La Cour n'a donc pas à examiner les autres moyens de la société III qui conclut encore à la nullité de cette convention de cession au motif qu'elle a en réalité été signée postérieurement à la date du 9 août 2005 à laquelle RRR a été révoqué par une assemblée générale extraordinaire de la société, respectivement pour collusion frauduleuse entre RRR et la société LLL, dont RRR est, d'après la société III, le bénéficiaire économique.

L'appel est partant à dire non fondé.

Dans son acte d'appel RRR conclut d'autre part à voir déclarer nulle la tenue du le conseil d'administration de la société III qui s'est réuni le 9 août 2005 avant l'assemblée générale du même jour au motif qu'il n'a pas été convoqué et n'a pas assisté à ce conseil d'administration.

La société III conclut à l'irrecevabilité de cette demande pour être nouvelle en appel. Le moyen est fondé pour le motif invoqué. Il ne résulte pas du jugement entrepris que cette demande aurait été formée en première instance et elle doit donc être déclarée irrecevable.

RRR ainsi que la société III concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel et la société III interjette appel incident contre le jugement du 10 juillet 2008 en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en allocation d'une telle indemnité pour la première instance.

RRR, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

Il serait toutefois inéquitable de laisser à charge de la société III l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer tant en première instance qu'en instance d'appel. Il y a lieu de dire son appel incident fondé et de lui allouer la somme de 1.000.- euros à titre d'indemnité de procédure pour la première instance. Il y a encore lieu de lui allouer la somme de 1.000.- euros pour l'instance d'appel.

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,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

dit irrecevable, comme nouvelle en appel, la demande en annulation du conseil d'administration du 9 août 2005;

dit l'appel principal non fondé;

dit l'appel incident fondé:

par réformation du jugement entrepris, condamne RRR à payer à la société anonyme III une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour la première instance;

confirme le jugement pour le surplus;

condamne RRR à payer à la société anonyme III une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel;

déboute RRR de sa demande basée sur l'article 240 nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître James Junker, sur ses affirmations de droit.