

N° 422178

Société Financière Taulane

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 4 mars 2020

Lecture du 3 avril 2020

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

La société Financière Taulane est porteur de 107 263 bons de souscription d'actions remboursables (BSAR) émis en 2007 par la société de droit luxembourgeois Orco Property Group (ci-après Orco), dont les titres ont été admis aux négociations sur le marché réglementé Euronext Paris jusqu'au 18 février 2016.

En novembre 2014, les sociétés Aspley Venture Limited (ayant son siège social dans les îles vierges britanniques) et Fetumar Developpement Limited, de droit chypriote, ont, à la suite d'une souscription à une augmentation de capital qui leur avait été réservée par la société Orco, détenu chacune plus de 30% du capital et des droits de vote de la société Orco.

La société Orco a, par un communiqué de presse du 18 novembre 2014, informé le public du franchissement à la hausse du seuil de 30% de détention de son capital par ces deux sociétés.

La société Financière Taulane, a estimé que les sociétés Aspley Venture Ltd et Fetumar Ltd auraient dû, en application de l'article 223-14 du règlement général de l'AMF, déposer une offre publique d'acquisition obligatoire des titres de la société Orco dès lors qu'elles détenaient, chacune, plus de 30 % de son capital et de ses droits de vote. Elle a demandé à l'AMF, par trois courriers des 10 juillet et 22 octobre 2015 et 9 mars 2016, d'enjoindre les sociétés actionnaires de la société Orco ayant individuellement franchi à la hausse le seuil de 30% de détention de son capital, de déposer une offre publique d'acquisition visant notamment ses bons de souscription.

Mais l'AMF a estimé qu'il appartenait à la société financière Taulane de saisir la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) du Luxembourg, seule compétente pour imposer, le cas échéant, une offre publique d'acquisition obligatoire des titres de la société Orco, société de droit luxembourgeois.

La requérante a alors engagé un contentieux devant le tribunal administratif de Paris, tendant d'une part à l'annulation de « *la décision du 14 avril 2016 par laquelle le secrétaire général de l'AMF a rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit fait usage de son pouvoir d'injonction à l'encontre de deux actionnaires qui ont franchi individuellement le seuil de 30% du capital de*

la société Orco, afin que soit déposée une offre publique d'acquisition », et d'autre part au paiement d'une somme de 769 075,71 euros, correspondant au montant qu'elle aurait perçu, selon elle, si une offre publique d'achat visant ses BSAR avait été déposée en application du pouvoir d'injonction dont dispose l'AMF.

Le tribunal administratif avait informé les parties de ce qu'il entendait soulever un moyen d'ordre public tiré de « *l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître du litige au profit de la juridiction judiciaire* », mais vous a finalement transmis l'affaire, estimant que le courrier attaqué pris au titre de la mission de contrôle et de régulation de l'AMF relevait de votre compétence de 1^{er} et dernier ressort en application du 4° de l'article R311-1 du CJA, les conclusions indemnitaires en relevant également par connexité.

L'article L. 621-30 du code monétaire et financier réserve à l'autorité judiciaire la compétence pour connaître des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 du même code.

Devant vous, et en réponse à un MOP tiré encore de l'incompétence de la juridiction administrative, le président de l'AMF conclue en définitive à la compétence de la juridiction judiciaire, en insistant sur le volet indemnitaire du recours.

Devant le tribunal administratif, l'AMF considérait que ses courriers ne révélaient pas une décision, et que faute de décision, le 1^{er} critère de compétence du juge judiciaire n'était pas rempli : selon l'AMF, le juge administratif était donc bien compétent, mais seulement pour constater l'irrecevabilité de la requête faute de décision faisant grief.

Cette analyse de l'absence de décision nous paraît exclue : pour notre part, il nous semble qu'il y a bien une décision de refus, fondée sur la compétence exclusive d'un autre régulateur financier de l'UE.

Il y a bien une décision, au moins au sens de l'article L 621-30, et en réalité il appartient au juge judiciaire de déterminer si une décision de l'AMF dont il est saisi fait grief pour en tirer les conséquences en terme de recevabilité, mais pas en terme de compétence. C'est le raisonnement suivi par la Cour de cassation, voyez une décision de sa Chambre commerciale du 21 juin 2011 (n° 09-16.652 (n° 635 F-P+B) Recueil Dalloz 2011 p.1817).

Notons ensuite que s'agissant du critère habituel de partage entre le juge administratif et le juge judiciaire, à savoir les personnes auxquelles s'adressent une décision individuelle de l'AMF, il ne fait pas de doute que les actionnaires de la société Orco à l'égard desquels il était demandé à l'AMF d'exercer une injonction ne sont pas au nombre des personnes et entités qui relèvent du juge administratif, puisque ce ne sont pas des professionnels de l'investissement.

