

# 12 octobre 2022

## Cour de cassation

### Pourvoi n° 19-18.945

Chambre commerciale financière et économique – Formation de section

Publié au Bulletin

ECLI:FR:CCASS:2022:CO00598

### Titres et sommaires

SOCIETE ANONYME - Administrateur - Obligation d'être propriétaire d'actions de la société - Applications diverses - Société de gestion d'un fonds commun de placement - Fonds détenant des actions de la société anonyme

Si l'article L. 225-25 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, impose que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts, la société de gestion d'un fonds commun de placement dans l'innovation désignée administratrice satisfait à cette exigence lorsque le fonds commun de placement qu'elle représente, au sens de l'article L. 214-25 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, détient des actions de la société anonyme

BOURSE - Valeurs mobilières - Fonds commun de placement - Société de gestion - Société désignée administratrice d'une société anonyme - Obligation d'être propriétaire d'actions de la société - Fonds détenant des actions de la société anonyme

### Texte de la décision

#### Entête

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 12 octobre 2022

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 598 FS-B

Pourvoi n° K 19-18.945

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 12 OCTOBRE 2022

1°/ M. [C] [B], domicilié [Adresse 5],

2°/ M. [R] [P], domicilié [Adresse 3] (États-Unis),

3°/ la société Icadis, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 5],

4°/ la société CBF associés, société civile professionnelle, dont le siège est [Adresse 10], en la personne de M. [Y] [G], agissant en qualité d'administrateur judiciaire de la société Icadis,

5°/ la société Actis mandataires judiciaires, société d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 11], en la personne de Mme [Z] [U], agissant en qualité de mandataire judiciaire de la société Icadis,

ont formé le pourvoi n° K 19-18.945 contre l'arrêt rendu le 7 mai 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 8), dans le litige les opposant :

1°/ à M. [W] [M], domicilié [Adresse 12],

2°/ à M. [N] [T], domicilié [Adresse 4],

3°/ à M. [I] [H], domicilié [Adresse 15] (Israël),

4°/ à M. [A] [L], domicilié [Adresse 7] (États-Unis),

5°/ à M. [E] [D], domicilié [Adresse 8],

6°/ au Fonds commun de placement à risque (FCPR) Spef E-Fund, représenté par sa société de gestion, la société Seventure Partners,

7°/ au Fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI) Banque populaire innovation, représenté par sa société de

gestion, la société Seventure Partners,

ayant tous deux leur siège [Adresse 13],

8°/ au Fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI) Crédit Lyonnais innovation, dont le siège est [Adresse 2], représenté par la société Crédit agricole Private Equity, aux droits de laquelle est venue la société Omnes Capital, dont le siège est [Adresse 9],

9°/ à la société Omnes Capital, dont le siège est [Adresse 9],

10°/ à la société Seventure Partners, société anonyme, dont le siège est [Adresse 13],

11°/ à la société Mousedune LLC,

12°/ à la société Mousseville LLC,

ayant toutes deux leur siège [Adresse 14] (États-Unis),

13°/ à la société Moussescale, dont le siège est [Adresse 17] (Iles Canaries),

14°/ à la société Moussetrap, dont le siège est [Adresse 16] (Canada),

15°/ à la société Netgem, société anonyme, dont le siège est [Adresse 1],

16°/ à la société Drake Star France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 6],

17°/ à la société Vitis, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1],

défendeurs à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les douze moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme de Cabarrus, conseiller référendaire, les observations de la SAS Hannotin Avocats, avocat de MM. [B] et [P] et des sociétés Icadis, CBF associés, ès qualités, et Actis mandataires judiciaires, ès qualités, de la SARL Ortscheidt, avocat de MM. [M], [T], [H], [L] et [D], du FCPI Banque populaire innovation, du FCPR Spéf E-Fund, du FCPI Crédit Lyonnais innovation, et des sociétés Seventure Partners, Omnes Capital, Moussescale, Moussetrap, Mousseville LLC et Mousedune LLC, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Netgem, de la SAS Buk Lament-Robillot, avocat de la société Drake Star France, de la SCP Duhamel-Rameix-Gury-Maitre, avocat de la société Vitis, et l'avis de Mme Gueguen, premier avocat général, après débats en l'audience publique du 5 juillet 2022 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme de Cabarrus, conseiller référendaire rapporteur, M. Mollard, conseiller doyen, Mmes Graff-Daudret, Daubigney, Ponsot, M. Guerlot, Mmes Lion, Lefeuvre, Tostain, MM. Boutié, Gillis, Maigret, conseillers référendaires, Mme Gueguen, premier avocat général, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

## Exposé du litige

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 7 mai 2019) et les productions, en septembre 2006, le capital de la société anonyme Glow Entertainment Group (la société Glowria) était détenu par le fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI) Banque populaire innovation 8, le FCPI Banque populaire innovation 9 et le fonds commun de placement à risque Spéf E-Fund, représentés par leur société de gestion, la société Seventure Partners (la société Seventure), le FCPI Crédit lyonnais innovation 5 et le FCPI Crédit lyonnais innovation 6, représentés par leur société de gestion, la société Omnes Capital, les sociétés Moussescale, Moussetrap, Mousseville LLC et Mousedune LLC (les sociétés du groupe Mousse), ainsi que par MM. [P], [B], la société Icadis, MM. [M], [T], [H] et [D] et la société DVD Beteiligungs. Siégeaient au conseil d'administration de la société MM. [M], [B] et [P], ce dernier étant également président directeur général, ainsi qu'un représentant de la société Omnes Capital et un représentant de la société Seventure.
2. Des difficultés de trésorerie étant apparues fin 2006, le conseil d'administration de la société Glowria a confié à la société Lorentz Deschamps et associés, devenue la société Drake Star France, une mission de recherche de nouveaux investisseurs ou d'acquéreurs éventuels. La mission a été interrompue en février 2007 et, le 30 novembre 2007, la société Drake Star France a notifié à la société Glowria la résiliation de la convention.
3. Le 15 mai 2007, M. [L] a été nommé président du conseil d'administration de la société Glowria en remplacement de M. [P]. Le 28 juin 2007, l'assemblée ordinaire et extraordinaire de cette société a réduit le capital social à zéro puis l'a augmenté par émission d'actions nouvelles, avec droit préférentiel de souscription aux anciens actionnaires et conversion des avances en comptes courants en actions, et décidé l'attribution gratuite à tous les actionnaires de bons de souscription d'actions exerçables jusqu'au 31 décembre 2007. Les sociétés du groupe Mousse, M. [M] et les sociétés Omnes Capital et Seventure ont souscrit à l'augmentation de capital en utilisant la totalité de leurs droits.
4. Le 10 octobre 2007, la société Netgem a adressé aux investisseurs ayant souscrit à l'augmentation de capital une lettre d'intention non engageante aux termes de laquelle était envisagé un apport des actions de la société Glowria à la société Netgem en contrepartie de l'émission par celle-ci d'actions nouvelles pour un montant de 18 millions d'euros. Le 25 octobre 2007, le conseil d'administration de la société Glowria a autorisé la mise en place d'une « data room » pour un audit par la société Netgem.
5. Reprochant aux actionnaires majoritaires une stratégie concertée tendant à les évincer pour s'approprier à titre exclusif l'intégralité du produit de la cession de la société Glowria, MM. [P] et [B] et la société Icadis ont assigné, par actes des 8, 13 et 20 novembre 2007 et 8 février 2008, la société Glowria, la société Seventure, la société Omnes Capital, MM. [M], [T] et [H] et les sociétés du groupe Mousse, aux fins d'annulation de délibérations et de paiement de dommages-intérêts.
6. Le 5 décembre 2007, les sociétés du groupe Mousse, M. [M] et les sociétés Omnes Capital et Seventure ont conclu un contrat d'apport des actions Glowria à la société Netgem par échange d'actions, la société Glowria étant valorisée à 18,85 millions d'euros.
7. MM. [P] et [B] et la société Icadis n'ont pas exercé leurs bons de souscription d'actions dans le délai, expirant le 31 décembre 2007, imparti aux associés.
8. Ils ont assigné en intervention forcée la société Netgem, MM. [L] et [D], les fonds gérés par les sociétés Omnes Capital et Seventure et la société Drake Star France.
9. Le 1er août 2013, la société Glowria, devenue Video Futur Entertainment Group, a fait l'objet d'une fusion-absorption par la société Netgem.

10. Une procédure de sauvegarde a été ouverte au bénéfice de la société Icadis, les sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires étant désignées administrateur et mandataire judiciaires.

Recevabilité du pourvoi contestée par la défense

11. Le FCPI Banque populaire innovation et le fonds commun de placement à risque Spéf E-Fund, représentés par leur société de gestion, la société Seventure, le FCPI Crédit Lyonnais innovation, représenté par sa société de gestion, la société Omnes Capital, les sociétés du groupe Mousse, MM. [M], [T], [H], [L] et [D] et les sociétés Seventure et Omnes capital contestent la recevabilité du pourvoi, au motif que la déclaration de pourvoi ne vise pas expressément le FCPI Banque populaire innovation 8, le FCPI Banque populaire innovation 9, le FCPI Crédit Lyonnais innovation 5 et le FCPI Crédit Lyonnais innovation 6, mais seulement le « Fonds commun de placement dans l'innovation banque populaire innovation, dont le siège est [Adresse 13], représenté par sa société de gestion, la société Seventure Partners » et le « Fonds commun de placement dans l'innovation Crédit Lyonnais innovation, dont le siège est [Adresse 2], représenté par sa société de gestion la société Omnes Capital dont le siège est [Adresse 9]. »

12. Cependant, aux termes de l'article 975 du code de procédure civile, la déclaration de pourvoi contient, à peine de nullité, l'indication des nom, prénoms et domicile du défendeur, ou, s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social.

13. Il résulte des articles L. 214-8, L. 214-8-1 et L. 214-8-8 du code monétaire et financier d'une part, qu'un fonds commun de placement est constitué à l'initiative d'une société de gestion, d'autre part, qu'il n'a pas la personnalité morale et qu'il est représenté à l'égard des tiers par la société chargée de sa gestion, cette société pouvant agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts.

14. La déclaration de pourvoi qui vise les FCPI et les sociétés chargées de leur gestion est donc régulière, peu important qu'elle ne mentionne pas les numéros des compartiments formant ces fonds.

15. Par conséquent, le pourvoi est recevable.

## Moyens

Examen des moyens

Sur le premier moyen, le troisième moyen, pris en sa seconde branche, le cinquième moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, et les sixième, septième, huitième, neuvième, dixième et onzième moyens, ci-après annexés

## Motivation

16. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

## Moyens

Sur le deuxième moyen

## Enoncé du moyen

17. MM. [P] et [B], la société Icadis et les sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires, ès qualités, font grief à l'arrêt de dire régulières la révocation de M. [P] en tant que président du conseil d'administration de la société Glowria et la nomination de M. [L] en tant que président, de dire le conseil d'administration de la société Glowria régulièrement composé et refuser d'annuler de ce chef les délibérations et décisions qu'il a prises à compter du 15 mai 2007 et de rejeter leur demande tendant à voir considérer M. [L] démissionnaire d'office et annuler, en conséquence, les délibérations et décisions prises par le conseil d'administration depuis le 15 août 2007, alors « que chaque administrateur doit être propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts, peu important qu'il siége en son nom propre ou au nom d'autrui ; que si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois ; qu'en considérant que les sociétés Omnes Capital et Seventure n'étaient pas démissionnaires en ce qu'elles n'avaient pas à justifier de leur qualité d'actionnaire dès lors qu'elles ne siégeaient pas en leur nom propre au conseil d'administration de la société Glowria, la cour d'appel a violé l'article L. 225-25 du code de commerce dans sa rédaction applicable à la cause. »

## Motivation

### Réponse de la Cour

18. Si l'article L. 225-25 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, impose que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts, la société de gestion d'un FCPI désignée administratrice satisfait à cette exigence lorsque le fonds commun de placement qu'elle représente, au sens de l'article L. 214-25 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, détient des actions de la société anonyme.

19. Le moyen n'est donc pas fondé.

## Moyens

### Sur le troisième moyen, pris en sa première branche

### Enoncé du moyen

20. MM. [P] et [B], la société Icadis et les sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires, ès qualités, font grief à l'arrêt de rejeter leur demande d'annulation de l'ordre du jour, de la convocation de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et, en conséquence, de rejeter leurs demandes d'annulation de la réduction et de l'augmentation de capital et des actes d'exécution de ces opérations, les demandes de restitution en nature ou par équivalent monétaire des titres Glowria à MM. [B] et [P] et à la société Icadis exercées sur ce fondement, alors « que la cassation à intervenir au titre du premier [lire deuxième] moyen devra entraîner, par application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté les exposants de leur demande en nullité de l'ordre du jour et de la convocation de l'assemblée générale du 28 juin 2007, de leur demande en nullité de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et de leurs demandes d'annulation de la réduction et de l'augmentation de capital et des actes d'exécution de ces opérations, les demandes de restitution en nature ou par équivalent monétaire des titres Glowria à MM. [B] et [P] et à la société Icadis exercées sur ce fondement. »

## Motivation

Réponse de la Cour

21. Le rejet du deuxième moyen rend le grief sans portée.

## Moyens

Sur le quatrième moyen

Enoncé du moyen

22. MM. [P] et [B], la société Icadis et les sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires, ès qualités, font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes d'annulation des délibérations, résolutions et décisions prises par le conseil d'administration depuis le 15 août 2007, de l'assemblée générale du 28 juin 2007, de l'augmentation de capital non clôturée et de tous actes sociaux et décisions subséquents, de tous actes de préparation et d'exécution de cette opération, alors :

« 1°/ que la cassation à intervenir au titre du premier [lire deuxième] moyen devra entraîner, par application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté les exposants de leurs demandes de nullité des délibérations, résolutions et décisions prises par le conseil d'administration depuis le 15 août 2007, de l'assemblée générale du 28 juin 2007, de l'augmentation de capital non clôturée et de tous actes sociaux et décisions subséquents, de tous actes de préparation et d'exécution de cette opération ;

2°/ que la démission d'office du président du conseil d'administration, qui convoque le conseil d'administration, organise et dirige les travaux de celui-ci, et dispose d'une voix prépondérante en cas de partage des voix, affecte nécessairement la validité des décisions qui sont prises sous sa présidence ; qu'en estimant que la démission d'office de M. [A] [L] à compter du 15 août 2007 n'avait aucune incidence sur l'adoption des délibérations dont l'annulation est demandée, dès lors que seul M. [L] devant être déclaré démissionnaire d'office, le quorum du conseil d'administration était atteint et les décisions prises ont été adoptées à la majorité requise, la cour d'appel a violé les articles L. 225-37 et L. 225-51 du code de commerce. »

## Motivation

Réponse de la Cour

23. D'une part, le rejet du deuxième moyen rend sans portée le moyen, pris en sa première branche.

24. D'autre part, ayant retenu que M. [L] n'était pas propriétaire d'actions de la société Glowria au jour de sa nomination, le 15 mai 2007, et qu'il n'avait pas régularisé sa situation à l'expiration du délai de trois mois imparti par l'article L. 225-25 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, la cour d'appel en a exactement déduit que les délibérations du conseil d'administration et de l'assemblée générale antérieures au 15 août 2007 n'étaient pas susceptibles d'être annulées. Elle a également retenu à juste titre que les délibérations postérieures au 15 août 2007 n'encouraient pas non plus l'annulation dès lors que, M. [L] étant le seul démissionnaire d'office, le quorum du conseil d'administration restait atteint et que les décisions prises avaient été adoptées à la majorité requise.

