

Revue des sociétés 2009 p. 790

Fraude ou concert : face l'un gagne, pile l'autre perd

Note sous Cour d'appel de Nancy, 17 juin 2009, *M. Lignac et autres c/ SA Groupe Hersant Media, SA Multimedia Futur et SA Grande chaudronnerie Lorraine*

Frank Martin Laprade, Docteur en Droit, Avocat à la Cour (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.

La Cour,

Le différend entre les parties porte, d'une part, sur la validité des opérations de double apport et d'augmentation de capital réservées lors des assemblées générales extraordinaires de la société France Est du 29 mai 2008 et de la SA du Journal de l'Est Républicain du 27 juin 2008 qui, selon la SA Groupe Hersant Média, constituent une fraude à ses droits tels que stipulés dans la lettre du 30 avril 1997 et, d'autre part, sur la validité des résolutions adoptées lors de l'assemblée générale extraordinaire de la SA du Journal de l'Est Républicain du 27 juin 2008, grâce au vote des actions Est Républicain possédées par la société France Est, en violation de la réglementation relative à l'autocontrôle prévues à l'article L. 233-31 du code de commerce, dans la mesure où la société France Est serait contrôlée conjointement et de concert par la SA du Journal de l'Est Républicain avec la BFCM et M. Gérard Lignac.

Sur la demande d'annulation des délibérations des assemblées générales extraordinaires de la société France Est du 29 mai 2008 et de la SA du Journal de l'Est Républicain du 27 juin 2008, en raison de la fraude qui aurait été organisée par les appelants :

Les parties sont d'accord sur le fait que l'augmentation de capital de la société France Est a eu pour résultat que cette société et les actions Est Républicain qu'elle possède ne sont plus contrôlées par la SA du Journal de l'Est Républicain, de sorte que la SA GHM ne dispose plus de la minorité de blocage dans les assemblées de la SA du Journal de l'Est Républicain qu'elle possédait avant les opérations de mai et juin 2008 et que, désormais, la BFCM détient 80 % des droits de vote de la société France Est laquelle détient 51 % des droits de vote de la SA du Journal de l'Est Républicain.

Or, selon la SA GHM, ces opérations seraient en contradiction flagrante avec l'équilibre actionnarial voulu lors de la signature du pacte d'actionnaires du 30 avril 1997 entre les membres de la famille Lignac et la SA MultiMédia Futur (MMF), contrôlée par la SA GHM, et résultant également de la lettre du même jour adressée à la société France Antilles, actuellement SA GHM, par M. Gérard Lignac, en qualité de président de la SA du Journal de l'Est Républicain.

Il s'agirait d'une fraude à la règle obligatoire stipulée dans la lettre du 30 avril 1997, à savoir son droit d'acquérir par référence les actions Est Républicain détenues en autocontrôle, fraude organisée en utilisant un moyen adéquat ; à savoir les opérations d'augmentation de capital,

pour s'affranchir des règles de l'autocontrôle auxquelles étaient soumis les droits de vote attachés aux 45 035 actions détenues indirectement par la SA du Journal de l'Est Républicain, dans le seul but de permettre l'entrée majoritaire de la BFCM au capital de la société France Est puis de la SA du Journal de l'Est Républicain.

La lettre du 30 avril 1997 est rédigée de la manière suivante :

« Vous nous avez cédé ce jour le contrôle de la société Editions DNA.

En complément de cet accord, 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 ».

Elle ne prévoit un droit de préférence qu'en cas de « cession » d'actions de l'Est Républicain et non en cas de création d'actions nouvelles France Est par augmentation de capital.

Le fait qu'il s'agisse « des actions de l'Est Républicain détenues en autocontrôle par telle ou telle de ses sous-filiales » ne permet pas d'interpréter l'engagement qui résulte de cette lettre comme établissant un droit de préférence en cas de modification de la répartition des actions.

Le libellé du droit de préférence s'agissant de la Société Editions DNA est d'ailleurs très différent.

Dans un cas (DNA) il est question de la cession « directe ou indirecte du contrôle de la société » et dans l'autre (Est Républicain) de la « cession des actions en autocontrôle ».

