

Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2023TALCH02/01444

Audience publique du vendredi, vingt-quatre novembre deux mille vingt-trois.

Numéro du rôle TAL-2020-09890

Composition :

Marlene MULLER, juge-présidente ;
Tania CARDOSO, juge
Ines BIWER, juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

E n t r e :

la société de droit allemand **SOCIETE1.) GmbH**, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE1.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, immatriculée au Handelsregister B des Amtsgerichts Düsseldorf sous le numéro NUMERO1.),

partie demanderesse, aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 10 novembre 2020,

comparant par Maître Christilla MARTINOT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **SOCIETE2.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

parties défenderesses, aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 10 novembre 2020,

comparant par Maître Didier SCHONENBERGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Faits

La société anonyme SOCIETE3.) SA (ci-après « SOCIETE3.) ») a été constituée le 5 novembre 2007. A sa constitution PERSONNE1.) détenait l'intégralité des 3.100 actions composant son capital social.

PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) ont été nommés administrateurs de SOCIETE3.), le dernier ayant été remplacé en ses fonctions par PERSONNE4.) suivant décision du conseil d'administration du 2 avril 2009. PERSONNE2.) a démissionné de ses fonctions d'administrateur lors d'une assemblée générale tenue le 7 janvier 2011.

PERSONNE2.), PERSONNE5.), PERSONNE1.) et PERSONNE6.) en sont les bénéficiaires effectifs.

L'intégralité des actions de SOCIETE3.) a été cédée à la société anonyme SOCIETE2.) SA, créée le 2 avril 2009 par PERSONNE1.), et dont les administrateurs sont PERSONNE2.), PERSONNE1.) et PERSONNE4.), les bénéficiaires effectifs étant identiques à ceux de SOCIETE3.).

SOCIETE3.), une société holding, détient plusieurs filiales actives dans le domaine des télécommunications, proposant une aide aux opérateurs télécom pour protéger leurs réseaux et leurs revenus ainsi que pour interconnecter les appels internationaux.

Elle détient ainsi 100 % du capital social de la société de droit slovène SOCIETE4.) telekommunikacije d.o.o (ci-après « SOCIETE5.) ») et 75 % des actions de la société anonyme SOCIETE4.) SA (anciennement SOCIETE6.) SA).

PERSONNE2.), PERSONNE5.), PERSONNE1.) et PERSONNE6.) sont les bénéficiaires effectifs de SOCIETE4.) SA.

SOCIETE4.) SA détient quant à elle 100 % de la société de droit de la République d'Afrique du Sud SOCIETE7.) Proprietary Ltd et de la société de droit hongkongais SOCIETE4.) Limited.

La société de droit allemand SOCIETE1.) GmbH (anciennement dénommée SOCIETE8.) GmbH) est une société familiale, détenue par moitié par PERSONNE7.) et PERSONNE8.), PERSONNE7.) en étant un des gérants.

Suivant *Sale and Purchase Agreement of Shares* (ci-après le « Contrat de cession ») du 24 décembre 2009, SOCIETE1.) a acquis de la part de SOCIETE2.), 620 actions, soit 20

% du capital social de SOCIETE3.), pour le prix de 2.500.000,- EUR, soit 4.032,26 EUR par action.

Conformément à l'article 2 du Contrat de cession, les statuts de SOCIETE3.) ont été modifiés, afin de permettre à SOCIETE1.) de mettre à disposition de la société un administrateur de catégorie B et un commissaire aux comptes de catégorie B, sur base d'une liste de candidats comprenant au moins deux candidats.

Les administrateurs et commissaire aux comptes de catégorie A de SOCIETE3.) sont proposés par SOCIETE2.).

Le Contrat de cession prévoit également une clause conférant un droit de préemption du vendeur en cas de cession des parts par l'acheteur pendant une durée de 20 ans.

Par décision de l'assemblée générale du 7 janvier 2011, PERSONNE7.) fut nommé au poste d'administrateur de catégorie B de SOCIETE3.), tandis que PERSONNE9.) fut nommé commissaire aux comptes de catégorie B.

En 2018, SOCIETE1.) a exprimé sa volonté de céder l'intégralité de sa participation dans SOCIETE3.) à SOCIETE2.), mais les négociations en ce sens entre parties ont échoué, alors que les parties n'arrivaient pas à s'accorder sur les conditions de la vente des actions.

L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de SOCIETE3.) du 24 juin 2020 a décidé une augmentation de capital à hauteur de 7.200,- EUR par l'émission de 720 actions attribuées à SOCIETE2.) par l'incorporation de créances à hauteur de 175.000,- EUR et un apport en numéraire de 489.516,80 EUR.

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 10 novembre 2020, SOCIETE1.) a fait donner assignation à SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile.

La clôture de l'instruction a été ordonnée par ordonnance du 19 septembre 2023.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience publique du 11 octobre 2023.

Prétentions et moyens des parties

SOCIETE1.) demande à

- voir dire que SOCIETE2.) a commis une faute contractuelle, sinon délictuelle envers SOCIETE1.) en violant son devoir de loyauté issu du contrat de société causant un abus de majorité,
- subsidiairement voir dire que SOCIETE2.) a commis une faute contractuelle, sinon délictuelle, en violant son devoir de loyauté issu du Contrat de cession,

- voir condamner SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) le montant de 1.528.211,20 EUR ou tout autre montant même supérieur à dire d'expert ou à arbitrer par le tribunal, au titre du préjudice subi du chef de la perte de valeur des actions,
- subsidiairement voir nommer un expert afin de déterminer le montant de la baisse de valeur des actions,
- voir donner acte à SOCIETE1.) qu'elle se réserve le droit d'augmenter sa demande,
- voir condamner SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) le montant de 200.000,- EUR ou tout autre montant même supérieur à dire d'expert ou à arbitrer par le tribunal au titre du préjudice subi du chef de la dilution subie dans le capital social,
- voir assortir les condamnations des intérêts au taux légal à compter du 24 juin 2020, date de l'assemblée générale extraordinaire litigieuse, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde,
- voir condamner SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 15.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ,
- voir condamner SOCIETE2.) aux frais et dépens de l'instance,
- voir dire que le jugement à intervenir sera exécutoire par provision sans caution.

