

Lorsque le droit des sociétés s'empare de l'action de concert

Note sous Tribunal de commerce de Nancy, 23 décembre 2008, *GHM, MMF et GCL c/ Journal de l'Est républicain et autres*

Frank Martin Laprade, Docteur en droit ; Avocat associé (Jeantet Associés)

L'essentiel

Les délibérations prises lors d'une assemblée générale ayant notamment décidé la réalisation d'une augmentation de capital doivent être annulées quand un actionnaire a pris part au vote alors qu'il faisait l'objet d'un contrôle conjoint de la part d'un concert auquel participait la société émettrice, si bien que ses actions auraient dû être privées de leurs droits de vote en application de l'article L. 233-31 du code de commerce sur l'autocontrôle.

Le Tribunal,

Au fond

Sur la demande principale concernant la fraude :

Le Groupe Hersant Media affirme que la fraude organisée par les défenseurs ressort de l'emploi d'un moyen adéquat, l'augmentation de capital, pour s'affranchir des règles de l'autocontrôle auxquelles étaient soumis les droits de vote attachés aux 45035 actions détenues indirectement par l'Est républicain, dans le but de permettre l'entrée majoritaire de la BFCM ou capital de la société France Est puis de l'Est républicain.

En l'espèce, GHM s'appuie sur une lettre du 30 avril 1997 (pièce GHM n° 3) aux termes de laquelle M. Lignac, président de l'Est républicain, écrit :

- Pour les DNA, « nous nous engageons, au cas où nous déciderions de céder directement ou indirectement le contrôle de cette société, à vous accorder un droit de préférence à égalité de conditions avec un tiers. Ce droit de préférence vous est également accordé en cas de cession de tout ou partie des actions de l'Est républicain détenues en autocontrôle par telle ou telle de ses sous-filiales ».

Le tribunal relève que, concernant les DNA, le droit de préférence s'applique en cas de cession directe ou indirecte du contrôle de la société, tandis que le droit de préférence consenti sur les actions de l'Est républicain détenues en autocontrôle est consenti en cas de cession de tout ou partie des actions, la notion de contrôle de la société France Est est absente dans la seconde hypothèse.

- MM. Lignac et Hersant, principaux actionnaires de l'Est républicain, dirigeants avertis et familiers des contrats de cette nature, sont convenus, ce même 30 avril 1997, que leurs participations respectives dans l'Est républicain seraient regroupées, pour la famille Lignac, 81 500 titres, dans la société Renaudot Investissement et, pour le Groupe Hersant, dans la société Grande Chaudronnerie Lorraine pour 64000 titres et dans la société MMF pour 5 494 titres.

- Les deux parties sont parallèlement convenues de s'interdire toute opération tendant à

modifier le contenu capitalistique de ces deux sociétés en s'imposant un certain nombre d'obligations de ne pas faire figurant à l'article 6 de ce contrat et devant être reproduites dans les statuts de chacune des deux sociétés SRI et GCL (pièce GHM, n° 2 - Protocole d'actionnaires du 30 avril 1997).

- L'engagement unilatéral du président de l'Est républicain et le contrat synallagmatique étant concomitants, MM. Lignac et Hersant n'ignoraient donc pas la possibilité ultérieure d'une opération sur le capital de la société France Est, de la même nature que celles contre lesquelles ils s'étaient prémunis pour les sociétés SRI et GCL-MMF.

- Dès lors que l'existence d'une règle obligatoire ne ressort pas des obligations conclues par les parties concernant la société France Est, GHM ne peut sérieusement soutenir que les défendeurs ont employé un moyen frauduleux pour la contourner.

En conséquence, le tribunal, jugeant que la prétendue fraude aux droits de GHM stipulés dans la lettre du 30 avril 1997 n'est pas constituée, déclare les demanderesses mal fondées de ce chef.

Concernant l'annulation des décisions prises par l'assemblée générale extraordinaire de la société France Est du 28 mai 2008, le tribunal constate que le Groupe Hersant Media n'étant pas actionnaire de France Est et que le droit de préférence dont il bénéficie sur les actions détenues en autocontrôle n'est pas remis en cause, ces éléments ne constituent pas un moyen de s'opposer aux résolutions adoptées par l'AGE du 28 mai 2008,

Le tribunal rejette en conséquence la demande d'annulation de l'assemblée générale extraordinaire du 28 mai 2008.

Concernant l'action de concert alléguée :

Selon l'article L. 233-10 du code de commerce : « Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société ».

Il ressort des pièces et des débats que M. Lignac, l'Est républicain et la BFCM ont procédé, ensemble et successivement, à la création d'une société nouvelle, la SAS Ebra, en vue d'acquérir les actifs de la société Delaroche, puis à la modification capitalistique des deux sociétés contrôlées précédemment l'une par la famille Lignac, l'Est républicain, et l'autre par l'Est républicain, la SAS France Est.

Dès décembre 2005, les consorts Lignac ont envisagé avec la BFCM l'acquisition de la société Delaroche prévoyant :

- que l'acquisition projetée sera réalisée par une société nouvelle Ebra contrôlée à 51 % par l'Est républicain et à 49 % par la BFCM ;

- qu'après réalisation de l'acquisition, Ebra recevra en apport les titres Est républicain détenus par SRI laquelle contrôlera alors Ebra à 51 %, le solde étant détenu par la BFCM qui apportera les fonds nécessaires.

La SAS Ebra a été constituée avec un capital modeste, 38 000 €, au regard d'un coût d'acquisition de 170 M€ outre 45 M€ nécessaires à la restructuration de ce groupe financé en totalité par la BFCM sous la forme d'avances en compte courant d'associé. Ce mode de financement relève d'une pratique inhabituelle de la part d'un établissement de crédit : absence de garantie de l'actionnaire principal, souplesse des modalités de remboursement, les versements s'effectuant suivant les possibilités de trésorerie de l'entreprise, aucun échéancier n'étant imposé.

Ces conditions généreuses placent la SAS Ebra dans un état de dépendance financière absolue

à l'égard de l'actionnaire minoritaire et laisse percer une volonté de la BFCM d'exercer une influence déterminante sur le développement d'un groupe que les partenaires imaginent dominé par la société holding SRI contrôlant Ebra, nouvel actionnaire majoritaire de l'Est républicain à la suite de l'apport des titres détenus auparavant par SRI.

La décision du TGI de Paris, en date du 12 septembre 2007, remettant en cause les dispositions prises par les consorts Lignac pour s'affranchir des engagements mutuellement convenus avec le Groupe Hersant, a, momentanément tout ou moins, contrarié le schéma d'intégration verticale des deux pôles de presse : SRI ne pouvant apporter ses titres Est républicain à la SAS Ebra, celle-ci demeurant sous contrôle de l'Est républicain à hauteur de 51 % aux côtés de la BFCM, absente du capital des sociétés dominantes, SRI et Est républicain.

Malgré leur volonté commune affichée dès leur première rencontre, M. Lignac, l'Est républicain et la BFCM n'ont pu imposer l'entrée de celle-ci au capital de l'Est républicain compte tenu de l'hostilité du Groupe Hersant Media qui disposait d'une minorité de blocage par l'effet des dispositions relatives à l'autocontrôle s'appliquant aux 45 035 titres cantonnés dans la SAS France Est, intégralement contrôlée par l'Est républicain.

Pour contourner cet écueil, M. Lignac et l'Est républicain ont abandonné le contrôle de leur filiale France Est en recourant à une augmentation de capital réservée à la BFCM qui est entrée à hauteur de 80 % dans la SAS France Est, rétablissant les droits de vote attachés aux 45 035 actions de l'Est républicain dont l'exercice a été réservé à M. Lignac, président de l'Est républicain et nouveau président de la SAS France Est.

De la sorte, le Groupe Hersant Media a perdu sa minorité de blocage tandis que SRI et France Est unissaient leurs droits de vote pour imposer l'ouverture du capital de l'Est républicain à la BFCM, via la SAS France Est, qui s'est substituée à SRI en qualité de premier actionnaire de la société à hauteur de 51 %.

L'intégration des deux pôles de presse s'est réalisée dans le sens inverse de celui retenu en 2005 : BFCM contrôle 80 % de France Est, contrôlant 51 % de l'Est républicain, qui contrôle 51 % de Ebra par l'effet d'une action de concert exécutée en trois étapes.

Ainsi, dès l'origine de leur rapprochement en vue de se porter acquéreur de la société Delaroché, M. Gérard Lignac, l'Est républicain et la BFCM ont projeté la création d'un groupe de presse s'étendant du nord de l'Alsace à la région Rhône-Alpes, placé sous l'autorité de M. Gérard Lignac et le contrôle de la BFCM, devenue premier actionnaire de l'ensemble.

Le déroulement des opérations démontre que les trois partenaires ont entrepris leur collaboration à l'intérieur d'une société par actions simplifiée, réputée réunir des personnes agissant de concert (article L. 233-10 du code de commerce). Cette SAS, la société Ebra, devait initialement contrôler la SA du Journal de l'Est républicain. Cette collaboration s'est poursuivie à l'intérieur d'une seconde société par actions simplifiée, la SAS France Est, dont le contrôle est passé de l'un des associés, l'Est républicain, au nouvel actionnaire que devenait la BFCM, la présidence étant assurée par M. Gérard Lignac, également président de l'Est républicain.

Enfin, les mêmes alliés, la famille Lignac, par la société SRI, et M. Gérard Lignac, disposant des droits de vote attachés aux 45 035 actions de l'Est républicain ont uni leurs suffrages pour imposer une augmentation de capital de l'Est républicain organisant de fait le transfert de son contrôle de la famille Lignac à la BFCM par la société France Est interposée.

