

Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2022

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°5

**La régulation des prises de
contrôle des sociétés dont le
capital est exposé aux marchés
financiers**

Mercredi 23 février 2022

INTRODUCTION

summa divisio et loi du Droit des sociétés

***Summa divisio* du droit des sociétés**

Il y a très longtemps : Société de personnes / société de capitaux

Aujourd'hui : Sociétés cotées (ouverte) / sociétés non-cotées (fermée)

- Rapport entre l'entreprise et la société (articulation difficile avec le Droit de la concurrence ; affrontement avec la loi PACTE de 2019)

- Entreprises « exposées » aux marchés financiers (unicité de l'entreprise, de son évaluation et de ses comptes consolidés)

- Entreprise « exposées » au marché boursier : marché du pouvoir : spécificité unique de l' **action, titre librement négociable et dotée de pouvoirs politiques**

INTRODUCTION

Le pouvoir sur l'entreprise par le contrôle sociétaire

Pourquoi vouloir exercer le contrôle sociétaire :

- Parce qu'on est **propriétaire** : « Loi du capital »
- Parce qu'on le **veut** : « Loi des volontés »
- Parce qu'on veut **faire quelque chose** : « Loi des intentions », « projet », « raison d'être »

Transparaît sur les « prises de contrôle dans les sociétés ouvertes » :

Un opérateur veut exercer le pouvoir (capital). Avec qui ? (volonté). Pour quoi faire (intentions).

- Dans une société fermée, il faut le seul consentement (volonté)
- Dans une société ouverte par la cotation, celui qui veut le contrôle s'adresse au marché : le marché boursier. Il faudra respecter plus de règles et le Régulateur protège le Marché.

Pourquoi contrôler l'intention de celui qui veut prendre le contrôle ?

Présomption de la « pertinence » de son intention

• Présomption économique et financière :

La prise de contrôle serait toujours une « bonne chose » car elle signale une sous-valorisation des titres par rapport à la potentialité de l'entreprise dont la personne morale sociétaire est l'expression

- Donc l'entreprise sera « mise en valeur » par la prise de contrôle
- Droit toujours favorable aux prises de contrôle, le pouvoir est toujours disponible
- **Présomption juridique de principe** parce que la société est « ouverte »
 - Libre négociabilité des titres : c'est la définition de la société « cotée »
 - Liquidité du marché financier (cf. retrait obligatoire)

Mais

Suppose que la finalité soit toujours économique. Mais cela n'est pas vrai ? Si cela était « mauvais » pour l'entreprise : légitimité des **défenses**. Directive 2004 *Transparence* (consolidée en 2013, transposées progressivement : 2015, 2020) Cultures nationales différentes....

Juridiquement, qu'est-ce qu'une offre publique ?

1. C'est une offre qui rencontre des acceptations : contrat

- Application du Code civil ; apparition spontané (Warburg)
- Non-besoin d'une « autorisation » pour agir
- Possibilité de faire des contre-offre ? Oui
- Possibilité de faire des alliances ? Oui (concert) Tant que cela n'est pas interdit ; tant que cela n'est pas secret : loi générale de la transparence du marché boursier
- Possibilité de faire des « accords » ? (entente – pacte – concert)

2. C'est une rencontre de volontés qui est « maquettée » par le Législateur et l'Autorité de marché

- Offre publique sur l'ensemble du capital (part « inutile » pour l'acquisition du pouvoir)
- Offre publique ou offre publique obligatoire (seuil franchi de 30% ; retrait : 95/90%)
- Offre publique par achat (OPA) ou par échange (OPE)

Juridiquement, qu'est-ce qu'une offre publique ?

3. C'est un contrat qui est « procéduralisé » par des règles qui ont pour but : de veiller aux intérêts en cause et à l'intérêt des marchés financiers, via le marché boursier, qui est le marché de l'accès au pouvoir

- Détermination des principes du marché boursier : transparence ; liquidité ; loyauté

4. C'est une rencontre de l'offre et de la demande qui est gouvernée par le Régulateur qui veille au respect de ces intérêts divers

- Qui « tient » l'offre publique ?
 - L'offreur ?
 - La société-cible ?
 - Les titulaires de titre ?
 - Un tiers (chevalier blanc) ?
 - Le Régulateur ?
 - Le juge du contrôle ?

