

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 10 février 2015

N° de pourvoi: 13-14778

ECLI:FR:CCASS:2015:CO00154

Publié au bulletin

Cassation partielle

Mme Mouillard (président), président

SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les actions de la société anonyme Acadomia groupe, devenue Domia Group (la société), sont admises aux négociations sur le marché libre de Nyse-Euronext ; que la société, ayant pour dirigeants M. X..., président du conseil d'administration, ainsi que MM. Y... et Z..., compte parmi ses actionnaires la société Madag et la société Capris ; que le 28 février 2007, l'assemblée générale des actionnaires a autorisé l'augmentation différée du capital par voie d'émission d'obligations à bons de souscription et/ ou d'acquisition d'actions remboursables (OBSAAR) ; que le 3 avril 2007, le conseil d'administration a décidé de procéder à l'émission d'un emprunt obligataire de 10 millions d'euros auquel étaient attachés 1 999 950 bons de souscription (les BSAAR) ; que les obligations ont été intégralement souscrites par deux établissements de crédit qui ont ensuite vendu les BSAAR à MM. X..., Y... et Z... ; que le 25 février 2008, ces derniers, agissant de concert avec la société Bastogne Invest, ont exercé 910 000 BSAAR, ce qui leur a permis de contrôler la société ; que lors de l'assemblée des actionnaires du 29 février 2008, le bureau, après avoir retenu que « la société Capris détenant à ce jour 192 339 actions de la société, agissant de concert avec les sociétés Madag, Satisfonds et M. A... » avait « franchi à la hausse, sans le déclarer à la société, le seuil de 5 % en mars 2007 », a limité les droits de vote de ces actionnaires à 123 027, correspondant à 5 % du capital de la société au mois de mars 2007 ; que le bureau a ajouté que le même groupe d'actionnaires, agissant de concert, avait franchi à la hausse les seuils de 10 %, 15 %, 20 % et 25 % sans les déclarer à la société ; que lors de l'assemblée générale du 20 février 2009, la même limitation des droits de vote a été appliquée à ces actionnaires ; que la société Madag et d'autres actionnaires ont assigné la société aux fins d'annulation de l'émission d'OBSAAR et des décisions de privation de droits de vote prises par le bureau de l'assemblée générale ; que le premier juge ayant rejeté ces demandes, la société Madag a relevé appel ; qu'en cause d'appel, elle a abandonné sa demande tendant à l'annulation de l'émission des OBSAAR et a, pour la première fois, demandé que soit constaté le caractère irrégulier de l'augmentation de capital réalisée en 2008 par l'exercice

des BSAAR et prononcée la suspension corrélative des droits de vote et des droits à dividende attachés aux actions ainsi émises ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Madag fait grief à l'arrêt de déclarer cette demande irrecevable comme nouvelle alors, selon le moyen :

1°/ que les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge ; qu'en l'espèce, la société Madag avait sollicité en première instance l'annulation de l'émission, décidée le 3 avril 2007 par le conseil d'administration de la société Acadomia groupe, des obligations à bon de souscription et/ ou d'acquisition d'actions remboursables (OBSAAR), ultérieurement souscrites par les banques Crédit du Nord et LCL qui ont cédé les bons de souscription et d'achat d'actions (BSAAR) qui y étaient attachés à MM. X..., Y... et Z..., dirigeants de la société Acadomia groupe, à raison de l'irrégularité de la procédure tenant à l'absence d'établissement par les commissaires aux comptes de la société Acadomia groupe du rapport au conseil d'administration imposé par l'article L. 225-135 du code de commerce préalablement à toute augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription ; qu'en appel, ainsi que l'a constaté l'arrêt attaqué, la société Madag a persisté à invoquer le caractère irrégulier de la procédure d'émission des OBSAAR, faute d'établissement du rapport par les commissaires aux comptes, mais a substitué à sa demande d'annulation de l'émission des OBSAAR une demande tenant à la suspension des droits de vote et des droits à dividende attachés aux actions émises à la suite de l'exercice en 2008 par leurs bénéficiaires (MM. X..., Y... et Z...) des bons (BSAAR) attachés aux OBSAAR émises en 2007, en application de l'article L. 225-150 du code de commerce, issu de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 dont elle soulignait qu'elle était applicable à compter de son entrée en vigueur le 24 mars 2012 ; que pour déclarer cette demande irrecevable, la cour d'appel a retenu qu'elle laissait subsister l'émission obligataire et ne tendait dès lors pas aux mêmes fins que l'action en nullité des OBSAAR présentée en première instance qui avait pour effet de la mettre à néant ; qu'en statuant de la sorte, quand la demande de suspension des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions émises par l'exercice des BSAAR en 2008 avait pour objet d'obtenir la sanction de l'irrégularité de l'émission des OBSAAR décidée en 2007, à raison de l'absence d'établissement du rapport préalable au conseil d'administration par les commissaires aux comptes, de sorte qu'elle tendait aux mêmes fins que la demande présentée en première instance, la cour d'appel a violé l'article 565 du code de procédure civile ;

2°/ qu'à la nullité de plein droit de la décision d'émission de titres prise en violation de l'obligation d'établissement d'un rapport préalable du commissaire aux comptes (articles L. 225-135 et L. 225-145 du code de commerce dans sa version applicable à l'époque des faits litigieux), la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 a substitué une autre sanction, applicable elle aussi de droit, consistant en la privation des droits de vote attachés aux titres émis en violation de cette même formalité substantielle (article L. 225-150 du code de commerce), la nullité de l'émission des titres ou de l'opération de capital intervenue en violation de cette exigence devenant facultative (article L. 225-149-3) ; que ces derniers textes étant entrés en vigueur avant que le présent litige n'ait été porté en appel, la société Madag pouvait, sans que sa demande s'expose au grief de nouveauté, solliciter du juge qu'il prononce, en raison de l'irrégularité de l'augmentation de capital intervenue sans que la formalité du rapport du commissaire aux comptes ait été respectée, la suspension des droits de vote attachée aux actions émises, cette sanction n'étant que la conséquence désormais prévue par la loi de l'irrégularité qu'elle avait demandé au juge de constater tant en première instance qu'en appel ; en sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 564 et 565 du code de procédure civile, ensemble les textes susvisés ;

3°/ qu'est recevable même si elle présentée pour la première fois en appel la demande qui était virtuellement comprise dans les demandes soumises au premier juge, ou qui en constitue l'accessoire, la conséquence ou le complément ; que la demande formulée en appel par la société Madag tendant à voir constater le caractère irrégulier de l'augmentation de capital par l'exercice en 2008 des BSAAR, et à la suspension corrélative des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions ainsi émises, ne tendait qu'à voir tirer les conséquences de l'irrégularité affectant l'émission d'OBSAAR décidée le 3 avril 2007 par le conseil d'administration de la société Acadomia groupe, à raison de l'absence d'établissement du rapport préalable par les commissaires aux comptes ; que cette irrégularité était déjà invoquée par la société Madag à l'appui de sa demande, présentée en première instance, tendant à la nullité de l'émission des OBSAAR, laquelle, si elle avait abouti, aurait entraîné l'annulation de l'émission obligatoire mais également celle des bons de souscription et/ ou d'acquisition d'actions remboursables (BSAAR), et par conséquent la suppression des droits de vote et à dividende attachés à ces actions ; qu'en déclarant néanmoins la demande de la société Madag tendant à voir constater le caractère irrégulier de l'augmentation de capital par l'exercice en 2008 des BSAAR, et à la suspension corrélative des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions ainsi émises irrecevable comme nouvelle, quand cette prétention était virtuellement comprise dans celle présentée en première instance dont elle ne constituait que le complément, la cour d'appel a violé les articles 564 et 566 du code de procédure civile ;

4°/ que n'est pas nouvelle en cause d'appel la demande tendant au prononcé d'une sanction consistant en la privation d'un droit, lorsque cette sanction était nécessairement comprise dans la demande formulée en première instance ; que la demande en nullité de l'émission des OBSAAR, privant nécessairement les bénéficiaires des actions souscrites par exercice des BSAAR de tout droit de vote et de droit à dividendes, viole les articles 564 et 566 du code de procédure civile la cour d'appel qui retient que la société Madag ne pouvait se borner à solliciter en appel la suspension des droits de vote et à dividendes attachés aux titres litigieux, alors qu'elle avait sollicité en première instance la nullité de l'émission de ces titres ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant retenu que la demande de la société Madag tendant à la suspension des droits de vote et des droits à dividende attachés aux actions émises à la suite de l'exercice, en 2008, des BSAAR, qui laissait subsister l'émission des OBSAAR, ne tendait pas aux mêmes fins que celle tendant à l'annulation de celle-ci, la cour d'appel a fait l'exacte application des dispositions des articles 564 et 565 du code de procédure civile en déclarant cette prétention irrecevable comme nouvelle ;

Et attendu, en second lieu, qu'il ne résulte ni des conclusions ni de l'arrêt que la société Madag ait fait valoir que cette demande entraînait dans les prévisions de l'article 566 du code de procédure civile, dont elle ne s'est pas prévaluée ; que les troisième et quatrième branches, nouvelles et mélangées de fait et de droit, sont irrecevables ;

D'où il suit que le moyen, pour partie non fondé, ne peut être accueilli pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Madag fait encore grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à l'annulation des décisions de privation de droits de vote prises à son égard alors, selon le moyen :

1°/ que l'article L. 233-7, I du code de commerce, qui oblige le titulaire des actions d'une société cotée sur un marché non réglementé à déclarer le nombre d'actions qu'il détient lorsqu'il vient à franchir, seul ou de concert, certains seuils de participation, ne s'applique que si les titres de cette société sont susceptibles d'être mis au porteur, et non pas si les statuts leur imposent la forme nominative, peu important que ces derniers titres, qui doivent être inscrits au compte tenu par leur émetteur, soient gérés par un intermédiaire habilité ; qu'en l'espèce, les statuts de la société Acadomia, comme la société Madag le

faisait valoir dans ses conclusions, stipulaient que les valeurs mobilières émises par cette société revêtaient exclusivement la forme nominative ; que la cour d'appel, qui constate que les actions de la société Acadomia étaient constituées de titres obligatoirement nominatifs, et qui décide que l'obligation de déclaration en cas de franchissement des seuils prévus par l'article L. 233-7, I du code de commerce, leur était néanmoins applicable, au motif que ces titres étaient admis aux opérations d'Euroclear France, dépositaire central agréé, et que l'article 9 des statuts autorisait l'inscription en compte chez un intermédiaire habilité, a violé le texte susvisé, ensemble les articles L. 211-4 26 du code monétaire et financier, et les articles R. 211-1 et R. 211-4 du même code ;