Mais contrairement aux affirmations des défenseurs, la BFCM qui est un établissement bancaire et non un groupe de presse, n'est pas en mesure d'exercer seule le contrôle de France Est compte tenu du risque que constituerait une mise à l'écart de M. Gérard Lignac et d'une opposition de sa part à toute décision qui ne recevrait pas son aval alors même que les statuts lui confèrent des pouvoirs très étendus.

La situation juridique ainsi créée entre M. Gérard Lignac et la BFCM au sein de France Est les conduit nécessairement à prendre les décisions en commun compte tenu de l'impérieuse nécessité pour le nouveau groupe de bénéficier de l'appui de la BFCM.

La confusion des pouvoirs au sein de France Est est confirmée par une contradiction significative contenue dans les développements présentés par les défendeurs en ce que « la BFCM contrôle seule France Est et n'a aucune volonté de partager ce contrôle pour mettre en oeuvre une politique vis-à-vis de France Est » et les statuts de France Est qui énoncent que seul le président statutaire exerce les droits de vote attachés aux actions possédées par France Est, lesdites actions constituant son unique actif, la politique que peut mettre en oeuvre France Est ne peut viser que l'exercice de leurs droits de vote.

L'action de concert entre ces personnes se trouvant démontrée, le tribunal juge que M. Lignac, l'Est républicain et la BFCM exercent de concert le contrôle conjoint de France Est et déterminent en fait les décisions de cette dernière.

Or, l'article L. 233-31 du code de commerce dispose que « lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédées pour une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du quorum ».

Ainsi, les actions de l'Est républicain détenues par France Est étaient bien possédées après le 29 mai 2008, date de l'assemblée générale extraordinaire de France Est, directement et indirectement par l'Est républicain conjointement et de concert avec la BFCM et M. Lignac. Ces actions Est républicain sont donc bien des titres d'autocontrôle au sens de l'article L. 233-31 du code de commerce et sont donc dépourvues du droit de vote.

Or, France Est a voté avec ses 19 % de droits de vote à l'assemblée générale extraordinaire de l'Est républicain du 27 juin 2008.

L'article L. 235-2-1 du code de commerce dispose que « les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées ».

Or, France Est a voté avec les actions d'autocontrôle Est républicain qu'elle possède, il en est résulté un transfert de majorité et la perte de la minorité de blocage dont disposait GHM lors du vote des délibérations à l'assemblée générale extraordinaire de l'Est républicain du 27 juin 2008.

Les conditions de l'annulation des décisions prises lors de cette assemblée générale telles que prévues par les articles L. 235-1, dernier alinéa, et L. 235-2-1 du code de commerce étant remplies, le tribunal prononce l'annulation de ces décisions.

Les demanderesse demandent 50000 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile. Le tribunal condamne solidairement l'Est républicain, la BFCM et M. Gérard Lignac à leur payer 10000 € à ce titre.

L'exécution provisoire du présent jugement est demandée. Le tribunal, vu la nature de l'affaire, n'y fait pas droit.

Par ces motifs :

Le tribunal, statuant en premier ressort, contradictoirement, après en avoir délibéré,

Déclare le Groupe Hersant Media (GHM), la société MultiMedia Futur (MMF) et la SA Grande Chaudronnerie Lorraine (GCL) recevables en leur action dirigée contre M. Gérard Lignac, Mme Jacqueline Boileau, la société SRI, la société du Journal de l'Est républicain, la société France Est et la société SPI, ci-après les défendeurs,

Jugeant que la prétendue fraude aux droits de GHM, stipulés dans la lettre du 30 avril 1997, n'est pas constituée,

Déclare les demanderesses mal fondées de ce chef,

Les en déboute,

Déclare les demanderesses fondées en leur action en annulation des délibérations de l'assemblée générale extraordinaire de l'Est républicain du 27 juin 2008,

Dit que les 45 035 actions Est républicain possédées par la société France Est demeurent des actions détenues en autocontrôle par l'Est républicain qui contrôle la société France Est conjointement avec la BFCM et M. Gérard Lignac au titre de l'action de concert existant entre eux et qu'en vertu de l'article L. 233-31 du code de commerce, ces actions étaient donc privées de droit de vote dans les assemblées générales de l'Est républicain,

Déclare les demanderesses fondées en leur demande d'annulation de toutes les délibérations prises lors de l'assemblée générale de l'Est républicain du 27 juin 2008 en application des articles L. 235-1, dernier alinéa, et L. 235-2-1 du code de commerce,

Dit qu'il n'y a pas lieu de confirmer la décision prise par l'assemblée générale extraordinaire de la société France Est du 29 mai 2008 d'habiliter M. Gérard Lignac à exercer le droit de vote attaché aux 45035 actions de l'Est républicain possédées par la société France Est dans le cas d'une annulation de l'augmentation de capital décidée par cette assemblée, celle-ci n'ayant pas été annulée,

Donne acte aux défendeurs de leur engagement de garantir l'exercice du droit de. préférence stipulé dans la lettre du 30 avril 1997 au profit de la société France Antilles,

Condamne solidairement l'Est républicain, la BFCM et M. Gérard Lignac à payer aux demanderesses la somme de 10 000 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne solidairement l'Est républicain, la BFCM et M. Gérard Lignac aux entiers dépens.

M. Bauchez, prés. ; MM. Pierron, Bernel, juges ; Me Philippot, Me Beaufort, av.

Note(1)

1. Poursuivant avec acharnement sa lutte fratricide avec le Groupe Lignac autour de l'Est Républicain(2), le Groupe Hersant(3) a remporté une nouvelle victoire(4) sur ses adversaires(5) quand, l'avant-veille de Noël, le tribunal de commerce de Nancy a reconnu le bien-fondé de son action dirigée contre l'assemblée générale de la société Le Journal de l'Est Républicain (JER) en date du 27 juin 2008.

2. Cette assemblée avait entériné la prise de contrôle de JER par la Banque fédérative du Crédit mutuel (BFCM), agissant au travers de sa nouvelle filiale France Est (présidée par M. Lignac), dont le contrôle exclusif avait été précédemment retiré à JER (au terme d'une opération d'apport très dilutive effectuée par BFCM).

3. La validité de cette assemblée était contestée au double motif de (i) la violation des accords contractuels conclus en 1997 (aux termes desquels le Groupe Hersant(6) bénéficiait d'un droit de préférence sur l'autocontrôle de JER) et de (ii) la prise en compte du vote de la société France Est (alors que la participation de cette dernière pouvait être considérée comme étant resté de l'autocontrôle).

4. La BFCM ayant au préalable pris possession de 80 % du capital de France Est (en rémunération d'un apport de créance), cette dernière avait du même coup cessé d'apparaître comme une sous-filiale à 100% de JER, ce qui lui avait permis de recouvrer les droits de vote

sur ses actions JER, celles-ci ne constituant plus un autocontrôle(7).

5. Cette opération de réactivation des droits de vote de France Est avait mécaniquement enlevé au Groupe Hersant sa minorité de blocage au sein de JER et l'avait par conséquent empêché de s'opposer à l'augmentation de capital de JER qui en avait conféré la majorité à France Est (au terme d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, ce qui a exceptionnellement autorisé l'apporteur, France Est, à prendre part au vote sur son apport(8)).

6. En dépit du fait qu'il n'était pas actionnaire de la société France Est, le Groupe Hersant a vu son intérêt à agir reconnu par le tribunal, ce dernier relevant que les accords conclus en 1997 au niveau de JER (dont M. Gérard Lignac était déjà le président directeur général), visaient expressément l'extension des engagements souscrits à l'ensemble des entités du groupe, ce qui incluait les filiales mais aussi les *sous-filiales* (comme France Est).

7. Cette précision est importante car elle place le Groupe Hersant dans une position plus avantageuse que celle à laquelle il aurait pu prétendre en pur droit des sociétés, ainsi qu'il avait déjà pu l'expérimenter à ses dépens(9).

Sur la violation du droit de préférence portant sur l'autocontrôle

8. Conformément au pacte d'actionnaires de JER datant de 1997, un équilibre précaire entre la famille Lignac - Gérard Lignac étant président de JER et de France Est - et le Groupe Hersant reposait sur la possibilité laissée à ce dernier de récupérer la majorité des droits de vote en préemptant l'autocontrôle dans l'hypothèse où la famille Lignac déciderait d'abandonner le contrôle de JER.

9. La question était de savoir si ce droit n'était applicable qu'en cas de « cession » proprement dite des actions d'autocontrôle ou plus largement dès l'instant où un tiers viendrait à s'en emparer, au terme d'une opération ne s'analysant pas juridiquement comme une « cession », ce qui était le cas de la prise de contrôle sur France Est résultant de l'augmentation de capital réservée dont avait bénéficié BFCM en rémunération de l'apport de sa créance sur Ebra.

10. Le Groupe Hersant insistait sur le caractère « stratégique » de cette participation (aux droits de vote neutralisés) qui faisait basculer le contrôle en faveur de l'un ou l'autre des deux groupes signataires des accords de 1997. Cela justifiait à ses yeux qu'une analyse globale soit menée pour redonner leur véritable dimension aux opérations conduites sur le capital de France Est avec pour résultat que les 45.035 actions d'autocontrôle de JER avaient retrouvé leurs droits de vote, exactement comme si elles avaient été « cédées » à un tiers.

