Jugement commercial II No 497/02 (A) 28/06/2002

Audience publique du vendredi, vingt-huit juin deux mille deux

Numéros 49 978 et 50 935 du rôle

Composition:

Maryse WELTER, 1ère Vice-Présidente,
Karin GUILLAUME, 1er juge,
Nadine WALCH, juge,
Yolande MAHNE, greffier.

E n t r e :

I) (49 978)

1. **A)** , chef d'entreprise et actionnaire de la société (SOC1) S.A., demeurant (...) , (...), P- (...)

2. **P)** , chef d'affaires, demeurant (...) , P- (...)

3. **W)** , chef d'affaires. (...) , P- (...) ,

4. **J)** , chef d'affaires. (...) , P- (...) ,

5. **M)** , cadre technicien d'entreprise. (...) , P- (...) .

6. l'Etablissement (« Anstalt ») de droit du Liechtenstein (SOC2) , ayant son siège à FL- (...) . (...) . représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions.

élisant domicile en l'étude de Maître Alex SCHMITT, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs,
comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat, susdit;

e t :

1. **Dr F)** , (...) , P- (...) ,
2. **Dr B)** , (...) , P- (...) ,
3. **Eng. C)** , (...) , P- (...) ,
4. **D)** , (...) , P- (...) ,
5. **E)** , (...) , P- (...)
6. **Dr G)** , (...) , P- (...) ,
7. **Dr H)** , (...) , P- (...) ,
8. **I)** , (...) , P- (...) ,
9. **K)** , (...) , P- (...) ,
10. **L)** , (...) , P- (...) ,
11. **Dr M)** , (...) , P- (...) ,
12. **Dr. O)** , (...) , P- (...) .
13. **Q)** , (...) , P- (...) .

14. R) . (...) .
P- (...) .

15. S) . (...)
. P- (...) ,

16. T) . (...) .
P- (...) ,

17. **Eng.** U) , (...) , P-
(...) ,

18. **Eng.** V) , (...) , P-
(...)

19. W) , (...)
, P- (...) ,

20. X) , (...) , P- (...)
,

21. Y) , (...) ,
P- (...) ,

22. Z) , (...) ,
P- (...) ,

23. la société anonyme de droit portugais SOC3) **S.A.**,
ayant son siège à P- (...) , (...)
,

24. la société anonyme SOC1) , **SOCIETE DE MATERIEL LUXEMBOURGEOISE**, établie et ayant son siège à L- (...)
(...) , inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...) , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

<u>défendeurs sub 1) – 22)</u>,
comparant par Maître Jean HOSS, avocat, demeurant à Luxembourg;

<u>défendeurs sub 23)</u>,
ayant comparu par Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg;

<u>défendeurs sub 24)</u>,
comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat, demeurant à Luxembourg;

---

1. A) , chef d'entreprise et actionnaire de la société SOC1) S.A., demeurant (..) , P- (...) .

2. P) , chef d'affaires, demeurant (...) , P- (...)

3. W) , chef d'affaires, (...) , P- (...) ,

4. J) , chef d'affaires, (...) , P- (...) ,

5. M) , cadre technicien d'entreprise, (...) , P- (...) ,

6. l'Etablissement (« Anstalt ») de droit du Liechtenstein SOC2) , ayant son siège à FL- (...) , (...) , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant actuellement domicile en l'étude de Maître Alex SCHMITT, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs en intervention,
comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat, susdit;

et :

la société anonyme de droit des Iles Vierges Britanniques SOC4) S.A., ayant son siège social à (...) , (...) , BRITISH VIRGIN ISLANDS, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction ou tout autre organe social ayant des compétences similaires à celui-ci, actuellement en fonctions

défenderesse en intervention,
comparant par Maître Carole BESCH, avocat, en remplacement de Maître Jean KAUFFMAN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg;

Faits :

I) (49 978)

Par exploit de l'huissier de justice Michelle THILL de Luxembourg en date du 19 janvier 2000, les demandeurs ont fait donner assignation aux défenderesse à comparaître le vendredi, 15 octobre 1999 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième section, siégeant en matière commerciale, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit:

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 14 décembre 2000, les demandeurs ont fait donner assignation à la défenderesse à comparaître le vendredi, 23 février 2001 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième section, siégeant en matière commerciale, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit:

L'affaire, introduite par exploit Michelle THILL du 19 janvier 2000, fut inscrite sous le numéro 49978 du rôle pour l'audience publique du 24 mars 2000 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire, introduite par exploit Jean-Lou THILL du 14 décembre 2000, fut inscrite sous le numéro 50935 du rôle pour l'audience publique du 23 février 2001 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Après plusieurs devoirs et remises les affaires furent utilement retenues à l'audience publique du 21 mars 2002, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit:

Maître Alex SCHMITT donna lecture des assignations introductives d'instance ci-avant reproduites et exposa les moyens de sa partie.

