

**CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.**

**A R R E T**

n° 83.240 du 3 novembre 1999

A.87.567/XIII-1410

En cause :     Philippe J. **DELVILLE**,  
                  ayant élu domicile chez  
                  Me Benoît LEMAL, avocat,  
                  avenue Albert 228  
                  1190 Bruxelles,

contre :

**la COMMISSION BANCAIRE ET  
FINANCIERE.**

Parties intervenantes :

1. **la Société anonyme  
GENERALE DE BELGIQUE,**
2. **la Société anonyme  
SUEZ LYONNAISE DES EAUX,**
3. **la Société anonyme  
TRACTEBEL.**

-----  
**LE PRESIDENT F.F. DE LA XIII<sup>e</sup> CHAMBRE DES REFERES,**

Vu la demande introduite le 1<sup>er</sup> novembre 1999 par Philippe J. DELVILLE, tendant à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision rendue par la Commission Bancaire et Financière le 29 octobre 1999, communiquée par courrier téléfaxé du même jour, refusant de suspendre la procédure d'OPE actuellement en cours, à l'initiative de la société de droit français SUEZ LYONNAISE DES EAUX et la société de droit belge SOCIETE GENERALE DE BELGIQUE";

Vu la demande de mesures provisoires d'extrême urgence introduite simultanément par le même requérant qui tend à faire ordonner la désignation d'un «expert indépendant ayant pour mission de rendre une "fairness opinion" quant à la valeur de la S.A. TRACTEBEL, après avoir obtenu toutes les informations nécessaires pour ce faire»;

Vu l'ordonnance du 2 novembre 1999, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le même jour à 14.30 heures;

Vu le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. LEROY, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me LEMAL, avocat, comparaissant pour le requérant, Mes DAL et LEURQUIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, Mes SIMONT et MAUSSION, avocats, comparaissant pour les première et deuxième parties intervenantes, M. de GARCIA, directeur du service juridique, comparaissant pour la troisième partie intervenante;

Entendu, en son avis concordant, M<sup>me</sup> VOGEL, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen des demandes de suspension et de mesures provisoires se présentent comme suit :

La S.A. GENERALE DE BELGIQUE est aujourd'hui filiale à 97,55 % du groupe français SUEZ LYONNAISE DES EAUX. Dans le courant du mois d'août 1999, SUEZ LYONNAISE DES EAUX et la GENERALE DE BELGIQUE ont annoncé leur

intention de lancer une offre publique d'échange, en qualité de co-offrants sur la partie du capital de la S.A. TRACTEBEL, dont elles ne sont pas encore propriétaires, soit environ sur 49,2 % des actions.

L'avis de l'offre publique d'échange et le projet de prospectus ont été transmis par les co-offrants à la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE le 20 août 1999 conformément à l'article 4 de l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés. Conformément à l'article 6 de cet arrêté royal, la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE en a informé la société visée, la S.A. TRACTEBEL. Conformément à l'article 15 du même arrêté royal, le conseil d'administration de TRACTEBEL devait, dans les 5 jours ouvrables de la réception de cet avis et du projet de prospectus, délibérer en vue de :

- examiner le projet de prospectus et déterminer s'il contient des informations susceptibles d'induire en erreur les actionnaires de TRACTEBEL, auquel cas il devait en aviser l'offrant et la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE;
- faire connaître son avis sur l'offre, en pratique la recommander aux actionnaires de TRACTEBEL ou la rejeter, en précisant notamment si l'offre rencontre les intérêts de l'ensemble des actionnaires, des créanciers et des travailleurs;
- délibérer sur l'application d'éventuelles clauses d'agrément ou de préemption.

Les administrateurs de TRACTEBEL devaient indiquer s'ils allaient donner suite, à titre personnel ou au nom des sociétés qu'ils représentent au sein du conseil d'administration, à l'offre publique d'échange.

