N° 54 / 10.
du 23.9.2010.

Numéro 2456 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-trois septembre deux mille dix.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marie-Anne STEFFEN, première conseillère à la Cour d'appel,
Astrid MAAS, conseillère à la Cour d'appel,
Gilbert HOFFMANN, conseiller à la Cour d'appel,
Jeanne GUILLAUME, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

E n t r e :

1) la société anonyme AUDIOLUX S.A., établie et ayant son siège social à L-1246 Luxembourg, 6, rue Albert Borschette, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro B 27301,

2) la société anonyme BIP INVESTMENT PARTNERS (anciennement BGL INVESTMENT PARTNERS S.A.), établie et ayant son siège social à L-2955 Luxembourg, 50, avenue J.F. Kennedy, agissant et représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro B 75324,

3) A.), demeurant à (…), (…),

4) B.), demeurant à (…),(…),

5) la société anonyme LUXIPRIVILEGE, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-1724 Luxembourg, 19-21 boulevard du Prince Henri, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro B 46388,

6) la société anonyme FOYER S.A. (anciennement LE FOYER Compagnie Luxembourgeoise S.A.), établie et ayant son siège social à L-3372 Leudelange, 46, rue Léon Laval, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro B 67199,

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

8) C.), demeurant à (…), (…) et

9) D.), demeurant à (…), (…),

10) E.), demeurant à (…), (…),

11) F.), demeurant à (…), (…),

12) G.), demeurant à (…), (…),

13) H.), demeurant à (…), (…),

demandeurs en cassation,

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

e t :

1) la société anonyme de droit belge GROUPE BRUXELLES LAMBERT, en abrégé GBL, établie et ayant son siège social à B-1000 Bruxelles, 24, avenue Marnix, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

2) la société anonyme RTL GROUP, établie et ayant son siège social à L-1543 Luxembourg, 45, boulevard Pierre Frieden, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le numéro B 10807,

3) I.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

4) J.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

5) K.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

6) L.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…), (…),

7) M.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

8) N.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

9) O.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

10) P.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group établie à (…),(…),

défendeurs en cassation,

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

11) la société BERTELSMANN AG, société par actions de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-33311 Gütersloh, Carl-Bertelsmann-Strasse 270, Postfach 111, représentée par son conseil d'administration (« Vorstand ») actuellement en fonction, inscrite au Handelsregister de Gütersloh sous le numéro HRB 3100,

12) Q.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group S.A., établie et ayant son siège social à (…), (…),

13) R.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group S.A., établie et ayant son siège social à (…), (…),

14) S.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group S.A., établie et ayant son siège social à (…), (…),

15) T.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group S.A., établie et ayant son siège social à (…),(…),

16) V.), ayant élu domicile au siège de la société RTL Group S.A., établie et ayant son siège social à (…),(…),

17) WAZ Finanzierungs-GmbH, société à responsabilité limitée de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-45128 Essen, 34-38, Friedrichstrasse, représentée par son/ses gérant(s) (« Geschäftsführer ») actuellement en fonction, inscrite au Handelsregister de Essen sous le numéro HRB 19376 (anciennement dénommée BWTV Film Verwaltungs GmbH, société à responsabilité limitée de droit allemand ayant été établie et ayant eu son siège social à D-33311 Gütersloh, Carl Bertelsmann-Strasse 270, Postfach 1111),

18) la WESTDEUTSCHE ALLGEMEINE ZEITUNGSVERLAGSGE-SELLSCHAFT E. Brost & J. Funke GmbH & Co (WAZ), société en commandite de droit allemand, établie et ayant son siège social à D-45128 Essen, 34-38, Friedrichstrasse, représentée par son associé commandité

(« Komplementär »), inscrite au Handelsregister de Essen sous le numéro HRA 4052,

défendeurs en cassation,

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

en présence de :

19) la société anonyme DEXIA LUXPART, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-1470 Luxembourg, 69, route d'Esch, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 52211,

20) la société anonyme KB LUX LUXINVEST, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-1118 Luxembourg, 11, rue d'Aldringen, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 55713,

21) la société anonyme GENERALPART, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-2951 Luxembourg, 14, rue Aldringen, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 31958,

22) la société anonyme LUX-AVANTAGE, SICAV, société d'investissement à capital variable, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 1, Place de Metz, agissant et représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 46041,

23) W.), demeurant à (…), (…)

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la présidente Marie-Paule ENGEL et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Revu l'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 2008 (No 09/08) ;

Vu l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (quatrième chambre) du 15 octobre 2009 ;

Vu le mémoire additionnel en cassation signifié le 18 février 2010 par AUDIOLUX S.A., BIP INVESTMENT PARTNERS, A.), B.), LUXIPRIVILEGE s. a., FOYER S.A., INVESTAS a.s.b.l., C.), D.), E.), F.), G.) et H.) (ci-après, collectivement, AUDIOLUX) et déposé le 26 février 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse au mémoire additionnel en cassation signifié le 11 mars 2010 par GROUPE BRUXELLES LAMBERT s.a., RTL GROUP s.a., I.), J.), K.), L.), M.), N.), O.) et P.) (ci-après, collectivement, GBL) et déposé le 12 mars 2010 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse au mémoire additionnel en cassation signifié les 11 et 12 mars 2010 par BERTELSMANN AG, Q.), R.), S.), T.), V.), WAZ FINANZIERUNGS-GmbH, WESTDEUTSCHE ALLGEMEINE ZEITUNGSVELAGSGESELLSCHAFT E. BROST & J.FUNKE & GmbH&CO (ci-après, collectivement, BERTELSMANN) et déposé le 15 mars 2010 au greffe de la Cour ;

Attendu que la Cour de cassation renvoie pour l'exposé des faits à son arrêt N° 09/08 prononcé le 21 février 2008 ;

Sur le premier moyen en cassation :

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

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

et tel que ce principe général se trouve consacré sur le plan du droit interne, entre autres (mais pas seulement) au titre de transposition des instruments communautaires précités, (i) par l'article 1833 du Code civil, (ii) par la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée, en particulier en ses articles 49-3 (1) 32-3 et 67 (4), (iii) par l'article 7 du Règlement d'Ordre Intérieur de la Bourse de Luxembourg, approuvé par règlement ministériel du 25 octobre 1996, et (iv) par les articles 3 a). 5 (1) et 5 (4) de la loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition,

- ainsi que, pour autant que de besoin, de la violation, sinon de la fausse application, de ces dispositions de droit communautaire et de droit national (à l'exception de la Directive 2004/25/CE et des dispositions de la loi du 19 mai 2006 non encore en vigueur i à l'époque des faits litigieux.)

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

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

alors que, s'agissant du droit des sociétés en général, le principe d'égalité des actionnaires en. constitue un principe fondamental unanimement reconnu comme tel, et dont les dispositions citées de la Directive 77/91 CEE et de la loi du 10 août 1915, ne constituent que des applications spécifiques, et que par application de ce principe fondamental, les actionnaires doivent être traités sur un pied d'égalité tant dans leurs rapports avec la société comme telle que dans leurs rapports entre eux-mêmes et ce en particulier en cas de cession d'une participation de contrôle moyennant paiement, au cédant, d'une prime de contrôle;

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

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

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

Quant à l'existence d'un principe général de droit communautaire relatif à l'égalité entre actionnaires :

Attendu que la Cour de justice des Communautés européennes avait été saisie par la Cour de cassation, à titre préjudiciel, de trois questions visant en substance à savoir si une série de dispositions adoptées par les institutions de la Communauté européenne dans le domaine du droit des sociétés permettaient de conclure à l'existence d'un principe général de droit communautaire relatif à l'égalité des actionnaires en vertu duquel les actionnaires minoritaires sont protégés par l'obligation de l'actionnaire dominant, acquérant ou exerçant le contrôle d'une société, d'offrir à ceux-ci de racheter leurs actions aux mêmes conditions que celles convenues lors de l'acquisition d'une participation dans cette société conférant ou renforçant le contrôle de l'actionnaire dominant, et, le cas échéant, si ce principe existait dès avant l'entrée en vigueur de la directive 2004/25/CE du Parlement et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition ;

que la Cour de justice des Communautés européennes a, par arrêt du 15 octobre 2009, dit pour droit que « le droit communautaire ne contient pas de principe général de droit selon lequel les actionnaires minoritaires sont protégés par l'obligation de l'actionnaire dominant acquérant ou exerçant le contrôle d'une société, d'offrir à ceux-ci de racheter leurs actions aux mêmes conditions que celles convenues lors de l'acquisition d'une participation conférant ou renforçant le contrôle de l'actionnaire dominant » ;

que le moyen, pour autant qu'il est tiré de la violation sinon de la fausse application d'un principe général de droit communautaire n'est donc pas fondé ;