Par conclusions subséquentes, SOCIETE1.) a demandé, à titre principal à voir sursoir à statuer en attendant le résultat de l'expertise de gestion suivant ordonnance présidentielle du 6 janvier 2023.

SOCIETE1.) fait exposer que par publication au registre de commerce et des sociétés du 24 mars 2016, PERSONNE7.) aurait découvert sa nomination comme administrateur de SOCIETE4.) SA avec effet au 15 décembre 2016, alors qu'il n'aurait pas eu connaissance d'une telle nomination et qu'il n'y aurait pas consenti. Il s'en serait suivi une perte de confiance, de sorte que SOCIETE1.) aurait souhaité entamer une sortie du capital de SOCIETE3.) à partir du mois d'août 2017.

Les discussions à cet effet se seraient concrétisées en février 2018, PERSONNE2.) ayant fait parvenir une offre de rachat à PERSONNE7.) le 1^{er} février 2018, qui aurait envoyé ses commentaires par retour de courrier électronique du 5 février 2018.

Les négociations se seraient poursuivies et le 14 mars 2018, un projet de contrat de cession des 620 actions détenues par SOCIETE1.) au prix de 2.100.000,- EUR, soit 3.387,- EUR par action, aurait été établi par SOCIETE2.) et envoyé à PERSONNE7.). Suivant ce projet, le paiement devrait se faire en deux tranches, un premier paiement de 950.000,- EUR devant intervenir le 10 avril 2018, le solde à hauteur de 1.150.000,- EUR devant être payé le 10 avril 2020.

PERSONNE7.) aurait toutefois demandé que des garanties financières relatives au paiement de la deuxième tranche soient fournies par SOCIETE2.), ce qui aurait été refusé par celle-ci. Cette demande de SOCIETE1.) n'aurait pas été abusive, mais au contraire, SOCIETE2.) aurait abusivement imposé un paiement partiel au moment de la conclusion du contrat, le solde ne devant être payé que deux ans plus tard et sans garanties.

Ses craintes se seraient par ailleurs révélées justifiées, alors que SOCIETE2.) aurait dilué la participation de SOCIETE1.) dans SOCIETE3.), de sorte que ses actions seraient devenues totalement invendables et que son investissement aurait ainsi été perdu.

Suite à l'échec des négociations en vue de la sortie de SOCIETE1.) du capital de SOCIETE3.), celle-ci se serait retrouvée bloquée, au regard du fait qu'à cette époque les derniers comptes approuvés de SOCIETE3.) auraient été ceux relatifs à l'exercice 2014, de sorte que SOCIETE1.) n'aurait pas eu la possibilité de se tourner vers des acquéreurs tiers.

La configuration du groupe, dans lequel tant SOCIETE3.) que ses filiales seraient détenues et dirigées par les mêmes personnes, rendrait très difficile la rentrée de tiers en raison d'un fort *intuitu personae*.

Les relations entre parties se seraient dégradées par la suite, aboutissant à une augmentation de capital abusive en vue d'évincer SOCIETE1.) du capital de SOCIETE3.).

Lors de l'assemblée générale tenue le 28 février 2019, tendant notamment à l'approbation des comptes pour les années 2015 et 2016, SOCIETE1.) se serait abstenue de voter en faveur des résolutions, en raison de certains éléments qu'elle considérerait insuffisamment documentés et justifiés, notamment relatifs à un contrat de bail pour une maison en Afrique du Sud dans l'intérêt de PERSONNE2.). Elle aurait également voté contre la décharge à donner administrateurs PERSONNE1.) et PERSONNE4.).

SOCIETE1.) conteste par ailleurs que la tardiveté du dépôt des comptes pour l'année 2015 incomberait à PERSONNE7.), qui serait en outre distinct de SOCIETE1.). Si, comme l'affirmerait SOCIETE2.), les comptes avaient été prêts en 2015, il aurait appartenu au conseil d'administration de convoquer une assemblée générale pour leur approbation, même sans l'accord d'PERSONNE7.).

De plus, dans la mesure où l'approbation des comptes pour les exercices 2015 et 2016 aurait été obtenue avec les voix majoritaires de SOCIETE2.), SOCIETE1.) n'aurait pas pu retarder leur dépôt.

Concernant les discussions au sujet des comptes de 2016, et notamment les questions posées au sujet du rachat des options détenues par une société appartenant à PERSONNE4.), SOCIETE1.) donne à considérer que les comptes ont pu être approuvés par le vote majoritaire de SOCIETE2.), aucun retard n'étant dès lors imputable à SOCIETE1.).

L'assemblée générale convoquée le 4 mars 2019 en vue de nommer de nouveaux administrateurs aurait été prorogée au 1^{er} avril 2019, à la demande de SOCIETE1.), qui aurait considéré que les mandats des administrateurs n'auraient pas été échus.

Lors de l'assemblée prorogée du 1^{er} avril 2019, l'actionnaire majoritaire SOCIETE2.) aurait rejeté les noms proposés par SOCIETE1.) conformément aux statuts en vue de la

nomination au poste d'administrateur de catégorie B, et notamment celui d'PERSONNE7.), pour le renouvellement de son mandat. Les noms proposés pour la nomination d'un commissaire aux comptes de catégorie B auraient également été refusés sous de vains prétextes, alors que SOCIETE2.) aurait eu le loisir de contacter ces candidats, ce qu'elle n'aurait cependant pas fait.

Lors de l'assemblée générale du 28 juin 2019, SOCIETE1.) aurait voté en faveur de l'approbation des comptes relatifs à l'année 2017 avec une réserve concernant certains frais de voyage de PERSONNE2.), mais contre la décharge à donner aux administrateurs PERSONNE4.) et PERSONNE1.).

