

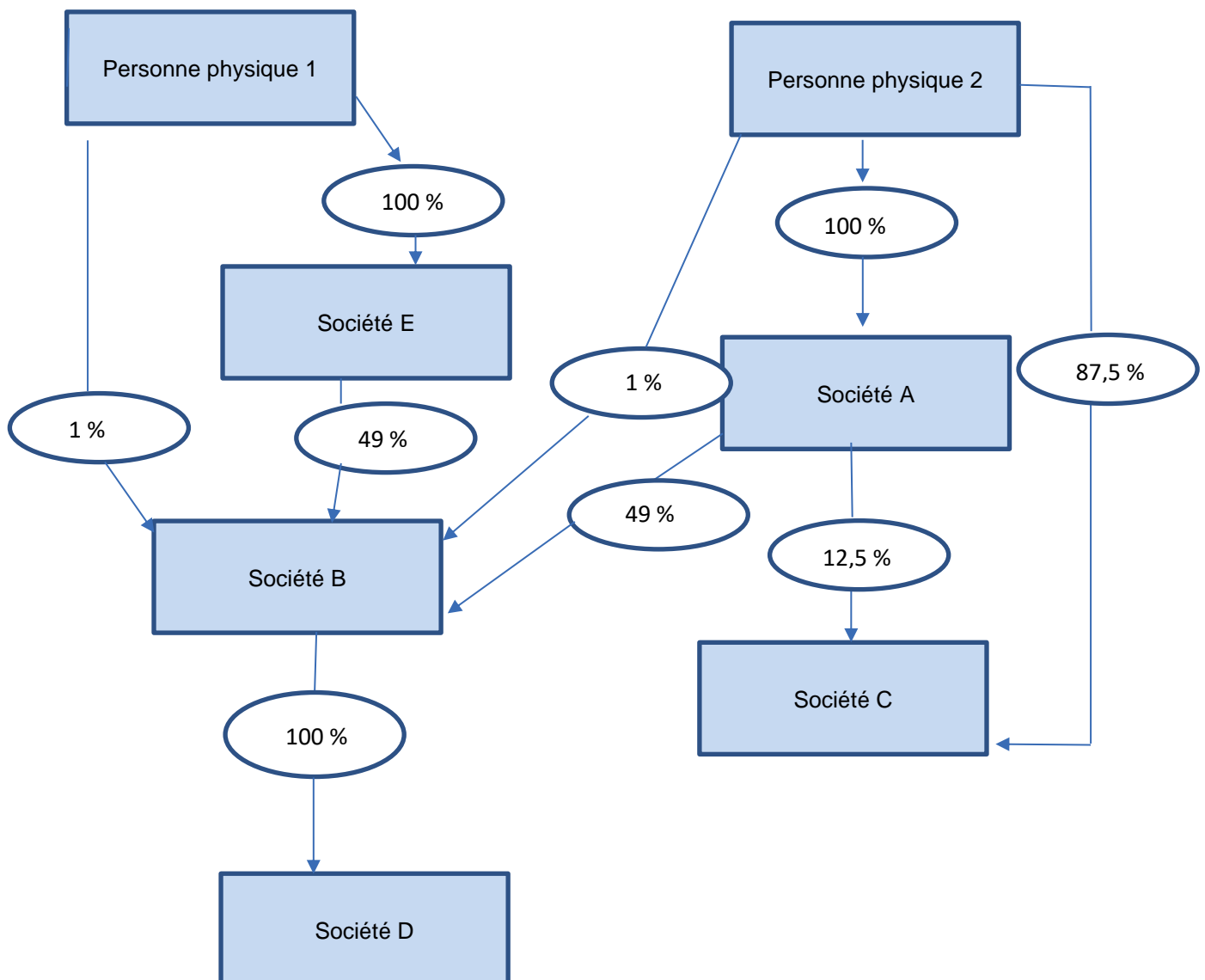
PETIT GROUPE – CONTROLE – NOMINATION DU CAC