Quant à l'existence d'un principe général de droit national relatif à l'égalité entre actionnaires :

Sur la recevabilité du moyen :

Attendu que BERTELSMANN oppose l'irrecevabilité du moyen pour être imprécis ;

Mais attendu que le moyen tel que libellé par AUDIOLUX suffit aux exigences de précision de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Attendu que BERTELSMANN conclut encore à l'irrecevabilité du moyen pour être nouveau, AUDIOLUX n'ayant pas fait état devant la Cour d'appel des articles 32-3 et 67(4) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, ni de l'article 1833 du Code civil et invoquerait donc de nouvelles bases textuelles ;

Mais attendu qu'AUDIOLUX avait, en instance d'appel, invoqué, outre l'article 1833 du Code civil, le droit commun des sociétés à l'appui de son moyen relatif à l'existence d'un principe d'égalité des actionnaires et cité notamment, dans ses conclusions du 14 septembre 2004, les articles 49-3, 32-3 et 67(5) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ;

que l'ajout d'un article supplémentaire de la loi sur les sociétés commerciales ne confère pas le caractère de nouveauté au moyen portant sur l'existence du même principe général invoqué en instance d'appel et en instance de cassation. ;

Attendu que tant GBL que BERTELSMANN soutiennent que le moyen invoqué par AUDIOLUX est mélangé de fait et de droit et comme tel irrecevable en ce qu'il exigerait que la Cour de cassation vérifie l'existence d'une prime de contrôle qui aurait été obtenue par GBL ;

Mais attendu que les juges du fond ont rejeté la demande des actionnaires minoritaires au motif que le principe général, invoqué par les parties demanderesses comme fondement de leurs prétentions, n'existe pas ; qu'ils n'ont pas statué sur l'existence d'une prime de contrôle ; que le moyen dont la Cour de cassation est saisie ne porte que sur la question de droit relative à l'existence et à la portée en droit national d'un principe d'égalité des actionnaires et sur celle de savoir si ce principe, à le supposer exister, est compatible avec le fait qu'un actionnaire, lors de la cession privée d'une participation conférant le contrôle de la société au cessionnaire, se fasse attribuer, à lui seul, une prime de contrôle ;

Attendu que, selon les parties défenderesses, la violation ou fausse application d'un principe général du droit ne peut pas donner ouverture à cassation ;

Mais attendu que les principes généraux du droit appartiennent au droit positif et peuvent être invoqués à l'appui d'un recours devant la Cour de cassation laquelle en assure le respect au même titre qu'elle censure la violation de la loi ;

que les moyens d'irrecevabilité opposés par BERTELSMANN et GBL ne sont dès lors pas fondés ;

Sur la substance du moyen :

Attendu que l'existence d'un principe général du droit peut être induite par le juge des applications particulières qu'en fait la loi dans des cas déterminés ; que dès lors que le principe est reconnu par le juge, celui-ci en déduit des applications en dehors des situations déterminées par les textes normatifs ;

Attendu que la loi du 24 avril 1983 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales a

transposé en droit national la directive 77/91CEE du 13 décembre 1976 tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'article 58**,** deuxième alinéa du Traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital ;

que la directive qui impose en son article 42 aux Etats membres de garantir dans leurs législations un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques ne vise que le traitement égal des actionnaires « pour l'application de la présente directive » « lors des augmentations et des réductions de capital » (dernier considérant) ; que la loi transposant la directive ne tend qu'aux mêmes fins ;

que l'article 49-3(1) de la loi sur les sociétés commerciales, fondé sur l'article 20 de la directive portant exception, entre autres, dans le cas d'une décision judiciaire visant à protéger les actionnaires minoritaires, à l'interdiction faite à la société d'acquérir ses actions propres prévue à l'article 49-2 de la loi et à l'article 19 de la directive, ne comporte pas de règle protégeant les actionnaires minoritaires mais se borne à préciser les conditions sous lesquelles la société peut déroger à l'application de l'article 49-2 de la loi ;

qu'il résulte de l'article 32-3 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales, article qui fait usage de la faculté prévue à l'article 29 de la directive, que même dans le cas d'augmentation du capital social, l'égalité de traitement des actionnaires n'est pas générale et absolue ;

que la loi transposant la deuxième directive sociétés en droit national se situe, comme la directive, sur le plan des relations entre la société et ses actionnaires ;

Attendu que la Recommandation 77/534/CEE de la Commission du 25 juillet 1977 portant sur un code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières ne lie pas les Etats membres quant aux résultats à atteindre ; que, bien que publiée au Mémorial B et faisant l'objet d'une circulaire du 7 mai 1979 du Commissaire au contrôle des banques sur la surveillance de l'application du code de conduite, et bien qu'intégrée dans sa partie code dans le Manuel de la Bourse, n'a pas été transposée comme règle obligatoire dans le droit national ;

que ni le troisième principe général ni la dix-septième disposition complémentaire de la Recommandation n'énoncent l'obligation d'un traitement égal de tous les actionnaires en des termes contraignants ;

qu'ils ne permettent pas d'en inférer l'existence d'un principe général de droit national d'égalité entre actionnaires ;

Attendu que le règlement d'ordre intérieur de la Bourse de Luxembourg, issu de la directive 79/279/CEE portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs, a été approuvé par le règlement ministériel du 25 octobre 1996 ;

que le point 2. sous a) du schéma C figurant à l'annexe de la directive 79/279/CEE qui énonçait que « La société doit assurer un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques » a été repris sous le titre « Traitement des actionnaires », à l'article 65, paragraphe 1, de la directive consolidée 2001/34/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs ; que cet article a été abrogé à partir du 20 janvier 2007 et remplacé par l'article 17 de la directive 2004/109 lequel ne s'applique qu'aux « Obligations d'information applicables aux émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé » ;

que la directive 79/279/CEE se limite à imposer à la société l'obligation d'assurer un traitement égal des actionnaires dans leurs rapports avec la société ;

qu'en disposant dans son article 7 A.4 du Chapitre VI « Admission des valeurs » que 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 », le règlement d'ordre intérieur de la Bourse de Luxembourg, approuvé par règlement ministériel du 25 octobre 1996, ne vise que l'égalité dans les rapports de la société avec les actionnaires, (égalité interne ou verticale des actionnaires) ;

Attendu que la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition qui impose l'obligation aux Etats membres de veiller à ce que la personne détenant, à la suite d'une acquisition, des titres d'une société qui lui confèrent le contrôle de celle-ci, fasse à tous les détenteurs de titres une offre au prix équitable déterminé, en vue de protéger les actionnaires minoritaires de cette société, offre portant sur la totalité de leurs participations, ne fait aucune référence à la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 ni à un principe général d'égalité entre actionnaires préexistant ; que cette directive a été transposée en droit national par la loi du 19 mai 2006;

que les principes généraux énoncés à l'article 3 de la directive ne constituent que des principes directeurs « aux fins de l'application de la présente directive » ;

que ni la directive ni la loi la transposant ne sont l'application d'un principe général de droit préexistant concernant l'égalité des actionnaires dans leurs relations réciproques **;**

Attendu que l'article 67(4) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales introduit par la loi du 24 avril 1983 est étranger aux faits sur lesquels l'arrêt attaqué a statué; qu'il ne concerne que le fonctionnement interne des sociétés ;

Attendu que l'article 1833 du Code civil et « l'affectio societatis », rattachée à cet article**,** ne peuvent fonder, dans les sociétés de capitaux, de principe général d'égalité des actionnaires en dehors du cadre interne de ces sociétés;