2°/ que les statuts d'une société dont les titres sont nominatifs ne peuvent prévoir une obligation d'information de la société à la charge des actionnaires franchissant un certain seuil de participation dans le capital que la loi ne prévoit pas ; que ces mêmes statuts ne sauraient encore moins assortir cette obligation d'une sanction consistant en la privation du droit de vote attaché aux actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification, cette sanction n'étant prévue par la loi que pour les sociétés émettant des titres susceptibles d'être mis au porteur et pour les seuils inférieurs à 5 % ; en sorte qu'en validant la clause des statuts de la société Acadomia prévoyant qu'en cas de méconnaissance de l'obligation de déclarer le franchissement de certains seuils supérieurs à 5 %, les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée seraient privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires, et ce jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification, la cour d'appel a violé l'article 544 du code civil, l'article 1844, alinéa 1 et 4 du code civil, ensemble l'article L. 233-7, I du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant constaté que les titres de capital émis par la société étaient admis aux opérations d'Euroclear France, dépositaire central, et que les statuts prévoyaient leur inscription en compte chez un intermédiaire habilité, la cour d'appel en a exactement déduit que l'obligation de déclaration en cas de franchissement de certains seuils résultant des dispositions de l'article L. 233-7 du code de commerce était applicable à la société Madag ;

Attendu, d'autre part, que la seconde branche, qui critique des motifs surabondants, est inopérante ;

D'où il suit que le moyen, pour partie non fondé, ne peut être accueilli pour le surplus ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le troisième moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le quatrième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 233-7, L. 233-10 et L. 233-14 du code de commerce ;

Attendu qu'aucun texte n'attribue au bureau de l'assemblée des actionnaires le pouvoir de priver certains d'entre eux de leurs droits de vote au motif qu'ils n'auraient pas satisfait à l'obligation de notifier le franchissement d'un seuil de participation dès lors que l'existence de l'action de concert d'où résulterait cette obligation est contestée ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société Madag tendant à l'annulation des décisions de privation de droits de vote prises à son égard par le bureau de l'assemblée des actionnaires de la société, l'arrêt, après avoir retenu que la présomption d'action de concert de l'article L. 233-10 du code de commerce joue notamment entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes, relève que les sociétés Madag et Capris sont contrôlées par le même groupe de dix-huit personnes physiques, qui détiennent le capital de cette dernière à l'exception d'une action, le capital de la société Madag étant détenu à 100 % par le groupe Superba lequel est contrôlé par le même groupe familial (C.../ A...), notamment via la société HFG ; que l'arrêt ajoute que M. A... est le gérant des sociétés Capris et HFG et le président du conseil d'administration de la société Madag ; qu'il relève encore que dans son courriel du 2 janvier 2008 à M. Z..., M.

A... évoquait spontanément le « cumul » des actions des sociétés Madag et Capris ; que l'arrêt en déduit que c'est un cumul de présomptions autour de M. A... et HFG que le bureau de l'assemblée générale a pu constater sans excéder ses pouvoirs ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'existence de l'action de concert d'où serait résultée l'obligation de déclarer le franchissement d'un ou plusieurs seuils de participation n'avait pas été contestée lors de l'assemblée générale du 29 février 2008, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du quatrième moyen, non plus que sur le cinquième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de la société Madag tendant à l'annulation des décisions de privation des droits de vote prises à son égard par le bureau de l'assemblée générale des actionnaires de la société Domia group, l'arrêt rendu le 29 janvier 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Domia group aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix février deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux Conseils, pour la société Madag

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR déclaré irrecevable comme nouvelle la demande de la société MADAG tendant à voir constater le caractère irrégulier de l'augmentation de capital par l'exercice en 2008 des BSAAR et la suspension corrélatrice des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions ainsi émises ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande tendant à voir constater l'irrégularité de l'augmentation de capital par exercice des BSAAR et la suspension des droits de vote et aux dividendes attachés à ces actions : Il convient d'observer qu'en première instance, la société Madag recherchait la nullité de l'émission d'OBSAAR décidée le 3 avril 2007, que dans ses premières conclusions d'appel, elle demandait à la cour, par dispositions infirmatives, de prononcer dans les mêmes termes la nullité de l'émission d'OBSAAR décidée le 3 avril 2007, que dans ses conclusions en réplique et récapitulatives, elle sollicitait le constat de la nullité de l'émission des BSAAR dont l'impact dilutif devra être neutralisé en faisant bénéficier tous les actionnaires minoritaires d'une attribution gratuite d'actions par incorporation de réserves au capital. Désormais, au constat du caractère irrégulier de l'augmentation de capital par exercice des BSAAR, elle poursuit la suspension " corrélatrice " des droits de vote et au dividende attachés aux actions émises par l'exercice des BSAAR. Aux motifs de ses dernières écritures (page 15), la société Madag explicite ce chef de demande en précisant qu'en ce qui concerne la nullité des OBSAAR, elle reste " convaincue d'avoir raison " mais que, devant la défense " suicidaire " adoptée par les dirigeants d'Academia Groupe qui refusent de simplement neutraliser leur impact dilutif, elle préfère " se désister de sa demande en annulation " pour ne pas pénaliser cette société dont elle est actionnaire, qu'en revanche elle persiste à demander l'application de l'article L. 225-150 du code de commerce aux actions irrégulièrement

émises par l'exercice des BSAAR de sorte que les droits de vote et les droits au dividende attachés à ces actions seront suspendus. Loin de renoncer à critiquer l'émission des OBSAAR, la société Madag persiste à dénoncer l'irrégularité de cette opération au même motif de l'absence de remise préalable au conseil d'administration appelé à décider d'une émission réservée du rapport des commissaires aux comptes sur les conditions définitives de l'opération établi conformément à l'article L 225-135 du code de commerce et observe que le tribunal " laisse planer le doute " sur la régularité de l'émission des OBSAAR qui conditionne celle des BSAAR en 2008 alors qu'une disposition impérative du code de commerce n'a pas été respectée. Mais, à la sanction de la nullité qui obligerait la société Acadomia à rembourser l'émission obligataire, elle substitue la sanction établie par les nouvelles dispositions issues de la loi Warsmann du 22 mars 2012 codifiées à l'article L. 225-150 du code de commerce qui consiste à faire suspendre les droits de vote et au dividende des actionnaires bénéficiaires. L'article L. 225-150 du code de commerce dans sa version issue de la loi précitée énonce, en effet, que " les droits de vote et les droits à dividende des actions ou coupures d'actions émises en violation de la présente sous-section sous-section 1 De l'augmentation du capital sont suspendus jusqu'à la régularisation de la situation. Tout vote émis ou tout versement de dividende effectué pendant la suspension est nul ". La société Acadomia soutient que la demande est irrecevable comme nouvelle au sens de l'article 564 du code de procédure civile car portant sur une autre opération financière que l'émission obligataire à savoir les augmentations de capital réalisées en 2008 par l'exercice des BSAAR et souligne que les actionnaires concernés ne sont pas dans la cause et que le nouveau régime de sanction n'est pas applicable aux opérations antérieures à la publication de la loi du 22 mars 2012. Est nouvelle la prétention qui ne tend pas aux mêmes fins que celle présentée en première instance c'est à dire celle dont l'auteur attend un résultat différent de celui initialement recherché. La demande en suspension des droits des actionnaires bénéficiaires des BSAAR qui laisse subsister l'émission obligataire ne tend pas aux mêmes fins que l'action en nullité de l'émission des OBSAAR qui a pour effet de la mettre à néant. La prétention soumise à la cour doit donc être déclarée irrecevable comme nouvelle en application de l'article 564 du code de procédure civile » ;

1°) ALORS QUE les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge ; qu'en l'espèce, la société MADAG avait sollicité en première instance l'annulation de l'émission, décidée le 3 avril 2007 par le conseil d'administration de la société ACADOMIA GROUPE, des Obligations à Bon de Souscription et/ ou d'Acquisition d'Actions Remboursables (OBSAAR), ultérieurement souscrites par les banques CREDIT DU NORD et LCL qui ont cédé les bons de souscription et d'achat d'actions (BSAAR) qui y étaient attachés à Messieurs X..., Y... et Z..., dirigeants de la société ACADOMIA GROUPE, à raison de l'irrégularité de la procédure tenant à l'absence d'établissement par les commissaires aux comptes de la société ACADOMIA GROUPE du rapport au conseil d'administration imposé par l'article L. 225-135 du code de commerce préalablement à toute augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription ; qu'en appel, ainsi que l'a constaté l'arrêt attaqué, la société MADAG a persisté à invoquer le caractère irrégulier de la procédure d'émission des OBSAAR, faute d'établissement du rapport par les commissaires aux comptes, mais a substitué à sa demande d'annulation de l'émission des OBSAAR une demande tenant à la suspension des droits de vote et des droits à dividende attachés aux actions émises à la suite de l'exercice en 2008 par leurs bénéficiaires (Messieurs X..., Y... et Z...) des bons (BSAAR) attachés aux OBSAAR émises en 2007, en application de l'article L. 225-150 du code de commerce, issu de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 dont elle soulignait qu'elle était applicable à compter de son entrée en vigueur le 24 mars 2012 ; que pour déclarer cette demande irrecevable, la Cour d'appel a retenu qu'elle laissait subsister l'émission obligataire et ne tendait dès lors pas aux mêmes fins que l'action en nullité des OBSAAR