SOCIETE2.) aurait encore refusé de nommer PERSONNE7.) comme administrateur de catégorie B sous prétexte d'une perte de confiance. Elle aurait également refusé les autres candidats proposés par SOCIETE1.), de sorte qu'aucun administrateur de catégorie B n'aurait été élu et que le conseil d'administration n'aurait dès lors été composé que de deux membres.

Ce serait finalement à l'assemblée générale tenue le 12 septembre 2019 que PERSONNE9.) aurait été nommé administrateur de catégorie B, tandis qu'PERSONNE10.) aurait été nommé commissaire aux comptes de catégorie B.

Le retard pris dans la nomination de l'administrateur de catégorie B aurait été créée de toutes pièces par SOCIETE2.).

Le 2 juin 2020, les administrateurs de catégorie SOCIETE9.) et PERSONNE4.) auraient convoqué une assemblée générale au 12 juin 2020 en vue de statuer sur l'approbation des comptes de l'exercice 2018.

PERSONNE10.), après avoir émis son rapport sur les comptes clos au 31 décembre 2018, aurait démissionné de son poste le 8 juin 2020 et demandé que soit convoquée une assemblée générale en vue de son remplacement.

Le mandataire de SOCIETE1.) aurait réclamé la transmission du rapport du conseil d'administration figurant au point 2 de l'ordre du jour de l'assemblée générale devant se tenir le 12 juin 2020. Un projet d'un tel rapport aurait été transmis le 10 juin 2020, avec la précision qu'il serait décidé pendant l'assemblée générale si un rapport serait dressé pour l'exercice 2018.

Suite à la demande de SOCIETE1.), l'assemblée générale aurait été prorogée au 10 juillet 2020. Lors de cette assemblée générale, le rapport du conseil d'administration n'aurait pas été fourni, de sorte qu'aucun vote sur le point 2 de l'ordre du jour, portant sur l'approbation d'un rapport qui n'existerait pas, n'aurait eu lieu.

Il n'y aurait pas eu de décision quant au remplacement du commissaire aux comptes de catégorie B, alors que SOCIETE3.) aurait refusé de rajouter ce point à l'ordre du jour, sous prétexte qu'il ne s'agirait pas d'une urgence, le commissaire aux comptes statutaire restant en poste jusqu'à son remplacement.

Les comptes clos le 31 décembre 2018 auraient par ailleurs été approuvés par SOCIETE1.).

Il résulterait des nombreux échanges entre parties concernant le commissaire aux comptes de catégorie B, à la suite de l'augmentation de capital, que les intérêts des personnes intervenant dans SOCIETE3.) et SOCIETE2.) seraient totalement imbriqués, elles-mêmes ne sachant pas toujours sous quelle casquette elles agiraient.

Toutes les candidatures, y compris celle d'PERSONNE7.), auraient été rejetées.

En parallèle à ces assemblées générales, une assemblée générale extraordinaire se serait tenue le 24 juin 2020 en vue de l'augmentation du capital de SOCIETE3.) pour le porter à 40.000,- EUR par l'émission de 900 nouvelles actions d'une valeur nominale de 10,- EUR et une prime d'émission de 821.646,- EUR, soit un apport total à hauteur de 830.646,- EUR.

Les faits exposés ci-avant mettraient en évidence l'abus de majorité commis lors de cette assemblée.

Par des opérations successives, SOCIETE3.) aurait été vidée de ses avoirs, suite au désaccord entre actionnaires quant à la sortie du capital de SOCIETE1.) du capital de SOCIETE3.).

Ainsi, le 31 décembre 2017, la filiale SOCIETE4.) SA aurait décidé une radiation pure et simple des prêts alloués à ses filiales SOCIETE4.) Ltd et SOCIETE7.) Pty pour un montant de 1.148.766,86 EUR, entraînant *ipso facto* une perte de valeur de la société mère SOCIETE3.) à hauteur du même montant.

De même, le 8 avril 2019, SOCIETE3.), par un vote favorable de son conseil d'administration, aurait accordé un support financier à SOCIETE4.) Slovénie à hauteur de 1.250.000,- EUR, soit l'intégralité de sa trésorerie, et sur base d'un simple courrier de SOCIETE4.) Slovénie.

SOCIETE3.) aurait ainsi été exposée à un risque de liquidité manifeste.

Le 28 août 2019, SOCIETE2.) aurait accordé à SOCIETE3.) un prêt à hauteur de 75.000,- EUR, et le 26 mai 2020, elle lui aurait accordé un nouveau prêt à hauteur de 100.000,- EUR.

L'octroi de ces prêts démontrerait en soi que la décision d'accorder un soutien financier à SOCIETE5.) aurait été contraire à l'intérêt social de SOCIETE3.), dans la mesure où le manque de liquidités aurait été par la suite compensé par un soutien financier de son actionnaire majoritaire.

Le 22 mai 2020, soit un mois avant l'assemblée générale ayant à statuer sur l'augmentation de capital, un contrat de « *services agreement* » aurait été signé entre PERSONNE2.) et SOCIETE3.), par l'intermédiaire de ses administrateurs

PERSONNE1.) et PERSONNE4.). PERSONNE2.) se comporterait en réalité comme un administrateur de fait.

Il se poserait dans ce contexte un problème de conflit d'intérêts d'PERSONNE4.), qui agirait comme administrateur de SOCIETE2.) et de SOCIETE3.), et comme avocat de SOCIETE3.) et qu'il serait rémunéré par SOCIETE3.) et dès lors également par SOCIETE1.).

Il serait finalement à noter que l'administrateur de catégorie B aurait été évincé du conseil d'administration de SOCIETE3.) par l'actionnaire majoritaire, qui aurait décidé de sa révocation, en violation des statuts, à l'assemblée générale du 22 septembre 2022.

En vue de l'assemblée générale extraordinaire du 24 juin 2020, le mandataire de SOCIETE1.) aurait demandé au conseil d'administration, sur base de l'article 1400-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 relative aux sociétés commerciales (ci-après la « Loi de 1915 »), d'obtenir des réponses sur plusieurs opérations de gestion, à savoir la nature d'une aide apportée à PERSONNE12.) et la détermination de la prime d'émission.

