

Arrêt référé

Audience publique extraordinaire du 31 décembre deux mille deux

Numéro 27302 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, premier conseiller, président;
Marie-Anne STEFFEN, conseiller;
Lotty PRUSSEN, conseiller;
Marie-Paule KURT, greffier.

E n t r e :

1. l'association sans but lucratif INVESTAS, Association Luxembourgeoise des Actionnaires Privés, A.s.b.l., établie et ayant son siège social à L-7214 Béréldange, 19, rue Bellevue, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 2 décembre 2002,

comparant par Maître Dean SPIELMANN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. A), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...),

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

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

5. **D)**, ingénieur diplômé, demeurant à L-(...),

6. **Docteur E)**), médecin dentiste, demeurant à L-(...),

7. **la société anonyme LE FOYER**, compagnie luxembourgeoise d'assurances, établie et ayant son siège social à L-1246 Luxembourg, 6, rue Albert Borschette, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

8. **DEXIA LUXPART**, Société d'Investissement à Capital Variable, établie et ayant son siège social à L-1470 Luxembourg, 69, route d'Esch, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

9. **LUXPRIVILEGE**, Société d'Investissement à Capital Variable, établie et ayant son siège social à Luxembourg, 19-21, bd Prince Henri, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

10. **LUXAVANTAGE**, Société d'Investissement à Capital Variable, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 1-2, Place de Metz, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

11. **la société anonyme AUDIOLUX**, établie et ayant son siège social à L-1246 Luxembourg, 6, rue Albert Borschette, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

12. **la société anonyme BGL Investment Partners**, établie et ayant son siège social à L-2955 Luxembourg, 50, avenue J.F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

13. **F)**, docteur en droit, demeurant à (...),

14. **G)**, employé privé, demeurant à L-(...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 2 décembre 2002,

comparant par Maître André ELVINGER, avocat à la Cour, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

15. **GENERALPART**, Société d'Investissement à Capital Variable, établie et ayant son siège social à L-2951 Luxembourg, 14, rue Aldringen, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 2 décembre 2002,

comparant par Maître Jean WAGENER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence de :

16. KB LUX Luxinvest SICAV, Société d'Investissement à Capital Variable, établie et ayant son siège social à Luxembourg, 11, rue Aldringen, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intervenante volontaire aux termes du prédit exploit STEFFEN du 2 décembre 2002,

comparant par Maître André ELVINGER, avocat à la Cour, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

et :

1. la société anonyme RTL Group, établie et ayant son siège social à Luxembourg, 45, bd. Pierre Frieden, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2. H), administrateur de sociétés, directeur général de RTL Group,

3. I), administrateur de sociétés,

4. J), administrateur de sociétés,

5. K), administrateur de sociétés, Président du conseil d'administration de RTL Group,

6. L), administrateur de sociétés,

7. M), administrateur de sociétés,

8. N), administrateur de sociétés,

9. O), administrateur de sociétés,

10. P), administrateur de sociétés,

11. Q), administrateur de sociétés,

12. R), administrateur de sociétés,

intimés aux fins du susdit exploit STEFFEN du 2 décembre 2002,

comparant par Maître Jacques LOESCH, avocat à la Cour, assisté de Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg ;

13. BERTELSMANN A.G., société anonyme de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-33311 Gütersloh, Carl-Bertelsmann-Strasse 270, Postfach 111,

intimée aux fins du susdit exploit STEFFEN du 2 décembre 2002,

comparant par Maître Guy HARLES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Saisi par l'association luxembourgeoise des actionnaires privés, A), B), C), D), E), Le Foyer, Dexia Luxpart, Luxprivilège, Luxavantage, Audiolux, BGL Investment Partners, F), G) et Generalpart d'une action dirigée contre la société RTL Group, ses onze administrateurs et la société Bertelsmann, ayant pour objet d'interdire aux assignés de mettre en œuvre la décision prise par RTL Group de retirer son titre de la cote de la Bourse de Londres, le juge des référés a, par ordonnance du 25 octobre 2002, dit la demande irrecevable, tout en mettant hors cause les assignés sub 2) à 12).

Par exploit d'huissier du 2 décembre 2002, les quinze demandeurs originaires ont régulièrement relevé appel de la prédite ordonnance, non signifiée.