25. Le moyen ne peut donc être accueilli.

## Moyens

Sur le douzième moyen

Énoncé du moyen

26. MM. [P] et [B], la société Icadis et les sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires, ès qualités, font grief à l'arrêt de déclarer irrecevables leurs demandes formées contre la société Drake Star France, alors « qu'une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ; qu'en énonçant que n'était pas interruptive de prescription l'assignation du 13 mai 2008, par laquelle MM. [B], [P] et la société Icadis ont fait assigner en intervention forcée la société Drake Star France aux côtés de la société Netgem, de MM. [L] et [D] et des fonds gérés par les sociétés Omnes Capital et Seventure, aux fins que le jugement à intervenir lui soit déclaré commun et opposable, lorsqu'il s'agissait pourtant d'une demande en justice exercée à son encontre de nature à interrompre la prescription, la cour d'appel a violé l'article 2244 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause. »

## Motivation

Réponse de la Cour

27. Une assignation en intervention forcée aux seules fins de déclaration de jugement commun n'a pas d'effet interruptif de prescription au sens de l'article 2244 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

28. Le moyen, qui postule le contraire, n'est donc pas fondé.

## Moyens

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

29. MM. [P] et [B], la société Icadis et les sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires, ès qualités, font grief à l'arrêt de déclarer prescrites et irrecevables leurs demandes d'annulation de la convention Interonline, des conventions d'apports en compte courant d'associés et de l'incorporation au capital des avances en comptes courants, alors « que la cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion ; qu'au cas présent, les exposants demandaient, dans le dispositif de leurs conclusions, que le jugement soit réformé pour les avoir déboutés de leur action en annulation de toutes opérations subséquentes, que leur action soit déclarée non prescrite et ils invoquaient, dans la discussion, de nombreux moyens tendant à écarter la prescription de leur action en annulation de la convention Interonline, des conventions d'apports en compte courant d'associés et de l'incorporation au capital des avances en comptes courants retenue par le tribunal ; qu'en énonçant qu'elle n'était pas saisie d'une demande tendant à infirmer le jugement en ce qu'il avait retenu la

prescription d'une telle action, la cour d'appel a violé l'article 954 du code de procédure civile. »

## Motivation

Réponse de la Cour

Vu les articles 542 et 954 du code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

30. Aux termes du dernier texte, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Il résulte des deux premiers que, lorsque l'appelant ne demande, dans le dispositif de ses conclusions, ni l'infirmité des chefs du dispositif du jugement dont il recherche l'anéantissement ni l'annulation du jugement, la cour d'appel ne peut que confirmer le jugement. Cependant, l'application immédiate de cette règle de procédure, qui a été affirmée par la Cour de cassation le 17 septembre 2020 (2e Civ., 17 septembre 2020, pourvoi n° 18-23.626) pour la première fois dans un arrêt publié, dans les instances introduites par une déclaration d'appel antérieure à la date de cet arrêt, aboutirait à priver les appelants du droit à un procès équitable.

31. Pour confirmer le jugement en ce qu'il déclare prescrites et irrecevables les demandes en annulation de la convention Interonline, des conventions d'apports en compte courant d'associés et de l'incorporation au capital des avances en comptes courants, l'arrêt retient que si les appelants demandent, dans le corps de leurs écritures, l'infirmité du jugement sur ce point et qu'il soit fait droit à leurs demandes, aucune demande d'infirmité du jugement en ce qu'il a dit prescrites et irrecevables ces trois demandes en annulation n'est reprise dans le dispositif de leurs conclusions.

32. En statuant ainsi, la cour d'appel a donné une portée aux articles 542 et 954 du code de procédure civile qui, pour être conforme à l'état du droit applicable depuis le 17 septembre 2020, n'était pas prévisible pour les parties à la date à laquelle elles ont relevé appel, soit le 21 octobre 2016, l'application de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutissant à priver MM. [B] et [P] et la société Icadis d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Mise hors de cause

33. En application de l'article 625 du code de procédure civile, il y a lieu de mettre hors de cause, sur leur demande, la société Drake Star France et la société Vitis, dont la présence n'est pas nécessaire devant la cour de renvoi.

## Dispositif

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il confirme le jugement en tant qu'il déclare prescrites et irrecevables les demandes en annulation de la convention Interonline, des conventions d'apports en compte courant d'associés et de l'incorporation au capital des avances en comptes courants, et statue sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile sauf en ce qui concerne la société Drake Star France et la société Vitis, l'arrêt rendu le 7 mai 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour

d'appel de Paris, autrement composée ;

Met hors de cause la société Drake Star France et la société Vitis ;

Condamne le Fonds commun de placement innovation Banque populaire innovation et le Fonds commun de placement à risque Spéf E-Fund, représentés par la société Seventure Partners, leur société de gestion, le Fonds commun de placement innovation Crédit Lyonnais innovation, représenté par la société Omnes Capital, sa société de gestion, les sociétés Moussescale, Moussetrap, Mousseville LLC et Mousedune LLC, MM. [M], [T], [H], [L] et [D] et les sociétés Seventure Partners et Omnes Capital aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par le Fonds commun de placement innovation Banque populaire innovation et le Fonds commun de placement à risque Spéf E-Fund, représentés par la société Seventure Partners, leur société de gestion, le Fonds commun de placement innovation Crédit Lyonnais innovation, représenté par la société Omnes Capital, sa société de gestion, les sociétés Moussescale, Moussetrap, Mousseville LLC et Mousedune LLC, MM. [M], [T], [H], [L] et [D] et les sociétés Seventure Partners et Omnes Capital, les condamne in solidum à payer à MM. [P] et [B], à la société Icadis et aux sociétés CBF associés et Actis mandataires judiciaires, en leur qualité d'administrateur et mandataire judiciaires de la société Icadis, la somme globale de 3 000 euros, condamne in solidum MM. [P] et [B] à payer à la société Vitis la somme globale de 3 000 euros et les condamne à payer à la société Drake Star France la somme globale de 3 000 euros ; rejette la demande formée par la société Netgem ;

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, prononcé en l'audience publique du douze octobre deux mille vingt-deux, et signé par M. Mollard, conseiller doyen et Mme Graff-Daudret, conseiller le plus ancien, en remplacement du président et du conseiller rapporteur empêchés, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile.

## Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SAS Hannotin Avocats, avocat aux Conseils, pour MM. [B] et [P], la société Icadis, la société CBF associés, en la personne de M. [G], agissant en qualité d'administrateur judiciaire de la société Icadis et la société Actis mandataires judiciaires, en la personne de Mme [U], agissant en la personne de mandataire judiciaire de la société Icadis.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de MM. [P] et [B] et de la société Icadis de production aux débats, par l'intermédiaire du ministère public, du rapport de valorisation de la société Glowria établi par le cabinet BD forces en décembre 2007 et versé dans la procédure d'information judiciaire ;

Aux motifs que « MM. [P] et [B] et la société Icadis demandent à la cour, avant-dire droit, d'inviter le ministère public à transmettre au greffe de la chambre le rapport de valorisation de la société Glowria établi par le cabinet BD forces en décembre 2007 et versé dans la procédure d'information judiciaire. Les appelants soutiennent que ce document contredit les allégations des intimés sur la valorisation des filiales allemandes à fin 2007 et sur la justification de la dépréciation des participations de la société Glowria dans les filiales allemandes qu'ils ont opérée en mai 2007. Ils estiment qu'il permettrait de vérifier s'il n'existe pas un écart très substantiel entre la valorisation de ces actifs par les intimés dans le cadre de la cession des titres Glowria à la société Netgem au prix de 18,1 millions d'euros d'une part et la

valorisation à 1 million d'euros résultant de la provision pour dépréciation faite en mai 2007 par les intimés d'autre part. La cour constate que les parties discutent longuement de la question de la provision pour dépréciation des actifs des filiales allemandes inscrite dans les comptes clos au 31 décembre 2006 de la société Glowria à la suite de la décision prise en ce sens en mai 2007 non par les intimés, comme l'affirment les appelants, mais à l'unanimité par le conseil d'administration de la société Glowria auquel MM. [P] et [B] ont participé. A l'appui de leur démonstration, les parties produisent toutes pièces utiles - dont celles ayant conduit à réévaluer la provision pour dépréciation des actifs allemands en mai 2007, date à laquelle la cour devra apprécier la pertinence de cette réévaluation -, deux rapports d'expertise établis à la demande des appelants et le rapport des commissaires aux apports du 19 février 2008 expliquant notamment la méthode de valorisation de la société Glowria au moment de la cession des titres Glowria à la société Netgem. La cour s'estime ainsi suffisamment éclairée par les pièces produites aux débats de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y adjoindre le rapport établi par le cabinet BD forces. La demande de MM. [P] et [B] et de la société Icadis est donc rejetée. MM. [B], [P] et la société Icadis demandent par ailleurs à la cour d'ordonner à la société Netgem de remettre au greffe de la cour en vue de l'audience de plaidoiries les originaux de registre de titres et d'actionnaires de la société Glowria ou de les présenter à la cour et aux demandeurs lors de l'audience de plaidoirie. Une copie des pages pertinentes à la solution du litige du registre de titres et d'actionnaires de la société Glowria est produite aux débats. Les copies étant suffisamment lisibles pour apprécier le bien-fondé des critiques des appelants sur les mentions portées à ce registre, il n'y a pas lieu d'ordonner la communication des originaux ».

1) Alors que le juge, saisi d'une demande de communication de pièces, doit rechercher si la production litigieuse n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ; qu'au cas présent, les exposants demandaient la production aux débats d'un rapport interne de valorisation établi en décembre 2007, commandé et validé par Netgem en concertation avec les majoritaires, en ce qu'il venait contredire leurs propres allégations sur l'évaluation des filiales allemandes ayant justifié l'augmentation de capital ; qu'en se bornant à relever qu'elle était suffisamment éclairée par les pièces déjà produites aux débats et constituées de rapports élaborés par des tiers, sans rechercher si le document litigieux, susceptible de constituer un aveu extrajudiciaire par Netgem en concertation avec les majoritaires de la surdépréciation des filiales allemandes, n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif ce chef d'avoir dit la révocation de M. [R] [P] en tant que président du conseil d'administration de la société Glowria et la nomination de M. [A] [L] en tant que président régulière, d'avoir dit le conseil d'administration régulièrement composé et refusé d'annuler de ce chef les délibérations et décisions prises par le conseil de la société Glowria à compter du 15 mai 2007 et d'avoir débouté les demandeurs de leur demande de considérer M. [A] [L], démissionnaire d'office et d'annuler, en conséquence, les délibérations et décisions prises par le conseil d'administration depuis le 15 août 2007 ;

Aux motifs propres que « aux termes de l'article L. 225-25 du code de commerce, dans sa rédaction applicable à l'espèce, chaque administrateur doit être propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts et si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois ; Les appelants soutiennent, sur le fondement de ces dispositions, que les sociétés Seventure et Omnes Capital, administrateurs de la société Glowria, doivent être considérées comme démissionnaires d'office aux motifs qu'au jour de leur nomination comme administrateur et à l'expiration du délai de trois mois pour régulariser la situation, elles n'étaient pas actionnaires de la société Glowria, seuls les fonds l'ayant été ; que Ils en déduisent que la révocation de M. [P] par le conseil d'administration réuni le 15 mai 2007 est nulle faute de majorité en ce sens compte tenu de la nullité des votes des représentants des sociétés Seventure et Omnes Capital ; que les sociétés de gestion et les fonds répliquent que la retranscription tardive des actions des sociétés Omnes capital et Seventure dans les registres de la société Glowria ne leur est pas imputable ; que la société Netgem fait valoir que les sociétés Omnes capital et Seventure ont régulièrement siégé au conseil d'administration, qu'elles ont en effet exercé, en leur qualité de société de gestion des fonds d'investissement, les prérogatives attachées aux actions que détenaient ces fonds qui sont dépourvus de la personnalité morale ; que M. [P] ne peut se prévaloir de sa propre carence dans la tenue des registres de la société Glowria lorsqu'il

en était le président-directeur général ; qu'il résulte du registre des titres de la société Glowria que le fonds FCPR SPEF E-Fund est entré au capital de la société le 28 juin 2005 et que les fonds FCPI Banque populaire innovation 8, FCPI Banque populaire innovation 9, FCPI Crédit lyonnais innovation 5 et FCPI Crédit lyonnais innovation 6 sont entrés au capital de la société le 6 avril 2006 ; qu'aux termes du pacte d'actionnaires, conclu par les sociétés Omnes capital et Seventure agissant en leur nom propre et au nom et pour le compte des fonds dont elles sont la société de gestion, un administrateur est désigné sur la base d'une liste de candidats proposés par la société Seventure et un autre sur la base d'une liste de candidats proposés par la société Omnes capital ; que c'est en cette qualité de société de gestion des fonds actionnaires et en tant qu'elles exerçaient les prérogatives attachées aux titres détenus par les fonds résultant du pacte d'actionnaires, que les sociétés Omnes capital et Seventure ont siégé au conseil d'administration de la société Glowria ; que ne siégeant pas en leur nom propre au conseil d'administration, elles n'avaient pas à justifier de leur qualité d'actionnaire ; que le conseil d'administration, régulièrement composé, a dès lors valablement décidé la révocation de M. [P] en sa qualité de président ; que sur l'irrégularité de la désignation de M. [L] comme administrateur supplémentaire ; que les appelants soutiennent que les articles L ; que 225-17 et L ; que 225-24 du code de commerce permettant la nomination d'administrateur par le conseil d'administration ne sont applicables qu'en cas de vacance par décès ou par démission et dans le cas où le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum statutaire, qu'en l'espèce ces deux conditions n'étaient pas réunies de sorte que la nomination de M. [L] comme administrateur par le conseil d'administration du 15 mai 2007 est irrégulière ; qu'ils estiment que l'assemblée générale du 28 juin 2007 n'a pu régulariser cette nullité de fond ; que les actionnaires majoritaires, d'une part, et la société Netgem, d'autre part, répliquent que la désignation de M. [L] comme administrateur s'inscrit dans le champ d'application de l'article L. 225-17 du code de commerce et qu'elle a été ratifiée par l'assemblée générale du 28 juin 2007 ; qu'aux termes de l'article L. 225-17 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en la cause, la société anonyme est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins ; que Les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil, qui ne peut dépasser dix-huit ; que toutefois, en cas de décès, de démission ou de révocation du président du conseil d'administration et si le conseil n'a pu le remplacer par un de ses membres, il peut nommer, sous réserve des dispositions de l'article L. 225-24, un administrateur supplémentaire qui est appelé aux fonctions de président ; que M. [P] ayant été régulièrement révoqué comme président du conseil d'administration et n'étant pas discuté le fait que le conseil n'a pas pu le remplacer par l'un de ses membres, le conseil pouvait, conformément à ces dispositions, procéder à la nomination d'un administrateur supplémentaire appelé aux fonctions de président, et ce quel que soit le nombre d'administrateurs siégeant au conseil ; que la désignation de M. [L] comme administrateur supplémentaire et président du conseil d'administration de la société Glowria n'est donc entachée d'aucune irrégularité ; que sur la démission d'office de M. [L] ; qu'à l'appui de leurs demandes d'annulation de l'assemblée générale du 28 juin 2007 exposées dans le dispositif de leurs conclusions, MM. [P] et [B] et la société Icadis soutiennent également que M. [L] n'ayant jamais été actionnaire de la société Glowria avant le coup d'accordéon doit être considéré, en application de l'article L. 225-25 du code de commerce comme démissionnaire d'office au 15 août 2007 ; que la démission d'office alléguée de M. [L], à la supposer établie, n'est en toute hypothèse pas susceptible d'affecter la régularité des conseils d'administration des 15 et 22 mai, du 6 juin et du 9 juillet 2007 et de l'assemblée générale du 28 juin 2007 puisque, comme l'affirment les appelants eux-mêmes, elle n'est susceptible de produire ses effets qu'à l'expiration du délai de trois mois prévu par l'article L ; que 225-25 du code de commerce sus rappelé, soit le 15 août 2007 » (arrêt attaqué, p. 18-19) ;