D'où il suit que les dispositions invoquées par AUDIOLUX, prises isolément et dans leur ensemble, ne permettent pas d'induire l'existence, lors de la cession par GBL de sa participation dans RTL GROUP à BERTELSMANN, d'un principe général de droit national imposant l'égalité de traitement entre actionnaires et permettant à AUDIOLUX de bénéficier d'un traitement égal à celui dont a bénéficié l'actionnaire GBL lors de la cession de sa participation conférant le contrôle de RTL GROUP à BERTELSMANN ;

que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

Sur le deuxième moyen : (subsidiaire au premier moyen)

tiré *« de la violation de la loi, en l'occurrence de la loi internationale, et plus particulièrement de l'article 234 du Traité de l'Union Européenne,*

<u>en ce que</u> la Cour d'Appel a dit l'appel dirige contre le jugement du 8 juillet 2003 non fondé et confirmé ledit jugement en particulier en ce qu'il a jugé que les prétentions des parties demanderesses et intervenantes ne s'appuient sur aucune norme de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois et declaré les demandes "irrecevables au fond", et en ce que l'arrêt a mis les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelantes, et en ce que, en statuant ainsi, l'arrêt a plus particulièrement refusé de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes d'une question préjudicielle relative à l'existence d'un principe général de droit communautaire d'égalité de traitement des actionnaires, question préjudicielle que les demandeurs en cassation avaient dans leurs conclusions du 23 septembre 2005, proposé de libeller entre autres comme suit :

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

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

(ii) dans la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières;

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

(iv) dans la Directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition en son article 3, paragraphe sub a) constituent-elles un principe général du droit communautaire au sens du considérant (8) de la susdite Directive 2004/25/CE et préexistant à cette directive ?

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

<u>aux motifs (sous réserve de ce qui sera dit au sixième moyen de cassation, formulé en ordre subsidiaire par rapport au présent moyen)</u> que "La seule référence à diverses dispositions en matière financière, qu'elles aient trait au R..0.I., au Code de conduite européen à la pratique administrative de la CBF, aux avis de la CSSF ou à la Proposition de 13e Directive —pour fournies qu'elles soient, et quoi qu'elles utilisent, à chaque fois, le même concept, ne permet pas d'en faire un principe général de droit" ; que "La nécessité qu'il y avait - en la matière – à faire intervenir le législateur, édictant des obligations précises à respecter par les intervenants sur le marché et définissant les modalités dans lesquelles le traitement égal des actionnaires doit être réalisé, témoigne à suffisance de l'inexistence d'un principe général d'égalité des actionnaires qui, juridiquement, se suffit a lui-même" ; que "Autrement dit, l'égalité entre actionnaires ne correspond pas à un principe de droit commun susceptible de lui conférer en soi une valeur juridique positive et dans lequel les actionnaires pourraient puiser un droit en toutes circonstances"; et, en guise de conclusion, que "Il suit de toutes les considérations qui précèdent que l'égalité de traitement des actionnaires ne fait pas partie du droit positif au titre de principe général de droit. <u>Procéder par voie de question préjudicielle est dès lors inutile</u>,

<u>alors que</u> si, contrairement à ce qui est soutenu au premier moyen, la Cour de cassation refusait d'exercer son contrôle sur l'existence et l'application d'un principe général du droit, y compris communautaire, d'égalité de traitement des actionnaires tel qu'invoqué à l'appui du premier moyen de cassation, et que ledit moyen soit, pour cette raison, déclaré irrecevable, il s'avérerait que l'arrêt attaqué n'était pas, sous ce rapport, ''susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne'' ; qu'une décision ne peut en effet, pour les besoins de l'application de

l'article 234 du Traité, et relativement à une question litigieuse donnée, être considérée comme susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne que pour autant que la juridiction devant laquelle ce recours est porté puisse effectivement exercer son contrôle sur ladite question ; que dans l'hypothèse envisagée (irrecevabilité d'un moyen de cassation tiré de la violation d'un principe général de droit, y compris communautaire), la Cour d'appel était par conséquent tenue de saisir la Cour de Justice d'une question d'interprétation des Actes communautaires invoqués par les appelants à moins qu'elle ne se trouve dans l'une des hypothèses, restrictivement définies par la jurisprudence de la Cour de Justice, dans lesquelles pareille saisine n'est pas obligatoire pour une juridiction dont la décision n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel en droit interne, à savoir (i) lorsque la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue, (ii) lorsque la solution à la question soulevée résulte d'une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelque soit la nature des procédures ayant donné lieu à cette jurisprudence et même à défaut d'une stricte identité des questions en litige et (iii) lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée ; que la Cour ne pouvait, dans le cas de figure envisagé, justifier son refus de saisine de la Cour de Justice en affirmant simplement qu'une saisine de la Cour de Justice était ''inutile'', sans constater ni justifier qu'on se trouvait dans l'une des hypothèses ainsi définies ; que les développements qui précèdent la conclusion, sous ce rapport, de la Cour d'appel ne constatent aucunement qu'il existerait d'ores et déjà une jurisprudence communautaire sur la question litigieuse ni que la réponse à celle-ci serait à ce point évidente qu'il n'existerait pas de doute raisonnable sur la portée des Actes communautaires en discussion ; qu'il résulte tout au contraire des développements de la Cour d'appel elle-même que la question débattue et controversée ; que dans ces conditions l'article 234 du Traité imposait à une juridiction dont la décision n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour de Justice d'une question préjudicielle,

de sorte que, en refusant néanmoins de saisir la Cour de Justice d'une telle question, et en motivant pareil refus de saisine dans les termes de son arrêt, qui n'étaient d'ailleurs pas, en l'occurrence, tirées de droit communautaire et qui n'évoquent aucun des cas de figure dans lesquels, par application de la jurisprudence de la Cour de justice, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours devant une juridiction interne peut néanmoins se dispenser de procéder au renvoi prévu à l'article 234 du Traité, la Cour a violé la disposition visée au moyen » ;

Attendu que ce moyen est devenu sans objet suite à l'arrêt de la Cour de cassation qui a renvoyé les questions proposées à titre préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes ;

Sur le troisième moyen :

tiré *« de la violation de la loi et plus particulièrement de la non-application ou de la fausse application de l'article 7 A.4 du chapitre VI du Règlement d'Ordre Intérieur de la Bourse de Luxembourg (ROI), tel qu'approuvé par le règlement ministériel du 25 octobre 1996, et de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission à une bourse de valeurs, en son annexe Schéma C, point c, a), ensemble l'article 84 de la Constitution et de l'article 4 du Code civil*

en ce que la Cour d'appel a dit l'appel dirigé contre le jugement du 8 juillet 2003 non fondé et confirmé ledit jugement en particulier en ce qu'il a jugé que les prétentions des parties demanderesses et intervenantes ne s'appuient sur aucune norme de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois et déclaré les demandes "irrecevables au fond"; et en ce que l'arrêt a mis les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelantes; et en ce que, en statuant ainsi., l'arrêt a plus particulièrement rejeté la prétention des demandeurs en cassation à bénéficier, par application de l'article 7 ROI et de la disposition correspondante de la Directive 79/279, d'un traitement égal à celui dont a bénéficié l'actionnaire GBL lors de la cession de sa participation conférant le contrôle exclusif de RTL Group à Bertelsmann,

aux motifs (sous réserve de ce qui sera dit au septième moyen de cassation, formulé en ordre subsidiaire par rapport au présent moyen) que "la Bourse de Luxembourg a informé le mandataire des "actionnaires minoritaires" par courrier du 27 août 2001 qu'elle juge que (...) les dispositions du Règlement d'ordre intérieur (...) ne pouvaient (pas) fonder une initiative de la part de la Bourse dans cette opération traitée entre actionnaires de RTL Group", que "La CSSF, dans sa prise de position du 23 novembre 2001, a estimé que l'affaire présentement en cause n'est pas visée par les dispositions de l'article 7 A.4. du chapitre VI du R.0.1", que "Un important échange de courriers a eu lieu entre les actuelles parties appelantes et les autorités en question, témoignant de leurs divergences de vue", que "Dans sa lettre du 10 octobre 2001, Maître Ernest CRAVATTE, assistant la Bourse de Luxembourg dans le dossier RTL Group, confirme que "la Bourse de Luxembourg estime ne disposer d'aucune base légale, réglementaire ou conventionnelle de nature à lui permettre d'imposer à certains actionnaires de RTL Groupe les actions telles que souhaitées par les "actionnaires minoritaires", ni de prendre à leur égard ou à celui de RTL Group une mesure coercitive dans ce contexte", et encore, en guise de conclusion, que "Il ressort de ces prises de position que les autorités luxembourgeoises ont hésité à donner à la règle de l'égalité de traitement des actionnaires qui se trouvent dans des situations identiques la même signification que les actuelles parties appelantes. Cette règle reste essentiellement doctrinale. Ses possibilités d'application. sont loin d'être