Aucune réponse n'aurait été fournie concernant le calcul de la prime d'émission.

Lors de l'assemblée générale du 24 juin 2020, une augmentation de capital de 7.200,- EUR par l'émission de 720 actions attribuées à SOCIETE2.) par l'incorporation des créances résultant des deux prêts accordés par SOCIETE2.) à SOCIETE3.) à hauteur de 175.000,- EUR, et un apport en numéraire de 489.516,80 EUR, aurait été votée avec les voix de SOCIETE2.).

Or, au terme de cette augmentation de capital :

- la valeur des actions de SOCIETE1.) aurait été réduite,
- SOCIETE1.) aurait été diluée, passant d'une détention de 20 % à 16,23 % du capital de SOCIETE3.), à moindre coût pour SOCIETE2.),
- SOCIETE1.) ne disposerait plus d'un administrateur et d'un réviseur au sein de SOCIETE3.).

L'augmentation de capital serait constitutive d'un abus de majorité de la part de SOCIETE2.).

Celle-ci aurait violé le devoir de loyauté entre actionnaires résultant de l'article 1134 du Code civil et engagerait sa responsabilité contractuelle.

SOCIETE1.) fait valoir que l'augmentation de capital aurait été sollicitée par SOCIETE2.) au motif qu'elle aurait octroyé des prêts à hauteur de 175.000,- EUR à SOCIETE3.) qu'elle souhaiterait transformer en capital. Or les prêts en question ne mentionneraient ni objet ni terme et ne seraient dès lors pas exigibles.

Au vœu de l'article 420-23(5) de la Loi de 1915, lors d'une augmentation de capital, chaque action devrait être libérée d'un quart au moins, notamment par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société.

Dans la mesure où en l'espèce, les créances découlant des prêts ne seraient pas exigibles, il y aurait eu violation de l'article 420-23 (5).

Les prêts n'auraient par ailleurs aucun objet, aucune explication n'ayant été fournie à cet égard par SOCIETE3.). Ils auraient en réalité été concédés dans le seul but de servir de prétexte pour obtenir une augmentation de capital.

SOCIETE1.) affirme encore que l'augmentation de capital aurait été effectuée avec une prime d'émission massivement sous-évaluée. Elle aurait ainsi été évaluée sans considération de la valorisation des sous-jacents à leur valeur réelle, ni même à leur valeur comptable.

L'égalité entre actionnaires aurait ainsi été rompue.

Au vu de la volonté affichée de SOCIETE1.) de sortir du capital social de SOCIETE3.), SOCIETE2.) aurait été pertinemment au courant que SOCIETE1.) ne souscrirait pas à l'augmentation de capital et elle en aurait profité pour diluer la participation de SOCIETE1.), qui ne s'élèverait actuellement plus qu'à 16,23 %.

Cette dilution aurait eu pour effet de faire perdre à SOCIETE1.) son droit de voir nommer un administrateur et un commissaire aux comptes de catégorie B, droit qui lui aurait été réservé par le Contrat de cession aussi longtemps qu'elle détiendrait au moins 20 % du capital social de SOCIETE3.).

L'augmentation de capital aurait également fait perdre de la valeur aux actions, dans la mesure où celles-ci n'auraient pas été valorisées à leur valeur économique réelle.

Lors des négociations qui se sont déroulées en 2018, la valeur de l'action aurait été évaluée à 3.387,- EUR, tandis que suite à l'augmentation de capital, elle ne se serait plus chiffrée qu'à 922,24 EUR.

SOCIETE1.) donne encore à considérer que l'administrateur de catégorie B aurait été tenu à l'écart de l'organisation de l'assemblée générale du 24 juin 2020. Or, la décision du conseil d'administration tendant à la convocation de l'assemblée générale extraordinaire aurait dû être prise par le conseil d'administration valablement réuni, alors que la convocation à l'assemblée générale n'aurait été signée que par les deux administrateurs de catégorie A. La convocation ne serait dès lors pas valable.

SOCIETE1.) affirme ensuite qu'en procédant à une augmentation de capital dans les conditions données, SOCIETE2.) aurait porté atteinte à l'intérêt social de SOCIETE3.), seul l'intérêt de SOCIETE2.) ayant été pris en compte dans ce cadre.

L'augmentation de capital serait en outre quatre fois supérieure aux prêts consentis par SOCIETE2.) à SOCIETE3.), de sorte que quand bien même les prêts auraient eu un objet, il n'y aurait pas de lien entre les créances incorporées et l'augmentation de capital.

Dans la mesure où la société émettrice de titres serait créancière de la prime d'émission, la sous-évaluation de celle-ci porterait atteinte à l'intérêt social.

Le préjudice de SOCIETE1.) consisterait d'un côté dans la perte de valeur des actions, entre le moment du projet de cession d'actions du 14 mars 2018, qui avait fixé la valeur de 620 actions à 2.100.000,- EUR, et le moment de l'augmentation de capital, lors de laquelle la valeur de ces mêmes actions aurait été fixée à 571.788,80 EUR, soit une perte s'élevant à 1.528.211,20 EUR. Cette perte serait la conséquence de l'augmentation de capital faite en fraude des droits de SOCIETE1.).

A titre subsidiaire, SOCIETE1.) réclame la nomination d'un expert avec la mission de déterminer la perte de valeur des actions.

Le préjudice de SOCIETE1.) consisterait d'autre part en la dilution et la perte de contrôle subséquente, alors qu'elle ne détiendrait actuellement plus au moins 20 % du capital social de SOCIETE3.) et n'aurait dès lors plus le droit de faire nommer un administrateur et un commissaire aux comptes de catégorie B.

Elle évalue ce préjudice au montant de 200.000,- EUR.

