
Jugement civil no 165/2003 (8e chambre)

Audience publique du mardi, huit juillet deux mille trois

Numéros du rôle : 70.846 et 79.679 (jonction)

Composition:

Jean-Paul HOFFMANN, vice-président,
Michèle RAUS, premier juge,
Danielle POLETTI, juge,
Albert MANGEN, premier substitut du Procureur
d'Etat, Chantal KRYSATIS, greffier assumé.

I.

E N T R E :

- 1) la société anonyme **SOC1.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 2) la société anonyme **SOC2.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant et représentée par son conseil d'administration en fonctions,
- 3) **A.**, employé privé, demeurant à L-(...), (...),
- 4) **B.**, docteur en droit, demeurant à (...), (...),

demandeurs aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL d'Esch-sur-Alzette du 21 juin 2001,

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

- 5) la société anonyme **SOC3.)**, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
- 6) la société anonyme **SOC4.)** SICAV, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 7) la société anonyme **SOC5.)**, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à (...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
- 8) la société anonyme **SOC6.)**, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à (...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 9) la société anonyme **ASS1.)**, compagnie luxembourgeoise d'assurances, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 10) **C.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),
- 11) **D.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),
- 12) **E.)**, administrateur de sociétés, demeurant L-(...), (...),
- 13) **F.)**, ingénieur diplômé, demeurant à L-(...), (...),
- 14) **G.)**, médecin-dentiste, demeurant à L-(...), (...), **intervenant volontairement** par requête en intervention du 13 décembre 2002, comparant par Maître André ELVINGER, avocat, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocat, les deux demeurant Luxembourg,
- 15) l'association sans but lucratif **ASBL1.)**, Association Luxembourgeoise des Actionnaires Privés, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intervenant volontairement par requête en intervention du 4 février 2002, comparant par Maître Dean SPIELMANN, avocat, demeurant à Luxembourg,

16) la société anonyme **SOC7.**), société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, **intervenant volontairement** par requête en intervention du 20 janvier 2003, comparant par Maître Jean WAGENER, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T :

- 1) la société anonyme de droit belge **SOC8.**), établie et ayant son siège social à B-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 2) **H.**), administrateur de sociétés, demeurant à (...), (...), Canada,
- 3) **I.**), administrateur de sociétés, demeurant à B-(...), (...),
- 4) **J.**), administrateur de sociétés, demeurant à B-(...), (...), **défendeurs** aux fins du prêt exploit SCHAAL, comparant par Maître Jacques LOESCH, avocat, assisté de Maître Guy LOESCH, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,
- 5) la société par actions de droit allemand **SOC9.**) AG, établie et ayant son siège social à D-(...), (...), Postfach (...),
- 6) **K.**), administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.**), demeurant en Allemagne,
- 7) **L.**), administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.**), demeurant en Allemagne, **défendeurs** aux fins du prêt exploit SCHAAL, comparant par Maître Guy HARLES, avocat, demeurant à Luxembourg,
- 8) la société anonyme **SOC10.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, **défenderesse** aux fins du prédit exploit SCHAAL, comparant par Maître Georges Baden, avocat, demeurant à Luxembourg

II.

ENTRE :

- 1) la société anonyme **SOC1.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 2) la société anonyme **SOC2.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant et représentée par son conseil d'administration en fonctions,
- 3) **A.**), employé privé, demeurant à L-(...), (...),
- 4) **B.**), docteur en droit, demeurant à (...), (...), **demandeurs** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-surAlzette du 23 janvier 2003,

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

- 5) la société anonyme **SOC3.**), société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
- 6) la société anonyme **SOC4.**), société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 7) la société anonyme **SOC5.**), société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à (...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

- 8) la société anonyme **SOC6.**), société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à (...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 9) la société anonyme **ASS1.**), compagnie luxembourgeoise d'assurances, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 10) **C.**), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),
- 11) **D.**), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),
- 12) **E.**), administrateur de sociétés, demeurant L-(...), (...),
- 13) **F.**), ingénieur diplômé, demeurant à L-(...), (...),
- 14) **G.**), médecin-dentiste, demeurant à L-(...), (...),

demandeurs aux termes du prêt exploit STEFFEN,

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

- 15) l'association sans but lucratif **ASBL1.**), Association Luxembourgeoise des Actionnaires Privés, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, **demanderesse** aux termes du prêt exploit STEFFEN, comparant par Maître Dean SPIELMANN, avocat, demeurant à Luxembourg,
- 16) la société anonyme **SOC7.**), société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, **demanderesse** aux termes du prêt exploit STEFFEN, comparant par Maître Jean WAGENER, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T :

- 1) la société anonyme de droit belge **SOC8.**), établie et ayant son siège social à B-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 2) **H.**), administrateur de sociétés, demeurant à (...), (...), Canada,
- 3) **I.**), administrateur de sociétés, demeurant à B-(...), (...),
- 4) **J.**), administrateur de sociétés, demeurant à B-(...), (...),

défendeurs aux fins du crédit exploit STEFFEN,

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

- 5) la société par actions de droit allemand **SOC9.)** AG, établie et ayant son siège social à D-(...), (...),
- 6) **K.**), administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**, demeurant en Allemagne,
- 7) **L.**), administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**, demeurant en Allemagne, **défendeurs** aux fins du crédit exploit STEFFEN, comparant par Maître Guy HARLES, avocat, demeurant à Luxembourg,
- 8) la société anonyme **SOC10.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, **défenderesse** aux fins du crédit exploit STEFFEN,

comparant par Maître Georges Baden, avocat, demeurant à Luxembourg.

—

LE TRIBUNAL

Où la société anonyme **SOC1.)**, la société anonyme **SOC2.)**, **A.)**, **B.)**, la société anonyme **SOC3.)**, la société anonyme **SOC4.)**, la société anonyme **SOC5.)**, la société anonyme **SOC6.)**, la société anonyme **ASS1.)**, **C.)**, **D.)**, **E.)**, **F.)** et **G.)** par l'organe de leurs mandataires Maître André ELVINGER et Maître Marc ELVINGER, avocats concluants, assistés de Maître Henri-Paul LEMAÎTRE, avocat, inscrit au barreau de Bruxelles.

Où l'asbl **ASBL1.)** par l'organe de son mandataire Maître Dean SPIELMANN, avocat concluant.

Où la société anonyme **SOC7.)** par l'organe de son mandataire Maître Jean WAGENER, avocat concluant, assisté de Maître Marie-Paule KETTENMEYER, avocat.

Où la société anonyme de droit belge **SOC8.)**, **H.)**, **I.)** et **J.)** par l'organe de leur mandataire Maître Jacques LOESCH, avocat concluant, assisté de Maître Pierre VAN OMMESLAGHE, avocat, inscrit au barreau de Bruxelles.

Où la société par actions de droit allemand **SOC9.)** AG, **K.)** et **L.)** par l'organe de leur mandataire Maître Guy HARLES, avocat concluant.

Où la société anonyme **SOC10.)** par l'organe de son mandataire Maître Georges BADEN, avocat concluant.

Vu l'ordonnance de clôture du 11 mars 2003.

Le juge rapporteur entendu en son rapport oral à l'audience du 5 mai 2003.

Le représentant du Ministère public, Monsieur Daniel LINDEN, entendu en ses conclusions à l'audience du 5 mai 2003.

Les faits

SOC10.) (ci-après « **SOC10.)** ») est une société anonyme de droit luxembourgeois, cotée à la Bourse de Luxembourg.

SOC8.) (ci-après « **SOC8.)** ») est une société anonyme de droit belge cotée à la Bourse de Bruxelles.

SOC9.) AG (ci-après « **SOC9.)** ») est une société par actions de droit allemand.

SOC1.) S.A. (ci-après « **SOC1.)** »), **SOC2.)** (ci-après « **SOC2.)** »),

A.), B.), SOC3.), SOC4.), SICAV, SOC5.), SOC6.), ASS1.) S.A., C.), D.), E.), F.), G.) et SOC7.) (ciaprès « les minoritaires » ou « les petits actionnaires ») détiennent des participations dans SOC10.) d'un total qui est actuellement inférieur à 10%.

ASBL1.) est une association sans but lucratif dont l'objet social est, entre autres, de défendre les intérêts des détenteurs de valeurs mobilières et de soutenir et diriger toute action en justice dans l'intérêt de certaines catégories de détenteurs, prendre toute mesure ou exercer toute action en justice qu'elle estime utile à la défense des intérêts qui lui sont confiés. Un nombre important des membres de ASBL1.) sont actionnaires de SOC10.).

H.), I.), J.), K.) et L.) sont des administrateurs de SOC10.), les trois premiers étant également administrateurs de SOC8.) et les deux derniers étant en outre administrateurs de SOC9.).

Les participations dans ce qui est devenu SOC10.) ont fait l'objet de plusieurs modifications profondes entre juillet 2000 et mars 2002.

Elles sont illustrées par quatre schémas simplifiés remis par les parties demanderesses et non contestés par les parties défenderesses.

(...)(...)

(...)

(...)

L'opération qui fait l'objet de la présente instance judiciaire est celle par laquelle la structure est passée du schéma 2 au schéma 3.

Elle a été initiée le 4 février 2001 par un « Memorandum of Understanding », annoncée dans la presse le 5 février 2001 et réalisée entre le 29 mai 2001 et le 2 juillet 2001 par une construction juridique complexe, aux termes de laquelle SOC8.) est convenue avec SOC9.) d'échanger sa participation de 30% dans SOC10.) contre un intérêt de 25,1% dans SOC9.).

D'après les indications de SOC8.), l'opération a été réalisée techniquement comme suit :

a. Le 29 mai 2001 SOC8.) constituait une Sàrl de droit allemand appelée SOC8.) Verwaltungsgesellschaft mbH. A la même date SOC8.) faisait apport à cette société de 41.651.531 de titres SOC10.) et d'un montant de EUR 83 millions en espèces.

- b. Le même 29 mai 2001 **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH achetait une Sarl de droit allemand appelée **SOC11.)** Verwaltungsgesellschaft mbH. Cette société, créée en 2000, était une "coquille vide".
- c. Le même 29 mai 2001 **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH faisait apport à **SOC11.)** Verwaltungsgesellschaft mbH de 41.646.531 titres **SOC10.)** (5.000 titres **SOC10.)** étant conservés par **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH) et de EUR 83 millions en espèces. Ce montant en espèces ainsi reçu par **SOC11.)** Verwaltungsgesellschaft mbH lui permettait d'acheter au groupe **SOC8.)** 200.000 titres **SOC10.)** ainsi que des options donnant droit à 4.393.494 titres **SOC10.)**.
- d. Le 29 juin 2001 **SOC8.)** faisait apport à **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH d'un montant en espèces de EUR 232,6 millions.
- e. Le même 29 juin 2001 **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH faisait apport à **SOC11.)** Verwaltungsgesellschaft mbH d'un montant en espèces de EUR 232,6 millions pour lui permettre d'exercer les options sur 4.393.494 actions de **SOC10.)**.
- f. Le 2 juillet 2001 **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH faisait apport à titre de fusion à **SOC9.)** de la totalité des parts de **SOC11.)** Verwaltungsgesellschaft mbH contre des actions **SOC9.)** représentant une participation de 25,1% dans le capital de **SOC9.)**, dont 0,1% sans droit de vote. **SOC8.)** Verwaltungsgesellschaft mbH détient en conséquence les actions **SOC9.)** en question ainsi que 5.000 titres **SOC10.)** qu'elle conservait pour ne pas les avoir apportés à **SOC11.)** Verwaltungsgesellschaft mbH lors de l'apport dont question sub c.
- g. Ces transferts successifs de titres **SOC10.)** furent enregistrés dans le registre d'actionnaires de **SOC10.)**. Le transfert résultant de l'apport dont question sub f. était enregistré au nom de **SOC9.)** le 6 juillet 2001, date à laquelle l'apport à titre de fusion fait le 2 juillet 2001 et dont question sub f. prenait effet à la suite de son enregistrement au "Handelsregister" allemand. Le même jour **SOC10.)** émettait au nom de **SOC9.)** un certificat d'inscription de titres nominatifs portant sur 41.846.531 titres.
- h. L'ensemble de cette opération comportait par ailleurs une série de droits et obligations spécifiques qui forment un tout indissociable avec les apports et acquisitions mentionnés ci-dessus et notamment : les modalités de l'exercice par **SOC8.)** du droit de vote et la mise en bourse de **SOC9.)**.

Les parties sont d'accord que le résultat de toute l'opération consiste en une augmentation de la participation de **SOC9.)** dans **SOC10.)** de 37% à 67%, correspondant à une majorité qualifiée.

Le 14 mars 2001, **SOC10.)**, **SOC9.)**, **SOC8.)** et **SOC12.)** S.A. ont informé le Premier Ministre luxembourgeois de leur intention et lui ont demandé de leur confirmer, conformément aux dispositions du Protocole d'Accord intervenu le 25 juillet 2000 entre le Gouvernement luxembourgeois, **SOC8.)**, **SOC9.)** et **SOC10.)** et à l'article 2.2 du Cahier des Charges général du 4 août 2000, que cette cession d'actions dans **SOC10.)** par **SOC8.)** à **SOC9.)** recueille son approbation.

Le 23 mai 2001, le Premier Ministre a confirmé l'accord du Gouvernement luxembourgeois à l'opération projetée.

Le 3 avril 2001, la Commission des Communautés européennes a reçu notification de la prise de contrôle par **SOC9.)** de **SOC10.)**, conformément à l'article 4 du Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89.

Par sa décision (portant la référence SG (2001) D/288514) du 11 mai 2001, la Commission a décidé de ne pas s'opposer à l'opération notifiée.

Le 1er juin 2001, **SOC8.)** a remis à la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après « CSSF »), conformément à la loi du 4 décembre 1992 sur les informations à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société luxembourgeoise cotée en bourse, une déclaration de participation relative à **SOC10.)** suite à la restructuration de la participation dans **SOC10.)** à l'intérieur du groupe **SOC8.)** en vue du transfert de cette participation à **SOC9.)** au mois de juillet.

Les parties demanderesses estiment que l'opération, qui a permis à **SOC9.)** de prendre le contrôle de **SOC10.)**, porte gravement atteinte au droit à l'égalité de traitement des actionnaires minoritaires de **SOC10.)**, tant en leur qualité d'actionnaires de cette société anonyme qu'en leur qualité de porteur d'actions cotées en Bourse notamment de Luxembourg, et, en particulier, aux droits des requérantes en ces deux qualités.

L'opération, fautive à ces deux titres, causerait aux actionnaires minoritaires de **SOC10.)**, et en particulier à **SOC1.)** et à **SOC2.)**, un préjudice d'ores et déjà certain en son principe et en son étendue en ce qu'elle réserverait à la seule **SOC8.)** le bénéfice d'une prime de contrôle payée par **SOC9.)** trouvant sa justification et son origine dans la valeur intrinsèque de **SOC10.)** et qui aurait par conséquent dû bénéficier à tous ses actionnaires sans exception, mais dont seraient exclus, moyennant l'opération prédécrite, les actionnaires minoritaires.

Le préjudice causé aux actionnaires minoritaires se trouverait aggravé par le fait que la prise de contrôle de **SOC9.)** sur **SOC10.)** se concrétiserait par la majorité absolue du capital, suffisante pour prendre en assemblée générale ordinaire ou extraordinaire toute décision affectant le sort, voire l'existence de la société, un seul actionnaire minoritaire, mais important, à savoir **SOC13.) Group**, ayant, selon toutes les informations disponibles, conclu ses propres arrangements avec les anciens actionnaires majoritaires **SOC8.)** et **SOC9.)**.

SOC9.) obtiendrait en même temps le contrôle des mouvements de bourse et, de surcroît, à la suite de son contrôle total et exclusif, n'aurait à terme plus d'intérêt au maintien en bourse des actions de **SOC10.)**. Il résulterait en effet d'ores et déjà du communiqué de **SOC8.)** et **SOC9.)** que **SOC8.)** aurait le droit de demander la mise en bourse des actions de **SOC9.)** au plus tard fin 2006 et qu'en attendant cette cotation, **SOC8.)** aurait droit à un dividende annuel privilégié sur sa participation, privilège de nature à avancer la cotation en bourse de **SOC9.)**. A brève ou moyenne échéance, il en résulterait le retrait de la cote de **SOC10.)**, à moins que la cotation de celle-ci reste maintenue comme façade sans intérêt réel aucun pour les actionnaires minoritaires.