Pour plaider votre compétence, la société requérante a fait valoir plusieurs arguments dont aucun ne nous paraît convaincant :

Elle se prévaut tout d'abord du jugement du tribunal des conflits dans l'affaire société EFI, (TC 2 mai 2011 n°3766 au Rec.), par lequel celui-ci juge que le juge administratif est compétent lorsqu'une action en responsabilité met en cause le fonctionnement défectueux des services de cette autorité publique.

Mais comme vous le savez, les règles de compétence obéissent en principe à la ligne de jurisprudence selon laquelle le contentieux de la responsabilité suit celui de la légalité. L'affaire EFI en est une illustration : s'il s'était agi d'obtenir réparation des conséquences dommageables d'une décision de l'AMF à raison de son illégalité et que le contentieux contre cette décision relevait du juge judiciaire, le contentieux de responsabilité aurait également relevé du juge judiciaire. Dans l'affaire Sté EFI, il était reproché à l'AMF un retard fautif pour accorder des visas préalablement à l'entrée en bourse de sociétés, aucune décision illégale n'était en cause.

Dans notre affaire, il y a un refus, et c'est le juge compétent pour connaître de cette décision de refus qui le sera pour connaître de ses conséquences indemnitaires si ce refus était fautif.

Le deuxième argument se fonde sur une lecture littérale de l'article L 621-30 du CMF : il ne consacre la compétence du juge judiciaire que pour les décisions individuelles de l'AMF, et l'AMF c'est soit le collège, soit la commission des sanctions. C'est effectivement la lettre de l'article L621-2 : « L'Autorité des marchés financiers comprend un collège, une commission des sanctions et, le cas échéant, des commissions spécialisées et des commissions consultatives. ».

En l'espèce, les différentes décisions de refus adressées à la financière Taulane ont été signées par le secrétaire général de l'AMF, mais nous éprouvons les plus grandes réticences à faire de l'auteur de la décision un critère pour déterminer l'ordre de juridiction compétent.

Au sein de la juridiction administrative, lorsque vous êtes clairement compétent pour connaître du contentieux dirigé contre un acte, vous vous efforcez d'avoir une lecture constructive des textes pour éviter que le contentieux du refus échoit à un autre prétoire : Vous jugez que le refus de prendre un acte réglementaire présente lui-même un caractère réglementaire (CE, Ass., 8 juin 1973, *Sieur Richard*, n° 84601, au Recueil) et vous raisonnez de façon identique pour les actes individuels (assemblée du 15 octobre 1993, Royaume Uni et gouverneur de Hong Kong, n°142578 p. 267).

Cette préoccupation de ne pas « diviser la compétence », pour reprendre la formule du pdt Bonichot dans ses conclusions sur une affaire de section Mme Richard (23 avril 1997 n°186045), existe aussi lorsque des organes différents d'une même autorité sont compétents pour, selon le cas, prendre ou refuser de prendre un acte, (cf CE Sté St Matin Câble TV 19 janvier 2009 n°301148 aux T.). L'article R. 311-1 du CJA en vous donnant compétence pour « les décisions prises par les organes des autorités » qu'il mentionne a facilité cet effort opportun pour éviter de tels démembrements s'agissant des mêmes questions portées devant divers organes d'une même autorité.

Cette préoccupation nous paraît encore plus justifiée lorsqu'il s'agit de se positionner vis-à-vis du juge judiciaire. Au cas d'espèce, il était demandé à l'AMF d'intervenir dans les relations entre actionnaires d'une société. Le juge naturel de ces relations est le juge judiciaire.

La ligne de partage voulue par le législateur repose sur deux critères clairs pour déroger à la compétence du juge administratif: l'existence d'une décision individuelle et parmi celles-ci, celles qui sont adressées à un non professionnel de l'investissement. Ajouter un troisième critère relatif à l'organe de l'AMF ne correspond pas à la volonté du législateur et ne conduit pas à une solution cohérente.

Le dernier argument mis en avant est le plus faible : il est tiré de ce que les décisions individuelles de l'AMF font, conformément à l'article R. 621-44 du CMF l'objet d'une publication ou d'une mise en ligne sur le site de l'AMF. Mais il s'agit d'une règle pour déterminer les délais de recours opposables, pas d'un critère de définition de l'ordre juridictionnel compétent.

La décision attaquée nous paraît donc ne pas relever du juge administratif et le recours indemnitaire fondé sur le caractère fautif de cette décision doit subir la même appréciation.

PCMNC au rejet de la requête de la société Financière Taulane comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître.