# Cour de cassation: Arrêt du 27 juin 2011 (Belgique). RG C.09.0290.F

* Date : 27-06-2011
* Langue : Français
* Section : Jurisprudence
* Source : Justel F-20110627-1
* Numéro de rôle : C.09.0290.F

N° C.09.0290.F

1. DEMINOR ACTIVE GOVERNANCE FUND, fonds commun de droit hollandais, dont le siège est établi à Haarlem (Pays-Bas), A. Hofmanweg, 5 A,

2. TRAFALGAR ENTROPY FUND, fonds de placement de droit des Îles Cayman, dont le siège est établi à George Town, Grand Cayman (Îles Cayman), Walker House, 87, Mary Street, P.O. Box 908 GT,

3. TRAFALGAR CATALYST FUND, fonds de placement de droit des Îles Cayman, dont le siège est établi à George Town, Grand Cayman (Îles Cayman), 2nd Floor Harbour Centre, Harbour Drive, P.O. Box 896 GT,

demandeurs en cassation,

représentés par Maître François T'Kint, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Charleroi, rue de l'Athénée, 9, où il est fait élection de domicile,

contre

1. GDF SUEZ, société de droit français, anciennement Suez, dont le siège est établi à Paris (VIIIe arrondissement) (France), rue Docteur Lancereaux, 22,

 défenderesse en cassation,

 représentée par Maître Jean-Marie Nelissen Grade, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue Brederode, 13, où il est fait élection de domicile,

2. ELECTRABEL, société anonyme dont le siège social est établi à Bruxelles, boulevard du Régent, 8,

 défenderesse en cassation,

représentée par Maître Isabelle Heenen, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 480, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 1er décembre 2008 par la cour d'appel de Bruxelles.

Par ordonnance du 18 novembre 2010, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le conseiller Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général délégué Philippe de Koster a conclu.

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, les demandeurs présentent deux moyens.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen par la première défenderesse et déduite du défaut d'intérêt :

La première défenderesse soutient que la décision de l'arrêt de rejeter l'action des demandeurs est également fondée sur un deuxième motif, non critiqué par le moyen, selon lequel la première défenderesse se prévaut à bon droit de la décision de la Commission bancaire, financière et des assurances d'autoriser l'offre de reprise.

L'arrêt considère que « contrairement à ce que les [demandeurs] prétendent en affirmant qu'[ils] ne remettent pas en cause la décision de la Commission bancaire, financière et des assurances d'autoriser l'offre de reprise, c'est bien l'appréciation par la Commission bancaire, financière et des assurances des conditions de l'offre fixées par [la première défenderesse] qu'[ils] remettent directement en cause dans la présente procédure en critiquant les méthodes d'évaluation retenues et leur application et en proposant d'autres méthodes qui aboutissent selon leurs calculs à un prix plus élevé que celui de l'offre. Dans ces conditions, il y a lieu de débouter les [demandeurs] de leur action qui n'est pas dirigée contre la décision de la Commission bancaire, financière et des assurances d'autoriser [la première défenderesse] à lancer l'offre de reprise, décision dont [la première défenderesse] se prévaut à bon droit dans le cadre de la présente procédure ».

Ce motif, qui n'est pas indépendant du motif critiqué, ne suffit pas à fonder la décision de rejeter l'action des demandeurs.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Quant à la première branche :

Suivant l'article 15, § 1er, de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, applicable à l'espèce, en ce qui concerne les offres publiques d'acquisition et les opérations entraînant une modification du contrôle qui s'exerce sur les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, le Roi peut prendre toute mesure de nature à « assurer l'information et l'égalité de traitement des porteurs de titres et sauvegarder leurs intérêts » et favoriser la transparence et le bon fonctionnement du marché.

Aux termes de l'article 15, § 2, 9°, de cette loi, tel qu'il a été introduit par l'article 3 de la loi du 16 juin 1998 modifiant l'article 190quinquies, § 1er, des lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, le Roi peut réglementer l'offre de reprise visée à l'article 190quinquies, § 1er, précité et notamment déterminer la procédure à suivre « et les modalités de fixation du prix de l'offre de reprise ».

L'exposé des motifs de la loi du 16 juin 1998 précise que l'approbation du prospectus par la Commission bancaire et financière « contient notamment une appréciation de l'offre qui, notamment en ce qui concerne le prix, doit être formulée de manière à sauvegarder les intérêts des porteurs de titres qui font l'objet de l'offre d'acquisition (article 45, 4°, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989) ».

L'article 190quinquies, § 1er, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est devenu l'article 513, § 1er, du Code des sociétés.

L'article 15, § 3, de la loi précitée du 2 mars 1989 énonce que la Commission bancaire est seule chargée de veiller à l'application des arrêtés pris en vertu des paragraphes 1er et 2.

L'article 16 de cette loi permet à la Commission bancaire et financière de prendre toute mesure et d'adresser toute injonction de nature à assurer la correcte application des arrêtés pris en vertu de l'article 15, §§ 1er et 2.

L'article 45, 4°, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés dispose que toute offre publique de reprise doit satisfaire aux conditions suivantes : « les conditions et les modalités de l'offre doivent être conformes aux dispositions [de cet] arrêté, elles doivent au surplus, notamment en ce qui concerne le prix, être telles qu'elles sauvegardent les intérêts des porteurs de titres ».

Suivant l'article 46 de cet arrêté royal, la personne qui détient seule ou de concert 95 p.c. des titres conférant le droit de vote d'une société anonyme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne et qui souhaite acquérir la totalité des titres de cette société doit en aviser au préalable la Commission bancaire et financière. Cet avis doit contenir, « outre le prix ainsi que les conditions et modalités principales de l'offre, des indications établissant qu'il est satisfait aux conditions prévues à l'article 45 ».

Lorsqu'elle a été saisie d'un avis donné conformément à l'article 46, la Commission bancaire et financière rend cet avis public (article 56 de l'arrêté royal) .

Les titulaires de titres qui font l'objet de l'offre disposent d'un délai de quinze jours pour faire part à la Commission bancaire et financière des griefs qu'ils formulent à l'encontre de l'offre, « et plus particulièrement à l'encontre de l'évaluation des titres de la société visée ou du prix offert, au regard de la sauvegarde de leurs intérêts ». À l'issue de ce délai, la Commission bancaire et financière peut, dans les quinze jours, faire part à l'offrant des « remarques que l'offre appelle de sa part ». Si la Commission estime ne pas devoir formuler de remarques quant à l'offre présentée, elle peut immédiatement se prononcer sur l'approbation du prospectus (article 57 de l'arrêté royal).

Si la Commission bancaire et financière a formulé des remarques à l'encontre de l'offre présentée, l'offrant dispose d'un délai de quinze jours à dater de la communication de ces remarques pour y répondre et, le cas échéant, « modifier son offre dans un sens plus favorable pour les titulaires de titres ». À l'issue de ce délai de quinze jours, la Commission bancaire et financière se prononce sur l'approbation du prospectus, « à moins qu'elle ne fasse usage de l'article 16 de la loi du 2 mars 1989 » (article 58 de l'arrêté royal).

L'intervention de la Commission bancaire et financière garantit que les actionnaires minoritaires reçoivent, en échange des titres acquis par les actionnaires majoritaires, une indemnité qui est raisonnablement en rapport avec la valeur de ces titres.

Il suit de ces textes et de leur économie que, s'il n'appartient pas à la Commission bancaire, financière et des assurances de fixer elle-même le prix de l'offre de reprise, elle contrôle néanmoins si le prix offert par l'offrant est tel qu'il sauvegarde les intérêts des porteurs de titres.

Le moyen qui, en cette branche, repose tout entier sur la prémisse inexacte que, dans le cadre d'une offre publique de reprise d'actions d'une société ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne visée à l'article 513, § 1er, du Code des sociétés, le contrôle de la Commission bancaire, financière et des assurances se limite à un contrôle de la qualité, de la sincérité et du caractère complet des informations destinées au public que doit contenir le prospectus et ne peut porter sur la hauteur du prix de l'offre, manque en droit.

Quant à la cinquième branche :

 Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen, en cette branche, par la première défenderesse et déduite de ce qu'il obligerait la Cour à vérifier des éléments de fait :

L'examen de la fin de non-recevoir ne peut être dissocié de l'examen du fondement du moyen.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Sur le fondement du moyen, en cette branche :

L'arrêt admet, sans être critiqué, que les demandeurs disposent d'un droit subjectif à l'obtention d'un complément de prix en cas d'offre publique de reprise et que le législateur ne les a pas privés de tout recours juridictionnel fondé sur le non-respect de l'article 45, 4°, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989.

S'il ne leur appartient pas d'apprécier l'opportunité d'un acte administratif sur lequel se fonde une demande, une défense ou une exception, les cours et tribunaux ont, en revanche, en vertu de l'article 159 de la Constitution, le pouvoir et le devoir d'en vérifier la légalité interne et la légalité externe avant de lui donner effet. Cette règle s'applique à tout acte administratif individuel créateur de droit.

L'arrêt énonce que « la décision par laquelle la Commission bancaire, financière et des assurances, autorité administrative, constate au terme d'un examen que les conditions de l'offre publique de reprise sauvegardent les intérêts des minoritaires produit des effets de droit à l'égard de l'offrant et des porteurs de titres », que « la protection dont les détenteurs de titres bénéficient en cas d'offre de reprise grâce à l'intervention de la Commission bancaire, financière et des assurances exige donc qu'une telle décision soit explicite et motivée », qu'« en vertu de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, cette décision doit faire l'objet d'une motivation formelle » et qu'« en vertu de l'article 3 de la même loi, la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision ».