Au cours de l'instruction de l'affaire, les demandeurs ajoutent que leurs pires craintes se seraient réalisées puisque **SOC9.)** aurait acquis les 22% du groupe **SOC13.)**, portant sa participation dans **SOC10.)** de 67% à 89% (schéma 4). Par ailleurs, **SOC9.)** aurait progressivement réduit le free-float du titre **SOC10.)** et aurait fait retirer le titre de la cote de la Bourse de Londres.

La procédure

La demande principale

Par exploits d'huissier de justice des 21 et 22 juin 2001,

- 1) la société anonyme **SOC1.)** S.A. (ci-après « **SOC1.)** »),
- 2) la société anonyme **SOC2.)** (ci-après « **SOC2.)** »),
- 3) **A.)** et
- 4) **B.)** ont fait donner assignation à :

- 1) la société anonyme de droit belge **SOC8.)** (ciaprès « **SOC8.)** »),
- 2) la société par actions de droit allemand **SOC9.)** AG (ci-après « **SOC9.)** »),
- 3) la société anonyme **SOC10.)** (ci-après « **SOC10.)** »),
- 4) **H.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**,
- 5) **I.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**,

- 6) **J.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**,
- 7) **K.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)** et
- 8) **L.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)** à comparaître devant le tribunal de ce siège pour :

« voir annuler la ou les conventions intervenues entre **SOC8.)** et **SOC9.)** aux termes desquelles **SOC8.)** a cédé sa participation de 30% dans le capital de **SOC10.)** à **SOC9.)** en échange de 25% du capital de **SOC9.)** ;

voir dire que **SOC10.)** et ses administrateurs auront à s'abstenir d'inscrire le transfert de la dite participation de **SOC8.)** à **SOC9.)** dans le registre des actionnaires de **SOC10.)**, d'émettre des certificats d'actions nominatives représentant les actions constituant la participation cédée, d'émettre, sur demande de conversion éventuelle des actions ou certificats d'actions au porteur représentatifs de ces actions et, plus généralement, de satisfaire tous droits attachés à ces actions ;

en attendant qu'il soit pleinement satisfait à cette demande, voir nommer un séquestre ayant pour mission de conserver toutes actions, titres ou certificats représentatifs de ces actions ; en ordre subsidiaire :

voir dire que **SOC8.)**, **SOC9.)** et les administrateurs de **SOC10.)** assignés sub 4) à 8) sont solidairement responsables du préjudice subi par les demandeurs par la cession par **SOC8.)** de sa participation à **SOC9.)** et de l'institution de ce fait du contrôle exclusif de **SOC10.)** par **SOC9.)** ;

dire qu'ils auront à réparer ce préjudice en prenant toute mesure de manière à permettre aux demandeurs d'échanger les actions détenues par eux dans **SOC10.)** contre des actions de **SOC9.)** au même taux d'échange que celui réservé à **SOC8.)**, à savoir sur la base du coefficient d'échange de 0,8367, sinon en rachetant les actions de **SOC10.)** détenues respectivement par **SOC1.)** et par **SOC2.)** au prix de EUR 270 par action ;

sinon condamner les assignés solidairement à payer à **SOC1.)** le montant de EUR 349.989.120.-, à **SOC2.)** le montant de EUR 151.686.000.-, à **A.)** le montant de EUR 536.392.- et à **B.)** le montant de EUR 1.392.300.avec les intérêts légaux à partir de la demande. »

Cette demande a été inscrite sous le numéro 70846 du rôle.

Les parties défenderesses se rapportent à prudence de justice pour ce qui est de la recevabilité en la pure forme.

Dans des conclusions notifiées le 9 décembre 2002, **SOC10.)** soulève l'irrecevabilité de la demande en dommages intérêts formée à son encontre pour *obscurum libellum*.

Aux termes de l'article 264, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile, « toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions d'incompétence » .

Dans ses conclusions du 9 juillet 2002, **SOC10.)** demande acte qu'aucune partie n'a indiqué faire valoir une demande de condamnation à dommages et intérêts contre elle et voir constater qu'aucune telle demande de dommages et intérêts contre **SOC10.)** ne serait pendante devant le tribunal.

Dans ses conclusions du 9 décembre 2002, **SOC10.)** conclut avoir pensé pouvoir admettre que la demande de condamnation solidaire à des dommages et intérêts contre **SOC10.)** serait le résultat d'une erreur commise par les parties demanderesses. Ces parties n'auraient d'ailleurs jamais précisé leur point de vue sauf à maintenir leur demande contre les parties défenderesses à titre solidaire et sans distinction.

Dans ces conditions, il faudrait constater que la demande en dommages et intérêts ne serait pas précisée et étayée quant au régime de responsabilité contractuelle ou délictuelle invoquée, que la faute de **SOC10.)** ne serait pas précisée, pas plus d'ailleurs que la relation causale entre une telle faute hypothétique et un dommage tout aussi hypothétique. Il y aurait donc lieu de rejeter la demande pour *obscurum libellum*.

Etant donné que cette défenderesse n'a pas conclu quant au fond, la nullité tirée du libellé obscur n'est pas couverte en application de l'article 264 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile et doit par conséquent être examinée.

Aux termes de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, l'exploit d'ajournement contiendra l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens, le tout à peine de nullité.

La partie assignée doit, pour préparer sa réponse, savoir de façon précise ce qu'on lui demande et sur quelle qualité, quel titre, quels motifs le demandeur se fonde. L'objet de la demande doit toujours être énoncé de façon claire et complète, à la différence de l'exposé des moyens, qui peut être sommaire (cf. R.P.D.B. V° Exploit n° 298 et s.).

Cette prescription du Nouveau Code de Procédure civile doit être interprétée en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés.

Il n'est toutefois pas nécessaire de qualifier juridiquement les circonstances de fait (cf. Cour 23.2.1983 B.L. c/ D.).

Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si un libellé est suffisamment explicite (Lux. 30.11.1979 Pas. 25 p. 69).

En l'espèce, la partie défenderesse **SOC10.)** a dû se rendre compte que les parties demanderesses la rendent responsable, au même titre que les autres parties défenderesses, d'une violation du principe d'égalité de traitement des actionnaires qu'ils invoquent.

S'il est difficile à **SOC10.)** de comprendre quelle faute sous quel régime de responsabilité il serait possible de lui reprocher, ces questions ont toutefois trait en l'espèce à la recevabilité au fond du litige et non à la rédaction formelle de l'acte.

Il s'ensuit que l'exceptio obscuri libelli est à rejeter.

Etant donné que la demande a été par ailleurs introduite conformément aux prescriptions légales afférentes, elle est à déclarer recevable en la pure forme.

Les interventions

I) Par requête d'intervention du 4 février 2002, l'association sans but lucratif **ASBL1.)**, Association Luxembourgeoise des Actionnaires Privés, (ci-après « **ASBL1.)** ») (qui figure dans la procédure en tant que partie demanderesse n° 15) a déclaré intervenir à l'action introduite par l'assignation des 21 et 22 juin 2001.

Elle demande de statuer conformément au dispositif de l'assignation introductive du 21 juin 2001 et de déclarer le jugement à intervenir commun à la requérante.

II) Par requête d'intervention du 13 décembre 2002,

- 5) **SOC3.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable
- 6) **SOC4.)**, SICAV, société anonyme, société d'investissement à capital variable,
- 7) **SOC5.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable,

- 8) **SOC6.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable,
- 9) **ASS1.)** S.A., Compagnie Luxembourgeoise d'Assurances, société anonyme,
- 10) **C.)**,
- 11) **D.)**,
- 12) **E.)**,
- 13) **F.)**,
- 15) **G.)**, ont déclaré intervenir à l'action introduite par la susdite assignation

des 21 et 22 juin 2001.

Ils demandent au tribunal d'annuler la ou les conventions intervenues entre **SOC8.)** et **SOC9.)** aux termes desquelles **SOC8.)** a cédé sa participation de 30% dans le capital de **SOC10.)** à **SOC9.)** en échange de 25% du capital de **SOC9.)** ; sinon, dans ce même ordre principal, condamner **SOC9.)** et **SOC10.)** à rétablir l'état antérieur à cette opération moyennant restitution, à **SOC8.)**, d'une participation de 30% à **SOC10.)** ;

subsidiairement, condamner **SOC8.)** et **SOC9.)** à faire bénéficier les demandeurs d'un traitement identique à celui dont a bénéficié **SOC8.)** dans le cadre de l'opération d'échange mise en œuvre en juillet 2001 ;

à cet effet, moyennant jugement interlocutoire, ordonner à **SOC8.)** et à **SOC9.)** de produire en cause le contrat conclu entre les parties et ayant présidé à l'opération d'échange mise en œuvre en juillet 2001 ;

plus subsidiairement condamner les défendeurs, solidairement, à payer aux demandeurs des dommages et intérêts à savoir :

à **SOC3.)**, détentrice de 341.000 actions : EUR 56.049.000.à
SOC4.), détentrice de 653.648 actions : EUR 116.676.168.à
SOC5.), détentrice de 88.500 actions : EUR 15.797.250.à **SOC6.)**,
détentrices de 70.000 actions : EUR 12.495.000.à **ASS1.)** S.A.,
détentrices de 66.000 actions : EUR 11.781.000.à **C.)**, détenteur de
70.600 actions : EUR 12.602.100.à **D.)**, détenteur de 25.660 actions
: EUR 4.580.310.à **E.)**, détenteur de 1.000 actions : EUR 178.500.à
F.), détenteur de 5.000 actions : EUR 892.500.à **G.)**, détenteur de
1.140 actions : EUR 203.490.-.

III) Par requête d'intervention du 20 janvier 2003, **SOC7.)**, société d'investissement à capital variable a déclaré intervenir à l'action introduite par la susdite assignation des 21 et 22 juin 2001.

Elle demande au tribunal d'annuler la ou les conventions intervenues entre **SOC8.)** et

SOC9.) au terme desquelles **SOC8.)** a cédé sa participation de 30% dans le capital de **SOC10.)** à **SOC9.)** en échange de 25% du capital de **SOC9.)**; sinon, dans ce même ordre principal, condamner **SOC9.)** et **SOC10.)** à rétablir l'état antérieur à cette opération moyennant restitution, à **SOC8.)**, d'une participation de 30% à **SOC10.)** ;

subsidiairement, condamner **SOC8.)** et **SOC9.)** à faire bénéficier les demandeurs d'un traitement identique à celui dont a bénéficié **SOC8.)** dans le cadre de l'opération d'échange mise en œuvre en juillet 2001 ;

à cet effet, moyennant jugement interlocutoire, ordonner à **SOC8.)** et à **SOC9.)** de produire en cause le contrat conclu entre les parties et ayant présidé à l'opération d'échange mise en œuvre en juillet 2001 ;

plus subsidiairement, condamner les défendeurs, solidairement, à payer à la demanderesse, détentrice de 679.792 actions, le montant de 121.342.872.- EUR à titre de dommages et intérêts.

Les parties défenderesses se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité en la forme des demandes en intervention. **SOC10.)** critique toutefois les interventions volontaires de **SOC3.)**, **SOC4.)**, **SOC5.)**, **SOC6.)** et **ASS1.)** S.A. pour inobservation partielle des règles concernant l'indication de la forme juridique, l'indication des organes représentatifs ou l'inscription au registre de commerce.

Elle fait notamment remarquer à propos de **SOC3.)**, **SOC4.)**, **SOC5.)** et **SOC6.)** que ces sociétés d'investissement à capital variable n'indiquent pas leur forme de société, n'indiquent pas par quels organes elles agissent et ne précisent pas si elles sont inscrites au registre de commerce de Luxembourg ou de Diekirch. Elle souligne par ailleurs que **ASS1.)** S.A. omet d'indiquer son inscription au registre de commerce.

SOC10.) demande également le rejet de l'intervention volontaire de **SOC7.)** comme irrecevable, sinon comme mal fondée.

Il convient de relever à propos des critiques de la défenderesse **SOC10.)** au sujet de l'indication de la forme des sociétés que l'indication des qualités de la partie demanderesse, prévue à l'article 153 du Nouveau Code de Procédure civile, n'affecte que la rédaction matérielle de l'acte. Le nonrespect de cette formalité n'est pas sanctionné d'une nullité d'ordre public et peut donc être couvert par l'article 264, alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure civile aux termes duquel aucune nullité pour vice de forme des exploits ou actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse.

Or, en l'espèce, **SOC10.)** n'a pu se méprendre sur l'identité exacte de ses actionnaires qui se sont portés intervenants.

Elle n'a pas pu ignorer que les sociétés d'investissement à capital variable concernées étaient des sociétés anonymes et qu'elles étaient inscrites au registre de commerce de Luxembourg, l'indication de l'organe représentatif n'étant d'ailleurs pas requise.

Pour ce qui est de l'absence d'indication du numéro d'immatriculation au registre de commerce de **ASS1.) S.A.**, il s'agit d'une simple irrégularité commise dans la rédaction matérielle de l'acte qui doit donc relever de l'article 264 alinéa 2 précité.

L'assignée **SOC10.)** ne justifiant d'aucun préjudice qui lui aurait été causé par les erreurs alléguées dans les mentions prescrites par l'article 153 du Nouveau Code de Procédure civile, les demandes d'intervention restent régulières à cet égard.

Il convient de relever encore qu'il est de principe que l'intervention volontaire d'un tiers dans une instance qui met en présence deux parties, l'une demanderesse, l'autre défenderesse, est recevable dès l'instant où l'intervenant a la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il n'est ni partie, ni représenté, où il a capacité et pouvoir d'ester en justice, et où il se prévaut d'un intérêt légitime, personnel et suffisant, direct et actuel, matériel ou moral, justifiant sa participation à l'audience.

Aux termes de l'article 483 du Nouveau Code de Procédure civile, l'intervention devra en outre être formée par voie de requête qui contiendra les moyens et conclusions.

En l'espèce, il convient encore de noter que les parties intervenantes ne se contentent pas seulement d'appuyer les prétentions de l'une des parties, mais émettent des prétentions à leur propre compte, partiellement distinctes de celles des parties déjà en cause. Ces prétentions, elles auraient eu la faculté de les soutenir par une demande séparée. Pour des raisons de commodité, elles préfèrent les faire valoir par une intervention dans une instance déjà en cours. Il s'agit d'une action principale jointe (Encyclopédie Dalloz, verbo : intervention, n° 93 et s.).

Il reste que les interventions sont régulières au vu des dispositions du Nouveau Code de Procédure civile, partant recevables.