Maître Jean HOSS répliqua et exposa ses moyens.

Maître Patrick KINSCH répliqua et exposa ses moyens.

Maître Carole BESCH répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit les affaires en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Michelle THILL du 19 janvier 2000, A)
, P)
, W) , J)
, M) et
l'établissement de droit du Liechtenstein (SOC2) ont donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, à F) ainsi qu'à vingt et un autres détenteurs d'actions de la société anonyme (SOC1) , et aux sociétés anonymes de droit portugais (SOC3) S.A et de droit luxembourgeois (SOC1) SOCIETE DE MATERIEL LUXEMBOURGEOISE pour :

A titre principal voir prononcer la nullité des résolutions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire de (SOC1) du 22 juin 1999 avec la conséquence que toutes les résolutions adoptées par cette AG ainsi que toutes les décisions sociales prises postérieurement à cette date sont à déclarer nulles et non avenues sur base du non

respect de la décision du 5 août 1999 rendue par la Cour Supérieure de justice du Liechtenstein ;

A titre subsidiaire voir prononcer la nullité des résolutions de l'assemblée générale ordinaire du 10 mai 1999 et de l'assemblée générale extraordinaire du 22 juin 1999 avec la conséquence que les décisions prises par le conseil d'administration du 24 juin 1999, les résolutions adoptées par l'AGE du 11 septembre 1999 ainsi que toutes autres décisions sociales prises postérieurement au 22 juin 1999 sont également à déclarer nulles et non avenues pour violation des articles 67 (3) et 67 (4) de la loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 ;

A titre plus subsidiaire voir prononcer la nullité de la cinquième résolution de l'AGE de SOC 1) du 29 novembre 1996 pour violation de l'article 32-3 al (5) de la loi sur les sociétés commerciales, de même que les décisions de L'AGE du 22 juin 1999, celles du conseil d'administration du 24 juin 1999 et de l'AGE du 11 septembre 1999 ainsi que de l'acte notarié du 31 août 1999 relatif à l'augmentation de capital ;

En ordre encore plus subsidiaire, la nullité des décisions du conseil d'administration en date du 24 juin 1999 et de toutes les décisions prises lors de l'AGE du 11 septembre 1999 est demandée pour violation de l'article 32-3 al 5 de la loi sur les sociétés commerciales.

En tout état de cause les requérants concluent à voir les défendeurs condamnés à leur payer solidairement sinon in solidum une indemnité de procédure de 250.000 flux sur base de l'article 240 du NPC et à voir dire que la présente décision sera exécutoire par provision, nonobstant toute voie de recours.

Par exploit Jean-Lou THILL du 14 décembre 2000, les mêmes requérants ont encore donné assignation à la société anonyme de droit des Iles Vierges Britanniques SOC 4) S.A à intervenir au présent litige aux fins de déclaration de jugement commun.

A l'audience du 21 mars 2002 à laquelle l'affaire fut plaidée, les requérants demandent encore acte qu'ils ne maintiennent plus leur demande en déclaration de jugement commun pour autant qu'elle est dirigée contre SOC 3) . Il échet de leur en donner acte.

Le litige qui oppose les parties s'intègre dans des rétroactes qui peuvent être résumés comme suit, au regard des éléments constants en cause :

La société SOC 2) a acquis les titres SOC 1) en 1984.

Par deux cessions intervenues en novembre 1989 et en novembre1991, SOC 2) céda 75 % des parts de SOC 1) à l'ensemble des personnes physiques actuellement parties en cause, les défendeurs 1 à 22 détenant une participation majoritaire.

En 1992 SOC1) a acheté 25 % du capital de la société de droit portugais SOC5) Gestao e participaçoes. Société holding qui détient le groupe SOC5) lequel comprend une trentaine d'entreprises actives au Portugal et en Mozambique.

Cette participation fut portée à 46,61 % en 1996.

Les différentes personnes physiques parties au litige détiennent également des participations directes dans le capital d' SOC5) .

En octobre 1996, le capital de SOC1) était majoritairement détenu par les défendeurs 1 à 22 à raison de 55,5 %, SOC2) détenant 24,15 % et les demandeurs 1à 5 détenaient 20,73 % du capital. (Ces chiffres avancés par les défendeurs apparaissent également dans la note de plaidoirie des demandeurs, p. 4).