La société KB Lux Luxinvest Sicav, qui n'était pas partie au litige en première instance, déclare intervenir volontairement en instance d'appel, ayant un intérêt à l'issue du litige en raison du fait qu'elle a dans son portefeuille des actions de la société RTL Group.

Les intimés se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité de cette intervention.

Même si elle n'intervient qu'en instance d'appel, cette intervention, régulière quant à la forme, est recevable, la société KB Lux Luxinvest Sicav ayant un intérêt manifeste à ce que l'arrêt à intervenir lui soit déclaré commun. Cette intervention ne lèse par ailleurs pas les droits de défense des intimés, l'intervenante se ralliant aux conclusions des appelants.

Les intimés contestent d'emblée l'intérêt d'agir des appelants, au motif que le retrait de la bourse de Londres des titres RTL Group ne réduirait en rien la liquidité de ceux-ci. Ils ajoutent que les mesures sollicitées du juge des référés ne sauraient en aucun cas améliorer la situation des appelants qui invoquent des droits qu'ils n'ont pas.

Le moyen est à rejeter par adoption des motifs du premier juge.

Pour ce qui est des faits qui sont à l'origine du présent litige, la Cour renvoie à l'ordonnance entreprise et aux notes de plaidoiries versées de part et d'autre.

La Cour rappelle que la demande soumise à son appréciation est basée sur les articles 933 alinéa 1^{er} et 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile. Il s'agit d'examiner la demande sur ces seules bases.

D) Article 933 alinéa 1^{er}

Les appelants reprochent en premier lieu au juge de ne pas avoir admis l'existence d'un dommage imminent, exposant que le retrait de la cote de la bourse londonienne réduirait la liquidité du titre RTL Group avec un effet très dépressif sur son cours et empêcherait le marché de fonctionner tant soit peu normalement. Ce retrait empêcherait en outre l'inclusion du titre dans le FTSE UK qui permettrait son achat en grandes quantités par des investisseurs institutionnels. Le retrait priverait les actionnaires minoritaires de la protection que confère l'existence d'un "primary listing". Ils ajoutent que depuis l'annonce publique du retrait, le volume des ventes aurait considérablement augmenté, les actionnaires minoritaires ne voyant pas d'autre solution que de vendre à un cours totalement déprimé. La situation serait similaire pour les investisseurs institutionnels qui en l'absence d'une cotation à une bourse de renom international devraient liquider leurs titres RTL. Le retrait annoncé de la bourse de Londres ne profiterait qu'au seul actionnaire majoritaire soucieux de se débarrasser des actionnaires minoritaires.

Ils exposent d'autre part que le faible volume des opérations à Londres serait sans incidence sur les arguments ci-dessus développés.

Ils concluent à la réformation de l'ordonnance, compte tenu de l'existence d'un péril imminent.

Les intimés résistent au moyen en exposant que le volume des titres RTL traités à la bourse de Londres était très faible, comparé à Bruxelles, de sorte qu'il était dans l'intérêt évident de la société et de tous ses actionnaires de mettre fin à une cotation, qui n'ajoutait rien à la liquidité des titres, mais lui imposait des charges appréciables. Ils contestent que les appelants se seraient vus acculés à la vente de leurs titres suite à l'annonce publique du 3 septembre 2002. Ils contestent toute possibilité de dommage dans le chef des appelants, qui pourront continuer à négocier leurs titres RTL à Bruxelles et à Luxembourg.

La doctrine définit le dommage imminent comme étant la voie de fait qui est sur le point de se produire et qu'il faut prévenir par des mesures appropriées. On ne conçoit donc pas que l'exercice régulier d'un droit puisse autoriser le recours à l'article 933 alinéa 1^{er} pour saisir le juge des référés.

Il ressort de la pièce no. 16 versée par les appelants que le conseil d'administration de la société RTL Group a décidé le 3 septembre 2002 de solliciter des autorités boursières de Londres le retrait de ses titres. Cette décision est intervenue en raison du faible volume des transactions des titres RTL à la bourse de Londres. Elle fut prise par l'organe responsable de l'administration et de la surveillance de la société RTL Group et présente pour le moins une apparence de régularité et de légitimité.