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

B. DIRE AVEC QUI ON VA LE FAIRE

C. OFFRIR À TOUT ACTIONNAIRE UNE CONTREPARTIE

- Vouloir prendre le pouvoir est une :
 - Mauvaise nouvelle pour
 - Les dirigeants en place
 - La société, parfois
 - Bonne nouvelle pour les titulaires de titres de la société
- Il faut donc le savoir
- Gestion de l'**égalité de l'absence d'information** (inaction contrainte des insiders. Cf. leçon sur les abus de marché)
- **Information du marché** de l'intention d'acquérir le pouvoir

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

1. L'importance de l'information de l'intention d'un tiers de prendre le contrôle d'une société devenue « cible »

- Déclaration d'un « **franchissement de seuil** »
 - But de l'obligation de déclarer ?
 - Révélation d'une perspective de profit financier (apport des titres)
 - Révélation d'un risque politique (prise de pouvoir)
 - Ambivalence de l'information et contradiction de 3 intérêts (offreur, actionnaire, société cible)
- Explique les règles techniques
- Information du marché de l'intention d'acheter le capital afin de prendre le contrôle (**pas de prise de contrôle « rampante »**)

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

1. L'importance de l'information de l'intention d'un tiers de prendre le contrôle d'une société devenue « cible »

La ratio legis justifie les règles techniques et leur **interprétation**

Conséquence de la déclaration :

- Révélation des intentions aux investisseurs : va rendre plus coûteuse l'opération et peut-être engendrer la résistance de la cible (dirigeants, employés)
- **Obligation de faire une OPA** à partir d'un seuil qui signifie déjà un pouvoir acquis : 30%

→ Tendence « naturelle » de l'offreur à ne pas déclarer les franchissements de seuil

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

2. Le régime juridique du « franchissement de seuil » dans une société ouverte

La ratio legis justifie les règles techniques et leur **interprétation**

➔ « Privation automatique des droits de vote » pour celui qui a fait une OPA/OPE sans déclarer

- Mais n'est-ce pas une « sanction automatique »
- Problème de constitutionnalité ?
- QPC
- Cons. Constit., 28 février 2014, *Société Madag*

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

2. Le régime juridique du « franchissement de seuil » dans une société ouverte

Com. 17 décembre 2013, *Société Madag* :

« **il ne peut être exclu** que la privation des droits de vote attachés aux actions excédant la fraction qui n'a pas été régulièrement déclarée pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification **soit regardée comme une sanction ayant le caractère d'une punition** et que, **eu égard à son caractère automatique**, elle apparaisse **incompatible avec les exigences découlant du principe de nécessité des peines**, lequel implique qu'une sanction ayant ce caractère ne puisse être appliquée que si l'autorité compétente la prononce expressément **en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce**».

Cons. Cons., QPC, 28 février 2014, *Société Madag* :

va répondre rapidement sur la privation du pouvoir comme « sanction automatique », légitime car de courte durée.., et va répondre longuement sur la légitimité de la privation du pouvoir au regard du **droit de propriété**

