

**N° 09 / 08.
du 21.02.2008.**

Numéro 2456 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt et un février deux mille huit.

Composition:

Jean JENTGEN, conseiller à la Cour de cassation, président,
Marie-Paule ENGEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marie-Anne STEFFEN, première conseillère à la Cour d'appel,
Astrid MAAS, conseillère à la Cour d'appel,
Gilbert HOFFMANN, conseiller à la Cour d'appel,
Martine SOLOVIEFF, premier avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

Entre :

1) la société anonyme SOCIÉTÉ 1 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro (...),

2) la société anonyme SOCIÉTÉ 2 (anciennement (...)), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro (...),

3) X., employé privé, demeurant à L-(...), (...),

4) Y., docteur en droit, demeurant à B-(...), (...),

5) la société anonyme SOCIÉTÉ 3, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro (...),

6) la société anonyme COMPAGNIE D'ASSURANCES 1 (anciennement (...)), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro (...),

7) l'association sans but lucratif A.S.B.L. 1, (...), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

8) Z.), demeurant à L-(...), (...), et

9) A.), demeurant à L-(...), (...), en leur qualité de successeurs universels de feu leur mère T.) ayant agi en sa qualité d'attributaire de la communauté universelle ayant existé entre elle et feu son mari, Monsieur U.), administrateur de sociétés, ayant demeuré à L-(...), (...),

10) (...) B.), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),

11) C.), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),

12) D.), ingénieur diplômé, demeurant à L-(...), (...),

13) E.), médecin-dentiste, demeurant à L-(...), (...),

demandeurs en cassation,

comparant par Maître André ELVINGER, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocats à la Cour, en l'étude desquels domicile est élu,

e t :

1) la société anonyme de droit belge SOCIÉTÉ 4, en abrégé (...), établie et ayant son siège social à B-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

2) la société anonyme SOCIÉTÉ 5, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro (...),

3) F.), administrateur de sociétés, Président du conseil d'administration de SOCIÉTÉ 5, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

4) G.), administrateur de sociétés, directeur général de Société 5, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

5) H.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

6) I.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

7) J.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

8) K.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

9) L.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

10) M.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 établie à L-(...), (...),

défendeurs en cassation,

comparant par Maître Jacques LOESCH, assisté de Maître Guy LOESCH, avocats à la Cour, en l'étude desquels domicile est élu,

11) la SOCIÉTÉ 6, société par actions de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-(...), (...),(...), représentée par son conseil d'administration (« Vorstand ») actuellement en fonction, inscrite au Handelsregister de (...) sous le numéro (...),

12) N.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

13) O.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

14) P.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

15) Q.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

16) R.), administrateur de sociétés, ayant élu domicile au siège de la Société 5 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

17) Société 7, société à responsabilité limitée de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-(...), (...), représentée par son/ses gérant(s) (« Geschäftsführer ») actuellement en fonction, inscrite au Handelsregister de (...) sous le numéro (...) (anciennement dénommée (...), société à responsabilité limitée de droit allemand ayant été établie et ayant eu son siège social à D-(...), (...),(...)),

18) la Société 8, société en commandite de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-(...), (...), représentée par son associé commandité (« Komplementär »), inscrite au Handelsregister de (...) sous le numéro (...),

défendeurs en cassation,

comparant par Maître Guy HARLES, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence de :

19) la société anonyme SOCIÉTÉ 9, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

20) la société anonyme SOCIÉTÉ 10, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

21) la société anonyme SOCIÉTÉ 11, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

22) la société anonyme SOCIÉTÉ 12, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

23) S.), directeur de la SOCIÉTÉ 13, demeurant à L-(...), (...),

défendeurs en cassation.

LA COUR DE CASSATION :

Ouï le conseiller Jean JENTGEN en son rapport et sur les conclusions du premier avocat général Georges WIVENES ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 12 juillet 2006 sous les numéros 28403 et 29202 du rôle par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 22 novembre 2006 par les demandeurs la SOCIÉTÉ 1, la SOCIÉTÉ 2, X.), Y.), la SOCIÉTÉ 3, la Compagnie d'assurances 1, l'A.S.B.L. 1, Z.), A.), (...) B.), C.), D.) et E.) et déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 24 novembre 2006 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 18 janvier 2007 par les défendeurs la SOCIÉTÉ 4, la SOCIÉTÉ 5, F.), G.), H.), I.), J.), K.), L.) et M.) et déposé le 19 janvier 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 18 janvier 2007 par les défendeurs la SOCIÉTÉ 6, N.) , O.) , P.), Q.), R.), Société 7 et Société 8 et déposé le 22 janvier 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le nouveau mémoire signifié le 10 mai 2007 par les demandeurs en cassation et déposé le 14 mai 2007 au greffe de la Cour ;