Pour ce qui est du pacte d'actionnaires invoqué par les appelants, il ressort du chapitre VIII de ce pacte que dans le cas où la participation directe ou indirecte de Pearson dans la société Audiofina tombe en-dessous de 15%, l'obligation de maintenir une cotation à la bourse de Londres cesse. Il est acquis en cause que Pearson a vendu tous ses titres Audiofina en décembre 2001. Dans les conditions données, la décision de faire cesser la cotation à Londres ne paraît pas illicite.

Il ressort d'autre part des tableaux récapitulatifs versés que le volume des opérations réalisées à la bourse de Londres était très faible pour ne pas dire insignifiant au cours de l'exercice 2002 comparé aux volumes réalisés aux bourses de Bruxelles et de Luxembourg de sorte que le retrait annoncé n'apparaît pas comme une mesure arbitraire susceptible de causer à la société un dommage certain.

Les appelants sont en défaut de rapporter la preuve d'un dommage imminent que pourrait entraîner la mesure du retrait annoncé de sorte que c'est à raison que le premier juge a déclaré la demande irrecevable sur cette base.

Les appelants invoquent en second lieu dans le chef de la société une voie de fait, consistant dans son comportement qui serait manifestement incompatible avec l'engagement pris auparavant, à savoir celui de faire tous les efforts afin de maintenir la cotation à la bourse de Londres.

Le trouble manifestement illicite est défini par la doctrine comme étant la voie de fait qui s'est déjà réalisée, à laquelle il est demandé au juge des référés de mettre fin, du moins provisoirement. La constatation du trouble suppose que soient établies à la fois l'existence d'un acte qui ne s'inscrit manifestement pas dans le cadre des droits légitimes de son auteur et celle d'une atteinte dommageable aux droits ou intérêts légitimes du demandeur.

Il vient d'être exposé ci-dessus que la décision du retrait de la bourse de Londres fut prise par l'organe chargé de l'administration et de la surveillance de la société RTL Group, décision qui n'est pas de prime abord contraire au pacte des actionnaires de sorte que c'est encore à raison, par une motivation que la Cour adopte, que le juge a rejeté la demande sur cette base.

II) Article 932 alinéa 1^{er}.

Les appelants reprochent au juge de ne pas avoir statué sur le second cas d'ouverture d'un recours en référé, à savoir l'existence d'un différend. Le différend justifiant la mesure conservatoire sollicitée consisterait dans leur droit, dénié par les intimés, de maintenir la cotation du titre RTL à la bourse de Londres. Cette mesure s'imposerait d'autant plus que c'est la société elle-même qui a pris l'initiative de retirer son titre de la bourse de Londres, comportement qui va à l'encontre de son engagement préalable de déployer tous les efforts afin de maintenir cette cotation. La mesure sollicitée assurerait l'égalité entre tous les actionnaires, aussi les minoritaires, sans comporter rien de définitif ou d'irréversible et sans léser les intérêts de la société.

Les intimés contestent l'existence d'un différend au sens de la loi ; pour réussir sur cette base, les appelants devraient prouver l'existence d'un droit ou la vraisemblance d'un droit. A supposer qu'il en existe un, il ne saurait justifier la mesure sollicitée.

Le texte de loi vise l'hypothèse où une contestation sérieuse constitue la cause du référé : loin de faire obstacle au référé, elle le provoque et en constitue la justification. Il faut toutefois que la mesure sollicitée soit justifiée par le différend. Elle doit être proportionnée au sérieux des moyens invoqués par le demandeur pour mettre en cause la situation qu'il impute à son adversaire et à la gravité du risque que recèle en elle-même la situation litigieuse et auquel le demandeur serait exposé si le juge n'intervenait pas. Plus la difficulté est sérieuse, plus l'intervention du juge des référés est justifiée.

L'urgence est donnée en l'espèce. En effet la décision prise par les administrateurs de la société doit sortir ses effets le 1^{er} janvier 2003.