présentée en première instance qui avait pour effet de la mettre à néant ; qu'en statuant de la sorte, quand la demande de suspension des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions émises par l'exercice des BSAAR en 2008 avait pour objet d'obtenir la sanction de l'irrégularité de l'émission des OBSAAR décidée en 2007, à raison de l'absence d'établissement du rapport préalable au conseil d'administration par les commissaires aux comptes, de sorte qu'elle tendait aux mêmes fins que la demande présentée en première instance, la Cour d'appel a violé l'article 565 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'à la nullité de plein droit de la décision d'émission de titres prise en violation de l'obligation d'établissement d'un rapport préalable du commissaire aux comptes (articles L. 225-135 et L. 225-145 du Code de commerce dans sa version applicable à l'époque des faits litigieux), la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 a substitué une autre sanction, applicable elle aussi de droit, consistant en la privation des droits de vote attachés aux titres émis en violation de cette même formalité substantielle (article L. 225-150 du Code de commerce), la nullité de l'émission des titres ou de l'opération de capital intervenue en violation de cette exigence devenant facultative (article L. 225-149-3) ; que ces derniers textes étant entrés en vigueur avant que le présent litige n'ait été porté en appel, la société MADAG pouvait, sans que sa demande s'expose au grief de nouveauté, solliciter du juge qu'il prononce, en raison de l'irrégularité de l'augmentation de capital intervenue sans que la formalité du rapport du commissaire aux comptes ait été respectée, la suspension des droits de vote attachée aux actions émises, cette sanction n'étant que la conséquence désormais prévue par la loi de l'irrégularité qu'elle avait demandé au juge de constater tant en première instance qu'en appel ; en sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les articles 564 et 565 du code de procédure civile, ensemble les textes susvisés ;

3°) ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU'est recevable même si elle présentée pour la première fois en appel la demande qui était virtuellement comprise dans les demandes soumises au premier juge, ou qui en constitue l'accessoire, la conséquence ou le complément ; que la demande formulée en appel par la société MADAG tendant à voir constater le caractère irrégulier de l'augmentation de capital par l'exercice en 2008 des BSAAR, et à la suspension corrélative des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions ainsi émises, ne tendait qu'à voir tirer les conséquences de l'irrégularité affectant l'émission d'OBSAAR décidée le 3 avril 2007 par le conseil d'administration de la société ACADOMIA GROUPE, à raison de l'absence d'établissement du rapport préalable par les commissaires aux comptes ; que cette irrégularité était déjà invoquée par la société MADAG à l'appui de sa demande, présentée en première instance, tendant à la nullité de l'émission des OBSAAR, laquelle, si elle avait abouti, aurait entraîné l'annulation de l'émission obligatoire mais également celle des Bons de Souscription et/ ou d'Acquisition d'Actions Remboursables (BSAAR), et par conséquent la suppression des droits de vote et à dividende attachés à ces actions ; qu'en déclarant néanmoins la demande de la société MADAG tendant à voir constater le caractère irrégulier de l'augmentation de capital par l'exercice en 2008 des BSAAR, et à la suspension corrélative des droits de vote et des droits au dividende attachés aux actions ainsi émises irrecevable comme nouvelle, quand cette prétention était virtuellement comprise dans celle présentée en première instance dont elle ne constituait que le complément, la Cour d'appel a violé les articles 564 et 566 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE n'est pas nouvelle en cause d'appel la demande tendant au prononcé d'une sanction consistant en la privation d'un droit, lorsque cette sanction était nécessairement comprise dans la demande formulée en première instance ; que la demande en nullité de l'émission des OBSAAR, privant nécessairement les bénéficiaires des actions souscrites par exercice des BSAAR de tout droit de vote et de droit à dividendes, viole les articles 564 et 566 du code de procédure civile la Cour d'appel qui

retient que la société MADAG ne pouvait se borner à solliciter en appel la suspension des droits de vote et à dividendes attachés aux titres litigieux, alors qu'elle avait sollicité en première instance la nullité de l'émission de ces titres.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement du Tribunal de Commerce de PARIS du 18 janvier 2010 en ce qu'il a rejeté la demande de la société MADAG en nullité des décisions de privation des droits de vote prises par le bureau de l'assemblée générale des actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE à son égard, et tendant à voir ordonner la restitution immédiate de l'ensemble des droits de vote dont elle avait été abusivement privée ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'« au soutien de son appel de ce chef, la société Madag fait valoir en premier lieu que les dispositions de l'article L. 233-7 du code de commerce relatives aux franchissements des seuils légaux ne s'appliquent pas à Acadomia de sorte qu'elle n'avait pas à déclarer ses franchissements de seuils. L'article L. 233-7, I du code de commerce dispose : " Lorsque les actions d'une société sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire habilité dans les conditions prévues par l'article L. 211-4 du code monétaire et financier, toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède ". Quant à l'article L. 211-4 du code monétaire et financier dans sa version antérieure à la réforme du 8 janvier 2009, il dispose (alinéa 2) que " les titres des sociétés par actions qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé doivent être inscrits à un compte tenu chez lui par l'émetteur au nom du propriétaire de titres " et (alinéa 3) que " par dérogation aux obligations de l'alinéa précédent, lorsque les titres sont admis aux opérations d'un dépositaire central, ils peuvent être inscrits en compte chez un intermédiaire habilité si cela est prévu dans les statuts ". Selon la société Madag, les actions nominatives comme celles d'Acadomia ne relèvent pas de la déclaration de franchissement de seuils. Mais, il est établi que les titres d'Acadomia sont admis aux opérations d'Euroclear France, dépositaire central agréé, et l'article 9 des statuts prévoit l'inscription en compte chez un intermédiaire habilité. Dans la mesure où les sociétés du marché libre sont soumises aux déclarations de franchissement de seuils dès lors qu'elles autorisent les actions inscrites en compte chez un intermédiaire habilité, l'obligation légale est applicable. Peu importe que les titres inscrits en compte chez un intermédiaire habilité soient au porteur ou au nominatif. Au surplus, l'obligation légale est reproduite à l'article 13 des statuts de sorte que les actionnaires d'Acadomia sont soumis à la clause statutaire qui stipule : " Toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède. L'information mentionnée à l'alinéa précédent est également donnée dans les mêmes délais lorsque la participation en capital ou en droit de vote devient inférieure aux seuils mentionnés par cet alinéa. La personne tenue à l'information prévue au premier alinéa précise le nombre de titres qu'elle possède donnant accès à terme au capital ainsi que les droits de vote qui y sont attachés. » A défaut d'avoir été régulièrement déclaré dans les conditions prévues au premier alinéa ci-dessus, les actions

excédant la fraction qui aurait dû être déclarée sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification ". En vertu du caractère absolu de l'opposabilité des statuts aux associés, cette disposition statutaire est applicable à Madag comme l'ont justement retenu les premiers juges, la prétendue non connaissance de cette clause par M. A..., au demeurant peu vraisemblable, étant à cet égard indifférente tout comme l'utilité, contestée par Madag, de cette réglementation pour Acadomia. Par ailleurs, la société Madag argue en vain en cause d'appel, de l'illégalité de cette clause en ce qu'elle prévoit des seuils supérieurs à 5 % dès lors que les statuts sont la loi des associés et qu'ils les obligent » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « les demandeurs contestent l'applicabilité à ACADOMIA GROUPE des dispositions L 233-7 du Code de commerce au motif qu'elles ne concernent pas les sociétés dont les titres revêtent la forme nominative ce qui est le cas de ACADOMIA GROUPE, qui a ainsi en permanence une assez bonne visibilité de son actionnariat, sauf en ce qui concerne l'actionnariat étranger ; Attendu qu'effectivement les statuts stipulent en leur article 9 : « Les valeurs mobilières émises par la société revêtent la forme de titres nominatifs ». Etant admis aux opérations d'un dépositaire central, les titres de la société sont inscrits en compte chez un intermédiaire habilité, dans les conditions et selon les modalités prévues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur » ; Attendu cependant que sans même à avoir à statuer sur ce point, le tribunal relève que les statuts de la société ACADOMIA GROUPE contiennent également, un article 13 intitulé « Franchissements de seuils », comptent 6 alinéas qui sont la reprise presque textuelle des articles L 233-7 (§ 1, 2, 3), L 233-14 (§ 1, 2, 4) du Code de commerce ; Attendu que le 1er § est ainsi libellé : « Toute personne physique ou personne morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote doit informer la société dans un délai de cinq jours de bourse à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède » ; Attendu que ces dispositions étaient parfaitement connues par M. Thierry B..., qui était jusqu'au 29 février 2008, administrateur de la société, qu'il en avait approuvé l'introduction dans les statuts de la société, et qu'il avait d'ailleurs pris l'initiative de procéder, dans le passé à certaines déclarations ; Attendu que M. A..., qui a réalisé, à travers les sociétés qu'il contrôle, un investissement très important en achetant les titres d'ACADOMIA GROUPE, aurait pu se faire communiquer les statuts, et qu'il paraît peu vraisemblable qu'il ne l'ait pas fait ; Attendu qu'il n'est pas soutenu que cette disposition des statuts soit illégale, et que la situation d'ACADOMIA GROUPE n'est pas unique, car il existe d'autres sociétés importantes dont les actions sont au nominatif, et dont les statuts prévoient l'obligation de déclaration de franchissement de seuil ; Attendu que même pour une société dont les actions « revêtent la forme de titres nominatifs », l'obligation de déclaration de franchissement de seuil conserve son intérêt en raison d'« action de concert » possible entre des actionnaires ; Attendu enfin que seule est obligatoire, de par les statuts, l'obligation de déclaration à la société elle-même, et qu'ACADOMIA GROUPE, n'étant pas cotée sur un marché réglementé, n'est pas concernée par l'obligation de déclaration à l'AMF. Le Tribunal constatera que la clause statutaire de déclaration de franchissement de seuil était applicable à tous les actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE » ;

