

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 28 mai 2013

N° de pourvoi: 11-26423 12-11672

ECLI:FR:CCASS:2013:CO00552

Publié au bulletin

Rejet

M. Espel (président), président

SCP Bénabent et Jehannin, SCP Piwnica et Molinié, SCP Vincent et Ohl, SCP de Chaisemartin et Courjon, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Joint les pourvois n° Y 11-26. 423 et n° K 12-11. 672, qui attaquent le même arrêt ;
Attendu, selon les décisions attaquées (Paris, 17 février et 15 septembre 2011), que les actions de la société en commandite par actions X... international (la société X...) sont admises aux négociations sur le marché réglementé d'Euronext ; que la société X... a pour associé commandité la SARL Emile X... ; que le 3 décembre 2010, 52 personnes physiques, membres de la famille X..., ainsi que leurs 18 sociétés patrimoniales (les demandeurs), détenant ensemble 62, 85 % du capital et 71, 86 % des droits de vote de la société X..., ont conclu, sous la condition suspensive de l'obtention d'une décision de dérogation à l'obligation de déposer un projet d'offre publique visant les actions X... purgée de tout recours, un accord par lequel elles se sont engagées à procéder au transfert d'une partie de leurs titres X... à une société holding, ainsi appelée à détenir plus de 50 % du capital et des droits de vote, et à instaurer un droit prioritaire d'acquisition au profit de la société holding sur les actions X... qui ne lui auront pas été apportées soit environ 12, 6 % du capital ; que cette société devant, de ce fait, franchir en capital et en droits de vote le seuil la plaçant dans l'obligation de déposer un projet d'offre publique, les parties à l'accord du 3 décembre 2010, se présentant comme un « groupe familial », et faisant valoir que l'opération ainsi prévue s'analysait comme un reclassement, entre sociétés ou personnes appartenant à un même groupe, ont demandé à l'Autorité des marchés financiers (l'AMF) la dérogation visée par cet accord ; que par décision du 7 janvier 2011, l'AMF a, sur le fondement des dispositions de l'article 234-9 7° de son règlement général, accordé au groupe familial X... , tel que défini par les demandeurs, la dérogation sollicitée ; que la cour d'appel de Paris a rejeté les recours formés contre cette décision par l'Association de défense des actionnaires minoritaires (l'ADAM) et par M. Y..., actionnaires de la société X... ; que le délégué du premier président avait antérieurement rejeté, par ordonnance du 17 février 2011, la demande de l'ADAM tendant à obtenir la communication du dossier du collège de l'AMF ;

Sur le premier moyen du pourvoi de l'ADAM :

Attendu que l'ADAM fait grief à l'ordonnance d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen :

1°/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge en vue d'influencer sa décision, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ; que le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations et des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter ; qu'en l'espèce, le « dossier » dont l'AMF a refusé de communiquer le contenu à l'Adam, et sur lequel elle s'est fondée pour prendre la décision de dérogation en cause, contenait, selon ses propres observations, d'une part les « pièces et documents reçus par l'AMF et, d'autre part, (...) une ou plusieurs notes, rédigées par les services qui présentent l'affaire dont le collège aura à délibérer » ; qu'en retenant pourtant, afin de rejeter la requête de communication de pièces formée par l'Adam, que le dossier dont la communication était demandée était « à usage purement interne et dénué de toute valeur juridique », cependant qu'à tout le moins, l'ensemble des pièces et documents reçus par l'AMF de la part des demandeurs à la dérogation attaquée devait être porté à la connaissance de l'ADAM, la cour d'appel a violé les articles 15 et 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que la régularité des décisions de l'AMF en matière d'offres publiques s'apprécie au vu des pièces et documents examinés par cette dernière lors de sa séance ainsi qu'au vu de la décision elle-même, telle que publiée ; qu'il est en effet impossible de savoir si la décision a fait une bonne ou une mauvaise application du droit aux faits de l'espèce, ou si elle a été prise dans des conditions régulières, sans connaître les pièces et documents à partir desquels l'AMF a pu considérer certains faits comme établis ; qu'en retenant cependant, pour rejeter la requête de communication de pièces formée par l'ADAM, que les moyens qu'il incombe au requérant de déposer dans les quinze jours du recours qu'il a formé doivent exclusivement porter sur la décision attaquée, la cour d'appel a violé les articles 234-8, 234-9 et 234 10 du Règlement général de l'AMF ;

3°/ que l'impossibilité pour une partie de prendre connaissance des observations et pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter, constitue en soi une atteinte aux droits de la défense ; qu'il ne peut être exigé de la partie qui a été privée de ce droit procédural fondamental de prouver quelle atteinte précise et « concrète » elle subit du fait de la non communication des pièces produites par son adversaire ; que ce serait en effet lui imposer une preuve diabolique, consistant à établir les incidences exactes de la non communication d'un ou plusieurs documents dont par définition elle ignore le contenu ; qu'en retenant cependant en l'espèce que l'ADAM devait démontrer une « atteinte concrète » aux droits de sa défense en prouvant ne pas avoir eu entre les mains tous les éléments utiles à l'examen de son recours, la cour d'appel a derechef violé les articles 15 et 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'ADAM ayant saisi le délégué du premier président d'une demande qui ne tendait qu'à la production « de l'entier dossier à l'examen duquel » le collège de l'AMF avait statué, sans autre précision quant au contenu de ce dossier, le moyen, en ce qu'il soutient que les exigences inhérentes au droit à un procès équitable imposaient la production des pièces adressées à l'AMF par les demandeurs à la dérogation, est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir exactement retenu qu'aucun texte ne prévoit la production devant la cour d'appel de Paris du dossier transmis par les services de l'AMF aux membres du collège afin de faciliter la délibération de cette instance et relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que l'ADAM se bornait à invoquer des principes

généraux de procédure sans démontrer une atteinte concrète aux droits de sa défense, faisant ainsi ressortir que la production de ce dossier n'était pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert devant la cour d'appel de Paris, le délégué du premier président a, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la deuxième branche, légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses première et deuxième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen du même pourvoi :

Attendu que l'ADAM fait grief à l'arrêt de rejeter son recours alors, selon le moyen :

1°/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge en vue d'influencer sa décision, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ; que le droit à un procès équitable implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations et des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter ; qu'en l'espèce, le « dossier » dont l'AMF a refusé de communiquer le contenu à l'ADAM, et sur lequel elle s'est fondée pour prendre la décision de dérogation en cause, contenait, selon ses propres observations, d'une part les « pièces et documents reçus par l'AMF et, d'autre part, (...) une ou plusieurs notes, rédigées par les services qui présentent l'affaire dont le collège aura à délibérer » ; qu'en retenant pourtant, afin d'écarter le moyen d'annulation de la décision tiré du caractère incomplet du dossier soumis au collège de l'AMF, que le recours de l'ADAM ne pouvait « avoir pour objet d'examiner la nature et la teneur de documents purement préparatoires, comme tels dénués de toute portée juridique », cependant que le dossier comprenait l'ensemble des pièces et documents reçus par l'AMF de la part des demandeurs à la dérogation attaquée, c'est-à-dire des pièces non dénuées de portée juridique dont l'ADAM devait par là-même pouvoir discuter, la cour d'appel a violé les articles 15 et 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que la régularité des décisions de l'AMF en matière d'offres publiques s'apprécie au vu des pièces et documents examinés par cette dernière lors de sa séance ainsi que de la décision elle-même, telle que publiée ; qu'il est en effet impossible de vérifier si la décision a fait une bonne ou une mauvaise application du droit aux faits de l'espèce, ou si elle a été prise dans des conditions régulières sans la confronter aux pièces et documents à partir desquels l'AMF a considéré certains faits comme établis ; qu'en témoigne le fait qu'en l'espèce, la cour d'appel a été amenée à vérifier la régularité de la décision de l'AMF quant aux personnes demanderesses au regard des pièces soumises à l'AMF et figurant dans le dossier de celle-ci ; qu'elle a ainsi relevé que « la liste complète de ces sociétés, dont le capital est détenu exclusivement par ces personnes physiques, ainsi que leur participation individuelle au capital d'X... ont bien été préalablement communiquées à l'Autorité » ; qu'en écartant cependant le moyen d'annulation de la décision tiré du caractère incomplet du dossier soumis au collège de l'AMF, sans même vérifier que la décision de cette Autorité était régulière au regard de l'ensemble des pièces et documents qui lui avaient été-ou non-transmis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 234-8, 234-9 et 234 10 du Règlement général de l'AMF ;