Il existe de même un différend entre les parties au litige quant au retrait de la cotation de la bourse de Londres. Pour ce qui est de la justification de l'intervention du juge des référés, il a été exposé ci-dessus que la décision du retrait de la cotation fut prise dans des conditions régulières par l'organe d'administration et de surveillance de la société RTL Group, étant acquis en cause que les titres de la société resteront cotés, comme par le passé, aux bourses de Bruxelles et de Luxembourg, où le volume des transactions est élevé. Il ne ressort d'autre part d'aucun élément de la cause que ce retrait aura des répercussions sur la liquidité du titre RTL ou de priver les actionnaires minoritaires d'une gestion plus transparente et indépendante ; il est en effet un fait que Bertelsmann détient depuis un an 90% des titres de la société RTL Group et même le maintien de la cotation à Londres avec augmentation du "free float" de 10 à 15% n'empêcherait pas cet actionnaire largement majoritaire d'influencer la stratégie de la société à sa guise. A cela s'ajoute que le cours des titres de toutes les sociétés cotées n'importe où dans le monde a baissé depuis un an, tendance à laquelle le titre RTL n'a pas échappé. En outre, le cours du titre RTL n'a pas subi de baisse sensible depuis l'annonce du retrait. Il suit de ces développements que les risques allégués par les appelants ne sont pas établis de sorte que l'intervention du juge des référés n'est pas justifiée.

Reste l'autre cas d'ouverture d'un recours au juge des référés, à savoir l'absence de contestation sérieuse.

Les appelants insistent une fois de plus sur les engagements pris au courant de l'an 2000 par les actionnaires Audiofina, CLT-UFA et Pearson Television et publiés dans le prospectus d'admission à la bourse de Londres, et sur ceux pris à l'égard du gouvernement luxembourgeois pour solliciter l'intervention du juge des référés.

Les intimés donnent à considérer qu'en faisant droit à la demande des appelants, le juge des référés s'immiscerait dans la gestion de la société

RTL Group et se substituerait à ses organes. En sollicitant une mesure provisoire qui durerait jusqu'au jugement à rendre au fond, le juge des référés accorderait une mesure illimitée dans le temps.

La Cour rappelle que la décision du retrait fut prise par le conseil d'administration de la société RTL Group en vertu des pouvoirs qu'il tire de l'article 53 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. En outre, la cotation à la bourse de Londres fut sollicitée par les sociétés Audiofina, CLT-UFA et Pearson Television. Le groupe Pearson n'est plus actionnaire de RTL-Group et l'engagement des actionnaires prévoyait bien la possibilité d'un retrait de la bourse de Londres pour le cas où la participation de Pearson dans Audiofina allait tomber en-dessous de 15%. Les parties signataires de l'engagement de l'an 2000 ne sont plus actionnaires de RTL Group. Le juge des référés ne saurait sous peine d'excéder ses pouvoirs dire que cet engagement peut actuellement être invoqué par des tiers.

Dans les conditions données, les contestations soulevées sont sérieuses de sorte que la demande laisse aussi d'être fondée sur sa base subsidiaire. L'ordonnance entreprise est donc à confirmer.

Les appelants reprochent finalement au juge d'avoir mis hors cause les administrateurs de la société RTL Group, assignés sub 2) à 12). L'administrateur étant un mandataire à l'égard de la société, il ne contracte aucune obligation personnelle relativement aux engagements contractuels ou quasi-contractuels de la société. Il est cependant responsable des fautes qu'il commet et sa responsabilité est aggravée dans les cas où sa faute constitue une infraction à la loi sur les sociétés ou aux statuts de la société. Les appelants n'ont pas établi en quoi la décision du retrait de la cotation à la bourse de Londres constituerait une faute dans le chef des administrateurs de sorte que c'est à raison qu'ils furent mis hors cause.

Il échet, à la demande des intimés sub 2) à 12) d'ordonner également leur mise hors cause dans l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme ;

donne acte à la société KB Lux Luxinvest Sicav de son intervention volontaire dans l'instance d'appel ;

met hors cause les intimés sub 2) à 12) ;

dit l'appel non fondé ;

confirme l'ordonnance du 25 octobre 2002 ;

condamne les appelants sub 1) à 15) et l'intervenant volontaire sub 16) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience extraordinaire par Monsieur le premier conseiller, président Julien LUCAS, en présence de la greffière Marie-Paule KURT.