11. Naturellement, le camp adverse soulignait l'importance du vocabulaire employé par la lettre du 30 avril 1997 (prétendument inopposable aux sociétés JER et France Est car ces dernières n'en sont pas signataires) qui ne visait que la « cession » (au sens strict) des actions JER détenues en autocontrôle par France Est.

12. Par ailleurs, ils rappelaient à titre subsidiaire qu'en l'absence de *fraude*, l'annulation des opérations litigieuses (apport d'une créance de 128 millions d'euros sur la société Ebra) ne pouvait être prononcée(10) et que la jurisprudence n'avait jamais admis que la nullité d'une assemblée générale pouvait résulter d'un manquement aux dispositions d'un pacte extrastatutaire(11).

13. Le tribunal confirme cette approche conservatrice en observant que les parties aux accords de 1997 avaient sciemment donné une rédaction différente aux deux clauses mentionnant un droit de préférence au profit du Groupe Hersant : l'une visant la cession (directe) des *actions* d'autocontrôle de JER et l'autre s'appliquant plus largement en cas de cession *directe ou indirecte* du *contrôle* de la société Renaudot Investissement (SRI).

14. Dans ces conditions, les juges ont refusé de considérer comme frauduleuses les

opérations menées par M. Lignac qui avait soigneusement évité d'avoir recours à des « cessions » touchant les actions JER de France Est (vraisemblablement pour ne pas tomber dans le champ d'application du droit de préférence, ce qui aurait d'ailleurs pu suffire à convaincre le tribunal de commerce de la présence d'une fraude tenant non pas aux moyens utilisés mais aux finalités poursuivies(12)).

15. Il est intéressant de voir que les juges, au terme d'une analyse respectueuse des grands principes du droit civil et du droit des sociétés, n'ont pas souhaité s'aventurer sur le terrain de la fraude au regard des dispositions impératives d'un pacte d'actionnaires, alors qu'ils ont suivi les demandeurs sur celui de *l'action de concert* qui est souvent perçue comme son équivalent en droit boursier(13).

16. En application de l'adage *fraus omnia corrumpit*, la reconnaissance d'une *fraude* aurait théoriquement pu conduire le tribunal à invalider les décisions prises par l'assemblée générale extraordinaire de JER, dès lors que le vice originel (violation du droit de préemption sur les actions d'autocontrôle) aurait été perçu comme ayant ensuite contaminé l'ensemble de la chaîne des opérations.

17. Pour ce faire, il aurait cependant fallu que les juges acceptent de faire prévaloir le comportement individuel de certains actionnaires (fût-il frauduleux) sur la position collégiale adoptée par cet organe suprême en droit des sociétés qu'est l'assemblée générale, ce qui n'est pas évident compte tenu des risques induits pour l'ordre sociétal.

18. En revanche, la souveraineté de l'assemblée est conditionnée par le respect des règles en matière de droit de vote et c'est précisément sous l'angle d'une violation de ces règles par le concert réunissant JER, M. Lignac et BFCM (contrôlant conjointement France Est) que les juges ont préféré se placer, même si les ressorts fondamentaux de la fraude et de l'action de concert sont voisins.

19. Au cas d'espèce, on aurait pu penser que la démonstration de l'action de concert entre M. Lignac et BFCM aurait aussi bien pu être utilisée pour accréditer la thèse du « complot » les ayant conduits à prendre le contrôle de JER, les magistrats ayant nettement relevé que « les opérations sont dénuées d'intérêt économique pour les sociétés impliquées car ni la société France Est ni l'Est républicain n'ont vocation à acquérir une créance partielle non exigible qui est ?promenée? de l'une à l'autre sans aucune logique financière ».

20. Au final, plutôt que de donner suite à ses soupçons pour invalider le transfert de propriété des actions d'autocontrôle et l'utilisation des droits de vote qu'elles avaient retrouvés à cette occasion, le tribunal de commerce de Nancy s'est visiblement senti plus à l'aise en leur conservant ce statut.

21. Il est vrai que cela lui évitait d'avoir à creuser l'hypothèse de la *fraude*, puisque le droit de préférence prétendument bafoué n'avait pas vocation à s'appliquer en l'absence de « cession » à un tiers (les actions JER de France Est restant constitutives d'un autocontrôle). On soulignera d'ailleurs au passage le caractère contradictoire des deux arguments soulevés par le Groupe Hersant (mais l'essentiel est naturellement que l'un d'entre eux soit parvenu à convaincre le juge).

Sur la privation des droits de vote frappant l'autocontrôle

22. L'enjeu d'une qualification d'autocontrôle des actions JER détenues par France Est était capital, dans la mesure où la réactivation des droits de vote qui y sont attachés avait permis à France Est de voter en faveur de l'augmentation de capital qui lui avait été réservée (rémunération d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions) et qui lui avait offert la majorité (51%) des droits de vote de JER, diluant ainsi le Groupe Hersant qui perdait sa minorité de blocage.