Mais attendu qu'ayant exactement retenu que le recours ouvert contre la décision de dérogation à l'obligation de dépôt d'un projet d'offre publique a pour objet non d'examiner la nature et la teneur des documents préparés par les services de l'AMF pour le collège mais de vérifier que celui-ci s'est prononcé conformément aux textes applicables en la matière, la cour d'appel en a justement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que le moyen tiré du caractère prétendument incomplet du dossier soumis au collège de l'AMF n'était pas par lui-même de nature à justifier l'annulation de cette décision ; que le moyen

n'est pas fondé ;

Et sur le troisième moyen du pourvoi de l'ADAM et le moyen unique du pourvoi de M. Y..., réunis :

Attendu que l'ADAM et M. Y...font grief à l'arrêt de rejeter leurs recours alors, selon le moyen :

1°/ que sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ; qu'en l'espèce, pour retenir que les demandeurs à la dérogation auraient contrôlé de concert la société X... international, la cour d'appel s'est fondée sur le fait qu'ils étaient tous associés de la société Emile X..., associé commandité de la société X... international, que nombre d'entre eux exerçaient des fonctions de salarié ou de mandataire social dans les sociétés du groupe X... et qu'ils avaient accepté de « déposer » leurs actions X... international dans les caisses de la société Emile X... ; qu'en statuant par de tels motifs impropres à justifier sa décision, dès lors qu'elle ne relève pas l'existence d'un accord conclu en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote au sein de la société X... international, la cour d'appel a violé l'article L. 233-10 du code de commerce ;

2°/ qu'un simple parallélisme en fait de comportements libres et ne touchant qu'à la gestion sociale ne peut suffire à établir un véritable concert exigeant un accord ayant trait au contrôle conjoint de la société concernée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a tout d'abord constaté que les différents documents, émanant de la société X... international ou des membres de la famille, non seulement ne mentionnaient pas l'existence d'un groupe familial mais faisaient même référence à une absence de contrôle de la société ; qu'en se fondant ensuite exclusivement sur le fait que les demandeurs à la dérogation, tous signataires des accords litigieux du 3 décembre 2010, « vot (ai) ent de manière convergente » et « détermin (ai) ent en fait les décisions prises lors des assemblées générales », éléments impropres à caractériser un contrôle conjoint qui requiert la volonté commune d'exercer les droits de vote de façon concertée, la cour d'appel a violé les articles L. 233-3 et L. 233-10 du code de commerce ;

3°/ que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ; qu'en l'espèce, après avoir constamment mis en avant, dans l'ensemble de leurs démarches auprès de l'AMF visant notamment à assurer la transparence du marché, l'absence de contrôle de la société X... international, et ce depuis l'introduction en bourse de celle-ci en juin 1993, les demandeurs à la dérogation ont brutalement fait volte face à la fin de l'année 2010 et prétendu à l'existence d'un groupe familial agissant de concert pour contrôler la société afin d'échapper à l'obligation de déposer un projet d'offre publique pour franchissement des seuils de détention du capital et des droits de vote ; qu'en faisant droit à cette prétention pourtant contraire au principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que l'opération de reclassement visée à l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF doit être neutre, c'est-à-dire sans incidence sur le contrôle de la société concernée, et en particulier sur les personnes qui exercent ce contrôle ; qu'en l'espèce, l'opération projetée par les demandeurs à la dérogation entraîne la substitution, à un (prétendu) contrôle concerté détenu par un nombre indéterminé de personnes non identifiées, du contrôle d'un seul commanditaire, la future holding, agissant éventuellement de concert avec la société Emile X... ; qu'en se bornant à énoncer que « le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... international », sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par le mémoire de l'exposante, si l'opération envisagée ne permettait pas de concentrer le contrôle de la société X... international entre les mains d'une partie seulement des actionnaires familiaux, distincte de ceux exerçant

antérieurement un contrôle plus diffus, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF ;

5°/ que l'opération de reclassement visée à l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF doit être neutre, c'est-à-dire sans incidence sur le contrôle de la société concernée, et en particulier sur la nature et l'objet de ce contrôle ; qu'en l'espèce, l'opération projetée par les demandeurs à la dérogation permet de substituer, à un simple contrôle de fait par nature précaire et portant exclusivement sur la gestion sociale, un contrôle capitalistique juridiquement obligatoire sur une longue durée, engendrant un verrouillage du capital qui affectera gravement la situation des actionnaires minoritaires en supprimant la valeur spéculative de leurs titres ; qu'en se bornant à énoncer que « le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... international », sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par le mémoire de l'exposante, si l'opération envisagée ne modifiait pas le contrôle existant de la société X... international, dans sa nature comme dans son objet, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF ;

6°/ qu'en rejetant la requête en annulation de la décision de l'AMF accordant une dérogation à l'obligation de déposer un projet d'offre publique dont la demande avait été présentée sur le fondement du 7° de l'article 234-9 du règlement général, en se fondant sur la considération que les bénéficiaires de la dérogation agissaient « ensemble comme un groupe familial de concert » alors qu'il résulte de ses constatations que l'AMF n'a pas été saisie sur le fondement du 6° de ce texte qui vise la « détention de la majorité des droits de vote de la société par le demandeur ou par un tiers, agissant seul ou de concert », le 7° ne visant pas l'action de concert, ce dont il résultait que les demandeurs à la dérogation eux-mêmes ne se prétendaient pas comme agissant de concert, la cour d'appel a méconnu les conséquences de ses propres constatations, violant ainsi l'article 234-9 du règlement général de l'AMF ;

7°/ qu'en énonçant que l'AMF n'était pas tenue d'exiger « la preuve d'un accord formel et contraignant conclu entre les membres du groupe » pour admettre que « ceux-ci agissent ensemble comme un groupe familial de concert au sens des dispositions de l'article L. 233-10 du code de commerce pour la mise en oeuvre de la même politique et qu'ils contrôlent ensemble la société X... », la cour d'appel a violé ce texte et les dispositions de l'article 234-9 7° du règlement général de l'Autorité des marchés financiers qui impliquent, s'agissant d'une demande de dérogation présentée par plusieurs actionnaires dont aucun ne détient à lui seul le contrôle, qu'ils aient « conclu un accord » préalable à l'action de concert, caractérisé par une volonté commune et d'où résultent des engagements contraignants ;

8°/ qu'en omettant de rechercher, comme il lui était demandé, si l'apport des titres à la holding à créer ayant pour objet de verrouiller le capital d'X..., et de substituer au contrôle de fait qualifié par la cour d'appel d'action de concert, un contrôle de droit issu d'un accord contraignant, perdurant au moins pendant vingt années, la cour d'appel a entaché son arrêt d'un défaut de base légale, une telle circonstance caractérisant une modification du contrôle excluant l'octroi d'une dérogation en application de l'article 234-9 7° du règlement général de l'AMF ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'en ce qu'elle soutient que les demandeurs « auraient brutalement fait volte face à la fin de l'année 2010 et prétendu à l'existence d'un groupe familial agissant de concert », la troisième branche est incompatible avec l'argumentation développée par l'ADAM dans ses écritures d'appel, où elle faisait valoir que l'AMF avait accordé une dérogation à l'obligation de déposer un projet d'offre publique en se fondant sur une prétendue action de concert dont les demandeurs ne se prévalaient pas ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir, par motifs propres et adoptés, rappelé que les demandeurs sont titulaires de plus de 85 % des actions X... détenues par tous les