Vu les notes de plaidoiries prises en réponse aux conclusions du ministère public ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que des actionnaires minoritaires de la SOCIÉTÉ 5 avaient saisi par voie d'assignation et par voie d'intervention le tribunal d'arrondissement de Luxembourg d'une demande dirigée contre la société de droit belge SOCIÉTÉ 4 (...), la société de droit allemand SOCIÉTÉ 6 (...), la société anonyme SOCIÉTÉ 5 (...) et contre les administrateurs de la Société 5 H.), I.), L.), N.) et O.) pour voir annuler la ou les conventions intervenues entre la SOCIÉTÉ 4 et la SOCIÉTÉ 6 aux termes desquelles la SOCIÉTÉ 4 a cédé sa participation de 30% dans le capital de la Société 5 à la SOCIÉTÉ 6 en échange de 25% du capital de la SOCIÉTÉ 6, sinon pour les faire déclarer solidairement responsables du préjudice par eux subi et les faire condamner à le réparer ; que par jugement du 8 juillet 2003, le tribunal avait déclaré les demandes irrecevables au fond au motif qu'elles ne s'appuient sur aucune norme ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois ;

Que des actionnaires minoritaires de la Société 5 avaient saisi par assignation et par intervention le même tribunal d'une demande dirigée contre la SOCIÉTÉ 6, la société à responsabilité limitée de droit allemand la Société 7, la société de droit allemand la Société 8, la Société 5 et contre les administrateurs de la Société 5 G.), K.), P.), F.), M.), J.), I.), N.), O.), L.), Q.) et R.) pour les contraindre, en exécution des engagements contenus au Prospectus d'introduction de la Société 5 à la Bourse de (...), édité le 30 juin 2000, entre autres à augmenter la diffusion dans le public des titres de la Société 5 en la portant à 15% et à ne pas les retirer de la cote de la Bourse de (...);

Que par jugement du 30 mars 2004, le tribunal avait débouté les demandeurs en rejetant les bases réglementaires, contractuelles et délictuelles invoquées et avait déclaré le jugement commun à la Société 8 ;

Que sur recours contre ces deux jugements, la juridiction du second degré, après avoir joint les deux affaires, confirma le jugement du 8 juillet 2003, dit irrecevable la demande subsidiaire des appelants basée sur l'abus de droit et confirma également le jugement du 30 mars 2004 ; que pour

statuer ainsi, les juges d'appel, quant au jugement du 8 juillet 2003, ont retenu qu'il n'existe pas de principe général de traitement égalitaire des actionnaires en droit des sociétés ni en droit financier et qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes d'une question préjudicielle à ce propos, qu'il n'y a pas de violation d'une norme déontologique engageant une responsabilité délictuelle, que la demande subsidiaire fondée sur l'abus de droit est irrecevable comme constituant une demande nouvelle en instance d'appel et que l'action contre les administrateurs n'est pas fondée ;

Que, quant au jugement du 30 mars 2004, les juges d'appel ont rejeté la demande des parties appelantes basée principalement sur la responsabilité contractuelle des intimés, éditeurs du Prospectus d'admission à la Bourse de (...), sur le fondement de la théorie de l'offre et de l'acceptation, sinon d'un engagement unilatéral ou d'une stipulation pour autrui, sinon de la théorie de l'apparence, sinon de la création d'expectatives légitimes, sinon de l'abus de droit ; qu'ils ont rejeté la demande basée subsidiairement sur la responsabilité délictuelle découlant de la création de fausses apparences et de la création fautive d'expectatives légitimes, de l'abus de droit et du comportement fautif ; qu'ils ont dit non fondée la demande dirigée contre les administrateurs en retenant qu'ils ne contractent aucune obligation personnelle quant aux engagements de la société et qu'aucune faute dans l'exercice de leurs fonctions n'est établie ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon de la fausse application du principe général, de droit communautaire et de droit national, d'égalité des actionnaires, spécialement dans le cas d'une société dont les actions sont cotées à une bourse de valeurs

- tel que ce principe général est consacré sur le plan communautaire par (i) la deuxième Directive sociétés 77/91/CEE du 13 décembre 1976, en ses articles 20 et 42, (ii) la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, en son << Troisième principe général >> et en sa << Dix-septième disposition complémentaire >>, (iii) la Directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs, en son annexe Schéma C, point c, a), repris dans la Directive consolidée du 28 mai 2001, et (iv) la Directive 2004/25/CEE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition en son article 3, paragraphe 1, sub a),

