

Arrêt N° 45/18 IV-COM

Audience publique du vingt-huit mars deux mille dix-huit

Numéro 43842 du rôle

Composition

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) **A**, retraité, demeurant à,

2) **la société anonyme B**, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 26 juillet 2016 ainsi que d'un acte de l'huissier de justice Alex Mertzig de Diekirch du 26 juillet 2016

comparant par Maître Georges Krieger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) **C**, commerçant, demeurant à,

intimé aux fins des prédits actes Schaal et Mertzig,

comparant par Maître Claude Clemes, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence de :

Maître Alain BINGEN, avocat à la Cour, demeurant à L-9227 Diekirch, 40, Esplanade, pris en sa qualité d'administrateur spécial comme gérant de la tutelle de D, veuve,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

C, A et leur mère D, veuve (ci-après « D »), sont les actionnaires de la société anonyme B (ci-après « la B »). C et A détiennent chacun 48% du capital social de ladite société, D en détient 4%. Fin 2015, le conseil d'administration était composé, outre de A et de C, des épouses de ces derniers, ... et

Par décision du 11 février 2015, D a été mise sous tutelle et son fils, A, a été désigné administrateur légal.

Par lettre du 16 décembre 2015, A, en sa qualité d'actionnaire, s'est adressé au conseil d'administration de la société pour requérir la convocation d'une assemblée générale ordinaire des actionnaires avec l'ordre du jour suivant :

1. *révocation de Monsieur ... C de ses fonctions d'administrateur de la Société ;*
2. *révocation de Madame ...- de ses fonctions d'administrateur de la Société et nomination de Madame ... en remplacement ;*
3. *démission de Monsieur ... de ses fonctions de commissaire aux comptes de la Société et nomination de Monsieur ... en remplacement ;*
4. *transfert du siège social de la Société et fixation de la nouvelle adresse au..., et*
5. *divers.*

Par courrier du 28 décembre 2015, A a signé, pour le conseil d'administration, la convocation à une assemblée générale des actionnaires devant se tenir le 14 janvier 2016 avec l'ordre du jour repris ci-dessus.

Par lettres du 12 janvier 2016, le conseil de C a écrit à A et au conseil d'administration de la société pour les informer que la convocation à l'assemblée générale des actionnaires était nulle dès lors « *qu'aucune réunion du conseil d'administration n'a eu lieu en vue de cette décision* ». Aux termes de cette lettre, C a requis la prorogation de l'assemblée générale en sa qualité d'actionnaire détenant au moins un cinquième du capital social de la société, y étant précisé que le refus de faire droit à cette demande entraînera la

nullité de l'assemblée non prorogée. Pour fonder sa demande en prorogation, C s'est référé à l'article 67 alinéa 5 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Le 13 janvier 2016, les administrateurs A et ...-... ont convoqué une réunion du conseil d'administration devant se tenir le 14 janvier 2016, ayant pour objet de délibérer de la demande de prorogation de l'assemblée générale émanant de l'actionnaire C. En cette même qualité, A et ... -... ont dressé un procès-verbal de la susdite réunion du conseil d'administration en notant que les conditions de quorum nécessaires à une réunion régulière du conseil d'administration n'étaient pas réunies, de sorte que le conseil n'a pu délibérer valablement sur l'ordre du jour.

L'assemblée générale des actionnaires s'est tenue à la suite de la réunion du conseil d'administration. Etaient présents ou représentés les actionnaires A et D, représentée par A. L'assemblée a pris la décision de révoquer C et ... -... de leur fonction d'administrateurs et de nommer Laurence ... à cette fonction. Elle a pris acte de la démission de ... de ses fonctions de commissaire aux comptes et de son remplacement par Le siège social de la B a été transféré.

Par une ordonnance du juge des tutelles du 9 février 2016 rendue sur requête de C, A a été démis de ses fonctions d'administrateur légal des biens de sa mère avec effet immédiat. Maître Alain BINGEN a été désigné comme gérant de la tutelle d'D.