membres de la famille X..., qui détiennent au total plus de 70 % du capital, l'arrêt relève que les statuts de la société Emile X..., unique associé commandité, réservent la qualité d'associé aux descendants d'Emile X..., que les associés désignent outre son gérant, un conseil de gérance assurant une représentation proportionnelle des porteurs de parts, et que ce conseil de gérance prend à la majorité les décisions appartenant à la société Emile X... en sa qualité d'associé commandité, soit toutes les décisions relatives à la gestion, à la nomination et à la révocation des gérants de la société X... et à l'approbation de la quasi-totalité des décisions des associés commanditaires ; qu'il constate que les demandeurs personnes physiques sont tous associés de la société Emile X... ; qu'il relève encore qu'ils exercent ensemble les pouvoirs dévolus à cette dernière en sa qualité d'associé commandité ; qu'il précise qu'ils ont accepté de « déposer » leurs actions X... « dans les caisses » de la société Emile X... ; qu'il indique que ce « dépôt », qui a représenté de façon quasi-continue plus de 50 % du capital et des droits de vote de la société X... depuis son introduction en bourse en 1993, constitue un indice de leur volonté de diriger ensemble la société ; que l'arrêt relève, en outre, que les membres du conseil de surveillance de la société X..., lequel représente les associés commanditaires, sont majoritairement issus de la famille X... depuis au moins 2006 et sont signataires des accords du 3 décembre 2010 ; que l'arrêt retient que les demandeurs votent de manière convergente et qu'ils déterminent en fait les décisions prises lors des assemblées générales des associés commanditaires de la société X... ; qu'il constate que les pourcentages que représentent en assemblée générale les votes des demandeurs en faveur des résolutions présentées ont, depuis 2007, représenté plus des deux tiers des voix exprimées ; que l'arrêt retient encore que les organes sociaux, au sein desquels la présence de la famille X... est importante, sont demeurés stables, nonobstant l'évolution des générations qui ne remet pas en cause ce rôle familial ; que l'arrêt ajoute que le contrôle de la gestion et de la direction de la société X..., qui appartient à l'associé commandité, ne sera pas modifié et qu'il en va de même en ce qui concerne le contrôle du capital dès lors qu'à l'issue de l'opération envisagée, la société holding détiendra 50, 2 % du capital et au moins autant en droits de vote, que le capital de cette dernière sera détenu, directement et indirectement, par les demandeurs et que le projet de regroupement de leurs participations dans la société holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes de la société X... ; que de ces constatations et appréciations, et abstraction faite du motif surabondant critiqué par la septième branche, la cour d'appel, qui n'avait pas à faire d'autre recherche, a pu déduire que les demandeurs formaient un groupe au sens de l'article 234-9 7° du règlement général de l'AMF, qu'ils agissaient de concert pour contrôler la société X... et que ce contrôle, préexistant à la conclusion de la convention du 3 décembre 2010, serait maintenu à l'issue des opérations qu'elle prévoit, peu important que celles-ci entraînent une modification de ses modalités d'exercice, de sorte que l'opération soumise à l'AMF s'analysait comme un reclassement entre personnes appartenant à un même groupe ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa troisième branche et inopérant en sa septième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne l'Association de défense des actionnaires minoritaires et M. Y...aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit mai deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi n° Y 11-26. 423, par la SCP Bénabent et Jehannin, avocat aux Conseils, pour l'Association pour la défense des actionnaires minoritaires

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir débouté l'ADAM de son incident tendant à obtenir la communication du dossier du collège de l'AMF ;

AUX MOTIFS QUE, « ainsi que le fait observer l'AMF, et à la différence des textes applicables en matière de décisions de la commission des sanctions, la communication du « dossier du collège » n'est pas prévue par la loi ni le règlement qui régissent les recours formés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions de l'AMF. Précisément, l'article R. 621-46 du Code monétaire et financier, applicable en l'espèce, fixe avec précision les modalités de l'intervention, dans la procédure préalable à l'audience, de l'AMF et, à ce titre, ne prévoit le dépôt par celle-ci que de seules observations écrites, sans envisager aucunement le dépôt d'autres pièces, et notamment du « dossier » soumis au collège. Tel a été le sens de la réponse qu'a faite l'AMF à la demande que lui avait présentée Maître Z...et qui a été produite au délégué du premier Président soussigné. Au rebours de ce que fait plaider l'association ADAM, cette communication n'est pas davantage un effet nécessaire de la raison, ou de textes supranationaux. Les moyens qu'il incombe au requérant de déposer dans les quinze jours du recours qu'il a formé doivent porter non sur le dossier – à usage purement interne et dénué de toute valeur juridique – préparé par les services pour le collège, mais sur la décision attaquée. Autrement dit, la Cour d'appel de Paris a pour mission exclusive d'examiner les moyens qui remettent en cause la régularité ou le bien-fondé de la décision du collège, afin d'en entraîner la réformation ou l'annulation. Les moyens que le requérant aura retenus ont donc pour objet, conformément au principe même et à la logique du recours qu'il forme, de démontrer soit qu'il a été fait une mauvaise application du droit aux faits de l'espèce, soit que la décision a été prise dans des conditions irrégulières. Dès lors, en l'absence de textes formels ou d'une « ratio legis » qui soit favorable à sa demande, le requérant, pour aboutir dans une demande de communication forcée de pièces, devrait démontrer une atteinte concrète aux droits de sa défense. En l'espèce, l'association ADAM paraît disposer de tous éléments utiles à l'examen du recours par la cour d'appel. Le requérant doit, comme l'énonce parfaitement l'AMF dans la présente procédure d'incident, rechercher d'abord dans la décision en cause, laquelle, conformément à une jurisprudence constante, comprend en elle-même, l'énoncé complet des éléments de fait et le visa explicite des textes qui en constituent le fondement, et comporte une motivation « suffisante pour en comprendre la logique, le sens ou la portée et, à la juridiction de recours, pour en contrôler la légalité ou l'opportunité ». Cette preuve n'est pas rapportée, ni même proposée, l'association ADAM se contentant d'invoquer des principes généraux de procédure. Il demeure, et il sera précisé autant que de besoin, que : s'agissant de la légalité formelle de la décision, son contrôle juridictionnel suppose que puisse être vérifiée la conformité de la délibération du collège aux dispositions de la loi : aussi est-il légitime pour le requérant de solliciter la production d'un extrait du procès-verbal de la séance, un extrait suffisant pour s'assurer de la régularité de la composition du collège ; ayant fait valoir cette demande, l'association ADAM a obtenu satisfaction en cours d'instance, ce dont il sera donné acte aux parties ; l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Code de procédure civile, trouveront naturellement à s'appliquer à la présente instance, ce dont l'AMF demande qu'il soit donné acte en précisant spontanément que la « cause » du requérant aura à être « entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable » (l'article 6 CESDH) et dans le respect, de la part du juge et des parties, du principe de la « contradiction » (article 16 du Code de procédure civile), les parties devant « se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent (article 15 du Code de procédure civile). Mais l'application de ces règles n'implique pas l'obligation pour l'AMF de communiquer le dossier transmis par les services

du collège, puisqu'il est sans portée juridique et qu'il a pour seul objet de faciliter la délibération de cette instance. Du tout, il résulte que la communication du dossier, nullement prévue par les textes applicables, n'est dictée ni par les exigences de l'exercice des droits de la défense, ni, plus généralement, par celles du procès équitable telles que consacrées par la CESDH. Il en va autrement de l'extrait de procès-verbal, qui a été communiqué à bon escient et en temps voulu » ;

1°/ ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge en vue d'influencer sa décision, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ; que le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations et des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter ; qu'en l'espèce, le « dossier » dont l'AMF a refusé de communiquer le contenu à l'ADAM, et sur lequel elle s'est fondée pour prendre la décision de dérogation en cause, contenait, selon ses propres observations, d'une part les « pièces et documents reçus par l'AMF et d'autre part, (...) une ou plusieurs notes, rédigées par les services qui présentent l'affaire dont le Collège aura à délibérer » (obs. du 4 février 2011, p. 2, § 1er) ; qu'en retenant pourtant, afin de rejeter la requête de communication de pièces formée par l'ADAM, que le dossier dont la communication était demandée était « à usage purement interne et dénué de toute valeur juridique », cependant qu'à tout le moins, l'ensemble des pièces et documents reçus par l'AMF de la part des demandeurs à la dérogation attaquée devait être porté à la connaissance de l'ADAM, la Cour d'appel a violé les articles 15 et 16 du Code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ ALORS QUE la régularité des décisions de l'AMF en matière d'offres publiques s'apprécie au vu des pièces et documents examinés par cette dernière lors de sa séance ainsi qu'au vu de la décision elle-même, telle que publiée ; qu'il est en effet impossible de savoir si la décision a fait une bonne ou une mauvaise application du droit aux faits de l'espèce, ou si elle a été prise dans des conditions régulières, sans connaître les pièces et documents à partir desquels l'AMF a pu considérer certains faits comme établis ; qu'en retenant cependant, pour rejeter la requête de communication de pièces formée par l'ADAM, que les moyens qu'il incombe au requérant de déposer dans les quinze jours du recours qu'il a formé doivent exclusivement porter sur la décision attaquée, la Cour d'appel a violé les articles 234-8, 234-9 et 234 10 du Règlement général de l'AMF ;

