**Texte pseudonymisé**

**Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.**

**Arrêt N° 124/24 IV-COM**

Audience publique du neuf juillet deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2023-00580 du rôle

Composition:

Michèle HORNICK, premier conseiller président;
Carole BESCH, conseiller;
Claudine ELCHEROTH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

**E n t r e**

**PERSONNE1.),** demeurant à E-ADRESSE1.),

**appelant** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Véronique Reyter d'Esch-sur-Alzette du 26 avril 2023,

comparant par Maître Hervé Hansen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

**la société anonyme SOCIETE1.) SA,** en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

**intimée** aux fins du prédit acte Reyter,

comparant par Maître Nuria Izquierdo Martin, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL

### Faits

PERSONNE1.) (ci-après : PERSONNE2.)) détient une participation à hauteur de 42,655% dans l'actionnariat de la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après : SOCIETE2.)), actuellement en liquidation volontaire, le restant des actions (57,3345%) étant détenu par la société anonyme SOCIETE3.) SA (ci-après : SOCIETE4.)).

Lors de l'assemblée générale des actionnaires de SOCIETE2.) du 10 mai 2021 (ci-après : l'Assemblée générale), à laquelle seule SOCIETE4.) était présente, les comptes annuels (rectifiés) de l'exercice 2019 ont été approuvés, le résultat a été alloué « to the previous year's losses » et la décharge a été accordée au liquidateur.

### Procédure de première instance

Invoquant une irrégularité de forme dans sa convocation à l'Assemblée générale, PERSONNE2.) a saisi, par exploit d'huissier de justice du 12 novembre 2021, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir annuler l'ensemble des résolutions prises lors de l'Assemblée générale (ci-après : Résolutions).

Par jugement du 23 février 2023, le Tribunal a dit la demande en annulation recevable mais non fondée.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a, en application de l'article 100-22 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après : la Loi de 1915), retenu qu'il appartient à PERSONNE2.) de rapporter la preuve de l'irrégularité de forme invoquée et d'établir que cette irrégularité a pu avoir une influence sur les Résolutions prises.

Le Tribunal a ensuite constaté que le liquidateur de SOCIETE2.) a adressé le 30 avril 2021 à PERSONNE2.) la convocation à l'Assemblée générale du 10 mai 2021 par le service Carta Digital, service proposé par la poste espagnole permettant l'envoi digital d'une lettre recommandée ; que la lettre de convocation avait été à la disposition de PERSONNE2.) le jour même (30 avril 2021) et que le facteur a essayé de délivrer à PERSONNE2.) la lettre recommandée le 7 mai 2021, mais que ce dernier était absent à cette date.

Selon le Tribunal, comme il n'était pas établi que PERSONNE2.) avait été averti que le courrier en format digital en question était à sa disposition dès le 30 avril 2021, la convocation n'a été portée à sa connaissance que le 7 mai 2021.

Le délai de convocation de 8 jours, requis par l'article 450-9 de la Loi de 1915 n'ayant pas été respecté, le Tribunal a retenu que les Résolutions prises lors de l'Assemblée générale du 10 mai 2021 sont entachées d'une irrégularité formelle.

Le Tribunal a cependant dit la demande en nullité non fondée motif pris que PERSONNE2.) est resté en défaut de rapporter la preuve que son absence à l'Assemblée générale ait pu avoir une influence sur les Résolutions, respectivement d'établir ses reproches quant à l'existence d'un excès de pouvoir et/ou d'un détournement de pouvoir par SOCIETE4.).

Le Tribunal a encore dit non fondée la demande reconventionnelle de SOCIETE2.) en paiement de dommages et intérêts, les conditions de l'article 6-1 du Code civil, notamment la preuve d'un abus, n'étant pas remplies.

La demande de SOCIETE2.) en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile a finalement été déclarée fondée pour le montant de 1.000 euros.

**L'appel**

De ce jugement, qui ne lui a pas été signifié, PERSONNE2.) a relevé appel par exploit d'huissier du 26 avril 2023. Il demande par réformation du jugement déféré de voir annuler les trois résolutions adoptées à l'Assemblée générale.

Il approuve la motivation du Tribunal retenant une irrégularité formelle en raison du non-respect du délai légal de convocation. Il critique cependant le Tribunal pour avoir estimé qu'il lui incombait également de rapporter la preuve arithmétique qu'en participant effectivement à l'Assemblée générale, il aurait pu exercer une influence déterminante sur le vote par l'actionnaire majoritaire de SOCIETE2.) des résolutions litigieuses finalement adoptées. Il estime en citant des jurisprudences et doctrines belges, françaises et luxembourgeoises que l'irrégularité formelle tenant dans le défaut de convocation est une violation d'une règle impérative, qui est sanctionnée par une nullité sans condition.