Si la volonté de M. Gérard Lignac, lors de la rédaction de la lettre du 30 avril 1997, était, comme le soutient la SA GHM, d'empêcher la prise de contrôle de l'Est Républicain par un tiers, par quelque modalité que ce soit, il aurait utilisé les mêmes termes que ceux employés pour la Société Editions DNA, ce qui n'est pas le cas.

En l'espèce, il n'y a pas eu cession des 45 035 actions d'autocontrôle. La société France Est n'a rien vendu, n'a perçu aucun prix de cession et possède toujours ces actions.

Par ailleurs, la SA GHM ne bénéficie d'aucun droit d'opposition à l'augmentation du capital de la société France Est, un tel droit ne résultant ni d'un texte, ni d'un document contractuel entre les parties au litige.

La SA GHM ne peut pas se fonder sur le pacte d'actionnaires du 30 avril 1997 qui institue, au bénéfice de la SA MMF, contrôlée par la SA GHM. Un droit de préemption en cas de cession ou de mutation des actions de la SA Grande Chaudronnerie Lorraine (GCL) ou des parts sociales de la Société Renaudot Investissements (SRI) détenues par la SA MMF ou le Groupe Lignac, pour soutenir l'existence d'une « alliance capitalistique » entre les familles Hersant et Lignac en vue d'un « contrôle capitalistique commun » de l'Est Républicain, qui s'opposerait aux opérations de double apport et d'augmentation de capital réservées lors des assemblées générales extraordinaires de la société France Est du 29 mai 2008 et de la SA du Journal de l'Est Républicain du 27 juin 2008.

Ce pacte prévoit expressément, en son article 6, que :

« MMF, d'une part, et le Groupe Lignac, d'autre part, s'interdisent d'accomplir ou de permettre qu'il soit procédé aux opérations suivantes sans l'accord préalable de l'autre partie :

- augmentation de capital de GCL ou de SRI ayant pour effet de permettre l'entrée de tiers dans le capital,

- réduction de capital de GCL ou de SRI ayant pour effet d'évincer l'autre partie du capital de

ces sociétés,

- toute opération de fusion et d'apport ayant pour effet de permettre l'entrée de tiers dans le capital,
- toute opération de scission de GCL ou de SRI,
- tout acte de disposition portant sur tout ou partie des actions de l'Est Républicain détenues par GCL ou SRI,
- toute introduction dans les actifs de GCL ou de SRI d'éléments autres que des actions de l'Est Républicain ».

Or, rien de tel n'a pas été stipulé en ce qui concerne la société France Est, ni par le pacte, ni par la lettre du 30 avril 1997.

Si les Groupes Hersant et Lignac avaient voulu aboutir aux mêmes obligations et interdictions pour la société France Est, il aurait suffi de le prévoir dans un document aussi complet et présentant la même cohérence que le pacte d'actionnaires du 30 avril 1997.

Les premiers juges ont, à juste titre, souligné que « l'engagement unilatéral du président de l'Est Républicain et le contrat synallagmatique étant concomitants, MM. Lignac et 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 ».

Il convient de rappeler que le pacte d'actionnaires qui contient un droit de préemption doit être interprété restrictivement dès lors qu'il est une limite au principe de la libre négociation des actions.

En outre, ce pacte ne peut être invoqué dans le cadre de la présente procédure alors qu'il est inopposable à la société France Est et à la SA du Journal de l'Est Républicain, qui ne l'ont pas signé, et qu'il ne concerne que les Sociétés GCL et SRI et non la société France Est.

En définitive, il n'existait pas de « règle obligatoire », de sorte qu'aucun détournement frauduleux d'une telle règle n'a été effectué par les opérations de double apport et d'augmentation de capital litigieuses.

Il n'y a donc pas lieu à annulation des assemblées générales extraordinaires de la société France Est du 29 mai 2008 et de la SA du Journal de l'Est Républicain du 27 juin 2008 en raison de la fraude qui aurait été organisée par les appelants.

Sur la demande d'annulation des délibérations de l'assemblée générale extraordinaire de la SA du Journal de l'Est Républicain du 27 juin 2008 pour violation de la réglementation relative à l'autocontrôle :

Il convient de rappeler que la SA Groupe Hersant Média (GHM) détenait avant les opérations à l'origine du présent litige environ 29 % du capital de la SA du Journal de l'Est Républicain et 35,64 % des droits de vote en assemblée générale extraordinaire, c'est-à-dire une minorité de blocage, compte tenu des 19 % du capital de l'Est Républicain détenus en autocontrôle par la société France Est.