La jonction des rôles 70846 et 79679

Par exploit d'huissier du 23 janvier 2003,

1) la société anonyme **SOC1.) S.A.**,

- 2) la société anonyme **SOC2.)**,
- 3) **A.)**,
- 4) **B.)**,
- 5) **SOC3.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable,
- 6) **SOC4.)**, SICAV, société anonyme, société d'investissement à capital variable,
- 7) **SOC5.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable,
- 8) **SOC6.)**, société anonyme, société d'investissement à capital variable,
- 9) **ASS1.)** S.A., Compagnie Luxembourgeoise d'Assurances, société anonyme,
- 10) **C.)**,
- 11) **D.)**,
- 12) **E.)**,
- 13) **F.)**,
- 14) **G.)** et
- 15) **ASBL1.)** asbl

ont fait donner assignation à :

- 1) la société anonyme de droit belge **SOC8.)**,
- 2) la société par actions de droit allemand **SOC9.)** AG,
- 3) la société anonyme **SOC10.)**,
- 4) **H.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**,
- 5) **I.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**,
- 6) **J.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)**,
- 7) **K.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)** et 8) **L.)**, administrateur de sociétés, administrateur de **SOC10.)** à comparaître devant le tribunal de ce siège pour :

« en ordre subsidiaire par rapport à la demande d'annulation de la ou des conventions intervenues, entre **SOC8.)** et **SOC9.)** visées dans l'assignation des 21 et 22 juin 2001, voir dire que **SOC8.)**, **SOC9.)**, **SOC10.)** et les administrateurs qui représentent **SOC8.)** et **SOC9.)** au conseil d'administration de **SOC10.)** auront à réparer le préjudice causé aux demandeurs en prenant toutes mesures de manière à permettre aux demandeurs d'échanger les actions détenues par eux dans **SOC10.)** contre les actions de **SOC9.)** au même taux d'échange que celui réservé à **SOC8.)**, à savoir sur la base du coefficient d'échange de 0,8367 ou de tout autre taux d'échange effectivement convenu entre **SOC9.)** et **SOC8.)** ;

voir dire que cet échange devra comporter les autres avantages et garanties dont **SOC8.)** a bénéficié à l'occasion de cette opération d'échange et notamment (i) le droit à un dividende annuel privilégié correspondant au dividende annuel privilégié consenti à **SOC8.)** de 120 millions euros au moins sur sa participation de 25 % dans **SOC9.)** pendant une période de cinq ans à partir de la date de l'échange 2 juillet 2001, ou tout autre dividende garanti

et/ou privilégié effectivement convenu entre **SOC9.)** et **SOC8.)**, (ii) le droit consenti à **SOC8.)** de demander l'introduction en bourse de l'action **SOC9.)** au plus tard à partir de fin 2006 ou à toute autre date effectivement convenue et (iii) l'obligation de reprise ou de rachat des actions **SOC9.)** au cas où l'introduction en bourse n'aurait pas lieu dans ce délai, ainsi que tous autres avantages et garanties consentis à **SOC8.)** que les requérants pourraient ne pas connaître ;

ordonner à **SOC9.)** et **SOC8.)** de verser en cause le ou les contrats conclus entre elles et par elles, et tous actes de sociétés et résolutions d'organes de sociétés ou autres documents, définissant toutes les modalités de l'opération d'échange. »

Cette demande a été inscrite sous le numéro 79679 du rôle.

Les parties défenderesses se sont rapportées à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité en la forme.

Dans des conclusions notifiées le 4 mars 2003, **SOC10.)** soulève l'irrecevabilité de la demande en dommages intérêts formée à son encontre pour *obscurum libellum* pour les mêmes motifs qui l'ont amenée à soulever l'*exceptio obscuri libelli* à l'encontre de la première assignation des 21 et 22 juin 2001.

Etant donné que, comme à propos de la première assignation, les objections soulevées par cette défenderesse relèvent du fond de l'affaire et non de la rédaction matérielle de l'assignation, l'exception est à rejeter pour les mêmes motifs.

L'exploit introductif ayant par ailleurs été introduit conformément aux prescriptions légales afférentes, la demande du 23 janvier 2003 est également à déclarer recevable en la pure forme.

Il convient finalement de relever que, par une ordonnance du juge de la mise en état du 11 mars 2003, les affaires inscrites sous les numéros 70846 et 79679 ont été jointes pour cause de connexité.

La demande de jonction avec les rôles 77618, 78179, 79212 et 79213

Par exploit d'huissier de justice du 6 septembre 2002 1) l'association sans but lucratif **ASBL1.)**,

Association Luxembourgeoise des Actionnaires Privés A.s.b.l, 2) **C.)**, 3) Baron **D.)**, 4) **E.)**, 5) **F.)**, 6) le docteur **G.)**, 7) **M.)**, 8) la société **ASS1.)** S.A. 9) la société **SOC3.)**, société d'investissement à capital variable, 10) la société **SOC5.)**, société d'investissement à capital variable, 11) la société **SOC1.)** SA, 12) la société **SOC2.)**, 13) **B.)** et 14) **A.)** ont

donné assignation à 1) la société **SOC9.)** AG, 2) la société **SOC14.)** VERWALTUNGS GmbH, société à responsabilité limitée de droit allemand, 3) la société **SOC10.)**, 4) **N.)**, 5) **O.)**, 6) **P.)**, 7) **Q.)**, 8) **R.)**, 9) **S.)**, 10) **T.)**, 11) **K.)**, 12) **L.)**, 13) **J.)**, 14) **U.)**, 15) **V.)** et 16) la société **SOC15.)** pour :

« sans préjudice à la demande des demandeurs sub 1) et 11) à 14) tendant à voir condamner **SOC9.)** et **SOC8.)** à réserver aux actionnaires minoritaires le même traitement que celui ayant bénéficié à **SOC8.)**,

contraindre les parties défenderesses à respecter leur engagement d'augmenter la diffusion dans le public des titres **SOC10.)**, en la portant à 15%, interdire aux parties défenderesses toute acquisition supplémentaire de titres **SOC10.)** en attendant que la diffusion dans le public ait été portée à 15 % au moins,

ordonner aux parties défenderesses de porter la diffusion dans le public à un taux de 15% dans un délai maximum de trois mois à partir du jugement à intervenir, et ce au moyen d'une offre publique d'actions détenues par **SOC9.)** ou d'actions propres détenues par **SOC10.)**,

dire que, sans préjudice de nombre exact, cette offre publique devra porter sur 3.095.750 actions de **SOC10.)**, total du nombre d'actions annoncées comme étant à placer dans le public suivant le prospectus plus amplement décrit au corps de la présente assignation, nombre à augmenter des 785.000 actions de **SOC10.)** acquises par **SOC9.)** selon ses propres déclarations dans son communiqué du 19 mars 2002 ou de tout autre nombre d'actions pour parfaire le taux de diffusion dans le public de 15 %,

dire que les assignés sub 4) à 15) seront tenus, en leur qualité d'administrateurs, à agir de manière à ce que l'assignée sub 3) se conforme aux obligations dont la présente assignation entend faire assurer l'exécution,

dire qu'à défaut par les parties assignées de ce faire, elles devront, solidairement, s'acquitter au bénéfice de chacune des parties demanderesses d'une astreinte d'un montant de EUR 10.000 par jour de retard, dans l'hypothèse où la diffusion dans le public de 15 % est atteint,

interdire aux parties défenderesses toute acquisition ayant pour effet de ramener la diffusion dans le public en dessous de la barre de 15 %, déclarer le jugement à intervenir

commun à l'assignée sub 16), réserver aux demandesses tous autres droits et notamment toutes actions en dommages-intérêts,

en particulier, réserver aux demandeurs tous droits en rapport avec la décision annoncée par l'assignée sub 3) de procéder au « de-listing » de son titre de la cote de la Bourse de Londres, condamner les parties défenderesses solidairement à tous les frais et dépens de l'instance, ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir. »

Cette affaire a été enregistrée sous le numéro 77618 du rôle. Elle est actuellement pendante, dans le cadre de la mise en état, devant le tribunal de ce siège.

Par exploit d'huissier de justice du 3 octobre 2002, la société **SOC7.)**, société d'investissement à capital variable, a donné assignation à 1) la société **SOC9.)** AG, société par actions de droit allemand 2) la société **SOC14.)** VERWALTUNGS GmbH, société à responsabilité limitée de droit allemand 3) la société **SOC10.)**, société anonyme, 4) **N.)**, 5) **O.)**, 6) **P.)**, 7) **Q.)**, 8) **R.)**, 9) **S.)** 10) **T.)**, 11) **K.)**, 12) **L.)**, 13) **J.)**, 14) **U.)** et 15) **V.)** et 16) la société **SOC15.)**, (...), (...) GmbH & Co, (**SOC15.)**), aux mêmes fins.

Cette affaire, enregistrée sous le numéro 78179 du rôle, est également pendante, dans le cadre de la mise en état, devant le tribunal de ce siège.

Par exploit d'huissier du 14 octobre 2002, 1) l'association sans but lucratif **ASBL1.)**, Association Luxembourgeoise des Actionnaires Privés A.s.b.l, 2) **C.)**, 3) Baron **D.)**, 4) **E.)**, 5) **F.)**, 6) le docteur **G.)**, 7) la société **ASS1.)** SA, 8) la société **SOC3.)**, société d'investissement à capital variable, 9) la société **SOC5.)**, société d'investissement à capital variable, 10) la société **SOC4.)**, société d'investissement à capital variable, 11) la société **SOC1.)** SA, 12) la société **SOC2.)** S.A., 13) **B.)**, et 14) **A.)** ont donné assignation à 1) la société **SOC10.)**, société anonyme, 2) **N.)**, 3) **O.)**, 4) **P.)**, 5) **Q.)**, 6) **R.)**, 7) **S.)**, 8) **T.)**, 9) **K.)**, 10) **J.)**, 11) **U.)** et 12) **V.)** et 13) la société **SOC9.)** A.G., société par actions de droit allemand, pour :

« voir joindre l'affaire introduite moyennant le présent exploit d'assignation à celle introduite en date du 6 septembre 2002,

tout en adjugeant aux parties demandesses à l'exploit d'assignation du 6 ambre 2002 leurs conclusions telles qu'elles résultent dudit exploit,

voir dire que **SOC10.)** ne pourra pas mettre en oeuvre sa décision de retrait de son titre de la cote de la Bourse de Londres,

voir dire que les administrateurs de **SOC10.)** devront adopter telles résolutions que requises pour renoncer au retrait de la cote de la Bourse de Londres,

voir dire que **SOC9.)** AG, en qualité d'actionnaire majoritaire de **SOC10.)**, devra intervenir de telle manière que requise afin que **SOC10.)** ne mette pas en oeuvre une décision de retrait de la cote de la Bourse de Londres, ordonner tous autres devoirs de droit ».

Cette affaire a été enregistrée sous le numéro 79212 du rôle.

Par exploit d'huissier du 18 octobre 2002, la société **SOC7.)**, société d'investissement à capital variable, a donné assignation à 1) la société **SOC9.)** AG, société par actions de droit allemand, 2) la société **SOC14.)** VERWALTUNGS GmbH, société à responsabilité limitée de droit allemand, 3) la société **SOC10.)**, société anonyme, 4) **N.)**, 5) **O.)**, 6) **P.)**, 7) **Q.)**, 8) **R.)**, 9) **S.)** 10) **T.)**, 11) **K.)**, 12) **L.)**, 13) **J.)**, 14) **U.)** et 15) **V.)** et 16) la société **SOC15.)** (...), (...) GmbH & Co, (**SOC15.)**) pour :

« voir joindre l'affaire introduite moyennant le présent exploit d'assignation à celle introduite en date du 03 octobre 2002,

tout en adjugeant aux parties demanderessees à l'exploit d'assignation du 03 octobre 2002 leurs conclusions telles qu'elles résultent dudit exploit,

voir dire que **SOC10.)** ne pourra pas mettre en oeuvre sa décision de retrait de son titre de la cote de la Bourse de Londres,

voir dire que les administrateurs de **SOC10.)** devront adopter telles résolutions que requises pour renoncer au retrait de la cote de la Bourse de Londres,

voir dire que **SOC9.)** AG, en qualité d'actionnaire majoritaire de **SOC10.)**, devra intervenir de telle manière que requise afin que **SOC10.)** ne mette pas en oeuvre une décision de retrait de la cote de la Bourse de Londres, ordonner tous autres devoirs de droit ».

Cette affaire a été enregistrée sous le numéro 79212 du rôle.

Par requête d'intervention du 17 octobre 2002, la société anonyme **SOC4.)** SICAV a déclaré intervenir à l'action introduite par l'assignation du 6 septembre 2002 et elle demande de statuer conformément au dispositif de cet exploit.

Les 4 affaires, enregistrées sous les numéros 77618, 78179, 79212 et 79213 du rôle, ont fait l'objet d'une ordonnance de jonction du juge de la mise en état du 11 février 2003.

Elles restent actuellement pendantes, dans le cadre de la mise en état, devant le tribunal de ce siège.

Dans leurs conclusions, les parties demanderesse demandent la jonction de ces quatre affaires avec les rôles 70846 et 79679 qui font l'objet du présent procès.

D'après elles, toutes les conditions requises par la jurisprudence pour prononcer la jonction seraient réunies.

Il y aurait identité de l'objet matériel des demandes (à savoir des titres de **SOC10.**), de l'objectif des demandes (à savoir la sauvegarde des intérêts de leurs détenteurs minoritaires), il y aurait identité quasi complète des parties et il y aurait connexité au fond des demandes.

L'inégalité de traitement dans l'échange **SOC8.)-SOC9.**), avec appropriation par la seule **SOC8.)** de la prime de contrôle, s'aggraverait par le fait qu'à la suite de l'obtention du contrôle exclusif par **SOC9.)**, celle-ci aurait, par le fait de ne pas réaliser le free float, et au contraire de le réduire, et encore par le fait de retirer les actions de la cotation considérée comme la plus prometteuse auprès d'une des trois bourses auxquelles elles étaient cotées, aggravé encore le sort des actionnaires minoritaires en leur barrant la route à une sortie de **SOC10.)** à des conditions raisonnables.

Il y aurait une véritable escalade dans le traitement des actionnaires minoritaires dans les trois étapes de ce processus, étapes qui seraient précisément reflétées dans les trois actions successives dont la jonction est demandée.

On serait donc en présence de demandes qui « se rapportent à un point de départ unique et commun à toutes », une cause supplémentaire de connexité parmi les différentes causes identifiées par la jurisprudence.

Le lien entre la première de ces affaires et les deuxième et troisième serait d'autant plus étroit que l'appropriation de la prime de contrôle par le seul cédant du contrôle (première affaire) et la privation d'un marché effectif pour les actions des minoritaires par la non-réalisation du free float et le retrait intempestif de l'un des trois marchés (deuxième et troisième affaires), seraient les conséquences combinées de l'opération **SOC8.)-SOC9.)** qui en serait le « point de départ unique ».

Il y aurait en outre connexité de par le résultat de l'action combinée de **SOC8.)** et de **SOC9.)** dans les trois comportements qui font l'objet des trois affaires, puisque l'actionnaire majoritaire disposant de plusieurs alternatives pour réaliser son but aurait choisi une solution où lui seul retirerait un avantage et où les autres actionnaires se trouvent désavantagés.

D'ailleurs, les deuxième et troisième affaires, à l'appui desquelles les demandeurs avaient notamment invoqué les engagements pris par **SOC8.)** et **SOC9.)** envers les actionnaires dans le prospectus d'introduction en Bourse de Londres et envers l'Etat luxembourgeois dans l'échange de correspondance avec le Premier Ministre, trouveraient un fondement supplémentaire dans les principes généraux du droit que constituent l'exigence d'égalité de traitement dans le droit financier et les devoirs fiduciaires attachés au mandat de l'administrateur-actionnaire majoritaire invoqués principalement à l'appui de la première affaire.

Les parties défenderesses s'opposent à la jonction demandée. Il n'existerait pas de communauté d'objets entre les différentes affaires dont la jonction est demandée et elles ne seraient pas non plus l'une vis-à-vis de l'autre dans des rapports de sérieuse affinité ou d'étroite corrélation.

Les prétentions émises et les solutions proposées seraient radicalement opposées, il n'y aurait ni identité de cause ou de fondement juridique, ni identité de parties.

Par ailleurs, il n'y aurait aucun risque de contrariété de décisions entre le jugement à intervenir dans la présente affaire et celui à intervenir dans les deux autres affaires.

Il ne serait par conséquent pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'ordonner la jonction demandée.

La connexité, qui peut être définie comme étant le lien qui unit plusieurs affaires et qui fait que la solution de l'une doit influencer sur la solution de l'autre, de telle sorte que, si elles étaient jugées séparément, il pourrait en résulter une contrariété de décisions, est susceptible de provoquer la jonction. (voir Cour d'appel 17 décembre 1997, n° 19804 du rôle).

Mais la décision de joindre deux instances est laissée à l'appréciation souveraine du juge qui devra examiner si les deux actions se trouvent l'une vis-à-vis de l'autre dans des rapports de sérieuse affinité, d'étroite corrélation (voir Cour d'appel 18 mai 1994, n° 15577 du rôle ; voir Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 17 janvier 1997, nos 56524 et 58302 ; Pandectes belges, vo Connexité en matière civile nos 129 à 149 ; Répertoire général alphabétique du droit français par A. Carpentier et G. Frère Jouan du Saint, éd. 1897, tome 25, v° Jonction d'instances, n°32). D'autre part la jonction des causes est un acte de pure instruction qui laisse à chacune son individualité propre et n'en préjuge pas plus la recevabilité que le fondement et ne les fonde pas dans une instance unique (ibidem).

La jonction de demandes est donc une question d'opportunité régie par le souci d'une bonne administration de la justice.