Fin 1996, pour éviter une imposition éventuelle au Portugal alors que la société était détenue à plus de 50 % par des résidents portugais, les actionnaires de SOC1) décidèrent de procéder à une augmentation de capital de 30.000.000.-LUF intégralement souscrite par SOC2) ayant pour effet de faire de cette dernière, Anstalt de droit du Liechtenstein, l'actionnaire majoritaire de SOC1) . Sa participation s'élevait désormais à plus de 52 % des actions (52,43% suivant les défendeurs et 54,47 % suivant les demandeurs.)

Les défendeurs 1 à 22 font valoir que cette opération faisant apparaître SOC2) comme actionnaire majoritaire ne devait constituer qu'une solution temporaire, le demandeur sub 1 et le défendeur sub 1 ayant convenu verbalement que les titres seraient rétrocédés aux différents actionnaires en proportion de leurs participations respectives et au prix de souscription, une fois le péril fiscal passé.

A aucun moment les défendeurs 1 à 22 n'auraient entendu céder leur contrôle sur la société SOC1) et partant sur SOC5) à SOC2) , établissement de droit du Liechtenstein, lequel se serait engagé à ne pas voter avec les actions provenant de l'augmentation de capital.

Cette version des faits est contestée par les demandeurs 1à 5, lesquels soutiennent que tous les actionnaires autres que SOC2) n'auraient jamais été que détenteurs fiduciaires des actions SOC1) et que dès lors il aurait été décidé de revenir en arrière d'une part pour les raisons fiscales avancées et d'autre part parce que cela constituait un juste retour des choses. les actions SOC1) n'ayant été transférées aux requérants qu'à titre fiduciaire pour donner une façade portugaise à la société.

Suite à une demande introduite par les défendeurs. la Cour suprême du Liechtenstein, dans une décision du 2 avril 1998. fit interdiction à SOC2) d'exercer le droit de vote lié aux actions SOC1) acquises suite à l'augmentation de capital de 1997, en les termes suivants « wenn dadurch die im gleichen Sinne abstimmenden 20 Kläger überstimmt würden. Dieses Verbot gilt nur dann. wenn der Beklagten vor dem Abstimmungsvorgang das bevorstehende einheitliche Abstimmungsverhalten der

Kläger zur Kenntnis gebracht wird. Es liegt kein Verstoss gegen dieses Verbot vor. wenn bei der Abstimmung selbst nicht alle Kläger im gleichen Sinne geschlossen abstimmen. »

Par la suite les parties se sont querellées devant les tribunaux du Liechtenstein sur la question de savoir si l'interdiction de mise en minorité contenue dans la décision du 2 avril 1998 incluait une interdiction de mise à parité des voix ou non.

Une première décision du tribunal du Liechtenstein du 8 juin 1998 décida que l'interdiction de mise en minorité n'incluait pas l'interdiction de mise à parité des voix.

Sur recours des actuels défendeurs, le tribunal de deuxième instance F.L. Obergericht infirma cette décision, et décida que l'interdiction de mise en minorité imposée à SCC2) incluait l'interdiction de mise à parité des voix.
SCC2) devait, suivant cette approche, voter avec une voix de moins que les actuels défendeurs.

Suite à un recours en cassation intenté par le demandeur sub 1), le F.L. Oberster Gerichtshof rendit un arrêt en date du 5 août 1999, qui rejeta cette interprétation et retint lui aussi que l'interdiction de mise en minorité les défendeurs n'incluait pas l'interdiction de mise à parité des voix .

Au cours de l'AGE du 22 juin 1999, dont la nullité est actuellement soulevée par les demandeurs, les défendeurs ont mis à profit la majorité d'une voix dont ils disposaient sur base de l'interprétation de la notion « überstimmen » retenue par l'arrêt du 10 mars 1999, pour changer la composition du conseil d'administration.

Le nouveau conseil décida en date du 24 juin 1999 de procéder à une augmentation de capital sur base de la délégation qui lui avait été consentie lors de l'assemblée générale du 29 novembre 1996 ayant porté le capital autorisé à 250.000.000 flux et lui ayant donné pouvoir de supprimer le droit de souscription préférentiel.

Lors de la souscription, les 69.000 actions nouvelles ont été souscrites par la société SCC3) qui est alors devenue actionnaire majoritaire de SCC1) .

La demande des requérants tend principalement à voir prononcer la nullité de l'AGE du 22 juin 1999 avec la conséquence que la décision prise par le conseil d'administration de SCC1) en date du 24 juin 1999 et toutes les résolutions adoptées par l'AGE du 11 septembre ainsi que toutes les autres décisions sociales prises après le 22 juin 1999 seraient également à déclarer nulles.

Suivant les dernières conclusions des requérants, cette demande n'est plus basée sur le non respect de la décision de la Cour Supérieure du Liechtenstein, mais sur la violation des articles 67 (3) et 67 (4) de la loi sur les sociétés commerciales.