23. Ce dernier ne s'y était pas trompé et dénonçait l'entreprise commune engagée par ses adversaires pour circonvenir son opposition à l'entrée indirecte de BFCM au capital de JER.

- 24.** Selon une présentation séduisante et convaincante, le Groupe Hersant décrypte en effet les *manoeuvres*(14) au terme desquelles les trois « concertistes » se sont arrangés pour faire indirectement entrer BFCM au capital de JER, après avoir confié le contrôle (apparemment exclusif) de France Est à son nouvel actionnaire principal (80 %), tout en réservant à M. Lignac la maîtrise des droits de vote attachés aux actions JER constituant l'actif unique de la SAS dont il avait été désigné Président statutaire.
- 25.** Le tribunal s'est visiblement montré sensible aux éléments matériels attestant de la coopération (déjà ancienne) entre M. Lignac, JER et BFCM qui avaient commencé dès 2005 à envisager la restructuration du groupe de presse de l'Est Républicain autour d'une société commune (Ebra) prenant la forme d'une société par actions simplifiée (SAS).
- 26.** Les juges ont également relevé que BFCM avait apporté à cette *joint venture* (JV) un financement sans commune mesure avec la pratique usuelle d'un établissement de crédit, ce qui traduisait de sa part une implication allant au-delà d'une simple participation minoritaire au capital(15).
- 27.** Ainsi donc, indépendamment même des présomptions de concert existant entre une société et son président(16) ou encore entre les associés d'une SAS à l'égard des sociétés contrôlées par cette dernière(17), c'est l'examen lucide de la *situation factuelle*(18) créée entre (i) d'une part M. Lignac qui joue le rôle essentiel du patron de presse et (ii) d'autre part BFCM dont l'appui financier est tout aussi indispensable au développement du troisième acteur, à savoir la société JER elle-même, qui semble avoir emporté la conviction du juge.
- 28.** Dans ces conditions, la conclusion selon laquelle les trois concertistes exerçaient un contrôle conjoint sur France Est, ainsi que sa conséquence logique (à savoir la privation des droits de vote attachés aux actions JER détenues par France Est, dans la mesure où JER participait à leur détention indirecte, ce qui en faisait une participation d'autocontrôle), s'imposait au regard d'une interprétation littérale de l'article L. 233-31 du code de commerce.
- 29.** Il est certain que l'article L. 233-31 ne distingue pas selon la nature du contrôle (exclusif ou conjoint) exercé (indirectement de surcroît) par la société sur son actionnaire, mais il faut néanmoins souligner que ce texte date d'une époque où seul le contrôle exclusif existait et qu'il est relativement paradoxal de vouloir priver de ses droits de vote l'actionnaire majoritaire d'une société, sous prétexte que cette dernière détient (indirectement) 20 % de son capital.
- 30.** On observera en outre que le contrôle que JER est censée exercer de manière conjointe sur France Est réside essentiellement entre les mains de ses soi-disant concertistes, qui n'ont pas besoin d'elle pour présider aux destinées de son actionnaire majoritaire (dont elle ne détient elle-même - indirectement de surcroît - qu'une fraction minoritaire).
- 31.** Au demeurant, la qualité d'actionnaire n'étant pas techniquement exigée pour prétendre à la qualité de concertiste(19), il en résulte que le contrôle conjoint peut théoriquement être exercé par des personnes qui ne sont pas actionnaires de la société contrôlée (dès lors qu'elles déterminent *en fait* les décisions prises par l'assemblée générale(20)).
- 32.** En conséquence, on pourrait éventuellement rencontrer un « autocontrôle » détenu par des sociétés qui ne sont pas des filiales ou sous-filiales de la société émettrice, celle-ci ne détenant aucune fraction de leur capital mais se contentant d'agir de concert avec leurs actionnaires.
- 33.** Au final, on s'éloigne manifestement de la philosophie sous-jacente à la privation des droits de vote frappant les actions d'autocontrôle, à savoir leur assimilation aux actions auto-détenues (plafonnées à 10 %)(21) qui sont considérées comme du capital « fictif » car elles ne constituent pas un véritable gage pour les créanciers de leur émetteur.

34. Pour justifier l'annulation de l'assemblée générale qu'ils avaient hésité à obtenir sur le fondement de la fraude à un pacte d'actionnaires, les juges ont apparemment préféré s'en remettre à l'application « mécanique » des articles du code de commerce relatifs aux notions de concert (art. L. 233-10) et de contrôle (art. L. 233-3).