- et tel que ce principe général se trouve consacré sur le plan du droit interne, entre autres (mais pas seulement) au titre de transposition des instruments communautaires précités, (i) par l'article 1833 du code civil, (ii) par la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que

modifiée, en particulier en ses articles 49-3 (1) 32-3 et 67 (4), (iii) par l'article 7 du Règlement d'Ordre Intérieur de la Bourse de Luxembourg, approuvé par règlement ministériel du 25 octobre 1996, et (iv) par les articles 3 a), 5 (1) et 5 (4) de la loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition, ainsi que, pour autant que de besoin, de la violation, sinon de la fausse application, de ces dispositions de droit communautaire et de droit national (à l'exception de la Directive 2004/25/CE et des dispositions de la loi du 19 mai 2006, non encore en vigueur à l'époque des faits litigieux),

en ce que la Cour a dit l'appel dirigé contre le jugement du 8 juillet 2003 non fondé et confirmé ledit jugement en particulier en ce qu'il a jugé que les prétentions des parties demanderesses et intervenantes ne s'appuient sur aucune norme de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois et déclaré les demandes << irrecevables au fond >> et en ce que l'arrêt a mis les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelantes ; et en ce que, en statuant ainsi, l'arrêt a plus particulièrement rejeté la prétention des demandeurs en cassation à bénéficier, par application du principe général du droit visé ci-dessus, d'un traitement égal à celui dont a bénéficié l'actionnaire Société 4 (...) lors de la cession – moyennant prime de contrôle – de sa participation conférant le contrôle exclusif de Société 5 à Société 6,

aux motifs que, s'agissant du droit des sociétés en général, l'« on ne saurait tirer du droit des sociétés - ce au-delà des dispositions spécifiques de la législation sur les sociétés commerciales qui traduisent le principe d'égalité des actionnaires dans des situations bien déterminées - aucun principe général égalitaire des actionnaires, à contours limités, qui puisse valoir droit positif et servir de fondement juridique aux prétentions des actuelles parties appelantes >> (arrêt, page 28) et que, s'agissant du droit financier en particulier, << La seule référence à diverses dispositions en matière financière, qu'elles aient trait au R.O.I., au Code de conduite européen, à la pratique administrative de la CBF, aux avis de la CSSF ou à la Proposition de 13^{ème} Directive – pour fournies qu'elles soient et quoiqu'elles utilisent, à chaque fois, le même concept – ne permet pas d'en faire un principe général de droit >> et que << la nécessité qu'il y a avait – en la matière – à faire intervenir le législateur, édictant des obligations précises à respecter par les intervenants sur le marché et définissant les modalités dans lesquelles le traitement égal des actionnaires doit être réalisé, témoigne à suffisance de l'inexistence d'un principe général d'égalité des actionnaires qui, juridiquement, se suffit à lui-même >> de sorte que, selon la Cour, << l'égalité de traitement des actionnaires ne fait pas partie du droit positif au titre de principe général de droit >> (arrêt, pages 42 et 43),

alors que, s'agissant du droit des sociétés en général, le principe d'égalité des actionnaires en constitue un principe fondamental unanimement reconnu comme tel, et dont les dispositions citées de la Directive 77/91 CEE et de la loi du 10 août 1915, ne constituent que des

applications spécifiques, et que par application de ce principe fondamental, les actionnaires doivent être traités sur un pied d'égalité tant dans leurs rapports avec la société comme telle que dans leurs rapports entre eux-mêmes et ce en particulier en cas de cession d'une participation de contrôle moyennant paiement, au cédant, d'une prime de contrôle ;

et alors que, s'agissant du droit financier en particulier, il résulte des textes cités au moyen, individuellement et dans leur ensemble, et de la répétition des références expresses à ce principe dans chacun des Actes communautaires cités, références dont l'arrêt entrepris reconnaît qu'elles sont <<fournies>> et qu'elles <<utilisent, à chaque fois, le même concept>>, en particulier à la lumière des dispositions précises de la Recommandation précitée du 25 juillet 1977 qui veut, en son Troisième Principe général, que dans le cas d'un transfert de droit ou de fait du contrôle d'une société, il soit tenu compte <<du droit de tous les actionnaires à être traités de la même manière>> et dont la Dix-septième disposition complémentaire constate qu'<<il est souhaitable que la possibilité de céder leurs titres à des conditions identiques soit offerte à tous les actionnaires de la société dont le contrôle a été transféré, sauf s'ils bénéficient par ailleurs d'une protection qui peut être considérée comme équivalente>>, que l'égalité du traitement fait au contraire partie du droit positif au titre de principe général du droit communautaire et de droit interne,

de sorte que, en statuant comme elle l'a fait, et en déniant aux demandeurs en cassation le droit de bénéficier d'un traitement égal à celui dont a bénéficié l'actionnaire SOCIÉTÉ 4 lors de la cession – moyennant une substantielle prime de contrôle – de sa participation conférant le contrôle exclusif de Société 5 à Société 6, la Cour a violé le principe général de droit communautaire et interne visé au moyen,