La société France Est, qui était détenue indirectement (par l'intermédiaire d'une filiale à 100 % SPI) à 99 % par la SA du Journal de l'Est Républicain, possède en effet 45 035 actions (environ 19 % du capital) de l'Est Républicain.

Or, en application de l'article L. 233-31 du code de commerce, les droits de vote attachés aux actions détenues en autocontrôle ne peuvent être exercés aux assemblées générales de la société.

Du fait des opérations d'apport de la créance de la BFCM sur la Société EBRA à la Société France Est le 29 mai 2008 et de l'augmentation corrélative par la société France Est de son capital par la création d'actions nouvelles attribuées à l'apporteur, le capital de la société France Est n'est désormais détenu par la SA du Journal de l'Est Républicain (au travers de la Société SPI) qu'à hauteur de 20 %.

En conséquence, les actions Est Républicain que possède la société France Est ne sont plus contrôlées par la SA du Journal de l'Est Républicain et recouvrent leur droit de vote, ce qui a pour conséquence que la SA GHM ne détient plus la minorité de blocage dont elle disposait précédemment dans les assemblées générales de la SA du Journal de l'Est Républicain.

Or, la SA GHM soutient qu'en réalité, la SA du Journal de l'Est Républicain contrôle toujours la société France Est « conjointement et de concert » avec la BFCM et M. Gérard Lignac de sorte que les 45 035 actions Est Républicain détenues par la société France Est seraient toujours privées du droit de vote dans les assemblées générales de la SA du Journal de l'Est Républicain.

La réglementation relative à l'autocontrôle conduit à priver de droit de vote les actions d'une société possédées par elle-même, par le biais d'une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle.

Cette notion de contrôle signifie qu'une ou plusieurs sociétés exercent une influence déterminante sur la gestion d'une autre structure et n'est pas exclusivement caractérisée par la participation dans le capital.

En conséquence, le seul fait que les droits de vote dans les assemblées générales de la société France Est soient de 80 % pour la BFCM, 20 % pour la SA du Journal de l'Est Républicain, outre une voix pour M. Gérard Lignac, n'implique pas l'absence de contrôle de cette société par la SA du Journal de l'Est Républicain.

L'article L. 233-3 du code de commerce qui définit le contrôle d'une société énumère diverses situations de contrôle démontrant la volonté du législateur de débusquer l'influence dominante dans la société quelles que soient les modalités du contrôle.

C'est ainsi que ce texte se réfère au « contrôle de fait » des décisions en assemblée générale et implique une analyse *in concreto* du comportement de la « société contrôlante » pour établir son pouvoir effectif lors de la prise de décision.

Plus précisément, il dispose que « deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

Ce texte est sans ambiguïté pour permettre d'inclure dans la pratique du contrôle conjoint les personnes physiques ou les personnes morales actionnaires.

L'application de l'article L 233-3, III, du code de commerce suppose que les personnes agissent de concert.

Pour la définition de l'action de concert, il convient de se reporter aux indications fournies par l'article L. 233-10 du code de commerce qui dispose que « 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 les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société ».

Il doit donc y avoir un accord, écrit ou verbal, entre les partenaires avec la volonté de mettre en oeuvre une politique commune, étant précisé qu'il s'agit de la politique commune des concertistes et non celle de la société contrôlée.

Or, il existe un faisceau d'indices caractérisant les éléments d'une action de concert liant M. Gérard Lignac, la SA l'Est Républicain et la BFCM.

Il y a bien eu un accord entre M. Gérard Lignac, la SA l'Est Républicain et la BFCM en vue d'acquérir, de céder, d'exercer les droits de vote de la société France Est.

Cet accord s'est manifesté lors des opérations d'apport de la créance de la BFCM et d'augmentation de capital du 29 mai 2008, qui ont permis à celle-ci d'acquérir 80 % du capital et des droits de vote de France Est puis de l'adoption ou de l'adhésion aux nouveaux statuts de la société France Est par M. Gérard Lignac, la SA l'Est Républicain et la BFCM.