Aux motifs adoptés que « les demandeurs soutiennent que Seventure et CAPE sont démissionnaires d'office faute d'avoir transcrit au registre des mouvements de titres de la société une cession d'action d'administrateur à leur profit en application des dispositions de l'article L. 225-25 du code de commerce dans sa version du 15 mai 2007 ; qu'ils affirment ainsi que l'action d'administrateur de Seventure Partners aurait dû être retranscrite dans les registres de GLOWRIA avant le 28 septembre 2005 et que l'action d'administrateur de CAPE aurait dû être retranscrite avant le 6 juillet 2006, et que faute de ces retranscriptions ils doivent être déclarés démissionnaires d'office ; que depuis ces dates, Seventure et CAPE ont été régulièrement convoqués aux réunions du conseil d'administration et aux assemblées générales par M. [P] qui en était président jusqu'au 15 mai 2007 ; que ces contestations n'ont jamais été portées à la connaissance des intéressés avant le dépôt des conclusions des demandeurs du mois de mars 2015, soit plus de 9 ans après les faits soi-disant litigieux ; que l'article R. 228-8 du code de commerce précise que « les registres de titres nominatifs émis par une société sont établis par cette société ou par une personne qu'elle habilite à cet effet », qu'ainsi la responsabilité de la tenue de ces registres revient au responsable légal de ladite société ; que M. [P] était président et représentant légal de GLOWRIA jusqu'au 15 mai 2007, qu'il appartenait donc à la société et donc à M. [P], de veiller à la régularité des inscriptions dans les registres de la société et qu'il ne saurait aujourd'hui rejeter la responsabilité de l'éventuelle mauvaise tenue des

registres le d'une retranscription tardive sur ses successeurs et se prévaloir de sa propre carence pour contester la qualité d'administrateur de Seventure et de CAPE ; de surcroît, que Seventure et Cape, société de gestion des fonds d'investissement qui ne sont pas dotés de la personnalité morale, agissaient en vertu des prérogatives attachées aux actions détenues par ceux-ci, Le tribunal dira que Seventure et CAPE étaient administrateurs de GLOWRIA lors des réunions des Conseils d'administration litigieux et dira en conséquence leurs votes concernant les résolutions de révocation de M. [P] en tant que président du conseil d'administration et de nomination de M. [A] [L] en tant que président, valables ; que les demandeurs soutiennent que la nomination de M.[A] [L], comme administrateur supplémentaire, puis comme président de GLOWRIA, est illicite, car contraire à l'article L. 225-17 du code de commerce ; qu'ils défendent que celui-ci, qui dispose que « Toutefois en cas de décès, de démission ou de révocation du président du conseil d'administration et si le conseil n'a pu le remplacer par un de ses membres, il peut nommer, sous réserves des dispositions de l'article L. 225-24, un administrateur supplémentaire qui est appelé aux fonctions de président » ne s'applique que lorsque le nombre maximum d'administrateurs autorisé par la loi (18) est atteint ou lorsque ce nombre est inférieur au minimum légal de 3 administrateurs ; que les limitations reconnues à cette capacité de nomination provisoire et concernant les nombres maximum et minimum prévues par l'article L. 225-24 ne concernent que les cas de décès ou de démission, et non le cas de l'espèce de révocation ; que le conseil du 15 mai 2007 a voté la révocation de M. [P] en tant que président et que, comme il est rappelé au procès-verbal du conseil, aucun de ses membres ne souhaitant accepter les fonctions de président, il était fondé, en application de l'article L. 225-17 du code de commerce, à désigner en la personne de M. [A] [L], un administrateur supplémentaire ; que la nomination de M. [A] [L] a été ratifiée par l'assemblée générale du 28 juin 2007, conformément aux articles L. 225-24 et L. 225-17 du code de commerce, Le tribunal la dira régulière, En conséquence, le tribunal dira le conseil d'administration régulièrement composé et refusera d'annuler de ce chef les délibérations et décisions prises par ce conseil de GLOWRIA à compter du 15 mai 2007, à savoir les décisions du Conseil d'Administration du 22 mai 2007, dont la résolution n° d'approbation de la seconde convention de compte-courant ; et juger irrégulier le procès-verbal signé d'un seul administrateur valide, la délibération et résolution 4 du Conseil d'Administration du 6 juin 2007 partant convocation de l'assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. au 28 juin 2007, la délibération et résolution 5 du Conseil d'Administration du 6 juin 2007 concernant l'approbation des conditions de rémunération d'[A] [L] et d'interOnline SA, la délibération et résolution 6 (autorisation de procéder à l'arrêt de comptes courants d'actionnaires) et la délibération et résolution 7 (approbation du transfert de siège social) du Conseil d'Administration du 9 juillet 2007 ; les délibérations et résolutions du Conseil d'Administration du 5 octobre 2007 n° 1 (approbation des procès-verbaux des conseils des 9 et 17 juillet 2007), n° 2 (transfert du siège), n° 3 (constat de clôture d'augmentation de capital par délégation de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. du 28 juin 2007), n° 4 (modification du capital social par délégation de l'assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP S.A. du 28 juin 2007), et n° 5 (modification de la table d'attribution des BSPCE par délégation de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA du 28 juin 2007), la délibération et résolution n° 2 (autorisation de data room en faveur de Netgem) du Conseil d'Administration du 25 octobre 2007 la délibération et résolution n°2 du Conseil d'Administration du 22 novembre 2007 autorisant la poursuite des pourparlers en vue la cession de l'activité DVD à Netleih, la délibération et résolution n°2 (autorisation de vendre les actifs DVD allemands à Netleih) du Conseil d'Administration du 10 décembre 2007, la délibération et résolution n° 1 (validation des procès-verbaux de Conseils des 25 octobre 2007 et 29 novembre 2007) et la délibération et résolution n° 3 (constat d'augmentation de capital par exercice de BAS et BSPCE tranche 1) du Conseil d'Administration du B février 2008, et de juger nul l'ordre du jour de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA fixée au 28 juin 2007, d'annuler les convocations à l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. fixée au 28 juin 2007 et d'annuler l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire du 28 juin 2007 de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA et l'augmentation de capital subséquentes » ;

Alors que chaque administrateur doit être propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts, peu important qu'il siège en son nom propre ou au nom d'autrui ; que si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois ; qu'en considérant que les sociétés Omnes capital et Seventure n'étaient pas démissionnaires en ce qu'elles n'avaient pas à justifier de leur qualité d'actionnaire dès lors qu'elles ne siégeaient pas en leur nom propre au conseil d'administration de la société Glowria, la cour d'appel a violé l'article L. 225-25 du code de commerce dans sa rédaction applicable à la cause.

## TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif de ce chef d'avoir débouté les exposants de leur demande en nullité de l'ordre du jour et de la convocation de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et de leur demande en nullité de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et d'avoir en conséquence débouté les exposants de leurs demandes d'annulation de la réduction et de l'augmentation de capital et des actes d'exécution de ces opérations, les demandes de restitution en nature ou par équivalent monétaire des titres Glowria à MM. [B] et [P] et à la société Icadis exercées sur ce fondement ;

Aux motifs propres que « le conseil d'administration réuni les 15 mai et 6 juin 2007 étant régulièrement composé le vote de ses délibérations n'est entaché d'aucune irrégularité de ce chef. L'approbation de la convocation de l'assemblée générale fixée au 28 juin 2007, adoptée à la majorité, n'est donc elle-même atteinte par aucune nullité ; que sur la nullité de l'assemblée générale du 28 juin 2007 ; que par suite de la régularité de sa convocation par un conseil d'administration régulièrement composé, l'assemblée générale n'est entachée d'aucune nullité de ce chef ; que MM. [P] et [B] et la société Icadis soulèvent également la nullité de l'assemblée générale du 28 juin 2007 en raison de la violation des articles R. 225-102 et R. 225-113 du code de commerce sanctionnée par une nullité impérative prévue par l'article L. 225-149-3 du même code, et de la surdépréciation des titres de la filiale allemande en violation des articles L. 123-14 et L. 123-17 du code de commerce ; que la société Netgem soutient que l'article R. 225-113 du code de commerce n'est pas sanctionné par la nullité, que les appelants ne démontrent pas que le rapport du conseil d'administration ne répondrait pas aux prescriptions de ces dispositions et qu'en tant qu'administrateurs ils ont disposé de toutes les informations utiles ; que de prétendues violations des articles L. 123-14 et L. 123-17 du code de commerce ne sont pas susceptibles d'entraîner la nullité de l'assemblée générale ; qu'en vertu de l'article L. 225-149-3 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en la cause est sanctionnée par la nullité la violation des dispositions des articles L. 225-129, L. 225-100, 225-100-2 du même code ; qu'aux termes des articles L. 225-100 et L. 225-100-2, dans leur rédaction applicable en la cause, le conseil d'administration présente à l'assemblée générale ordinaire son rapport, les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent. En l'espèce, les appelants ne précisent pas les carences susceptibles d'affecter le rapport de gestion, lequel reprend les informations utiles relatives à l'exercice clos le 31 décembre 2006 ; qu'aux termes de l'article L. 225-129, l'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, une augmentation de capital immédiate ou à terme. Seules ces dispositions, qui ne renvoient à aucun décret d'application pour définir le contenu de ce rapport, sont sanctionnées par la nullité de l'assemblée générale ; que l'article R. 225-113, qui n'est pas issu d'un décret d'application de l'article L. 225-129 et qui définit le contenu du rapport, n'est sanctionné par aucune nullité de l'assemblée générale ; qu'étant constant qu'un rapport du conseil d'administration sur l'augmentation de capital a été présenté à l'assemblée générale extraordinaire, aucune nullité de ce chef n'est établie ; que l'assemblée générale du 28 juin 2007 n'est dès lors entachée d'aucune nullité ; qu'il résulte de ce qui précède que les demandes d'annulation de la réduction et de l'augmentation de capital et des actes d'exécution de ces opérations, les demandes de restitution en nature ou par équivalent monétaire des titres Glowria à MM. [B] et [P] et à la société Icadis doivent être rejetées sur ce fondement » (arrêt attaqué, p. 20) ;

Aux motifs adoptés que « le tribunal dira le conseil d'administration régulièrement composé et refusera d'annuler de ce chef les délibérations et décisions prises par le conseil de GLOWRIA à compter du 15 mai 2007, à savoir les décisions du Conseil d'Administration du 22 mai 2007, dont la résolution n° d'approbation de la seconde convention de compte-courant ; et juger irrégulier le procès-verbal signé d'un seul administrateur valide, la délibération et résolution 4 du Conseil d'Administration du 6 juin 2007 partant convocation de l'assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. au 28 juin 2007, la délibération et résolution 5 du Conseil d'Administration du 6 juin 2007 concernant l'approbation des conditions de rémunération d'[A] [L] et d'interOnline SA, la délibération et résolution 6 (autorisation de procéder à l'arrêté de comptes courants d'actionnaires) et la délibération et résolution 7 (approbation du transfert de siège social) du Conseil d'Administration du 9 juillet 2007 ; les délibérations et résolutions du Conseil d'Administration du 5 octobre 2007 n° 1 (approbation des procès-verbaux des conseils des 9 et 17 juillet 2007), n° 2 (transfert du siège), n° 3 (constat de clôture d'augmentation de capital par délégation de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. du 28 juin 2007), n° 4 (modification du capital social par délégation de l'assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP S.A. du 28 juin 2007), et n° 5 (modification de la table d'attribution des BSPCE par délégation de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA du 28 juin 2007), la délibération et

résolution n° 2 (autorisation de data room en faveur de Netgem) du Conseil d'Administration du 25 octobre 2007 la délibération et résolution n° 2 du Conseil d'Administration du 22 novembre 2007 autorisant la poursuite des pourparlers en vue la cession de l'activité DVD à Netleih, la délibération et résolution n° 2 (autorisation de vendre les actifs DVD allemands à Netleih) du Conseil d'Administration du 10 décembre 2007, la délibération et résolution n° 1 (validation des procès-verbaux de Conseils des 25 octobre 2007 et 29 novembre 2007) et la délibération et résolution n° 3 (constat d'augmentation de capital par exercice de BSA et BSPECE tranche 1) du Conseil d'Administration du 8 février 2008, et de juger nul l'ordre du jour de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA fixée au 28 juin 2007, d'annuler les convocations à l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. fixée au 28 juin 2007 et d'annuler l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire du 28 juin 2007 de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA et l'augmentation de capital subséquentes ».

