Audience publique du dix-neuf juin deux mille quatorze

Numéro 39229 du rôle

Composition:

Agnès ZAGO, conseiller, président,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Josiane STEMPEL, greffier

E n t r e :

la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée de droit belge **SOC1.) S.p.r.l.**, établie et ayant son siège social à B-(...) (Belgique), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions;

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg, du 3 août 2012,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société en commandite par actions de droit luxembourgeois **SOC2.) S.C.A.**, en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2'.) S. à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

2) la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2'.) S.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions,

intimées aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Patrick CHANTRAIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

3) **Maître A.)**, notaire de résidence à Luxembourg, établie à L-(...), (...),

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Nicolas SCHAEFFER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

La société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée de droit belge **SOC1.)** expose qu'elle est actionnaire de la société en commandite par actions de droit luxembourgeois **SOC2.)** S.C.A. et qu'en avril 2010, elle détenait 430 actions de la catégorie C, actions qui lui avaient précédemment été cédées par une société luxembourgeoise. Le 20 avril 2010, elle a été convoquée pour assister à une assemblée générale extraordinaire des actionnaires devant se tenir le 29 avril 2010 en vue de la modification des statuts de la société conformément à l'ordre du jour suivant :

- 1) *l'augmentation du capital social à concurrence d'un montant de 322.- EUR pour le porter de son montant de 1.520.446.- EUR à 1.520.768.- EUR par émission de 322 actions nouvelles de classe C d'une valeur nominale de 1.- EUR chacune ;*
- 2) *suppression du droit préférentiel de souscription - souscription et payement ;*
- 3) *modification afférente de l'article 5 des statuts ;*
- 4) *divers.*

L'assemblée s'est tenue, comme prévu, le 29 avril 2010 devant le notaire **A.)** à Luxembourg et un procès-verbal relatif aux délibérations a été dressé.

La société **SOC1.)** est d'avis que les résolutions prises ont eu pour conséquence de diluer ses droits et qu'elle en a subi un préjudice financier. Elle requiert, partant, la nullité de l'assemblée au motif que les résolutions auraient été prises en violation des dispositions statutaires, sinon de la loi sur les sociétés commerciales et qu'elles seraient constitutives d'un abus de majorité.

Une deuxième assemblée s'est encore tenue le même jour, une troisième assemblée a eu lieu le 2 juin 2010; **SOC1.)** estime que les résolutions prises lors de ces assemblées devraient également être annulées.

Par exploit d'huissier de justice du 13 janvier 2011, la société **SOC1.)** a fait donner assignation à 1) la société en commandite par actions de droit luxembourgeois **SOC2.)** S.C.A. en liquidation, 2) la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2'.)** S.à.r.l. et à 3) Maître **A.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, aux fins, principalement de voir constater la nullité sinon prononcer l'annulation de l'ensemble des résolutions prises 1) lors de l'assemblée générale extraordinaire du 29 avril 2010 ayant augmenté le capital social avec suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en faveur de tiers, 2) lors de l'assemblée générale du même jour ayant approuvé les comptes clos au 31 décembre 2009 et 3) lors de l'assemblée générale de la société **SOC2.)** S.C.A. du 2 juin 2010 ayant décidé de dissoudre et de mettre en liquidation volontaire la société et qui a nommé l'assignée **SOC2'.)** S.à.r.l liquidateur avec les pouvoirs les plus étendus; subsidiairement, de voir constater la nullité, sinon prononcer l'annulation des 2^{ième} et 3^{ième} résolutions prises 1) lors de l'assemblée générale extraordinaire de la société **SOC2.)** S.C.A. du 29 avril 2010 ayant augmenté le capital social avec suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en faveur de tiers, 2) lors de l'assemblée générale de la société **SOC2.)** S.C.A. du même jour ayant approuvé les comptes clos au 31 décembre 2009 et 3) lors de l'assemblée générale de la société **SOC2.)** S.C.A. du 2 juin 2010 ayant décidé de dissoudre et de mettre en liquidation volontaire la société et qui a nommé **SOC2'.)** S.à.r.l liquidateur avec les pouvoirs les plus étendus.

En tout état de cause, elle demandait à voir ordonner le dépôt et la publication du jugement à intervenir conformément à l'article 11 bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, notamment des points 1) et 5).