Les trois associés de la société France Est ont notamment décidé, dans le cadre de ces statuts, qu'il reviendrait au président statutaire, M. Gérard Lignac, présenté comme inamovible, le soin d'exercer comme il l'entend, et donc avec l'accord par avance des deux autres, les droits de vote attachés aux actions Est Républicain, seul actif de France Est.

La BFCM, qui détient pourtant 80 % des droits de vote de France Est, a pris le soin de déclarer qu'elle ne disposait d'aucun pouvoir sur l'exercice des droits de vote attachés aux 45 035 actions Est Républicain possédées par la société qu'elle contrôle, décidant en accord avec ses associés que ce serait l'un d'entre eux qui les exercerait.

Surtout, les nouveaux statuts de la société France Est prévoient que toute cession d'action de la société nécessite l'accord préalable et unanime de tous les associés.

Par ailleurs, il y a bien eu mise en oeuvre d'une politique commune vis-à-vis de la société France Est, la politique des concertistes n'étant pas ici la prise de contrôle de la SA l'Est Républicain mais la stratégie même mise en place par les opérations d'apport, aboutissant à la modification de l'équilibre des pouvoirs au sein de la société.

La défense commune dans toutes les procédures judiciaires mises en oeuvre par la SA GHM afin de rétablir ses droits, tout comme le caractère exécutoire des décisions judiciaires toujours prises à l'encontre des trois concertistes, apporte un éclairage supplémentaire de leur politique commune.

La politique commune vis-à-vis de la société France Est peut se retrouver tant dans les liens existant entre M. Gérard Lignac et la SA l'Est Républicain (*), qu'entre M. Gérard Lignac et la BFCM (***) et qu'entre la BFCM et la SA l'Est Républicain (**).

* Si M. Gérard Lignac est bien au coeur du montage, ce n'est pas à raison du contrôle qu'il détiendrait et exercerait seul sur la SA l'Est Républicain mais bien à raison du lien qu'il crée par lui et autour de lui, permettant la mise en oeuvre par les concertistes de leur politique commune vis-à-vis de la société France Est.

Aux termes de l'article L. 233-10-II du code de commerce, l'action de concert est présumée exister de manière irréfutable entre une société et le président de son conseil d'administration, donc entre la SA l'Est Républicain et M. Gérard Lignac.

** M. Gérard Lignac agit nécessairement comme mandataire de la BFCM qui l'a nommé et à qui il doit en référer et est aussi tenu de « gouverner » la société France Est en faisant sienne la politique de son actionnaire majoritaire, le Groupe Crédit Mutuel.

Il existe à la fois une dépendance de la BFCM à l'égard de M. Gérard Lignac et une dépendance financière de M. Gérard Lignac à l'égard de son actionnaire majoritaire.

Le jugement entrepris a justement souligné que la BFCM n'était 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 que les statuts lui confèrent des pouvoirs très étendus.

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

*** Il existe des présomptions légales de concert entre les associés d'une SAS et les entités contrôlées instituées par l'article L 233-10-II du code de commerce.

C'est le cas entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L 233-3 du code de commerce, soit la BFCM qui contrôle la SA l'Est Républicain par l'intermédiaire de la Société France Est.

C'est également le cas des associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle, soit la BFCM, la SA l'Est Républicain et M. Gérard Lignac, associés de la SAS France Est qui contrôle 51 % de la SA l'Est Républicain.

La politique commune vis-à-vis de la société France Est s'est incontestablement matérialisée depuis le 29 mai 2008 par les décisions unanimes des trois actionnaires de cette société telles que le transfert de la créance de 128 millions d'euros sur la Société Ebra à la SA l'Est Républicain ou l'importante modification des statuts de la société France Est.

Il est évident que l'intérêt de la BFCM d'incorporer au capital de L'Est Républicain une créance de 128 millions d'euros, au demeurant exigible, préalablement apportée à la société France Est, pour ainsi prendre indirectement 51 % du capital d'une société qui n'a même pas les moyens de rembourser ses dettes n'était que d'exercer un contrôle au moins conjoint sur sa nouvelle filiale, la SA l'Est Républicain,

Le but poursuivi de concert par les trois associés était de faire perdre à la SA GHM sa minorité de blocage, les sociétés SRI et France Est unissant leurs droits de vote pour imposer l'ouverture de capital de la SA 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 %.