étant entendu que, pour statuer sur ce moyen, en tant qu'il est fondé sur des Actes des Institutions de la Communauté Européenne, la Cour de cassation sera tenue, aux termes de l'article 234 du Traité de l'Union Européenne – à moins qu'elle juge d'ores et déjà avec les demandeurs en cassation que le principe général invoqué est effectivement établi par la jurisprudence de la Cour résolvant le point de droit en cause, ou que l'application correcte du droit communautaire dans le sens du présent moyen de cassation s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable – de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes en vue de l'interprétation de ces Actes, à savoir des Directives et de la Recommandation précitées, notamment au moyen des questions préjudicielles suivantes :

1) Les références à l'égalité des actionnaires et plus spécifiquement à la protection des minoritaires

(i) dans la Deuxième Directive sociétés du 13 décembre 1976 77/91/CE, en ses articles 20 et 42 ;

(ii) dans la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, en son <<Troisième Principe général>> et en sa >>Dix-septième disposition complémentaire>> ;

(iii) dans la Directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs en son annexe schéma C, point 2) a) reprise dans la Directive consolidée du 28 mai 2001 ;

(iv) dans la Directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition en son article 3, paragraphe 1. sub a) à la lumière de son considérant (8)

procèdent-elles d'un principe général du droit communautaire et ce principe général est-il, comme tel, préexistant à la susdite Directive 2004/25/CE ?

2) Ce principe général du droit communautaire doit-il trouver application seulement dans les rapports entre une société et ses actionnaires ou, au contraire, s'impose-t-il également dans les rapports entre actionnaires majoritaires exerçant ou acquérant le contrôle d'une société et les actionnaires minoritaires de cette société ? »

Attendu que le moyen est énoncé avec la précision requise ;

Attendu que la méconnaissance d'un principe général reconnu par une juridiction supranationale peut donner lieu à cassation ;

Attendu que le moyen, dans la mesure où il fait grief à la décision attaquée d'avoir violé un principe général de droit communautaire qui en constitue une source non écrite, soulève une question d'interprétation de droit communautaire ;

Que de ce point de droit dépend l'issue du litige ;

Attendu qu'en l'occurrence, l'application correcte de ce droit ne s'impose pas avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question et qu'elle s'impose également à la Cour de Justice et aux juridictions des autres Etats membres ;

Que la question n'a pas encore fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ;

Attendu qu'il y a lieu en conséquence, avant tout autre progrès en cause, conformément à l'article 234 du Traité CE, à renvoi à titre préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes, pour y être statué sur les questions formulées au dispositif du présent arrêt :

Par ces motifs :

surseoit à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée à titre préjudiciel sur les questions suivantes :

1) les références à l'égalité des actionnaires et plus spécifiquement à la protection des minoritaires

(a) dans la deuxième directive « sociétés » 77/91/CEE du 13 décembre 1976 en ses articles 20 et 42

(b) dans la recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, en son « Troisième Principe général » et en sa « Dix-septième disposition complémentaire » ;

(c) dans la directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs en son annexe schéma C, point 2,a), reprise dans la directive consolidée du 28 mai 2001

(d) dans la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition en son article 3, paragraphe 1. sub a) à la lumière de son considérant (8)

procèdent-elles d'un principe général de droit communautaire ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, ce principe général de droit communautaire doit-il trouver application seulement dans les rapports entre une société et ses actionnaires ou, au contraire, s'impose-t-il également dans les rapports entre actionnaires majoritaires exerçant ou acquérant le contrôle d'une société et les actionnaires minoritaires de cette société, spécialement dans le cas d'une société dont les actions sont cotées à une bourse de valeurs ?

3) En cas de réponse affirmative aux deux questions précédentes, ce principe général de droit communautaire doit-il, au regard du développement dans le temps des références visées par la question 1), être considéré comme ayant existé et comme s'imposant dans les rapports entre actionnaires majoritaires et minoritaires dans le sens de la question 2), dès avant l'entrée en vigueur de la directive 2004/25 CE précitée et, en l'occurrence, dès avant les faits litigieux se situant au premier semestre de l'année 2001 ?

renvoie à ces fins à la Cour de justice des Communautés européennes ;

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le conseiller-président Jean JENTGEN, en présence de Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.