Les agissements de SOCIETE2.) constitueraient par ailleurs des fautes de nature à engager, à titre subsidiaire, la responsabilité délictuelle de SOCIETE2.) sur base de l'article 1382 du Code civil.

En ordre subsidiaire, SOCIETE1.) conclut à la responsabilité contractuelle de SOCIETE2.) en raison de la mauvaise exécution du Contrat de cession. En faisant procéder à l'augmentation de capital, SOCIETE2.) aurait agi de mauvaise foi, en fraude des droits de l'actionnaire minoritaire.

Au vu du projet de SOCIETE1.) de sortir du capital social de SOCIETE3.), SOCIETE2.) aurait su que SOCIETE1.) n'aurait aucune volonté de souscrire à l'augmentation de capital. L'opération n'aurait dès lors eu vocation qu'à diluer SOCIETE1.) et à faire artificiellement baisser le prix des actions.

SOCIETE2.) conclut au rejet de la demande en surséance à statuer, en arguant que le magistrat saisi de la demande en expertise de gestion aurait rejeté cette demande en ce qu'elle concernait l'évaluation des actions et de la prime d'émission lors de l'augmentation de capital, de sorte que l'expertise de gestion n'aurait en tout état de cause aucune influence sur le présent litige.

Elle fait ensuite plaider, quant au droit de préemption découlant de l'article 4 du Contrat de cession, qu'alors que les parties n'ont pas pu trouver d'accord sur la cession des actions appartenant à SOCIETE1.), la garantie supplémentaire réclamée par celle-ci n'étant pas justifiée, SOCIETE1.) aurait été libre de céder ses actions à des tiers, d'autant plus que dans son courrier électronique du 28 février 2018 PERSONNE2.) aurait précisé que son offre était à considérer comme une « *final offer* ».

PERSONNE9.) aurait à nouveau tenté, le 25 mars 2019, de reprendre les négociations en vue de la vente, au prix de 1.200.000,- EUR, des actions litigieuses, mais

PERSONNE2.) l'aurait informé que SOCIETE2.) ne serait plus intéressée par l'acquisition des actions.

Il serait faux de prétendre que SOCIETE1.) aurait été bloquée suite à la rupture des négociations, alors qu'elle n'aurait jamais tenté de céder ses actions à un tiers. Elle serait dès lors elle-même responsable de la situation dans laquelle elle se trouve.

SOCIETE2.) affirme encore que ce serait à tort que SOCIETE1.) se serait plainte d'une perte de confiance suite à la nomination prétendument à son insu d'PERSONNE7.) au poste d'administrateur de SOCIETE4.) SA, alors que celui-ci aurait confirmé avoir accepté ce poste, tel que cela résulterait d'une attestation testimoniale versée en cause. En manifestant son intention de ne pas être administrateur de cette société, sa démission aurait été acceptée de manière rétroactive et décharge lui aurait été accordée, de sorte qu'aucun préjudice ne serait résulté de cette situation dans son chef et que la perte de confiance alléguée ne serait pas établie.

Ce serait au contraire SOCIETE2.) qui aurait perdu sa confiance en PERSONNE7.) et SOCIETE1.), alors qu'PERSONNE7.) aurait profité de la filiale SOCIETE5.) à des fins personnelles, notamment pour payer des factures personnelles et pour avantager SOCIETE1.) ainsi que la société de son épouse, PERSONNE13.).

Suite au refus du rachat des actions appartenant à SOCIETE1.) par SOCIETE2.), SOCIETE1.) n'aurait eu de cesse de nuire au bon fonctionnement de SOCIETE3.), par ses demandes incessantes d'informations, les prorogations d'assemblées générales, des réponses tardives aux demandes des autres administrateurs, ainsi que des demandes de versement de dividendes, ceci contrairement à l'intérêt social de SOCIETE3.).

Le retard pris dans l'établissement des comptes sociaux pour l'année 2015 aurait été causé par le retard pris dans l'établissement de l'audit de la filiale SOCIETE4.) SA. Il serait par ailleurs étonnant que SOCIETE1.) se soit abstenue à voter en faveur de l'approbation de ces comptes, alors que PERSONNE7.), administrateur tant de SOCIETE1.) que de SOCIETE3.), aurait validé ces comptes lors de la réunion du conseil d'administration du 15 février 2019.

PERSONNE7.) aurait en outre été parfaitement informé de la location d'une maison au Cap en Afrique du Sud.

Concernant les comptes de l'exercice 2016, il n'existerait aucune raison pour le refus d'approbation par SOCIETE1.), alors que la question relative à la vente d'options en 2016 aurait relevé de la compétence du conseil d'administration et qu'il n'y aurait pas eu d'obligation de fournir en continu de telles informations à SOCIETE1.). PERSONNE7.), en tant qu'administrateur de SOCIETE3.), aurait toutefois eu connaissance des informations litigieuses.

Le commissaire aux comptes de catégorie B aurait également eu accès à toutes les informations nécessaires à l'établissement de son rapport et il ne résulterait pas des

éléments du dossier qu'une demande en ce sens aurait été adressée par le commissaire aux comptes au conseil d'administration.

En ce qui concerne la nomination du nouvel administrateur de catégorie B, SOCIETE2.) relève que les mandats des administrateurs étaient valables jusqu'à l'assemblée générale devant se tenir en 2019.

Cette question aurait été mise à l'ordre du jour de l'assemblée générale du 4 mars 2019, ajournée à la demande de SOCIETE1.) au 1^{er} avril 2019. Les administrateurs de catégorie A y auraient été reconduits, mais tel n'aurait pas été le cas pour l'administrateur de catégorie B, PERSONNE7.), en raison des fortes divergences développées ci-avant. Les autres candidats proposés par SOCIETE1.) n'auraient pas obtenu l'accord de l'assemblée générale.

Ce mandat serait arrivé à terme et de toute manière la révocation d'un administrateur n'aurait pas à être justifiée. PERSONNE7.) aurait cependant conservé son poste en attendant d'être remplacé. Il serait dès lors faux de prétendre que le conseil d'administration de SOCIETE3.) n'aurait été composé que de deux membres jusqu'à la nomination d'un nouvel administrateur de catégorie B.