Les actions Est Républicain détenues par la société France Est étaient donc bien possédées, même après le 29 mai 2008, par une société détenue indirectement par la SA l'Est Républicain, qui la contrôle conjointement et de concert avec la BFCM et M. Gérard Lignac : ces actions sont donc bien des titres d'autocontrôle au sens de l'article L. 233-31 du code de commerce.

La société France Est ayant voté avec ses 19 % de droits de vote Est Républicain lors de l'assemblée générale extraordinaire de la SA l'Est Républicain le 27 juin 2008, ce qui est interdit par l'article L 233-31 du code de commerce, les délibérations ainsi prises doivent être annulées, en application de l'article L. 235-1, alinéa 1er, du même code.

Le jugement entrepris doit donc être confirmé dans son intégralité.

L'équité commande d'allouer à la SA Groupe Hersant Média, la SA MultiMédia Futur et la SA Grande Chaudronnerie Lorraine, intimés, une indemnité de 15 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par ces motifs :

La Cour, statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

Confirme le jugement déféré,

Condamne solidairement M. Gérard Lignac, la SA du Journal de l'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit Mutuel à payer à la SA Groupe Hersant Média, la SA MultiMédia Futur et la SA Grande Chaudronnerie Lorraine la somme de 15 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne solidairement M. Gérard Lignac, la SA du Journal de l'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit Mutuel aux dépens d'appel,

M. Moureu, prés. de ch. ; Mme Pomonti, cons. rapp. ; Mme Cordier, cons. ; SCP Leinster, Wisniewski et Mouton, SCP Millot, Logier et Fontaine, av.

Note

Les limites à la généralisation de l'action de concert en droit des sociétés

1. Lentement, mais sûrement (?), l'adoption (voire la récupération) de la notion boursière d'action de concert par le droit commun des sociétés, que nous appelons de nos vœux (1) depuis que le code de commerce reconnaît aux concertistes la possibilité d'exercer un « contrôle conjoint » sur une société anonyme (cotée ou non), poursuit son chemin.
2. La cour d'appel de Nancy vient en effet de confirmer le jugement du tribunal de commerce de Nancy en date du 23 décembre 2008 (2), par lequel une action de concert avait été caractérisée dans un contexte de « pur » droit des sociétés (application des dispositions relatives aux actions d'autocontrôle), sans lien aucun avec une quelconque réglementation boursière (telle que la déclaration de franchissement de seuil (3) ou le dépôt d'une OPA obligatoire (4)).
3. Cette décision (qui fait l'objet d'un pourvoi en cassation) montre qu'à leur tour (5) les juridictions civiles commencent à se familiariser avec le concept d'action de concert : aujourd'hui, c'est pour établir la présence d'un contrôle à plusieurs, mais rien n'interdit d'imaginer que - demain - cela conduira le juge à étendre le périmètre du champ d'application des règles du code de commerce en matière de gestion des conflits d'intérêts.
4. Tous les ingrédients d'une telle évolution sont en effet rassemblés dans la présente décision :
 - la prise en compte de la dimension collective que peut revêtir le comportement d'associé, en particulier lorsqu'il s'agit de former un noyau dur susceptible d'influer sur les destinées d'une société (6) ;
 - la sanction consistant dans la privation généralisée des droits de vote, peu important que la personne conflictée (en l'espèce la société émettrice) ne soit que minoritaire (20 %) au capital de l'actionnaire concerné (France Est).
5. Pour autant, il faudra se fixer des limites en termes d'assimilation au sein du « groupe » formé par des concertistes (7), car le risque serait de considérer que « tout est dans tout et réciproquement », en négligeant l'importance fondamentale en droit des sociétés de l'écran que constitue la personnalité morale (8).
6. En présence de participations croisées (indirectes (9)), il faudra ainsi déterminer qui - de la sous-filiale (France Est) ou de la « grand-mère » (JER) - a vocation à être privée de ses droits de vote dans les assemblées générales d'actionnaires de l'autre. Pour répondre à cette question, il pourra notamment s'avérer nécessaire de se pencher sur la question d'une éventuelle « prédominance » d'un concertiste sur les autres (10).
7. En supposant que France Est soit valablement devenue l'actionnaire majoritaire de JER en rémunération de son apport en nature (11), n'aurait-il pas été plus « logique » de considérer que c'est alors la participation indirecte (via SPI) de JER au capital de France Est (sa nouvelle société mère) qui aurait dû être privée de ses droits de vote en application des règles sur l'autocontrôle (12) ?
8. Dans ce cas, JER aurait-elle pu encore continuer à être considérée comme faisant partie du concert exerçant un contrôle conjoint sur la SAS France Est, alors que son pouvoir d'influence sur cette société serait réduit à néant par la privation des droits de vote attachés à sa