3°/ ALORS QUE l'impossibilité pour une partie de prendre connaissance des observations et pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter, constitue en soi une atteinte aux droits de la défense ; qu'il ne peut être exigé de la partie qui a été privée de ce droit procédural fondamental de prouver quelle atteinte précise et « concrète » elle subit du fait de la non communication des pièces produites par son adversaire ; que ce serait en effet lui imposer une preuve diabolique, consistant à établir les incidences exactes de la non communication d'un ou plusieurs documents dont par définition elle ignore le contenu ; qu'en retenant cependant en l'espèce que l'ADAM devait démontrer une « atteinte concrète » aux droits de sa défense en prouvant ne pas avoir eu entre les mains tous les éléments utiles à l'examen de son recours, la Cour d'appel a derechef violé les articles 15 et 16 du Code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par l'ADAM ;

AUX MOTIFS QUE « en ce qui concerne la régularité de la saisine : que l'ADAM soutient que l'AMF ne pouvant être valablement saisie d'une demande de dérogation à l'obligation de dépôt d'un projet d'offre publique que par des personnes physiques ou morales établissant leur qualité d'actionnaire et, à tout le moins, précisant leur identité, la décision

déférée encourt l'annulation en ce qu'elle ne précise pas le nombre d'actions X... détenues par chacune des personnes physiques ou morales ayant saisi l'Autorité et en ce que le nombre, les noms et les représentants des « sociétés patrimoniales » ne sont même pas mentionnés ; mais que s'il est vrai que la décision déférée qui, après avoir mentionné, dans son premier paragraphe, la liste complète des cinquante-deux personnes physiques ayant saisi l'Autorité des marchés financiers d'une demande de dérogation, se borne ensuite à énoncer « et leurs sociétés patrimoniales actionnaires directs d'X... », il n'en demeure pas moins que la liste complète de ces sociétés, dont le capital est détenu exclusivement par ces personnes physiques, ainsi que leur participation individuelle au capital d'X... ont bien été préalablement communiquées à l'Autorité à laquelle aucun texte particulier ne fixe d'exigences concernant les indications que doivent contenir ses décisions individuelles ; que dès lors, il suffit de constater qu'en la forme, la décision attaquée satisfait assurément aux prescriptions de l'article 3 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs qui dispose que la motivation exigée par cette loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ; que, dès lors et, par surcroît, en l'absence d'allégation d'un quelconque grief, le moyen sera rejeté ; (...) en ce qui concerne le caractère incomplet du dossier de l'Autorité : que l'ADAM affirme encore que la décision est nulle dès lors que l'AMF n'établit pas la présence au dossier remis aux membres du collège de l'AMF le 6 janvier 2011 : d'une liste complète des demandeurs, incluant les « sociétés patrimoniales », de « l'accord » ou des « accords » du 3 décembre 2010 auxquels se réfère la décision, de l'approbation initiale donnée aux demandeurs, des éléments établissant qu'auraient été constamment déposées dans les caisses sociales de la SARL Emile X... des actions X... INTERNATIONAL représentant plus de 50 % du capital de cette société, des pièces justifiant que, à supposer que X... INTERNATIONAL était auparavant une société contrôlée, le prétendu « reclassement » n'entraînera pas un changement de contrôle, plus généralement, de tous les documents permettant d'établir les « circonstances » relevées par l'AMF au soutien de sa décision ; que l'ADAM souligne que la régularité d'une décision du collège de l'AMF s'apprécie au vu des documents examinés par ce dernier lors de sa séance ainsi qu'au vu de la décision elle-même, telle que publiée et que, dès lors, c'est en vain que l'Autorité tente de justifier désormais des « circonstances » qu'elle a relevées dans sa décision alors que leur justification devait figurer dans le dossier sur la base duquel le collège a statué ; qu'en refusant la communication du dossier, l'AMF se place ainsi dans l'incapacité d'apporter la preuve qui lui incombe, ce qui doit entraîner l'annulation de la décision litigieuse ; mais que le recours portant sur la décision de dérogation prise par le collège et ayant pour objet d'en vérifier la légalité au regard des textes applicables, il appartient à la requérante de démontrer, soit que le collège a fait une mauvaise application du droit au fait de l'espèce, soit que la décision a été prise dans des conditions irrégulières ; que son recours ne peut avoir pour objet d'examiner la nature et la teneur de documents purement préparatoires, comme tels dénués de toute portée juridique, qui sont préparés par les services pour le collège, étant par ailleurs observé que l'Autorité n'est pas tenue d'instruire autrement que par l'examen des demandes, pièces et mémoires qui lui sont transmis ou dont elle demande la production ; qu'au surplus, sous couvert d'un moyen d'annulation tiré d'une irrégularité de procédure, la requérante, lorsqu'elle évoque certains éléments, tels ces « circonstances » visées dans la décision attaquée, critique, en réalité, la motivation adoptée par le collège, ce qui relève du fond du débat ; que le moyen n'est pas fondé ; (...) en ce qui concerne l'identification des bénéficiaires de la dérogation : que la requérante prétend, enfin, qu'alors qu'une décision de l'AMF ne peut bénéficier qu'à des personnes morales ou physiques parfaitement identifiables, la décision critiquée est également entachée d'une irrégularité devant conduire à son annulation, dès lors qu'elle est prononcée au bénéfice de « sociétés patrimoniales » dont ni les noms, ni les noms de leurs représentants n'ont

été précisés ; mais qu'il convient de se référer aux développements qui précèdent concernant la régularité de la saisine, dont il ressort que la liste complète de ces sociétés, dont le capital est de toute façon détenu exclusivement par les personnes physiques demanderesses à la dérogation ainsi que leur participation individuelle au capital d'X... ont bien été préalablement communiquées à l'Autorité, de sorte que le marché a été pleinement mis en mesure de connaître le périmètre du groupe familial bénéficiaire de la dérogation ; que le moyen n'apparaît par fondé » ;

1°/ ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge en vue d'influencer sa décision, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ; que le droit à un procès équitable implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations et des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter ; qu'en l'espèce, le « dossier » dont l'AMF a refusé de communiquer le contenu à l'ADAM, et sur lequel elle s'est fondée pour prendre la décision de dérogation en cause, contenait, selon ses propres observations, d'une part les « pièces et documents reçus par l'AMF et d'autre part, (...) une ou plusieurs notes, rédigées par les services qui présentent l'affaire dont le Collège aura à délibérer » (obs. du 4 février 2011, p. 2, § 1er) ; qu'en retenant pourtant, afin d'écarter le moyen d'annulation de la décision tiré du caractère incomplet du dossier soumis au collège de l'AMF, que le recours de l'ADAM ne pouvait « avoir pour objet d'examiner la nature et la teneur de documents purement préparatoires, comme tels dénués de toute portée juridique », cependant que le dossier comprenait l'ensemble des pièces et documents reçus par l'AMF de la part des demandeurs à la dérogation attaquée, c'est-à-dire des pièces non dénuées de portée juridique dont l'ADAM devait par là-même pouvoir discuter, la Cour d'appel a violé les articles 15 et 16 du Code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ ALORS QUE la régularité des décisions de l'AMF en matière d'offres publiques s'apprécie au vu des pièces et documents examinés par cette dernière lors de sa séance ainsi que de la décision elle-même, telle que publiée ; qu'il est en effet impossible de vérifier si la décision a fait une bonne ou une mauvaise application du droit aux faits de l'espèce, ou si elle a été prise dans des conditions régulières sans la confronter aux pièces et documents à partir desquels l'AMF a considéré certains faits comme établis ; qu'en témoigne le fait qu'en l'espèce, la Cour d'appel a été amenée à vérifier la régularité de la décision de l'AMF quant aux personnes demanderesses au regard des pièces soumises à l'AMF et figurant dans le dossier de celle-ci ; qu'elle a ainsi relevé que « la liste complète de ces sociétés, dont le capital est détenu exclusivement par ces personnes physiques, ainsi que leur participation individuelle au capital d'X... ont bien été préalablement communiquées à l'Autorité » ; qu'en écartant cependant le moyen d'annulation de la décision tiré du caractère incomplet du dossier soumis au collège de l'AMF, sans même vérifier que la décision de cette Autorité était régulière au regard de l'ensemble des pièces et documents qui lui avaient été – ou non – transmis, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 234-8, 234-9 et 234 10 du Règlement général de l'AMF.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par l'ADAM ;

AUX MOTIFS QUE « c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes, que l'AMF a décidé que les demandeurs à la dérogation font partie d'un groupe familial, dont le projet de regrouper une participation majoritaire, provenant principalement des actions déposées dans les caisses sociales de l'associé commandité, EMILE X...SARL, au profit d'une holding, peut s'analyser comme une opération de reclassement entre personnes appartenant à un même groupe, sans incidence sur le contrôle de la société X... et que,

sur ces bases, en application des articles 234-8, 234-9, 7° et 234-10 du Règlement général de l'AMF, l'Autorité a accordé au groupe familial X... , tel que défini par les demandeurs, la dérogation à l'obligation de dépôt d'un projet d'offre publique ; que, comme l'Autorité l'a relevé à titre liminaire, il n'est ni contesté ni contestable que la réglementation sur les offres publiques est pleinement applicable aux sociétés en commandite par actions et que, dans ce cadre, il importe en effet de rechercher si, au regard des exigences fixées par l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF, les demandeurs à la dérogation pouvaient être effectivement considérés comme constituant un groupe d'actionnaires familiaux, associés commanditaires et contrôlant le capital de la société ; qu'à cet égard, il est exact, comme le soulignent les requérants et comme l'Autorité elle-même n'a pas manqué de le relever, tout en observant aussi, de son côté, que la communication adressée au public mettait l'accent sur les caractéristiques particulières de la société X... procédant de son statut de commandite familiale, que : hormis le document de référence de la société X... relatif à l'exercice 2009, les documents émanant de la société ou des membres de la famille ne mentionnent pas formellement l'existence d'un groupe familial et que les déclarations de franchissement de seuils faites par des membres de la famille retracent uniquement des détentions individuelles ; des documents émanant de la société – notes d'information relatives à la mise en oeuvre de programmes de rachat dont la dernière remonte à 2005 – mentionnent l'absence de contrôle ; que cependant les affirmations formulées par les demandeurs à la dérogation au soutien de leur requête, puis réitérées dans leurs écritures déposées devant la cour, suivant lesquelles « l'existence d'un groupe familial est incontestable et a toujours été de notoriété publique », ne sont pas pour autant dénuées de portée ; qu'en effet, le mécanisme de pouvoir résultant des statuts de la société en commandite par actions et la concertation des pouvoirs stratégiques et de gestion entre les mains de l'associé commandité, la société EMILE X...SARL, qui permettent de retenir, pour X..., la qualification de commandite familiale, figurent depuis le rapport annuel 2006, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 225-100-3 du code de commerce, dans la partie relative aux éléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique : « X... INTERNATIONAL est une société en commandite par actions et bénéficie à ce titre des particularités de cette forme sociale dont certaines, légales ou statutaires, sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique et notamment : la désignation et la révocation des gérants sont de la compétence exclusive de l'associé commandité ; l'obligation pour EMILE X...SARL, associé commandité, de maintenir dans ses statuts un certain nombre de dispositions concernant sa forme sociale, son objet et les conditions à respecter pour détenir la qualité d'associé (...) ; aucune décision des assemblées des commanditaires (actionnaires) n'est valablement prise si elle n'a pas été approuvée par la société commanditée et au plus tard à la clôture de ladite assemblée » ; que la forme de la société en commandite par actions, dans un premier temps, puis la description des pouvoirs d'EMILE X...SARL – et notamment ceux de nommer et de révoquer les gérants – dans un second temps, figuraient également dans les notes afférentes au programme de rachat d'actions publiées par la société, les membres du groupe familial pouvant ainsi affirmer que la société a décrit son organisation juridique plutôt que de la qualifier en termes de contrôle « afin que le public ait une information transparente sur la situation et les conditions du contrôle qui sont en l'occurrence atypiques » ; qu'en ce qui concerne l'information proprement dite sur la participation détenue dans X..., il est constant que la note d'introduction en bourse, de même que les rapports annuels de 1993 et 1994 font état de la répartition du capital et des droits de vote en distinguant « le groupe familial X... » et le « public » et que le document de référence de la société pour 2009, qui constitue l'information à jour, affiche ainsi la participation familiale : « à la connaissance de la société, la somme des actions détenues par les membres de la famille X... représente environ 73 % du capital social » ; qu'en ce qui

concerne enfin l'information sur la présence de membres du groupe familial au sein des organes sociaux, la présentation des informations relatives aux mandataires sociaux traduit également la présence de ce groupe, dès lors que les documents de référence font mention du critère d'appartenance à la famille X... ; qu'au-delà de ces affirmations sur l'existence d'un groupe familial, à tout le moins apparemment structuré autour de la société X... SARL, l'Autorité, estimant qu'une plus grande précision sur la définition du groupe familial eût, malgré tout, été préférable, a été légitimement conduite à décider que la démonstration d'un groupe familial, le cas échéant de concert, pouvait résulter d'autres éléments que les seules déclarations des intéressés ; que c'est ainsi que le collège a relevé : que le groupe familial détient au jour de sa décision 62, 8 % du capital et 71, 9 % des droits de vote d'X..., soit une très large part – plus de 85 % – du total des actions X... détenue par tous les membres de la famille X..., qui détiennent au total plus de 70 % du capital ; que les demandeurs personnes physiques sont tous associés d'EMILE X...SARL et exercent ensemble des pouvoirs dévolus à celle-ci en qualité d'unique associée commanditée, les membres du conseil de gérance étant exclusivement issus de cette société ; qu'ils ont accepté de déposer leurs actions X... dans les caisses sociales d'EMILE X...SARL ; que ce dépôt, bien que les associés de cette société puissent reprendre leurs actions à tout moment et qu'ils en demeurent propriétaires, exerçant à ce titre les droits de vote attachés auxdites actions X..., est librement consenti par les demandeurs, ce qui constitue un indice de leur volonté de diriger ensemble la société ; que les actions X... déposées dans les caisses d'EMILE X...SARL représentent 57, 25 % du capital au 30 novembre 2010 ; que ce dépôt a représenté plus de 50 % du capital et des droits de vote de façon quasi continue depuis l'introduction en bourse de la société X... intervenue en 1993, étant précisé que le groupe familial a toujours détenu plus de 50 % du capital et des droits de vote d'X... ; que les membres du conseil de surveillance d'X..., lequel représente les associés commanditaires, sont majoritairement issus de la famille X... depuis au moins 2006 et sont signataires des accords du 3 décembre 2010, étant souligné que l'intégralité des associés d'EMILE X...SARL et des membres du conseil de surveillance ont souscrit auxdits accords ; que les demandeurs sont impliqués dans la gestion de la société, puisque 25 personnes exercent actuellement des fonctions de salariés ou de mandataires sociaux dans les sociétés du groupe X..., que 17 d'entre eux sont membres du conseil de gérance d'EMILE X...SARL ou du conseil de surveillance d'X..., soit au total 33 personnes parmi les demandeurs ; qu'au sein de l'assemblée générale des associés commanditaires d'X..., les demandeurs votent de manière convergente ; qu'en outre, ils déterminent en fait les décisions prises lors des assemblées générales ; qu'à cet égard, les pourcentages que représentent en assemblée générale d'X... les votes des membres du groupe familial en faveur des résolutions présentées ont, depuis 2007 au moins, représenté plus de deux tiers des voix exprimées ; que le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... ; que les éléments fournis par les demandeurs montrent que les conditions dans lesquelles les membres du groupe familial exercent leurs pouvoirs au sein d'X... sont demeurées stables dans le temps – participation consolidée de la famille, titres X... en dépôt chez EMILE X...SARL, stabilité des organes sociaux, présence importante de la famille au sein des organes sociaux d'X..., cette stabilité devant s'apprécier nonobstant « l'évolution des générations » qui ne remet pas en cause pour autant ce rôle familial ; que, rapprochés et analysés de manière conjuguée, ces éléments constituent autant d'indices concordants, procédant tant de réalités objectives que d'une communauté de comportement, qui traduisent effectivement la mise en oeuvre par les membres du groupe familial d'une politique commune, continue et réitérée, vis-à-vis d'X..., dont ils déterminent les orientations stratégiques, notamment par l'exercice des droits de vote des demandeurs et