Il avance que le liquidateur de SOCIETE2.) alors en fonctions, savait pertinemment avant la tenue de l'Assemblée générale du 10 mai 2021 qu'il n'avait pas été touché à temps par sa convocation du 30 avril 2021. Il lui reproche de ne pas avoir essayé de l'informer par courriel et estime qu'en se contentant d'envoyer la convocation via le service Carta Digital le 30 avril 2021, le liquidateur voulait s'assurer que l'appelant ne soit informé que tardivement afin de l'empêcher d'organiser utilement sa participation à l'Assemblée générale et que dès lors l'irrégularité « confine à la manœuvre litigieuse ».

Il réplique encore à SOCIETE4.) qu'en raison de la nullité de l'Assemblée litigieuse et en vertu de l'adage *quod nullum est, nullum producit effectum*, il ne saurait être question d'une « ratification ex post régulière des résolutions » par l'approbation des comptes annuels de 2020, la nullité de l'Assemblée générale étant source de nullités dites « en cascades », affectant les actes pris en conséquence.

SOCIETE2.) fait grief au Tribunal d'avoir retenu une irrégularité formelle en raison du non-respect du délai légal de convocation et demande par réformation du jugement de dire que le délai légal de convocation a été respecté et qu'en conséquence les résolutions litigieuses ne sont pas entachées d'une irrégularité formelle. Elle conclut à la confirmation du jugement pour le surplus. En tout état de cause elle demande la condamnation de l'appelant au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle explique qu'au vu des délais incertains et longs de l'acheminement du courrier vers les Îles Canaries, lieu de résidence de l'appelant, le liquidateur a choisi le service espagnol Carta Digital, qui permet l'envoi en partie dématérialisé de courriers simples ou recommandés. Ce service serait un service d'expédition dématérialisée de lettre missive dont l'envoi et la réception sur papier sont documentés et correspondrait dès lors à un envoi par « lettre recommandée », tel que l'a retenu à juste titre le Tribunal. Elle avance qu'il résulte des modalités de remise que le courrier recommandé a été mis à disposition de l'appelant dès le 30 avril 2021 et qu'une dernière tentative de délivrance a été faite par le facteur le 7 mai 2021 et que finalement l'appelant n'est jamais allé réclamer le courrier.

Elle conteste toute manœuvre frauduleuse de sa part et explique qu'elle n'a jamais eu, avant décembre 2022 et malgré demande en ce sens, la communication d'une adresse électronique de la part de l'appelant de sorte qu'elle était contrainte de lui adresser le courrier en passant par le service Carta Digital.

Elle approuve le Tribunal d'avoir retenu que l'irrégularité de forme n'entraîne pas automatiquement la nullité des résolutions et qu'au vu de l'absence de preuve que l'irrégularité a pu avoir une influence sur les décisions prises à l'Assemblée, la demande a été déclarée non fondée.

Elle relève encore que les comptes rectifiés pour 2019, approuvés par l'Assemblée générale du 10 mai 2021 ont servi de comptes d'ouverture pour 2020, qui ont été approuvés par l'assemblée générale le 10 février 2022 en présence de l'appelant sans qu'il n'y ait eu des contestations de sa part.

**Appréciation**

Recevabilité

L'appel principal interjeté dans les délais et forme de la loi est recevable.

La partie intimée qui a obtenu gain de cause peut, sans être obligée de relever appel incident, reprendre en appel tous les moyens qu'elle avait invoqués devant le tribunal, même ceux qui ont été rejetés par le jugement[1]. Si l'intimé veut rediscuter les motifs par lesquels la juridiction du premier degré a rejeté l'un de ses moyens, il suffit de reproduire ceux-ci en instance d'appel sans devoir interjeter appel incident[2]. En effet, il n'y a lieu à appel incident que lorsque l'intimé poursuit à son tour la réformation du jugement.

Il s'ensuit que l'appel incident de SOCIETE2.), qui ne fait que reprendre son moyen relatif à la régularité de la convocation, est à déclarer irrecevable.