participation minoritaire (20 %) ?

9. On voit bien que la qualification de concertiste, même si elle est théoriquement indépendante de celle d'actionnaire, est relativement fragile en l'absence d'une détention de droits de vote. Or, par hypothèse, la société émettrice ne dispose pas de droit de vote sur elle-même (les actions auto-détenues, directement ou indirectement en sont dépourvues) alors qu'elle est présumée agir de concert avec les personnes qui la dirigent et/ou la contrôlent (13).

10. Est-ce à dire qu'en leur qualité de concertistes de l'émetteur, ces actionnaires peuvent se voir opposer la même suspension de droits de vote que celle qui menace l'auto-détention ? Inversement, l'émetteur s'exposerait-il aux sanctions pénales frappant la souscription de ses propres actions (14) lors de chaque augmentation de capital à laquelle participeraient ses actionnaires de contrôle ? On mesure l'absurde d'une telle situation...

Une alternative crédible à la collusion frauduleuse

11. Sans aller aussi loin que de priver des tiers de leurs droits de vote en raison de leurs relations privilégiées avec un autre actionnaire, on soulignera qu'en matière d'apport, celui qu'a effectué France Est (15) au profit de JER aurait dû lui interdire de prendre part au vote, en application de la règle classique contenue à l'article L. 225-147 du code de commerce (16).

12. On précisera que cette procédure avait d'ailleurs été suivie lors de l'apport du même actif (une créance sur la société EBRA) dont elle avait elle-même bénéficié un mois auparavant de la part de la BFCM (sans conséquence puisque l'apporteur n'était pas encore actionnaire de France Est).

13. Ce n'est en effet qu'en profitant d'une dérogation législative (17) que France Est - indépendamment de la question de savoir si elle devait ou non être considérée comme une sous-filiale de JER - a pu participer au vote de l'assemblée générale de JER sur son propre apport partiel d'actif, parce que ce dernier avait été (fort à propos) placé sous le régime des scissions.

14. Cette « habileté » juridique n'est pas sans éveiller les soupçons quant à l'abus de droit dont seraient entachées ces opérations qui se sont enchaînées dans un temps relativement court, à peine un mois ayant séparé l'apport par BFCM de sa créance Ebra à France Est et l'apport de la même créance à JER.

15. Elles ont en effet manifestement atteint l'objectif que semblaient s'être fixé M. Gérard Lignac et la BFCM, à savoir prendre le contrôle absolu de JER en se débarrassant de la minorité de blocage jusqu'alors détenue par le Groupe Hersant (grâce à la neutralisation des droits de vote de France Est).

16. C'est d'ailleurs d'abord sur ce terrain que le Groupe Hersant a tenté de remettre en cause la validité de ces opérations, en invoquant un détournement des dispositions du pacte d'actionnaires conclu en 1997, qui soumettait à sa préemption les cessions (directes) d'actions d'autocontrôle détenues par France Est.

17. Ce faisant, il offrait aux juges l'opportunité d'utiliser les vieilles recettes civilistes qui ont fait leurs preuves : recherche de l'intention des parties, stigmatisation d'un comportement abusif qui prétend respecter formellement les règles juridiques pour mieux parvenir à ses fins, etc.