La nomination de l'administrateur de catégorie B aurait dès lors été mise à l'ordre du jour de l'assemblée générale du 12 septembre 2019 et PERSONNE9.) y aurait été nommé.

Toutes les obligations quant aux obligations en rapport avec la nomination de l'administrateur de catégorie B auraient dès lors été remplies par SOCIETE2.).

Quant à la nomination d'un commissaire aux comptes de catégorie B, après la démission de PERSONNE9.) intervenue le 8 juin 2020, il y aurait lieu de constater qu'elle n'aurait pas revêtu une urgence particulière, alors que la mission de celui-ci se concentrerait vers la fin de l'année comptable, lorsqu'il doit établir son rapport sur base des états financiers de l'année établi par le comptable.

Il aurait par ailleurs été confirmé par l'administrateur PERSONNE4.), dans un courrier électronique du 8 juillet 2020, que l'ancien commissaire aux comptes de catégorie B resterait en place jusqu'à la nomination d'un remplaçant.

SOCIETE3.) n'aurait dès lors subi aucun préjudice de ce fait qui aurait pu se répercuter sur SOCIETE1.).

SOCIETE2.) ayant respecté toutes les obligations lui incombant à ce titre, l'argumentation de SOCIETE1.) serait à rejeter.

SOCIETE2.) fait plaider ensuite que dans la mesure où l'assignation a été dirigée contre SOCIETE2.) et non le conseil d'administration de SOCIETE3.), l'argumentation de SOCIETE1.) quant à la volonté du conseil d'administration relative au support financier octroyé à PERSONNE14.) serait irrecevable.

Pour le surplus, elle fait valoir que si SOCIETE3.) a en effet transféré à sa filiale une grande partie de ses liquidités en compte, elle ne serait toutefois pas à court de liquidités, alors que ses comptes relatifs à l'exercice 2018 établirait qu'elle disposait d'autres actifs. Elle aurait dès lors pu mettre à disposition de sa filiale une partie de ses liquidités afin de garantir la survie de celle-ci et mettre en place son redressement.

L'octroi de ce prêt aurait par ailleurs été précédemment discuté en conseil d'administration de SOCIETE3.) en présence d'PERSONNE7.).

Dans la mesure ensuite où le prêt litigieux produirait des intérêts à hauteur de 1,50%, il ne constituerait pas une charge financière, mais un actif dans le chef de SOCIETE3.).

Il serait en outre faux de prétendre que ce prêt serait à l'origine de la décision d'augmentation de capital, qui aurait au contraire été discutée depuis 2018, lorsque les conditions du marché se seraient détériorées.

SOCIETE1.) aurait d'ailleurs indiqué être prête à souscrire à une levée de fonds, de sorte que SOCIETE2.) aurait pu penser de bonne foi que SOCIETE1.) allait souscrire à l'augmentation de capital.

Il aurait été expliqué que SOCIETE2.) souhaitait que l'exposition long terme de SOCIETE3.) ne se fasse plus à travers des prêts mais par l'injection de capital, permettant une rémunération par des bénéfices appropriés le cas échéant et non par des intérêts sur prêts, avec une plus grande flexibilité dans le cadre du remboursement.

Le but de l'augmentation du capital n'aurait jamais été de diluer la participation de SOCIETE1.) dans SOCIETE3.), alors que SOCIETE2.) lui aurait proposé à trois reprises de participer à l'augmentation de capital, ce qu'elle aurait refusé.

SOCIETE2.) réfute encore les arguments de SOCIETE1.) suivant lesquels la décision de l'assemblée générale relative à l'augmentation de capital ne serait pas valide.

Quant au reproche que l'administrateur de catégorie B aurait été mis à l'écart de l'organisation de l'assemblée générale extraordinaire ayant à statuer sur l'augmentation de capital, SOCIETE2.) rappelle que cette convocation aurait été la suite de la demande faite en ce sens par SOCIETE2.), représentant plus de 10 % du capital social de SOCIETE3.), de sorte que le conseil d'administration n'avait d'autre choix, en application de l'article 450-8 de la Loi de 1915 et de l'article 16 des statuts de SOCIETE3.), que de convoquer une telle assemblée générale, convocation qui aurait été faite dans les formes légales.

Les actionnaires auraient tous reçu la convocation à l'assemblée générale du 24 juin 2020 en bonne et due forme et les obligations du conseil d'administration en termes d'information auraient été respectées.

L'augmentation du capital social relèverait de la seule compétence de l'assemblée générale des actionnaires.

En l'espèce, il résulterait du procès-verbal de l'assemblée générale que SOCIETE1.) ne se serait pas opposée à l'augmentation de capital, mais qu'elle aurait choisi de ne pas utiliser son droit préférentiel de souscription.

Si SOCIETE1.) avait agi dans l'intérêt de SOCIETE3.) et non dans son seul intérêt personnel, elle aurait souscrit à l'augmentation de capital.

SOCIETE2.) conteste l'existence d'un abus de majorité dans son chef.

Le principe d'égalité de traitement des actionnaires aurait été respecté, alors que tous les actionnaires auraient été valablement convoqués à l'assemblée générale du 24 juin 2020 et y auraient été valablement représentés, SOCIETE1.) ayant choisi de ne pas exercer son droit préférentiel de souscription.

L'argument de SOCIETE1.) suivant lequel les prêts alloués par SOCIETE2.) à SOCIETE3.) n'auraient pas été exigibles à défaut de terme stipulé et n'auraient dès lors pas pu être incorporées par compensation de créances lors d'un apport en numéraire, conformément à l'article 420-23 de la Loi de 1915, devrait être rejeté alors qu'un prêt sans terme serait à considérer comme une créance exigible, d'autant plus que lesdits prêts figureraient dans le bilan de SOCIETE3.) comme étant des prêts accordés pour une durée inférieure à un an.