L'avis donné par le conseil d'administration de TRACTEBEL le 27 août 1999, à l'unanimité de ses membres, moins 3 voix, conclut «qu'au 27 août 1999, l'offre de SUEZ LYONNAISE DES EAUX et de la SOCIETE GENERALE DE BELGIQUE présente un caractère équitable et ne nuit pas aux intérêts des titulaires de titres, des créanciers et des travailleurs», et «il considère qu'il est de l'intérêt des actionnaires de répondre favorablement à l'offre». A ce conseil d'administration ont participé des représentants de SUEZ LYONNAISE DES EAUX et de la GENERALE DE BELGIQUE, de même que divers administrateurs qualifiés d'indépendants au sens des statuts de TRACTEBEL.

Le 4 octobre 1999, divers actionnaires minoritaires, dont l'actuel requérant, ont intenté une action en référé devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles, qui a été vidée le 26 octobre 1999.

Le 6 octobre 1999, la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE a approuvé le prospectus de l'offre publique d'échange projetée.

Cette offre publique a été ouverte le 13 octobre et devait initialement se clôturer le 26 octobre. Toutefois, le 19 octobre, la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE a approuvé une prolongation de l'offre jusqu'au 29 octobre.

Par une ordonnance du 26 octobre 1999, la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que la délibération du conseil d'administration de TRACTEBEL du 27 août était irrégulière en raison de la présence, au sein de ce conseil, de représentants des co-offrants, et elle a ordonné la publication de communiqués destinés à informer les actionnaires de cette irrégularité. Afin de permettre à ceux-ci de faire valoir leurs droits, elle a prolongé jusqu'au 3 novembre la durée de l'offre publique d'échange.

Le 27 octobre, le comité de direction de la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE se réunit; le procès-verbal de cette réunion porte notamment ce qui suit :

« Le Comité, après échange de vues, est d'avis que l'ordonnance précitée ne contient pas d'élément justifiant que la Commission demande, en application de l'article 17 de la loi du 2 mars 1989, la suspension de l'opération et n'estime dès lors pas justifié de saisir la Commission à cette fin. En effet d'une part, l'ordonnance considère que l'avis prescrit par l'article 15 de l'A.R. du 8 novembre 1989 ne relève pas de l'application des articles 60 et 60bis LCSC mais qu'il méconnaîtrait l'article 15 de l'A.R. du 8 novembre 1989 pour non respect d'un principe général de droit que l'ordonnance toutefois ne cite pas et dont la portée n'est pas autrement développée. D'autre part, nonobstant l'irrégularité affirmée, le tribunal, faisant la balance des intérêts en présence, n'a pas estimé devoir sanctionner celle-ci par la suspension de l'opération comme cela lui était demandé par les demandeurs».

Le 28 octobre, le requérant écrit, sur papier à en-tête de l'«European foundation for corporate governance and business ethics», et en qualité d'associé-fondateur de cette association - dont il n'est pas contesté qu'elle ne peut se prévaloir actuellement de la personnalité juridique -, au président de la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE pour lui demander de réunir cette commission afin de :

1. constater que la «fairness opinion» sur le vu de laquelle le conseil d'administration et le conseil stratégique de TRACTEBEL se sont fondés a été émise par des experts qui n'étaient pas indépendants d'un des offrants;
2. désigner un nouvel expert, qui soit indépendant;
3. imposer le remboursement des honoraires payés à l'auteur de la «fairness opinion» contestée;
4. rédiger un communiqué critiquant ce comportement;

5. suspendre l'OPE jusqu'à publication d'une «fairness opinion» émanant d'un expert véritablement indépendant.

Le 29 octobre, le président de la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE répond dans les termes suivants :

« Après analyse de votre argumentation, j'estime que compte tenu de l'ordonnance de Madame la Présidente du Tribunal de Commerce et de l'information complémentaire publiée par la Société Générale de Belgique en exécution de cette ordonnance, il n'y a pas lieu, pour la Commission, de prendre les mesures que vous préconisez, dont certaines ne relèvent d'ailleurs pas de sa compétence».