Or, en l'espèce une telle mesure n'est pas indiquée.

Tout d'abord, les procédures ne se trouvent pas au même stade, seule la demande actuellement soumise à l'appréciation du tribunal étant complètement instruite.

Ensuite, les parties impliquées ne sont que partiellement identiques, une des parties défenderesses principales, **SOC8.**), n'étant pas concernée par les deux demandes dont la jonction est demandée.

Par ailleurs, l'objet des demandes est différent. Dans l'affaire soumise à l'appréciation du tribunal, les parties demanderesses poursuivent l'annulation de l'opération d'échange entre **SOC8.**) et **SOC9.**), sinon la sanction de cette opération, tandis que dans les deux autres affaires dont la jonction est demandée, les parties demanderesses formulent des prétentions quant à la liquidité du titre **SOC10.**) et sa cotation en bourse de Londres.

La cause des demandes n'est pas davantage identique. La demande soumise au tribunal est fondée sur le principe affirmé d'égalité des actionnaires tandis que celles dont la jonction est requise, sont fondées sur des engagements prétendument pris par certaines parties défenderesses de maintenir une certaine liquidité du titre **SOC10.**) et de maintenir la cotation à la Bourse de Londres.

Il résulte d'ailleurs de ces éléments qu'il n'existe aucun risque de contrariété de jugement.

Dans ces conditions, la jonction demandée ne présente aucun avantage procédural et serait au contraire, par les retards à intervenir et le nombre de distinctions à opérer, de nature à nuire à une bonne administration de la justice.

Il s'ensuit que la demande de jonction des affaires enregistrées sous les numéros 70846 et 79679 avec les rôles 77618, 78179, 79212 et 79213 est à rejeter.

La base juridique invoquée

Le succès, intégral ou partiel, de toutes les demandes présentées par les parties demanderesses dans le cadre du présent litige présuppose que la juridiction saisie puisse se baser sur une règle de droit permettant de sanctionner l'opération critiquée.

Les parties s'accordent pour dire qu'il n'existe pas, en droit luxembourgeois ou communautaire, de règle de droit positif réglant une situation comme celle qui fait l'objet du présent litige.

Ainsi, les parties demanderesses reconnaissent-elles que le droit luxembourgeois ne connaît pas, formellement, l'obligation pour l'actionnaire majoritaire dont la participation atteint un certain seuil de racheter les actions des minoritaires.

Elles sont toutefois d'avis que certaines des dispositions qu'elles énumèrent au fil de leurs conclusions, sinon la combinaison de ces dispositions avec des jurisprudences et doctrines qu'elles invoquent, devraient amener le tribunal à reconnaître l'existence d'un principe général du droit d'égalité des actionnaires et à prononcer les condamnations ou certaines des condamnations requises.

Les parties défenderesses, pour leur part, estiment avoir observé toutes les règles de droit applicables et concluent par conséquent n'avoir commis aucune faute que le tribunal pourrait sanctionner.

Les parties défenderesses concluent par ailleurs que, puisque la construction juridique qui a permis à **SOC9.)** de prendre le contrôle de **SOC10.)** a été faite à l'étranger entre des parties étrangères au moyen d'apports successifs en nature et en espèces faits à des sociétés allemandes et en dernier lieu par une absorption à titre de fusion entre deux sociétés allemandes, le tout selon le droit allemand, ce droit devrait être pris en considération pour examiner la loi applicable à l'opération d'échange.

Les parties demanderesses répliquent que le fait que les diverses opérations réalisées pour aboutir à l'échange des actions **SOC10.)** de **SOC8.)** contre des actions **SOC9.)** se placent le cas échéant sous droit allemand serait indifférent. Du moment que, lors de la cession d'une participation de contrôle d'une société cotée luxembourgeoise, le principe d'égalité devrait être respecté, les parties à une telle opération ne sauraient se soustraire à leurs obligations en plaçant leurs accords sous un droit étranger.

En l'espèce, les minoritaires auraient été délibérément écartés des opérations qu'ils critiquent et ils demanderaient le rétablissement de la situation antérieure parce que l'opération critiquée léserait gravement leurs intérêts en violation d'une norme de conduite qu'ils auraient intérêt à voir respecter.

La loi applicable

L'opération litigieuse s'analyse en une cession hors bourse de titres d'une société luxembourgeoise cotée à la Bourse de Luxembourg, la cession ayant été réalisée par des contrats soumis au droit allemand.

Le droit applicable, de même d'ailleurs que celles de l'autorité compétente et du recours aux tribunaux, est une des questions qui font l'objet de l'article 4 de la proposition de 13e

directive (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition/ COM/2002/0534 final - COD 2002/0240) qui sera examinée ci-après. Le commentaire de cette proposition relève que « la définition de l'autorité compétente et du droit applicable est simple lorsque la société visée échange ses titres sur un marché réglementé de l'Etat membre dans lequel elle a son siège social : ce sont ceux de cet Etat membre. La situation est un peu plus compliquée lorsque la société visée échange ses titres sur un marché réglementé d'un ou de plusieurs autres Etats membres. La directive distingue selon que les questions soulevées concernent l'offre même ou le fonctionnement de la société : dans le second cas, l'autorité compétente et le droit applicable demeurent ceux de l'Etat membre du siège social ; dans le premier cas, l'autorité compétente et le droit applicable sont ceux de l'Etat membre où les titres sont échangés, ou bien où les titres ont été échangés en premier lieu. »

Dans la logique de cette proposition, s'agissant d'une société établie au Luxembourg et cotée à la Bourse de Luxembourg, le droit applicable serait le droit luxembourgeois.

En l'absence de disposition de droit international privé formelle, il convient d'admettre que chaque Etat a le droit de réglementer l'échange de titres d'une société établie sur son territoire et cotée sur un de ses marchés réglementés.

Le droit luxembourgeois pourrait donc sans doute connaître des normes juridiques qui régleraient et sanctionneraient les transactions comme celles de l'espèce.

Aussi, les parties demanderesses essaient-elles justement de démontrer qu'il existerait en droit luxembourgeois des règles ou un principe qui, dans une telle situation, interdiraient d'ignorer les minoritaires.

Elles estiment de même que la violation de ces normes pourrait entraîner les conséquences qu'elles réclament.

Etant donné que, dans cette optique, la loi recherchée est celle de la sanction d'une opération qui se rapporte à la société de droit luxembourgeois visée, il convient de suivre cette logique et de vérifier l'existence, dans le système juridique luxembourgeois, du droit allégué, les conséquences en découlant - nullités, responsabilités - étant fonction des normes à identifier.

Le droit positif luxembourgeois

Les dispositions nationales mentionnées par les parties demanderesses concernent le droit des sociétés et la réglementation de la Bourse luxembourgeoise.

a) L'égalité en droit luxembourgeois des sociétés

Les actionnaires minoritaires de **SOC10.)** admettent que la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ne contient pas de règle qui consacrerait l'égalité des actionnaires préconisée.

Ils signalent toutefois certaines dispositions réservant des droits spécifiques aux minoritaires, tels que le droit des détenteurs de 20% de faire convoquer une assemblée générale (article 70, alinéa 2), de demander la prorogation d'une assemblée générale (article 67 (5)), de demander la désignation de commissaires (article 154), de droits des détenteurs de 5% en matière de fusion et de scission (articles 264 c), 279 c), 292 c) et 306 c).

Ils font encore référence à l'article 49-3 (1) d) de la loi sur les sociétés commerciales prévoyant une exception à l'interdiction ou à la limitation du rachat d'actions propres pour les actions acquises « en vertu d'une obligation légale ou résultant d'une décision judiciaire visant à protéger les actionnaires minoritaires ».

Les parties défenderesses soulignent que le principe de traitement égal invoqué concerne exclusivement les relations entre la société et ses actionnaires en ce que la société doit traiter de manière égale tous ses actionnaires.

Il s'agirait donc d'un principe général d'égalité interne entre les actionnaires.

Par contre, il ne serait nul part dit explicitement ou implicitement que lorsque, comme en l'espèce, un actionnaire important cède ses titres à un autre actionnaire important, les autres actionnaires pourraient prétendre à céder leurs titres dans les mêmes conditions.

Les dispositions citées ne concernent pas la situation visée par les demandes formulées dans le cadre du présent procès et n'obligent manifestement pas **SOC9.)** à faire une OPA (offre publique d'achat) ou une OPE (offre publique d'échange) ou de proposer aux actionnaires minoritaires des conditions identiques à celles accordées à **SOC8.)**.

Elles ne sauraient par conséquent, en tant que telles, servir de base à l'action poursuivie.

b) L'égalité dans la réglementation boursière

Les parties demanderesses font également référence à l'égalité de traitement visée par l'article 7 du règlement intérieur de la Bourse de Luxembourg (R.O.I.) tel que modifié qui oblige la société demandant son admission à la cote officielle de prendre l'engagement «

d'assurer un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques ».

Elles concluent que la Commission Bancaire et Financière belge (CBF) aurait imposé le principe de l'égalité de traitement non seulement à la société cotée et aux actionnaires de celle-ci, mais également aux tiers voulant se porter acquéreurs, le tout à un moment où les textes belges et luxembourgeois auraient pratiquement été identiques, c'est-à-dire avant l'arrêté royal (belge) du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition.

En effet, cette commission (belge) s'interroge déjà dans son rapport annuel de 1965 si, sur le plan de la déontologie des affaires, le principe d'égalité des actionnaires ne s'étend pas au-delà du fonctionnement interne de la société.

Les parties défenderesses soulignent que la CBF se place sur le plan de la déontologie et non sur le plan du droit et que son opinion a été critiquée par une partie de la doctrine.

En tout état de cause, le cas d'espèce ne se poserait pas devant la CBF, mais devant la CSSF luxembourgeoise et la Bourse luxembourgeoise.

Dans le cadre du présent litige, ces deux instances ont d'ailleurs été sollicitées à plusieurs reprises par certaines parties demanderesse.

A noter toutefois que la partie la plus importante de l'échange de courrier s'est faite après l'introduction de l'assignation introductive dont la présente juridiction est saisie.

La Bourse de Luxembourg a adressé deux courriers aux mandataires concernés après que ceux-ci avaient fait part des réclamations de leurs parties.

Dans son courrier du 27 août 2001, elle émet l'opinion que ni les dispositions de son règlement d'ordre intérieur, ni la Recommandation de la Commission des Communautés européennes du 25 juillet 1977, ni aucun autre texte légal ou réglementaire applicable, ne pouvaient fonder une initiative de sa part dans cette opération, traitée entre actionnaires de **SOC10**).

Dans son courrier du 10 octobre 2001 elle confirme sa position en donnant les détails suivants :

« article 7. A.4., chapitre VI, ROI :

Sans vouloir entrer ici dans la discussion de savoir si le principe d'égalité énoncé par le texte dont question dépasse ou non le cadre de l'information des actionnaires, nous constatons qu'il semble unanimement admis par la doctrine que cet article ne concerne

que le fonctionnement interne de la société, à l'exclusion des relations des actionnaires entre eux (...).

*Cet article du ROI ne donne dès lors pas de base à la Bourse de Luxembourg pour imposer à certains actionnaires de **SOCI0.**) d'assurer le traitement égalitaire de tous les actionnaires dans le sens souhaité par vos parties.*

- Articles 8, 9,11 et 17, chapitre VI, ROI :

Le constat fait par la CSSF qu'en l'espèce les dispositions de la recommandation de la Commission des Communautés européennes du 25 juillet 1977 portant sur un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, n'auraient pas été appliquées et le fait que la CSSF estime que "nonobstant que l'on ne saurait attribuer une force obligatoire au Code de conduite européen, nous sommes d'avis qu'il aurait appartenu aux personnes concernées, de tenir compte, à l'occasion de l'opération en question, des dispositions de ce Code "ne constituent pas, à notre avis, des informations de la nature visée par les articles du ROI dont question... »

Donnant également suite aux réclamations de certains minoritaires, la CSSF s'est exprimée le 15 juin 2001, le 14 août 2001 et le 23 novembre 2001 ainsi que le 27 février 2002 et le 7 juin 2002, ces deux derniers courriers concernant toutefois les questions qui ne sont pas jointes au présent litige.

Le courrier du 15 juin 2001 est rédigé comme suit :

Nous vous prions de noter que nous sommes en train d'examiner les aspects juridiques du problème posé sur la base notamment des documents que vous nous avez soumis. Nous vous transmettons nos conclusions dès finalisation de notre analyse.

Nous devons cependant déjà formuler une réserve quant à votre interprétation de la portée de nos compétences d'après la loi du 23 décembre 1998 relative à la surveillance des marchés d'actifs financiers, précisément en ce qui concerne un pouvoir d'injonction de la Commission de Surveillance du Secteur Financier en relation avec l'article 8 de la même loi.

Le courrier du 14 août 2001 précise :

Par la présente nous vous soumettons notre prise de position comme suit :

1) Quant à la compétence de la Commission de Surveillance du Secteur Financier ("CSSF")

- *La compétence de la CSSF pour examiner la demande introduite par vous découle d'une façon générale de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, notamment de l'article 2 (1) (Missions et Compétences de la Commission) de cette loi.*

Une compétence plus spécifique de la CSSF pourrait être fondée sur l'article 8 (3) de la loi du 23 décembre 1998 relative à la surveillance des marchés d'actifs financiers. Cet article permet à la Commission "d'enjoindre aux bourses, à leurs membres ainsi qu'aux professionnels du secteur financier qui traitent en actifs financiers qui ne respectent pas les lois, règlements d'exécution et mesures prévues en vertu de ces dispositions légales et réglementaires, de remédier à la situation constatée dans le délai qu'elle fixe." Il faut préciser que cette disposition ne confère à la Commission aucun pouvoir d'injonction ni à l'égard des sociétés cotées, ni de leurs organes d'administration. Nous estimons donc que la Commission ne dispose pas du droit d'injonction dans le cas présent.

*En ce qui concerne l'article 8 (2) de la même loi, d'après lequel "la Commission veille à l'application des règles relatives aux expositions, offres et ventes publiques, ainsi qu'aux cotations de titres, règles qui sont fixées par règlement grand-ducal", cette disposition ne saurait s'appliquer dans le cas qui nous concerne. En effet, l'opération litigieuse ne comporte ni exposition, offre ou vente publique, ni demande d'admission à la cote officielle de titres, mais consiste dans une cession d'actions hors bourse entre deux actionnaires, à savoir **SOC8.)** et **SOC9.)** A.G..*

- *En ce qui concerne par ailleurs une compétence de la CSSF en vue d'émettre systématiquement des recommandations en l'absence de textes positifs à la base, il convient de noter que ni la CSSF, ni les autorités de surveillance dont elle a pris la succession, n'ont estimé avoir les pouvoirs nécessaires pour le faire. Il faut constater de plus que ni le législateur ni le gouvernement n'ont à aucun moment même évoqué une telle approche.*

2) Quant au fond de l'affaire

*D'après l'argumentation à la base de votre demande, l'opération décrite ci-avant aurait porté gravement atteinte à l'égalité des porteurs d'actions de **SOC10.)**, alors qu'elle se serait réalisée sans donner aux actionnaires minoritaires la possibilité de réaliser ou d'échanger leurs titres à des conditions identiques à celles offertes à **SOC8.)**.*

Dans ce contexte, vous invoquez le principe de l'égalité de traitement des actionnaires et vous vous référez à l'article 7 du règlement d'ordre intérieur de la Bourse de Luxembourg, tel que modifié (ci-après "R.O.I."), ainsi qu'à la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 portant sur un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières.

- D'après l'article 7 (point A.4.) du chapitre VI du R.O.I., " la demande d'admission à la cote officielle doit être accompagnée d'une déclaration émanant de l'émetteur des valeurs mobilières dans laquelle celui-ci s'engage [.....] à assurer un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques [.....]".