7. Considérant que la suspension temporaire des droits de vote instituée par les dispositions contestées est constatée par le **bureau de l'assemblée générale** de la société intéressée ; que **ses effets sont limités aux rapports entre les actionnaires et la société** ; que cette suspension, qui consiste à priver de certains de ses effets, **pendant une durée limitée**, une augmentation non déclarée de la participation d'un actionnaire, permet à la société, pendant ce délai, de tirer les conséquences de cette situation ; que cette privation temporaire des droits de vote **ne constitue pas une sanction** ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 est inopérant ; (sur la propriété) : 9. Considérant que **la suspension des droits de vote instituée par les dispositions contestées a pour objet de faire obstacle aux prises de participation occultes** dans les sociétés cotées **afin de** renforcer, **d'une part, le respect des règles assurant la loyauté dans les relations entre la société et ses membres, ainsi qu'entre ses membres et, d'autre part, la transparence des marchés** ; qu'ainsi, ces dispositions poursuivent un **but d'intérêt général** ;
- 10. Considérant que l'actionnaire détenteur des actions soumises aux dispositions contestées en demeure le **seul propriétaire** ; qu'il conserve notamment son **droit au partage** des bénéfices sociaux et, éventuellement, les droits qui naîtraient pour lui de l'émission de bons de souscription d'actions ou de la liquidation de la société ; qu'il peut **librement céder ces actions** sans que cette cession ait pour effet de transférer au cessionnaire la suspension temporaire des droits de vote ; que la privation des droits de vote **cesse deux ans** après la régularisation par l'actionnaire de sa déclaration ; qu'elle **ne porte que sur la fraction des actions détenues par l'actionnaire intéressé qui dépasse le seuil non déclaré** ; que **l'actionnaire dispose d'un recours juridictionnel** pour contester la décision le privant de ses droits de vote ;
- 11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, d'une part, les **atteintes au droit de propriété** qui peuvent résulter de l'application des dispositions contestées n'entraînent pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, d'autre part, compte tenu de l'encadrement dans le temps et de la portée limitée de cette privation des droits de vote, l'atteinte à l'exercice du droit de propriété de l'actionnaire qui résulte des dispositions contestées **ne revêt pas un caractère disproportionné** au regard du but poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété doivent être écartés ;

Déclaration de conformité à la Constitution.

Le but explique les règles techniques

- **Qui fixe les seuils de déclaration ?**
- La loi : car il s'agit de protéger le marché, qui doit savoir que le titre vaut plus cher puisque valorisé « titre financier » sa valeur s'accroît comme « titre de contrôle »
- la société-cible car cela est un danger pour elle
- Licéité des clauses statutaires de déclaration de franchissement de seuil, qui présument une hostilité

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

2. Le régime juridique du « franchissement de seuil » dans une société ouverte

Le but explique les règles techniques

- **Qui doit-on informer du franchissement ?**
- Le marché est informé par le soin du Régulateur (centralisateur d'information)

Mais aussi

- L'initiateur doit informer ses propres actionnaires des franchissements de seuils : article L.233-6 du **Code de commerce** :

Porosité entre Droit des sociétés et droit des marchés financiers.

Ici, souci de l'intérêt des actionnaires de l'initiateur et non pas de la cible

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

A. DIRE QU'ON VA LE FAIRE

2. Le régime juridique du « franchissement de seuil » dans une société ouverte

- Le fait « d’agir en concert » permet d’exercer une « puissance » sans que cela se voit
 - Analogie avec l’entente en Droit de la concurrence
 - Même effet destructeur dans le marché des pouvoirs
 - Régulation par l’information
- Le Droit veut réguler cette puissance lorsqu’elle correspond à une intention de maîtrise, de « contrôle »,
 - lorsqu’un seuil est franchi «en concert »,
 - Lorsqu’une prise de contrôle est menée « en concert »,
 - Lorsqu’une défense est organisée « en concert »

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

B. DIRE AVEC QUI ON VA LE FAIRE

1. Pourquoi révéler le fait d’agir « en concert » ?

- Éviter les pouvoirs exercés d'une façon masquée dans la société ouverte (**transparence** de la « gouvernance »
= implique une **définition politique de l'action de concert (plus restreinte)**)
- Éviter les prises de contrôle rampantes d'une société ouverte
= implique une **définition financière et politique de l'action de concert (plus large)**
Ces deux aspects de la *ratio legis* vont expliquer l'évolution de la définition de l'« action de concert »

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉS : LES OFFRES « PUBLIQUES »

B. DIRE AVEC QUI ON VA LE FAIRE

2. Enjeux de l'action de concert

- Le « concert » est une « action »
- Le concert est donc un fait
- Le concert est une situation factuelle
- La situation peut être le résultat d'une société (société en participation ; holding), d'un contrat (convention de vote), ou d'un fait
- Les sociétés ou les contrats sont des actes mais aussi des faits juridiques
- L'action de concert est un « accord » entre deux personnes
- Emprunt au Droit de la concurrence : « actions concertées »
- Non-nécessité d'un accord exprès : le comportement convergent vaut accord tacite

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

B. DIRE AVEC QUI ON VA LE FAIRE

3. Définition de l'action de concert

- L'action de concert est un « accord » entre ou moins deux personnes
- L'essentiel est une « politique commune »
- L'essentiel est dans les mots
- Caractère « **commun** »
- Idée d'une « **politique** » :
- **Deux interprétations possibles :**
- **Soit 1.** Politique pour mener une politique dans la société
- **Soit 2.** Politique pour acquérir le pouvoir dans la société
- **Enjeu du choix de la définition**
- Si l'on ne retient que la première définition, pas d'OPA obligatoire si l'action de concert ne vise qu'à prendre le pouvoir et **non pas** l'exercer

I. LE PRINCIPE DES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES : LES OFFRES « PUBLIQUES »

B. DIRE AVEC QUI ON VA LE FAIRE

3. Définition de l'action de concert

La construction du droit par des **cas**, qui sont repris par des textes, lesquels n'épuisent pas les cas (caractéristique d'un « droit réglementaire » ; du coup quand un « cas » nouveau se présente, la solution demeure incertaine....).

Porte d'abord sur la question des **intentions** : le cas *Gecina* (2000), *Loi de régulation bancaire et financière* (2010) qui reprend la solution

Porte ensuite sur la question des **volontés** : le cas *Sacyr /Eiffage* (2008)

- La société Gecina a deux actionnaires minoritaires.
 - Ils font une « convention de vote » avec un tiers – une **banque** - donnant à celui-ci la puissance nécessaire pour lui donner le contrôle
 - Aucun objectif entre les trois pour exercer une « politique commune » au sein de la société
 - Enjeu : OPA obligatoire ou non ?
 - **Com., 27 octobre 2000, Gecina**
 - Caractère « **commun** » suffit pour que l'action de concert soit constituée (suffisance d'un accord financier sans objectif politique commun)
- (définition large reprise ensuite dans les textes).

Bataille Sacyr/Eiffage :

- Sanction par l'AMF le 26 juin 2007 pour n'avoir pas déclaré un franchissement de seuil par des actionnaires unis par une convention de vote
- Contestation par Sacyr et deux autres actionnaires de la **preuve** d'une volonté contraignant les deux partenaire vers la prise de contrôle, alors que ce but n'était pas commun mais propre à Sacyr, qui n'avait que le soutien de l'autre actionnaire, interdisant l'addition des votes
- **Com., 15 mai 2012, Sacyr** . Faisceaux d'indices suffisant, le caractère contraignant n'étant pas un objet de preuve requis.

Pas de parallélisme de comportements d'actionnaire mais « démarche collective concertée » même si ce n'est que pour prendre le pouvoir et non pour l'exercer en commun.

Jurisprudence de plus en plus sévère sur les « concertistes », notamment dans les charges de preuve

La construction du droit par des **cas**, qui sont repris par des textes, lesquels n'épuisent pas les cas (caractéristique d'un « droit réglementaire » ; du coup quand un « cas » nouveau se présente, la solution demeure incertaine....).

Bataille Véolia/Suez/Engie

- 31 juillet 2020 : communiqué de presse d'Engie de sa volonté de céder ses titres de capital de Suez
- 30 août 2020 : communiqué de presse de Véolia indiquant sa volonté du 30 août 2020 d'acquérir en bloc les titres Suez dont Engie est titulaire (29,9%)
- 24 septembre 2020 : communiqué de presse de l'AMF refusant de qualifier ce communiqué de presse offrant d'acquérir un ensemble de titres d'un actionnaire de « pré-offre »
- Paris, 11 février 2021 : confirmation de cette qualification juridique
- 9 octobre 2021 : Ord. Réf., président du Tribunal judiciaire de Paris : prévalence de la procédure de consultation des organes de défense des salariés de Suez au regard du « projet » de Véolia (va plutôt vers l'unicité du projet ...)

La construction du droit par des **cas**, qui sont repris par des textes, lesquels n'épuisent pas les cas (caractéristique d'un « droit réglementaire » ; du coup quand un « cas » nouveau se présente, la solution demeure incertaine....).

Bataille Véolia/Suez/Engie

- 31 juillet 2020 : communiqué de presse d'Engie de sa volonté de céder ses titres de capital de Suez
- 30 août 2020 : communiqué de presse de Véolia indiquant sa volonté du 30 août 2020 d'acquérir en bloc les titres Suez dont Engie est titulaire (29,9%)
- 24 septembre 2020 : communiqué de presse de l'AMF refusant de qualifier ce communiqué de presse offrant d'acquérir un ensemble de titres d'un actionnaire de « pré-offre »
- Paris, 11 février 2021 : confirmation de cette qualification juridique

Déplacement sur le terrain de contrôle du projet par les « parties prenantes »

- 9 octobre 2021 : Ord. Réf., président du Tribunal judiciaire de Paris : prévalence de la procédure de consultation des organes de défense des salariés de Suez au regard du « projet » de Véolia (va plutôt vers l'unicité du projet ...)

« La société VEOLIA soutient que le projet litigieux **ne constitue nullement une opération globale** sur laquelle les CSE demandeurs devraient être consultés ; que ces derniers ne doivent pas davantage être consultés à ce stade sur le projet d'une éventuelle et simple prise de participation dans Suez, qui constitue la seule opération envisagée à ce jour ; que les instances représentatives du personnel de Suez devront naturellement être informées et/ou consultées, comme le prévoit le Code du travail, sur les différentes éventuelles étapes juridiques requises et particulièrement sur **l'offre publique d'acquisition, si et lorsqu'elle sera déposée** »

« Les Sociétés SUEZ, SUEZ GROUPE et SUEZ EAU FRANCE font valoir, que dès la publication du communiqué de presse du 30 août 2020 et aux termes de la brochure de présentation du projet diffusée par VEOLIA, le projet de VEOLIA de rachat des 29,9% d'actions détenues par ENGIE **n'est que le préalable du dépôt d'une offre publique d'acquisition volontaire sur le solde des actions de SUEZ** ; qu'il s'agit en réalité de deux opérations interdépendantes qui poursuivent la même **finalité** à savoir l'acquisition du contrôle de SUEZ ; que cette prise de contrôle aura des conséquences sociales considérables pour les salariés du groupe ; que ce projet, par son ampleur et ses **conséquences** déjà annoncées, intéresse la marche générale des entreprises du groupe SUEZ ; qu'il constitue de surcroît une orientation stratégique dont les conséquences juridiques, économiques et sociales seront déterminantes ; qu'en conséquence ce projet doit faire l'objet d'une information consultation préalable des instances représentatives du personnel de SUEZ »

« En tout état de cause, l'existence d'un projet industriel, dont la mise en œuvre se réalisera une fois que la société ENGIE aura accepté de céder ses actions à la société VEOLIA est reconnue par les propres dirigeants de la société ENGIE. En effet, indépendamment de son intégration dans un projet industriel global, l'opération de cession de 29,9% des actions doit donner lieu à une procédure d'information-consultation des CSE demandeurs, en ce qu'elle affecte l'actionnariat, dans des proportions très importantes.

En l'espèce, il n'est pas sérieusement contestable que le projet envisagé aura nécessairement des conséquences sur l'organisation économique et juridique de l'entreprise, ne serait-ce que s'agissant de la cession de la société SUEZ EAU France au fonds d'investissement MERIDIAM. De même il ne saurait être tiré argument des dispositions de l'article L2312-49 du Code du travail qui prévoit que c'est postérieurement au « dépôt d'une offre publique d'acquisition » que l'employeur de l'entreprise sur laquelle porte l'offre consulte son CSE puisque si la Société VEOLIA a bien annoncé son intention de lancer une OPA, cette opération n'interviendra que dans un deuxième temps après la cession des parts litigieuse. Il est constant que les instances de représentation des salariés n'ont pas été consultées sur leur situation à venir, alors même qu'elles ont pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise ainsi qu'en dispose l'article L2312-8 du Code du travail. En outre, l'importance de cette opération qui va conduire l'ensemble des salariés du Groupe SUEZ et en particulier les salariés représentés par les CSE demandeurs à passer sous le contrôle du concurrent historique de leur employeur suscite de grandes inquiétudes, lesquelles ont conduit le CSE de l'UES SUEZ à déclencher une procédure sur le fondement de l'article L2315-94 du Code du travail sur l'imminence d'un risque grave... »

Décision de suspension de la cession.

La construction du droit par des **cas**, qui sont repris par des textes, lesquels n'épuisent pas les cas (**caractéristique d'un « droit réglementaire » ; du coup quand un « cas » nouveau se présente, la solution demeure incertaine....**).

Bataille Véolia/Suez/Engie

- Lancement le 7 février 2021 d'une OPA par Veolia sur l'ensemble des titres flottant
- Modification par Suez de la fondation de droit néerlandais constituée par Suez et évocation par Suez de l'incompatibilité du projet industriel de Veolia avec la raison d'être
- Communiqué de l'AMF le 2 avril 2021 comme quoi : *la combinaison entre les modifications que la société Suez annonce avoir apportées au dispositif de la fondation de droit néerlandais et la proposition du consortium Ardian-GIP négociée et soutenue par le conseil d'administration de Suez porte atteinte aux règles et principes directeurs applicables aux offres publiques*

Bataille Véolia/Suez/Engie

- Lancement le 7 février 2021 d'une OPA par Veolia sur l'ensemble des titres flottant
- Modification par Suez de la fondation de droit néerlandais constituée par Suez et évocation par Suez de l'incompatibilité du projet industriel de Veolia avec la raison d'être
- Communiqué de l'AMF le 2 avril 2021 comme quoi : *la combinaison entre les modifications que la société Suez annonce avoir apportées au dispositif de la fondation de droit néerlandais et la proposition du consortium Ardian-GIP négociée et soutenue par le conseil d'administration de Suez porte atteinte aux règles et principes directeurs applicables aux offres publiques*

= Force des principes



II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

A. VEILLER À L'ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS

1. Obliger l'acquisition de la totalité
du capital social par l'offreur

La régulation, concordance de force
entre le fait et le droit

AMF, com. Sanction., 23 juin 2013,
LVMH, Hermès

Motivation de la sanction :
« intention » de l'acquéreur des
titres financiers dérivés

Charge de preuve et présomption

Le droit de la répression, instrument
de la Régulation ordinaire des
opérations de marché
Accru si on est sur le marché
boursier

II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

A. VEILLER À L'ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS

2. Lutte contre les prises de contrôle rampantes

- La meilleure défense, c'est l'information
- Directive « Transparence » (2013)

- Validité des clauses

- Validité du « chevalier blanc »

II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

A. VEILLER À L'ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS

3. Permettre à la société-cible de se défendre : la légitimité des défenses anti-prise de contrôle

- L'admission d'une offre par le Régulateur conditionnée par le contrôle du caractère acceptable du prix
- Détermination d'une fourchette de prix « acceptable » par la méthode « multicritères »
- Non-nécessité de ce contrôle car le prix n'a pas besoin d'être « acceptable » : a posteriori, s'il n'est pas « acceptable, il ne sera pas accepté : l'offre publique n'est jamais « obligatoire » pour l'actionnaire
- Le contrôle des montants proposés n'a de sens que pour le « retrait obligatoire » pour lequel le titulaire du titre n'a pas de choix (expropriation)

II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

B. L'ABSENCE DE CONTRÔLE DE L'ÉQUITÉ DU PRIX PROPOSÉ

1. Le contrôle antérieur à 2006 du caractère « acceptable » du prix proposé

- La Directive de 2004 (version 2013) supprime ce contrôle du caractère acceptable
- Le Droit français aurait-il pu le maintenir ?
- Technique de « transposition négative » des directives ...
- Transposition libérale d'une Directive libérale
- Le Régulateur financier contrôlait le caractère « acceptable » de l'offre
- Loi du 31 mars 2006 : adoption de la conception plus libérale et « classique » : le Régulateur ne contrôle pas « l'équité du prix »
- Cela signifie-t-il qu'il n'y a plus de contrôle ?
- Différence majeure avec le « retrait obligatoire » où il y a contrôle du « prix équitable » car c'est une indemnité pour expropriation

II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

B. L'ABSENCE DE CONTRÔLE DE L'ÉQUITÉ DU PRIX PROPOSÉ

2. L'évolution libérale du Droit de l'Union européenne

Le Règlement général de l'AMF

- Le Régulateur en charge du « déroulement ordonné des offres publiques »
- Le Régulateur en charge de la protection des intérêts des investisseurs et du marché
- Le Régulateur en charge du libre jeu des offres et des surenchères
- Le Régulateur en charge de l'égalité des compétiteurs
- Le Régulateur en charge de la loyauté des comportements

II. LE RÔLE DU RÉGULATEUR DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS COTÉES

C. L'EXIGENCE D'UN « DÉROULEMENT ORDONNÉ »

1. La puissance générale et téléologique du Régulateur financier

Règlement général de l'AMF

Titre III : Des offres publiques d'acquisition

Principes généraux

Article 231-3: « 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. ».