leurs présence majoritaire au sein des organes sociaux ; que, contrairement à ce qu'affirment les actionnaires minoritaires, l'Autorité a relevé à juste titre que, pour autant, ces éléments ne reposent pas sur les seuls liens de parenté entre les demandeurs, ni sur le seul contrôle de l'associé commandité par ces derniers, et qu'ils sont largement antérieurs au contexte, précédemment rappelé, dans lequel s'inscrivent les accords de 3 décembre 2010 et la demande de dérogation déposée le 6 décembre 2010 ; que, dès lors, l'Autorité était en droit de conclure, sans être tenue d'exiger par surcroît la preuve d'un accord formel et contraignant conclu entre les membres du groupe, que ceux-ci agissent ensemble comme un groupe familial de concert au sens des dispositions de l'article L 233-10 du Code de commerce pour la mise en oeuvre de la même politique et qu'ils contrôlent ensemble la société X... ; qu'au rebours de ce que soutiennent M. Y...et l'ADAM, le comportement et l'action, dans la durée, des demandeurs à la dérogation à l'égard d'X..., suffisent à caractériser l'appartenance à un groupe au sens de l'article 234-9 du RGAMF, qui n'exige pas qu'un tel groupe, distinct de l'ensemble des membres de la famille X... détenant une participation dans le capital de la société, présente les caractéristiques mises en exergue par les requérants, telles que, notamment, une représentation complète et homogènes des différentes branches de cette famille ainsi qu'une structuration ou une révélation particulières ; qu'au surplus, c'est à tort que M. Y...critique la pertinence de la prise en compte du dépôt par les demandeurs de leurs actions X... dans les caisses sociales de EMILE X...SARL comme indice de la volonté des membres du groupe familial de diriger ensemble la société X..., dès lors qu'il est constant que, comme l'a constaté l'AMF : ce dépôt, librement consenti, a représenté plus de 50 % du capital et des droits de vote de façon continue depuis l'introduction en bourse d'X... en 1993, le groupe familial ayant par ailleurs toujours détenu plus de 50 % du capital et des droits de vote d'X..., et qu'il est constant, par surcroît, qu'alors que les associés de la société EMILE X...SARL, comme les statuts de cette société les autorisaient pourtant à le faire, n'ont jamais manifesté le souhait de soustraire leurs titres X... des caisses sociales de la société ; qu'au demeurant, au regard de la mise en oeuvre par l'Autorité de la méthode du faisceau d'indices en vue d'apprécier la réalité de l'existence préalable d'un contrôle familial qui ne sera pas modifié, il importe peu que, pris isolément, certains des éléments retenus puissent, le cas échéant, être considérés comme ne présentant pas un caractère suffisamment probant ; qu'il importe peu, également, que l'AMF ait antérieurement apposé son visa sur des notes d'informations relatives à des programmes de rachat, dont la dernière a été mise en oeuvre par X... en 2005, mentionnant l'absence de contrôle de la société, dès lors que, cinq ans plus tard, le collègue a été saisi, cette fois-ci en application de l'article 234-9 du Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers, d'une demande distincte de dérogation fondée sur d'autres éléments de fait et de droit ; qu'à cet égard, il est constant que le contrôle de la gestion et de la direction de cette commandite par actions, qui appartient à l'associé commandité statutairement détenu par le seul groupe familial X... , ne sera pas modifié et qu'il en va de même concernant le contrôle du capital dès lors qu'à l'issue des opérations de reclassement, la holding détiendra 50, 2 % du capital d'X... et au moins autant en droits de vote et qu'elle bénéficiera d'un droit prioritaire portant sur les actions qui seront détenues par le groupe familial X... et qui ne lui seront pas transférées, soit environ 12, 6 % du capital ; que, non seulement la holding, dont le capital sera détenu, directement ou indirectement, par le groupe familial, aura donc ainsi le contrôle du capital de la société X... postérieurement au reclassement, mais encore que, comme l'a constaté l'Autorité dans sa décision, le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... ; et que l'ADAM et M. Y...invoquent en vain l'irrégularité de la décision entreprise au regard des principes généraux du droit boursier ; que, s'il est vrai que l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier précise que l'AMF a pour mission de veiller à « l'information des

investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers », il n'en demeure pas moins que les principes dont se prévalent les requérants sont des « principes directeurs des offres », édictés en vue des procédures d'offre publique par l'article 231-1 du RGAMF, qui énonce : « en vue d'un déroulement ordonné des opérations au mieux des intérêts des investisseurs et du marché, toutes les personnes concernées par une offre doivent respecter le libre jeu des offres et de leurs surenchères, d'égalité de traitement et d'information des détenteurs des titres des personnes concernées par l'offre, de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition » ; or qu'en l'espèce, l'Autorité était saisie d'une demande de dérogation à l'obligation de dépôt d'une telle offre, dont il vient précisément d'être démontré qu'elle répondait aux exigences fixées par l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF touchant à l'existence d'une opération de reclassement, entre personnes appartenant à un même groupe dans des circonstances où le contrôle, avéré, de la société X... n'a pas été modifié ; qu'en réalité, sous couvert de griefs touchant au non-respect de certains principes du droit boursier, les requérants formulent à nouveau à l'encontre de la décision de l'AMF des critiques, dont la pertinence n'a pas été reconnue, sur l'absence de contrôle de concert des demandeurs ; qu'au demeurant, la décision critiquée n'est susceptible de porter atteinte, ni à l'égalité des actionnaires de la société concernée, principe qui doit s'apprécier au regard d'une situation identique, laquelle n'est précisément pas établie en l'espèce, dès lors que les demandeurs à la dérogation, membres d'un groupe familial contrôlant de concert X..., ne se trouvent pas dans la même situation que M. Y...et l'ADAM, ni aux principes précités de transparence, d'intégrité et de loyauté, dans la mesure où, en l'espèce, l'Autorité n'était pas conduite à vérifier les conditions d'information du marché en période d'offre publique ; qu'il résulte de ce qui précède que les recours seront rejetés » ;

1°/ ALORS QUE sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ; qu'en l'espèce, pour retenir que les demandeurs à la dérogation auraient contrôlé de concert la société X... INTERNATIONAL, la Cour d'appel s'est fondée sur le fait qu'ils étaient tous associés de la société EMILE X..., associé commandité de la société X... INTERNATIONAL, que nombre d'entre eux exerçaient des fonctions de salarié ou de mandataire social dans les sociétés du groupe X... et qu'ils avaient accepté de « déposer » leurs actions X... INTERNATIONAL dans les caisses de la société EMILE X... ; qu'en statuant par de tels motifs impropres à justifier sa décision, dès lors qu'elle ne relève pas l'existence d'un accord conclu en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote au sein de la société X... INTERNATIONAL, la Cour d'appel a violé l'article L. 233-10 du Code de commerce ;

2°/ ALORS QU'un simple parallélisme en fait de comportements libres et ne touchant qu'à la gestion sociale ne peut suffire à établir un véritable concert exigeant un accord ayant trait au contrôle conjoint de la société concernée ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a tout d'abord constaté que les différents documents, émanant de la société X... INTERNATIONAL ou des membres de la famille, non seulement ne mentionnaient pas l'existence d'un groupe familial mais faisaient même référence à une absence de contrôle de la société ; qu'en se fondant ensuite exclusivement sur le fait que les demandeurs à la dérogation, tous signataires des accords litigieux du 3 décembre 2010, « vot (ai) ent de manière convergente » et « détermin (ai) ent en fait les décisions prises lors des assemblées générales », éléments impropres à caractériser un contrôle conjoint qui requiert la volonté commune d'exercer les droits de vote de façon concertée, la Cour d'appel a violé les articles L. 233-3 et L. 233-10 du Code de commerce ;