Afin d'établir la portée de cette disposition, il convient de noter qu'elle a été directement reprise de 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. Bien que le point A.4. de l'article 7 soit formulé de façon large, de sorte que l'on pourrait être amené, sur cette base, à « attribuer au principe de l'égalité des actionnaires qu'il établit, la valeur d'une norme applicable de façon générale, il convient cependant de situer cette disposition dans le contexte limité de la directive précitée, dont « l'objectif est de contribuer à la transparence du marché par une meilleure information du public et notamment de tous les porteurs de parts d'une société, peu importe le nombre de titres détenus par eux. »

Sur cette base nous estimons que l'article 7, dont la portée se limite aux aspects de l'information et de la communication en relation avec les porteurs de titres, n'est pas d'application dans l'affaire qui nous est soumise. Il ne relève dès lors pas de notre pouvoir d'émettre une injonction suivant l'article 8 (3) à l'égard de la Bourse de Luxembourg auprès de laquelle les titres de **SOCIO** S.A. sont cotés, la Bourse de Luxembourg étant le seul intervenant dans cette affaire à être mentionné à l'article 8 (3) comme pouvant faire l'objet d'une injonction de notre part.

- A la base de votre demande vous vous référez par ailleurs à la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 portant sur un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières (ci-après "le Code de conduite") et plus particulièrement aux points 3 – sub "Principes Généraux" et 17 sub "Dispositions Complémentaires".

D'après le point 3 des Principes Généraux une égalité de traitement devrait être assurée à tout détenteur de valeurs mobilières de même nature, émises par la même société ; en particulier tout acte entraînant, directement ou indirectement, le transfert d'une participation permettant un contrôle de droit ou de fait d'une société dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, tiendra compte du droit de tous les actionnaires à être traités de la même manière".

Le point 17 des Dispositions Complémentaires dispose comme suit: « Toute transaction entraînant le transfert d'une participation de contrôle au sens du troisième principe général ne devrait pas se faire clandestinement sans information des autres actionnaires et des autorités de contrôle du marché.

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 ».

*Ces dispositions sont très claires et nous sommes d'avis que dans la mesure où les actionnaires minoritaires ont été exclus de la possibilité de se faire racheter leurs titres ou de les faire échanger aux mêmes conditions que celles accordées à **SOC8.)/SOC12.**), les dispositions précitées n'ont pas été observées, en particulier celle inscrite au deuxième alinéa du point 17, "la protection pouvant être considérée comme équivalente" qui y est mentionnée, faisant d'après notre examen du dossier défaut dans le cas présent*

Cette conclusion se justifie en tenant compte du seul texte des dispositions précitées ; il convient cependant d'examiner quelle en est la portée en droit luxembourgeois.

Il convient tout d'abord de constater que le Code de conduite, texte d'origine communautaire, n'a pas fait l'objet d'une transposition ou d'une introduction formelle en droit national selon les procédures législatives prescrites à cette fin.

Cependant il faut prendre note des faits suivants:

- Le texte du Code de conduite a été publié au Mémorial B n°29 du 25 juin 1979 par le gouvernement qui n'a cependant pas ajouté de commentaires.*
- Le texte du Code de conduite fait partie intégrante du manuel de la Bourse de Luxembourg.*

- Le texte a fait l'objet d'un circulaire du Commissariat au contrôle des banques, réf. B 79/2, VEF/49, EC 79/1, du 7 mai 1979 qui contient une déclaration claire sur le sens du Code de conduite. Ce texte qui fait partie des règles devant prévaloir sur le marché luxembourgeois reste valable encore aujourd'hui à défaut d'avoir été remplacé par un texte de loi.*
- On peut relever par ailleurs que le rapport (1945-1975) du Commissaire au contrôle des banques dans sa mise à jour d'octobre 1980, fait non seulement état de la Recommandation de la Commission européenne, mais y ajoute en plus des précisions quant à sa valeur morale et son objectif fondamental.*

Concernant la circulaire précitée du Commissariat au contrôle des banques une question pourrait être posée si elle est toujours en vigueur en entier. En effet, à première vue une circulaire IML 91/74 semble l'abroger du moins pour la référence VEF/49. Or ce n'était certainement pas l'intention des auteurs de la circulaire IML 91/74 qui voulaient simplement tenir compte du transfert de certaines compétences de l'IML vers le Commissariat aux Bourses créé par la loi du 21 septembre 1990. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement car un document communautaire ne peut pas être abrogé par une

circulaire administrative luxembourgeoise. Il faut donc conclure que cette circulaire s'applique toujours et que seules les autorités en charge ont changé à savoir: Commissariat au contrôle des banques, IML, Commissariat aux Bourses, Banque Centrale du Luxembourg et enfin CSSF. Il faut constater d'ailleurs que les références B 79/2 et EC 79/1 ne sont pas concernées.

Sur la base des observations contenues ci-avant et nonobstant que l'on ne saurait attribuer une force obligatoire au Code de conduite européen, nous sommes d'avis qu'il aurait appartenu aux personnes concernées, de tenir compte, à l'occasion de l'opération en question, des dispositions de ce code. »

Le courrier du 23 novembre 2001 retient :

« Par la présente nous souhaitons revenir à l'interprétation de 'article 7, A. 4., du chapitre VI du ROI. Vous avez en effet marqué votre désaccord en ce qui concerne notre position suivant laquelle le respect du traitement égal des actionnaires se limite aux aspects de l'information et de la communication en relation avec les porteurs de titres.

Après examen de l'avis exprimé par vous nous pouvons vous informer que nous partageons l'opinion d'après laquelle le principe du traitement égal des actionnaires ne se limite pas à l'information des actionnaires par la société.

Il faut cependant revenir à la directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle de valeurs, alors que la question reste de savoir quelle est la portée effective de ce principe d'après la directive.

La directive prévoit au point 2 a) du schéma C de son annexe, que " la société doit assurer un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques ".

D'après les auteurs que nous avons consultés, le principe de traiter les actionnaires sur pied d'égalité tel que mentionné dans la directive 79/279 concerne exclusivement les relations entre la société et les actionnaires, c'est-à-dire le fonctionnement interne de la société ; il ne s'étend pas aux rapports des actionnaires entre eux.

De même d'après E. Wymeersch, les systèmes juridiques des Etats membres considèrent que le principe de l'égalité de traitement est applicable aux rapports entre la société et ses actionnaires (E. Wymeersch, " La directive sur les conditions d'admission en bourse ", Rev. de la Banque, janvier 1980, pp. 57 et 58).

D'après le même auteur, la disposition précitée ne semble pas applicable aux cessions de participations de contrôle.

En ce qui concerne par ailleurs l'argumentation développée par vous et qui consiste à interpréter le principe de l'égalité de traitement des actionnaires (tel qu'il est formulé dans la directive 79/279) par référence à la Recommandation de la Commission Européenne du 25 juillet 1977 portant sur un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, elle ne tient pas compte de la portée limitée de ce principe tel qu'il est contenu dans la directive 79/279 et de la portée très générale qui lui est reconnue dans la Recommandation.

Sur la base des observations formulées ci-devant, nous estimons donc que la situation qui nous occupe dans le présent dossier n'est pas visée par les dispositions de l'article 7, A. 4., du chapitre VI du ROI. »

Les parties demanderesses déduisent de ces opinions que les parties défenderesses auraient commis une violation des normes professionnelles ou une violation d'une norme de déontologie des affaires.

Elles s'appuient sur un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 31 janvier 1980 (JCB, 1980, p. 420) qui aurait à la fois reconnu le caractère de norme de déontologie des affaires au principe de l'égalité de traitement et constaté que la violation d'une telle norme était susceptible d'engager la responsabilité du cédant (et par conséquent également du cessionnaire).

Les attendus importants de ce jugement sont les suivants :

Attendu qu'au regard du droit des sociétés, aucune disposition n'interdit à peine de nullité absolue à l'actionnaire majoritaire de se faire octroyer exclusivement une prime de contrôle par l'acquéreur (Lempereur, Cession de majorité et protection des actionnaires minoritaires en droit comparé, R.P.S. 1978, p. 140 sq) ceci sans préjudice des recours éventuels que pourraient faire valoir des actionnaires minoritaires ;

Qu'ainsi au regard du droit des sociétés, les conventions des 6 et 27 novembre 1973, qui constituaient le moyen, pour Soin, d'obtenir une prime de contrôle ne sont pas affectées de nullité absolue ;

Attendu que, certes, les dites conventions ont méconnu les normes édictées par la Commission bancaire en matière de cession de participation majoritaire ; que, pour reprendre les termes de la Commission bancaire, "des déclarations mensongères furent faites et un mécanisme méconnaissant le principe de l'égalité de traitement des actionnaires fut mis en place" (Rapport 1978-79 p. 115) ;

Que la violation d'une recommandation faite par la Commission bancaire, en cette matière, n'entraîne pas la nullité de la convention par laquelle cette recommandation est violée ;

Que par ailleurs, ainsi que le fait remarquer avec exactitude la Commission dans le rapport précité, le principe de l'égalité de traitement est une norme de déontologie des affaires qui impose des obligations de faire ou ne pas faire à l'actionnaire cédant : que la violation d'une telle norme, même si elle est susceptible d'engager la responsabilité du cédant n'entraîne pas pour autant la nullité pour violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs;

Que cette responsabilité du cédant ne serait éventuellement engagée qu'à l'égard des actionnaires minoritaires, seuls préjudiciés, et non à l'égard de l'acquéreur des parts qui a accepté de payer la prime de majorité...

Les parties défenderesses font remarquer qu'en l'espèce, elles n'ont pas violé les normes professionnelles avancées par les minoritaires et que le jugement précité du tribunal de commerce de Bruxelles n'est pas transposable au présent litige.

A ce sujet, il convient de retenir que tant la Bourse luxembourgeoise que la CSSF excluent la situation litigieuse des dispositions de l'article 7, A. 4., du chapitre VI du ROI.

Ni la Bourse luxembourgeoise, ni la CSSF n'ont eu une attitude comparable à la CBF en ce qu'elles n'ont jamais émis l'opinion que l'égalité des actionnaires s'étendait à une situation comme celle de l'espèce.

Pressées par les minoritaires, après l'assignation introductive, d'ordonner aux parties défenderesses de leur accorder un traitement égal, ces deux autorités administratives n'y ont pas donné suite.

Par ailleurs, la jurisprudence du tribunal de commerce de Bruxelles ne vient même pas conforter la thèse des minoritaires.

Cette décision n'avait qu'à s'exprimer sur la validité de conventions de cessions privées de participations de contrôle.

Elle a exclu la possibilité pour les minoritaires d'obtenir l'annulation de ces conventions, ajoutant simplement que la violation d'une norme déontologique des affaires, à défaut d'entraîner la nullité d'une convention, était susceptible d'engager la responsabilité du cédant. L'espèce comportait d'ailleurs la particularité que des déclarations mensongères avaient été faites.

Or, en l'occurrence, les parties demanderessees n'ont pas démontré qu'il y ait aurait violation d'une norme déontologique édictée par la Bourse de Luxembourg.

Elles n'ont de même pas su faire référence à une décision de justice (belge) qui aurait sanctionné la responsabilité du cédant ou du cessionnaire dans le cas d'une violation des droits des minoritaires.

Il convient d'en déduire que la réglementation boursière luxembourgeoise, en tant que telle, ne saurait servir de base juridique aux demandes sous examen.

Il reste que la CSSF conclut dans son courrier du 14 août 2001 à une inobservation des règles définies dans le Code de conduite européen.

Le droit communautaire

a) Le Code de conduite européen

La Recommandation de la Commission portant sur un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières (77/534/CEE) a été adoptée le 25 juillet 1977 et publiée au JO L 212 du 20/08/1977.

Ses dispositions essentielles sont les suivantes :

1. *L'objectif du présent code et les principes généraux devraient être respectés même dans les cas non couverts expressément par une disposition complémentaire.*

Toute opération sur les marchés de valeurs mobilières implique le respect non seulement de la lettre mais également de l'esprit des dispositions légales ou réglementaires en vigueur dans chaque État, ainsi que des principes de bonne conduite en usage sur ces marchés ou recommandés par le présent code.

2. *Le public doit disposer d'une information loyale, correcte, claire, suffisante et diffusée en temps utile. L'information sera présentée de façon telle qu'il soit possible d'en dégager aisément la signification et la portée. Il appartient tout spécialement à ceux qui, en raison de leur profession ou de leurs fonctions, ont le devoir ou le pouvoir d'informer le public de veiller qu'il en soit effectivement ainsi et qu'aucune catégorie de personnes ne soit privilégiée.*

3. *Une égalité de traitement devrait être assurée à tout détenteur de valeurs mobilières de même nature, émises par la même société ; en particulier tout acte entraînant, directement ou indirectement, le transfert d'une participation permettant un contrôle de droit ou de fait d'une société dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, tiendra compte du droit de tous les actionnaires à être traités de la même manière.*

4. *Les membres des organes de surveillance, d'administration et de direction d'une société dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, ainsi que ceux qui la contrôlent en droit ou en fait, se comportent loyalement en vue de réaliser l'objectif fondamental du présent Code de conduite. Ils s'abstiennent notamment de toute action susceptible d'entraver le fonctionnement normal du marché des titres de leur société et de léser les autres actionnaires.*

5. *Ceux qui opèrent habituellement sur les marchés de valeurs mobilières ont le devoir d'adopter un comportement loyal conforme à l'objectif du présent code même si cela peut les priver, dans certains cas, d'avantages financiers immédiats.*

6. *Les intermédiaires financiers s'efforcent d'éviter tout conflit d'intérêt soit entre eux-mêmes et leurs clients ou d'autres personnes avec lesquelles ils sont en relation d'affaire, soit entre ces deux dernières catégories de personnes. Si un tel conflit se produit néanmoins, ils prennent toutes dispositions pour ne pas retirer de cette situation un avantage personnel direct ou indirect et pour éviter tout préjudice à leurs clients ou aux autres personnes avec lesquelles ils sont en relations d'affaire.*

Dispositions complémentaires

Les passages essentiels de l'exposé des motifs qui a été publié en même temps au JO sont les suivants :

1. *La réalisation des objectifs énoncés à l'article 2 du traité de Rome, et notamment le développement harmonieux des activités économiques de la Communauté, exige que les capitaux soient suffisamment disponibles et les sources de capitaux suffisamment diversifiées pour permettre de financer de la façon la plus rationnelle les investissements dans le Marché commun.*

C'est le rôle des marchés de valeurs mobilières de permettre à tout moment une confrontation très large de l'offre et de la demande de capitaux. Le bon fonctionnement et l'interpénétration de ces marchés doivent dès lors être considérés comme essentiels dans la mise en place d'un «marché commun» des capitaux.

2. *Bien que les disparités existant entre les différents marchés financiers des neuf États membres n'aient pas constitué jusqu'ici un obstacle insurmontable à la réalisation de quelques transactions internationales, le caractère incomplet des informations sur les valeurs elles-mêmes et la méconnaissance des règles en vigueur sur les différents marchés ont certainement contribué à limiter les placements de la grande majorité des épargnants aux marchés des pays où ils résident ou à quelques grandes valeurs internationales ayant une notoriété certaine.*

La réduction de telles disparités est donc susceptible de favoriser l'interpénétration des marchés des pays membres, surtout si elle s'accompagne d'une amélioration des garanties offertes aux épargnants.