18. Il reste que la qualification de « fraude » est toujours délicate à établir, surtout lorsque la disposition contractuelle qui est supposée avoir été violée n'envisage que la « cession » d'actions (pure et simple), contrairement à d'autres pactes conclus à la même époque entre les parties, dont la rédaction - moins précise - évoque plus largement des changements de « contrôle ».

19. Or, force est de constater que la lettre du contrat (18) ne correspond pas à l'hypothèse d'une dilution subie à raison d'une augmentation de capital rémunérant un apport en nature, entraînant la perte du contrôle exclusif détenu jusqu'alors - indirectement - par JER, ce qui justifiait que les actions de France Est soient regardées comme de l'autocontrôle.

20. A cet égard, la « collusion frauduleuse » est probablement aussi difficile à prouver que l'action de concert, mais c'est pourtant sur cette deuxième voie que le juge a préféré s'aventurer, profitant de l'approche pragmatique développée par le droit dit « économique » (19).

21. Ce dernier privilégie la méthodologie probatoire fondée sur le faisceau d'indices, parmi lesquels le parallélisme de comportements figure en bonne place (dès lors que la concertation fournit la seule explication logique à l'action collective (20)), mais il reçoit fort opportunément le soutien d'une série de présomptions légales pour établir la présence d'une action de concert.

22. L'article L. 233-10 du code de commerce ne se contente pas en effet de poser une sorte de présomption générale d'action de concert en énonçant que « 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 les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique [commune] vis-à-vis de la société », mais il ajoute aussi un certain nombre de présomptions particulières, notamment entre une société et ses principaux dirigeants ou entre associés d'une Société par Actions Simplifiée (SAS) vis-à-vis des sociétés qu'elle contrôle (21).

23. De là à combiner ces présomptions pour établir un « concert en étoile » réunissant M. Gérard Lignac (dirigeant de JER et de France Est) et les autres actionnaires de la SAS France Est (en particulier BFCM) agissant conjointement à l'égard de JER dont ils ambitionnaient de prendre le contrôle, il n'y a qu'un pas que les juges semblent avoir aisément franchi (22), alors qu'ils se sont montrés dans le même temps réticents à parler de « fraude » pour décrire les actions entreprises par les concertistes.

Conclusion

24. Au demeurant, il est intéressant de noter qu'en toute logique les juges n'auraient pas pu donner raison au Groupe Hersant à la fois sur chacun des deux arguments soulevés : soit les actions France Est étaient frauduleusement sorties du patrimoine de JER sans être soumises au droit de préemption (1er argument), soit elles continuaient à lui appartenir en raison du contrôle conjoint que JER conservait sur France Est et les droits de vote qui leur étaient attachés restaient suspendus (2e argument).

25. Dans ces conditions, au-delà du paradoxe qu'il y a à soutenir simultanément deux arguments contradictoires l'un avec l'autre, on peut saluer la stratégie visant à dénoncer les manoeuvres collectives d'un groupe d'adversaires, ceux-ci étant alternativement désignés comme « parties à un concert frauduleux » ou comme « concertistes » : peu importe lequel - du contractuel ou de l'institutionnel - l'emporte, dans les deux cas on est assuré de rafler la mise !

Mots clés :

SOCIETE EN GENERAL * Assemblée générale * Nullité * Action de concert * Autocontrôle

(1) F. Martin Laprade, *Concert et Contrôle : Plaidoyer en faveur d'une reconnaissance de l'action de concert par le droit commun des sociétés*, Joly, coll. Pratique Affaires (2007)

(2) F. Martin Laprade, Lorsque le droit des sociétés s'empare de l'action de concert, note sous T. com. Nancy, 23 déc. 2008, *GHM, MMF et GCL c/ Journal de l'Est républicain et autres*, Rev. sociétés 2009. 385.

(3) F. Martin Laprade, On peut aussi agir de concert pour se séparer, note sous Paris, 24 juin 2008, *Gecina*, Rev. sociétés 2008. 644.

(4) F. Martin Laprade et A. Mialon, *Affaire Sacyr Eiffage* : suite et fin ?, note sous Paris, 18 déc. 2008, Bull. Joly Bourse juin 2009, § 27, p. 185.