1°) ALORS QUE l'article L. 233-7, I du Code de commerce, qui oblige le titulaire des actions d'une société cotée sur un marché non réglementé à déclarer le nombre d'actions qu'il détient lorsqu'il vient à franchir, seul ou de concert, certains seuils de participation, ne s'applique que si les titres de cette société sont susceptibles d'être mis au porteur, et non pas si les statuts leur imposent la forme nominative, peu important que ces derniers titres,

qui doivent être inscrits au compte tenu par leur émetteur, soient gérés par un intermédiaire habilité ; qu'en l'espèce, les statuts de la société ACADOMIA (art. 9 et 22), comme l'exposante le faisait valoir dans ses conclusions, stipulaient que les valeurs mobilières émises par cette société revêtaient exclusivement la forme nominative ; que la Cour d'appel, qui constate que les actions de la société ACADOMIA étaient constituées de titres obligatoirement nominatifs, et qui décide que l'obligation de déclaration en cas de franchissement des seuils prévus par l'article L. 233-7, I du Code de commerce, leur était néanmoins applicable, au motif que ces titres étaient admis aux opérations d'EUROCLEAR FRANCE, dépositaire central agréé, et que l'article 9 des statuts autorisait l'inscription en compte chez un intermédiaire habilité, a violé le texte susvisé, ensemble les articles L. 211-4 26 du Code Monétaire et Financier, et les articles R. 211-1 et R. 211-4 du même Code ;

2°) ALORS QUE les statuts d'une société dont les titres sont nominatifs ne peuvent prévoir une obligation d'information de la société à la charge des actionnaires franchissant un certain seuil de participation dans le capital que la loi ne prévoit pas ; que ces mêmes statuts ne sauraient encore moins assortir cette obligation d'une sanction consistant en la privation du droit de vote attaché aux actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification, cette sanction n'étant prévue par la loi que pour les sociétés émettant des titres susceptibles d'être mis au porteur et pour les seuils inférieurs à 5 % ; en sorte qu'en validant la clause des statuts de la société ACADOMIA prévoyant qu'en cas de méconnaissance de l'obligation de déclarer le franchissement de certains seuils supérieurs à 5 %, les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée seraient privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires, et ce jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification, la Cour d'appel a violé l'article 544 du Code civil, l'article 1844 alinéa 1 et 4 du Code civil, ensemble l'article L. 233-7, I du Code de Commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement du tribunal de commerce de PARIS du 18 janvier 2010 en ce qu'il a rejeté la demande de la société MADAG en nullité des décisions de privation des droits de vote prises par le bureau de l'assemblée générale des actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE à son égard, et tendant à voir ordonner la restitution immédiate de l'ensemble des droits de vote dont elle avait été abusivement privée ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Sur la privation des droits de vote : Sur l'obligation de déclaration des franchissements des seuils : au soutien de son appel de ce chef, la société Madag fait valoir en premier lieu que les dispositions de l'article L. 233-7 du code de commerce relatives aux franchissements des seuils légaux ne s'appliquent pas à Acadomia de sorte qu'elle n'avait pas à déclarer ses franchissements de seuils. L'article L. 233-7, I du code de commerce dispose : “ Lorsque les actions d'une société sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire habilité dans les conditions prévues par l'article L. 211-4 du code monétaire et financier, toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède “. Quant à l'article L. 211-4 du code monétaire et financier dans sa version antérieure à la réforme du 8 janvier 2009, il dispose (alinéa 2) que “ les titres des sociétés par actions qui ne sont pas admis aux

négociations sur un marché réglementé doivent être inscrits à un compte tenu chez lui par l'émetteur au nom du propriétaire de titres " et (alinéa 3) que " par dérogation aux obligations de l'alinéa précédent, lorsque les titres sont admis aux opérations d'un dépositaire central, ils peuvent être inscrits en compte chez un intermédiaire habilité si cela est prévu dans les statuts ". Selon la société Madag, les actions nominatives comme celles d'Acadomia ne relèvent pas de la déclaration de franchissement de seuils. Mais, il est établi que les titres d'Acadomia sont admis aux opérations d'Euroclear France, dépositaire central agréé, et l'article 9 des statuts prévoit l'inscription en compte chez un intermédiaire habilité. Dans la mesure où les sociétés du marché libre sont soumises aux déclarations de franchissement de seuils dès lors qu'elles autorisent les actions inscrites en compte chez un intermédiaire habilité, l'obligation légale est applicable. Peu importe que les titres inscrits en compte chez un intermédiaire habilité soient au porteur ou au nominatif. Au surplus, l'obligation légale est reproduite à l'article 13 des statuts de sorte que les actionnaires d'Acadomia sont soumis à la clause statutaire qui stipule : " Toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède. L'information mentionnée à l'alinéa précédent est également donnée dans les mêmes délais lorsque la participation en capital ou en droit de vote devient inférieure aux seuils mentionnés par cet alinéa. La personne tenue à l'information prévue au premier alinéa précise le nombre de titres qu'elle possède donnant accès à terme au capital ainsi que les droits de vote qui y sont attachés. » A défaut d'avoir été régulièrement déclaré dans les conditions prévues au premier alinéa ci-dessus, les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification ". En vertu du caractère absolu de l'opposabilité des statuts aux associés, cette disposition statutaire est applicable à Madag comme l'ont justement retenu les premiers juges, la prétendue non connaissance de cette clause par M. A..., au demeurant peu vraisemblable, étant à cet égard indifférente tout comme l'utilité, contestée par Madag, de cette réglementation pour Acadomia. Par ailleurs, la société Madag argue en vain en cause d'appel, de l'illégalité de cette clause en ce qu'elle prévoit des seuils supérieurs à 5 % dès lors que les statuts sont la loi des associés et qu'ils les obligent.

Sur la privation des droits de vote : La société Madag critique le jugement pour avoir justifié la privation des droits de vote par un défaut de déclaration de franchissement de seuils et un concert non avérés que le bureau de l'assemblée générale de actionnaires n'avait pas pouvoir de constater. Il est admis que le bureau de l'assemblée générale des actionnaires n'a pas le pouvoir de priver les actionnaires de leurs droits de vote au motif qu'ils n'auraient pas satisfait à l'obligation de notifier le franchissement d'un seuil de participation dès lors que l'existence de l'action du concert d'où résulterait cette obligation est contestée. Pour autant, en présence de manquements clairement établis et lorsque la mise en oeuvre de présomptions de concert n'appelle pas l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, le bureau est a même de les constater pour appliquer la sanction de suspension des droits de vote qui en résulte de droit. La société Madag produit des mails dont il résulte que M. A... a, en certaines circonstances, indiqué aux dirigeants d'Acadomia le nombre de titres détenus. Cependant comme l'ont justement analysé les premiers juges, il s'agit de déclarations fortuites ou incidentes qui ne sont pas conformes aux exigences légales et statutaires quant à leur forme et au délai de cinq jours de bourse. Il sera souligné que Madag reconnaît un franchissement de seuil (" le seul ") en page 31 de ses écritures non déclaré régulièrement, celui de 15 % qu'elle a franchi à titre individuel le

2 août 2007 et qu'elle convient ainsi d'un manquement individuel dès lors que la déclaration ultérieure de franchissement d'un seuil plus élevé, serait-elle régulière, n'exonère pas du défaut de déclaration du seuil antérieurement franchi. S'agissant du concert, il résulte de l'application de la présomption de l'article L. 233-10 du code de commerce qui joue notamment entre une société et ses dirigeants, entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes. En effet, Madag et Capris sont contrôlées par le même groupe de 18 personnes physiques, qui détiennent le capital de Capris à l'exception d'une action détenue par la société HFG, le capital de Madag étant détenu à 100 % par le groupe Superba lequel est contrôlée par le même groupe familial (C.../ A...) notamment via la société HFG. M. A... est le gérant des sociétés Capris et HFG et le président du conseil d'administration de Madag. Il convient d'observer que dans son mail du 2 janvier 2008 à M. Z..., M. A... évoquait spontanément le " cumul " des actions de Madag et Capris. C'est donc un cumul de présomptions autour de M. A... et HFG que le bureau de l'assemblée générale a pu constater sans excéder ses pouvoirs. Il sera souligné que la société Capris a acquiescé au jugement admettant le concert avec Madag. Il convient, en conséquence, de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Madag de sa demande relative à la privation de ses droits de vote »

ET AUX MOTIFS SUPPOSEMENT ADOPTES QUE : « 2- Sur la demande d'annulation de la décision du Bureau privant du droit de vote un certain nombre d'actions, 2-1 Sur l'applicabilité à ACADOMIA GROUPE de son obligation de déclaration de franchissement de seuil : attendu que les demandeurs contestent l'applicabilité à ACADOMIA GROUPE des dispositions L 233-7 du Code de commerce au motif qu'elles ne concernent pas les sociétés dont les titres revêtent la forme nominative ce qui est le cas de ACADOMIA GROUPE, qui a ainsi en permanence une assez bonne visibilité de son actionnariat, sauf en ce qui concerne l'actionnariat étranger ; Attendu qu'effectivement les statuts stipulent en leur article 9 : « Les valeurs mobilières émises par la société revêtent la forme de titres nominatifs ». Etant admis aux opérations d'un dépositaire central, les titres de la société sont inscrits en compte chez un intermédiaire habilité, dans les conditions et selon les modalités prévues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur » ; Attendu cependant que sans même à avoir à statuer sur ce point, le tribunal relève que les statuts de la société ACADOMIA GROUPE contiennent également, un article 13 intitulé « Franchissements de seuils », comptent 6 alinéas qui sont la reprise presque textuelle des articles L 233-7 (§ 1, 2, 3), L 233-14 (§ 1, 2, 4) du Code de commerce ; Attendu que le 1er § est ainsi libellé : « Toute personne physique ou personne morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote doit informer la société dans un délai de cinq jours de bourse à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède » ; Attendu que ces dispositions étaient parfaitement connues par M. Thierry B..., qui était jusqu'au 29 février 2008, administrateur de la société, qu'il en avait approuvé l'introduction dans les statuts de la société, et qu'il avait d'ailleurs pris l'initiative de procéder, dans le passé à certaines déclarations ; Attendu que M. A..., qui a réalisé, à travers les sociétés qu'il contrôle, un investissement très important en achetant les titres d'ACADOMIA GROUPE, aurait pu se faire communiquer les statuts, et qu'il paraît peu vraisemblable qu'il ne l'ait pas fait ; Attendu qu'il n'est pas soutenu que cette disposition des statuts soit illégale, et que la situation d'ACADOMIA GROUPE n'est pas unique, car il existe d'autres sociétés importantes dont les actions sont au nominatif, et dont les statuts prévoient l'obligation de déclaration de franchissement de seuil ; Attendu que même pour une société dont les actions « revêtent la forme de titres nominatifs », l'obligation de déclaration de franchissement de seuil conserve son intérêt en

raison d'« action de concert » possible entre des actionnaires ; Attendu enfin que seule est obligatoire, de par les statuts, l'obligation de déclaration à la société elle-même, et qu'ACADOMIA GROUPE, n'étant pas cotée sur un marché réglementé, n'est pas concernée par l'obligation de déclaration à l'AMF. Le Tribunal constatera que la clause statutaire de déclaration de franchissement de seuil était applicable à tous les actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE.

2-2 Sur l'existence de « concerts », d'une part autour de M. A..., d'autour de M. B... : attendu que l'article L 223-10 du Code de commerce dispose :

« I.- Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique vis-à-vis de la société.

II.- Un tel accord est présumé exister :

1° Entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ;

2° Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ;

3° Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes.... ;

Et que l'article L233-3, auquel l'article L223-10 renvoie, dispose :

« I.- Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale » ;

Attendu que lors de l'Assemblée Générale du 29 février 2009, le bureau, a, à la majorité de ses membres, M. Thierry B... s'y opposant, considéré qu'il y avait action de concert de deux groupes distincts d'actionnaires, et qu'il convient donc d'examiner si les conditions d'application de l'article L223-10 du Code de commerce invoqué par ACADOMIA GROUPE sont remplies, étant entendu que la restriction d'un droit aussi essentiel de l'actionnaire que celui de voter en Assemblée Générale ne saurait être décidé dans des hypothèses autre que celles prévues strictement par la loi,

2-2. 1 Sur le « concert » prétendu entra MADAG et CAPRIS, autour de M. A... : attendu que le bureau de l'assemblée générale a relevé un premier « concert » entre les sociétés MADAG et CAPRIS ; Attendu que les demandeurs soutiennent, avec un schéma à l'appui que la SCI CAPRIS dépend d'un groupe familial, alors que MADAG est filiale à 100 % de la société SUPERBA ; Mais attendu que la société SUPERBA est elle même contrôlée, via les sociétés HFG et HHG GESTION, par le même groupe familial, famille C.../ A... ; Attendu que dans son mail du 2 janvier 2008 adressé à M Z..., M. A... parle lui-même de « cumul » des actions possédées par MADAG et CAPRIS ; Attendu au surplus que dans les

discussions avec M. Maxime X..., M. A... est toujours été le porte-parole commun des deux sociétés ; Le tribunal constate l'existence d'un concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS, au sens de l'article L 233-10 II, 3°.

2-2. 2 Sur le « concert » prétendu entre M. B... et la société DORADE INVESTMENTS : attendu que le bureau de l'assemblée générale a relevé un deuxième « concert » entre M. Thierry B... et la société DORADE INVESTMENTS ; Attendu que la société DORADE INVESTMENTS est une société de droit belge constituée le 2 janvier 2004, dont M. Thierry B... est le fondateur et principal actionnaire, et dont les statuts prévoient un conseil d'administration de trois membres au moins, et pas de président ou de directeur général ; Attendu que l'article relatif à la représentation de la société est ainsi rédigé :

« La société est valablement représentée vis-à-vis des tiers, en justice et dans les actes, y compris ceux pour lesquels le concours d'un officier ministériel ou d'un notaire serait requis, par un administrateur de la catégorie 'A' agissant conjointement avec un administrateur de la catégorie 'B'. La société est également valablement représentée dans les actes, y compris ceux pour lesquels le concours d'un officier ministériel ou d'un notaire serait requis, par un administrateur de la catégorie 'C', agissant conjointement avec un administrateur de chacune des deux autres catégories. » Attendu que M. Thierry B... est administrateur de DORADE INVESTMENTS de catégorie A, que sa situation est parfaitement assimilable à l'une de celles mentionnées à l'article L 233-10 II 1° du Code de commerce, le Tribunal constate un concert entre M. Thierry B... et DORADE INVESTMENTS.

2-3 Sur les déclarations de « franchissement de seuil » que les demandeurs soutiennent avoir effectuées, Attendu qu'il est incontestable que les demandeurs ont, en certaines circonstances, indiqué à ACADOMIA GROUPE le nombre de titres possédés. C'est ainsi que, répondant à une question de M. Z..., M. A... indiquait par mail :

- le 29 mai 2007 : « Je vous confirme que les positions CAPRIS et SATISFONDS n'ont pas bougé et que MADAG détient en fait 152. 102 actions, soit un conso de près de 15 %.

»

- le 1er juin 2007 : « la position de MADAG est dorénavant de 206. 600 titres, aucune évolution pour les autres détenteurs du groupe familial »

- le 27 juillet 2007 : « bonjour, messieurs, avant mes vacances pour déclarer que madag détient à ce jour 299. 400 titres, position inchangée du fcp satisfonds et de scpf capris. ». Attendu que les déclarations de franchissement de seuil sont incidentes, comme le déclarent eux-mêmes les demandeurs dans leurs conclusions-page 10 « aucune transaction n'est finalement intervenue, probablement pour des raisons financières, mais la réponse de Monsieur A... révèle incidemment que MADAG a franchi, la veille, le seuil du capital (492 114 actions sur la base d'un capital composé de 2 460 572 actions) »

- page 45 : « Il résulte de l'analyse des nombreux échanges de mails intervenus entre ACADOMIA GROUPE et M. Thierry A... que ce dernier peut être considéré comme ayant, par le plus grand des hasards, déclaré en temps et en heure (dans le délai de cinq jours de bourse) la plupart des seuils franchis par la société MADAG.

Dans ces conditions, il est d'ores et déjà acquis que la privation des droits de vote dont MADAG a été victime sur la quasi-totalité des actions ACADOMIA GROUPE n'aurait jamais dû intervenir, puisque les seuils de 5 %, 10 %, 20 %, et 25 % ont été fortuitement déclarés dans les délais prescrits (par une réglementation dont les requérants ont cependant montré qu'elle n'était pas applicable à ACADOMIA GROUPE) » ; Attendu que cette absence de déclaration officielle, et dans les délais exigés par la loi, par le concert de A... est fautive ; Attendu que sans avoir à se prononcer sur le fait que le prêt de titres consenti par MADAG à M. Thierry B... constitue ou non un « abus de droit », et si la déclaration de franchissement de seuil effectuée après la réalisation de ce prêt intervenu dans les jours qui précèdent l'assemblée générale du 29 février 2009, a ou non été effectuée dans le délai statutaire, le tribunal constate que M. Thierry B... ne contredit pas

l'affirmation d'ACADOMIA GROUPE selon laquelle DORADE INVESTMENTS n'a pas déclaré le franchissement de seuil à la baisse intervenus entre mars et août 2007 ; Attendu que cette abstention contrevient aux dispositions du § 2 de l'article 13 des statuts d'ACADOMIA GROUPE qui disposent « Les informations mentionnées à l'alinéa précédent relatives aux déclarations de franchissement de seuil, seront également faites dans le même délai lorsque la participation au capital devient inférieure aux seuils prévus au premier alinéa » ; Attendu que cette sanction ne trouve effectivement s'appliquer que quand l'actionnaire ou le « concert », remontent dans le capital, ce qui a été le cas en l'espèce pour le concert de M. B... ;

Le Tribunal constatera que les déclarations de franchissement de seuil n'ont pas été effectuées par les deux « concerts », dans les conditions statutaires ;

2-4 Sur la validité, en conséquence, de la décision du « Bureau » de l'Assemblée Générale, Attendu que la majorité du bureau de l'assemblée générale d'ACADOMIA GROUPE du 29 février 2009 a fait une juste application des dispositions statutaires, et n'a pas contrevenu au rôle que lui impartit l'article R. 225-95 du Code de commerce, en mentionnant sur la feuille de présence, pour chaque actionnaire :

- le nombre d'actions possédées-et le nombre de voix, en retenant les limitations statutaires indiquées ci-dessus, Le Tribunal débouterà les demandeurs de leur demande visant à annuler les décisions de privation des droits de vote prises par le bureau de l'Assemblée Générale du 29 février 2008.

3- Sur la demande d'annulation de l'Assemblée Générale du 29 février 2009 : attendu que les votes de l'Assemblée Générale ont été effectués dans des conditions régulières, le tribunal débouterà les demandeurs de leurs demandes de nullité de l'Assemblée Générale du 29 février 2008 »

1°) ALORS, D'UNE PART, QU'en ce qu'elles privent l'actionnaire de son droit de vote en l'absence de déclaration de franchissement de certains seuils de participation, sans qu'une juste et préalable indemnité n'ait été prévue par le législateur, ni que cette restriction apportée à un droit fondamental de l'associé ne soit justifiée par un motif d'intérêt général, et en ce qu'elles comportent une sanction automatique dont le juge ne peut moduler en considération des circonstances de l'espèce, les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 233-14 du code de commerce portent atteinte au droit de propriété et méconnaissent le principe de nécessité des peines ; que l'abrogation des deux premiers alinéas de l'article L. 233-14 du Code de commerce qui sera prononcée par le Conseil Constitutionnel par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité de ce texte posée par l'exposante aura pour conséquence de priver de fondement juridique le chef de dispositif de l'arrêt attaqué par lequel la Cour d'appel a rejeté la demande de la société MADAG tendant à l'annulation des décisions du bureau de l'assemblée générale de la société ACADOMIA GROUPE l'ayant privée de ses droits de vote, sur le fondement de ces dispositions dont la teneur était reprise par l'article 13 des statuts de la société ACADOMIA GROUPE ;