La Commission définit la place du Code de conduite européen dans les travaux de rapprochement du droit des États membres comme suit :

3. *En se fondant sur sa décision de 1968 relative à l'information du public sur les valeurs mobilières et les conditions de leurs transactions, la Commission a déjà procédé à divers travaux d'harmonisation portant sur quelques points précis comme «le contenu, le contrôle et la diffusion du prospectus à publier lors de l'admission à la cote officielle d'une bourse de valeurs des titres émis par des sociétés» (1) ou comme «la coordination des conditions pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs» (2).*

4. *Parallèlement à ces travaux d'harmonisation donnant lieu à des directives, et sans renoncer à cette forme d'harmonisation qui seule permet d'arriver au but recherché, à savoir une véritable intégration européenne, la Commission estime nécessaire de recommander aux États, dans un document qui traite un ensemble de problèmes relatifs aux transactions sur les valeurs mobilières, de veiller au respect d'un certain nombre de principes, déjà très largement admis dans l'ensemble des pays européens, mais dont le rappel et la mise en oeuvre auront l'intérêt de contribuer à créer, dans un domaine en perpétuelle évolution, une éthique commune qui facilitera considérablement les travaux d'harmonisation en cours par voie de directive, en indiquant d'ores et déjà l'esprit dans lequel la Commission entend les mener à bien. (1)JO n° C 131 du 13.12.1972. (2)JO n° C 56 du 10.3.1976.*

5. *Le présent Code de conduite, adopté sous forme de recommandation, mérite donc une place à part dans les travaux d'harmonisation de la Commission :*

- *en raison de la primauté donnée à l'aspect déontologique sur l'aspect réglementaire,*
- *en raison de son souci de respecter la dynamique du marché financier et de la vie des affaires en se plaçant délibérément dans une optique positive d'amélioration des mécanismes du marché et de l'efficacité de ceux qui y opèrent,*
- *en raison du fait que certains sujets abordés dans le code de façon très générale pourront faire, et pour certains font déjà, l'objet de propositions de directives dès lors que la nécessité d'un cadre juridique strict se révélera opportun.*

La Commission est consciente de la portée juridique limitée de la recommandation :

6. *La présente recommandation est adressée aux États membres afin qu'ils veillent au respect, par ceux qui sont en mesure d'exercer une influence sur le fonctionnement des marchés de valeurs mobilières, des principes contenus dans le Code de conduite ; la Commission, par une consultation des milieux concernés, a d'ailleurs pu constater qu'il existe dans ces milieux un large consensus sur les principes du code.*

7. *Au niveau du contrôle du respect de ces principes, il n'est que trop évident que si, dans tous les États, on peut constater une prise de conscience de la nécessité de contrôler les marchés financiers, de grandes divergences subsistent sur la manière de procéder à ce*

contrôle. La recommandation, tenant compte de ces divergences, ne demande pas à chaque État membre la création d'organismes spécialisés mais seulement la coordination sur le plan national de l'action des différentes associations et organismes concernés.

8. Il faut toutefois rappeler que la mise en oeuvre d'un Code de conduite relatif aux transactions sur les valeurs mobilières par voie de recommandation ne préjuge en rien l'adoption ultérieure de directives ou de règlements dans l'une ou l'autre des matières traitées dans le présent code.

Certains sont d'ailleurs déjà en préparation.

9. De même, il n'est pas exclu que certains États jugent opportun, pour se conformer à la recommandation, de légiférer dans l'ensemble des domaines ou sur un des sujets couverts par le code.

Le contenu du code est défini comme suit:

10. Le code énonce un objectif fondamental, suivi de quelques principes généraux et d'un certain nombre de principes complémentaires.

11. Les principes généraux sont les dispositions essentielles du code et revêtent une importance primordiale.

Ils priment et dépassent très largement les dispositions plus détaillées qui les suivent et qui n'en sont qu'une illustration.

Ce sont les principes généraux qui doivent permettre de respecter l'objectif fondamental du code ; c'est à leur lumière, et sans se limiter à la lettre des quelques dispositions complémentaires qui suivent, que le contenu du code doit être compris et interprété.

A. Le premier principe général met l'accent sur cet aspect de l'interprétation du code. Il rappelle que toute opération sur les marchés de valeurs mobilières doit s'effectuer en respectant les règles et les usages dans chaque État pour assurer le bon fonctionnement des marchés, règles et usages auxquels viennent s'ajouter ou que renforcent les principes du présent Code de conduite européen.

B. Le second principe général vise l'information complète et correcte des épargnants
....

C. Le troisième principe général est relatif à l'égalité des actionnaires. La Commission a estimé, malgré certaines critiques, devoir maintenir le principe de l'égalité de traitement en illustrant son application par deux dispositions complémentaires, mettant notamment l'accent sur une obligation concrète de publicité.

La dix-septième disposition complémentaire fait mention de la parité de traitement à offrir aux autres actionnaires en cas de transfert d'une participation de contrôle mais admet que la protection de ces actionnaires pourrait être réalisée d'une autre manière, afin de tenir compte de l'existence, en Allemagne, d'un droit limitant les pouvoirs de l'actionnaire dominant.

Il doit être tout à fait clair que le principe fondamental de l'égalité des actionnaires déborde très largement le champ d'application de ce code. Il ne se limite pas non plus, dans le code, aux cessions de blocs d'actions ou aux quelques dispositions complémentaires qui figurent dans la deuxième partie et qui peuvent s'y référer, telles que l'exploitation d'informations non publiées qui défavorise ceux qui ne disposent pas de ces informations ou le cloisonnement des marchés qui permet d'avantager certains acheteurs ou vendeurs de valeurs mobilières par rapport à d'autres.

Il est bien évident qu'il n'est possible d'évoquer que quelques-unes des situations où un tel principe peut jouer ; il peut difficilement être complété, dans le cadre du champ d'application du code, de façon plus détaillée sans risque d'omissions qui seraient probablement rapidement exploitées. Ce principe indique une voie à suivre et l'esprit dans lequel certaines opérations doivent être menées.

Pour ce qui est de sa mise en application, le Code de conduite européen prévoit ce qui suit :

13. *En édictant le Code de conduite européen sous la forme d'une recommandation adressée aux États membres, la Commission est bien consciente du fait que la recommandation ne lie pas les États quant aux résultats à atteindre ; l'application du Code de conduite dépendra donc dans une très large mesure de la coopération active de ceux qui devront le respecter, et surtout de l'autorité de l'organisme ou des organismes qui en surveilleront l'application.*

14. *Il est tout à fait essentiel que, en tenant compte des structures existantes, un organisme aumoins dans chaque État membre (autorité de contrôle, organisation professionnelle, etc.), soit chargé de vérifier l'application du code de conduite sur le plan national. La désignation de cet ou de ces organismes est un problème interne à chaque État.*

Il n'est pas nécessaire, dans l'esprit de ce code, que ces organismes de surveillance disposent de pouvoirs qui appartiennent à la puissance publique, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une réglementation assortie de sanctions pénales.

15. *Toutefois, le Code de conduite devant être respecté dans l'ensemble de la Communauté, il sera nécessaire que des représentants de chacun des organismes de surveillance puissent se réunir dans un comité de contact.*

La Commission pourra s'inspirer des travaux de ce comité de contact pour la mise à jour du présent Code de conduite, compte tenu des difficultés rencontrées et des pratiques suivies dans l'application de celui-ci.

Pour ces motifs, au titre des dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment de l'article 155, la Commission recommande aux États membres, sans préjudice des dispositions réglementaires ou administratives existant déjà

:

- 1) *de veiller au respect par ceux qui opèrent sur les marchés de valeurs mobilières, ou sont en mesure d'exercer une influence sur le fonctionnement de ces marchés, de l'objectif fondamental des principes généraux et des dispositions complémentaires contenus dans le Code de conduite européen figurant en annexe ;*
- 2) *de coordonner à cet effet l'action des associations professionnelles et des organismes nationaux assumant, dans chaque État, le contrôle du bon fonctionnement du marché et du comportement des opérateurs ;*
- 3) *de désigner un ou plusieurs représentants de ces associations et organismes chargés d'informer chaque année la Commission, et pour la première fois un an après l'envoi de la présente recommandation, des mesures adoptées pour la mettre en œuvre ainsi que de leur application, des difficultés rencontrées et des suggestions qui apparaîtraient opportunes en vue de compléter ou modifier le Code de conduite européen ;*
- 4) *de prendre toutes autres mesures qu'ils jugeront utiles pour promouvoir les principes contenus dans le code et en contrôler l'application...*

Pour ce qui est des effets de la Recommandation, il convient de rappeler la nature juridique d'un tel acte communautaire.

« Les recommandations CE et CEEA forment une catégorie d'actes, expressément prévue par les traités communautaires, qui permet aux institutions de la Communauté de se prononcer de manière non contraignante - c'est-à-dire sans obligation juridique pour les destinataires - à l'égard des États membres et, dans certains cas, également à l'égard des citoyens de l'Union.

Les recommandations suggèrent aux destinataires un comportement donné sans pour autant leur imposer d'obligation légale. Ainsi, lorsqu'il y a lieu de craindre que l'adoption ou la modification d'une disposition législative ou administrative d'un État membre ne fausse les conditions de concurrence sur le marché commun, la Commission peut recommander à l'État intéressé les mesures appropriées pour éviter la distorsion en cause (article 97, paragraphe 1, deuxième phrase, du traité CE).

L'importance fondamentale des recommandations est avant tout politique et morale. En prévoyant ces actes, les auteurs des traités espéraient que les intéressés se conformeraient volontairement à un conseil qui leur serait donné ou tireraient les conséquences de l'appréciation d'une situation, étant donné la considération dont jouissent les institutions communautaires et le fait qu'elles disposent d'une vue d'ensemble et d'informations dépassant le cadre national. Cependant, les recommandations peuvent également avoir des effets juridiques indirects s'ils créent les conditions préalables à de futurs actes juridiques contraignants ou si l'institution communautaire en question se lie elle-même, ce qui peut, dans certaines conditions, engendrer une situation de confiance légitime. » (voir : L'ABC du droit communautaire par Klaus-Dieter Borchardt <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/>).

Les effets d'une recommandation ont également été analysés dans l'Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 13 décembre 1989 ; S. G. contre Fonds des maladies professionnelles ; Affaire C-322/88.

Les attendus importants de cet arrêt sont contenus dans les points 13, 16, 17 et 18.

Il en découle que « les recommandations qui, selon l'article 189, cinquième alinéa, du traité, ne lient pas, sont généralement adoptées par les institutions de la Communauté lorsqu'elles ne détiennent pas, en vertu du traité, le pouvoir d'adopter des actes obligatoires ou lorsqu'elles estiment qu'il n'y a pas lieu d'édicter des règles plus contraignantes. Dès lors qu'elles constituent des actes qui, même à l'égard de leurs destinataires, ne visent pas à produire des effets contraignants, elles ne sauraient par elles-mêmes créer des droits dans le chef des justiciables dont ceux-ci pourraient se prévaloir devant les juges nationaux.

Cependant, étant donné que les recommandations ne peuvent être considérées comme des actes dépourvus de tout effet juridique, les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant. »

Dans ses conclusions présentées le 10 octobre 1989 l'avocat général Mischo avait également retenu qu' « une recommandation ne prescrit par définition aucune obligation de résultat à atteindre. Les États membres auxquels elle est adressée ne sont donc pas seulement libres de choisir la forme et les moyens pour la transposer en droit national, ce qu'ils peuvent faire dans le cas d'une directive, mais ils sont carrément libres d'y donner suite ou non. Aussi est-il indifférent d'examiner si oui ou non les dispositions d'une recommandation laissent aux États membres une certaine marge d'appréciation discrétionnaire quant à leur transposition en droit national ou leur permettent d'en conditionner ou restreindre l'application. »

Il résulte de tout ce qui précède que la présente juridiction doit tenir compte du Code de conduite européen mais qu'elle ne saurait en déduire des conséquences juridiques seulement dans la mesure où elle pourrait identifier des dispositions nationales prises dans le but d'assurer sa mise en œuvre, ou encore, lorsqu'elle pourrait se baser en outre sur des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant.

Les parties demanderesses invoquent deux éléments qui équivaldraient à des dispositions nationales prises dans le but d'assurer la mise en œuvre du Code de conduite européen au Luxembourg :

La publication au Mémorial B n°29 en date du 25 juin 1979 et une circulaire du Commissaire au contrôle des banques du 7 mai 1979 qui spécifie qu'une mission de

surveillance quant à l'application du Code de conduite européen sur le plan national a été confiée au Commissaire du Gouvernement près de la Bourse de Luxembourg, à la Société de la Bourse de Luxembourg et au Commissariat au contrôle des banques.

Le Mémorial B contient des actes administratifs individuels (insérés par extraits), des circulaires, des avis, des relevés et des informations diverses (arrêté royal grand-ducal modifié du 20 avril 1854 concernant la publication du Mémorial législatif et administratif; règlement grand-ducal modifié du 9 janvier 1961 relatif aux trois recueils du Mémorial). La publication d'une Recommandation européenne au Mémorial B ne saurait par conséquent avoir d'autre effet qu'une information au public. Elle n'y ajoute aucune force contraignante.

La circulaire du Commissaire au contrôle des banques du 7 mai 1979, pour sa part, porte le contenu de la Recommandation à la connaissance des destinataires et les invite à lui faire parvenir leurs commentaires éventuels sur le code en question, « en vue de permettre aux organes de surveillance de connaître les difficultés qui pourront éventuellement résulter de l'application du Code de conduite. »

Il en résulte que si l'on peut observer une certaine volonté de faire respecter les objectifs du Code de conduite par les autorités de contrôle nationales concernées, l'on n'est pour autant pas en présence de dispositions nationales positives prises en vertu de la Recommandation et que le Code de conduite pourrait aider à interpréter.

Ainsi reste-t-on en présence d'une Recommandation communautaire qui a certes été diffusée sur le plan national, mais qu'aucune disposition de droit interne n'est venue mettre en œuvre.

La conclusion de la CSSF dans son courrier du 14 août 2001 dans lequel elle écrit que « nonobstant que l'on ne saurait attribuer une force obligatoire au Code de conduite européen, nous sommes d'avis qu'il aurait appartenu aux personnes concernées, de tenir compte, à l'occasion de l'opération en question, des dispositions de ce code » reste par conséquent une appréciation dépourvue d'effets juridiques.

En effet, à défaut de disposition interne, le vœu qu'une « égalité de traitement devrait être assurée à tout détenteur de valeurs mobilières de même nature, émises par la même société » exprimé dans la Recommandation n'autorise pas de sanction judiciaire.

Pour le reste, il découle de l'examen des dispositions nationales qui ont été citées par les parties demanderesse que celles-ci n'ont pas été prises sur base du Code de conduite

européen et qu'elles n'ont pas eu pour objectif d'assurer sa mise en œuvre sous quelque forme que ce soit. b) La proposition de 13e Directive

La Commission européenne a présenté le 2 octobre 2002 une proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition.

L'article 5 de cette proposition est rédigé comme suit :

« Protection des actionnaires minoritaires; offre obligatoire ; prix équitable

1. *Lorsqu'une personne physique ou morale vient, à la suite d'une acquisition faite par elle-même ou par des personnes agissant de concert avec elle, à détenir des titres d'une société au sens de l'article 1er, paragraphe 1, qui, additionnés le cas échéant à ceux qu'elle détient déjà et à ceux des personnes agissant de concert avec elle, lui confèrent directement ou indirectement un pourcentage déterminé de droits de vote dans cette société et lui donnent ainsi le contrôle de cette société, les États membres veillent à ce que cette personne soit obligée de lancer une offre en vue de protéger les actionnaires minoritaires de cette société. Cette offre est adressée dans les plus brefs délais à tous les détenteurs de titres et porte sur la totalité de leurs titres, à un prix équitable.*

2. *L'offre obligatoire prévue au paragraphe 1 n'est plus d'application lorsque le contrôle a été acquis à la suite d'une offre volontaire faite conformément à la présente directive à tous les détenteurs de titres pour la totalité de leurs titres.*

3. *Le pourcentage de droits de vote conférant le contrôle aux fins du paragraphe 1 et son mode de calcul sont fixés par la réglementation de l'État membre dans lequel la société a son siège social.*

4. *Est considéré comme un prix équitable, le prix le plus élevé payé pour les mêmes titres par l'offrant, ou par des personnes agissant de concert avec lui, pendant une période de six à douze mois précédant l'offre prévue au paragraphe 1.*

Les États membres peuvent autoriser les autorités de contrôle à modifier le prix prévu au premier alinéa dans des circonstances et selon des critères clairement déterminés. A cette fin, ils dressent une liste de circonstances dans lesquelles le prix le plus élevé peut être modifié, vers le haut ou vers le bas, comme, par exemple, si le prix le plus élevé a été fixé par accord entre l'acheteur et un vendeur, si les prix de marché des titres en cause ont été manipulés, si les prix de marché en général ou en particulier ont été affectés par des événements exceptionnels, ou pour permettre le sauvetage d'une entreprise en détresse. Ils peuvent également définir les critères à utiliser dans ces cas, comme, par exemple, la valeur moyenne du marché sur une certaine période, la valeur de liquidation de la société ou d'autres critères objectifs d'évaluation généralement utilisés dans l'analyse financière. Toute décision des autorités de contrôle qui modifie le prix équitable doit être motivée et rendue publique.