Cette lettre contient l'acte attaqué;

Considérant qu'à l'audience du 2 novembre 1999, la société anonyme GENERALE DE BELGIQUE, la société anonyme SUEZ LYONNAISE DES EAUX et la S.A. TRACTEBEL ont demandé à pouvoir intervenir dans la présente procédure en référé; qu'il y a lieu de faire droit à ces demandes;

Considérant que les articles 16 et 17 de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition sont rédigés comme suit :

« **Art. 16.** Lorsque la commission bancaire constate qu'une opération ou une pratique contraire aux dispositions prévues par ou en vertu de l'article 15 porte atteinte aux intérêts des porteurs de titres, elle peut demander au président du tribunal de commerce:

1° d'enjoindre à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions de mettre fin à l'irrégularité constatée ou d'en supprimer les effets;

2° d'interdire à la personne qui en est responsable de faire usage des droits ou de bénéficier des avantages qu'elle peut retirer de l'irrégularité.

La procédure est engagée par citation. Le président statue comme en référé.

La demande est introduite auprès du président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société qui a émis les titres concernés a son siège ou, à défaut de siège en Belgique, auprès du président du tribunal de commerce de Bruxelles.

**Art. 17.** Dans le cas prévu à l'article 16, la commission bancaire peut, si l'urgence le justifie, enjoindre à la personne responsable de suspendre la poursuite de l'opération ou de la pratique en cause.

Cette décision est motivée et notifiée de la manière la plus appropriée à la personne responsable. Elle est exécutoire dès qu'elle a été notifiée. La commission peut rendre sa décision publique.

La décision prise par la commission bancaire en exécution de l'alinéa 1<sup>er</sup> cesse ses effets 72 heures après sa notification sauf si, avant l'expiration de ce délai, la commission saisit le président du tribunal de commerce conformément à l'article 16»;

Considérant que ces articles confèrent à la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE le pouvoir d'agir soit devant le président du tribunal de commerce (article 16), soit par elle-même, sous réserve de saisir ce président à bref délai (article 17), lorsqu'elle «constate qu'une opération ou une pratique contraire aux dispositions prévues par ou en vertu de l'article 15 porte atteinte aux intérêts des porteurs de titres»; qu'elle dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour apprécier si un comportement tombe sous le coup de cette disposition; que s'il est vrai qu'un agissement qu'une personne estime contraire aux intérêts des porteurs de titres peut toujours lui être dénoncé en application du droit de pétition inscrit à l'article 28 de la Constitution, la seule circonstance qu'un tel comportement lui soit signalé ne l'oblige pas à partager cette opinion, ni à prendre l'initiative d'agir; que ce n'est que la double constatation qu'elle fait que le comportement est prohibé et qu'il porte atteinte aux intérêts des porteurs de titres, qui lui permet de demander des mesures ou, en cas d'urgence, d'en prendre; que même cette double constatation faite, le texte de la loi – qui porte, tant à l'article 16 qu'à l'article 17, que la Commission «peut» demander ou enjoindre (...) – lui permet

d'agir, mais ne lui en fait pas l'obligation; qu'en l'espèce, le comité de direction de la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE a constaté le 27 octobre qu'il n'y avait pas lieu de demander la suspension de l'opération;

Considérant que l'objet de la demande de suspension s'analyse en la décision par laquelle le président de la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE, en sa qualité d'organe de celle-ci, refuse d'utiliser sa compétence de s'opposer à une opération, compétence dont la Commission ne pourrait user qu'après avoir constaté d'une part, que l'opération en cause serait contraire aux dispositions prévues par ou en vertu de l'article 15 et, d'autre part, qu'elle porterait atteinte aux intérêts des porteurs de titres - constatations opposées à celles faites par le comité de direction -, et dont elle serait encore libre de ne pas user; qu'une telle décision de ne pas user d'une faculté d'empêcher, conditionnelle de surcroît, n'est pas un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, ni, partant, d'une demande de suspension;