Par exploits d'huissier de justice des 2 et 4 mars 2016, C a assigné la B, A et D à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir déclarer nul l'ensemble des décisions prises lors de l'assemblée générale des actionnaires du 14 janvier 2016 et, en particulier, de dire que sont nulles et de nul effet les décisions de révocation de C et d'... -... de leur fonction d'administrateurs de la société, de nomination de ... comme administrateur, de démission de... de ses fonctions de commissaire aux comptes et de nomination de ... en son remplacement, ainsi que le transfert du siège social.

Le demandeur a requis la condamnation du défendeur A au paiement du montant de 10.000 euros au titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral qu'il a subi, cette somme avec les intérêts légaux à partir de la lettre recommandée du 12 janvier 2016, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il a demandé à se voir allouer une indemnité de procédure.

La B et Maître BINGEN, pris és qualités, ont été assignés en déclaration de jugement commun.

Le demandeur a invoqué les dispositions de l'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales pour réclamer l'annulation des résolutions prises lors de l'assemblée générale du 14 janvier 2016. Selon cette partie, le conseil d'administration, sinon l'assemblée générale des actionnaires aurait dû faire droit à sa demande de prorogation.

Le défendeur A a répondu que seul le conseil d'administration avait pouvoir de proroger l'assemblée générale. Or, lors de la réunion du conseil d'administration du 14 janvier 2016, cette décision n'aurait pu être prise en l'absence du demandeur C et de son épouse, le quorum nécessaire pour la tenue régulière du conseil prévu à l'article 22 des statuts de la société n'ayant pas été atteint. Concernant la demande en allocation de dommages et intérêts, le défendeur a soulevé le moyen du libellé obscur. En tout état de cause, il a contesté tant le principe que le quantum de cette demande.

Maître Alain BINGEN s'est rapporté à prudence de justice quant au bien-fondé de la demande.

Par jugement contradictoire du 17 juin 2016, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait droit à la demande de C. Il a prononcé l'annulation des décisions prises lors de l'assemblée générale des actionnaires du 14 janvier 2016. Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que la prorogation de l'assemblée générale des actionnaires prévue à l'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales est de droit si elle est requise par un actionnaire représentant au moins le cinquième du capital social. Concernant l'impossibilité de réunir le quorum nécessaire à la prise d'une décision lors de la réunion du conseil d'administration du 14 janvier 2016 au regard des dispositions de l'article 22 des statuts de la B, le tribunal a relevé que ledit article 22 prévoyait qu'en cas d'urgence, un administrateur pouvait émettre son vote par écrit. En l'espèce, il y aurait eu urgence et dans une lettre du 14 janvier 2016, le demandeur aurait marqué son accord à la prorogation de l'assemblée. Le tribunal en a conclu que le conseil d'administration aurait valablement pu prendre la décision de proroger l'assemblée générale, respectivement, qu'en l'absence de décision du conseil d'administration, il aurait appartenu à l'assemblée générale des actionnaires de faire droit à cette demande. Le non-respect du droit à la prorogation serait à sanctionner par la nullité de l'assemblée non prorogée et des résolutions y prises.

Par exploits d'huissier de justice des 26 et 27 juillet 2016, A et la B ont régulièrement relevé appel de ce jugement qui leur a été signifié le 30 juin 2016. Ils ont requis la réformation de la décision de première instance, partant à voir invalider l'annulation des décisions prises lors de l'assemblée générale des actionnaires du 14 janvier 2016.

L'intimé C a conclu au rejet de l'appel.

Maître Alain Bingen, pris ès qualités, assigné en déclaration d'arrêt commun, s'est rapporté à prudence de justice.

Les parties appelantes et intimée ont réitéré leurs moyens développés en première instance. Les appelants ont insisté pour dire que seul le conseil d'administration a pouvoir de décider de la prorogation de l'assemblée générale et que la demande de prorogation ne peut être formulée antérieurement à la tenue de l'assemblée.