5. *La contrepartie proposée par l'offrant peut être constituée exclusivement de titres liquides. Lorsque la contrepartie proposée par l'offrant ne consiste pas en titres liquides admis à être négociés sur un marché réglementé, les Etats membres peuvent prévoir que cette contrepartie doit inclure des espèces, au moins comme option.*

Dans tous les cas, l'offrant doit proposer, au moins comme alternative, une contrepartie en espèces lorsque, à titre individuel ou avec des personnes agissant de concert avec lui, dans une période commençant au moins trois mois avant le lancement de son offre en application de l'article 6, paragraphe 1, et se terminant avant la fin de la période d'acceptation de l'offre, il a acquis en espèces plus de 5% des titres ou des droits de vote de la société visée.

6. *La Commission adopte, conformément à la procédure visée à l'article 17, paragraphe 2, les modalités d'application des paragraphes 4 et 5 du présent article.*

7. *Outre la protection prévue au paragraphe 1, les États membres peuvent prévoir d'autres instruments destinés à protéger les intérêts des détenteurs de titres, dans la mesure où ces instruments ne gênent pas le déroulement normal de l'offre.*

Dans l'exposé des motifs, la proposition revient en détail sur l'évolution historique et les efforts infructueux pour aboutir à une directive :

« Dans son Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur de 1985, la Commission avait annoncé son intention de proposer une directive sur le rapprochement des législations des Etats membres en matière d'offres publiques d'acquisition. Le 19 janvier 1989, la Commission a présenté au Conseil une première proposition de Treizième Directive en matière de Droit des Sociétés concernant les offres publiques d'acquisition. Le 10 septembre 1990, la Commission a adopté une proposition modifiée prenant en compte les avis du Comité économique et social et du Parlement européen.

Il s'agissait alors d'un texte ambitieux, visant une harmonisation détaillée dans le domaine des offres publiques d'acquisition, qui s'inscrivait dans un contexte économique favorable. Cependant, la situation économique évoluant, la proposition rencontra une forte opposition de certains Etats membres. Par conséquent, la Commission a indiqué dans sa Déclaration au Conseil concernant la subsidiarité, lors du Sommet d'Edimbourg en décembre 1992, et confirmé au Conseil européen d'Essen, en décembre 1994, qu'elle se proposait de revoir sa proposition sur la base de consultations avec les Etats membres entreprises dès juin 1993.

Le 8 février 1996, la Commission a donc présenté au Conseil et au Parlement européen une nouvelle proposition de Treizième Directive en matière de Droit des Sociétés concernant les offres publiques d'acquisition (OPA). Il s'agissait alors d'une directive « cadre », résultant des consultations avec les Etats membres et établissant des principes généraux sans tenter de réaliser une harmonisation détaillée. Fin 1997, la Commission a adopté une proposition modifiée prenant en compte les avis du Comité économique et social et du Parlement européen.

Le 19 juin 2000, le Conseil a adopté sa position commune à l'unanimité. En décembre 2000, le Parlement européen, en deuxième lecture, a proposé un certain nombre d'amendements qui n'étaient pas de nature à recueillir l'accord du Conseil. La procédure de conciliation qui suivit fut clôturée par un accord au sein du Comité de Conciliation, le 6 juin 2001.

Le 4 juillet 2001, le Parlement européen s'est divisé pour rejeter le texte de compromis par 273 contre 273. La décision du Parlement européen était motivée essentiellement par trois courants politiques : (1) le rejet du principe selon lequel les dirigeants d'une société visée doivent, pour adopter des mesures de défense contre une offre, obtenir d'abord l'autorisation des actionnaires après le lancement de cette offre, et cela tant qu'il n'existe pas de « level playing field » pour les sociétés européennes face aux offres publiques d'acquisition ; (2) le regret de l'insuffisance de protection prévue dans cette directive pour les employés des sociétés impliquées dans une offre publique d'acquisition ; (3) le manque de « level playing field » avec les Etats-Unis résultant de la proposition.

Pourtant, le Conseil européen de Lisbonne avait placé cette directive, qui fait partie du Plan d'action des services financiers, parmi les priorités pour l'intégration des marchés européens financiers européens d'ici à 2005. Cet avis est partagé par l'UNICE, qui a exprimé à maintes reprises la nécessité d'un cadre commun pour les offres publiques d'acquisition transfrontières. Le Parlement européen lui-même a reconnu l'utilité et l'importance d'une directive dans ce domaine.

Dans ce contexte et dans le cadre de la réalisation du Plan d'action des services financiers, la Commission juge essentiel de fournir un cadre européen aux offres publiques d'acquisition transfrontières.

En effet, ces opérations peuvent contribuer au développement et à la réorganisation des entreprises européennes, une condition indispensable pour affronter la concurrence internationale et pour développer un marché de capitaux unique. Cependant, elles sont encore soumises à des réglementations nationales très diverses et soulèvent de nombreuses questions quand elles se réalisent entre plusieurs Etats membres, comme celles du droit applicable ou des autorités compétentes. Ces incertitudes ne sont ni acceptables ni même souhaitables à l'intérieur de l'Union européenne.

Par conséquent, la Commission a décidé de présenter une nouvelle proposition de directive.

Cette nouvelle proposition a pour ambition de répondre aux soucis du Parlement européen sans compromettre les principes fondamentaux qui avaient été approuvés à l'unanimité dans la position commune du Conseil du 19 juin 2000...

La nouvelle proposition poursuit les mêmes objectifs que la précédente : outre les objectifs généraux d'intégration des marchés européens conformément au plan d'action des services financiers et d'harmonisation en faveur des restructurations d'entreprises, elle vise, d'une part, à renforcer la sécurité juridique des opérations d'offres publiques

d'acquisition transfrontières, au bénéfice de toutes les parties concernées, et, d'autre part, à assurer la protection des actionnaires minoritaires au cours de telles opérations. Elle crée un cadre à l'action des Etats membres en imposant certains principes et un nombre limité d'exigences générales, tout en permettant aux Etats membres d'arrêter les règles détaillées d'application conformément à leurs pratiques nationales, à condition que les différences ne soient pas de nature à remettre en cause l'application de la directive au niveau communautaire.

La nouvelle proposition couvre le même champ d'application et contient les mêmes principes fondamentaux que la précédente. Cependant, elle a été complétée pour répondre aux amendements adoptés par le Parlement européen sur la précédente proposition. En cela, la proposition suit les recommandations faites à la Commission dans le « rapport Winter » en ce qui concerne une définition commune du « prix équitable » (article 5) et l'instauration d'un droit de retrait obligatoire (article 14) et d'un droit de rachat obligatoire (article 15) à la suite d'une offre publique d'acquisition... »

L'historique a le mérite de souligner les difficultés techniques importantes qui se posent au sujet de l'harmonisation européenne.

Mais l'objectif de l'article 5, qui est de veiller à ce que la protection des actionnaires minoritaires reste assurée dans tous les cas où une personne physique ou une entité juridique prend le contrôle d'une société cotée en bourse à la suite d'une acquisition, n'a pas varié au fil des propositions.

Il existe donc un consensus politique européen au sujet de la nécessité d'une protection des actionnaires minoritaires.

Toutefois, ce consensus général n'a pas trouvé sa concrétisation dans une directive.

L'on est donc en présence d'un objectif politique mais non d'une norme juridique.

Or seule une norme juridique saurait, a priori, engendrer une sanction judiciaire.

Le principe général du droit d'égalité des actionnaires

Les demandeurs estiment toutefois que la norme juridique d'égalité des actionnaires n'aurait pas besoin d'être exprimée sous forme d'un texte spécifique alors qu'elle serait reconnue comme principe général du droit, à l'instar d'autres principes généraux du droit comme l'abus de droit.

Une interprétation téléologique des principes généraux consisterait précisément à dégager de l'évolution des mœurs de nouvelles règles.

Il serait donc indispensable de combiner l'application et l'interprétation des dispositions du droit des sociétés avec les développements, nationaux et communautaires, d'un droit boursier qui, tout en se fondant sur le droit des sociétés, le compléterait en vue de la protection d'actionnaires qui n'apparaîtraient plus, comme dans le droit des sociétés classique, à titre purement individuel, mais qui constitueraient une masse, particulièrement digne de protection, celle du public et, dans les sociétés contrôlées par un ou plusieurs actionnaires, du capital flottant généralement qualifié de « free float ».

Le principe général de l'égalité de traitement se dégagerait ainsi, outre du droit des sociétés, notamment du règlement intérieur de la Bourse de Luxembourg (article 7), de la Recommandation de la Commission européenne du 25 juillet 1977, 77/534 CEE et du Code de conduite qu'elle contient ainsi que de la déontologie des affaires.

ASBL1.) insiste d'ailleurs surtout sur les normes déontologiques puisqu'elle regrouperait les actionnaires qui n'apparaîtraient plus à titre purement individuel, mais qui constitueraient une masse, particulièrement digne de protection, celle du public. Il s'agirait de veiller à ce qu'un minimum de règles de bonne conduite soit respecté et réceptionné par la jurisprudence au titre de principes généraux de droit.

La définition du principe général de droit

Les parties demanderesses se réfèrent à l'article « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux » du Procureur général W. Ganshof van der Meersch (du 1er septembre 1970, J.T. 1979, pp 557 et suiv. et pp. 581 et suiv.) qui examine en détail les principes généraux du droit reconnus et qui développe la thèse d'après laquelle un principe général de droit est une source de droit à part entière.

Elles soulignent que le droit luxembourgeois connaît également cette notion et que la jurisprudence aurait notamment reconnu l'abus de droit en tant que principe général, bien avant sa consécration par l'article 6-1 du Code civil.

Les parties défenderesses ne contestent pas qu'il puisse exister des principes généraux du droit.

Mais elles contestent l'existence d'un principe général du droit qui s'appellerait « égalité de traitement » ou « égalité des actionnaires » selon les termes choisis par les minoritaires et qu'un tel principe pourrait s'appliquer en la présente matière de la manière indiquée par ces parties.

Il ne saurait faire de doute que la théorie du principe général du droit s'applique au Luxembourg.

La Cour de Cassation luxembourgeoise en a fait une application, le plus souvent négative, en retenant l'inexistence du principe invoqué, comme par exemple :

« Aucune disposition constitutionnelle ou légale, ni aucun principe général du droit ne ... (soustrait cependant l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ou de son pouvoir de tutelle, à l'obligation résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil de réparer le dommage causé à autrui par sa faute) (Cour 22.11.1995, Pas. 30 p. 167 ; Cass. belge 13.5.82 J.T. 1982, p 772 et s.). »

Elle en a également fait une application positive dans certains cas :

« L'impartialité de la juridiction est un principe général du droit qui découle également, d'une façon identique, de l'article 6.1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 29 août 1953 (Cour de Cass. 06/01/1994, 2/94, LJUS 99416624). »

Pierre PESCATORE (Introduction à la science du droit, nos 71 et 72) définit les principes généraux du droit comme un ensemble de principes directeurs qui, sans avoir le caractère précis et concret des règles du droit positif, n'en servent pas moins d'orientation dans l'application et dans le développement de l'ordre juridique...

Quelques-uns de ces principes sont écrits, p.ex. dans les Constitutions, dans les déclarations de droits ou dans des documents politiques... mais la plupart des principes généraux ne représentent rien d'autre que des idées, c.-à-d. des convictions juridiques, politiques ou philosophiques qui servent d'orientation à l'activité des juristes.

Le même auteur ajoute que les principes généraux du droit ont une grande valeur, à plusieurs égards, mais qu'il ne faut cependant pas en abuser.

« Les principes font du droit un système cohérent en ce sens qu'ils permettent d'assurer l'unité systématique du droit au milieu du désordre des règles positives. Grâce aux principes, l'ordre juridique est plus qu'un mosaïque de textes légaux incohérents et de décisions judiciaires éparses ; les principes permettent d'ordonner le droit et de le développer selon certaines inspirations fondamentales.

Pour la même raison, les principes ont une grande valeur didactique en ce sens qu'ils forment des « points de repère » permettant de situer et d'ordonner les règles de droit en fonction de certaines idées directrices.

Pour le surplus, les principes apportent un élément de souplesse dans l'application du droit. Ils font prévaloir l'esprit du droit sur la lettre, le sens commun sur la technique, la justice sur la simple légalité, par le fait qu'ils permettent de pénétrer, par delà le droit positif, jusqu'aux inspirations profondes de notre ordre social.

Ceci dit, il faut indiquer la limite des principes généraux. Ils sont, par nature, des orientations générales et flexibles, mais ils ne sont pas des règles de droit positif. C'est-à-dire que les principes peuvent nous acheminer vers une solution, mais il serait inapproprié d'y chercher des solutions toutes faites. Ils sont trop généraux, trop abstraits, trop vagues, pour servir de prémisse à une déduction juridique. » (ibidem)

L'adhésion du juge à un principe général du droit est l'aboutissement d'un processus démonstratif dont les prémisses sont puisées dans l'arsenal juridique existant et dont la conclusion n'est en définitive, admissible, que si elle n'apparaît pas incompatible avec celui-ci (voir Xavier DIEUX, Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, essai sur la genèse d'un principe général du droit, 1995, n° 34).

Et, même si la recherche par le juge de la norme pertinente est susceptible de comporter une certaine créativité, lorsque l'arsenal des dispositions légales et réglementaires ne la lui fournit pas immédiatement, l'exercice de la fonction juridictionnelle n'est pas véritablement créateur de la norme en cause (ibidem, n° 30)

En l'espèce, il convient par conséquent de rechercher si, en dehors des dispositions légales cidessus examinées et qui sont insuffisantes pour sanctionner les opérations critiquées par les parties demanderesse, d'autres indications viennent conforter la thèse de l'existence d'un principe général du droit d'égalité de traitement des actionnaires, qu'il faudrait reconnaître en droit luxembourgeois.

Il faudra de même examiner si certains éléments ne viennent pas, le cas échéant, contredire l'existence d'un tel principe.

L'égalité des actionnaires vis-à-vis de la société (le contrat de société)

Pour asseoir leur théorie du principe général du droit de l'égalité des actionnaires, les demandeurs procèdent surtout à des développements sur le contrat de société.

Le jus fraternitatis exprime l'esprit de collaboration et d'égalité qui doit régner entre les associés.

L'affectio societatis suppose que les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes (Cour de Cass. fr. 3.1. 1986, Rev. f. Soc. 1986, p. 585).

Ainsi, l'égalité entre actionnaires suppose-t-elle que chaque titulaire d'actions d'une même catégorie bénéficie du même traitement que les autres titulaires d'actions de même catégorie : égalité dans le droit de vote, dans le droit à l'information, dans le droit aux bénéfices, dans le droit de négocier les titres. L'égalité de traitement s'entend dans les droits et prérogatives de l'associé au sein de la société : ainsi le pacte social ne peut conférer à certains un sort privilégié ; de même, les mécanismes sociaux ne doivent être détournés à l'avantage des uns et au détriment des autres (Rec. DALLOZ SIREY 1972, D. Schmidt, Chronique XXXIII, quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle).

Mais la question qui se pose est de savoir s'il y a nécessairement égalité entre les actionnaires, en dehors du fonctionnement de la société, si le traitement égalitaire n'a pas été imposé par la loi ?

La grande majorité des auteurs estime que le principe d'égalité entre actionnaires est limité aux rapports sociaux et qu'il ne s'étend pas davantage et qu'il n'y a pas d'égalité entre actionnaires envers les tiers. Soutenir le contraire conduirait à des solutions inadmissibles : si un minoritaire désire céder sa participation, d'autres minoritaires pourront-ils exiger du cessionnaire le rachat de leurs droits ? Si deux actionnaires cèdent leurs titres à un même acquéreur, pourront-ils exiger de lui qu'il paye à chacun le même prix ? La réponse négative est évidente. L'égalité entre actionnaires n'existe que dans les rapports sociaux (Rec. DALLOZ SIREY 1972, chronique précitée).

Il n'en reste pas moins que dans la pratique, les minoritaires sont lésés en ce que leurs actions sont moins recherchées, donc sous-évaluées par rapport à celles qui permettent à un actionnaire d'acquérir la majorité. En effet, la valeur de l'action est directement fonction de son pouvoir dans le vote.

Pour certains auteurs, cette différenciation ne crée nullement une rupture d'égalité entre actionnaires mais provoque simplement une différenciation de valeur des droits sociaux (voir D. Schmidt, précité).