35. Ce faisant, ils ont profité des avantages de l'action de concert, qui possède la *plasticité* de la fraude car elle est capable comme elle de s'adapter à toute sorte de situations différentes, sans pour autant revêtir la même *charge négative* : elle ne rime pas nécessairement avec l'abus de droit puisqu'elle est au contraire l'un des éléments constitutifs du contrôle (dans sa dimension la plus légitime) que peuvent exercer des actionnaires sur une société

36. Si on n'y prend pas garde, la combinaison intempesive des notions de concert et contrôle pourrait cependant entraîner des effets indésirables : en étant présumée agir de concert avec la société qui la contrôle(22), toute société émettrice participerait ainsi, conjointement avec son principal actionnaire, à son propre contrôle... ce qui entraînerait théoriquement une privation des droits de vote détenus par toute société-mère dans sa filiale. Le paradoxe confine ici à l'absurde !

37. On perçoit donc bien les limites d'une telle décision, dont les conclusions tiennent probablement beaucoup aux circonstances de l'espèce, notamment à la démonstration argumentée du processus complexe selon lequel les membres de l'action de concert se sont entendus pour mettre la main sur les actions d'autocontrôle de JER.

38. Il reste qu'au cas où la décision de première instance ferait l'objet d'une confirmation par la juridiction d'appel, voire d'une validation par la cour de cassation (ce qui lui donnerait l'occasion de se prononcer sur l'action de concert en dehors d'un contexte boursier), nous pourrions bien obtenir le premier exemple d'une jurisprudence appelée à révolutionner le droit des sociétés.

39. Jusqu'à présent, il avait été considéré que la sanction frappant le libre exercice du droit de vote, prérogative essentielle de l'actionnaire, touchait apparemment une corde trop sensible pour pouvoir être appliquée de manière collective en tenant compte de la dimension de concert, comme l'avait déjà montré la cour de cassation dans l'affaire *Métrologie*(23).

40. Toutefois, en introduisant dans le code de commerce la notion de contrôle conjoint, le législateur de 2001 pourrait bien avoir semé le germe d'une reconnaissance par le juge de la réalité selon laquelle des personnes peuvent se mettre à plusieurs - au sein d'un concert - pour se comporter en « actionnaire » unique.

41. Ce constat pourrait alors le conduire à appliquer plus largement les dispositions relatives aux situations de conflit d'intérêts, qui se soldent souvent par l'interdiction faite à un actionnaire de participer à la décision qui le concerne : il suffirait d'accepter de prendre en compte son implication « indirecte » par le biais d'une chaîne de contrôle (faisant éventuellement la part belle aux actions de concert(24)).

42. Il appartiendra néanmoins aux tribunaux civils(25) de s'approprier la notion d'action de concert pour en définir des contours qui soient adaptés aux problématiques qui les occupent, loin des franchissements de seuils (qui s'accommodent très - trop - aisément des présomptions de l'article L. 233-10) et des autres opérations boursières (comme les OPA qui ont leur propre action de concert « spécifique » visée à l'article L. 233-10-1 du code de commerce)(26).

43. La notion d'action de concert présente en effet la caractéristique de savoir adapter ses propres éléments constitutifs aux finalités poursuivies par la réglementation au soutien de laquelle elle est invoquée(27) : il restera donc à « inventer » la notion qui correspondra le mieux aux enjeux du droit des sociétés, plus attentif à la bonne gouvernance et à l'équilibre harmonieux entre « groupes » qu'au triomphe systématique des intérêts minoritaires.

Mots clés :

MARCHE FINANCIER * Opération de bourse * Action de concert * Droit de vote * Droit de préférence * Autocontrôle

(1) L'intégralité du jugement est téléchargeable.

(2) CE Sect., 31 janv. 2007, n° 294896, *Société France Antilles* (AJDA 2007. 789, chron. Lenica et Boucher ; D. 2007. 500, obs. Chebrier ; RFDA 2007. 328, note Glaser) : annulation de la décision du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie en date du 17 mai 2006, autorisant l'opération de concentration consistant en la reprise par la société Est Bourgogne Rhône Alpes (Ebra), SAS détenue à 51 % par l'Est Républicain et à 49 % par une filiale du Crédit mutuel.

(3) Composé des sociétés Groupe Hersant Media (GHM), Multimedia Futur (MMF) et Grande Chaudronnerie Lorraine (GCL).

(4) La cour d'appel de Paris lui avait déjà donné raison un mois auparavant, le 27 nov. 2008, en considérant que le Groupe Lignac avait abusivement dénoncé les accords de 1997 le liant au Groupe Hersant (inédit).

(5) Réunissant les sociétés Journal de l'Est Républicain, France Est, Presse Investissement (SPI), la Banque Fédérative du Crédit Mutuel (BFCM) ainsi que M. et Mme Gérard Lignac.

(6) Venant aux droits de la société France Antilles.

(7) L'autocontrôle est privé de droits de vote en application de l'art. L. 233-31 C. com.