Par jugement du 26 avril 2012, le tribunal a dit la demande irrecevable, faute par la partie **SOC1.)** d'avoir mis en cause toutes les parties qui auraient pu faire usage des résolutions dont **SOC1.)** demande l'annulation, a condamné la partie demanderesse à payer à chacune des parties défenderesses une indemnité de procédure de 1.000.- EUR et laissé les frais de l'instance à charge de la société **SOC1.)**.

Par exploit d'huissier du 3 août 2012, la société **SOC1.)** a régulièrement relevé appel du jugement du 26 avril 2012 pour le voir réformer en ce qu'il y est déclaré à tort que la demande de **SOC1.)** était irrecevable et demande, principalement, le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'arrondissement pour qu'il y soit statué au fond, subsidiairement, elle demande l'évocation de sa demande pour principalement voir constater la nullité sinon prononcer l'annulation de l'ensemble des résolutions prises 1) lors de l'assemblée générale extraordinaire du 29 avril 2010 ayant

augmenté le capital social avec suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en faveur de tiers, 2) lors de l'assemblée générale du même jour ayant approuvé les comptes clos au 31 décembre 2009 et 3) lors de l'assemblée générale de la société **SOC2.)** S.C.A. du 2 juin 2010 ayant décidé de dissoudre et de mettre en liquidation volontaire la société et qui a nommé l'assignée **SOC2'.)** S.à.r.l liquidateur avec les pouvoirs les plus étendus; subsidiairement, de voir constater la nullité, sinon prononcer l'annulation des 2^{ème} et 3^{ème} résolutions prises 1) lors de l'assemblée générale extraordinaire de la société **SOC2.)** S.C.A. du 29 avril 2010 ayant augmenté le capital social avec suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en faveur de tiers, 2) lors de l'assemblée générale de la société **SOC2.)** S.C.A. du même jour ayant approuvé les comptes clos au 31 décembre 2009 et 3) lors de l'assemblée générale de la société **SOC2.)** S.C.A. du 2 juin 2010 ayant décidé de dissoudre et de mettre en liquidation volontaire la société et qui a nommé **SOC2'.)** S.à.r.l liquidateur avec les pouvoirs les plus étendus.

Les sociétés **SOC2.)** S.C.A., en liquidation, et la société **SOC2.)** S.C.A. S.à r.l. demandent la confirmation du jugement entrepris et pour le cas où la demande de **SOC1.)** devait être déclarée recevable, le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'arrondissement autrement composé afin que soit préservé son bénéfice du double degré de juridiction.

Pour le cas où l'annulation des résolutions prises lors des trois assemblées litigieuses devait être prononcée, les intimées sub 1) et 2) demandent le rejet de la demande en dépôt et publication, mesures qui sont prévues à l'article 11bis de la loi modifiée du 10 août 1915.

L'appelante et les intimées sub 1) et 2) s'opposent quant à l'application qu'a faite le tribunal du principe doctrinal et de la jurisprudence (Cour d'appel, 2 juin 1999, no 21265, P.31, 204) relative à une demande en nullité d'une délibération.

Ayant soulevé le moyen en première instance, les sociétés intimées approuvent la décision des juges de première instance en ce qu'ils ont déclaré la demande de la société **SOC1.)** irrecevable en retenant que tous ceux qui veulent faire usage de la délibération litigieuse devaient être mis en cause, qu'une telle mise en cause était valablement faite au moyen d'une demande en déclaration de jugement commun qui a pour effet de leur rendre le jugement opposable et de les empêcher de faire usage de la délibération dont l'annulation sera le cas échéant ordonnée. Par conséquent, les actionnaires qui n'ont pas été mis en cause ne peuvent faire valoir aucun moyen de défense quant à la validité, sinon l'intérêt social des résolutions qui ont été prises.

En l'espèce, l'augmentation de capital social de la société en commandite par actions de droit luxembourgeois **SOC2.)** S.C.A. décidée lors de l'assemblée du 29 avril 2010 (qui constitue la décision actuellement litigieuse) a été suivie par la souscription de 322 actions de la classe C d'une valeur nominale de 1.- EUR l'action: 145 actions ont été souscrites

par la société **SOC3.**) ; 145 actions ont été souscrites par **B.**) ; 16 actions par **C.**) et 16 actions l'ont été par **D.**). Les adresses des nouveaux actionnaires sont toutes connues.