Il résulte de l'argumentation des parties que deux questions sont litigieuses entre elles. D'une part, les appelants ont critiqué les juges de première instance en ce qu'ils ont retenu qu'il y avait eu urgence, autorisant l'intimé à exprimer son vote au sein du conseil d'administration par écrit. En l'absence d'urgence, il y aurait lieu de faire abstraction de ce vote, de sorte que le quorum nécessaire à un vote utile au sein du conseil d'administration n'aurait pas été atteint. Le conseil d'administration n'aurait pas pu prendre de décision et il n'aurait pas pu être valablement statué sur la demande de prorogation. D'autre part, la demande de prorogation ne pourrait être formulée antérieurement à la tenue de l'assemblée générale des actionnaires concernée puisque l'article 67 alinéa 5 parle d'une demande formulée « *séance tenante* ». La raison d'être de cette disposition justifierait qu'elle doive être formulée en cours d'assemblée et non antérieurement.

Suivant l'article 67 alinéa 5 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, « *Le conseil d'administration a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à quatre semaines. Il doit le faire sur la demande d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social. Cette prorogation, qui s'applique également à l'assemblée générale appelée à modifier les statuts, annule toute décision prise* ».

L'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales prévoit deux hypothèses dans lesquelles la prorogation de l'assemblée générale peut ou doit être ordonnée.

La première hypothèse concerne la possibilité donnée au conseil d'administration de proroger de sa propre initiative l'assemblée générale des actionnaires. Cette possibilité, prévue également en droit belge, bien que de façon plus restreinte, a été introduite par le législateur afin de permettre au conseil d'administration de se défendre contre une minorité qui se trouverait, par le hasard des événements, être majoritaire au cours d'une assemblée générale et qui pourrait ainsi imposer ses vues, considérées à tort ou à raison comme contraires à l'intérêt de la société par le conseil d'administration. Confrontée à cette situation, le conseil d'administration peut d'office, sans avoir à justifier sa décision,

décider la prorogation de l'assemblée. Il est admis qu'en pratique, le conseil d'administration se retire après avoir constaté la situation prédécrite et qu'il vient ensuite annoncer sa décision à l'assemblée.

L'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales prévoit néanmoins une autre hypothèse de prorogation de l'assemblée générale des actionnaires qui est celle qui autorise les actionnaires représentant au moins un cinquième du capital social de la société de requérir la prorogation de l'assemblée. La ratio legis de cette hypothèse est forcément différente de la situation prédécrite, de sorte qu'aucune conclusion ne saurait être déduite d'une hypothèse à l'autre. Les actionnaires représentant un cinquième du capital social sont par la force des choses minoritaires et le raisonnement du premier cas de figure ne saurait être transposé. Le législateur ayant expressément ouvert le droit à ces actionnaires de requérir la prorogation de l'assemblée générale, ce droit ne saurait leur être nié. Il convient d'ajouter qu'il est admis que les termes de l'article 67 alinéa 5 ne laissent pas le choix au conseil d'administration saisi d'une telle demande, il est tenu de faire droit à une telle demande.

C'est donc à tort que les appelants ont voulu déduire de la ratio legis du premier cas de figure de l'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales que la demande de prorogation devait forcément être formulée séance tenante, puisqu'autrement elle ne donnerait pas de sens. Il convient d'ajouter que même dans ce cas de figure, il est admis en droit belge, qui ne connaît pas la prorogation demandée par les actionnaires représentant un cinquième du capital social, que la circonstance que la demande de prorogation a été formulée avant la tenue de l'assemblée générale n'est pas de nature à la priver de tout effet. En effet la demande de prorogation peut être formulée antérieurement à la tenue de l'assemblée, après réception de la convocation, sauf pour l'assemblée générale annuelle dont la date est fixée statutairement (P. Hainaut-Hamende, G. Raucq : Les sociétés anonymes, Larcier 2005, n° 511).

En l'espèce, les statuts de la B fixent la date de l'assemblée générale annuelle au quatrième mercredi du mois d'octobre. L'assemblée générale des actionnaires discutée entre parties a été convoquée pour le 14 janvier 2016. Il ne s'agit dès lors pas de l'assemblée générale annuelle prévue aux statuts. Quant à la question longuement discutée entre parties de savoir si une assemblée générale ordinaire, ayant adopté les comptes de la société, a eu lieu, elle n'est pas pertinente dans le cadre de la discussion portant sur la prorogation de l'assemblée du 14 janvier 2016 dont l'ordre du jour porte sur la révocation des administrateurs et autres organes de la société.

Finalement, il convient d'ajouter qu'en tout état de cause, l'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales s'applique tant aux assemblées générales ordinaires qu'extraordinaires (P.

WINANDY : Manuel de droit des sociétés, éd. 2011, p. 581 ; A. Steichen : Précis de droit des sociétés, 3^{ème} éd., n° 892).

La prorogation de l'assemblée générale convoquée pour le 14 janvier 2016 était dès lors possible et la demande a pu être valablement formulée avant la tenue de l'assemblée.

Quant à la décision du conseil d'administration, il n'est pas contesté que lors de la sa réunion du 14 janvier 2016, le quorum des administrateurs physiquement présents n'était pas suffisant au regard des dispositions de quorum de l'article 22 des statuts de la B.

Les premiers juges se sont basés sur les dispositions finales de l'article 22 pour dire que C a valablement pu exprimer son vote par écrit. Ils ont estimé que l'urgence requise par cet article résultait de ce que les administrateurs ont été convoqués le 13 janvier 2016 pour une réunion du conseil d'administration fixée au 14 janvier 2016, afin de statuer sur une demande de prorogation formulée le 12 du même mois.

Aux termes de l'article 22 des statuts de la B, « *pour la validité des délibérations du conseil, la présence ou la représentation de deux tiers au moins des membres du conseil est nécessaire. Les décisions sont prises à la majorité des voix des membres du conseil présents ou représentés, chaque membre ayant droit à une seule voix. En cas d'égalité des voix, celle du président est prépondérante* ». Il est ajouté que « *tout administrateur peut se faire représenter à toute réunion du conseil d'administration en désignant par écrit ou par câble, télégramme, télex ou télécopie un autre administrateur comme son mandataire. En cas d'urgence, les administrateurs peuvent émettre leur vote par écrit, télex, ou télécopieur* ».

Il n'est pas contesté par les appelants que dans son courrier du 14 janvier 2016, l'intimé C a donné son accord écrit à la prorogation de l'assemblée générale, mais les appelants ont contesté que l'intimé ait pu valablement donner son accord par écrit, les conditions de l'urgence n'étant pas remplies.

La convocation à l'assemblée générale des actionnaires du 14 janvier 2016 a été envoyée le 28 décembre 2015. Tel que précisé par les premiers juges, la régularité de la convocation n'a pas été critiquée par l'intimé. Il est constant en cause que les parties A et C étaient actionnaires à parts égales à hauteur de 48 % du capital social de la B et qu'une grave mésentente régnait entre eux. Une position majoritaire de l'un ou de l'autre des deux associés ne pouvait être atteinte que par l'ajout à leurs parts de celles représentant les 4 % du capital social appartenant à leur mère, D.

Par décision du 11 février 2015, l'appelant A a été nommé administrateur légal de cette dernière.

Confronté à la convocation à l'assemblée générale du 14 janvier 2016, l'intimé C a présenté en date du 31 décembre 2015 une demande en remplacement de l'administrateur légal d'D au juge des tutelles. Dans la logique de cette démarche, il a requis par courrier du 12 janvier 2016 la prorogation de l'assemblée générale du 14 janvier 2016.

Il ne saurait être contesté qu'à la réception de la convocation pour l'assemblée générale du 14 janvier 2016, convocation qui lui est parvenue en période de fêtes, l'intimé avait besoin de quelques jours pour saisir l'enjeu de la situation et pour prendre position. Au vu de la complexité de la situation, il a légitimement pu avoir recours aux conseils d'un professionnel du droit pour finalement formuler une demande de prorogation de l'assemblée générale des actionnaires. Saisi de cette demande, l'appelant A et son épouse ont convoqué le 13 janvier 2016, en urgence, une réunion du conseil d'administration pour le lendemain, 14 janvier 2016. Au vu du très bref délai laissé par cette convocation, il ne saurait être reproché à l'intimé de ne pas avoir pu assister à ladite réunion. L'urgence était donc donnée et c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que l'intimé a pu faire usage de la faculté qui lui était ouverte par les statuts de la société en exprimant son vote par écrit.

C'est dès lors à tort que le conseil d'administration qui s'est réuni le 14 janvier 2016 a décidé qu'il ne pouvait pas prendre de décision quant à la demande de prorogation de l'assemblée générale des actionnaires dont il était saisi. N'ayant pas accordé la prorogation qui avait été demandée par l'intimé bien qu'elle fût de droit puisque ce dernier disposait de plus d'un cinquième du capital social, le conseil d'administration a violé les dispositions de l'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales.

L'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales sanctionne le non-respect de ses dispositions par la nullité des décisions prises lors de l'assemblée dont la prorogation n'a pas été accordée. Ledit article ne soumet cette sanction à aucune condition. C'est donc à tort que les appelants ont conclu à voir rejeter la demande de l'intimé en annulation des décisions prises lors de l'assemblée du 14 janvier 2016 au motif que l'intimé ne justifiait pas d'un grief. Par ailleurs, les appelants ne sauraient déduire l'absence de grief dans le chef de l'intimé de ce que le résultat des votes de l'assemblée du 14 janvier 2016 n'aurait pas été différent si l'intimé avait été présent, l'appelant A ayant détenu ou représenté la majorité des parts. Ce point n'est pas pertinent. Au vu des éléments repris ci-dessus, l'intimé avait un intérêt manifeste à voir proroger l'assemblée générale des actionnaires et à voir empêcher tout vote sur la révocation des mandats sociaux lors de cette assemblée, avant

l'aboutissement des procédures qu'il avait initiées en vue de ce qu'il estimait être un rééquilibrage des droits au sein de la société.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont appliqué la sanction prévue à l'article 67 alinéa 5 de la loi sur les sociétés commerciales et qu'ils ont prononcé la nullité des décisions prises lors de l'assemblée générale du 14 janvier 2016. Le jugement est dès lors à confirmer.

Quant aux indemnités de procédure, les premiers juges ont condamné A à payer une indemnité de procédure de 2.000 euros à C. Il y a lieu de maintenir le principe de cette condamnation, mais de réduire le montant de l'indemnité pour la première instance à 1.000 euros. L'appel incident de l'intimé C à voir augmenter cette indemnité de procédure est partant à rejeter.

L'appel de A n'étant pas fondé quant à son volet principal, il convient de condamner cette partie au paiement d'une indemnité de procédure à C pour l'instance d'appel, ce dernier ayant dû exposer des frais non compris dans les dépens dans le seul but de se défendre contre ce recours. Le montant de cette indemnité est fixé à 1.500 euros au vu des éléments du dossier.

Au vu du sort réservé à leur recours, les appelants sont à débouter de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

condamne A à payer à C une indemnité de procédure de 1.000 euros,

confirme le jugement du 17 juin 2016 pour le surplus,

condamne A à payer à C une indemnité de procédure de 1.500 euros,

déboute A et la société anonyme ... de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure,

condamne A aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Claude Clèmes qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance,

déclare l'arrêt commun à Maître Alain BINGEN, pris en sa qualité de gérant de la tutelle de Marie D, et à la société anonyme