(5) Les juridictions administratives ont ouvert la voie : *Affaire TF1*, CE 20 oct. 2004, note P. Le Cannu, Rev. sociétés 2005. 158 ; *Affaire Warner Bros*, CE 6 juill. 2007, Rev. sociétés 2008. 104, y compris dans cette même affaire *Est Républicain*, CE 31 janv. 2007, n° 294896.

(6) La question est alors de savoir si on peut parler de contrôle conjoint si l'un des actionnaires est d'ores et déjà en mesure d'exercer - à lui seul - le contrôle majoritaire et qu'il n'a par conséquent pas « besoin » des autres pour cela. Nous aurions personnellement tendance à considérer que l'octroi - volontaire - d'un « droit de veto » au bénéfice d'un minoritaire est au contraire le signe d'une entente révélatrice d'une action de concert. C'est d'ailleurs l'approche retenue par le droit de la concurrence.

(7) Intuitivement, un tel « groupe » étant toujours plus facile à reconnaître sur la base d'une chaîne de contrôle « verticale » (sociétés mère et fille) plutôt qu'avec des relations exclusivement « horizontales » entre des personnes exerçant un contrôle conjoint sur une même société, mais ne partageant aucun actionnaire commun (pas de « tête de groupe »).

(8) Jusqu'à présent, la jurisprudence s'est fermement opposée à ce que l'interdiction faite à un actionnaire apporteur de participer au vote sur son propre apport soit étendue à des « tiers », fussent-ils d'autres sociétés de son groupe : Req. 5 nov. 1895, Jour. sociétés 1896. 65, note Houpin ; Paris, 19 mai 1972, Bull. Joly 1972. 399.

(9) Les participations croisées directes sont interdites entre sociétés françaises : C. com., art. L. 233-29.

(10) *Affaire Grands Moulins de Strasbourg*, Paris, 13 mai 2008, Bull. Joly Bourse nov.-déc. 2008, note F. Martin Laprade.

V. aussi *Affaire Hyparlo*, Paris, 1^{re} ch, 13 sept. 2005, Juris-Data n° 2005-279278 ; RTD com 2005. 797, obs. N. Rontchevsky ; Revue AMF n° 18, oct. 2005, p. 57 ; Bull. Joly Bourse n° 6, nov.-déc. 2005, note F. Bucher ; Bull. Joly 2005, n° 301, p. 180, note D. Schmidt et Delespaul.

(11) Au vote duquel elle aurait d'ailleurs pu théoriquement s'abstenir de participer.

(12) C. com., art. L. 233-31.

(13) C. com., art. L. 233-10 II. 1° et 2°.

(14) C. com., art. L. 225-206, sanctionné pénalement par C. com., art. L. 242-24 (amende de 9 000 €).

(15) Une créance sur la société EBRA qui lui avait été apportée un mois auparavant par BFCM.

(16) C. com., art. L. 225-147, al. 2 : « [...] Les dispositions de l'article L. 225-10 [lequel prévoit que l'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même, ni comme mandataire lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier] sont applicables à l'assemblée générale extraordinaire [statuant sur l'approbation de cet apport] ».

(17) C. com., art. L. 236-22 : « La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de

soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21 ».

(18) La cour rappelle à cet égard que « le pacte d'actionnaires qui contient un droit de préemption doit être interprété restrictivement dès lors qu'il est une limite au principe de la libre négociation des actions ».

(19) Cela peut être source de conflits entre les différentes branches du droit économique (boursier, concurrence, comptable...) puisque la DGCCRF avait apparemment estimé en 2008 que la BFCM ne disposait pas du contrôle - au sens du droit de la concurrence - sur l'Est Républicain.

(20) F. Martin Laprade, Entente et concert : L'action collective en droit économique, *Etudes en l'honneur de F.-Ch. Jeantet*, [à paraître].

(21) F. Martin Laprade, Action de concert, J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, Fascicule 2135 (30 avr. 2009), § 207 s.

(22) Anticipant parfois sur l'évolution chronologique des choses puisqu'ils utilisent notamment la présomption d'action de concert entre associés d'une SAS vis-à-vis des sociétés qu'elle contrôle, alors que France Est n'a obtenu la majorité de JER qu'en prétendant s'être libérée de l'emprise de JER (ce qui est antinomique avec la participation de JER au concert exerçant un contrôle conjoint sur France Est).