Ainsi, le tribunal a estimé que les personnes directement concernées par la souscription étaient toutes identifiées, de sorte qu'il n'était pas impossible de les mettre en cause et de leur permettre de donner leur sentiment quant aux résolutions dont l'annulation était demandée puisque l'action en nullité poursuivie aux termes de l'exploit du 13 janvier 2011 pouvait avoir pour effet d'anéantir rétroactivement les résolutions prises en assemblées et risquait de porter préjudice aux intérêts des actionnaires souscripteurs des 322 actions de catégorie C.

La société **SOC1.**) estime que les juges de première instance ont violé le principe d'égalité entre les actionnaires et fait une mauvaise application de la loi en se bornant à invoquer un préjudice potentiel uniquement dans le chef des souscripteurs et non pas des autres actionnaires. Par ailleurs, les causes de nullité qu'elle invoquerait à l'encontre des résolutions litigieuses seraient des nullités d'ordre public pour l'examen desquelles une mise en intervention de l'ensemble des actionnaires ne serait pas requise, la seule mise en intervention du gérant commandité suffisant à la recevabilité de la demande.

Quant au fond, la société **SOC1.**) formule les moyens suivants :

- le quorum statutaire de 66,66% n'était pas atteint pour l'adoption, lors de l'AG du 29 avril 2010, de la première résolution relative à l'augmentation du capital social ; la résolution ainsi retenue serait nulle, de même que toutes les résolutions consécutives à la première, prises lors des assemblées générales des 29 avril et 2 juin 2010.

- la seconde résolution n'aurait, selon le procès-verbal de l'assemblée dressé par le notaire **A.**), pas fait l'objet d'un vote des actionnaires lors de l'assemblée générale du 29 avril 2010 puisqu'aucune mention n'en serait faite au procès-verbal. S'il devait s'avérer que le vote des actionnaires a également porté sur la deuxième résolution, l'absence d'indication du décompte des votes constituerait une irrégularité de forme préjudiciable à **SOC1.**), qui ne serait pas en mesure de vérifier la majorité obtenue lors dudit vote. Elle demande, par conséquent, l'annulation de l'ensemble des résolutions, sinon de la deuxième résolution et de toutes celles subséquentes.

- l'augmentation de capital voté lors de l'assemblée générale du 29 avril 2010 n'aurait pas été décidée dans l'intérêt de la société mais aurait eu pour seul objectif d'enrichir de nouveaux actionnaires au détriment des actionnaires préexistants, probablement en rétribution de services rendus, qu'une telle décision caractériserait un abus de majorité

- les conditions légales de suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires auraient été violées, puisque le rapport exigé par l'article

32-3 (5) de la loi sur les sociétés ne fournirait aucune explication quant à l'augmentation de capital entreprise, de la suppression du droit préférentiel de souscription

- le procès-verbal de l'assemblée générale n'indiquerait pas les votes exprimés par chacun des actionnaires, mais se contenterait d'indiquer le total des voix exprimées par résolution, de sorte que ni le contrôle des votes des différents actionnaires, ni la comptabilisation de ces votes ne serait possible ; ce vice de forme substantiel serait de nature à compromettre les droits de **SOC1.**), de sorte que la nullité de toutes les résolutions, sinon des résolutions subséquentes à la première seraient à annuler.

Les intimées sub 1) et 2) prennent position par rapport aux moyens soulevés en concluant, à chaque fois, au rejet de la demande d'annulation de **SOC1.**) et au maintien des résolutions votées en assemblée générale.

Les premiers juges ont déclaré la demande irrecevable au motif que les actionnaires ayant acquis les actions nouvellement admises en vertu de la délibération attaquée, n'ont pas été assignés par les demandeurs. Ils se sont fondés, pour ce faire, sur un arrêt de la Cour d'appel du 2 juin 1999 (P. 31, 204), aux termes duquel, « *dans une action qui tend à voir constater la nullité d'une délibération, il faut mettre en cause tous ceux qui veulent faire usage de la délibération et ensuite la société elle-même, car c'est surtout elle que la nullité intéresse et c'est d'elle qu'émane la délibération* ».

La solution ainsi admise dans l'arrêt du 2 juin 1999 a été directement reprise d'un ouvrage doctrinal (Ch. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3^e éd., Swinnen, no 1222). L'auteur de ce passage doctrinal ne s'explique pas sur la règle de la procédure civile qui explique l'irrecevabilité prononcée par le tribunal. L'arrêt du 2 juin 1999 expose que la raison de cette exigence serait « *fondée sur le problème de l'opposabilité de la décision à intervenir à l'égard des actionnaires de la société qui n'ont pas été appelés dans la procédure* ».

