



VATIER & ASSOCIÉS

Daniel Paquet
Ancien membre du Conseil de l'Ordre
Bernard Vatier
Ancien Batonnier de l'Ordre
Marie-Sylvie Vatier
Arnaud Moquin
Ann Creelman
Michel Grivé
Olivier Saumon
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre
Ancien Secrétaire de la Conférence
Montaine Guesdon Vennerie
Frédéric Gourdon
Céline Roquelle-Meyer
Ludovic Gayral
Cécile Gilliet

NOTION DE CONTRÔLE EN DROIT DES SOCIÉTÉS

La notion de contrôle en droit des sociétés signifie dans une première approche, qu'une ou plusieurs sociétés exercent une influence déterminante sur la gestion d'une autre structure.

Ainsi, le contrôle sera établi lorsqu'une personne physique ou une personne morale est investie d'un pouvoir souverain de direction, de commandement au sein d'une société qui demeure juridiquement autonome. On trouve dans le contrôle une "idée d'un gouvernement de la société contrôlée".

Le Code de commerce livre deux approches du contrôle des sociétés qui est défini dans les articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce; ces deux définitions ne sont pas équivalentes. Par ailleurs, différents textes régissant les sociétés visent ensuite l'une ou l'autre de ces définitions du contrôle pour appréhender le groupe de sociétés.

1. Définitions du contrôle :

- **l'article L.233-3 du code de commerce** sert de référence pour l'application, par exemple, des dispositions sur les conventions réglementées dans les sociétés par actions (par exemple les conventions conclues avec les associés exerçant types conventions d'exercice libéral, pour leur exercice au sein de la société) :

Article L 233-3 modifié par Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 - art. 33 (V) JORF 27 juillet 2005

« 1. - Une société 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

Association ~~société~~, RPI

www.vatier-associes.com

Palais P82 - Membre d'une association agréée



12, rue d'Astorg - 75008 Paris

Tél. : +33 (0)1 53 43 15 55 / Fax : +33 (0)1 53 43 15 78

Avenue Louise 81 - B 1050 Bruxelles

Tél. : +32 (0)2 290 02 53 / Fax : +32 (0)2 290 02 54

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. »

Cet article a fait l'objet, depuis son intégration dans la loi du 24 juillet 1966 par la loi du 12 juillet 1985, de plusieurs modifications préciser la notion de contrôle et d'appréhender des pratiques attestant que le contrôle n'est pas exclusivement caractérisé par la participation dans le capital. **La rédaction actuelle de cet article fait apparaître diverses modalités de ce contrôle qui peut être de droit, de fait, indirect, présumé, le résultat d'une action de concert ou de la nomination des dirigeants.**

- et l'article L. 233-16 du code de commerce est pour sa part utilisé comme référence notamment pour l'application des règles de cumul des mandats ou pour le contrôle des rémunérations des dirigeants de sociétés :

Article L 233-16 modifié par Loi n°2003-706 du 1 août 2003 - art. 133 (V) JORF 2 août 2003

« I. - Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies.

II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

III. - *Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.*

IV. - *L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise. »*

2. Etablissement du contrôle :

Le contrôle devra être établi pour que les règles légales soient applicables et pour faciliter cette opération, l'article L. 233-5 du Code de commerce a prévu que le ministère public ou l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour les sociétés faisant appel public à l'épargne (ce qui ne concerne pas les sociétés de biologie médicale) sont habilités à agir en justice pour faire constater l'existence d'un contrôle sur une ou plusieurs sociétés.

3. Les cas de contrôles visés par l'article L. 233-3 du Code de commerce :

3.1. Contrôle de droit :

3.1.1. Détention de la majorité des droits de vote :

Le premierement de l'article L. 233-3 précise qu'une société en contrôle une autre *"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"*.

Cette définition traduit la relation entre la société mère et sa filiale. Dans cette situation, la société assume en toute transparence son contrôle d'une autre structure sociétaire dans laquelle elle est titulaire de la majorité des droits de vote.

A la lecture de ce texte, la détention du capital peut être directe ou indirecte : d'une part cela englobe les chaînes de participations, d'autre part cela vise les droits de vote et non la fraction du capital social.

La référence aux droits de vote est justifiée par le fait que le contrôle se caractérise par le pouvoir dans les assemblées générales et qu'il convient donc de se fonder sur les droits de vote et d'appréhender les techniques de dissociation du capital social et du pouvoir dans les sociétés qui s'expriment avec la création des actions de préférence.

Au regard de cette définition, dans l'hypothèse de l'existence d'un démembrement de propriété, il faudra déterminer qui, de l'usufruitier ou du nu-propiétaire, exerce le droit de vote conféré par les droits sociaux. En effet, la jurisprudence dans son dernier état, considère que le nu-propiétaire peut être privé, statutairement, du droit de vote qui sera confié en totalité à l'usufruitier (*Cass. 2e civ., 13 juill. 2005 : RJD 2005, n° 1224*). Cependant, cette hypothèse est marginale compte tenu des derniers développements de la jurisprudence sur le démembrement de propriété dans les SEL de biologie médicale, qui statue sur la non-conformité de cette situation juridique dans les SEL.

3.1.2. Détention de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord : l'hypothèse des conventions de vote :

Dans le 2° de l'article L. 233-3 du Code de commerce, le contrôle de droit est reconnu *“lorsqu'elle [la société] dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres sociétés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société”*.

Cette disposition permet de prendre en considération les conventions de vote qui peuvent lier les sociétés et mettre en place un contrôle au profit de l'un des actionnaires. Pour que ce texte s'applique, il faut que la convention conclue prévoit juridiquement un transfert du droit de vote d'un actionnaire au profit d'un autre. Ainsi, une convention en vertu de laquelle les partenaires conviennent de mettre en place une concertation avant toute assemblée générale mais qui conserve à chacun sa liberté de vote ne peut permettre d'établir un contrôle au sens de l'article L. 233-3, 2° du Code de commerce. Le pacte relatif à la convention de vote liera d'une part, une société actionnaire et d'autre part des sociétés ou des personnes physiques également actionnaires.

L'article L. 233-3 du Code de commerce mentionne, conformément à la jurisprudence constante, que cet accord doit être conforme à l'intérêt de la société qui fixe la limite à la validité des conventions de vote (*CA Paris, 30 juin 1995, 5e ch. ; JCP E 1996, II, 795, note J.-J. Daigre*). Ainsi, une convention de vote consentie au profit d'un actionnaire qui tendrait à faire obstacle à la libre révocabilité des dirigeants de la société contrôlée est nulle car elle porte atteinte à un principe d'ordre public (*Cass. com., 19 déc. 1983, n° 82-12.179 : JurisData n° 1983-702674 ; Bull. civ. 1983, IV, n° 353*).

En outre, les conventions de vote pourront se rencontrer notamment en cas de portage d'actions, mécanisme qui permet au donneur d'ordre d'assurer la détention temporaire, pour son compte, de titres par le porteur. Si ce dernier a légalement la qualité d'actionnaire, le donneur d'ordre voudra le plus souvent garder la maîtrise de la politique de la société. Ainsi, pour l'appréciation du contrôle de la société et en raison de l'existence de la convention de vote, le donneur d'ordre sera considéré comme disposant seul de la majorité des droits de vote de la société ainsi réputée contrôlée.

3.2. Contrôle de fait :

L'énumération des situations de contrôle portée à l'article L. 233-3 du Code de commerce est caractéristique de la volonté du législateur d'appréhender l'influence dominante d'une société sur une autre, quelles que soient les modalités de ce contrôle. Ainsi, le contrôle de fait se manifeste sous deux formes.

3.2.1. Contrôle de fait simple :

Le contrôle de fait simple est déterminé dans le troisièmement de l'article L. 233-3 du Code de commerce qui indique qu'une société est considérée comme en contrôlant une autre *“lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société”*.

Dans ce cas, la société n'est pas titulaire de la majorité des droits de vote, mais ceux qu'elle possède suffisent à lui conférer la maîtrise des assemblées générales et donc à influencer la gestion de cette société. Cependant, le texte ne précise pas les circonstances de ce contrôle de fait. Il convient de déterminer certaines figures caractéristiques.

- Le contrôle de fait pourra être reconnu en cas de dispersion des titres de la société, ce qui peut conférer le contrôle à un actionnaire qui ne détiendrait pas la majorité des droits de vote mais dont l'influence se révélerait néanmoins déterminante ;
- de même dans l'hypothèse où une société dans laquelle une partie des actionnaires ne participerait pas aux assemblées générales : cette situation peut aboutir à un contrôle de fait de l'un des actionnaires pourtant pas majoritaire en droits de vote. Il convient donc d'analyser concrètement le comportement de la possible société contrôlante pour établir son pouvoir effectif lors de la prise de décision. C'est notamment, ainsi qu'a pratiqué la cour d'appel de Paris qui pour l'application de ce texte a relevé les voix dont disposait une société lors des assemblées générales ordinaires et extraordinaires d'une autre société ainsi que les oppositions et les abstentions des autres actionnaires pour établir que les décisions adoptées l'auraient été même si la société supposée contrôler l'autre s'y était opposée. Il a été jugé qu'elle n'exerçait pas, en fait, une influence déterminante dans la prise de décision (CA Paris, 20 févr. 1998, 1^{re} ch., Assoc. Adam c/ CGE et SA Havas ;).

3.2.2. Contrôle conjoint :

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a introduit dans l'article L. 233-3 du Code de commerce, un III, modifié par la loi MURCEF du 11 décembre 2001, qui dispose que *“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”*. Il s'agit d'un contrôle de fait mais dont la particularité est d'être conjoint et de résulter d'une action de concert.

Cette nouvelle disposition permet d'inclure dans la notion de contrôle et donc dans la pratique du contrôle conjoint, les personnes physiques ou les personnes morales actionnaires, même si généralement, comme l'illustre la jurisprudence, des sociétés sont plus souvent impliquées dans ces agissements. Lorsque l'un des concertistes sera une personne physique, les conséquences relatives à l'autocontrôle prévues par le texte seront inapplicables.

Ainsi, le contrôle conjoint d'une société suppose, indique l'article L. 233-3, III, que les personnes agissent de concert. Cette disposition ne donne aucune autre information sur la notion d'action de concert et la doctrine considère qu'il convient de se reporter aux indications fournies par l'article L. 233-10 du Code de commerce qui est le siège de la notion.

- L'action de concert suppose un accord, écrit ou verbal, entre les concertistes qui doit porter sur certaines obligations déterminées et avoir un objet précis qui sera limité dans le cadre de l'article L. 233-3, III, du Code de commerce à la prise de décision en assemblée générale, c'est-à-dire à l'exercice des droits de vote alors que l'article L. 233-10 inclut également l'acquisition et la cession des droits de vote.
- La référence faite à l'action de concert dans l'article L. 233-3, III, conduit également à retenir, conformément à l'article L. 233-10 du Code de commerce, que les concertistes doivent avoir la volonté de mettre en œuvre une politique commune, c'est l'élément psychologique de l'accord. Cette politique élaborée par les partenaires d'un commun

accord aura pour objectif de régir l'exercice des droits de vote dont ils sont titulaires dans la société qui sera ainsi contrôlée conjointement.

- La modification de l'article L. 233-3 du Code de commerce par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a eu pour but d'intégrer la notion de contrôle conjoint. Le contrôle conjoint suppose au minimum deux concertistes qui, par leur action commune vont exercer une influence déterminante sur la société. Ainsi, comme le précise un auteur, l'action de concert aboutit à créer un groupe d'associés, les concertistes, qui seront animés d'un *affectio concertis*.

3.2.3. La question de la nomination des dirigeants :

La loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie a intégré, dans l'article L. 233-3 du Code de commerce, un quatrième qui précise qu'une société en contrôle une autre *“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”*.

Cette innovation est la transposition d'une disposition de la directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE. Dans ce texte pour définir la société contrôlée, une des références retenues concerne la nomination des organes de direction. Le droit français, en insérant cette définition dans l'article L. 233-3 du Code de commerce, dépasse le domaine de la directive qui concerne exclusivement les sociétés cotées pour appliquer cette conception du contrôle à toutes les sociétés.

Le nouveau 4° de l'article L. 233-3 du Code de commerce possède un champ d'application intéressant à l'égard de la notion de contrôle :

- Ce texte prévoit que la société considérée comme en contrôlant une autre doit en être actionnaire ou associé, ce qui permet d'englober toutes les formes de sociétés et qui inclut donc les sociétés par actions simplifiées pour lesquelles le législateur utilise à différentes reprises dans les textes la référence aux associés.
- Ce texte définit une forme de contrôle qui paraît essentielle. En effet, il est incontestable que le pouvoir de nomination ou de révocation des organes dirigeants appartenant à un actionnaire lui confère une influence déterminante dans la société qui mérite, à elle seule, que la qualification de contrôle soit admise. On suppose que ce pouvoir assure à l'associé un ascendant sur les organes sociaux. Si cela apparaît clairement pour les organes de direction et d'administration, et cela permet d'englober les organes de surveillance tel que le conseil de surveillance.

3.3. Présomption de contrôle :

L'article L. 233-3 du Code de commerce pose dans son II, une présomption de contrôle lorsqu'une société *“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”.

Cette disposition permet de faire peser sur une société les obligations légales liées au contrôle. Il faut remarquer que pour déterminer si un autre associé ou actionnaire, qui peut être une personne morale ou une personne physique, n'a pas une fraction de droit de vote supérieure à 40 %, il faudra tenir comptes des détentions directes et indirectes de ces actionnaires ou associés.

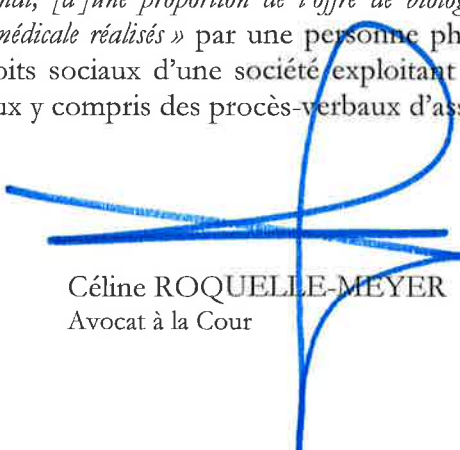
La présomption posée dans l'article L. 233-3 du Code de commerce doit être analysée comme une présomption simple. Elle pourra être renversée par la société supposée exercer le contrôle dans le cas où serait établi soit un contrôle conjoint entre les autres actionnaires ou certains d'entre eux conformément à l'article L. 233-3, III, leur assurant la maîtrise du pouvoir dans l'assemblée générale soit une convention de vote qui permettrait à l'un des actionnaires de disposer de la majorité des droits de vote selon la disposition de l'article L. 233-3, 2°.

3.4. Le contrôle indirect :

Cette forme de contrôle est visée à différents titres dans la réglementation sur les sociétés contrôlées. D'une part, diverses mentions sont faites dans l'article L. 233-3 du Code de commerce de la détention indirecte des droits de vote (I, 1° et II), d'autre part, l'article L. 233-4 de ce même code dispose que *“toute participation au capital même inférieure à 10% détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société”*.

Cette notion permet une appréhension réaliste de l'influence déterminante d'une société sur une autre. En effet, l'accumulation des détentions, même minoritaires, ne doit pas permettre de se soustraire aux obligations légales liées au contrôle. Ainsi, la société mère par le biais de ses filiales pourra être considérée comme contrôlant les sous-filiales, la chaîne des participations, même inférieures à 10% ne conduit pas à exclure le contrôle au sens de l'article L. 233-4 du Code de commerce.

Il résulte de l'étude à la fois des textes, de la jurisprudence et de la doctrine sur la notion de contrôle en droit des sociétés, que cela ne recouvre pas uniquement le contrôle exercé par la détention et l'exercice des droits de vote. La notion est beaucoup plus large et nécessite, afin de déterminer l'existence ou non, au regard de l'article L 6223-4 CSP, d'un contrôle direct ou indirect *« sur un même territoire de santé infrarégional, [d']une proportion de l'offre de biologie médicale supérieure à 33 % du total des examens de biologie médicale réalisés »* par une personne physique ou morale ayant procédé à une acquisition de droits sociaux d'une société exploitant un LBM, une analyse de l'ensemble des documents sociaux y compris des procès-verbaux d'assemblées.



Céline ROQUELLE-MEYER
Avocat à la Cour