incontestées.",

alors, première branche, que en imposant à toute société cotée d'assurer un traitement égal des actionnaires dans des conditions identiques", l'article 7 du ROI, qui transpose en droit luxembourgeois la disposition correspondante de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 en son Schéma C, point c, a, confère aux actionnaires d'une société cotée le droit de bénéficier d'un traitement égalitaire; que sous ce rapport la disposition pertinente de la Directive 79/279 en son Schéma C, point c, a, et par conséquent l'article 7 du ROI de la Bourse devaient en particulier être interprétés à la lumière des principes généraux et des dispositions complémentaires de la Recommandation de la Commission des Communautés européennes du 25 juillet 1977 établissant un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, étant rappelé que selon la Cour de Justice des Communautés européennes, "les juges nationaux sont tenus de prendre les Recommandations en considération en vue de la solution de litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'ils sont de nature à éclairer l'interprétation d'autres dispositions nationales ou communautaires »; que le Troisième principe général de la Recommandation précitée requiert que dans le cas d'un transfert de droit ou de fait du contrôle d'une société, il soit tenu compte "du droit de tous les actionnaires à être traités de la même manière", tandis que la. dix-septième disposition complémentaire constate qu'il "est souhaitable que la possibilité de céder leurs titres à des conditions identiques soit offerte à tous les actionnaires de la société dont le contrôle a été transféré"; qu'une interprétation des dispositions citées au moyen à la lumière de la Recommandation commandait de ne pas limiter la portée de l'exigence d'un traitement égalitaire aux rapports directs entre la société et ses actionnaires mais de l'appliquer également, en présence d'une cession de contrôle, aux rapports entre actionnaires, tout spécialement lorsque, comme en l'espèce, ladite cession intervient entre deux actionnaires exerçant conjointement un contrôle sur la société et dont les dirigeants siègent en majorité au conseil d'administration; que les termes de la directive et du ROI ne sont nullement exclusifs de l'interprétation préconisée par les actuels demandeurs en cassation puisqu'il n'est pas simplement exigé de la société qu'elle "traite de manière égale" ses actionnaires mais bien qu'elle leur "assure un traitement égal", ce qui signifie que la société devra faire en sorte que ses actionnaires bénéficient d'un traitement égal, sans que cela ne se limite à des actes émanant de la société elle-même; que toute autre interprétation reviendrait d'ailleurs à priver de tout effet utile les dispositions visées au moyen puisqu'au niveau des rapports directs entre la société et ses actionnaires, le principe d'égalité se trouve depuis longtemps reconnu et consacré comme principe fondamental du droit des sociétés;

et alors, deuxième branche, que la contestation qui était soumise à la Cour était, selon l'article 84 de la Constitution, exclusivement du ressort des tribunaux judiciaires et ne pouvait être tranchée ni par la CSSF, ni par la Bourse, encore moins par les conseils soit de la Bourse soit des parties elles-mêmes, et ce même si les institutions nationales qualifiées d'autorités" par l'arrêt attaqué pouvaient, dans le cadre et les

limites de leur mission, émettre des avis voire auraient pu, ce qu'elles se sont cependant abstenues de faire, intervenir auprès des actionnaires majoritaires pour leur rappeler leurs devoirs, mais par la Cour d'appel elle-même qui ne pouvait se décharger sur ces prétendues autorités pour trancher, ou laisser non tranchée, la contestation qui lui était soumise; qu'il incombait donc à la Cour d'appel d'appliquer, et le cas échéant interpréter, la disposition de l'article 7 ROI - qui est assurément, quelque portée qu'on lui attribue, une disposition de droit positif issue d'une Directive communautaire - et la disposition correspondante de cette Directive elle-même, au lieu de s'en tenir à des avis divers, pour en conclure qu'il résulterait de ces "prises de position que les autorités luxembourgeoises ont hésité à donner à la règle de l'égalité de traitement des actionnaires qui se trouvent dans les situations identiques la même signification que les actuelles parties appelantes", et pour en déduire que "cette règle reste essentiellement doctrinale" et que "ses possibilités d'application sont loin d'être incontestées";

et alors, troisième branche, que les dispositions invoquées par les appelants constituent une règle de droit et nullement une "règle essentiellement doctrinale" dès lors qu'elle est énoncée par une disposition de droit national reprise d'une Directive communautaire contraignante, disposition que la Cour d'appel devait soit appliquer, après avoir procédé elle-même à son interprétation, dans la mesure où le renvoi préjudiciel était pour la Cour d'appel facultatif, soit renvoyer pour interprétation à titre préjudiciel devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, mais sur laquelle, sous peine de violation de l'article 4 du Code civil, elle ne pouvait, sous prétexte que leur portée était "loin d'être incontestée" se refuser à statuer pour cause de contestations existantes et de prétendu manque de précision quant à son champ d'application qui était précisément l'objet de ces contestations et controverses;

de sorte que, en statuant comme elle l'a fait et, en n'attachant pas aux dispositions visées au moyen la portée en droit qu'elles ont effectivement, respectivement en ne tranchant pas 1a prétendue controverse dont elles font l'objet, la Cour a violé les dispositions visées au moyen,

étant entendu que, pour statuer sur la première branche de ce moyen, en tant qu'il est fondé sur des Actes des Institutions de la Communauté Européenne, la Cour de cassation sera tenue, aux termes de l'article 234 du Traité de l'Union Européenne, et à moins qu'elle juge d'ores et déjà avec les demandeurs en cassation que l'application correcte du droit communautaire dans le sens du présent moyen de cassation s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes en vue de l'interprétation de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 portant coordination des condition: d'admission à une bourse de valeurs, particulièrement en son annexe Schéma C, point c, a) notamment au moyen de la question préjudicielle suivante:

"La Directive 79/279 du 5 mars 1979, en son Schéma C, point c, a) lorsqu'elle requiert u traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques interprétée la lumière de la Recommandation du

25 juillet 1977 établissant un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, est-elle à interprétée dès avant l'avènement de la Directive 2004/25 CEE du 21 avril 2004, en ce sens qu'en présence d'une opération de cession d'actions entre deux actionnaires exerçant conjointement un contrôle sur la société et qui ou dont les dirigeants siègent en majorité au conseil d'administration de celle-ci, ces actionnaires, tant le cédant que le cessionnaire, doive veiller à ce que, dans le cadre de l'opération de cession de contrôle, l'égalité de tous actionnaires soit assurée et que le cédant ne puisse pas bénéficier d'une prime de contrôle l'exclusion des actionnaires minoritaires ? »

Attendu que BERTELSMANN conclut à l'irrecevabilité du moyen au motif qu'il serait constitué par un amalgame de cas d'ouvertures de cassation et serait donc complexe ;

Attendu cependant que le moyen, divisé en trois branches, suffit aux exigences de précision de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Que le moyen d'irrecevabilité opposé n'est pas fondé ;

Sur la première branche :

Attendu que l'article 7A.4 du Chapitre VI du règlement d'ordre intérieur de la Bourse de Luxembourg, approuvé par le règlement ministériel du 25 octobre 1996, qui prévoit que l'émetteur des valeurs mobilières s'engage à assurer un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des situations identiques, correspond au point 2, sous a) du schéma C, annexé à la directive 79/279/CEE du 5 mars 1979 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs ;

que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé, dans l'arrêt du 15 octobre 2009, rendu en réponse aux questions préjudicielles posées par l'arrêt de cassation du 21 février 2008, « que la portée des dispositions susmentionnées des directives 77/91 et 79/279 est limitée à des situations bien déterminées et qu'elles n'ont pas trait à une situation telle que celle en cause dans l'affaire au principal » (point 35), que « tant les dispositions de la directive 77/91 que celles de la directive 79/279 évoquées par la juridiction de renvoi s'appliquent à des situations bien déterminées et nettement différentes de celle en cause dans l'affaire au principal » et qu'elles « se limitent, en substance, à réglementer des cas de figure très précis du droit des sociétés en mettant certaines obligations à la charge de la société pour protéger tous les actionnaires » (point 42) ;

que la Cour de justice des Communautés européennes ayant procédé à l'interprétation de la directive 79/279 CEE du 5 mars 1979 en son point 2, sous a) du schéma C annexé à la directive au regard de l'égalité dans les rapports entre actionnaires dans le cadre d'une opération

de cession de contrôle, il n'y a pas lieu de procéder au renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne sollicité par AUDIOLUX ;

Attendu que l'article 7A.4 du Chapitre VI du règlement d'ordre intérieur de la Bourse et le point 2, sous a) du schéma C figurant à l'annexe de la directive 79/279 CEE ne visent que le traitement égal des actionnaires dans leurs rapports avec la société ;

D'où il suit que la première branche du moyen n'est pas fondée ;

Sur les deuxième et troisième branches :

Attendu qu'il se dégage de la motivation de l'arrêt attaqué relative à l'article 7.A.4 du Chapitre VI du règlement d'ordre intérieur de la Bourse, que les juges du fond ont considéré que la question qui se posait était de savoir « si l'engagement tel que libellé au point 7.A. du R.O.I.. issu de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 (…) va au-delà des aspects de l'information et de la communication en relation avec les porteurs de titres et s'impose également aux cessions de participations entre actionnaires majoritaires et au changement de contrôle en résultant » ;

que la Cour d'appel**,** retenant, après avoir énoncé les prises de position de la Bourse de Luxembourg du 27 août 2001 et de la Commission de surveillance du secteur financier du 23 novembre 2001 concernant l'application du règlement d'ordre intérieur de la Bourse, que la règle de l'égalité de traitement des actionnaires qui se trouvent dans des situations identiques avec la portée lui assignée par les appelants « reste essentiellement doctrinale » c'est-à-dire ne fait pas partie du droit positif, a implicitement écarté l'interprétation donnée par les appelants à l'article 7.A.4 du Chapitre VI du règlement d'ordre intérieur et à la directive 79/ 279/ CEE et a rejeté leurs prétentions afférentes ;

D'où il suit que les deuxième et troisième branches du moyen manquent en fait et ne sauraient être accueillies ;

Sur le quatrième moyen :

tiré *« de la violation, sinon de la fausse application de l'article 1382 du Code civil, sinon du manque de base légale au regard de cette disposition.*

en ce que la Cour d'appel a dit l'appel dirigé contre le jugement du 8 juillet 2003 non fondé et confirmé ledit jugement en particulier en ce qu'il a jugé que les prétentions des parties demanderesses et intervenantes ne s'appuient sur aucune norme de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois et déclaré les demandes "irrecevables au fond"; et en ce que l'arrêt a mis les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelantes: et en ce que, en statuant ainsi, l'arrêt a plus particulièrement rejeté la demande subsidiaire des actuels demandeurs en

cassation à voir retenir la responsabilité délictuelle des actuels défendeurs en cassation pour avoir procédé à la cession d'une participation de contrôle avec prime de contrôle en n'offrant pas aux actionnaires minoritaires l'opportunité de bénéficier d'un traitement identique à celui dont a pu bénéficier le cédant, et pour avoir agi ainsi en méconnaissance d'une norme déontologique et d'une règle de bonne conduite des affaires,

aux motifs que "Si les recommandations édictées sur le plan déontologique doivent en principe être suivies, encore faut-il que l'autorité compétente pour formuler une norme de bon comportement concrétise les formes sous lesquelles les opérations doivent se faire"; que les modalités suivant lesquelles l'égalité des actionnaires en cas de cession de contrôle pourrait se réaliser n'auraient "jamais été précisées par les autorités de surveillance luxembourgeoises avant la loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25 (...) concernant les offres publiques d'acquisition"; que la circulaire de la Commission au contrôle des banques du 7 mai 1979, tout en informant ses destinataires "sur la portée juridique du Code de conduite (établi par la Recommandation de la Commission européenne du 25 juillet 1977) et sur les objectifs à atteindre" et en notant que "la mission de surveillance quant à l'application du Code a été confiée (...) par le Ministre des Finances au Commissariat du Gouvernement près de la Bourse de Commerce, à la Société de la Bourse de Luxembourg et au Commissariat au contrôle des banques", (...) ne disait mot sur les modalités ou les mécanismes à respecter en vue de la réalisation d'un traitement égalitaire des actionnaires"; que dans un courrier du 14 août 2001, la CSSF avait par ailleurs noté "Quant à sa compétence en vue d'émettre systématiquement des recommandations en l'absence de textes positifs à la base, que ni la CSSF, ni les autorités de surveillance dont elle a pris la. succession ont estimé avoir les pouvoirs nécessaires pour le faire ", et encore, en guise de conclusion, que "Force est donc de constater qu'aucune norme de bonne conduite n'a été concrètement formulée par les autorités administratives luxembourgeoises en matière de cession privée d'une participation de contrôle", que "aucune ligne de conduite n'a été préconisée par lesdites autorités", et que, par conséquent, "les "actionnaires minoritaires" ne sauraient raisonnablement prétendre à la violation d'une règle déontologique pour soutenir leurs revendications" (arrêt, pages 45 à 47).

alors, première branche, qu'une norme de bonne conduite peut exister sans que les "autorités administratives luxembourgeoises" l'aient "concrètement formulée"

de sorte que en n'examinant pas si, indépendamment d'une intervention des autorités luxembourgeoises (et des autorités tout court), les standards de bon comportement en affaires n'interdisaient pas à l'actionnaire cédant d'une participation de contrôle de s'approprier à lui tout seul, et au détriment de ses associés minoritaires, une prime de contrôle au demeurant substantielle, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil, sinon privé son arrêt de base égale au regard de cette disposition.

alors, deuxième branche, que le Code de conduite européen établi par la Recommandation le la Commission du 25 juillet 1987 fonde en lui-

même une norme déontologique telle qu'envisagée par la Cour d'appel lorsqu'il précise, en son Troisième Principe général, que, dans le cas d'un transfert de droit ou de fait du contrôle d'une société, il convient de tenir compte "du droit de tous les actionnaires à être traités de la même manière" et lorsque, en sa Dix-septième disposition complémentaire, il constate qu'il est souhaitable que la possibilité le céder leurs titres à des conditions identiques soit offerte à tous les actionnaires de la société dont le contrôle a été transféré"; qu'ainsi que les actuels demandeurs l'ont relevé dans leurs conclusions devant la Cour, et comme le Code de conduite l'a expressément rappelé, ce code de conduite a été arrêté à la suite d'une large concertation avec les milieux professionnels concernés et qu'il, cristallisait et confirmait ainsi des standards de comportement d'ores et déjà acceptés par ces milieux; que cette norme de comportement découle par ailleurs, pour autant que de besoin, de l'affectio societatis liant, au voeu, notamment, de l'article 1833 du Code civil, les actionnaires entre eux et le devoir de coopération et de bonne foi en découlant à leur charge; que par ailleurs, et sans préjudice à la première branche du présent moyen, les autorités administratives luxembourgeoises ont bien contribué à "formuler concrètement" la norme de comportement invoquée, moyennant les mesures prises par le Gouvernement et les autorités en vue d'assurer l'application et le respect de la Recommandation précitée de la Commission du 25 juillet 1977, notamment (i) par le fait du Ministre des Finances de charger le Commissaire du Gouvernement près la Bourse de commerce, la Société de la Bourse de Luxembourg et le Commissariat au Contrôle des Banques de la mission de surveiller l'application de ladite Recommandation, (ii) par le fait du service central du Gouvernement de faire publier le Code de Conduite européen au Mémorial B, 29 du 25 juin 1979, (iii) par le fait du Commissaire au contrôle des banques de diffuser le 'Code de conduite européen par sa Circulaire du 7 mai 1979, (iv) par le fait de la Bourse de Luxembourg d'inclure ce Code en français et en anglais dans son "Manuel", (y) par la prise de position de la Commission de Surveillance du Secteur Financier du 14 août 2001 émettant l'avis qu'il aurait appartenu aux personnes concernées de tenir compte, à l'occasion de opération en question, des dispositions de ce Code", prise de position qui, bien qu'intervenue après les faits litigieux, constitue la reconnaissance, par une autorité administrative luxembourgeoise, de la norme contenue au Code de conduite européen précité, et, (vi) en dernier lieu, par la lettre de la Bourse de Luxembourg adressée le 4 septembre 2002 à toutes les sociétés cotées à cette Bourse, rappelant à ces sociétés les dispositions du Code de Conduite européen et les informant de la position adoptée par la Commission de Surveillance a Secteur Financier, sur base du Code de conduite européen;

de sorte qu'en refusant de sanctionner l'inobservation, par les actuels défendeurs en cassation, notamment par GBL et Bertelsmann, de la norme déontologique et de règle de bonne conduite des affaires ainsi établie, la Cour d'appel a violé la disposition visée au moyen » ;