2°) ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent y déroger ; qu'il en résulte que l'article 13 des statuts de la société ACADOMIA GROUPE, reprenant presque littéralement les dispositions des articles L. 233-7 et L. 233-14 du code de commerce, aux termes duquel, en l'absence de déclaration par un actionnaire du franchissement de certains seuils de participation, « les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification », porte atteinte au droit fondamental de l'associé d'une société d'exprimer un vote au cours de l'assemblée générale, et doit être réputé non écrit ; qu'en jugeant néanmoins « en vertu du caractère absolu de l'opposabilité des statuts aux associés, cette

disposition statutaire est applicable à Madag », la Cour d'appel a violé les articles 1844 et 1844-10 du code civil, ensemble l'article 1134 du même code.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement du tribunal de commerce de PARIS du 18 janvier 2010 en ce qu'il a rejeté la demande de la société MADAG en nullité des décisions de privation des droits de vote prises par le bureau de l'assemblée générale des actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE à son égard, et tendant à voir ordonner la restitution immédiate de l'ensemble des droits de vote dont elle avait été abusivement privée ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « sur la privation des droits de vote : Sur l'obligation de déclaration des franchissements des seuils : au soutien de son appel de ce chef, la société Madag fait valoir en premier lieu que les dispositions de l'article L. 233-7 du code de commerce relatives aux franchissements des seuils légaux ne s'appliquent pas à Acadomia de sorte qu'elle n'avait pas à déclarer ses franchissements de seuils. L'article L. 233-7, I du code de commerce dispose : " Lorsque les actions d'une société sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire habilité dans les conditions prévues par l'article L. 211-4 du code monétaire et financier, toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède ". Quant à l'article L. 211-4 du code monétaire et financier dans sa version antérieure à la réforme du 8 janvier 2009, il dispose (alinéa 2) que " les titres des sociétés par actions qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé doivent être inscrits à un compte tenu chez lui par l'émetteur au nom du propriétaire de titres " et (alinéa 3) que " par dérogation aux obligations de l'alinéa précédent, lorsque les titres sont admis aux opérations d'un dépositaire central, ils peuvent être inscrits en compte chez un intermédiaire habilité si cela est prévu dans les statuts ". Selon la société Madag, les actions nominatives comme celles d'Acadomia ne relèvent pas de la déclaration de franchissement de seuils. Mais, il est établi que les titres d'Acadomia sont admis aux opérations d'Euroclear France, dépositaire central agréé, et l'article 9 des statuts prévoit l'inscription en compte chez un intermédiaire habilité. Dans la mesure où les sociétés du marché libre sont soumises aux déclarations de franchissement de seuils dès lors qu'elles autorisent les actions inscrites en compte chez un intermédiaire habilité, l'obligation légale est applicable. Peu importe que les titres inscrits en compte chez un intermédiaire habilité soient au porteur ou au nominatif. Au surplus, l'obligation légale est reproduite à l'article 13 des statuts de sorte que les actionnaires d'Acadomia sont soumis à la clause statutaire qui stipule : " Toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède. L'information mentionnée à l'alinéa précédent est également donnée dans les mêmes délais lorsque la participation en capital ou en droit de vote devient inférieure aux seuils mentionnés par cet alinéa. La personne tenue à l'information prévue au premier alinéa précise le nombre de titres qu'elle possède donnant accès à terme au capital ainsi que les droits de vote qui y sont attachés. A défaut d'avoir été régulièrement déclaré dans les conditions prévues au premier alinéa

ci-dessus, les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification ". En vertu du caractère absolu de l'opposabilité des statuts aux associés, cette disposition statutaire est applicable à Madag comme l'ont justement retenu les premiers juges, la prétendue non connaissance de cette clause par M. A..., au demeurant peu vraisemblable, étant à cet égard indifférente tout comme l'utilité, contestée par Madag, de cette réglementation pour Acadomia. Par ailleurs, la société Madag argue en vain en cause d'appel, de l'illégalité de cette clause en ce qu'elle prévoit des seuils supérieurs à 5 % dès lors que les statuts sont la loi des associés et qu'ils les obligent.

Sur la privation des droits de vote : La société Madag critique le jugement pour avoir justifié la privation des droits de vote par un défaut de déclaration de franchissement de seuils et un concert non avérés que le bureau de l'assemblée générale d'actionnaires n'avait pas pouvoir de constater. Il est admis que le bureau de l'assemblée générale des actionnaires n'a pas le pouvoir de priver les actionnaires de leurs droits de vote au motif qu'ils n'auraient pas satisfait à l'obligation de notifier le franchissement d'un seuil de participation dès lors que l'existence de l'action du concert d'où résulterait cette obligation est contestée. Pour autant, en présence de manquements clairement établis et lorsque la mise en oeuvre de présomptions de concert n'appelle pas l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, le bureau est à même de les constater pour appliquer la sanction de suspension des droits de vote qui en résulte de droit. La société Madag produit des mails dont il résulte que M. A... a, en certaines circonstances, indiqué aux dirigeants d'Acadomia le nombre de titres détenus. Cependant comme l'ont justement analysé les premiers juges, il s'agit de déclarations fortuites ou incidentes qui ne sont pas conformes aux exigences légales et statutaires quant à leur forme et au délai de cinq jours de bourse. Il sera souligné que Madag reconnaît un franchissement de seuil (" le seul ") en page 31 de ses écritures non déclaré régulièrement, celui de 15 % qu'elle a franchi à titre individuel le 2 août 2007 et qu'elle convient ainsi d'un manquement individuel dès lors que la déclaration ultérieure de franchissement d'un seuil plus élevé, serait-elle régulière, n'exonère pas du défaut de déclaration du seuil antérieurement franchi. S'agissant du concert, il résulte de l'application de la présomption de l'article L. 233-10 du code de commerce qui joue notamment entre une société et ses dirigeants, entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes. En effet, Madag et Capris sont contrôlées par le même groupe de 18 personnes physiques, qui détiennent le capital de Capris à l'exception d'une action détenue par la société HFG, le capital de Madag étant détenu à 100 % par le groupe Superba lequel est contrôlée par le même groupe familial (C.../ A...) notamment via la société HFG. M. A... est le gérant des sociétés Capris et HFG et le président du conseil d'administration de Madag. Il convient d'observer que dans son mail du 2 janvier 2008 à M. Z..., M. A... évoquait spontanément le " cumul " des actions de Madag et Capris. C'est donc un cumul de présomptions autour de M. A... et HFG que le bureau de l'assemblée générale a pu constater sans excéder ses pouvoirs. Il sera souligné que la société Capris a acquiescé au jugement admettant le concert avec Madag. Il convient, en conséquence, de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Madag de sa demande relative à la privation de ses droits de vote » ;

ET AUX MOTIFS SUPPOSEMENT ADOPTES QUE « 2- Sur la demande d'annulation de la décision du Bureau privant du droit de vote un certain nombre d'actions,
2-1 Sur l'applicabilité à ACADOMIA GROUPE de son obligation de déclaration de franchissement de seuil : attendu que les demandeurs contestent l'applicabilité à ACADOMIA GROUPE des dispositions L233-7 du Code de commerce au motif qu'elles ne

concernent pas les sociétés dont les titres revêtent la forme nominative ce qui est le cas de ACADOMIA GROUPE, qui a ainsi en permanence une assez bonne visibilité de son actionnariat, sauf en ce qui concerne l'actionnariat étranger ; Attendu qu'effectivement les statuts stipulent en leur article 9 :

« Les valeurs mobilières émises par la société revêtent la forme de titres nominatifs ».

« Etant admis aux opérations d'un dépositaire central, les titres de la société sont inscrits en compte chez un intermédiaire habilité, dans les conditions et selon les modalités prévues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur » ;

Attendu cependant que sans même à avoir à statuer sur ce point, le tribunal relève que les statuts de la société ACADOMIA GROUPE contiennent également, un article 13 intitulé « Franchissements de seuils », comptent 6 alinéas qui sont la reprise presque textuelle des articles L 233-7 (§ 1, 2, 3), L 233-14 (§ 1, 2, 4) du Code de commerce ;

Attendu que le 1er § est ainsi libellé : « Toute personne physique ou personne morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote doit informer la société dans un délai de cinq jours de bourse à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède » ; Attendu que ces dispositions étaient parfaitement connues par M. Thierry B..., qui était jusqu'au 29 février 2008, administrateur de la société, qu'il en avait approuvé l'introduction dans les statuts de la société, et qu'il avait d'ailleurs pris l'initiative de procéder, dans le passé à certaines déclarations ; Attendu que M. A..., qui a réalisé, à travers les sociétés qu'il contrôle, un investissement très important en achetant les titres d'ACADOMIA GROUPE, aurait pu se faire communiquer les statuts, et qu'il paraît peu vraisemblable qu'il ne l'ait pas fait ; Attendu qu'il n'est pas soutenu que cette disposition des statuts soit illégale, et que la situation d'ACADOMIA GROUPE n'est pas unique, car il existe d'autres sociétés importantes dont les actions sont au nominatif, et dont les statuts prévoient l'obligation de déclaration de franchissement de seuil ; Attendu que même pour une société dont les actions « revêtent la forme de titres nominatifs », l'obligation de déclaration de franchissement de seuil conserve son intérêt en raison d'« action de concert » possible entre des actionnaires ; Attendu enfin que seule est obligatoire, de par les statuts, l'obligation de déclaration à la société elle-même, et qu'ACADOMIA GROUPE, n'étant pas cotée sur un marché réglementé, n'est pas concernée par l'obligation de déclaration à l'AMF. Le Tribunal constatera que la clause statutaire de déclaration de franchissement de seuil était applicable à tous les actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE.

2-2 Sur l'existence de « concerts », d'une part autour de M. A..., d'autour de M. B..., Attendu que l'article L 223-10 du Code de commerce dispose :

« I.- Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique vis-à-vis de la société.