3°/ ALORS QUE, subsidiairement, nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ; qu'en l'espèce, après avoir constamment mis en avant, dans l'ensemble de leurs démarches

auprès de l'AMF visant notamment à assurer la transparence du marché, l'absence de contrôle de la société X... INTERNATIONAL, et ce depuis l'introduction en bourse de celle-ci en juin 1993, les demandeurs à la dérogation ont brutalement fait volte face à la fin de l'année 2010 et prétendu à l'existence d'un groupe familial agissant de concert pour contrôler la société afin d'échapper à l'obligation de déposer un projet d'offre publique pour franchissement des seuils de détention du capital et des droits de vote ; qu'en faisant droit à cette prétention pourtant contraire au principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui, la Cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ ALORS QUE, subsidiairement, l'opération de reclassement visée à l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF doit être neutre, c'est-à-dire sans incidence sur le contrôle de la société concernée, et en particulier sur les personnes qui exercent ce contrôle ; qu'en l'espèce, l'opération projetée par les demandeurs à la dérogation entraîne la substitution, à un (prétendu) contrôle concerté détenu par un nombre indéterminé de personnes non identifiées, du contrôle d'un seul commanditaire, la future holding, agissant éventuellement de concert avec la société EMILE X... ; qu'en se bornant à énoncer que « le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... INTERNATIONAL », sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par le mémoire de l'exposante, si l'opération envisagée ne permettait pas de concentrer le contrôle de la société X... INTERNATIONAL entre les mains d'une partie seulement des actionnaires familiaux, distincte de ceux exerçant antérieurement un contrôle plus diffus, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF ;

5°/ ALORS QUE, subsidiairement, l'opération de reclassement visée à l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF doit être neutre, c'est-à-dire sans incidence sur le contrôle de la société concernée, et en particulier sur la nature et l'objet de ce contrôle ; qu'en l'espèce, l'opération projetée par les demandeurs à la dérogation permet de substituer, à un simple contrôle de fait par nature précaire et portant exclusivement sur la gestion sociale, un contrôle capitalistique juridiquement obligatoire sur une longue durée, engendrant un verrouillage du capital qui affectera gravement la situation des actionnaires minoritaires en supprimant la valeur spéculative de leurs titres ; qu'en se bornant à énoncer que « le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... INTERNATIONAL », sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par le mémoire de l'exposante, si l'opération envisagée ne modifiait pas le contrôle existant de la société X... INTERNATIONAL, dans sa nature comme dans son objet, la Cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF.

Moyen produit, au pourvoi n° K 12-11. 672, par la SCP de Chaisemartin et Courjon, avocat aux Conseils pour M. Y...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation formé par Monsieur Patrick Y... contre la décision de l'Autorité des marchés financiers du 7 janvier 2011 ayant « accordé au groupe familial X... , tel que défini par les demandeurs, la dérogation à l'obligation de dépôt d'un projet d'offre publique » ;

AUX MOTIFS QUE c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes, que l'AMF a décidé que les demandeurs à la dérogation font partie d'un groupe familial, dont le projet de regrouper une participation majoritaire, provenant principalement des actions déposées dans les caisses sociales de l'associé commandité, Emile X... SARL, au profit d'un holding, peut s'analyser comme une opération de reclassement entre personnes appartenant à un même groupe, sans incidence sur le contrôle de la société X... et que, sur ces bases, en application des articles 234-8, 234-9 7° et 234-10 du Règlement général

de l'AMF, l'Autorité a accordé au groupe familial X... , tel que défini par les demandeurs, la dérogation à l'obligation de dépôt d'un projet d'offre publique ; que, comme l'Autorité l'a relevé à titre liminaire, il n'est ni contesté ni contestable que la réglementation sur les offres publiques est pleinement applicable aux sociétés en commandite par actions et que, dans ce cadre, il importe en effet de rechercher si, au regard des exigences fixées par l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF, les demandeurs à la dérogation pouvaient être effectivement considérés comme constituant un groupe d'actionnaires familiaux, associés commanditaires et contrôlant le capital de la société ; qu'à cet égard, il est exact, comme le soulignent les requérants et comme l'Autorité elle-même n'a pas manqué de le relever, tout en observant aussi, de son côté, que la communication adressée au public mettait l'accent sur les caractéristiques particulières de la société X... procédant de son statut de commandite familiale, que :

- hormis le document de référence de la société X... relatif à l'exercice 2009, les documents émanant de la société ou des membres de la famille ne mentionnent pas formellement l'existence d'un groupe familial et que les déclarations de franchissements de seuils faites par des membres de la famille retracent uniquement des détentions individuelles ;

- des documents émanant de la société – notes d'information relatives à la mise en oeuvre de programme de rachat dont la dernière remonte à 2005 – mentionnent l'absence de contrôle ;

que, cependant, les affirmations formulées par les demandeurs à la dérogation au soutien de leur requête, puis réitérées dans leurs écritures déposées devant la cour, suivant lesquelles « l'existence d'un groupe familial est incontestable et a toujours été de notoriété publique », ne sont pas pour autant dénuées de portée ; qu'en effet le mécanisme de pouvoir résultant des statuts de société en commandite par action et la concentration des pouvoirs stratégiques et de gestion entre les mains de l'associé commandité, la société Emile X... SARL, qui permettent de retenir, pour X..., la qualification de commandite familiale, figurent depuis le rapport annuel 2006, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 225-100-3 du Code de commerce, dans la partie relative aux éléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique : « X... international est une société en commandite par action et bénéficie à ce titre des particularités de cette forme sociale dont certaines, légales ou statutaires, sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique et notamment :

- la désignation et la révocation des gérants sont de la compétence exclusive de l'associé commandité ;

- l'obligation pour Emile X... Sarl, associé commandité, de maintenir dans ses statuts un certain nombre de dispositions concernant sa forme sociale, son objet et les conditions à respecter pour détenir la qualité d'associé (...);

- aucune décision des assemblées des commanditaires (actionnaires) n'est valablement prise si elle n'a pas été approuvée par la société commandité et au plus tard à la clôture de ladite assemblée » ;

que la forme de la société en commandite par actions, dans un premier temps, puis la description des pouvoirs d'Emile X... Sarl – et notamment ceux de nommer et de révoquer les gérants – dans un second temps, figuraient également dans les notes afférentes au programme de rachat d'actions publiées par la société, les membres du groupe familial

pouvant ainsi affirmer que la société a décrit son organisation juridique plutôt que de la qualifier en termes de contrôle « afin que le public ait une information transparente sur la situation et les conditions du contrôle qui sont en l'occurrence atypiques » ; qu'en ce qui concerne l'information proprement dite sur la participation détenue dans X..., il est constant que la note d'introduction en bourse, de même que les rapports annuels de 1993 et 1994 font état de la répartition du capital et des droits de vote en distinguant « le groupe familial X... » et le « public » et que le document de référence de la société pour 2009, qui constitue l'information à jour, affiche ainsi la participation familiale : « A la connaissance de la société, la somme des actions détenues par les membres de la famille X... représente environ 73 % du capital social » ; qu'en ce qui concerne enfin l'information sur la présence de membres du groupe familial au sein des organes sociaux, que la présentation des informations relatives aux mandataires sociaux traduit également la présence de ce groupe, dès lors que les documents de référence font mention du critère d'appartenance à la famille, chaque mandataire social étant présenté en fonction de ses liens avec la famille X... ; qu'au delà de ces affirmations sur l'existence d'un groupe familial, à tout le moins apparemment structuré autour de la société X... sarl, l'Autorité, estimant qu'une plus grande précision sur la définition du groupe familial eût, malgré tout, été préférable, a été légitimement conduite à décider que la démonstration de l'existence d'un groupe familial, le cas échéant de concert, pouvait résulter d'autres éléments que les seules déclarations des intéressés ; que c'est ainsi que le collègue a relevé :

- que le groupe familial détient au jour de sa décision 62, 8 % du capital et 71, 9 % des droits de vote d'X..., soit une très large part – plus de 85 %- du total des actions X... détenue par tous les membres de la famille X..., qui détiennent au total plus de 70 % du capital ; que les demandeurs personnes physiques sont tous associés d'Emile X... sarl et exercent ensemble des pouvoirs dévolus à celle-ci en qualité d'unique associée commanditée, les membres du conseil de gérance étant exclusivement issus de cette société ; qu'ils ont accepté de déposer leurs actions X... dans les caisses sociales d'Emile X... sarl ; que ce dépôt, bien que les associés de cette société puissent reprendre leurs actions à tout moment et qu'ils en demeurent propriétaires, exerçant à ce titre les droits de vote attaché auxdites actions X... est librement consenti par les demandeurs, ce qui constitue un indice de leur volonté de diriger ensemble la société ;

- que les actions X... déposées dans les caisses d'Emile X... sarl représentent 57, 25 % du capital au 30 novembre 2010 ; que ce dépôt a représenté plus de 50 % du capital et les droits de vote de façon quasi-continue depuis l'introduction en bourse de la société X... intervenue en 1993, étant précisé que le groupe familial a toujours détenu plus de 50 % du capital et des droits de vote d'X... ;