Sur la première branche :

Attendu qu'en disant qu'en l'absence de mise en œuvre par les autorités administratives compétentes du code de conduite européen, établi par la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977, moyennant la formulation concrète de modalités ou de mécanismes à respecter en vue de la réalisation d'un traitement égal des actionnaires en cas de cession d'une participation de contrôle, les actionnaires minoritaires ne peuvent arguer de la violation d'un devoir déontologique, la Cour d'appel n'a pas retenu qu'une norme de bonne conduite ne pourrait exister sans que les « autorités administratives luxembourgeoises » l'aient « concrètement » formulée, mais a retenu que les dispositions du code de conduite européen relatives à l'égalité des actionnaires étaient en elles-mêmes trop imprécises pour constituer des règles déontologiques de bonne conduite ;

que le premier point de la première branche du moyen manque en fait ;

Attendu qu'en écartant le code de conduite européen pour absence de formulation concrète de modalités ou de mécanismes à respecter en vue de la réalisation d'un traitement égal des actionnaires en cas de cession d'une participation de contrôle, les juges du fond ont implicitement considéré qu'il n'existait pas de standard de comportement suffisamment précis pour impliquer l'interdiction de procéder à la cession d'une participation de contrôle avec prime de contrôle sans donner aux actionnaires minoritaires l'opportunité de bénéficier d'un traitement identique à celui dont à pu bénéficier le cédant ;

D'où il suit que l'arrêt n'encourt pas les griefs visés à la première branche du moyen ;

Sur la deuxième branche :

Attendu que les juges d'appel ont retenu l'absence de comportement fautif des parties défenderesses en cassation au regard des dispositions du code de conduite européen, reconnues non contraignantes par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt du 15 octobre 2009 et qui, bien qu'ayant fait l'objet de mesures de publication et de diffusion par des autorités chargées de surveiller l'application du code de conduite, sont restées trop imprécises pour fonder un devoir d'offrir aux actionnaires minoritaires, en cas de cession d'une participation de contrôle de bénéficier des mêmes conditions que le cédant ;

que cette appréciation relève du pouvoir souverain du juge du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

D'où il suit que la deuxième branche du moyen ne saurait être accueillie ;

Sur le cinquième moyen :

tiré *« de la violation, sinon de la fausse application de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 53 du même Code*

en ce que la Cour a dit l'appel dirigé contre le jugement du 8 juillet 2003 non fondé, confirmé ledit jugement, déclaré irrecevable la demande subsidiaire des appelants tendant à être traités à égalité avec GBL sur le fondement de l'abus de droit et mis les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelants,

aux motifs que "Toute demande qui diffère de la demande introductive d'instance par l'un de ses trois éléments (à savoir parties, objet et cause) est nouvelle; que "Le demandeur originaire ne saurait — en instance d'appel — substituer à l'action par lui engagée une demande qui diffère par sa cause"; que dans l'acte introductif d'instance, les demandeurs originaires avaient, selon la Cour, critiqué "le comportement des défendeurs originaires (...) pour avoir agi en violation de la règle égalitaire des actionnaires en procédant à l'échange de la participation de 30% de GBL dans le capital de RTL Group contre une participation de 25% dans Bertelsmann, portant ainsi la participation de Bertelsmann dans RTL Group à 67%, le tout sans tenir compte des intérêts des actionnaires minoritaires"; qu'en instance d'appel, les parties appelantes avaient, selon la Cour, reproché aux intimés d'avoir abusé de leur droit de procéder à l'échange d'actions critiqué, "le cédant pour s'être approprié seul une prime de contrôle, et, le cessionnaire, pour n'avoir à payer le prix de la valeur du contrôle que pour les seules actions de la part du cédant"; que les appelants avaient encore, selon la Cour, reproché aux intimés "un comportement allant à l'encontre des intérêts des "actionnaires minoritaires" en rapport avec le free float et le retrait du titre RTL de la Bourse de Londres"; que "cette demande subsidiaire ne procède pas de la demande initialement formée; elle se fonde (...) sur des faits matériels qui diffèrent de ceux invoqués dans l'acte introductif d'instance"; et encore, en guise de conclusions, que "En invoquant l'abus de droit, les appelants n'ont pas simplement formulé une défense sous forme de réplique opposée au moyen de défense invoqué par le défendeur, mais il ont formulé une demande nouvelle de par sa cause en invoquant à l'appui de leurs prétentions des faits autres que ceux gisant à la base de leur demande initiale",

alors, première branche, que seules les demandes nouvelles, par opposition aux moyens nouveaux, sont exclues en instance d'appel et que les demandes des actuels demandeurs en cassation sont restées les mêmes tout au long des deux instances, l'argument tiré en instance d'appel. de l'abus de droit constituant tout au plus un moyen nouveau à l'appui de demandes restées inchangées; qu'à condition de ne rien changer au principe et au but de l'action "les parties sont libres de proposer en appel non seulement les moyens de droit omis en première instance niais encore les moyens de fait que les juges de première instance ne pouvaient connaître et apprécier"; que "le demandeur peut, pour la première fois en appel, proposer des faits nouveaux en tant qu'ils ne servent qu'a justifier la demande originaire (...)";

et que, sans préjudice aucun de ce qui précède, l'arrêt attaqué a en tout état de cause méconnu l'incidence de la réforme des principes directeurs du procès telle qu'elle est intervenue par la loi du 11 août 1996, qui a introduit au nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), à la Première partie, Livre premier, le titre II et en particulier la nouvelle définition de l'objet du litige par l'article 53 NCPC; que selon cette définition "l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties"; qu'il importe peu que lors de cette réforme il n'ait pas été touché au texte de l'article 592 NCPC alors qu'il est clair que cette disposition est dorénavant à interpréter selon les principes directeurs du procès tels qu'ils sont arrêtés par le titre II précité et en particulier par l'article 53 NCPC nouveau; que la notion de "prétention" ne fait qu'élargir le périmètre de la demande originaire à la fois pour la première instance et l'instance d'appel en écartant la délimitation de cette demande par la cause qui est à sa base et en n'en retenant plus que l'objet; que le commentaire de l'article 47 du projet de loi, devenu l'article 53 de la loi, le confirme en constatant que le nouveau texte "reste muet sur la notion de la cause qui, quelque définition que l'on veuille lui donner, n'est plus déterminante au titre de principe directeur du procès; qu'en retenant la cause comme l'un des "trois éléments" de "la demande introductive d'instance" sans d'ailleurs faire de restriction entre la première instance et celle d'appel, l'arrêt a méconnu la réforme des principes directeurs du procès et violé les dispositions citées au moyen;

et alors, deuxième branche, et sans préjudice de la première branche, qu'il résulte des actes introductifs d'instance des 21 et 22 juin 2001 que les actuels demandeurs en cassation faisaient expressément valoir, à l'appui de leur demande, que l'opération d'échange critiquée entre GBL et Bertelsmann "cause aux actionnaires minoritaires de RTL Group (...) un préjudice (...) en ce qu'elle réserve à la seule GBL le bénéfice d'une prime de contrôle payée par Bertelsmann qui trouve sa justification et son origine dans la valeur intrinsèque de RTL Group et qui aurait par conséquent dû bénéficier à tous ses actionnaires sans exception." (assignation, page 3) et que "Le propre de la prime de contrôle est (...) que l'acquéreur paie un prix élevé pour une partie du capital dans la perspective de n'avoir aucune prime à payer aux actionnaires minoritaires" (assignation, page 22); qu'à l'époque, les demandeurs avaient évalué à 200% la prime touchée par GBL, soit une prime d'un montant exorbitant; qu'ils avaient par ailleurs déjà mis en perspective le fait que "Bertelsmann obtient en même temps le contrôle des mouvements de bourse et de surcroît, à la suite de son contrôle total et exclusif n'aura à terme plus d'intérêt au maintien en bourse de RTL Group" (assignation, page 3); que les demandeurs avaient, au surplus, relevé dès au stade de l'exploit introductif que des auteurs considéraient que le principe d'égalité des actionnaires constituait "la traduction en droit des sociétés des principes classiques de l'abus de droit" (assignation, page 7) et que le droit de vendre une participation majoritaire était "un droit fonction (...) en ce sens que le vendeur doit se préoccuper des conséquences (...) de la cession de sa participation" (assignation, page 18); que c'est donc dès au stade de l'exploit introductif d'instance que les actuels demandeurs en