Considérant que cette conclusion ne prive pas le requérant de toute voie de droit; qu'en effet le tribunal de commerce peut être saisi non seulement par la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE en application des articles 16 et 17 précités, mais aussi par tout intéressé, conformément au droit commun; que le requérant a d'ailleurs, avec d'autres, saisi ce tribunal, et que l'instance s'est clôturée par l'ordonnance du 26 octobre; que la circonstance qu'au cours de cette instance, le requérant n'a, pour une raison sur laquelle il n'appartient pas au Conseil d'Etat de s'interroger, pas fait valoir l'argument qu'il présente à l'appui des présentes demandes de suspension et de mesures provisoires, n'est pas de nature à modifier les règles d'ordre public qui déterminent la compétence des juridictions, ni à rendre le Conseil d'Etat compétent pour connaître d'une demande dont l'objet véritable - la suspension de l'O.P.E. contestée - se

confond avec celui de l'action portée devant le tribunal de commerce;

Considérant, par ailleurs, que les institutions créées par les pouvoirs publics qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers; que lorsqu'elle agit en application de l'article 16, la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE ne prend pas de décision qui s'impose par elle-même aux administrés, mais qu'elle se borne à saisir le tribunal de commerce; que lorsqu'elle fait usage du pouvoir que lui confère l'article 17, elle prend, il est vrai, une mesure qui est obligatoire pour la personne à qui l'injonction est adressée, mais qu'il ne s'agit que d'une mesure de sauvegarde appelée à produire ses effets dans l'attente de la décision du même tribunal, qu'elle doit saisir dans les 72 heures; qu'il apparaît ainsi que le pouvoir mis en oeuvre par la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE est fondamentalement celui de saisir le juge et non de prendre des décisions exécutoires; qu'en exerçant ces pouvoirs, la COMMISSION BANCAIRE ET FINANCIERE agit comme un demandeur en justice, assurément d'une qualité particulière, mais non en tant qu'autorité administrative; que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître d'un recours en annulation des décisions qu'elle prend en application de l'article 16; qu'il ne l'est pas non plus à l'égard de celles qu'elle prend en application de l'article 17, qui sont expressément soumises au contrôle du tribunal de commerce; qu'il n'en va pas différemment si le Conseil d'Etat est saisi en référé et invité à se prononcer avant la saisine de ce tribunal, soit moins de 72 heures après la décision attaquée ou si, comme en l'espèce, il est saisi d'une demande dirigée contre une décision refusant de faire application d'un de ces articles;

Considérant que l'irrecevabilité de la demande de suspension doit entraîner, par voie de conséquence, le rejet de la demande de mesures provisoires,

**D E C I D E :**

**Article 1<sup>er</sup>.**

Les demandes en intervention introduites par la société anonyme GENERALE DE BELGIQUE, la société anonyme SUEZ LYONNAISE DES EAUX et la société anonyme TRACTEBEL dans la procédure en référé d'extrême urgence sont accueillies.

**Article 2.**

Les demandes de suspension et de mesures provisoires d'extrême urgence sont rejetées.

**Article 3.**

Les dépens, liquidés à la somme de 22.000 francs, sont mis à charge du requérant.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique  
de la XIII<sup>e</sup> chambre des référés, le trois novembre 1900  
nonante-neuf, par :

|                       |                                    |
|-----------------------|------------------------------------|
| M. LEROY,             | conseiller d'Etat, président f.f., |
| M <sup>me</sup> ROBA, | greffier assumé.                   |

|                   |                    |
|-------------------|--------------------|
| Le Greffier ass., | Le Président f.f., |
|-------------------|--------------------|

N. ROBA.

M. LEROY