Application de la présomption simple de contrôle du II de l'article L. 233-3 du C. com dans l'hypothèse d'une détention par plusieurs associés d'une fraction identique des droits de vote (non) – Appréciation de l'éventuelle existence d'un contrôle conjoint au sens du III du même article (oui)

Le contrôle est apprécié, pour l'application des dispositions relatives aux « petits groupes », par référence à l'article L. 233-3 du C.com. La présomption simple de contrôle du II de cet article ne trouve pas à s'appliquer lorsque plusieurs associés détiennent une fraction identique des droits de vote supérieure à 40 %. Dans ce type de situation, il est possible de s'interroger sur l'éventuelle existence d'un contrôle conjoint au sens du III de l'article L. 233-3 dudit code.

(EJ 2020-65)

Un groupe se compose de la manière suivante :



L'ensemble constitué par la personne physique 2 et les sociétés A et C n'est pas un « *petit groupe* » au regard des dispositions de l'article L. 823-2-2 du code de commerce car il ne dépasse pas, en cumul, deux des trois seuils 4/8/50.

Les sociétés A et E détiennent chacune une fraction des droits de vote de la société B égale à 49 %.

Question :

La société A contrôle-t-elle la société B au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ?

*

La Commission des études juridiques rappelle les dispositions de l'article L. 233-3 du code de commerce :

« I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, 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 ».

Existence d'un contrôle au sens du II de l'article L. 233-3 ?

Dans le cas d'espèce, la Commission relève que les deux holdings A et E détiennent chacune 49 % des droits de vote dans B.

Dès lors, il convient de s'interroger pour savoir si la présomption de contrôle au sens du II de l'article L. 233-3 précité s'applique.

La Commission constate que chaque holding dispose d'une fraction des droits de vote de B supérieure à 40 % et qu'aucune ne détient une fraction des droits de vote supérieure à celle de l'autre, puisque les deux fractions sont égales. Toutefois, la présomption simple, prévue au II de l'article L. 233-3 ne s'applique pas.

En effet, le II de l'article L. 233-3, comme le I, traite uniquement du contrôle d'une personne par une autre et non du contrôle par plusieurs personnes sur une autre puisque c'est le singulier qui est utilisé dans la rédaction du I (« *Toute personne ... est considérée ... comme en contrôlant une autre ...* ») et du II (« *Elle est présumée exercer ce contrôle ...* »). La cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 20 février 1998¹, a également estimé que la définition du contrôle établie par les I et II de l'article L. 233-3, figurant alors à l'article L. 355-1 de la loi du 24 juillet 1966, ne s'applique qu'au contrôle exercé sur une société par une autre. C'est sur la base de cette même analyse que le législateur a introduit un III à l'article L. 233-3, afin de prévoir les cas où le contrôle est exercé par plusieurs personnes sur une autre.

¹ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre, Section H, Arrêt du 20 février 1998, Répertoire général n° 97/24069.

En conséquence, le contrôle défini au II de l'article L. 233-3 ne s'appliquant qu'au contrôle d'une personne sur une autre, la détention par deux personnes, d'une fraction identique, chacune supérieure à 40 %, des droits de vote dans une troisième, ne permet pas d'attribuer le contrôle à l'une des deux en raison de l'égalité des droits de vote détenus. La présomption, simple, énoncée au II de l'article L. 233-3 doit donc être écartée dans ce type de situation.

Il en résulte que, A et E détenant chacune 49 % des droits de vote dans B, ni A ni E n'exerce un contrôle unique sur B, tel que défini au II de l'article L. 233-3. A ne contrôlant pas B, les agrégats de B et D ne peuvent pas être ajoutés à ceux de l'ensemble A + C pour déterminer si ce dernier constitue un petit groupe au sens de l'article L. 823-2-2 du code de commerce.

Existence d'un contrôle au sens du III de l'article L. 233-3 ?