Les défendeurs soulèvent, en ce qui concerne la demande tendant à la nullité de la cinquième résolution de l'assemblée du 29 novembre 1996, l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt dans le chef des requérants, alors qu'ils auraient eux-mêmes suggéré et approuvé cette assemblée.

A titre subsidiaire, ils concluent quant au fond à titre principal à voir déclarer la demande non fondée, estimant que tant l'AGE du 29 novembre 1996 que l'augmentation de capital décidée par le conseil en date du 24 juin 1999 sont valables.

A titre subsidiaire, pour le cas où le tribunal devait venir à la conclusion que l'émission du 24 juin 1999 n'était pas couverte par l'autorisation de l'assemblée du 29 novembre 1996, les défendeurs concluent reconventionnellement à voir annuler l'augmentation de capital décidée par la deuxième résolution de l'assemblée du 29 novembre 1996 et par là tous les droits attachés aux 21.937 actions acquises par (SOC 2) suite à cette augmentation.

1.) Quant à la demande principale :

La demande des requérants tend en ordre principal à voir prononcer la nullité des résolutions de l'assemblée générale extraordinaire du 22 juin 1999 ayant abouti à une recomposition du conseil d'administration et à l'annulation corrélative de la décision du conseil d'administration du 24 juin 1999 relative à l'augmentation de capital

Les requérants font valoir à l'appui de cette demande, que les défendeurs auraient en attendant la décision interprétative de la Cour suprême du Liechtenstein, profité du fait que (SOC 2) devait voter avec une voix de moins qu'eux pour procéder abusivement à la recomposition du conseil d'administration en écartant l'ancien conseil représentant paritairement les demandeurs et les défendeurs pour lui substituer un conseil privilégiant leurs intérêts.

Ils estiment que les dispositions de l'article 67 (3) et (4) de la loi luxembourgeoise sur les sociétés auraient été violées, alors que (SOC 2) se serait vue privée d'une partie du droit de vote attaché à ces actions, ce qui l'aurait mise en minorité de fait.

Les défendeurs contestent toute violation de cette disposition légale et font valoir que (SOC 2) aurait parfaitement pu voter avec toutes ses voix au lieu de se faire mettre en minorité, alors « qu'on ne peut concevoir que des décisions étrangères et dépourvues de force exécutoire au Luxembourg aient pu supprimer ou restreindre le droit de vote de l'actionnaire d'une société anonyme luxembourgeoise lors d'une assemblée tenue en territoire luxembourgeois ! ».

Ils développent leur argumentation, en faisant valoir que les décisions des tribunaux du Liechtenstein obligeant (SOC 2) à voter avec une voix de moins que le bloc des défendeurs n'auraient pas constitué une contrainte irrésistible pour les requérants ,qui tout compte fait n'auraient risqué que d'engager leur responsabilité civile .

Dès lors ils devraient maintenant assumer le choix qu'ils ont fait de se conformer à l'interprétation retenue par le F.L. Obergericht et ne seraient pas en droit de réclamer l'annulation de l'assemblée au cours de laquelle il n'ont pas voté avec toutes leurs voix.

Le tribunal estime cependant qu'on ne saurait reprocher aux requérants d'avoir respecté une décision judiciaire et de s'y être conformés.

Les requérants sont dès lors recevables à critiquer les décisions prises lors de l'assemblée du 22 juin.

Il ressort des rétroactes du dossier que, suite à la décision des tribunaux du Liechtenstein (SCC2) , obligée de voter avec une voix de moins que les défendeurs, s'est retrouvée de fait minoritaire lors de l'assemblée du 22 juin 1999. Cette privation partielle de son droit de vote résultant d'une décision judiciaire ne saurait cependant constituer une violation de l'article 67 de la loi sur les sociétés.

Partant, on ne saurait reprocher aux défendeurs d'avoir mis à profit cette majorité d'une voix pour recomposer le conseil d'administration de façon à ce qu'il reflète cette majorité.

Il n'y donc pas lieu d'annuler l'assemblée générale extraordinaire du 22 juin 1999, ayant abouti à la recomposition du conseil d'administration de (SCC1) et l'annulation de la décision prise le 24 juin 1999 par le conseil d'administration ainsi recomposé ne peut partant être retenue sur cette base.

2.) Quant à la demande tendant à l'annulation de la cinquième résolution de L'AGE de (SCC1) du 29 novembre 1996 pour violation de l'article 32-3 al. 5 de la loi sur les sociétés et à l'annulation corrélative des décisions de l'AGE du 22 juin 1999 :

Cette cinquième résolution, votée à l'unanimité lors de l'assemblée du 29 novembre 1996, a introduit dans les statuts un capital autorisé fixé à 250 millions de flux en application de l'article 32 (2) de la loi sur les sociétés et a donné pouvoir au conseil de limiter ou de supprimer le droit de souscription préférentiel des associés.

Les demandeurs soutiennent que la suppression du droit de souscription préférentiel n'aurait pas été spécialement annoncée dans la convocation, alors qu'il n'y aurait même pas eu de convocation à l'assemblée. et que par ailleurs le rapport prévu à l'article 32-3 (5) n'aurait constitué qu'un simulacre alors qu'il ne contiendrait pas de justification détaillée de la suppression du droit de souscription, ni de mention du prix des actions à émettre.

Les défendeurs soulèvent le défaut d'intérêt des requérants pour contester une résolution qu'ils ont eux-mêmes proposée et approuvée.

Les règles relatives à la convocation et à la tenue des assemblées générales appelées à statuer sur une modification des statuts et les conséquences de leur inobservation sont identiques à celles que produit cette inobservation lorsqu'il s'agit d'assemblées générales AG ne devant prendre que des délibérations ordinaires.

L'assemblée ne sera nulle, ainsi que les délibérations qu'elle aura prises,que lorsque la violation des règles conventionnelles ou légales aura eu pour effet de fausser les résolutions ; au contraire elle sera valable lorsqu'il apparaîtra que le défaut d'observation de ces règles n'aura produit sur ces décisions aucun effet tangible. (cf. RESTEAU Traité des S.A.3 ème éd.).

La doctrine retient encore que la nullité est simplement facultative en cas d'irrégularité dans la communication d'informations aux actionnaires ou dans la convocation, ce qui suppose par conséquent pour qu'une nullité soit prononcée, que cette irrégularité ait pu avoir une incidence sur la délibération. (Yves Guyon, Droit des affaires, Droit commercial général et droit des sociétés, T 2 les sociétés commerciales n° 149, collection Thémis).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, les associés ayant voté la résolution à l'unanimité sans formuler de réserves, ni au moment du vote ni par la suite.

Il résulte même de l'acte notarié de Me Franck BADEN que « l'intégralité du capital social était présente ou représentée à la présente assemblée, et qu'il a pu être fait abstraction des convocations d'usage, les actionnaires se reconnaissant dûment convoqués et déclarant avoir eu connaissance de l'ordre du jour qui leur a été communiqué au préalable. »

On peut même déduire de cette mention que les requérants ont renoncé à invoquer ce vice de forme. En ce sens on peut citer J. DELVAUX qui estime, dans son cours de droit des sociétés, que la nullité pour inobservation des règles de forme ne peut être demandée que par celui qui en a souffert et à condition qu'il n'ait pas renoncé à invoquer cette nullité en assistant à l'assemblée sans protester.

Ce n'est que suite à la décision prise par le nouveau conseil d'administration de SCC1) de procéder à l'émission de nouvelles actions sur base de la délégation consentie au conseil le 29 novembre 1996, que la cinquième résolution a subitement été critiquée par les requérants.

La demande en annulation de la cinquième résolution de l'assemblée du 29 novembre 1996 est partant à déclarer irrecevable.

Par voie de conséquence, ni les décisions de L'AGE du 22 juin 1999, ni celles prises par le conseil en date du 24 juin 1999, ni enfin l'AGE du 11 septembre 1999 ne sauraient être déclarés nulles de ce chef.

3) Quant à la demande en annulation de la décision du conseil d'administration du 24 juin 1999 relative à l'augmentation de capital sur le fondement de l'article 32-3 al (5) de la loi sur les sociétés.

En ce qui concerne ce chef de la demande, les requérants font valoir à titre principal qu'aucun rapport n'aurait été établi lors de la réalisation effective de cette suppression du droit de souscription préférentiel.
Ils développent ensuite le moyen tiré du détournement de pouvoir du conseil agissant sur délégation de l'assemblée, ainsi que le moyen tiré de la fraude ou du manquement à l'obligation de bonne foi.

Il ne résulte ni de la loi du 10 août 1915, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 24 avril 1983 , ni de la doctrine que le conseil ait l'obligation de présenter un rapport aux actionnaires après avoir procédé à une émission d'actions sur base du capital autorisé et que ce nouveau rapport devrait être annexé à l'augmentation de capital réalisée par le conseil d'administration.

Dans la mesure où le conseil agit dans le cadre d'une délégation de l'assemblée , il semble logique de n'exiger une information des actionnaires qu'au moment où ceux-ci sont amenés à voter l'augmentation de capital autorisé et partant à conférer la délégation au conseil.