II.- Un tel accord est présumé exister :

1° Entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ;

2° Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ;

3° Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes.... ;

Et que l'article L233-3, auquel l'article L223-10 renvoie, dispose :

« I.- Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu

d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale » ;

Attendu que lors de l'Assemblée Générale du 29 février 2009, le bureau, a, à la majorité de ses membres, M. Thierry B... s'y opposant, considéré qu'il y avait action de concert de deux groupes distincts d'actionnaires, et qu'il convient donc d'examiner si les conditions d'application de l'article L223-10 du Code de commerce invoqué par ACADOMIA GROUPE sont remplies, étant entendu que la restriction d'un droit aussi essentiel de l'actionnaire que celui de voter en Assemblée Générale ne saurait être décidé dans des hypothèses autre que celles prévues strictement par la loi, 2-2. 1 Sur le « concert » prétendu entra MADAG et CAPRIS, autour de M. A... : attendu que le bureau de l'assemblée générale a relevé un premier « concert » entre les sociétés MADAG et CAPRIS ; Attendu que les demandeurs soutiennent, avec un schéma à l'appui que la SCI CAPRIS dépend d'un groupe familial, alors que MADAG est filiale à 100 % de la société SUPERBA ; Mais attendu que la société SUPERBA est elle-même contrôlée, via les sociétés HFG et HHG GESTION, par le même groupe familial, famille C.../ A... ; Attendu que dans son mail du 2 janvier 2008 adressé à M Z..., M. A... parle lui-même de « cumul » des actions possédées par MADAG et CAPRIS ; Attendu au surplus que dans les discussions avec M. Maxime X..., M. A... est toujours été le porte-parole commun des deux sociétés ;

Le tribunal constate l'existence d'un concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS, au sens de l'article L 233-10 II, 3°.

2-2. 2 Sur le « concert » prétendu entre M. B... et la société DORADE INVESTMENTS, Attendu que le bureau de l'assemblée générale a relevé un deuxième « concert » entre M. Thierry B... et la société DORADE INVESTMENTS ; Attendu que la société DORADE INVESTMENTS est une société de droit belge constituée le 2 janvier 2004, dont M. Thierry B... est le fondateur et principal actionnaire, et dont les statuts prévoient un conseil d'administration de trois membres au moins, et pas de président ou de directeur général ; Attendu que l'article relatif à la représentation de la société est ainsi rédigé :

« La société est valablement représentée vis-à-vis des tiers, en justice et dans les actes, y compris ceux pour lesquels le concours d'un officier ministériel ou d'un notaire serait requis, par un administrateur de la catégorie'A'agissant conjointement avec un administrateur de la catégorie'B'. La société est également valablement représentée dans les actes, y compris ceux pour lesquels le concours d'un officier ministériel ou d'un notaire serait requis, par un administrateur de la catégorie'C', agissant conjointement avec un administrateur de chacune des deux autres catégories. »

Attendu que M. Thierry B... est administrateur de DORADE INVESTMENTS de catégorie A, que sa situation est parfaitement assimilable à l'une de celles mentionnées à l'article L 233-10 II 1° du Code de commerce, le Tribunal constate un concert entre M. Thierry B... et DORADE INVESTMENTS.

2-3 Sur les déclarations de « franchissement de seuil » que les demandeurs soutiennent

avoir effectuées,

Attendu qu'il est incontestable que les demandeurs ont, en certaines circonstances, indiqué à ACADOMIA GROUPE le nombre de titres possédés. C'est ainsi que, répondant à une question de M. Z..., M. A... indiquait par mail :

- le 29 mai 2007 : « Je vous confirme que les positions CAPRIS et SATISFONDS n'ont pas bougé et que MADAG détient en fait 152. 102 actions, soit un conso de près de 15 %.
»

- le 1er juin 2007 : « la position de MADAG est dorénavant de 206. 600 titres, aucune évolution pour les autres détenteurs du groupe familial »

- le 27 juillet 2007 : « bonjour, messieurs, avant mes vacances pour déclarer que madag détient à ce jour 299. 400 titres, position inchangée du fcp satisfonds et de scpf capris. », Attendu que les déclarations de franchissement de seuil sont incidentes, comme le déclarent eux-mêmes les demandeurs dans leurs conclusions-page 10 « aucune transaction n'est finalement intervenue, probablement pour des raisons financières, mais la réponse de Monsieur A... révèle incidemment que MADAG a franchi, la veille, le seuil du capital (492 114 actions sur la base d'un capital composé de 2 460 572 actions) »

- page 45 : « Il résulte de l'analyse des nombreux échanges de mails intervenus entre ACADOMIA GROUPE et M. Thierry A... que ce dernier peut être considéré comme ayant, par le plus grand des hasards, déclaré en temps et en heure (dans le délai de cinq jours de bourse) la plupart des seuils franchis par la société MADAG.

Dans ces conditions, il est d'ores et déjà acquis que la privation des droits de vote dont MADAG a été victime sur la quasi-totalité des actions ACADOMIA GROUPE n'aurait jamais dû intervenir, puisque les seuils de 5 %, 10 %, 20 %, et 25 % ont été fortuitement déclarés dans les délais prescrits (par une réglementation dont les requérants ont cependant montré qu'elle n'était pas applicable à ACADOMIA GROUPE) » ; Attendu que cette absence de déclaration officielle, et dans les délais exigés par la loi, par le concert de A... est fautive ; Attendu que sans avoir à se prononcer sur le fait que le prêt de titres consenti par MADAG à M. Thierry B... constitue ou non un « abus de droit », et si la déclaration de franchissement de seuil effectuée après la réalisation de ce prêt intervenu dans les jours qui précèdent l'assemblée générale du 29 février 2009, a ou non été effectuée dans le délai statutaire, le tribunal constate que M. Thierry B... ne contredit pas l'affirmation d'ACADOMIA GROUPE selon laquelle DORADE INVESTMENTS n'a pas déclaré le franchissement de seuil à la baisse intervenus entre mars et août 2007 ; Attendu que cette abstention contrevient aux dispositions du § 2 de l'article 13 des statuts d'ACADOMIA GROUPE qui disposent « Les informations mentionnées à l'alinéa précédent relatives aux déclarations de franchissement de seuil, seront également faites dans le même délai lorsque la participation au capital devient inférieure aux seuils prévus au premier alinéa » ; Attendu que cette sanction ne trouve effectivement s'appliquer que quand l'actionnaire ou le « concert », remontent dans le capital, ce qui a été le cas en l'espèce pour le concert de M. B... ;

Le Tribunal constatera que les déclarations de franchissement de seuil n'ont pas été effectuées par les deux « concerts », dans les conditions statutaires ;

2-4 Sur la validité, en conséquence, de la décision du « Bureau » de l'Assemblée Générale : Attendu que la majorité du bureau de l'assemblée générale d'ACADOMIA GROUPE du 29 février 2009 a fait une juste application des dispositions statutaires, et n'a pas contrevenu au rôle que lui impartit l'article R. 225-95 du Code de commerce, en mentionnant sur la feuille de présence, pour chaque actionnaire :

- le nombre d'actions possédées-et le nombre de voix, en retenant les limitations statutaires indiquées ci-dessus, Le Tribunal déboulera les demandeurs de leur demande visant à annuler les décisions de privation des droits de vote prises par le bureau de l'Assemblée Générale du 29 février 2008.

3- Sur la demande d'annulation de l'Assemblée Générale du 29 février 2009 : attendu que les votes de l'Assemblée Générale ont été effectués dans des conditions régulières, le tribunal débouter les demandeurs de leurs demandes de nullité de l'Assemblée Générale du 29 février 2008 » ;

1°) ALORS QUE le bureau de l'assemblée des actionnaires n'a pas le pouvoir de priver certains d'entre eux de leurs droits de vote au motif qu'ils n'auraient pas satisfait à l'obligation de notifier le franchissement d'un seuil de participation, dès lors que l'existence de l'action de concert d'où résulterait cette obligation est contestée ; qu'en jugeant que le bureau de l'assemblée générale de la société ACADOMIA GROUPE avait pu, sans excéder ses pouvoirs, constater sur le fondement de l'article L. 233-10 du code de commerce l'existence d'un « cumul de présomptions » selon lesquelles les sociétés MADAG et CAPRIS avaient agi de concert, et priver ces dernières de leurs droits de vote à raison de l'absence de notification de certains franchissements de seuils, quand l'existence de ce concert était expressément contestée par la société MADAG, la Cour d'appel a violé les articles L. 233-7, L. 233-10 et L. 233-14 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE pour l'application de l'article L. 233-10 II, 3°, du code de commerce, qui présume l'existence d'un accord de concert « entre des sociétés contrôlées par (¿) les mêmes personnes », doit être caractérisé l'exercice d'un contrôle conjointement exercé par ces mêmes personnes au sens de l'article L. 233-3 III du même code, lequel contrôle suppose l'existence d'une action de concert qui ne saurait se déduire de la seule appartenance à un même groupe familial ; de sorte qu'en retenant que les sociétés MADAG et CAPRIS étaient « contrôlées par le même groupe de 18 personnes physiques, qui détiennent le capital de Capris à l'exception d'une action détenue par la société HFG, le capital de Madag étant détenu à 100 % par le groupe Superba lequel est contrôlée par le même groupe familial (C.../ A...) notamment via la société HFG », pour en déduire que ces personnes exerçaient un contrôle des sociétés MADAG et CAPRIS suffisant à caractériser une présomption d'action de concert entre ces deux sociétés, obligeant ces dernières à additionner leurs actions et droits de vote dans la société ACADOMIA GROUPE pour apprécier l'existence d'un franchissement de seuil, la Cour d'appel, qui n'a pas fait ressortir que les 18 personnes appartenant à la famille A.../ C... auraient, sur la base d'engagements pris entre elles, exercé dans les faits un contrôle conjoint des sociétés MADAG et CAPRIS, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 233-3, L. 233-7 et L. 233-10 II, 3° du code de commerce ;