SOCIETE2.) donne à considérer que les actionnaires seraient doublement protégés à l'occasion d'une augmentation de capital par le droit préférentiel de souscription et le versement de la prime d'émission.

SOCIETE1.) aurait ainsi pu participer à l'augmentation de capital en ayant recours au droit préférentiel de souscription, soit pour soi-même, soit en le cédant à un tiers.

Concernant l'évaluation de la prime d'émission, il y aurait lieu de constater que la valorisation des actions de SOCIETE3.) aurait été effectuée sur base d'une approche prudente en raison du déclin subi par le secteur des télécommunications, la Loi de 1915 n'imposant aucune méthodologie d'évaluation des apports en numéraire. PERSONNE4.) aurait expliqué dans un courrier électronique du 9 juillet 2020 qu'auraient été pris en compte des comptes relatifs à l'exercice 2018, derniers états financiers disponibles du fait des agissements de SOCIETE1.), ainsi que la situation économique au moment de l'augmentation de capital. Par ailleurs, alors les comptes pour l'année 2018 n'auraient pas encore été approuvés au moment de l'augmentation de capital, les comptes qui auraient finalement été approuvés et publiés en août 2020 auraient été pratiquement identiques au projet de comptes soumis au moment de l'augmentation de capital.

La valeur des sous-jacents aurait en outre été prise en compte pour l'évaluation des actions de SOCIETE3.).

Le fait que la valeur telle qu'exprimée lors des négociations en vue de la sortie de SOCIETE1.) du capital de SOCIETE3.) serait supérieure à celle prise en compte au

moment de l'augmentation de capital serait dû à l'évolution continue de la valeur des actions dans un environnement de marché de plus en plus difficile.

Si SOCIETE1.) avait renoncé à ce moment aux garanties supplémentaires exigées, il aurait pu être procédé à la vente de ses actions à un prix librement négocié sans corrélation avec la valeur du marché. Elle ne devrait cependant pas être admise à se référer à la valeur retenue lors de ces négociations en tant que valeur réelle des actions.

Il n'y aurait dès lors aucune perte de valeur des actions et dès leur absence de préjudice dans le chef de SOCIETE1.). Aucune faute contractuelle ne pourrait en outre être retenue dans le chef de SOCIETE2.).

SOCIETE2.) fait encore valoir qu'il ne saurait lui être reproché d'avoir agi à l'encontre de l'intérêt social. L'incorporation des prêts serait licite. Il n'y aurait pas non plus lieu de faire un lien entre le montant des prêts alloués à SOCIETE3.) et le montant de l'augmentation de capital.

Il aurait été dans l'intérêt de SOCIETE3.) de convertir les prêts en capital afin de réduire ses dettes et d'éviter le paiement d'intérêts.

L'augmentation de capital s'inscrirait dans la volonté de développement des activités du groupe.

L'intérêt d'un actionnaire n'empêcherait pas le respect de l'intérêt de la société et le financement des activités de SOCIETE3.) par une augmentation de capital aurait présenté de nombreux avantages pour celle-ci, notamment par la mise à disposition de fonds propres.

L'intérêt social résiderait également dans l'accroissement de sa valeur.

Le reproche adressé par SOCIETE1.) basé sur une violation par SOCIETE2.) de son obligation de loyauté découlant du Contrat de cession serait également à rejeter, SOCIETE1.) restant en défaut de prouver quelle clause n'aurait pas été exécutée de bonne foi.

Les négociations en vue du rachat par SOCIETE2.) des actions de SOCIETE1.) dans le cadre de son droit de préemption découlant du Contrat de cession n'ayant pas abouti, SOCIETE1.) aurait eu la possibilité de céder ses actions à un tiers, ce qu'elle aurait omis de faire, aucune preuve d'éventuelles tentatives en vue de vendre sa participation n'ayant été apportée par SOCIETE1.).

Celle-ci aurait par la suite eu la possibilité de participer à l'augmentation de capital, ce qu'elle aurait également refusé de faire.

Malgré la baisse du pourcentage de participation de SOCIETE1.) au capital social de SOCIETE3.), passant sous la barre de 20 %, SOCIETE2.) lui aurait proposé de conserver un administrateur et un commissaire aux comptes de catégorie B.

Aucune violation de son devoir de loyauté ne saurait dès lors être retenue dans le chef de SOCIETE2.) et aucun préjudice résultant de la réduction de détention ne serait établi par SOCIETE1.).

Ce serait au contraire SOCIETE1.), qui, depuis la décision de SOCIETE2.) de ne pas acquérir les actions de SOCIETE1.), n'aurait eu de cesse d'entraver la bonne marche de SOCIETE3.), en retardant par de multiples demandes de documentation et de prorogations, l'établissement de documents essentiels de SOCIETE3.).

Appréciation

La surséance à statuer

SOCIETE1.) demande, principalement, un sursis à statuer dans le présent litige en attendant le résultat de l'expertise de gestion ordonnée par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale, en faisant valoir que celui-ci permettrait de déterminer avec certitude si le support financier octroyé par SOCIETE3.) à SOCIETE5.) et la radiation par SOCIETE4.) SA des prêts à ses filiales seraient à considérer comme irréguliers et attentatoires à l'intérêt social.

SOCIETE2.) s'oppose à cette demande, en ce que l'expertise de gestion telle qu'ordonnée n'aurait aucune incidence sur le présent litige, de sorte qu'aucune litispendance ne saurait être invoquée.