cassation ont reproché aux actuels défendeurs en cassation d'avoir, lors de l'échange critiqué, réservé au seul cédant Bertelsmann une prime de contrôle que les demandeurs évaluaient à l'époque à 200% et qu'ils ont par ailleurs fait référence au fait que le droit de cession n'était pas absolu et était donc susceptible de faire l'objet d'un usage abusif; qu'il résulte clairement des conclusions prises en instance d'appel par les actuels demandeurs en cassation (et notamment de leurs conclusions signifiées le 14 septembre 2004, §§ 90-92) que le moyen tiré de l'abus de droit était, dans son ordre principal, fondé sur le fait que lors de l'échange critiqué entre GBL et Bertelsmann, la première s'était seule attribuée une prime de contrôle dont les minoritaires étaient restés exclus et le deuxième n'avait eu à payer le prix de la valeur du contrôle que pour les seules actions acquises de la part de GBL (conclusions § 90); qu'il s'agit là d'exactement les mêmes faits et griefs que ceux dont faisait déjà état l'exploit introductif d'instance dans les passages ci-avant rappelés; que les actuels demandeurs en cassation faisaient par ailleurs valoir devant la Cour d'appel que l'abus de droit "caractérisé dans son principe indépendamment du quantum de la prime de contrôle, n'en devient que plus incontestable lorsque la prime de contrôle dont le cédant s'approprie, le bénéfice exclusif devient substantiel, voire exorbitant" (conclusions, § 92); qu'ainsi motivée la demande fondée sur l'abus de droit n'était, contrairement à ce que les juges d'appel ont cru pouvoir affirmer, aucunement fondée sur des faits matériels autres que ceux dont faisait état l'acte introductif d'instance;

et alors, troisième branche que s'il est vrai que dans son ordre "subsidiaire", le moyen tiré de l'abus de droit était fondé en partie sur des faits et circonstances qui n'avaient pas été invoqués tels quels dans l'exploit introductif d'instance et qui n'avaient pu l'être puisqu'ils n'étaient survenus que postérieurement (réduction progressive du free float, suivi du retrait de la Bourse de Londres) (conclusions, § 93) – ces faits supplémentaires ne sauraient être considérés comme ayant donné lieu à une demande nouvelle par sa cause au sens où l'a entendu la Cour d'appel (sans préjudice aucun de la première branche) alors d'une part qu'ils constituaient une suite de ceux survenus et invoqués dès l'origine et alors d'autre part qu'ils étaient survenus postérieurement à l'exploit introductif d'instance de sorte que les actuels demandeurs en cassation étaient dans l'impossibilité de les mettre en avant dans celui-ci et alors enfin que les actuels demandeurs en cassation avaient, d'ores et déjà, dans l'exploit introductif d'instance, mis ces faits en perspective comme constituant une suite probable de ceux qui venaient de se produire; qu'alors que "le demandeur ne peut substituer ni ajouter en instance d'appel à la demande originaire une demande toute nouvelle par son objet ou par sa cause n'ayant aucun lien de connexité avec la demande primitive, il peut cependant (...) former une demande additionnelle qui, tendant au même but que la demande initiale, s'y rattache intimement en raison de l'identité de cause et d'objet"(...) ; que même selon la jurisprudence la plus exigeante, "des faits non initialement invoqués peuvent (...) être invoqués, et ce même pour la première fois devant les juges du second degré s'ils ne font que compléter et corroborer les moyens déjà présentés (...)"; que les

impératifs d'une bonne administration de la justice commandent qu'il en soit ainsi a fortiori lorsque les faits ainsi invoqués ne sont survenus que postérieurement à la signification de l'exploit introductif d'instance;

de sorte que, en déclarant la demande subsidiaire des appelants fondée sur l'abus de droit irrecevable comme constituant une demande nouvelle non admissible en instance d'appel, la Cour d'appel a violé les dispositions visées au moyen. »

Sur les trois branches :

Attendu que la Cour d'appel a justement relevé que l'article 592 du Nouveau code de procédure civile n'a pas été modifié comme l'ont été les textes du Nouveau code de procédure civile français relatifs aux demandes nouvelles prohibées en appel pour en conclure que toute demande formée en appel qui diffère par un de ses éléments constitutifs, partie, objet, cause, de celle formée en première instance constitue une demande nouvelle non autorisée en appel ;

Attendu que la Cour d'appel a correctement retenu que les faits invoqués par AUDIOLUX à l'appui de sa demande fondée sur l'abus de droit visé par l'article 6.1 du Code civil, formulée pour la première fois en appel, faits souverainement constatés dans l'arrêt attaqué, constituent des faits autres et différant de ceux invoqués en première instance à l'appui de sa demande fondée sur la violation d'un principe général et d'une règle imposant l'égalité des actionnaires ;

Qu'en décidant dès lors que cette demande est nouvelle de par sa cause et en la déclarant irrecevable la Cour d'appel n'a pas violé les textes légaux visés au moyen ;

Sur le sixième moyen :

tiré « *de la violation de la loi, en l'occurrence de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure pour défaut de motivation sinon défaut de réponse à conclusions.,*

en ce que l'arrêt attaqué a rejeté les appels dirigés par les appelants à l'encontre des jugements des 8 juillet 2003 et 30 mars 2004, confirmé lesdits jugements et mis les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelants; et en ce que, en statuant ainsi, l'arrêt a plus particulièrement refusé de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes d'une question préjudicielle relative à l'existence d'un principe général de droit communautaire d'égalité de traitement des actionnaires, question préjudicielle que les demandeurs en cassation avaient, dans leurs conclusions du 23 septembre 2005, proposé de libeller entre autres comme suit:

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

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

(ii) dans la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières;

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

(iv) dans la Directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition en son article 3, paragraphe 1. sub a) constituent-elles un principe général du droit communautaire au sens du considérant (8) de la susdite Directive 2004/25/CE et préexistant à cette directive ?

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

3) En particulier, les dispositions du Code de conduite européen visé sub 1) (ii) ci-avant et de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 visée sub 1) (iii) ci-avant, lorsqu'elles imposent un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques, sont-elles à interpréter, dès avant l'avènement de la Directive 2004/25 CEE du 21 avril 2004 visée sub 1) (iv) ci-avant, en ce sens qu'en présence d'une opération de cession d'actions entre deux actionnaires exerçant conjointement un contrôle sur la société et qui ou dont les dirigeants siègent en majorité au conseil d'administration de celle-ci, ces actionnaires, tant le cédant que le cessionnaire, doivent veiller à ce que, dans le cadre de l'opération de cession de contrôle, l'égalité de tous les actionnaires soit assurée et que le cédant ne puisse pas bénéficier d'une prime de contrôle à l'exclusion des actionnaires minoritaires ?

au simple motif qu'il était "inutile" de procéder à un tel renvoi, sans autrement indiquer les raisons de cette inutilité, si ce n'est la pétition de principe selon laquelle "l'égalité de traitement des actionnaires ne fait pas partie du droit positif au titre de principe général de droit" (arrêt, page 43), ceci à la suite et, semble-t-il, sur la base de considérations étrangères au droit communautaire et, en particulier, étrangères aux dispositions des Actes de droit communautaire dont l'interprétation était demandée par renvoi devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, et ce sans que le rejet, s'il était prévu - quod non - par ce passage qui apparaît comme un obiter dictum, n'ait eu la moindre suite dans le dispositif de l'arrêt,