L'AMF continue à ce titre de contrôler le caractère équitable de l'offre.

L'AMF peut demander à chacun de se « conformer » (**article 231-20 RGAMF**) aux normes, pour un « déroulement ordonné ».

Par exemple, **demander à modifier l'offre**.

Nature d'une telle demande ? **Paris, 24 juin 1991, Galeries Lafayette**: simple acte administratif, sans contradictoire

Encore soutenable ? : **C.E., 21 mars 2016, Fairvesta ; 12 juin 2020, Gisti** : de tels comportements « souples » sont de plus en plus contrôlés

La note d'information est librement établie mais très détaillée par le RGAMF (**article 231-18 RGAMF**)

La note « en réponse » idem.

Quelle est la **nature d'un tel échange** « face au marché » ?

Analogie avec la concentration (qui est un affrontement)

Cas: *Altice / SFR* (AMF, 5 octobre 2016 ; Paris, 15 mars 2017)

Décision d'irrecevabilité de l'OPE prononcée par l'AMF par décision du 5 octobre 2016.

Rachat par une opération hors marché de 5% le 14 octobre 2016.

Motif :

- Prix qualifié de « non équitable » car manque d'information sur la convention de rémunération entre la société-mère et la filiale

= protection des minoritaires de SFR justifie l'irrecevabilité de l'offre

Paris, 15 mars 2017 : opère le lien entre l'information du marché et contrôle du prix ou de la valeur d'échange proposé :

Approuve le visa de **l'article 621-8-1 du Code monétaire et financier** :

•I. – Pour délivrer le visa mentionné à l'article L.621-8, l'Autorité des marchés financiers vérifie si le document est complet et compréhensible, et si les informations qu'il contient sont cohérentes. ...

II. – ...

•L'Autorité des marchés financiers peut interdire l'opération :

•1° Lorsqu'elle a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une émission ou une cession est contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables ;

....

• « les objectifs et intentions de l’initiateur font état d’un projet de contrat de rémunération dont la mise en œuvre et les modalités demeurent imprécises, dont l’impact serait négatif et potentiellement significatif sur la détermination des fourchettes de parités et devrait être pris en compte par les actionnaires dans leur analyse de l’offre. Dans le même temps, la parité de 1,60x proposée dans le présent projet d’offre se situe au point le plus bas des fourchettes de parité retenues par l’expert, qui n’a pas pu intégrer l’effet de ce contrat de rémunération dans ses travaux et dans sa conclusion sur l’équité du projet d’offre. Ces circonstances ne permettent pas, dès lors, de considérer que **l’information destinées aux actionnaires minoritaires, notamment sur la justification de la parité d’échange retenue**, soit complète, compréhensible et cohérente au sens des dispositions de l’article L.621-8 du code monétaire et financier ».

- La Régulation sur les marchés boursiers s'étend de plus en plus : sur les structures, les produits, les comportements des professionnels, mais aussi sur les positions et comportements de pouvoirs au sein des entreprises « exposées » au marché et sur les prises de pouvoirs via le marché boursier sans que le contrôle de l'équité des prix proposés cesse (tandis que l'Etat-actionnaire n'existe quasiment plus) :
 - l'Économie n'est plus « administrée », mais les Régulateurs publics sont de plus en plus puissants.
- Vis-à-vis des pouvoirs, la Régulation « se contente » de maintenir des équilibres qu'elle n'a pas créés
- Régulation externe et Gouvernance des sociétés se rapprochent
- Pénétration de la Régulation dans les entreprises :
 - Par la Supervision avec violence : transparence, remplacement de ceux qui gouvernent
 - Par la Gouvernance avec beaucoup moins de violence : mise en place de procédure de dialogues internes et primauté des volontés en place
 - Par la *Compliance* .