(8) Pour l'adoption d'un projet d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions par la société bénéficiaire, les actionnaires de la société apporteuse qui seraient également actionnaires de la société bénéficiaire ne sont pas interdits de voter (Paris, 19 mai 1972, Bull. Joly 1972. 399).

(9) Paris, sect. B, 1er juin 2007, n° 07/05278, *SA GHM*, Bull. Joly 1er oct. 2007 n° 10, p. 1069, note F. Martin Laprade, qui juge que la désignation d'un administrateur provisoire ne peut être demandée par un actionnaire indirect de la société concernée.

(10) Dans une affaire impliquant, elle-aussi, le groupe Hersant, la Cour de cassation avait décidé que la loi du 24 juill. 1966 ne prévoit la procédure d'agrément que pour la cession des actions de la société émettrice, et non pas pour la cession des parts ou actions composant le capital de ses actionnaires (Com. 13 déc. 1994, *Consorts Bujon et a. c/ Sté ETARCI et a.*, et *SA du Journal Midi Libre c/ SA ETARCI et a.*). En l'espèce, le groupe Hersant se prévalait toutefois d'un arrêt antérieur, *Barilla-Lustucru* (Com. 27 juin 1989), dans lequel la fraude avait été caractérisée par la « connivence » du cédant et du cessionnaire, et l'interposition d'une société de portefeuille.

(11) Par ex., sur la violation d'un pacte extrastatutaire de préemption : Paris, 3e ch., sect. A, 2 juill. 2002, *Patrimonio et autres c/ Azzaro et autres*, n° 2001/19901, Bull. Joly 1er nov. 2002, n° 11, p. 1204, note P. Le Cannu.

(12) Opération étant faite dans l'unique but d'obtenir une plus-value importante par un démantèlement du patrimoine de la société cédante (Com. 25 avr. 2006, n° 01-15.754, *SA LMO le Matériel Ondia c/ SA Immobilière de l'industrie hôtelière de Paris (SIHP)*, Juris-Data n° 2006-033263 ; Dr. sociétés n° 7, juill. 2006, comm. 101, note H. Lécuyer).

(13) V. F. Martin Laprade, *Concert et contrôle : plaidoyer en faveur d'une reconnaissance de l'action de concert par le droit commun des sociétés*, Editions Joly, 2007, § 670 s.

(14) Pour reprendre un terme fréquemment utilisé par les juges cherchant à caractériser une

action de concert (V. affaire *Eiffage*, Paris, 2 avr. 2008, JurisData n° 2008-358325 ; D. 2008 AJ. 1057, NDLR A. Lienhard ; RTD com. 2008. 390, obs. Ch. Goyet ; Rev. sociétés 2008. 394, note P. Le Cannu ; RD banc. fin. 2008, comm. 93, note H. Le Nabasque ; Bull. Joly 2008, § 89, p. 411, note H. Le Nabasque ; Banque et droit 2008, n° 119, p. 28, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint Mars et J.-P. Bornet ; Bull. Joly bourse, mai-juin 2008 § 23, p. 209, note L. Faugérolas et E. Boursican).

(15) Paris, 1^{re} ch., sect. H, 19 mars 2002, *Tharreau*, D. 2002. 1678, note M. Boizard ; JCP E 2002. 110. obs. A. Viandier.

(16) C. com., art. L. 233-10, II, 1°.

(17) C. com., art. L. 233-10, II, 4°.

(18) Sur la qualification de l'action de concert en fait juridique, V. notamment Ch. Goyet, Le critère de l'action de concert selon Dominique Schmidt : éléments de discussion, *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Editions Joly, 2005 ; A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Thèse Paris II, 2001, *Economica*, 2007, spéc. n°536.

(19) ANSA, Comité juridique en date du 4 juin 2008, Com. n° 08-022.

(20) C. com., art. L 233-3, III.

(21) Elles-aussi privées de droits de vote en application de l'art. L. 225-210, al. 4, C. com.

(22) C. com., art. L 233-10, II, 2°.

(23) Com. 13 juin 1995, Bull. Joly 1^{er} oct. 1995, n° 10, p. 855, note A. Couret.

(24) Sur la prise en compte de la dimension potentiellement collective du contrôle en matière de conventions réglementées, V. les hésitations du Comité juridique de l'ANSA, Avis n° 3117 en date du 6 févr. 2002.

(25) Sachant que la haute juridiction administrative a déjà ouvert la voie : affaire *TF1*, CE 20 oct. 2004, Rev. sociétés 2005. 158, note P. Le Cannu ; affaire *Warner Bros*, CE 6 juill. 2007, Rev. sociétés 2008. 104, note P. Le Cannu.

(26) F. Martin Laprade, Action de concert, J.-Cl. sociétés / Banque - Crédit - Bourse, Fasc. 1715.

(27) Sur le caractère « téléologique » de la notion d'action de concert, V. M.-A. Frison Roche, Le droit de la régulation, D. 2001. Chron. 610.