1) Alors que la cassation à intervenir au titre du premier moyen devra entraîner, par application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté les exposants de leur demande en nullité de l'ordre du jour et de la convocation de l'assemblée générale du 28 juin 2007, de leur demande en nullité de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et de leurs demandes d'annulation de la réduction et de l'augmentation de capital et des actes d'exécution de ces opérations, les demandes de restitution en nature ou par équivalent monétaire des titres Glowria à MM. [B] et [P] et à la société Icadis exercées sur ce fondement ;

2) Alors qu'est nulle une délibération de l'assemblée générale décidant une augmentation de capital, dès lors qu'elle a statué sur un rapport du conseil d'administration non conforme aux exigences de l'article R. 225-13 du code de commerce ; qu'en statuant en sens contraire, la cour d'appel a violé l'article les articles L. 225-149-3, L. 225-129 et R. 225-13 du code de commerce ;

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif de ce chef d'avoir débouté les exposants de leurs demandes de nullité des délibérations, résolutions et décisions prises par le conseil d'administration depuis le 15 août 2007, de l'assemblée générale du 28 juin 2007, de l'augmentation de capital non clôturée et de tous actes sociaux et décisions subséquents, de tous actes de préparation et d'exécution de cette opération ;

Aux motifs propres qu'« aux termes de l'article L. 225-25 du code de commerce, dans sa rédaction applicable à l'espèce, chaque administrateur doit être propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts et si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois » ; que ces dispositions impliquent qu'est démissionnaire d'office l'administrateur qui n'a pas régularisé sa situation, par l'inscription du transfert d'actions à son profit sur le registre des mouvements de titres de la société, dans le délai de trois mois requis, et ce quelles que soient les circonstances à l'origine du défaut d'inscription en compte. M. [L] n'étant susceptible d'être considéré comme démissionnaire d'office qu'après l'expiration du délai de trois mois ayant commencé à courir au jour de sa désignation comme administrateur, soit le 15 mai 2007, les délibérations du conseil d'administration réuni les 22 mai, 6 juin et 9 juillet 2007 ne sont en toutes hypothèses entachées d'aucune nullité résultant de moyen de nullité soulevé par les appelants ; qu'il en est de même de l'assemblée générale du 28 juin 2007 qui n'est pas susceptible d'être annulée en conséquence d'une éventuelle nullité des délibérations du conseil d'administration réuni postérieurement ; que le 6 juin 2007, la société Seventure partners, en sa qualité de société de gestion du fonds Spef E-Fund, a consenti un prêt de consommation d'une action à M. [L], le contrat étant régi par les articles 1892 et suivants du code civil, et ce à titre gratuit et pour une durée indéterminée ; qu'aux termes de l'article 1893 du code civil, par l'effet de ce prêt l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée. La clause du contrat stipulant l'engagement de M. [L] de reverser au prêteur les éventuels dividendes perçus de la société n'est pas de nature à remettre en cause le transfert de propriété de l'action ; qu'il n'est cependant contesté par aucune des parties que l'inscription en compte de ce transfert de propriété n'est intervenue que le 1er septembre 2007 de sorte que M. [L] doit être considéré comme démissionnaire d'office à compter du 15 août 2007 ; que cette situation n'a toutefois aucune incidence sur l'adoption des délibérations dont l'annulation est demandée ; qu'en effet, seul M. [L] devant être déclaré démissionnaire d'office, le quorum du conseil d'administration était atteint et les décisions prises ont été adoptées à la

majorité requise ; que les demandes de nullité doivent donc être rejetées » (Arrêt attaqué, p. 21 et 22) ;

Aux motifs adoptés que « le tribunal dira le conseil d'administration régulièrement composé et refusera d'annuler de ce chef les délibérations et décisions prises par le conseil de GLOWRIA à compter du 15 mai 2007, à savoir les décisions du Conseil d'Administration du 22 mai 2007, dont la résolution n° d'approbation de la seconde convention de compte-courant ; et juger irrégulier le procès-verbal signé d'un seul administrateur valide, la délibération et résolution 4 du Conseil d'Administration du 6 juin 2007 partant convocation de l'assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. au 28 juin 2007, la délibération et résolution 5 du Conseil d'Administration du 6 juin 2007 concernant l'approbation des conditions de rémunération d'[A] [L] et d'interOnline SA, la délibération et résolution 6 (autorisation de procéder à l'arrêté de comptes courants d'actionnaires) et la délibération et résolution 7 (approbation du transfert de siège social) du Conseil d'Administration du 9 juillet 2007 ; les délibérations et résolutions du Conseil d'Administration du 5 octobre 2007 n° 1 (approbation des procès-verbaux des conseils des 9 et 17 juillet 2007), n° 2 (transfert du siège), n° 3 (constat de clôture d'augmentation de capital par délégation de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. du 28 juin 2007), n° 4 (modification du capital social par délégation de l'assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP S.A. du 28 juin 2007), et n° 5 (modification de la table d'attribution des BSPCE par délégation de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA du 28 juin 2007), la délibération et résolution n° 2 (autorisation de data room en faveur de Netgem) du Conseil d'Administration du 25 octobre 2007 la délibération et résolution n°2 du Conseil d'Administration du 22 novembre 2007 autorisant la poursuite des pourparlers en vue la cession de l'activité DVD à Netleih, la délibération et résolution n° 2 (autorisation de vendre les actifs DVD allemands à Netleih) du Conseil d'Administration du 10 décembre 2007, la délibération et résolution n° 1 (validation des procès-verbaux de Conseils des 25 octobre 2007 et 29 novembre 2007) et la délibération et résolution n° 3 (constat d'augmentation de capital par exercice de BSA et BSPECE tranche 1) du Conseil d'Administration du B février 200B, et de juger nul l'ordre du jour de l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA fixée au 28 juin 2007, d'annuler les convocations à l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA. fixée au 28 juin 2007 et d'annuler l'Assemblée Générale Ordinaire et Extraordinaire du 28 juin 2007 de la société GLOW ENTERTAINMENT GROUP SA et l'augmentation de capital subséquentes ».

1) Alors que la cassation à intervenir au titre du premier moyen devra entraîner, par application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté les exposants de leurs demandes de nullité des délibérations, résolutions et décisions prises par le conseil d'administration depuis le 15 août 2007, de l'assemblée générale du 28 juin 2007, de l'augmentation de capital non clôturée et de tous actes sociaux et décisions subséquents, de tous actes de préparation et d'exécution de cette opération ;

2) Alors que la démission d'office du président du conseil d'administration, qui convoque le conseil d'administration, organise et dirige les travaux de celui-ci, et dispose d'une voix prépondérante en cas de partage des voix, affecte nécessairement la validité des décisions qui sont prises sous sa présidence ; qu'en estimant que la démission d'office de M. [A] [L] à compter du 15 août 2007 n'avait aucune incidence sur l'adoption des délibérations dont l'annulation est demandée, dès lors que seul M. [L] devant être déclaré démissionnaire d'office, le quorum du conseil d'administration était atteint et les décisions prises ont été adoptées à la majorité requise, la cour d'appel a violé les articles L. 225-37 et L. 225-51 du code de commerce ;

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif de ce chef d'avoir déclaré prescrites et irrecevables les demandes formées par les exposants en annulation de la convention Interonline, des conventions d'apports en compte courant d'associés et de l'incorporation au capital des avances en comptes courants ;

Aux motifs propres que « si les appelants demandent, dans le corps de leurs écritures en pages 25 et suivantes, l'infirmité du jugement sur ce point et qu'il soit fait droit à leurs demandes, aucune demande d'infirmité du jugement en ce qu'il a dit prescrites et irrecevables ces trois demandes en annulation n'est reprise dans le dispositif de leurs conclusions ; qu'or aux termes de l'article 954 du code de procédure civile, la cour ne statue que sur les prétentions

énoncées au dispositif des conclusions des parties ; qu'aucune des autres parties ne sollicite l'infirmité du jugement sur ces points ; que les actionnaires majoritaires sollicitent au contraire la confirmation du jugement en ce qu'il a dit ces demandes en annulation prescrites et irrecevables ; qu'il n'y a donc pas lieu de statuer sur la recevabilité de ces demandes d'annulation et le jugement sera confirmé sur ce point ».

Aux motifs adoptés que « les demandes concernant la validité des conventions d'apport en compte courant et l'annulation de la convention signée avec Interonline, formées par M. [B], M. [P] et Icadis, apparaissent dans la procédure dans leurs conclusions déposées à l'audience du 15 mai 2014 ; qu'une demande en justice n'interrompt la prescription que relativement aux éléments qui y sont expressément désignés et non pour des éléments nouveaux présentés dans des demandes postérieures ; que deux conventions en compte courant d'associés ont été signées entre GLOWRIA et les fonds d'investissement, Seventure, CAPE, Moussetrap et Moussescale, l'une le 15 février 2007 et l'autre le 15 mai 2007 ; que les demandeurs soutiennent que la prescription triennale de l'article L. 225-42 du code de commerce ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce car leur action est fondée sur la violation des lois et principes régissant la nullité des contrats pour laquelle la prescription est décennale ou trentenaire ; que les mêmes demandeurs affirment au dispositif demander la nullité de ces conventions « en application des dispositions des articles L. 225-38 et suivants du code de commerce », que ces articles sont ceux qui régissent les conventions réglementées ; que le tribunal dira que leur action est bien fondée sur l'inobservation des dispositions applicables aux conventions réglementées et que la prescription triennale est applicable ; que ces demandes ont été formées pour la première fois 7 ans après la signature des actes litigieux et que l'assignation du 8 novembre 2007 n'a pas interrompu la prescription ; que le tribunal dira la demande en annulation de ces conventions formée par M. [B], M. [P] et Icadis prescrite et irrecevable ; que la convention conclue par GLOWRIA avec Interonline pour fixer les conditions de rémunération de M. [A] [L], intitulée « contrat de prestations validé par le conseil d'administration de Glow » a été signée le 23 mai 2007, sous réserve de la validation du conseil d'administration ; que le conseil d'administration du 6 juin 2007 a bien validé cette convention, ainsi qu'en atteste le procès-verbal du conseil approuvé par les demandeurs ; que la demande d'annulation de cette convention apparaît dans les conclusions des demandeurs déposées à l'audience du 15 mai 2014 ; que tribunal dira la demande en annulation de cette convention Interonline formée par M. [B], M. [P] et Icadis prescrite et irrecevable ; qu'il en va de même en ce qui concerne l'incorporation des avances en compte courant au capital ; que le tribunal dira également que cette demande d'annulation de l'incorporation des avances en compte courant au capital, tardivement formée par M. [B], M. [P] et Icadis est prescrite et irrecevable » ;

1) Alors que la cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion ; qu'au cas présent, les exposants demandaient, dans le dispositif de leurs conclusions, que le jugement soit réformé pour les avoir déboutés de leur action en annulation de toutes opérations subséquentes (p. 148), que leur action soit déclarée non prescrite (p. 149) et ils invoquaient, dans la discussion, de nombreux moyens tendant à écarter la prescription de leur action en annulation de la convention Interonline, des conventions d'apports en compte courant d'associés et de l'incorporation au capital des avances en comptes courants retenue par le tribunal (p. 25 s.) ; qu'en énonçant qu'elle n'était pas saisie d'une demande tendant à infirmer le jugement en ce qu'il avait retenu la prescription d'une telle action, la cour d'appel a violé l'article 954 du code de procédure civile ;

2) Alors qu'une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ; qu'au cas présent, par l'acte introductif d'instance du 8 novembre 2007, les exposants demandaient de « juger nulles l'intégralité des délibérations et décisions prises par le Conseil d'Administration depuis le 15 mai 2007 », ce qui comprenait nécessairement l'approbation des conventions réglementées telles que la convention InterOnline et de la convention d'apports en compte courant du 22 mai 2007 ; qu'en énonçant, par motifs éventuellement adoptés, qu'une telle citation en justice n'avait pas interrompu la prescription, la cour d'appel a violé l'article 2244 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause ;

3) Alors en tout état de cause que l'interruption de la prescription s'étend d'une action à une autre même si chacune d'elles procède de causes distinctes, lorsqu'elles tendent l'une et l'autre à un seul et même but, de telle sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première ; qu'en l'espèce, la demande en annulation pour fraude des conventions d'apports en comptes courants ayant permis de structurer et d'accomplir l'assemblée de réduction et d'augmentation de capital, avait pour but de conforter la demande d'annulation de la délibération de l'assemblée

générale ayant décidé le coup d'accordéon ; qu'en estimant, par motifs éventuellement adoptés, qu'une demande en justice n'interrompt la prescription que relativement aux éléments qui y sont expressément désignés et non pour des éléments nouveaux présentés dans des demandes postérieures, la cour d'appel a violé l'article 2244 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause.

## SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif de ce chef d'avoir débouté les exposants de leurs demandes d'annulation de la réduction et de l'augmentation de capital par coup d'accordéon, de tous actes préparatoires et d'exécution et toutes opérations subséquentes, pour fraude ou pour violation des règles de transparence et d'information légale et loyale des actionnaires ;

Aux motifs propres que « sur la licéité du coup d'accordéon ; que la société Glowria a enregistré des pertes depuis le début de son activité commerciale (3,3 millions d'euros en 2004, 2,5 millions d'euros en 2005 et 3,9 millions d'euros en 2006) résultant d'une stratégie assumée de croissance forte au détriment de la rentabilité puis, courant 2006, d'adjonction d'une activité de vidéo à la demande à l'activité initiale de location de DVD (selon les termes du mandataire ad hoc) ; qu'au 31 décembre 2006, le passif fournisseur dépassait les 400.000 euros ; que le mandataire ad hoc, désigné le 19 février 2007, faisait état dans son rapport du 27 avril 2007 d'une prévision de besoins de trésorerie de 892.000 euros à fin mai, alors même que les fonds actionnaires avaient apporté en février et mars 2,1 millions d'euros d'avances en comptes courants ; qu'au cours du conseil d'administration du 15 mai 2007, il rappelait que la société réalisait des pertes mensuelles d'environ 480.000 euros ; que les commissaires aux comptes ont enclenché le 6 avril 2007 une procédure d'alerte, compte tenu du niveau des pertes de l'exercice 2006 et des prévisions de trésorerie négatives ; que la situation financière obérée de la société Glowria est ainsi caractérisée et les pertes avérées, peu important de savoir si ces difficultés étaient prévisibles ou non début 2007 et d'en établir les causes ; que la cour relève au demeurant que les appelants ne peuvent imputer ces difficultés aux orientations que les fonds auraient imposées à la société Glowria vers le développement de la VOD alors que M. [P] affirmait, lors du conseil d'administration du 15 mai 2007, qu'il n'y avait pas de divergences de stratégie de sa part avec les membres du conseil, qu'il avait suggéré dès 2003 au conseil d'orienter la société dans le développement de l'activité VOD dès que le marché serait propice, que c'est en grande partie sur cette stratégie que les fonds avaient effectué leur investissement en mars 2006 et que c'était dans cette voie qu'il avait mené la société depuis un an ; que compte tenu des pertes 2006, les capitaux propres de la société Glowria étaient négatifs au 31 décembre 2006 à hauteur de 260.018 euros et, dès lors, inférieurs à la moitié de son capital social fixé à la somme de 264.335,47 euros. MM. [P] et [B] et la société Icadis soutiennent que les capitaux propres de la société Glowria sont devenus négatifs à la suite d'une manipulation comptable résultant d'une dépréciation excessive de la valeur des actifs allemands dans les comptes de la société Glowria ; qu'or, aux termes du procès-verbal du conseil d'administration du 28 mai 2007, auquel MM. [P] et [B] ont participé, les commissaires aux comptes ont proposé de débattre de la valorisation réelle des actifs allemands, estimant que les survaleurs étaient à plus de 5,1 millions d'euros dans les comptes actuels, le conseil a décidé de calculer, ensemble et avec les commissaires aux comptes, "le bon niveau de dépréciation" fixé à 2,795 millions d'euros et le conseil a ensuite arrêté les comptes à l'unanimité, donc avec l'accord de MM. [P] et [B], ces derniers ayant une bonne connaissance des filiales allemandes pour en avoir été le dirigeant et M. [P] le président de la holding allemande ; que cette dépréciation fait notamment suite à une offre non engageante de la société Lovefilm de rachat des activités VOD en France et DVD en Allemagne, datée du 1er mai 2007, à un prix global compris entre 0,4 million d'euros et 1,5 millions d'euros, alors que, selon les écritures des appelants, la dépréciation initiale des titres de la filiale allemande fixait la valeur de la seule filiale allemande à 3,4 millions d'euros ; que cette lettre d'intention montre la faible valeur de marché des actifs allemands, ce qui sera confirmé ultérieurement avec leur cession au prix de 0,3 million d'euros ; que cette dépréciation reposait également sur la situation obérée du groupe allemand dont les comptes consolidés révèlent au 31 décembre 2006 des produits d'exploitation passés de 1,6 millions d'euros (contre 2,4 M€ au 31 décembre 2005), des pertes 2 millions d'euros (contre 500.000 euros au 31 décembre 2005) et des capitaux propres négatifs à hauteur de 1,3 million d'euros alors qu'au 31 décembre 2005 ils étaient positifs à hauteur de 100.000 euros ; qu'enfin, les comptes de la société Glowria de l'exercice 2006, incluant la dépréciation arrêtée par le conseil d'administration, ont été approuvés lors de l'assemblée générale du 28 juin 2007 à l'unanimité des actionnaires présents et représentés dont les appelants ; que la provision sur dépréciation des titres de la filiale allemande était ainsi justifiée au moment où elle a été arrêtée et acceptée sans réserve par MM. [P] et [B] lors du conseil d'administration du 28 mai 2007 et de l'assemblée générale du 28 juin 2007 ; que conformément à l'article L. 225-248 du code de commerce, compte