A et E détenant chacune 49 % des droits de vote dans B, il convient d'examiner l'éventuelle existence d'un contrôle conjoint de A et E sur B, tel que ses conditions sont définies au III de l'article L. 233-3 du code de commerce.

La Commission rappelle que l'existence d'un contrôle conjoint, conformément aux dispositions du III de l'article L. 233-3 du code de commerce, suppose la réunion de deux conditions. Il faut :

- que les personnes susceptibles d'exercer un contrôle conjoint agissent de concert ;
- que l'action de concert conduise les concertistes à déterminer, dans la réalité, les décisions prises en assemblée générale de la personne susceptible d'être contrôlée conjointement.

S'agissant de la première condition, l'article L. 233-10² du code de commerce précise notamment que sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société.

Ainsi, pour caractériser l'existence d'un contrôle conjoint par plusieurs personnes sur une autre, il faut que les premières aient conclu un accord, c'est à dire une entente concertée et volontaire, qui régit, de manière contraignante, l'exercice des droits de vote que ces personnes détiennent dans l'autre personne, afin d'atteindre des objectifs communs.

S'agissant de la deuxième condition, l'action de concert doit aboutir à ce que les concertistes déterminent, dans la réalité, les décisions prises en assemblée générale de l'autre personne. En d'autres termes, l'action de concert ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrôle conjoint, il faut aussi démontrer que les personnes agissant de concert déterminent, dans les faits, les décisions prises en assemblée générale.

Le II de l'article L. 233-10 énumère cinq situations dans lesquelles l'existence de l'accord, caractérisant l'action de concert, est présumée.

Par ailleurs, la jurisprudence admet que, même en l'absence d'accord, l'existence d'une action de concert peut être démontrée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants (Cass. Com. 15 mai 2012, n° 11-11.633).

Dans le cas d'espèce, il n'existe pas d'accord contractuel organisant une action de concert de A et E vis-à-vis de B. En l'absence d'accord, l'existence d'une action de concert menée par A et E à l'égard de B, condition nécessaire pour que A et E puissent être considérées comme exerçant un contrôle conjoint sur B, ne peut résulter que de la présomption d'accord définie au II de l'article L. 233-10 ou, en

² Art L. 233-10 C.com : « I.- Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société.

II.- Un tel accord est présumé exister :

1° Entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ;

2° Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ;

3° Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes ;

4° Entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle ;

5° Entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant.

III.- Les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et règlements. »

application de la jurisprudence (cf. arrêt précité du 15 mai 2012) de la constatation d'indices graves, précis et concordants.

Il n'apparaît pas que les sociétés A et E se trouvent dans l'une des situations prévues au II de l'article L. 233-10 permettant de présumer l'existence d'un accord caractérisant une action de concert.

Il appartient donc au commissaire aux comptes d'examiner s'il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants qui, malgré l'absence d'accord entre A et E permettrait de démontrer l'existence d'une action de concert de A et E vis-à-vis de B. Si une telle démonstration pouvait être faite, il conviendrait aussi de s'assurer que, dans les faits, A et E, agissant de concert, déterminent les décisions prises en assemblée générale de B.

Si les deux conditions ci-dessus sont satisfaites (existence d'une action de concert de A et E vis-à-vis de B démontrée à partir d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants ; détermination en fait par A et E, agissant de concert, des décisions prises en assemblée de B), alors les sociétés A et E pourront être considérées comme exerçant un contrôle conjoint sur B. Les agrégats des sociétés B et D pourront être ajoutés à ceux de l'ensemble A + C pour déterminer si l'ensemble formé par la personne physique 2 et les sociétés A, C, B et D constitue un « petit groupe » au sens de l'article L. 823-2-2 du code de commerce (EJ 2022-41).

A l'inverse, si l'une ou l'autre de ces deux conditions n'est pas satisfaite, l'existence d'un contrôle conjoint de A et E sur B ne pourra pas être établie.

Il convient de souligner que l'observation de convergences de comportement entre A et E lors d'assemblées de B ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrôle conjoint.