3°) ALORS QUE ni l'article L. 233-10 II, 1°, du code de commerce, qui présume l'existence d'un accord aux fins d'agissements de concert « entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants », ni l'article L. 233-10 II, 2°, du même code, qui présume un tel accord « entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 » n'était applicable aux sociétés MADAG et CAPRIS, la circonstance, relevée par l'arrêt, que Monsieur A... soit le gérant de la société CAPRIS et de la société HFG, cette dernière étant détentrice d'une action de la société CAPRIS et d'une partie du capital de MADAG, et le président du conseil d'administration de MADAG, ne recouvrant aucune des hypothèses prévues par les textes précités ; que la Cour d'appel qui, après avoir énoncé que « Madag et Capris sont contrôlées par le même groupe de 18 personnes physiques, qui détiennent le capital de Capris à l'exception d'une action détenue par la société HFG, le capital de Madag étant détenu à 100 % par le groupe Superba lequel est contrôlée par le même groupe familial (C.../ A...) notamment via la société HFG », ajoute que Monsieur A... « est le gérant des sociétés Capris et HFG et le président du conseil d'administration de Madag », pour en déduire qu'il existait « un cumul de présomptions autour de M. A... et HFG » caractérisant l'existence d'une action de concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS, s'est déterminée par des considérations inopérantes, et a violé les articles L. 233-3, L. 233-7 et L. 233-10 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE l'existence d'un accord de concert ne peut être prouvée que par un écrit ou un faisceau d'indices, ou encore résulter de l'une des présomptions limitativement prévues à l'article L. 233-10 II du code de commerce ; qu'en énonçant, pour retenir l'existence d'une présomption d'action de concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS, que « dans son mail du 2 janvier 2008 à M. Z..., M. A... évoquait spontanément le “ cumul “ des actions de Madag et Capris », la Cour d'appel, qui s'est encore fondée sur un motif inapte à caractériser l'existence d'une action de concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS, a violé les articles L. 233-3, L. 233-7 et L. 233-10 du code de commerce ;

5°) ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE les présomptions d'existence d'une action de concert prévues par l'article L. 233-10 du code de commerce sont réfragables de sorte qu'il incombe au juge, lorsqu'une action concertée est contestée par les associés concernés, de rechercher si ces derniers ont effectivement conclu un accord « un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société » ; qu'en l'espèce, la société MADAG faisait valoir (ses conclusions d'appel, pages 30 et 31) qu'il n'existait pas de politique commune entre les sociétés MADAG et CAPRIS, lesquelles adoptaient souvent des comportements divergents à l'égard de la société ACADOMIA GROUPE, en particulier lors des assemblées générales de cette société ; qu'elle soulignait qu'en outre, les perspectives d'investissement des sociétés MADAG et CAPRIS étaient différentes, la première ayant effectué des acquisitions de participations plus importantes avec un horizon de rentabilité plus lointain, tandis que la seconde avait procédé à des investissements de montants relativement limités, dans un objectif de rentabilité à court terme ; qu'en se bornant à retenir qu'il existait un « cumul de présomptions » de l'existence d'une action de concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS, sans avoir égard aux conclusions précitées de l'exposante contestant la réalité de ce concert, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 233-3 et L. 233-10 du code de commerce ;

6°) ALORS, ENFIN, QU'en déduisant l'existence d'une présomption de concert entre les sociétés MADAG et CAPRIS de la circonstance que celle-ci n'avait pas fait appel et avait ainsi acquiescé au jugement ayant admis le concert avec la société MADAG, la Cour d'appel s'est déterminée par un motif radicalement inopérant, en violation des textes susvisés (articles L. 233-3, L. 233-7 et L. 233-10 du code de commerce), dès lors que la décision de la société CAPRIS de ne pas faire appel ne pouvait établir l'existence d'une action de concert que la société MADAG contestait et démontrait, tout au contraire, l'absence de convergence de comportement de ces sociétés.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement du tribunal de commerce de PARIS du 18 janvier 2010 en ce qu'il a rejeté la demande de la société MADAG en nullité des décisions de privation des droits de vote prises par le bureau de l'assemblée générale des actionnaires de la société ACADOMIA GROUPE à son égard, et tendant à voir ordonner la restitution immédiate de l'ensemble des droits de vote dont elle avait été abusivement privée ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « sur la privation des droits de vote : La société Madag critique le jugement pour avoir justifié la privation des droits de vote par un défaut de déclaration de franchissement de seuils et un concert non avérés que le bureau de l'assemblée générale de actionnaires n'avait pas pouvoir de constater. Il est admis que le bureau de l'assemblée générale des actionnaires n'a pas le pouvoir de priver les actionnaires de leurs droits de vote au motif qu'ils n'auraient pas satisfait à l'obligation de notifier le franchissement d'un seuil de participation dès lors que l'existence de l'action du concert d'où résulterait cette obligation est contestée. Pour autant, en présence de manquements clairement établis et lorsque la mise en oeuvre de présomptions de concert n'appelle pas l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, le bureau est a même de les constater

pour appliquer la sanction de suspension des droits de vote qui en résulte de droit. La société Madag produit des mails dont il résulte que M. A... a, en certaines circonstances, indiqué aux dirigeants d'Acadomia le nombre de titres détenus.

Cependant comme l'ont justement analysé les premiers juges, il s'agit de déclarations fortuites ou incidentes qui ne sont pas conformes aux exigences légales et statutaires quant à leur forme et au délai de cinq jours de bourse.

Il sera souligné que Madag reconnaît un franchissement de seuil (" le seul ") en page 31 de ses écritures non déclaré régulièrement, celui de 15 % qu'elle a franchi à titre individuel le 2 août 2007 et qu'elle convient ainsi d'un manquement individuel dès lors que la déclaration ultérieure de franchissement d'un seuil plus élevé, serait-elle régulière, n'exonère pas du défaut de déclaration du seuil antérieurement franchi ;

ET AUX MOTIFS SUPPOSEMENT ADOPTES QUE 2-3 Sur les déclarations de « franchissement de seuil » que les demandeurs soutiennent avoir effectuées : attendu qu'il est incontestable que les demandeurs ont, en certaines circonstances, indiqué à ACADOMIA GROUPE le nombre de titres possédés. C'est ainsi que, répondant à une question de M. Z..., M. A... indiquait par mail :

- le 29 mai 2007 : « Je vous confirme que les positions CAPRIS et SATISFONDS n'ont pas bougé et que MADAG détient en fait 152. 102 actions, soit un conso de près de 15 %.

»

- le 1er juin 2007 : « la position de MADAG est dorénavant de 206. 600 titres, aucune évolution pour les autres détenteurs du groupe familial »

- le 27 juillet 2007 : « bonjour, messieurs, avant mes vacances pour déclarer que MADAG détient à ce jour 299. 400 titres, position inchangée du fcp satisfonds et de scpf capris. », Attendu que les déclarations de franchissement de seuil sont incidentes, comme le déclarent eux-mêmes les demandeurs dans leurs conclusions-page 10 « aucune transaction n'est finalement intervenue, probablement pour des raisons financières, mais la réponse de Monsieur A... révèle incidemment que MADAG a franchi, la veille, le seuil du capital (492 114 actions sur la base d'un capital composé de 2 460 572 actions) »

- page 45 : « Il résulte de l'analyse des nombreux échanges de mails intervenus entre ACADOMIA GROUPE et M. Thierry A... que ce dernier peut être considéré comme ayant, par le plus grand des hasards, déclaré en temps et en heure (dans le délai de cinq jours de bourse) la plupart des seuils franchis par la société MADAG.

Dans ces conditions, il est d'ores et déjà acquis que la privation des droits de vote dont MADAG a été victime sur la quasi-totalité des actions ACADOMIA GROUPE n'aurait jamais dû intervenir, puisque les seuils de 5 %, 10 %, 20 %, et 25 % ont été fortuitement déclarés dans les délais prescrits (par une réglementation dont les requérants ont cependant montré qu'elle n'était pas applicable à ACADOMIA GROUPE) » ; attendu que cette absence de déclaration officielle, et dans les délais exigés par la loi, par le concert de A... est fautive ;

1°) ALORS QUE la notification de la déclaration de franchissement d'un seuil de participation imposée par l'article L. 233-7 I du code de commerce n'est soumise à aucune règle de forme, l'article R. 233-1 du code de commerce, dans sa version applicable en l'espèce, précisant seulement qu'elle doit intervenir dans un délai de 5 jours de bourse à compter du franchissement du seuil de participation ; qu'il résulte par ailleurs des constatations de l'arrêt que l'article 13 des statuts de la société ACADOMIA GROUPE, qui se borne à reprendre presque littéralement la teneur des articles L. 233-7 I et L. 233-14 du code de commerce, n'impose pas non plus de formalité particulière pour l'accomplissement de la déclaration de franchissement de seuils ; qu'en l'espèce, la société MADAG versait aux débats 4 emails adressés par Monsieur A... à Monsieur Z..., représentant de la société ACADOMIA GROUPE, informant respectivement cette dernière du franchissement des seuils de 5 %, 10 %, 20 % et 25 %, à chaque fois dans le délai de 5 jours de bourse à compter de l'événement ayant entraîné le franchissement ; qu'en

jugeant néanmoins que ces emails ne constituaient que des « déclarations fortuites ou incidentes qui ne sont pas conformes aux exigences légales et statutaires quant à leur forme et au délai de cinq jours de bourse », la Cour d'appel a violé les articles précités, ensemble l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS, PAR SURCROÎT, QUE la société MADAG versait aux débats un email du 29 mai 2007, informant la société ACADOMIA GROUPE du franchissement du seuil de 5 % intervenu la veille, le 28 mai 2007, un email du 27 juillet 2007, contenant déclaration de la détention par la société MADAG de plus de 10 % des actions de la société ACADOMIA GROUPE, le franchissement de ce seuil étant survenu le 23 juillet 2007, un email du 6 septembre 2007, aux termes duquel la société MADAG indiquait avoir porté le 5 septembre 2007 sa participation dans le capital de la société ACADOMIA GROUPE à 530.940 titres, soit plus de 20 % des actions, et enfin, un email du 2 janvier 2008, par lequel la société ACADOMIA GROUPE était informée du franchissement par la société MADAG du seuil de 25 % de participation, intervenu 5 jours plus tôt le 28 décembre 2007 ; qu'en énonçant que ces emails « n'étaient pas conformes aux exigences légales et statutaires quant à leur forme et au délai de cinq jours de bourse », la Cour d'appel a dénaturé ces actes, violant ainsi l'article 1134 du code civil ;

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, du 29 janvier 2013