tenu du niveau de ses capitaux propres, la société Glowria était tenue de réduire son capital, puis de procéder à une opération de recapitalisation, à défaut de décider sa dissolution ; que la réduction du capital de la société Glowria à zéro relevait de l'obligation des actionnaires de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports ; que l'augmentation de capital par émission de nouvelles actions ne présentait quant à elle aucun caractère précipité. La situation obérée de la société Glowria imposait aux actionnaires de ne pas attendre l'expiration du délai légal de deux ans pour procéder à sa recapitalisation ; qu'en outre, MM. [P] et [B], en leur qualité d'administrateur, avaient connaissance dès le début de l'année 2007 des perspectives d'augmentation de capital ; qu'en effet la convention d'apport en comptes courants du 15 février 2007, approuvée par le conseil d'administration, prévoyait la possibilité d'un remboursement par compensation de ces avances avec le montant de toute souscription à une augmentation de capital et mentionnait en page 3 un apport "pouvant être remboursé par compensation dans le cadre d'une augmentation de capital à intervenir" (souligné par la cour) ; que lors du conseil d'administration du 15 mai 2007, la société Seventure a rappelé les avances ainsi consenties et que leur remboursement se ferait "prochainement par conversion de la créance en capital" qui interviendrait "a priori sous la forme d'une réduction de capital à zéro sous la condition suspensive d'une augmentation de capital immédiate" ; que la convocation de l'assemblée générale extraordinaire a été décidée par le conseil d'administration du 6 juin 2007, où étaient présents MM. [P] et [B], conseil qui a précisé que l'augmentation de capital se ferait avec maintien du droit préférentiel de souscription et serait assortie de bons de souscription d'actions valables jusqu'au 31 décembre 2007 ; que la période de souscription a été fixée du 2 au 13 juillet 2007 ; que MM. [P] et [B] et la société Icadis étaient ainsi parfaitement informés de l'augmentation de capital à venir et en mesure de prévoir d'y participer ; que l'augmentation de capital par émission de nouvelles actions était de surcroît assortie d'un droit préférentiel de souscription reconnu à tous les propriétaires d'actions anciennes et d'une attribution gratuite de bons de souscription d'actions à proportion du nombre d'actions anciennes détenues exerçables jusqu'au 31 décembre 2007, ce qui exclut la volonté alléguée par les appelants d'évincer des actionnaires contre leur gré ; qu'il se déduit de ce qui précède que l'opération de coup d'accordéon, commandée par les pertes de la société Glowria et l'objectif de maintenir son exploitation, était conforme à l'intérêt social en ce qu'elle répondait à l'impératif de recapitalisation et s'inscrivait dans une démarche de financement des besoins de trésorerie par les actionnaires majoritaires au moyen d'apports en comptes courants, effectués avant et après l'augmentation de capital pour un montant total de 6,1 millions d'euros sur l'année 2007, excluant ainsi tout caractère fictif au refinancement de la société Glowria ; que ni l'existence d'autres alternatives de recapitalisation et de refinancement, à supposer qu'elles aient pu recueillir l'assentiment des actionnaires, ni la circonstance que les fonds actionnaires ont souscrit à l'augmentation de capital par compensation avec les avances en comptes courants qu'ils avaient consenties antérieurement ne sont de nature à remettre en cause la licéité du coup d'accordéon ; que sur la dissimulation des pourparlers avec la société Netgem avant l'assemblée générale litigieuse ; qu'à l'appui de leurs allégations quant à l'existence de pourparlers sur le rachat de la société Glowria par la société Netgem, MM. [P] et [B] et la société Icadis invoquent la tenue d'une réunion le 11 avril 2007 entre M. [H], représentant de la société Omnes capital, le président de la société Netgem et M. [P] au cours de laquelle la société Netgem aurait effectivement fait part de son intérêt pour le rachat de la société Glowria. Ils ne produisent aucune pièce à l'appui de leurs dires quant au contenu de cette réunion ; que les appelants produisent un courriel du 19 avril 2007 adressé par les représentants de la société Netgem à M. [L] ; que ce message intitulé "prise de contact" évoque la réflexion des deux entités sur "la pertinence d'un projet de rapprochement opérationnel voire stratégique" et tend à établir l'organisation, le calendrier et le contenu des travaux à mener ; qu'il est question au point 3 de la pertinence financière et de la structuration du projet ; que ce point porte non sur une perspective de rachat de la société Glowria mais sur le cadre financier à définir pour soutenir un rapprochement opérationnel ; que les termes de cet échange correspondent à la présentation faite par M. [L], en date du 20 avril 2007, où il est indiqué que "d'ici fin 2007 des contacts seront pris avec les principaux concurrents et partenaires industriels potentiels, dont Netgem, pour étudier des rapprochements et des synergies" ; que les contacts entre les sociétés Glowria et Netgem ont abouti à la seule conclusion d'une convention d'apport d'affaires mutuel le 24 mai 2007, ce qui correspond aux travaux annoncés par le courriel du 19 avril 2007 ; que devant les services de police, M. [H] a indiqué avoir eu un contact avec la société Netgem courant mars 2007 en vue d'un partenariat et non en vue d'une cession ; que M. [F], président de la société Netgem a confirmé ces dires, indiqué que les discussions à compter d'avril 2007 ne portaient que sur un partenariat et précisé avoir changé de position et envisagé le rachat de la société Glowria après avoir eu connaissance, au début de l'été 2007, de la signature par la société Glowria d'un contrat avec la société Carrefour présenté comme "mirifique" ; que la société Drake Star France a indiqué, dans une lettre du 17 novembre 2008 en réponse à l'assignation de MM. [P] et [B] et de la société Icadis à son encontre, que dans le cadre de sa mission elle avait approché la société Netgem en décembre 2006 pour connaître son intérêt pour un investissement dans la société Glowria et que la société Netgem n'avait pas manifesté

d'intérêt autre que commercial la présentation du 20 avril 2007 fait certes état de ce que la société Netgem avait déjà exprimé son intérêt sur la société Glowria en tablant sur une revente séparée de la division DVD à un anglo-saxon en 2008. L'expression d'un intérêt ne signifie toutefois pas que des pourparlers en vue de cette acquisition aient alors été entamés ; que cette présentation ne remet pas en cause le fait que la société Netgem s'en est tenue alors à ne souhaiter qu'un partenariat commercial conclu en mai 2007 ; que ni la communication de la société Netgem le 6 juin 2007 ni celle de la société BD forces, conseil de la société Netgem dans l'acquisition des titres Glowria, sur son site internet ne viennent démontrer l'existence de pourparlers sur le rachat des titres Glowria avant l'été 2007 ; qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments qu'aucune dissimulation quant à l'intérêt de la société Netgem en vue du rachat des titres de la société Glowria avant l'assemblée générale du 28 juin 2007 n'est démontrée ; que sur le manque d'information et de transparence ; qu'il a été jugé précédemment, le conseil d'administration ayant convoqué l'assemblée générale litigieuse n'était pas irrégulièrement composé et aucune nullité n'affecte ladite assemblée générale, que ce soit au titre du rapport de gestion ou du rapport du conseil d'administration sur l'augmentation de capital. Les appelants invoquent toutefois un manque d'information et de transparence résultant d'une insuffisance de ces rapports quant à la dépréciation des filiales allemandes, d'une part, et au motif de l'augmentation de capital, d'autre part, ces carences participant de la fraude alléguée ; qu'or, comme il a été constaté, MM. [P] et [B] ont participé au conseil d'administration qui a arrêté la provision pour dépréciation des actifs allemands et ont approuvé les comptes 2006 lors de ce conseil. En outre, le rapport de gestion présenté à l'assemblée générale est suffisamment précis sur les progrès, difficultés et perspectives relatifs à l'exercice 2006 sur lequel il porte et sur la provision pour dépréciation du groupe allemand dès lors qu'il en expose le montant et la méthode. Quant au motif de l'augmentation de capital et du coup d'accordéon, le rapport du conseil d'administration l'énumère précisément en ce que l'opération était commandée, à défaut de dissolution de la société, par le niveau des capitaux propres négatifs et la nécessité d'apurer les pertes accumulées, condition posée par les actionnaires financiers pour accepter le refinancement de la société. Le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 28 juin 2007 montre que les échanges entre actionnaires et administrateurs ont été nourris à ce sujet et que chacun était parfaitement conscient des enjeux et conséquences d'une telle opération de recapitalisation ; qu'enfin, les pourparlers avec la société Netgem en vue du rachat des titres de la société Glowria s'étant déroulés après l'assemblée générale ne pouvaient y être évoqués ; que MM. [P] et [B] et la société Icadis manquent ainsi à établir des carences dans l'information donnée aux administrateurs et aux actionnaires susceptibles de caractériser une fraude ; que sur la compensation des comptes courants et la clôture de l'augmentation de capital ; que le commissaire aux comptes de la société Glowria a certifié, le 18 juillet 2007, le caractère liquide et exigible des créances détenues par les fonds sur la société ; que le caractère irrecouvrable d'une créance, à le supposer établi, ne remet pas en cause son caractère certain, liquide et exigible de sorte que les appelants ne peuvent valablement soutenir que les avances en comptes courants ne pouvaient pas être compensées ; que les conventions d'avances stipulaient expressément que les prêteurs pouvaient demander leur remboursement par compensation de ces avances avec le montant de toute souscription à une augmentation de capital ; que dans ces conditions, la souscription à l'augmentation de capital par compensation des avances en comptes courants ne révèle aucun élément susceptible de caractériser une fraude ; que comme il a été précédemment jugé, les délibérations du conseil d'administration réuni le 5 octobre 2007 ne sont entachées d'aucune irrégularité tirée d'un défaut de quorum ou d'un défaut de majorité des votes en faveur de leur adoption ; que par ailleurs, aux termes de l'article R. 225-135 du code de commerce, une augmentation de capital par émission d'actions à souscrire en numéraire est réalisée à la date du certificat du dépositaire ; qu'aucune disposition ne prévoit que la réalisation définitive d'une augmentation de capital doit être constatée par une délibération du conseil d'administration ; que la régularité des opérations d'augmentation de capital et de clôture de ces opérations n'est donc pas susceptible d'être affectée, comme le soutiennent les appelants, par la réunion du conseil d'administration avant la remise par la banque HSBC du certificat de dépôt des fonds le 9 octobre 2007. En outre, dès lors que les appelants ne contestent pas la réalité des fonds ainsi déposés, qu'ils ont participé aux conseils d'administration des 17 juillet et 5 octobre 2007 ayant évoqué les opérations d'augmentation de capital sans s'opposer aux constats du conseil d'administration quant aux souscriptions réalisées, comme le révèlent les procès-verbaux, et que le certificat de dépôt de la banque correspond à ces constats, aucun élément susceptible de caractériser une fraude n'est établi ; qu'en définitive, les appelants manquent à démontrer l'existence d'un abus de majorité ou d'une fraude de sorte que la demande d'annulation de l'assemblée générale du 28 juin 2007 sur ce fondement doit être rejetée de même que, par suite, les demandes de remise en état du capital, de restitution et de dommages-intérêts formées sur ce fondement ; que le jugement sera donc confirmé » ;

Aux motifs adoptés que « les demandeurs soutiennent, pour demander l'annulation de l'assemblée générale du 28 juin

2007, qu'il y aurait eu fraude et abus de majorité de la part des majoritaires ; que l'article L. 225-248 prévoit qu'une société dont les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social doit réduire son capital du montant des pertes et reconstituer ses capitaux propres ; que la société dispose de deux exercices à partir de la constatation de ces pertes pour le faire ; que le conseil d'administration de GLOWRIA du 28 mai 2007 a arrêté les comptes à l'unanimité, que ces comptes faisaient apparaître des capitaux propres négatifs de 1 852 000 euros, inférieurs à la moitié du capital social ; que MM. [B] et [P] reprochent aux majoritaires un changement de méthode comptable dans les comptes 2006 concernant la dépréciation des participations allemandes, qui serait selon eux la seule cause de ce résultat ; qu'au cours de sa réunion du 26 mai 2007, le conseil d'administration a décidé de porter la dépréciation envisagée sur les filiales allemandes de 400 000 euros à 2,795 millions d'euros, estimant que les survaleurs sur cet actif étaient de 5,1 million d'euros ; que les demandeurs estiment que cette décision était injustifiée, que les perspectives des sociétés allemandes étaient encourageantes, que la méthode appliquée représente un changement des méthodes comptables qui n'a été ni expliqué ni justifié, et que cette dépréciation est impropre à donner une image fidèle des comptes sociaux ; que le compte-rendu de ce conseil explique que ce sont les commissaires aux comptes de GLOWRIA qui, au cours de la réunion, ont demandé un débat sur la valorisation réelle de cet actif, qu'a été soulignée le très important écart entre le budget de mai 2006 et la situation réelle, que « le conseil a décidé de suivre ce raisonnement et calcule ensemble, avec les commissaires aux comptes, le bon niveau de dépréciation qui sera de 2,795 millions d'euros. Le conseil arrête les comptes à l'unanimité » ; que ce procès-verbal est signé de MM. [B] et [P] et a été approuvé à l'unanimité des administrateurs lors de la réunion du conseil du 6 juin 2007 ; que les commissaires aux comptes n'ont jamais été mis en cause à propos de l'arrêté de ces comptes et ne sont pas dans la cause ; que ces comptes ont été approuvés à l'unanimité des actionnaires présents ou représentés, dont MM. [B] et [P], par l'assemblée générale du 28 juin 2007 ; que les rapports du mandataire ad hoc, maître [V], désigné par le tribunal de céans, et notamment celui du 31 mai 2007 faisaient état de la nécessité de refinancer l'entreprise par de « nouveaux apports par les fonds sous la forme d'une augmentation de capital à intervenir cet été après la réduction à zéro du capital social ; que le tribunal dira que les comptes intégrant la dépréciation des filiales allemandes ont été régulièrement approuvés et que les demandeurs ne sont pas fondés à les remettre en cause ; que les demandeurs soutiennent que cette opération serait frauduleuse au motif qu'elle n'a pas réellement permis de recapitaliser l'entreprise, l'apport d'argent frais à l'occasion de l'augmentation de capital étant dérisoire et cette opération n'ayant pas d'utilité au regard des perspectives d'avenir de la société ; qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier l'opportunité économique de l'opération de coup d'accordéon litigieuse relativement à d'autres solutions de recapitalisation, mais seulement d'en contrôler le caractère éventuellement abusif ; que les pertes de GLOWRIA ayant été constatées, les capitaux propres de la société étant devenus négatifs, l'assemblée générale extraordinaire ayant écarté la dissolution de la société, la réduction du capital à zéro sous condition suspensive d'une augmentation de capital ayant été décidée avec maintien du droit préférentiel de souscription à tous les actionnaires, et l'augmentation de capital ayant au final permis d'apporter plus de 4 millions d'euros de liquidités à la société entre mai et décembre 2007, il est établi que cette réduction de capital qui constituait une des options à la disposition des dirigeants pour recapitaliser l'entreprise en perte, ne constitue pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires et est licite ; que les demandeurs soutiennent que l'opération de coup d'accordéon a été faite dans le but d'exclure les minoritaires et constitue un abus de majorité ; qu'ils relèvent la précipitation dans laquelle a été menée l'augmentation de capital et estiment qu'ils n'ont pas reçu les informations dont ils devaient disposer pour se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l'importance et l'utilité de cette opération et exercer leurs droits. Ils reprochent à M. [A] [L] d'avoir sciemment omis de fournir à chaque administrateur la vraie version du diagnostic d'avril 2007, un plan financier, un plan de développement, le budget 2008 existant au 31 mai 2007 et le business plan détaillé sur 2006-2009 ; qu'ainsi le conseil d'administration de GLOWRIA se réunit le 6 juin 2007, soit 8 jours après le conseil qui a arrêté les comptes et se prononce sur la convocation d'une assemblée générale mixte en vue de procéder à l'approbation des comptes, à la reconstitution des capitaux propres par réduction du capital à zéro suivie d'une nouvelle augmentation de capital par émissions d'actions avec maintien du droit préférentiel de souscription ; que le 13 juin, cette assemblée est convoquée pour le 28 juin 2007, qu'elle approuve l'augmentation de capital et déclare la souscription ouverte le 29 juin pour une période de 15 jours ; que si ces délais peuvent être considérés comme resserrés, l'article L. 225-48 donnant la possibilité à une société dont les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social de procéder à une recapitalisation dans un délai de deux ans, il est constant que la décision de procéder à une opération de recapitalisation sans attendre l'écoulement de la totalité du délai autorisé par la loi ne saurait d'aucune manière être qualifiée d'abusive ; que lors du conseil du 6 juin 2007, M. [B] proteste contre le manque d'information fournie aux administrateurs sur la nouvelle stratégie de développement, réclame un budget détaillé et estimant n'avoir aucune visibilité sur les perspectives de la société déclare ne pouvoir se prononcer sur l'augmentation de capital proposée, MM. [B] et [P], s'abstiennent ; que