<u>alors que</u> les parties avaient largement, moyennant conclusions écrites et expresses, conclu relativement à la portée de ces Actes communautaires (cf. en particulier, acte d'appel du 8 octobre 2003, nos 16-17; conclusions du 14 septembre 2004, nos 8, 9, 24-29, 30-32, 36-38, 85-88; conclusions du 21 février 2005, no 11, 23-24, 26-27; conclusions du 23 septembre 2005, nos 8-11., 25-32; conclusions du 29 décembre

2005, nos 1-8) et notamment relativement aux questions de savoir,

- d'une part, s'il s'agissait, quant à la Deuxième Directive sociétés du 13 décembre 1976, d'une règle ne devant régir que le domaine spécifique de cette Directive, comme le soutenaient les défendeurs en cassation, ou s'il s'agissait d'un principe à portée générale du droit des sociétés comme le soutenaient les demandeurs en cassation,

- d'autre part, si le principe d'égalité exprimé dans la Directive 79/279 et l'article 7 du ROI qui. en était la transposition était limité, comme le soutenaient les intimés, "aux aspects de l'information et de la communication en relation avec les porteurs de titres", ou si, comme le soutenaient les appelants, cette Directive et par conséquent l'article 7 du ROI, imposent le traitement égal des actionnaires au-delà de la seule information de ceux-ci comme le soutenaient les appelants,

- enfin si les dispositions de la Directive 79/279 précitée et de l'article 7 ROI qui en est la transposition, au vu des précisions qui figurent à la Recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières, étaient à interpréter dans le sens préconisé par les intimés, à savoir que cette règle devait trouver application seulement dans les rapports entre une société et ses actionnaires ou, au contraire, comme le préconisaient les appelants, également dans les rapports entre actionnaires majoritaires exerçant ou acquérant le contrôle d'une société et les actionnaires minoritaires de celle-ci,

et que les actuels demandeurs en cassation avaient expressément, au regard de ce débat sur la portée des Actes communautaires, demandé à ce que la Cour de Justice soit saisie de la question préjudicielle ci-avant rappelée (cf. conclusions du 23 septembre 2005, no 32, ensemble avec le dispositif des mêmes conclusions et conclusions du 21 février 2005, no 27, ensemble avec le dispositif de ces mêmes conclusions),

et alors que, si même on admet que la Cour a en l'occurrence statué avec possibilité de recours en droit interne et qu'elle n'était donc pas obligée de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes d'une question préjudicielle, elle n'en avait pas moins l'obligation de répondre aux conclusions des appelants, et, si l'on devait considérer son affirmation qu'une question préjudicielle était "inutile" comme réponse à ces conclusions, de motiver son refus, soit en répondant elle-même aux questions de droit communautaire posées, soit en se prévalant d'un motif de non-renvoi rentrant dans les prévisions de l'article 234 du Traité; et que l'apparent motif de l'inutilité" ne constitue qu'une pétition de principe puisque la Cour juge le renvoi "inutile" au motif que "l'égalité de traitement des actionnaires ne (ferait) pas partie du droit positif au titre de principe général de droit" alors que l'objet de la question préjudicielle était justement de voir la Cour des Communautés Européennes se prononcer sur la question de savoir si les différents actes communautaires invoqués et les dispositions spécifiques qu'ils comportent étaient la manifestation du principe général du droit communautaire d'égalité de traitement invoqué par les actuelles parties demanderesses :

de sorte que, en ne répondant pas aux conclusions des appelants et en ne pas motivant son refus de saisine de la Cour de Justice des

Communautés Européennes autrement que dans les termes où elle l'a fait, la Cour a violé les dispositions visées au moyen ;

Attendu que la Cour d'appel, ayant constaté, après examen de la doctrine et de la jurisprudence relatives au principe général invoqué, l'existence d'une controverse quant à la portée juridique exacte du principe égalitaire des actionnaires en droit des sociétés, droit dont les actuels demandeurs en cassation avaient fait état à l'appui de leurs prétentions, a retenu qu'on ne saurait tirer du droit des sociétés « aucun principe général égalitaire des actionnaires à contours limités qui puisse valoir droit positif et servir de fondement juridique aux prétentions des actuelles parties appelantes » ;

qu'elle a, après analyse de différentes sources de droit financier, invoquées par les demandeurs en cassation à l'appui de l'existence du principe général d'égalité allégué, la directive 79/279/CEE, l'article 7. A.4 du chapitre VI du règlement d'ordre intérieur de la Bourse issu de cette directive, la Recommandation 77/534/CEE portant sur un code de conduite européen, les propositions de la 13ième directive concernant les offres publiques d'acquisition, retenu que « la seule référence à diverses dispositions en matière financière (…) ne permet pas d'en faire un principe général de droit » et que « l'égalité entre actionnaires ne correspond pas à un principe de droit commun susceptible de lui conférer en soi une valeur juridique positive et dans lequel les actionnaires pourraient puiser un droit en toutes circonstances » ;

qu'en concluant que « procéder par voie d'une question préjudicielle est inutile » la Cour d'appel a retenu implicitement que les textes communautaires étaient clairs et ne nécessitaient pas d'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes ;

que la Cour d'appel a donc motivé sa décision de refus de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle relative à l'existence d'un principe général de droit communautaire d'égalité de traitement des actionnaires et répondu aux conclusions des demandeurs en cassation ;

D'où il suit que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur le septième moyen :

tiré *« de la violation de la loi, en l'occurrence de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile, pour défaut de motivation, sinon défaut de réponse à conclusions,*

en ce que l'arrêt attaqué a rejeté les appels dirigés par les appelants à l'encontre des jugements du 8 juillet 2003 et 30 mars 2004, confirmé lesdits jugements et mis les frais et dépens de l'instance d'appel à

charge des appelants; et en ce que, la Cour a statué ainsi sans s'être prononcée sur le moyen tiré de l'article 7 R.O.I. de la Bourse de Luxembourg et de la disposition correspondante de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 puisqu'elle n'a, en pages 36 et 37 de son arrêt, traité de la portée (controversée, selon la Cour) de l'article 7 R.0.1. que pour rechercher si, ainsi que les appelants le faisaient valoir par ailleurs, le principe d'égalité des actionnaires invoqué par les appelants constituait un principe général du droit interne et communautaire justifiant comme tel le bien-fondé de leur demande,

alors que les actuels demandeurs en cassation avaient, moyennant conclusions écrites et expresses (cf. en particulier, acte d'appel du 8 octobre 2003, nos 13 à 17; conclusions du 14 septembre 2004, nos 25 à 29; conclusions du 21 février 2005, no 1(i) et nos 26 et 27), fondé leur prétention à bénéficier d'un traitement égal à celui dont avait bénéficié GBL à l'occasion de l'échange opéré avec Bertelsmann, également sur l'article 7 R.O.I. de la Bourse de Luxembourg en tant que tel et sur la disposition correspondante de la Directive 79/279 du 5 mars 1979 et que ces dispositions constituent incontestablement des dispositions de "droit positif' luxembourgeois et communautaire,

de sorte que, en omettant ainsi de répondre aux conclusions des appelants tendant à voir accueillir leur demande sur base de l'article 7 ROI en tant que tel et de la disposition correspondante de la Directive 79/279 du 5 mars 1979, et en ne motivant pas, sous ce rapport, son arrêt, la Cour a violé les dispositions visées au moyen. »

Attendu que la Cour d'appel en disant que « la question qui se pose est de savoir si l'engagement tel que libellé au point 7.A.4 du ROI (…) va au delà des aspects de l'information et de la communication en relation avec les porteurs de titres et s'impose également aux cessions de participations entre actionnaires majoritaires et au changement de contrôle en résultant » et en répondant « que les autorités luxembourgeoises ont hésité à donner à la règle de l'égalité de traitement des actionnaires qui se trouvent dans des situations identiques, la même signification que les actuelles parties appelantes » et que « Cette règle reste essentiellement doctrinale », a répondu implicitement aux conclusions des demandeurs en cassation tendant à voir accueillir leur demande sur base de l'article 7.A.4 chapitre VI du règlement d'ordre intérieur de la Bourse repris de la directive 79/279/CEE du 5 mars 1979 en tant que tel et motivé leur rejet des prétentions des actuels demandeurs en cassation ;

D'où il suit que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne les demandeurs en cassation aux dépens de l'instance en

cassation et ordonne la distraction des dépens au profit de Maître Jacques LOESCH et de Maître Guy HARLES sur leurs affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.