Comme ils n'ont pas à être consultés par le conseil par la suite, on ne voit pas très bien à quel stade ce deuxième rapport interviendrait.
Ce qui est certain, c'est que le conseil amené à justifier de l'usage de la délégation qui lui a été accordé par l'assemblée, devra établir sur demande de l'assemblée, que les conditions spécifiées au rapport préalable antérieur au vote de l'augmentation du capital autorisé étaient données.

Ce moyen est partant à rejeter.

Les requérants font encore valoir que le conseil d'administration aurait procédé à l'augmentation de capital du 24 juin 1999, sans se tenir aux conditions qui avaient été fixées pour recourir au mécanisme du capital autorisé et qu'il aurait utilisé l'augmentation de capital de 1999 comme une mesure de justice privée pour contrecarrer les effets de l'augmentation de capital de 1996 et réduire l'influence de SOCFIN .

Les défendeurs répliquent que ce moyen serait irrecevable, alors qu'il constituerait une base nouvelle non reprise dans l'assignation.

Cet argument doit cependant être rejeté, alors que seules les demandes nouvelles formulées en cours d'instance sont contraires au contrat judiciaire, les moyens nouveaux peuvent être invoqués en tout état de cause, et même pour la première fois en appel.

Le capital autorisé est sur le plan juridique à considérer comme une délégation de pouvoirs faite par l'assemblée des actionnaires au conseil d'administration pour réaliser, dans les limites qu'elle détermine, l'augmentation du capital souscrit.

Une délégation par l'assemblée de ses pouvoirs de modifier les statuts est exceptionnelle et dès lors toute délégation autorisée par la loi est à interpréter de façon restrictive. (cf. J. DELVAUX Cours de Droit des sociétés précité).

Les limitations aux pouvoirs du conseil d'administration pour réaliser le capital autorisé ressortent entre autres du libellé de l'autorisation accordée.

En l'espèce il ressort du rapport du conseil d'administration de l'assemblée générale du 29 novembre 1996, que le pouvoir de suppression du droit de souscription préférentiel des actionnaires aurait été sollicité par le conseil pour faire face à deux hypothèses précises :

1. Pour le cas où une décision rapide d'accepter la souscription d'un nouvel actionnaire sans avoir recours à une consultation des actionnaires existants s'avérait nécessaire au regard des circonstances économiques et financières.
2. Pour le cas où la souscription par un tiers serait rendue nécessaire pour éviter à la société des dommages graves et imminents

Or il ressort éléments du dossier, que les conditions avancées en 1996 n'étaient pas données au moment où le conseil a fait usage de la délégation lui consentie :

Les conditions économiques et financières n'étaient pas telles qu'elles auraient justifié une décision rapide d'accepter la souscription d'un nouvel actionnaire sans avoir recours à la consultation des actionnaires existants,

La souscription par un tiers n'était pas non plus nécessaire pour éviter le cas échéant à la société des dommages graves et imminents.

Il résulte en outre des éléments du dossier que l'augmentation de capital n'était conforme ni à l'intérêt social de la société, ni à l'intérêt des actionnaires, si tant est qu'on puisse les distinguer.

La société n'avait en effet pas besoin de fonds. Les bénéfices reportés de (SOC 1) s'élevaient à l'époque à 1,75 milliards de Luf, le poste avoirs en banque s'élevant fin 1999 à 213,7 millions.

Le conseil constate d'ailleurs que lors de l'augmentation de capital de 1999, les produits de l'augmentation de 1996 n'étaient pas encore épuisés et n'avaient pas encore fait l'objet d'investissements permanents.

L'augmentation de capital ne se justifiait partant pas en termes financiers.

Dans ce contexte on peut encore souligner que (SOC3) qui a été la seule à souscrire les actions nouvellement émises pour un total de 94.36 millions. à bénéficié pour le même exercice d'un dividende de 103.5 Million.

Il résulte par ailleurs clairement du procès verbal du conseil du 24 juin 1999, que le but de l'augmentation de capital était de rétablir l'influence des actionnaires personnes physiques, en émettant des actions nouvelles en faveur d'une société dans laquelle ces personnes se trouvaient réunies dans les mêmes proportions.

(cf Pt 4.9 du procès verbal de la réunion du conseil du 24 juin 1999 : « les droits des actionnaires personnes physiques de (SOC1) dans (SOC2) étant maintenant contestés par le détenteur formel des droits de fondateurs de (SOC2), il importe de rétablir l'influence des actionnaires personnes physiques, en émettant des actions nouvelles en faveur d'une société portugaise où les actionnaires personnes physiques se trouvent réunis dans les mêmes proportions et sans que ces participations puissent être contestées ou mises en question; ...

Que par conséquent, et tel qu'il avait été convenu préalablement entre les actionnaires, il convient de restaurer les participations respectives qui existaient avant l'augmentation de capital du 29 novembre 1996, ce que le détenteur formel des droits de (SOC2) refuse malgré les accords intervenus...