l'article R. 225-13 du code de commerce dispose que le conseil d'administration doit faire rapport à l'assemblée convoquée pour décider d'une augmentation de capital de « toutes indications sur les motifs de l'augmentation de capital proposée ainsi que sur la marche des affaires sociales », que les demandeurs soutiennent que le rapport du conseil à l'assemblée ne donna pas fautes ces indications et qu'ainsi les décisions prises en violation de cette disposition sont de nullité impérative ; que l'absence de communication du rapport prévu à l'article R. 225-13 n'est pas sanctionnée par la nullité ; que le conseil d'administration de GLOWRIA a fait un rapport à l'assemblée générale du 28 juin 2007 donnant les motifs de l'augmentation de capital, l'information sur l'importance et l'utilité de l'opération afin de pallier les pertes enregistrées en 2006 ; que les demandeurs ont également eu connaissance du rapport spécial des commissaires aux comptes sur l'opération présentée à l'assemblée du 28 juin ; que le procès-verbal de cette assemblée fait état de l'exposé par le président, à la demande du représentant de Pélican Venture des perspectives de la société et qu'aucune question ou demande d'information complémentaire sur ces sujets n'est formulée ni par M. [B], ni par M. [P] ; que lors de cette même assemblée GLOWRIA promet la fourniture aux actionnaires du projet de budget qui sera adopté le 9 juillet 2007 par le conseil d'administration, conseil auquel siègent MM. [B] et [P] ; que le tribunal dira qu'il n'y a lieu de prononcer la nullité de l'assemblée du 28 juin pour violation des dispositions de l'article R. 225-13 et estimera MM. [B] et [P], administrateurs et actionnaires, étant régulièrement informés sur les motifs de l'augmentation de capital et les perspectives de la société pour exercer leurs droits ; que les demandeurs soutiennent que les pourparlers envisageant un rapprochement avec NETGEM ont commencé en avril 2007, soit avant l'assemblée générale du 28 juin 2007 et qu'ils ont été dissimulés au conseil d'administration, à son Président en exercice (M. [P]) et que cette dissimulation constitue une violation du pacte d'actionnaires ; qu'ils affirment que s'ils avaient eu connaissance de ces discussions, ils auraient exercé massivement leurs DPS ; que le seul document sur lequel s'appuient ces affirmations est un courriel du 19 avril 2007, produit par les défendeurs, de M. [K] directeur financier de NETGEM et administrateur de NETGEM, qui fait état de réflexions sur « la pertinence d'un projet de rapprochement opérationnel, voire stratégique », listées lors d'un contact entre le dirigeant de NETGEM et M. [L] ; que ce document balaie les hypothèses de collaboration possibles entre les deux sociétés, évoquant des collaborations opérationnelles, des collaborations technologiques et marketing et enfin la pertinence financière d'un projet structuré ; qu'à l'issue de ces contacts, seul a été signé un contrat d'apporteur d'affaires le 24 mai 2007, qui ne représente qu'un partenariat commercial ; que ces éléments ne suffisent pas à démontrer l'existence de discussions capitalistiques ; que le tribunal dira que la fraude par dissimulation n'est pas prouvée ; que l'abus de majorité se caractérise comme une décision contraire à l'intérêt social dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires. ; que la décision de recapitaliser la société GLOWRIA, placée depuis plusieurs mois sous mandat ad hoc, ayant fait l'objet d'une procédure d'alerte de ses commissaires aux comptes, affichant de lourdes pertes et dont les capitaux propres étaient inférieurs à la moitié du capital social a manifestement été prise dans le souci d'assurer sa pérennité et sa continuité d'exploitation ; que les décisions qui accompagnaient l'augmentation de capital n'ont constitué aucun traitement discriminatoire entre les actionnaires, en maintenant le droit préférentiel de souscription et en assurant l'émission gratuite de bons de souscription (BSA) à proportion des actions détenues, que les actionnaires ont ainsi tous supporté dans les mêmes proportions et avec les mêmes effets les conséquences de la réduction à zéro du capital, que la perte de leur part au capital de GLOWRIA de MM. [B] et [P] résulte ainsi de leur seul refus de souscrire à l'augmentation de capital ; que le tribunal dira que l'abus de majorité allégué par les demandeurs n'est pas démontré et les débouter de leurs demandes d'annulation à ce titre ; que le tribunal dira ainsi qu'il n'y a pas matière à annulation des décisions de l'assemblée générale du 28 juin 2007 et tous les actes subséquents y compris la fusion absorption de GLOWRIA par NETGEM » ;

1) Alors que revêt un caractère frauduleux l'opération d'accordéon assortie de conditions telles qu'elles mettent les actionnaires minoritaires dans l'impossibilité d'y souscrire ; qu'au cas présent, l'augmentation de capital a été votée par l'assemblée générale extraordinaire le 28 juin 2007, avec une période de souscription fixée entre le 2 et le 13 juillet 2007, soit dans un délai de deux semaines en début d'été, en lieu et place du délai de deux ans prévu par l'article L. 225-248 du code de commerce ; qu'en outre, contrairement aux minoritaires, les actionnaires majoritaires ont pu souscrire à l'augmentation de capital grâce à la compensation de leurs avances en compte courant ; qu'ainsi, en décidant que l'augmentation de capital ne présentait pas un caractère frauduleux au regard des pertes de la société et du maintien du droit préférentiel de souscription de tous les actionnaires, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'opération était assortie de conditions telles qu'elles mettaient les actionnaires minoritaires dans l'impossibilité d'y souscrire au regard de l'importance des liquidités à mobiliser en un temps très réduit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 dudit code ;

2) Alors que revêt un caractère frauduleux l'opération d'accordéon qui permet aux actionnaires majoritaires de souscrire à l'augmentation de capital grâce à la compensation avec des avances en compte courant irrécouvrables, faute de réelle contrepartie à la souscription, la valeur de la créance étant proche de zéro ; qu'en énonçant que le caractère irrécouvrable d'une créance, à le supposer établi, ne remet pas en cause son caractère certain, liquide et exigible et donc la compensation, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 dudit code ;

3) Alors que le juge ne peut dénaturer le sens clair et précis d'un écrit et que la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ; qu'au cas présent, selon les dispositions contractuelles claires et précises des conventions de compte courant, seul l'envoi d'un courrier AR à la société rendait exigible les avances en compte courant (art. 3.1) ; qu'en énonçant que les appelants ne peuvent valablement soutenir que les avances en comptes courants ne pouvaient pas être compensées, en ce que les créances étaient certaines, liquides et exigibles, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause ;

4) Alors que revêt un caractère frauduleux l'opération d'accordéon prétendument motivée par des pertes, lesquelles ne sont artificiellement créées que par des manipulations comptables ; qu'en retenant que l'opération n'était pas frauduleuse, sans rechercher si le fait pour la société d'être valorisée à hauteur de zéro lors de l'augmentation de capital, avant d'être cédée pour un prix de 18 millions d'euros trois mois plus tard, ne caractérisait pas une opération frauduleuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 dudit code.

5) Alors enfin qu'est constitutive d'un abus de majorité la décision sociale prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité des associés au détriment de la minorité ; qu'au cas présent, la cour d'appel s'est bornée à relever que l'augmentation de capital était conforme à l'intérêt social au regard des pertes de l'entreprise ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la décision de réaliser un coup d'accordéon n'était pas contraire à l'intérêt social, en ce qu'elle n'avait apporté que deux mois de trésorerie à la société, laissant sa situation financière inchangée à peine deux mois après l'opération, qu'elle ne s'était traduite ni par un nouveau projet industriel, ni par l'entrée d'un nouvel investisseur, ni par un changement de direction, de sorte que l'opération avait eu pour seul objet de modifier la composition du capital social par compensation des créances en compte courant au seul profit des majoritaires et au détriment des minoritaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 dudit code ;

#### SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif de ce chef d'avoir débouté les exposants de leur demande d'annulation de la cession des titres Glowria pour violation du droit de préemption ;

Aux motifs propres qu'« aux termes de l'article 4 du pacte d'actionnaires, dans l'hypothèse où l'une des parties souhaiterait céder tout ou partie de ses titres, elle devra préalablement notifier à chacune des autres parties l'identité du cessionnaire envisagé, le prix offert, un état des comptes courants d'associés et une copie de l'offre ferme et faite de bonne foi du cessionnaire envisagé dûment signée. Chaque partie dispose d'un délai de trente jours pour notifier au promettant son intention d'exercer ou non son droit de préemption ou, le cas échéant, son droit de sortie conjointe ; Par lettres du 12 décembre 2007, les cédants des titres Glowria ont informé MM. [P] et [B] et la société Icadis de la conclusion le 5 décembre 2007 d'un contrat d'apport de titres avec la société Netgem aux termes duquel ils s'engagent à apporter à celle-ci la totalité des actions qu'ils détiennent ou détiendront dans le capital de la société Glowria sur exercice de leurs BSA d'ici au 31 décembre 2007. Sont joints à ces lettres un état des comptes courants d'associés, un bulletin de souscription des BSA, un acte d'adhésion au contrat d'apport et une copie intégrale du contrat d'apport ; que ces lettres rappellent la possibilité pour MM. [P] et [B] et la société Icadis d'exercer leur droit de préemption dans le délai de trente jours ; que le contrat d'apport constitue la première offre ferme de la société Netgem. La lettre d'intention de la société Netgem du 10 octobre 2007 est en effet clairement stipulée comme "une simple déclaration d'intention de chacune des parties de poursuivre de bonne foi les discussions" et ne comprend pas d'offre ferme de la société Netgem. Le conseil d'administration du 25 octobre 2007 a en outre évoqué l'existence d'une offre non ferme de la société Netgem selon les termes du procès-verbal. En toute hypothèse, le droit de préemption de MM. [P] et [B] et de la société Icadis a été

respecté par les cessionnaires dès lors que son exercice a été rendu possible par la notification du contrat d'apport et l'ouverture du délai de trente jours à compter de cette notification pour que les bénéficiaires exercent leur droit de préemption ou adhèrent eux-mêmes audit contrat ; que les appelants ne démontrent pas la mauvaise foi de la société Netgem, se bornant à procéder par voie d'affirmation ; que la demande d'annulation de la cession des titres Glowria fondée sur la violation du droit de préemption doit donc être rejetée ; que le jugement sera confirmé » (arrêt attaqué, p. 28-29).

Aux motifs adoptés que « le pacte d'actionnaires prévoit, en son article 4, une procédure de notification préalable dans l'hypothèse où l'une des parties souhaite céder ses titres, que cette notification doit comporter des renseignements sur l'identité du cessionnaire envisagé, le prix offert, et les autres modalités de l'opération envisagée ainsi qu'une copie de l'offre ferme et faite de bonne foi, afin de purger le droit de préemption, que cette notification doit être envoyée par courrier recommandé avec AR ; qu'est produite aux débats copie du courrier recommandé avec AR adressé par les actionnaires vendeurs aux demandeurs le 12 décembre 2007, intitulée « notification d'une offre d'acquisition de 100 % des titres émis par GLOWRIA », que ce courrier contient tous les renseignements sur l'identité du cessionnaire, copie du contrat d'apport, référence aux dispositions de l'article 2 et 4 du pacte d'actionnaires et mention du délai de 30 jours pour exercer le droit de préemption ; qu'à la suite de la réception de ce courrier, les demandeurs étaient en position d'exercer leur droit de préemption ; qu'ils n'ont pas manifesté leur intention de le faire et qu'ils ne soutiennent pas avoir eu cette intention ; que le tribunal dira qu'il n'y a pas eu violation du pacte d'actionnaires et les débouter de leur demande d'annulation de la cession des actions de GLOWRIA à NETGEM à ce titre » ;

Alors que l'article 4 du pacte d'actionnaires institue un droit de préemption, lequel suppose, pour être purgé, une notification des « autres modalités de l'opération envisagée ainsi qu'une copie de l'offre ferme et faite de bonne foi du Cessionnaire Envisagé dûment signée » ; qu'il s'évince de ces stipulations claires et précises que la notification se situe en amont de la conclusion du contrat de cession ; qu'en estimant que les dispositions contractuelles avaient été respectées dès lors que les cédants avaient notifié, non pas la lettre d'intention du 10 octobre 2007 émise par Netgem le 10 octobre 2007, mais le contrat d'apport conclu avec Netgem le 5 décembre 2007, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause ;

#### HUITIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif de ce chef d'avoir débouté les exposants de leur demande en réparation de leurs préjudices contre les actionnaires majoritaires ;