Il considère que « c'est donc à tort que [la première défenderesse] semble considérer que l'approbation par la Commission bancaire, financière et des assurances du prospectus d'offre de reprise, au terme d'un examen approfondi qui a pris plus de trois mois et au cours duquel la Commission bancaire, financière et des assurances a fait part de remarques à l'offrant, a la valeur d'une décision explicite et motivée quant à la conformité des conditions de l'offre avec les intérêts des détenteurs de titres » et que « les documents publiés qui sont les seuls auxquels les porteurs de titres Electrabel ont eu accès ne font pas état de la décision de la Commission bancaire, financière et des assurances par laquelle celle-ci a conclu que le prix proposé est juste ni a fortiori des motifs qui auraient fondé cette appréciation ».

L'arrêt qui, après avoir ainsi constaté le caractère illégal de la décision d'approbation par la Commission bancaire, financière et des assurances des conditions de l'offre de reprise, n'écarte pas cette décision, ne justifie pas légalement sa décision de rejeter la demande des demandeurs en paiement d'un complément de prix au motif que leur action n'est pas dirigée contre la décision de ladite commission.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Quant aux autres branches du moyen :

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres branches du moyen, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

Sur le second moyen :

En vertu de l'article 18ter, § 1er, de la loi du 2 mars 1989, applicable au litige, toute demande fondée en tout ou en partie sur une ou plusieurs dispositions du chapitre II ou sur des dispositions arrêtées par le Roi en exécution de l'article 15, §§ 1er et 2, de cette loi est de la compétence exclusive de la cour d'appel de Bruxelles.

Suivant l'article 18ter, § 5, la cour d'appel n'est susceptible de connaître en premier ressort d'aucune autre demande que celles visées au paragraphe 1er , étant entendu qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les règles du Code judiciaire relatives à la connexité et aux demandes reconventionnelles.

L'article 15, § 1er, 9°, autorise le Roi à réglementer l'offre de reprise visée à l'article 190quinquies, § 1er, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et notamment à déterminer la procédure à suivre et les modalités de fixation du prix de l'offre de reprise.

L'article 46 de l'arrêté royal du 8 novembre 1989, pris en exécution de cet article 15, § 1er, 9°, impose à la personne physique ou morale qui souhaite procéder à une offre publique de reprise d'en aviser la Commission bancaire, financière et des assurances.

Aux termes de l'article 47, 3°, de cet arrêté royal, il doit être joint à l'avis adressé à la Commission bancaire, financière et des assurances par l'offrant un dossier établi conformément aux prescriptions de celle-ci et qui comporte notamment « l'avis du conseil d'administration de la société visée indiquant qu'à son sens le projet de prospectus établi par l'offrant ne présente pas de lacunes ou ne contient pas d'informations susceptibles d'induire en erreur les titulaires de titres de la société visée. Cet avis doit en outre contenir l'appréciation du conseil d'administration à propos du rapport de l'expert indépendant. Il doit, enfin, indiquer s'il estime que le prix permet ou non de sauvegarder les intérêts des porteurs de titres ».

L'arrêt relève, sans être critiqué, que les demandeurs fondaient leur demande de condamnation de la seconde défenderesse sur la circonstance que celle-ci aurait « manqué à son devoir général de prudence à l'occasion de l'avis qu'elle a établi aux fins d'être produit à la Commission bancaire et financière par [la première défenderesse] dans le cadre de la procédure d'offre publique de reprise, en commettant des erreurs de jugement dans l'appréciation du caractère équitable du prix proposé par l'offrant que n'aurait pas commises une société cible prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances » ainsi que sur le fait que la seconde défenderesse « se serait rendue coupable de tierce complicité en s'associant aux manœuvres dolosives de [la première défenderesse] visant à tromper les porteurs de titres Electrabel ».

L'arrêt ne viole aucune des dispositions visées au moyen en décidant que cette demande sort du champ d'application de l'article 18ter de la loi du 2 mars 1989 et que, dès lors, la cour d'appel de Bruxelles est incompétente pour statuer sur celle-ci.

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur la demande des demandeurs dirigée contre la première défenderesse et sur les dépens entre ces parties ;

Rejette le pourvoi pour le surplus ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Condamne les demandeurs aux dépens de la seconde défenderesse et réserve le surplus des dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Bruxelles, autrement composée.

Les dépens taxés à la somme de neuf cent cinquante-cinq euros quatre centimes envers les parties demandeurs, à la somme de six cent trois euros quatre-vingts centimes envers la première partie défenderesse et à la somme de trois cent vingt et un euros quatre centimes envers la seconde partie défenderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président Christian Storck, les conseillers Martine Regout, Alain Simon, Gustave Steffens et Mireille Delange, et prononcé en audience publique du vingt-sept juin deux mille onze par le président Christian Storck, en présence du procureur général Jean-François Leclercq, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.