Toutefois, le fait que les décisions intervenues à l'égard de certaines des parties intéressées seulement sont inopposables aux parties non assignées est un problème à portée tout à fait général (l'article 1351 du code civil, prévoyant la relativité de la chose jugée, y fait allusion). Il s'agit d'expliquer, en plus, pour quelles raisons l'assignation intervenue à l'égard de certaines parties intéressées n'aboutit pas seulement à un jugement inopposable aux autres (solution de droit commun), mais doit même dans certains cas être déclarée irrecevable. La raison est à rechercher dans les principes relatifs aux effets de l'indivisibilité de certaines instances. Si un litige est indivisible, le défaut de mise en cause de toutes les parties concernées entraîne l'irrecevabilité de la demande introduite contre seulement certaines des parties indivisiblement liées (Th. Hoscheit, *Le droit judiciaire privé*, no 986).

L'indivisibilité est caractérisée par l'impossibilité d'exécuter le jugement auquel aboutirait l'assignation irrégulière avec un jugement potentiel rendu ultérieurement dans une instance impliquant un défendeur omis de la première instance introduite. Cette impossibilité doit être une impossibilité matérielle (Th. Hoscheit, op. cit., no 985). Tel est le cas en l'espèce. A supposer que les demandeurs obtiennent gain de cause et que la délibération attaquée soit annulée, les demandeurs sont en droit de voir la société ignorer l'existence des actions nouvellement émises et donc refuser l'exercice du droit de vote aux actionnaires nouveaux. De même, la répartition des dividendes devrait se faire, en vertu de ce jugement, en ignorant les droits - devenus inexistantes suite à l'annulation prononcée - de ces actionnaires. Si dans une instance ultérieure il était jugé que les actions ont été régulièrement émises et que les nouveaux actionnaires sont en conséquence admis au droit de vote et à la distribution de dividendes, les deux jugements ne seraient pas seulement logiquement inconciliables (ce qui n'est pas un critère déterminant de l'indivisibilité procédurale ; Th. Hoscheit, L'indivisibilité procédurale, Journal des tribunaux Luxembourg, 2010, 54), mais matériellement impossible à exécuter simultanément. Il convient donc d'appliquer en l'espèce le principe en vertu duquel le défaut d'assignation des parties omises est sanctionné par l'irrecevabilité.

Certes, l'application de ce principe ne devrait pas aller jusqu'à rendre impossible, en violation de l'article 6 de la CEDH, aux demandeurs l'accès à la justice, notamment dans l'hypothèse où l'identité actuelle des propriétaires des actions nouvellement émises leur serait inconnue. Mais le tribunal retient à juste titre que « *les personnes directement concernées par la souscription sont parfaitement identifiées* » et qu' « *il n'était pas « impossible » de les mettre en cause afin de leur rendre opposable la décision à intervenir et de leur permettre le cas échéant de donner leur point de vue* ».

Chacune des parties au litige sollicite une indemnité sur base des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'appelante demande la condamnation solidaire des trois intimées à lui payer une indemnité de 5.000.- EUR pour la première instance et de 3.000.- EUR pour l'instance d'appel; les intimées sub 1) et 2) demandent, de leur côté une indemnité de 8.000.- EUR et Maître SCHAEFFER réclame une indemnité de 1.500.- EUR pour l'instance d'appel.

Succombant en ses prétentions et supportant les dépens, la société **SOC1.)** sera déboutée de sa demande; en revanche, elle sera condamnée, en équité, à payer à chacune des parties intimées le montant de 1.000.- EUR au titre des frais non compris dans les dépens pour l'instance d'appel.

P A R C E S M O T I F S

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

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

en déboute,

confirme le jugement du 26 avril 2012;

donne acte aux parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

déboute la société privée à responsabilité limitée de droit belge **SOC1.)** de sa demande d'indemnité fondée sur les dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamne, par application de ce texte, à payer à la société en commandite par actions de droit luxembourgeois **SOC2.)** S.C.A. en liquidation, à la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2'.)** S.à.r.l. et à Maître **A.)**, chacune, le montant de 1.000.- EUR pour l'instance d'appel;

condamne la société privée à responsabilité limitée de droit belge **SOC1.)** aux dépens d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Agnès ZAGO, conseiller, président, en présence du greffier Josiane STEMPER.