D'autres, par contre, ont estimé qu'il y avait rupture du devoir fiduciaire et de la nécessité d'un traitement égal des actionnaires en cas de cession privée d'une participation de contrôle (voir étude de L. SIMONET, L'égalité entre les actionnaires de la société anonyme, R.P. des sociétés, 1997, n° 6724, n° 20, p. 245).

Les décideurs politiques qui ont voulu tempérer « les effets du système libéral qui privilégie la loi de la majorité, sans pondération tenant compte des droits des minoritaires », ont cherché à réglementer les situations comme celle de l'espèce. A défaut d'une harmonisation européenne, de nombreuses réglementations nationales ont vu le jour mais certains Etats n'ont pas encore pris de dispositions légales spécifiques.

Un certain consensus européen sur la protection des minoritaires mais des mesures très disparates

Le Code de conduite européen avait déjà introduit un certain choix pour les mesures tendant à la sauvegarde des intérêts des minoritaires : Possibilité de cession des titres à des conditions identiques ou protection pouvant être considérée comme équivalente.

Les solutions retenues par les différentes législations nationales sont par voie de conséquence très différentes. L'offre publique n'est pas partout nécessaire, le prix à offrir tient compte de critères différents et les seuils de contrôle varient de 20% à 66%.

Les différents systèmes nationaux sont examinés en détail dans le livre de Viviane de Beaufort : « Les OPA en Europe » (Economica, 2001) que les parties demanderesses ont produit en cause. a) Le droit belge a1) La pratique administrative

Les parties demanderesses insistent sur la pratique générale de la Commission Bancaire et Financière belge avant l'arrêté royal du 8 novembre 1989.

Celle-ci avait écrit dès son rapport annuel 1965 :

« Ces deux espèces, dans lesquels les actionnaires majoritaires, membres à ce titre du conseil d'administration, se désintéressèrent entièrement des actionnaires minoritaires et du public actionnaire, dans des conditions qui heurtent le sens le plus fruste de l'équité, ainsi que d'autres cas où ce caractère était moins accusé et dont la Commission a eu connaissance, posent la question de savoir si, sur le plan de la déontologie des affaires, le principe de l'égalité des actionnaires ne s'étend pas au-delà du fonctionnement interne de la société et si l'actionnaire majoritaire auquel la gestion des affaires sociales est confiée peut, dans les actes sortant de cette gestion mais susceptibles d'avoir des répercussions graves sur les intérêts de ses associés, auxquels le lie l'affectio societatis, ignorer entièrement ces intérêts pour ne poursuivre que la maximalisation de son intérêt propre. »

Le rapport annuel de la CBF de 1978-1979 énonce 4 recommandations :

« I. Celui qui envisage de céder une participation de contrôle et celui qui souhaite l'acquérir sont invités à prendre contact, sans délai et avant de conclure, avec la Commission bancaire.

II. En raison des conséquences qu'elle peut avoir pour les autres associés, une cession privée d'une participation de contrôle doit tenir compte du droit de tous les actionnaires d'être traités de la même façon.

III. Le conseil d'administration de la société dont le contrôle va être cédé doit veiller à ce que tous les actionnaires soient traités de la même façon. L'actionnaire majoritaire qui n'est ni présent ni représenté directement ou indirectement au conseil d'administration ne peut, de son côté, se désintéresser des conséquences que peut avoir la cession de sa participation.

IV. Si un surprix ou « prime de contrôle » est payé, il ne peut être mis directement ou indirectement à charge de la société. Il doit être réparti entre tous les actionnaires ».

a2) L'arrêté royal du 8 novembre 1989

Ce texte règle désormais la matière en Belgique et précise les conditions de déroulement des OPA.

Une offre d'achat de titres doit porter sur les titres d'une société cotée représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote, ainsi que les titres donnant droit à la souscription, à l'acquisition ou à la conversion en de tels titres (art. 1^{er}, § 3 de l'arrêté royal du 8 novembre 1989).

L'offre doit porter, en principe, sur la totalité des titres de la société cible non encore détenus par l'offrant (art. 3, al. 1, 1^o). Une offre partielle est possible lorsqu'elle aboutit à la détention de moins de 10 % des droits de vote (art, al. 2, arrêté 1985).

En outre, la totalité des fonds nécessaires à la réalisation de l'offre doit être disponible soit sur un compte en banque, soit sous forme d'un crédit irrévocable auprès d'un établissement de crédit. Ces fonds doivent être bloqués pour assurer le paiement du prix d'achat des titres acquis dans le cadre de l'offre ou être affectés exclusivement à cette fin (art. 3, al. 1, 2^o).

De même, en cas d'offre publique d'échange, l'offrant doit disposer soit des titres à offrir en contrepartie, soit du droit de les émettre 3 ou de les acquérir en nombre suffisant et dans le délai prévu pour le paiement (art. 3, al. 1, 3^o).

Si, après réception de l'avis de la CBF par la cible et l'offrant, des contacts sont établis entre ces derniers, ils doivent l'un et l'autre veiller à l'égalité de traitement de tous les actionnaires de la cible et tenir la CBF informée (art. 9).

À dater de l'avis de l'offrant à la CBF (art. 12), l'offre ne peut plus être modifiée sauf dans un sens plus favorable pour les actionnaires de la cible (voir Viviane de Beaufort, précité, p. 130).

b) Le droit français

L'offre publique d'achat a été introduite en droit français en 1989.

Actuellement, en France, c'est une conception extensive de l'OPO (offre publique obligatoire) qui a été retenue : l'article 15 de la loi du 2 août 1989 telle que modifiée en 1992 institue l'Offre Publique d'achat à 100% et l'article 5-2-2 du Règlement Général Conseil des Bourses de Valeurs, à présent article 5-1-2 du règlement général du CMF précise que « l'offre publique doit viser la totalité des titres de capital et donnant accès au capital ou aux droits de vote de la société visée ». C'est-à-dire que l'offre concerne également le capital différé constitué par les obligations convertibles, les actions avec bons de souscription, etc. toute personne acquérant, seule ou de concert, plus d'un tiers des titres ou droits de vote d'une société cotée, est tenue de lancer une Offre Publique d'achat sur la totalité du capital restant, sans possibilité de rétractation (voir Viviane de Beaufort, précité, p. 267). c) Le droit allemand

L'Allemagne a seulement légiféré par le « Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz » du 20 décembre 2001.

Les parties demanderessees sont toutefois d'avis que l'arrêt du Bundesgerichtshof du 25 novembre 2002 démontrerait que la législation et la jurisprudence allemandes auraient déjà préalablement protégé les minoritaires par la voie de la sauvegarde du droit de propriété.

d) D'autres droits européens ne connaissent pas de disposition spécifique

Il en est ainsi notamment de la Grèce et du Danemark. Aux Pays-Bas il n'existe pas de réglementation de l'acquisition du contrôle mais diverses dispositions obligatoires sur les offres publiques d'achat.

La position (politique) luxembourgeoise

Le sort de la **SOC17.)** de l'époque et de **SOC10.)** a intéressé les parlementaires et le Gouvernement luxembourgeois à plusieurs reprises.

L'intérêt a porté surtout sur la question de la concession que l'Etat luxembourgeois avait accordée à la **SOC17.)**.

Le dispositif de concession prévoyait en effet que le Gouvernement devait donner son assentiment préalable en cas de changement au niveau de l'actionnariat de l'entité contrôlant **SOC17.)**.

C'est dans cette optique que **SOC10.)**, **SOC9.) AG**, **SOC8.) S.A.** et **SOC12.)**

S.A. ont demandé l'accord du Gouvernement luxembourgeois pour la cession des actions détenues par **SOC8.)** dans **SOC10.)** à **SOC9.) AG**.

Dans sa réponse du 23 mai 2001, le Premier Ministre « ... note avec satisfaction que **SOC9.)** est prête à s'engager à assumer à l'avenir l'ensemble des obligations résultant du protocole d'accord du 25 juillet 2000 et du cahier des charges et de plus particulièrement celle de détenir au moins 50,01% de **SOC10.)** et de respecter les engagements relatifs au maintien du siège à Luxembourg, société qui, comme je l'ai retenu de nos entretiens, restera une entité gérée de manière indépendante du groupe **SOC9.)**.

J'ai encore retenu que l'opération projetée n'affectera pas les programmes de **SOC17.)**, dont la neutralité politique sera respectée.

Dans ces conditions je peux confirmer l'accord du Gouvernement luxembourgeois à l'opération projetée. Cet accord devra se traduire ultérieurement par une adaptation du dispositif de concession.»

La protection des minoritaires a fait l'objet de quelques questions parlementaires.

Dans sa réponse à la question parlementaire n°1513 du 30 janvier 2002, le Premier Ministre **W.)** confirme l'existence d'un Protocole d'accord du 25 juillet 2000 entre le Gouvernement luxembourgeois, **SOC9.)**, **SOC16.)**, **SOC17.)** et **SOC8.)**.

Il précise que l'objectif du Protocole d'Accord était « de confirmer les engagements pris par le concessionnaire et des actionnaires de référence vis-à-vis de l'Etat luxembourgeois, au vu de l'apport de **SOC13.)** Television dans le capital de l'entité contrôlant le concessionnaire.

Le Protocole d'Accord n'avait donc pas pour objectif de protéger les actionnaires minoritaires suite aux changements intervenus. La protection des actionnaires minoritaires relève en effet de la compétence des autorités de surveillance des marchés dans le cadre des réglementations ad hoc. »

La question du député (...) du 6 janvier 1995 concernait déjà les minoritaires de la **SOC17.)**.

Dans sa réponse du 20 février 1995, le Premier Ministre **W.**) avait tout d'abord souligné que le député se trompait « quand il croit que la concession actuellement en vigueur renfermerait des protections particulières pour les actionnaires luxembourgeois En ce qui concerne le droit de regard dont le Gouvernement dispose à l'égard de tous les actionnaires indépendamment de leur nationalité, il est renvoyé au point 2 (droit de regard du Commissariat aux Bourses sur la restructuration du capital et éventuelle offre publique d'échange entre actions **SOC17.**) et actions **SOC16.**)). Dans le cas où l'honorable député songerait aux différentes dispositions régissant la composition et le fonctionnement des organes sociaux de la **SOC17.**), je voudrais préciser que ces dispositions visent la défense des intérêts nationaux d'une manière générale et non la défense d'intérêts particuliers. »

Il avait ensuite relevé que le Luxembourg ne disposait pas de législation spécifique relative aux offres publiques d'achat et offres publiques d'échange, tel que cela est le cas notamment en France et en Belgique, mais avait estimé que le droit luxembourgeois des sociétés contenait toute une série de dispositions visant à assurer la protection des actionnaires minoritaires.

Il avait expliqué cette absence de législation spécifique relative aux offres publiques d'achat et offres publiques d'échange au fait « que nous avons voulu attendre l'adoption de la treizième directive du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition afin de transposer dès le départ dans la législation nationale les dispositions y relatives.

Etant donné que le sort de cette proposition de directive est pour l'instant incertain, il convient de réfléchir s'il est utile et opportun pour le Luxembourg de se doter à l'instar de ses pays voisins d'une telle législation sans attendre l'harmonisation de ces règles au niveau de l'Union européenne. En ma qualité de Ministre des Finances, j'ai chargé le Commissariat aux Bourses d'étudier cette question et de me transmettre ses conclusions dans les meilleurs délais. »

Actuellement, il reste un fait que le Luxembourg n'a pas adopté de disposition législative allant dans ce sens.

L'absence de principe général reconnu en droit luxembourgeois

Pour les parties défenderesses, un concept aux contours incertains, qui est traité de manières diverses selon les situations et qui ne peut être rattaché à une règle de comportement généralement reconnue par le droit positif, voire même par la philosophie ou la morale, ne peut constituer le fondement d'un principe général de droit.

Il est exact que le principe général de droit est appelé à régir une série indéfinie d'applications. C'est ce qui le distingue de la règle de droit qui ne régit que les actes ou faits résultant de la situation juridique déterminée pour laquelle elle est créée.

Or, s'il peut exister un consensus politique sur le plan européen d'aller vers des solutions qui respectent le droit des minorités et qui consacrent une certaine égalité des actionnaires, ce consensus n'a pour autant pas abouti, au niveau européen, à un principe général du droit sanctionné qui s'appellerait « égalité de traitement des actionnaires » ou « égalité des actionnaires ».

En effet, le fait que le degré d'égalité n'est pas reconnu de la même manière et que plusieurs solutions techniques peuvent coexister font que le concept avancé par les parties demanderesse n'est pas suffisamment précis pour valoir principe général du droit qui devrait être reconnu comme tel dans une optique européenne.

Sur le plan luxembourgeois, l'existence du principe est contredit par l'attitude du gouvernement qui est résumée par la position exprimée dans la réponse commune du 8 février 2002 de M. X.), Ministre de la Justice, et de M. W.), Ministre des Finances, à une question parlementaire posée par le député Y.) :

« Le droit des sociétés luxembourgeois ne prévoit pas de dispositions particulières concernant les actionnaires minoritaires. Ce choix a été défendu longtemps par les milieux politiques et économiques pour donner au droit des sociétés luxembourgeois un caractère libéral et inciter ainsi des sociétés internationales à s'établir à Luxembourg.

Au cours des dernières années, le souci de protéger les actionnaires minoritaires a pris plus d'importance en Europe et au Luxembourg. Le Gouvernement tâchera de trouver un équilibre entre les intérêts des groupes industriels et financiers internationaux et ceux des actionnaires minoritaires.

L'élaboration d'un tel projet est complexe, comme le montrent les difficultés rencontrées par les discussions européennes en la matière. La Commission européenne a décidé de proposer à brève échéance une directive modifiée pour débloquer la situation créée par le rejet de sa proposition antérieure par le Parlement européen. Le Gouvernement luxembourgeois entend tenir compte de cette proposition révisée avant d'adopter un projet de loi. »

Il en découle que l'absence d'une disposition de droit positif luxembourgeois n'est pas l'expression d'une conception qui estimerait qu'une telle règle serait superflue puisque déjà contenue dans un principe général du droit, mais le fruit d'un choix politique clairement exprimé de « donner au droit des sociétés luxembourgeois un caractère libéral ».

Même si, à la lumière des événements qui font l'objet du présent procès, le Gouvernement exprime son intention de rechercher une solution qui tiendrait mieux compte des intérêts des minoritaires, une telle volonté politique n'autorise pas la juridiction saisie de reconnaître d'ores et déjà l'existence d'un principe d'égalité de traitement des actionnaires en droit luxembourgeois.

Etant donné que les prétentions des parties demanderesse et intervenantes ne s'appuient par conséquent sur aucune norme de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois, les demandes de condamnation sont à déclarer irrecevables au fond.

Il en découle par ailleurs que les demandes de production forcée de pièces, formulées par les parties demanderesse en cours d'instance, sont sans objet.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère public entendu ; vu l'ordonnance de clôture du 11 mars 2003 ; sur le rapport du juge rapporteur ;

rejette l'exceptio obscuri libelli formulée par **SOC10.)** à l'encontre de l'assignation des 21 et 22 juin 2001 et reçoit cette assignation en la forme ; reçoit les interventions volontaires en la forme ;

rejette l'exceptio obscuri libelli formulée par **SOC10.)** à l'encontre de l'assignation du 23 janvier 2003 et reçoit cette assignation en la forme ;

note que par ordonnance du juge de la mise en état du 11 mars 2003, les affaires inscrites sous les numéros 70846 et 79679 ont été jointes pour cause de connexité ;

rejette la demande de jonction des affaires enregistrées sous les numéros 70846 et 79679 avec les rôles 77618, 78179, 79212 et 79213 ;

dit qu'il convient de vérifier le droit d'égalité des actionnaires allégué selon le droit luxembourgeois ;

constate que les prétentions des parties demanderesses et intervenantes ne s'appuient sur aucune norme de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois ; déclare les demandes irrecevables au fond ;

dit que les demandes de production forcée de pièces, formulées par les parties demanderesses en cours d'instance, sont sans objet ;

condamne les parties demanderesses et intervenantes in solidum à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maîtres Georges BADEN, Guy HARLES et Jacques LOESCH, avocats concluant qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.