Avec une augmentation commerciale souscrite exclusivement par (SOC3), la position actionnaire de (SOC2) revient donc à 24,12 % soit celle qui existait avant l'augmentation de capital de 1996. »

Il ressort clairement de cette motivation que le conseil a utilisé la délégation qui lui avait été consentie par l'assemblée, pour favoriser une partie des actionnaires et rétablir une situation dans lesquelles ceux-ci retrouveraient la majorité au détriment de (SOC2).

Cette augmentation s'est par ailleurs faite au détriment des droits de l'ensemble des actionnaires, puisque l'augmentation de capital s'est faite sans prime d'émission, ce qui a eu pour effet de diluer les droits des anciens actionnaires.

La situation en 1999 ne peut à cet égard se comparer avec l'augmentation de capital de 1996, au cours de laquelle les actionnaires ont unanimement renoncé à la prime d'émission, alors qu'ils étaient à l'époque mus par un souci commun de favoriser le nouvel actionnaire.

La délibération litigieuse du conseil, agissant dans le cadre d'une délégation de pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire et ayant eu pour effet une modification des statuts n'est pas à examiner dans le cadre de l'article 12 ter de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, cet article étant applicable uniquement aux vices de forme.

En l'espèce, la délibération du conseil ayant abouti à l'augmentation de capital de novembre 1999 est affectée d'une nullité de fond, alors qu'entachée de détournement de pouvoir.

La résolution litigieuse a en effet été prise en violation de la délégation accordée par l'assemblée, dans l'unique dessein de favoriser une partie des actionnaires au détriment des autres.(cf Y. GUYON, Droit des affaires, précité, no 456 et ss)

Il y a partant eu violation de l'article 1833 du Code civil lequel dispose que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés et la communauté d'intérêt des actionnaires, élément essentiel du contrat de société, est rompue.

Il suit de l'ensemble de ces considérations, que l'augmentation de capital réalisée par le conseil d'administration en date du 24 juin 1999 est à annuler pour détournement de pouvoir par le conseil. Toutes les assemblées consécutives auxquelles ont pris part le nouvel actionnaire (SCC3) respectivement le cessionnaire des actions sont partant à annuler, de même que l'ensemble des délibérations qui y ont été prises, l'annulation d'une délibération produisant un effet rétroactif. (cf. en ce sens Yves GUYON, précité, n° 442 et ss.)

4.)Quant à la demande reconventionnelle formulée par les défendeurs tendant à l'annulation de l'augmentation de capital classique votée par l'assemblée en date du 29 novembre 1996.

Il ressort tant des explications des parties que de l'acte notarié du 16 décembre 1996, contenant l'assemblée générale extraordinaire de (SCC1) du 29 novembre 1996, qu'au cours de cette assemblée les actionnaires ont d'abord dans la deuxième résolution décidé à l'unanimité d'augmenter le capital social à concurrence de trente millions de francs pour le porter à 75.000.000.-LUF.

Les 21937 actions nouvellement émises ont toutes été acquises par (SCC2), les autres actionnaires ayant renoncé à leur droit de souscription préférentiel.

Puis, dans la cinquième résolution, les actionnaires ont fixé le capital autorisé à 250.000.000.-LUF et autorisé le conseil à limiter le droit de souscription préférentiel des actionnaires.

La demande reconventionnelle tend à voir prononcer la nullité de la deuxième résolution de l'assemblée au cours de laquelle les actionnaires ont volontairement renoncé à exercer leur droit de souscription.

Les demandeurs sur reconvention font en effet valoir que la proposition de supprimer le droit préférentiel de souscription n'aurait pas été annoncée dans la convocation, et que même s'il s'agissait d'une assemblée plénière qui s'est réunie par auto-

convocation. l'ordre du jour indiqué dans le procès verbal notarié ne contiendrait pas la mention de la suppression du droit de souscription préférentiel.

De plus la décision d'émettre les actions au profit de SCC2) aurait été prise sans qu'il n'y ait eu de rapport du conseil d'administration.

Or il résulterait clairement des travaux préparatoires relatifs à la loi du 24 avril 1983, que la décision de l'assemblée, lorsqu'elle augmente le capital ou lorsqu'elle décide d'un capital autorisé, ne peut être prise que sur présentation d'un rapport établi par le conseil d'administration de la société indiquant la justification de cette mesure et le prix d'émission proposé.

Un tel rapport n'ayant pas été présenté, la deuxième résolution devrait être annulée.