- que les membres du conseil de surveillance d'X..., lequel représente les associés commanditaires, sont majoritairement issus de la famille X... depuis au moins 2006 et sont signataires des accords du 3 décembre 2010, étant souligné que l'intégralité des associés d'Emile X... sarl et des membres du conseil de gérance ont souscrit auxdits accords ;

- que les demandeurs sont impliqués dans la gestion de la société, puisque 25 personnes exercent actuellement des fonctions de salariés ou de mandataires sociaux dans les sociétés du groupe X..., que 17 d'entre eux sont membres du conseil de gérance d'Emile X... sarl ou du conseil de surveillance d'X..., soit au total 33 personnes parmi les demandeurs ;

- qu'au sein de l'assemblée générale des associés commanditaires d'X..., les demandeurs votent de manière convergente ; qu'en outre, ils déterminent en fait les décisions prises

lors des assemblées générales ; qu'à cet égard, les pourcentages que représentent en assemblée générale d'X... les votes des membres du groupe familial en faveur des résolutions présentées ont, depuis 2007 au moins, représenté plus de deux tiers des voix exprimées ;

- que le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... ;

- que les éléments fournis par les demandeurs montrent que les conditions dans lesquelles les membres du groupe familial exercent leurs pouvoirs au sein d'X... sont demeurées stables dans le temps – participation consolidée de la famille, titres X... en dépôt chez Emile X... sarl, stabilité des organes sociaux, présence importante de la famille au sein des organes sociaux d'X..., cette stabilité devant s'apprécier nonobstant « l'évolution des générations » qui ne remet pas en cause pour autant ce rôle familial ; que, rapprochés et analysés de manière conjuguée, ces éléments constituent autant d'indices concordants, procédant tant de réalités objectives que d'une communauté de comportement, qui traduisent effectivement la mise en oeuvre par les membres du groupe familial d'une politique commune, continue et réitérée, vis-à-vis d'X..., dont ils déterminent les orientations stratégiques, notamment par l'exercice des droits de vote des demandeurs et leur présence majoritaire au sein des organes sociaux ; que, contrairement à ce qu'affirment les actionnaires minoritaires, l'Autorité a relevé à juste titre que, pour autant, ces éléments ne reposent pas sur les seuls liens de parenté entre les demandeurs, ni sur le seul contrôle de l'associé commandité par ces derniers, et qu'ils sont largement antérieurs au contexte, précédemment rappelé, dans lequel s'inscrivent les accords du 3 décembre 2010 et la demande de dérogation déposée le 6 décembre 2010 ; que, dès lors, l'Autorité était en droit de conclure, sans être tenue d'exiger par surcroît la preuve d'un accord formel et contraignant conclu entre les membres du groupe que ceux-ci agissent ensemble comme un groupe familial de concert au sens des dispositions de l'article L. 233-10 du Code de commerce pour la mise en oeuvre de la même politique et qu'ils contrôlent ensemble la société X... ; qu'au rebours de ce que soutiennent Monsieur Y...et l'ADAM, le comportement et l'action, dans la durée, des demandeurs à la dérogation à l'égard d'X..., suffisent à caractériser l'appartenance à un groupe au sens de l'article 234-9 du Règlement général de l'AMF, qui n'exige pas qu'un tel groupe, distinct de l'ensemble des membres de la famille X... détenant une participation dans le capital de la société, présente les caractéristiques mises en exergue par les requérants telles que, notamment, une représentation complète des différentes branches de cette famille ainsi qu'une structuration ou une révélation particulières ; qu'au surplus, c'est à tort que Monsieur Y...critique la pertinence de la prise en compte du dépôt par les demandeurs de leurs actions X... dans les caisses sociales de Emile X... sarl comme un indice de la volonté des membres du groupe familial de diriger ensemble la société X..., dès lors qu'il est constant que, comme l'a constaté l'AMF :

- ce dépôt, librement consenti, a représenté plus de 50 % du capital et des droits de vote de façon continue depuis l'introduction en bourse d'X... en 1993, le groupe familial ayant par ailleurs toujours détenu plus de 50 % du capital et des droits de vote d'X...,

- et qu'il est constant, par surcroît, qu'alors que les associés de la société Emile X... sarl, comme les statuts de cette société les autorisaient pourtant à le faire, n'ont jamais manifesté le souhait de soustraire leurs titres X... des caisses sociales de la société ; qu'au demeurant, au regard de la mise en oeuvre par l'Autorité de la méthode du faisceau d'indices en vue d'apprécier la réalité de l'existence préalable d'un contrôle familial qui ne

sera pas modifié, il importe peu que, pris isolément, certains des éléments retenus puissent, le cas échéant, être considérés comme ne présentant pas un caractère suffisamment probant ; qu'il importe peu, également, que l'AMF ait antérieurement apposé son visa sur des notes d'informations relatives à des programmes de rachat, dont la dernière a été mise en oeuvre par X... en 2005, mentionnant l'absence de contrôle de la société, dès lors que, plus de cinq ans plus tard, le collège a été saisi, cette fois-ci en application de l'article 234-9 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, d'une demande distincte de dérogation fondée sur d'autres éléments de fait et de droit ; qu'à cet égard, il est constant que le contrôle de la gestion et de la direction de cette commandite par actions, qui appartient à l'associé commandité statutairement détenue par le seul groupe familial X... , ne sera pas modifié et qu'il en va de même concernant le contrôle du capital dès lors qu'à l'issue des opérations de reclassement la holding détiendra 50, 2 % du capital d'X... et au moins autant en droits de vote et qu'elle bénéficiera d'un droit prioritaire portant sur les actions qui seront détenues par le groupe familial X... et qui ne lui seront pas transférées, soit environ 12, 6 % du capital ; que, non seulement, la holding dont le capital sera détenu, directement et indirectement, par le groupe familial aura donc ainsi le contrôle du capital de la société X... postérieurement au reclassement, mais encore que, comme l'a constaté l'Autorité dans sa décision, le projet de regroupement des participations du groupe familial dans la holding ne donnera lieu à aucune modification de la composition des organes sociaux de la société X... ;

1) ALORS QU'en rejetant la requête en annulation de la décision de l'AMF accordant une dérogation à l'obligation de déposer un projet d'offre publique dont la demande avait été présentée sur le fondement du 7° de l'article 234-9 du règlement général, en se fondant sur la considération que les bénéficiaires de la dérogation agissaient « ensemble comme un groupe familial de concert » alors qu'il résulte de ses constatations que l'AMF n'a pas été saisie sur le fondement du 6° de ce texte qui vise la « détention de la majorité des droits de vote de la société par le demandeur ou par un tiers, agissant seul ou de concert », le 7° ne visant pas l'action de concert, ce dont il résultait que les demandeurs à la dérogation eux-mêmes ne se prétendaient pas comme agissant de concert, la Cour d'appel a méconnu les conséquences de ses propres constatations, violant ainsi l'article 234-9 du règlement général de l'AMF ;

2) ALORS QU'en énonçant que l'AMF n'était pas tenue d'exiger « la preuve d'un accord formel et contraignant conclu entre les membres du groupe » pour admettre que « ceux-ci agissent ensemble comme un groupe familial de concert au sens des dispositions de l'article L. 233-10 du Code de commerce pour la mise en oeuvre de la même politique et qu'ils contrôlent ensemble la société X... », la cour d'appel a violé ce texte et les dispositions de l'article 234-9 7° du règlement général de l'Autorité des marchés financiers qui impliquent, s'agissant d'une demande de dérogation présentée par plusieurs actionnaires dont aucun ne détient à lui seul le contrôle, qu'ils aient « conclu un accord » préalable à l'action de concert, caractérisé par une volonté commune et d'où résultent des engagements contraignants ;

3) ALORS, en toute hypothèse, QU'en omettant de rechercher, comme il lui était demandé, si l'apport des titres à la holding à créer ayant pour objet de verrouiller le capital d'X..., et de substituer au contrôle de fait qualifié par la Cour d'appel d'action de concert, un contrôle de droit issu d'un accord contraignant, perdurant au moins pendant vingt années, la Cour d'appel a entaché son arrêt d'un défaut de base légale, une telle circonstance caractérisant une modification du contrôle excluant l'octroi d'une dérogation en application de l'article 234-9 7° du règlement général de l'AMF.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 15 septembre 2011