Par ordonnance du 6 janvier 2023, le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé a nommé un expert avec la mission de se prononcer sur les questions suivantes :

concernant l'octroi d'un support financier à PERSONNE15.) (SOCIETE5.) :

- *déterminer en détail ce que signifie le soutien financier à PERSONNE15.) (SOCIETE5.), quelles en sont les conditions et garanties, déterminer sur quelles bases ont été prises les décisions du conseil d'administration et déterminer l'impact de cette décision sur SOCIETE3.) ;*

concernant la dépréciation des prêts :

- *déterminer les raisons de la dépréciation des prêts, déterminer les mesures prises par SOCIETE4.) SA pour obtenir le remboursement du prêt, déterminer les mesures prises par SOCIETE3.) et les informations reçues pour approuver cette dépréciation et pour obtenir les informations utiles pour déterminer l'impact du non-remboursement de ces emprunts sur SOCIETE3.).*

Par la même ordonnance ont été rejetées les demandes relatives à une prétendue sous-évaluation de la prime d'émission et au contrat de *general manager*. Concernant l'évaluation de la prime d'émission, il y a notamment été retenu qu'un expert de gestion ne sera pas chargé d'une mission d'évaluation et qu'une éventuelle sous-évaluation ne tend pas à révéler d'éventuels actes de gestion suspects, et que le fait que SOCIETE1.) ait contesté l'évaluation telle que décrite par SOCIETE3.) ne constitue pas une cause d'ouverture du droit d'obtenir une expertise de gestion.

Les questions sur lesquelles l'expertise de gestion a été ordonnée sont évoquées dans le présent litige par SOCIETE1.) dans le but d'établir que SOCIETE2.) a commis un abus de majorité en votant en faveur d'une augmentation de capital à l'assemblée générale du 24 juin 2020, base principale de la demande de SOCIETE1.).

Il ne résulte pas de l'acte notarié rédigé à l'occasion de cette assemblée générale que SOCIETE1.) ait voté contre les résolutions prises à ce titre, mais au regard des critiques formulées lors de l'assemblée générale, il convient de présumer que tel a été le cas, SOCIETE2.) ne contestant par ailleurs pas le sens du vote de SOCIETE1.).

Il est admis qu'il y a abus de majorité lorsque la décision de l'assemblée a été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.

Deux critères cumulatifs se retrouvent ainsi dans la notion d'abus de majorité : le défaut d'intérêt social et l'intérêt des majoritaires, la décision étant imposée par la volonté de certains actionnaires de se procurer, contrairement à l'intérêt social, un avantage personnel au détriment des autres.

Pour caractériser un abus de majorité, la jurisprudence française se contente désormais de constater non pas une violation de l'intérêt social, mais le fait que la décision n'est pas justifiée par l'intérêt social si ce n'est le meilleur intérêt de la société (CA Lyon, 1re ch. civ., B., 2 mai 2017, n° 15/08560 : JurisData n° 2017-008767 : Dr. sociétés 2018, comm. 183, note R. Mortier).

Dans le cadre d'une instance basée sur un abus de majorité, le plus souvent, la décision critiquée ne peut par elle-même servir à prouver la rupture intentionnelle d'égalité entre les actionnaires. Cette preuve résultera alors de l'environnement et des conséquences indirectes de la décision (J.-L. ADRESSE3.), L'abus de majorité : RJ com. 1991, n° spécial, p. 68 s.).

Il s'ensuit qu'à moins que l'abus résulte de manière claire du déroulement de l'assemblée générale incriminée, l'analyse des événements ayant précédé celle-ci peuvent le cas échéant avoir une incidence sur le caractère abusif ou non d'une décision prise par la majorité des actionnaires.

En l'espèce, il y a lieu de rappeler que l'argumentation de SOCIETE1.) est entre autres basée sur une prétendue détérioration des relations entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.) et leurs dirigeants respectifs dès 2017 et plus particulièrement l'échec des négociations en

vue du rachat des actions de SOCIETE1.) par SOCIETE2.). Elle fait une large énumération des réunions du conseil d'administration et des assemblées générales de SOCIETE3.) pour aboutir à la conclusion que les résolutions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 24 juin 2020 seraient le fruit d'un abus de majorité de la part de SOCIETE2.), au regard de l'ensemble des faits décrits.

Elle affirme également que les agissements en amont de SOCIETE2.), agissant au sein de SOCIETE3.) au travers d'administrateurs exerçant ces fonctions dans les deux sociétés, auraient contribué à une augmentation de capital abusive, dont la nécessité aurait été créée de toutes pièces par divers actes de gestion, telle que l'allocation d'un prêt à sa filiale SOCIETE5.) à hauteur de l'entièreté des liquidités en compte de SOCIETE3.), sans qu'il ne soit établi que l'allocation de ce prêt ait été justifiée au regard de la situation financière de la filiale.

Il convient dès lors d'analyser si les deux points de la mission confiée à l'expert de gestion ont pu contribuer à la perpétration de l'abus de majorité allégué et si les réponses qui pourraient être fournies par l'expert sont susceptibles d'influer sur la décision à prendre par le tribunal dans la présente instance.

Le tribunal considère qu'en fonction des conclusions de l'expert nommé dans le cadre de l'affaire basé sur l'article 1400-3 de la Loi de 1915, et notamment quant aux circonstances ayant entouré le support financier à PERSONNE12.), qui a privé SOCIETE3.), du moins temporairement, de trésorerie lui permettant de faire face à ses engagements, il ne peut pas être exclu qu'un lien puisse être tiré entre cette opération et l'augmentation de capital subséquente. Il peut en effet être admis que le prêt accordé par SOCIETE3.) à sa filiale pourrait le cas échéant être considéré comme une prémisse à l'augmentation de capital, en ce sens qu'à défaut de ce prêt, SOCIETE3.) aurait disposé de liquidités suffisantes pour ne pas avoir besoin de recourir à une levée de fonds supplémentaire. Or, s'il devait s'avérer que le prêt à SOCIETE5.) était basé sur des motivations sans rapport avec l'intérêt social de la maison-mère ou de la filiale, la validité de la décision d'augmentation de capital est susceptible d'en être affectée.

Il y a en conséquence lieu de sursoir à statuer en attendant le rapport d'expertise à intervenir dans le cadre de l'affaire basée sur l'article 1400-3 de la Loi de 1915.

Par ces motifs :

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

reçoit la demande en la forme,

sursoit à statuer en attendant l'achèvement de la mission d'expertise de gestion ordonnée par ordonnance du 6 janvier 2023,

réserve le surplus.