La demande en nullité

L'article 100-22 de la Loi de 1915 qui fixe le régime des nullités des assemblées générales est rédigé comme suit :

*« Est frappée de nullité, la décision prise par une assemblée générale visée par la présente loi :*

*1. lorsque la décision prise est entachée d'une irrégularité de forme, si le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la décision ;*

*2. en cas de violation des règles relatives à son fonctionnement ou en cas de délibération sur une question étrangère à l'ordre du jour lorsqu'il y a intention frauduleuse ;*

*3. lorsque la décision prise est entachée de tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir ;*

*4. lorsque des droits de vote qui sont suspendus en vertu d'une disposition légale non reprise dans la présente loi ont été exercés et que, sans ces droits de vote illégalement exercés, les quorums de présence ou de majorité requis pour les décisions d'assemblée générale n'auraient pas été réunis ;*

*5. pour toute autre cause prévue dans la présente loi. »*

Il résulte dès lors de la formulation de cet article que l'annulation des résolutions prises à une assemblée générale pour vice de forme, visée par le point 1., est soumise à trois conditions :

- une formalité n'a pas été respectée ;
- cette formalité a été obligatoire
- son non-respect a pu avoir une influence sur la décision

[1] Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, T. I, Appel, n°648
[2] Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2e édition, p. 776, n° 1472

En effet, depuis la réforme en 2016 de la Loi de 1915, le régime général des nullités se trouve expressément organisé à l'article 100-22 de la Loi de 1915 et prévoit en cas d'irrégularité de forme, la preuve que celle-ci ait pu exercer une influence déterminante sur le vote.

Les jurisprudences citées par l'appelant ne sont dès lors plus d'actualité, l'annulation d'une décision d'assemblée irrégulière ne sera jamais automatique dès la constatation d'une irrégularité, mais nécessite au vœu de l'article 100-22, point 1., précité également, la preuve que l'irrégularité formelle constatée ait pu avoir une influence sur les Résolutions, tel que l'a à juste titre retenu le Tribunal.

En ce qui concerne la régularité de la convocation à l'Assemblée générale, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que le mode d'envoi de la convocation choisi par SOCIETE2.) constitue une lettre recommandée avec accusé de réception dématérialisé.

A l'instar du Tribunal, la Cour constate que s'il est établi que la convocation a été remise au service postal le 30 avril 2021, les pièces versées par l'intimée n'établissent pas que l'appelant ait été averti de la mise à sa disposition du courrier recommandé dès le 30 avril 2021. L'intimée ne justifie pas non plus en instance d'appel de quelle manière concrète cette information serait parvenue à l'appelant.

SOCIETE2.) ne verse pas non plus de preuve que PERSONNE2.) ait reçu la lettre de convocation, respectivement ait été informé de son envoi endéans le délai légal prévu par l'article 450-9 de la Loi de 1915, d'au moins 8 jours avant l'Assemblée. Le tampon versé sur la dernière page de la pièce XIV (farde Me Martin) renseignant uniquement une tentative de remise du courrier par le facteur le 7 mai 2021, soit en-dehors du délai légal.

C'est à juste titre et pour des motifs exacts que la Cour adopte que le Tribunal a retenu que le délai de convocation pour l'Assemblée générale du 10 mai 2021 n'a pas été respecté et que les Résolutions y prises sont entachées d'une irrégularité formelle.

Conformément à ce qui a été retenu ci-avant, c'est encore à juste titre que le Tribunal a dit que la nullité n'est pas automatique mais qu'il faut la preuve que l'irrégularité formelle constatée ait pu avoir une influence sur les Résolutions.

A cet égard, il y a lieu de relever que le demandeur en nullité ne doit pas établir avec certitude que l'irrégularité a effectivement influencé la décision, mais il suffit qu'il établisse de manière raisonnable qu'en l'absence de cette irrégularité, la décision eût pu être différente, notamment à l'issue d'une délibération préalable au vote en présence de tous les actionnaires.

Or, pas plus qu'en première instance, PERSONNE2.) n'allègue ni n'établit de quelle manière sa présence aurait pu avoir une influence

sur le vote émis par l'autre actionnaire. Ce moyen d'appel n'est dès lors pas fondé.

L'appelant invoque encore qu'il y a eu intention frauduleuse de la part du liquidateur de SOCIETE2.) de ne pas respecter les formalités pour la convocation à l'Assemblée.

Cette affirmation ne s'appuie cependant sur aucun élément probant. L'intention frauduleuse ne saurait être déduite du seul fait que la lettre n'a été envoyée que dix jours avant la tenue de l'Assemblée générale, le liquidateur optant justement pour une transmission dématérialisée, et donc forcément plus rapide, afin de pouvoir respecter encore le délai légal de convocation.

L'appel n'est partant pas fondé.

La demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

SOCIETE2.) demande la condamnation de PERSONNE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Au vu de l'issue du litige, la Cour estime qu'il serait inéquitable de laisser à la charge de SOCIETE2.) l'intégralité des frais irrépétibles. Il y a partant lieu de faire droit à cette demande et de condamner PERSONNE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros.

**PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

dit irrecevable l'appel incident formulé par la société anonyme SOCIETE1.) SA,

reçoit l'appel principal,

le dit non fondé,

**confirme** le jugement du 23 février 2023,

condamne PERSONNE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) SA une indemnité de procédure de 2.000 euros,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.