Aux motifs que « la cour relève qu'aucune stipulation du pacte d'actionnaires ne prévoit une obligation pour les parties de se concerter lorsque l'une d'elles envisage la cession de sa participation dans la société Glowria avant le 1er janvier 2008 ; que l'article 9 du pacte porte sur les conditions de sortie des actionnaires de référence à compter du 1er janvier 2008, par introduction en bourse de la société ou par cession des titres qu'ils détiendraient encore au 1er janvier 2009. En leur qualité de dirigeant social de la société Glowria, les actionnaires majoritaires étaient toutefois tenus d'un devoir de loyauté envers MM. [P] et [B] et la société Icadis ; qu'un manquement à ce devoir serait caractérisé s'il était démontré qu'ils se sont abstenus d'informer les autres associés de circonstances de nature à influencer sur leurs décisions de ne pas souscrire à l'augmentation de capital et de ne pas exercer leurs bons de souscription d'actions au 31 décembre 2007 ; qu'aucune des pièces produites n'établit une quelconque abstention des actionnaires majoritaires dans la recherche de refinancement de la société Glowria en 2007 ; qu'il résulte en outre des pièces, dont les courriels échangés à compter de novembre 2006 entre les membres du conseil d'administration et les procès-verbaux du conseil d'administration des 9 février et 15 et 22 mai 2007, que si la société Seventure a décidé de renoncer, début janvier 2007, au financement des besoins de trésorerie de la société Glowria par un prêt relais, les fonds d'investissement ont accepté d'apporter des avances en compte courant à hauteur de 2,1 millions d'euros les 16 février et 21 mars 2007 puis de 1 million d'euros en mai 2007 dans l'attente de solution de financement pour l'exercice 2007 ; que le rapport de M. [L] daté du 20 avril 2007 est constitué d'une présentation "powerpoint" de la stratégie proposée ; qu'il a été présenté le 20 avril 2007 à la société Seventure, transmis par M. [L] par courriel du 23 avril 2007 à MM. [P] et [B] et soumis à la discussion du conseil d'administration du 23 avril 2007 présidé par M. [P], lequel a indiqué qu'il venait de recevoir cette présentation et qu'il en prendrait connaissance après la réunion du conseil ; que les travaux de M. [L] ont fait l'objet de discussions lors du conseil d'administration du 15 mai 2007, Me [V] indiquant dans son rapport de fin de mission que ce rapport "a fait

l'objet d'une revue générale" au cours de ce conseil auquel il a assisté. Il ne ressort d'aucune de ces pièces que MM. [P] et [B] n'auraient pas reçu la même information que les actionnaires majoritaires ; que la participation des actionnaires majoritaires à l'augmentation de capital par conversion des avances en comptes courants ne revêt pas davantage un caractère déloyal dès lors que les conventions d'apports en comptes courants, approuvées à l'unanimité par le conseil d'administration du 9 février 2007, prévoyaient leur remboursement en numéraire ou par compensation dans le cadre d'une augmentation de capital à intervenir, et que les actionnaires majoritaires ont annoncé, lors du conseil d'administration du 15 mai 2007, leur intention de procéder au remboursement des avances par conversion ; qu'ils soutiennent que les fonds d'investissement ont également violé leurs obligations en dissimulant les pourparlers avec la société Netgem alors que le pacte d'actionnaires leur imposait de se concerter avec les fondateurs pour examiner les modalités de cession de leur participation dans la société Glowria ; qu'ils estiment que les pourparlers conduits unilatéralement par les fonds d'investissement et M. [M] constituaient en outre une violation du pacte d'actionnaires en ce que ledit pacte interdisait aux signataires de communiquer des informations confidentielles à un tiers sans autorisation du conseil d'administration ; que de la créance en capital après réduction du capital à zéro. Comme il a été dit précédemment, l'opération de coup d'accordéon était régulière et n'était pas précipitée ; qu'annoncée le 15 mai 2007 aux appelants, discutée lors du conseil d'administration du 6 juin 2007, elle a été approuvée par l'assemblée générale extraordinaire du 28 juin 2007 et l'exercice des droits préférentiels de souscription a été possible entre le 3 et le 13 juillet 2007 ; que ces circonstances ne révèlent aucune précipitation, la rapidité des opérations étant quant à elle justifiée par les besoins de financement de la société Glowria ; que comme il a été dit précédemment, l'existence d'un intérêt de la société Netgem en vue du rachat des titres de la société Glowria avant l'assemblée générale du 28 juin 2007 n'est pas démontrée ; que la convention d'apporteur d'affaires conclue entre les sociétés Glowria et Netgem le 24 mai 2007 ne traduisait aucune velléité de rachat par la société Netgem et les appelants n'établissent pas l'existence d'un quelconque audit de la société Glowria par la société Netgem ; qu'il n'est donc pas établi que les appelants n'ont pas disposé de la même information que les actionnaires majoritaires pour décider de participer ou non à l'augmentation de capital ; que la cour relève que lors du conseil d'administration du 17 juillet 2007, M. [B] a indiqué qu' "il n'avait pu souscrire [à l'augmentation de capital] ne sachant toujours pas comment les pertes prévisionnelles 2008 seraient financées", que "craignant un nouveau coup d'accordéon de la part des investisseurs financiers pour la fin de l'année 2007, il avait regretté de ne pouvoir souscrire en toute "sécurité" " et que "cette incertitude avait été partagée avec d'autres minoritaires qui ont opté pour cette même attitude de prudence." ; qu'il résulte de ces déclarations que, s'agissant de M. [B] et de la société Icadis, leur décision de ne pas souscrire à l'augmentation de capital a reposé sur l'absence de toute prise de risque à apporter son soutien à la société Glowria, mettant ainsi en doute la pérennité de l'entreprise que M. [B] avait contribué à soutenir à sa création, alors que la prise de risque est inhérente au financement des entreprises et qu'il disposait de toutes les informations pour évaluer ce risque, étant non établies que des informations essentielles à la prise de décision lui avaient été dissimulées ; qu'il ressort de l'attestation de M. [M] et de l'audition de M. [F] devant les services d'enquête que la société Netgem a fait part de son intérêt pour le rachat de la société Glowria fin août 2007. Selon le témoignage de M. [M], les discussions sur le prix de cession ont commencé le 6 septembre 2007, la valorisation initiale à 20 millions d'euros par la société Netgem a été revue par celle-ci à 16 millions d'euros puis, le 25 septembre 2007, cette valorisation était revue à 18 millions d'euros et la cession envisagée sous forme d'un échange d'actions Netgem elles-mêmes valorisées à 3,50 euros ; que le conseil d'administration de la société Glowria s'est réuni le 5 octobre 2007. Selon le procès-verbal, M. [L] a indiqué qu'un refinancement de 3 à 4 millions d'euros en 2008 était à prévoir, que, dans le cadre de ce besoin de refinancement, il avait été contacté par différents investisseurs potentiels et que, sur questions de M. [B] relatives à la valorisation de la société par les actionnaires actuels et des acheteurs potentiels, l'existence d'offres d'acquisition et des éventuelles négociations en cours, il a répondu qu'il en sera discuté le jour où une offre ferme se présenterait ; que dans un courriel qu'il a adressé le 9 octobre 2007 à M. [P] à titre de compte rendu de cette réunion à laquelle ce dernier n'assistait pas, ce courriel ayant pour objet "Conseil Glow du 5 octobre", M. [B] explique que "les majoritaires mènent des négociations pour céder l'entreprise. Mais Seventure se refuse à informer le conseil sur la nature des acquéreurs, les montants concernés et l'avancement des discussions en se réservant le droit de le "discloser" quand bon lui semblera" et que Seventure "se refuse également à indiquer à partir de quels montants ils seraient vendeurs". M. [B] indique également que les fonds seraient prêts à céder l'entreprise à tout repreneur éventuel, que "on peut penser que le montant de la vente devrait être en rapport raisonnable avec le chiffre [de 18 millions d'euros]" correspondant à leur investissement total, "ce qui pourrait signifier qu'ils regarderaient des propositions à partir de 15 millions d'euros minimum", qu' "il faudrait calculer ce que cela donnerait pour nos BSA en cas de cession de l'entreprise et que [W] [M] lui recommande "à juste titre" de les mettre dans ses PEA" ; qu'il se déduit de ce courriel, qui correspond à l'état des discussions en cours sans que l'identité du repreneur ait été dévoilée, que MM. [B] et [P]

disposaient d'une information suffisante sur les intentions des fonds quant à la cession de leurs actions Glowria ; qu'en l'absence de lettre d'intention et alors que la société Netgem est cotée en bourse, la prudence des actionnaires majoritaires dans la révélation des informations sur les négociations en cours était justifiée ; que l'information sur une acquisition de la société Glowria et sa valorisation à 18 millions d'euros est corroborée par les propos de M. [B] retranscrits dans le procès-verbal du conseil d'administration du 29 novembre 2007 selon lesquels "le conseil a, le même jour, 5 octobre 2007, fait le constat de ces deux valorisations de la société ["l'entreprise ne vaut rien"] puis celle-ci vaudrait 18 millions d'euros] dans la mesure où il a d'une part constaté le coup d'accordéon et d'autre part évoqué l'opération d'acquisition" ; qu'aucune circonstance n'imposait en outre aux actionnaires majoritaires de proposer, lors du conseil d'administration du 5 octobre 2007, de rouvrir le délai de souscription à l'augmentation de capital alors que la lettre d'intention de la société Netgem n'avait pas été formalisée et qu'une telle lettre d'intention ne constituait pas une offre ferme d'acquisition. Le courriel de M. [B] du 9 octobre 2007 montre au demeurant que seule la question de l'exercice des BSA était d'ores et déjà posée sans que la possibilité de souscrire à l'augmentation de capital dans le cadre d'une nouvelle période de souscription ait été envisagée par M. [B] ; que la société Netgem a adressé une lettre d'intention le 10 octobre 2007 aux seuls actionnaires majoritaires ; que cette offre non ferme de rachat a été présentée et commentée lors du conseil d'administration du 25 octobre 2007. Si le procès-verbal ne précise pas les termes de cette offre, les commentaires apportés par les participants, dont M. [B], ne peuvent être fondés que sur la connaissance qu'ils avaient des termes de l'offre. M. [B] a ainsi indiqué souhaiter que la vente de la société soit organisée de façon professionnelle pour retenir la meilleure offre, M. [B] ayant fait part d'une offre possible par une autre société avec laquelle il avait des contacts. Le conseil d'administration a alors autorisé la mise en place d'une data room sans opposition de M. [B] ; que lors du conseil d'administration du 29 novembre 2007, M. [L] a expliqué que l'offre de la société Netgem avait été évoquée lors de deux précédentes réunions du conseil et que l'absence de document définitif résultait des difficultés rencontrées dans les négociations en raison des assignations délivrées par MM. [P] et [B] les 8, 13 et 20 novembre précédents, des garanties complémentaires ayant été demandées par la société Netgem. M. [M] a ajouté que la baisse du cours du titre Netgem justifiait une renégociation de la parité mais que cette renégociation n'avait pu aboutir en raison de la position de faiblesse résultant de l'assignation. Si aucun document définitif n'a alors été présenté, M. [L] a notamment précisé qu'il était "extrêmement probable que l'opération soit conclue de sorte que la question du financement s'en trouverait résolue". Des informations sur la valorisation de la société Glowria par l'offre non ferme de la société Netgem, soit toujours le prix de 18 millions d'euros, la valorisation des titres Glowria en résultant, l'absence de garantie de passif autre qu'une garantie sur les conséquences de l'assignation, et l'engagement des actionnaires financiers de ne pas céder leurs titres Netgem pendant deux années sont apportées par M. [M] ; qu'il en résulte de ces échanges à compter du 5 octobre 2007 que les actionnaires majoritaires n'ont pas dissimulé d'informations aux appelants quant aux pourparlers menés avec la société Netgem et ne se sont pas comportés de manière déloyale avec eux ; qu'enfin, le contrat d'apport a été conclu le 5 décembre 2007 ; que comme il a été précédemment dit, ce contrat d'apport constitue la première offre ferme de la société Netgem ; que si la société Netgem a annoncé par communiqué de presse du 6 décembre 2007 le rachat de la société Glowria et si le conseil d'administration de la société Glowria n'a pas été aussitôt réuni, les actionnaires cessionnaires des titres Glowria ont, par lettres du 12 décembre 2007, informé MM. [P] et [B] et la société Icadis de la conclusion du contrat d'apport conformément au pacte d'actionnaires, leur permettant ainsi d'exercer leur droit de préemption ou d'adhérer eux-mêmes audit contrat ; que les actionnaires majoritaires n'ont ainsi manqué ni à leur obligation de loyauté ni au pacte d'actionnaires ; que MM. [P] et [B] et la société Icadis manquent également à démontrer qu'au cours des pourparlers conduits par les actionnaires majoritaires, ceux-ci auraient violé l'article 11.2.3 du pacte d'actionnaires en communiquant des informations confidentielles à un tiers sans autorisation du conseil d'administration, les appelants ne précisant pas les informations qui auraient été ainsi divulguées et ne produisant aucune pièce à l'appui de leurs allégations portant notamment sur l'existence de data rooms non autorisées par le conseil d'administration de la société Glowria ; que MM. [P] et [B] et la société Icadis reprochent également aux actionnaires majoritaires un comportement déloyal dans la suspension de la mission de la société Drake Star France ; qu'ils ne démontrent toutefois pas que les actionnaires majoritaires aient été seuls à l'initiative d'une telle suspension alors que dans leurs écritures ils émettent deux hypothèses : celle d'une suspension à la seule initiative de la société Drake Star France et celle d'une suspension décidée par les seuls actionnaires majoritaires ; que quant aux conditions d'exercice des BSA, aucune des circonstances invoquées par MM. [P] et [B] et la société Icadis ne caractérise un comportement frauduleux ou déloyal de la part des actionnaires majoritaires. En effet, ceux-ci n'étaient tenus d'assurer aux appelants ni un effet relatif de l'exercice de leurs BSA, alors que les appelants avaient pris auparavant la décision de ne pas souscrire à l'augmentation de capital, ni aucune éventuelle perte financière née de l'exercice des BSA. En outre, au cours du conseil d'administration de la société Glowria réuni le 10 décembre 2007, le président a

communiqué aux membres du conseil les projets de courriers à envoyer aux actionnaires, aux titulaires de BSA et de BSPCE relatifs au contrat d'apport, et les a informés de l'envoi aux titulaires des BSA d'une information sur les conditions d'exercice de ces bons. Ces points n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part de MM. [P] et [B], lesquels n'ont par ailleurs soulevé aucune difficulté quant à la courte période d'exercice des BSA restant à courir ou à une éventuelle carence d'informations sur la société Netgem, la cour rappelant que dès octobre 2007 les appelants se préoccupaient de la question de l'exercice de leurs BSA ; que la possibilité pour les titulaires de BSA de les apporter à la société Netgem en échange d'actions Netgem, dans le cadre de leur adhésion au contrat d'apport, leur permettait de n'avancer aucun fond, et de se dispenser ainsi de recourir à un prêt, et de réduire le risque financier de l'opération, un tel risque étant au demeurant inhérent à toutes opérations d'investissement. Cette possibilité d'adhérer ainsi au contrat d'apport ne peut pas être analysée comme une condition d'exercice des BSA imposée par les actionnaires majoritaires ; que quant au courriel de M. [L] du 1er décembre 2007 évoquant la possibilité de solliciter une prorogation de la période d'exercice des BSA, en échange d'un abandon de l'assignation délivrée par MM. [P] et [B], il ne relève nullement d'une initiative des actionnaires majoritaires et ne constitue pas une pression mais une simple suggestion ; qu'enfin, les appelants ne démontrent pas que l'exercice de leurs BSA était conditionné à l'abandon de l'instance qu'ils avaient initiée en novembre 2007, la clause du contrat d'apport par laquelle les apporteurs s'engagent à indemniser la société Glowria et la société Netgem des préjudices effectivement supportées par elles dans le cadre de l'assignation ne signifiant pas que les appelants s'engageaient à renoncer à leur action judiciaire mais qu'ils devaient, en cas d'adhésion en supporter les éventuels risques comme tout autre apporteur ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'aucun manquement à leur obligation de loyauté ni aucun manquement au pacte d'actionnaires de la part des actionnaires majoritaires n'est démontré. Le jugement sera infirmé sur ce point et les appelants déboutés de leur demande de dommages-intérêts à ce titre » (arrêt attaqué, p. 31-35) ;

1) Alors que la cassation au titre du sixième moyen s'agissant de la nullité pour fraude de la décision d'augmentation du capital entraînera la censure de l'arrêt sur la responsabilité des dirigeants sociaux ayant été à l'initiative d'une telle opération à raison du lien de dépendance nécessaire, par application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile ;