Les défendeurs répliquent que l'article 32-3 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales viserait à protéger, lors d'une augmentation de capital, les anciens actionnaires dont le droit de souscription préférentiel se trouverait supprimé soit par l'assemblée soit par le conseil.
En revanche, il n'y aurait pas lieu à rapport lorsque les anciens actionnaires décideraient eux-mêmes, chacun pour son compte, de ne pas exercer leur droit de souscription préférentiel, ce alors que chaque actionnaire serait libre d'exercer ou non son droit de souscription.

Ce n'est que lorsque ce droit serait limité ou supprimé par un tiers qu'il y aurait lieu à protection et donc à confection d'un rapport préalable du conseil.

Afin d'assurer aux actionnaires de la société augmentant son capital social en numéraire le droit de maintenir leur position du point de vue du droit de vote dans la société après l'augmentation de capital et de leur garantir leurs droits patrimoniaux par rapports aux réserves accumulées mais non encore distribuées, la loi du 24 avril 1983 a introduit en faveur des anciens actionnaires un droit de souscrire par préférence aux nouvelles actions à émettre.

Ce droit oblige la société à offrir par préférence les nouvelles actions à souscrire aux anciens actionnaires de la société, en proportion de la partie que les actions de ces actionnaires représentent dans le capital souscrit.

Cette obligation a été respectée en l'espèce et les actionnaires, tous représentés ou présents à l'assemblée ont volontairement renoncé à exercer leur droit.
Le droit préférentiel de souscription n'est en effet pas un droit intangible, et les actionnaires peuvent y renoncer.

De la sorte leur droit de souscription n'a été ni limité, ni supprimé, alors que nul ne les a contraint à renoncer à exercer leur droit.

Ils n'ont pas été privés contre leur gré de ce droit par une décision de l'assemblée ou du conseil , mais ils y volontairement renoncé pour faire en sorte que SCC2)

devienne l'actionnaire majoritaire de SOC1) et que les actionnaires personnes physiques domiciliés au Portugal ne courent pas le risque de faire les frais de la réforme fiscale annoncée par certains.

Dès lors le tribunal est d'avis que l'article 32-3 alinéa 5 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

Les défendeurs sont partant à débouter de leur demande reconventionnelle, laquelle est à déclarer non fondée.

Il échet d'allouer à chacun des requérants une indemnité de procédure de 750.-EUR à mettre solidairement à charge des défendeurs ; ces derniers pour avoir succombé à la demande sont à débouter de leur demande formulée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

5.) Quant à la demande visant à voir le présent jugement déclaré commun à SOC4) qui a acquis de SOC3) les actions émises lors de l'augmentation de capital décidée par délibération du conseil d'administration , délibération annulée par le présent jugement.

Il est admis en doctrine que la nullité n'est pas opposable aux tiers de bonne foi (Y. GUYON Droit des affaires. Droit commercial général et droit des sociétés, no 442 et ss.).

En l'espèce SOC4) fait valoir qu'elle devrait être considérée comme un tiers de bonne foi et que la nullité ne lui serait donc pas opposable.

Il résulte cependant des éléments du dossier que SOC3) qui a initialement souscrit les actions émises suite à l'augmentation de capital litigieuse, reprend dans son actionnariat les requérants à concurrence de 28,1 % et les défendeurs à concurrence de 71,9 %.

La participation souscrite par SOC3) dans SOC1) a ensuite été cédée à SOC4) S.A, laquelle a transféré en tant qu'actif fiduciaire l'intégralité de son capital social à un trust soumis à la loi de l'île anglo- normande de JERSEY dénommé « (...) »!!!

Tant parmi les trustees que parmi les settlors de ce trust on retrouve une bonne partie des assignés.
Au vu de l'ensemble des ces éléments. SOC4) n'est pas à considérer comme un tiers de bonne foi et il y a lieu de lui déclarer commun le présent jugement.

PAR CES MOTIFS,

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième section, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

r e ç o i t les demandes introduites par les exploits des19 janvier 2000 et 14 décembre 2000 en la pure forme,

o r d o n n e la jonction des rôles 49 978 et 50935 ;

d o n n e a c t e aux requérants qu'ils renoncent à leur demande dirigée contre SOC3) ;

d i t la demande principale partiellement fondée ;

a n n u l e la décision du conseil d'administration du 24 juin 1999 relative à l'augmentation de capital ainsi que tous les actes d'exécution pris sur base de cette décision ;

d é c l a r e la demande reconventionnelle non fondée ;

d é b o u t e les défendeurs de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure,

d é c l a r e le présent jugement commun à SOC4)

c o n d a m n e les défendeurs 1 à 22 aux frais et dépens de l'instance.

c o n d a m n e les défendeurs 1 à 22 solidairement à payer à chacun des requérants une indemnité de procédure de750,.EUR.