2) Alors que manque à son devoir de loyauté le dirigeant qui s'abstient d'informer les autres associés de circonstances de nature à influencer sur leur consentement, et notamment de négociations menées avec un repreneur pour le rachat de leurs participations ; qu'au cas présent, il est constant que des pourparlers occultes avec le futur acquéreur Netgem se sont tenus du 19 avril 2007 au 3 juin 2007, puis que M. [M] a reconnu avoir eu connaissance, dès le mois de septembre 2007, qu'un accord avec Netgem avait été trouvé pour la valorisation de la société à hauteur de 18 millions d'euros, accord concrétisé par une lettre d'intention émise le 10 octobre 2017, valorisation qui tranchait radicalement avec l'évaluation de la société à l'occasion de l'augmentation de capital, proche de zéro ; qu'en estimant que les dirigeants n'avaient pas commis un manquement à leur devoir de loyauté, lorsqu'il était pourtant établi que les dirigeants avaient dissimulé, tant l'intérêt du futur acquéreur d'avril à juin 2007 que lors de l'assemblée générale du 28 juin 2007 (déclarations de Messieurs [L], [M], [D] excluant explicitement l'hypothèse d'acquéreur potentiel sur questions de deux actionnaires minoritaires) puis lors de trois conseils d'administration successifs qui avaient entériné l'augmentation de capital par effet de la résolution 12 (conseils du 5 octobre 2007, du 25 octobre 2007 et du 29 novembre 2007) cette information essentielle sur le prix du rachat de la société et l'identité du repreneur, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause ;

3) Alors que manque à son devoir de loyauté le dirigeant qui s'abstient d'informer les autres associés de circonstances de nature à influencer sur leur consentement, et notamment de négociations menées avec un repreneur pour le rachat de leurs participations, et ce quel que soit leur état d'avancement et sans que puisse être opposé le secret des dites négociations ; qu'en estimant que les dirigeants étaient fondés à ne pas communiquer aux administrateurs, lors de trois conseils d'administration successifs, la proposition émise par Netgem pour un prix de 18 millions d'euros formalisée dans une lettre d'intention émise le 10 octobre 2007, en ce qu'il ne s'agissait pas d'une offre ferme et que cette société étant cotée en bourse, son identité n'avait pas à être révélée, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause ;

4) Alors que l'article 11.2.3. du pacte d'actionnaires stipule que « chacune des Parties qui pourrait, dans le cadre des stipulations du présent article 11, accéder à des informations confidentielles de la Société s'engage d'ores et déjà à en

préserver la confidentialité et s'interdit de communiquer l'une quelconque de ces informations à un Tiers, quel qu'il soit, sans qu'une telle communication ait au préalable été autorisée par le conseil d'administration de la Société » ; qu'il est établi que, dès le 19 avril 2017 et jusqu'au 3 juin 2007, des négociations ont été menées par les dirigeants majoritaires avec la société Netgem, pour procéder à la reprise de la société Glowria, ce qui impliquait nécessairement la communication d'informations confidentielles sur la situation financière et contractuelle de la société, sans que le conseil d'administration n'en ait été préalablement informé dans sa collégialité ; qu'en estimant que les dirigeants n'avaient pas manqué à leurs obligations à ce titre, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause.

#### NEUVIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif de ce chef d'avoir débouté les exposants de leur demande en réparation de leurs préjudices contre la société Netgem ;

Aux motifs propres que « MM. [P] et [B] et la société Icadis soutiennent que la société Netgem est liée par le pacte d'actionnaires auquel elle est partie et dont elle s'est prévalu pour faire appliquer la clause de sortie forcée ; qu'ils prétendent que la société Netgem a violé le pacte d'actionnaires en acquérant les titres Glowria sans notification d'une offre ferme et de bonne foi, en procédant à un audit sans autorisation préalable du conseil d'administration et en violant l'obligation générale de loyauté. Ils font valoir que la société Netgem est également fautive sur un fondement délictuel ; qu'ils prétendent que la société Netgem a mené des pourparlers occultes au printemps 2007 avec la société Glowria, en vue de créer un ensemble combiné, en ayant parfaitement conscience de contourner le représentant légal de la société Glowria vis-à-vis des tiers, qu'elle a également conclu dans les mêmes conditions de dissimulation un accord de coopération commerciale dans le dos du conseil d'administration de la société Glowria, qu'elle a agi en complice actif, voire instigatrice, en insérant dans le contrat d'apport leur renonciation à leurs droits au titre du pacte d'actionnaires et de la procédure qu'ils avaient initiée devant le tribunal de commerce. Ils ajoutent que la société Netgem s'est rendue complice "du maquillage et de la falsification des approbations en conventions réglementées" lors de son assemblée générale du 6 juin 2008 en approuvant les comptes clos au 31 décembre 2007 ; que la société Netgem n'était tenue d'aucune obligation d'information des actionnaires minoritaires de la société Glowria tant sur la conclusion d'un contrat d'apport d'affaires que sur les pourparlers menés avec les actionnaires majoritaires en vue de l'acquisition de leurs titres Glowria. Non-partie au pacte d'actionnaires sur cette période, il ne lui appartenait pas non plus de notifier son offre ferme aux actionnaires liés par le pacte, une telle obligation incombant aux cédants des actions Glowria en vertu de ce pacte d'actionnaires, ni n'était liée par la clause de confidentialité insérée dans le pacte ; que comme il a été précédemment dit, aucun pourparler occulte entre les actionnaires majoritaires et la société Netgem n'est démontré par les appelants ; que de même, le contrat d'apport ne comprend aucune obligation pesant sur un apporteur de renoncer à une action judiciaire ; qu'enfin, l'approbation des comptes de la société Glowria clos au 31 décembre 2007 par l'assemblée générale de la société Netgem du 6 juin 2008 n'est pas constitutive d'une faute de la part de la société Netgem ; qu'il résulte de ces éléments qu'aucune faute n'est établie à l'encontre de la société Netgem ; que le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté les appelants de leur demande de condamnation de la société Netgem sur ce fondement » (arrêt attaqué, p. 35).

Aux motifs adoptés que « les demandeurs soutiennent également que NETGEM a manqué à son obligation de bonne foi et de loyauté à leur égard et devrait à ce titre être condamnée in solidum avec les Investisseurs à réparer l'éventuel préjudice qu'ils auraient subi ; que NETGEM n'était pas partie au pacte d'actionnaires, ni liée avec les demandeurs par aucun contrat et n'était à ce titre redevable à leur égard d'aucune obligation découlant de l'application de l'article 1134 du code civil ; qu'à la date de l'augmentation de capital, et des décisions d'apport de titres GLOWRIA à NETGEM, NETGEM n'était ni dirigeant, ni actionnaire de GLOWRIA et ainsi n'était tenue à aucune obligation de loyauté ou d'information à l'égard des demandeurs ; qu'il n'existe aucune obligation d'information des actionnaires de la part d'un futur potentiel acquéreur ; que le tribunal dira qu'il n'y a pas lieu d'associer NETGEM à la réparation éventuelle du préjudice subi par les demandeurs du fait d'un manque au devoir d'information, et de loyauté commis par les investisseurs et les fonds, et débouter les demandeurs de leur demande de condamnation in solidum de NETGEM » (Jugement, p. 34-35) ;

Alors que le tiers au contrat engage sa responsabilité délictuelle à l'égard d'un contractant, dès lors qu'il est complice de l'inexécution de ses obligations contractuelles par l'autre partie ; qu'en se bornant à relever que la société Netgem, tiers

au pacte d'actionnaires, n'était tenue d'aucune obligation d'information des actionnaires minoritaires, de notification de son offre ferme ou encore de confidentialité, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la société Netgem ne s'était pas rendue complice de l'inexécution de leurs engagements par les actionnaires majoritaires stipulés au pacte d'actionnaires, et notamment de l'obligation de confidentialité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause.

#### DIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevables les demandes formées par MM. [B] et [P] en réparation de leur préjudice moral formée contre les intimés ;

Aux motifs que « aux termes de l'article 564 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ; que selon l'article 565 du même code, les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ; que devant le tribunal, MM. [P] et [B] ont sollicité l'indemnisation d'un premier préjudice résultant, selon eux, à titre principal de la nullité de l'augmentation de capital et à titre subsidiaire de manquements des actionnaires majoritaires et de la société Netgem à leurs obligations d'information et de loyauté, et d'un second préjudice résultant du refus des actionnaires majoritaires et de la société Netgem de leur communiquer l'offre et les actes préparatoires à la cession des titres Glowria et de la communication aux débats d'un registre de mouvements de titres falsifié ; qu'ils n'ont pas demandé l'indemnisation d'un préjudice moral né d'une supposée trahison, de la durée de la procédure et d'une perte de crédibilité. Cette demande est nouvelle en cause d'appel dans la mesure où, si elle porte sur l'indemnisation d'un préjudice comme en première instance, elle n'est pas fondée sur les mêmes faits fautifs allégués contre les actionnaires majoritaires et la société Netgem. Cette demande est donc irrecevable » (arrêt attaqué, p. 36). ;

Alors que les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent et que les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire ; qu'en déclarant irrecevables les demandes formées par MM. [B] et [P] en réparation de leur préjudice moral, aux motifs qu'elles n'étaient pas fondées sur les mêmes faits fautifs allégués contre les actionnaires majoritaires et la société Netgem, lorsqu'elles tendaient aux mêmes fins que les demandes indemnitaires formées en première instance à leur encontre et étaient la conséquence de l'opération frauduleuse d'ensemble dont ils avaient été victime, la cour d'appel a violé les articles 565 et 566 du code de procédure civile.

#### ONZIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable la demande formée par M. [P] en réparation de son préjudice causé par sa révocation brutale et vexatoire ;

Aux motifs que « aux termes de l'article 564 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ; que selon l'article 565 du même code, les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ; que devant le tribunal, M. [P] a sollicité l'indemnisation d'un premier préjudice résultant, selon lui, à titre principal de la nullité de l'augmentation de capital et à titre subsidiaire de manquements des actionnaires majoritaires et de la société Netgem à leurs obligations d'information et de loyauté, et d'un second préjudice résultant du refus des actionnaires majoritaires et de la société Netgem de leur communiquer l'offre et les actes préparatoires à la cession des titres Glowria et de la communication aux débats d'un registre de mouvements de titres falsifié ; qu'il n'a pas demandé l'indemnisation d'un préjudice moral né de sa révocation ; que cette demande est nouvelle en cause d'appel dans la mesure où, si elle porte sur l'indemnisation d'un préjudice comme en première instance, elle n'est pas fondée sur les mêmes faits fautifs allégués contre les actionnaires majoritaires et la société Netgem ; que cette demande est donc irrecevable ».

Alors que les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent et que les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire ; qu'en déclarant irrecevable la demande formée par M. [P] en réparation de son préjudice causé par sa révocation brutale et vexatoire, aux motifs qu'elle n'était pas fondée sur les mêmes faits fautifs allégués contre les actionnaires majoritaires et la société Netgem, lorsqu'elle tendait aux mêmes fins que les demandes indemnitaires formées en première instance à leur encontre et était la conséquence de l'opération frauduleuse d'ensemble dont il avait été victime, la cour d'appel a violé les articles 565 et 566 du code de procédure civile.

#### DOUZIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif de ce chef d'avoir déclaré irrecevables les demandes formées par les exposants contre la société Drake Star France ;

Aux motifs que « MM. [B], [P] et la société Icadis soutiennent que le jugement doit être infirmé aux motifs que leur action à l'encontre de la société Drake Star France n'est pas prescrite, qu'elle est soumise aux règles de prescription antérieures à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile car l'instance a été introduite le 8 novembre 2007 et l'assignation en intervention forcée signifiée le 13 mai 2008 avant l'entrée en vigueur de cette loi, qu'en vertu de l'article 2244 ancien du code civil cette assignation a interrompu la prescription, que les prescriptions délictuelle et contractuelle applicables en l'espèce sont respectivement décennale et trentenaire ; que la société Drake Star France réplique que l'action en responsabilité engagée par les appelants est prescrite aux motifs que le point de départ de la prescription est constitué par l'arrêt prétendument fautif de sa mission résultant de son courrier du 30 novembre 2007, que l'action en responsabilité a été introduite par les appelants le 15 mai 2014 après l'expiration du délai de prescription, intervenue le 19 juin 2013 conformément à la loi du 17 juin 2018 réduisant de dix à cinq ans le délai de prescription en la matière, et que l'assignation en intervention forcée tendant aux seules fins de déclaration de jugement commun n'est pas interruptive de prescription ; que par acte du 13 mai 2008, MM. [B], [P] et la société Icadis ont fait assigner en intervention forcée la société Drake Star France aux côtés de la société Netgem, de MM. [L] et [D] et des fonds gérés par les sociétés Omnes capital et Seventure ; qu'aux termes de cette assignation, les demandeurs sollicitent à l'encontre de la société Drake Star France que le jugement à intervenir lui soit déclarer commun et opposable ; que l'assignation ne fait état d'aucun manquement de la société Drake Star France ; que par conclusions du 15 mai 2014, MM. [B], [P] et la société Icadis ont demandé pour la première fois la condamnation de la société Drake Star France au paiement de dommages-intérêts ; que l'assignation en intervention forcée du 13 mai 2008 ne contient pas à l'égard de la société Drake Star France de demande en paiement de dommages-intérêts de sorte qu'elle n'a pas interrompu la prescription de l'action en responsabilité ; qu'aux termes des II et III de l'article 26 de la loi du 17 juin 2008, les dispositions de la loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, soit le 19 juin 2008, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure, mais lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ; que l'action en responsabilité à l'encontre de la société Drake Star les conclusions du 15 mai 2014, et non par l'assignation en intervention forcée du 13 mai 2008, de sorte qu'elle est soumise aux nouvelles règles de prescription issues de la loi du 17 juin 2008 ; que l'article 15 de cette loi a réduit de dix à cinq ans la prescription des actions entre commerçants et non commerçants de sorte qu'en application du II de l'article 26 de la même loi, la prescription de l'action de MM. [B], [P] et de la société Icadis est acquise le 19 juin 2013 ; que cette action en responsabilité ayant été introduite par MM. [B], [P] et la société Icadis le 15 mai 2014 est donc prescrite ; que le jugement sera infirmé en ce qu'il a débouté MM. [P] et [B] et la société Icadis de leurs demandes de condamnation de la société Drake Star France, bien qu'ayant constaté leur prescription dans ses motifs, et ces demandes seront déclarées irrecevables » ;

Alors qu'une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ; qu'en énonçant que n'était pas interruptive de prescription l'assignation du 13 mai 2008, par laquelle MM. [B], [P] et la société Icadis ont fait assigner en intervention forcée la société Drake Star France aux côtés de la société Netgem, de MM. [L] et [D] et des fonds gérés par les sociétés Omnes capital et Seventure, aux fins que le jugement à intervenir lui soit déclarer commun et opposable, lorsqu'il s'agissait pourtant d'une demande en justice exercée à son encontre de nature à interrompre la prescription, la cour d'appel a violé l'article 2244 du code civil dans sa rédaction applicable à la cause ;

## **Décision attaquée**

Cour d'appel de paris i8  
7 mai 2019 (n°16/21016)

## **Textes appliqués**

Articles 542 et 954 du code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamenta.

## **Les dates clés**

- Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 12-10-2022
- Cour d'appel de Paris I8 07-05-2019