

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.013/2/V
DU 22 AOÛT 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, le 25 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, et portant des dispositions diverses", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Préambule

En tant qu'il vise à procurer application à l'article 513, § 1^{er}, alinéa 3 du Code des sociétés, l'article 203 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, en projet, trouve dans l'article 108 de la Constitution lu en combinaison avec l'article 513, § 1^{er}, alinéa 3, précité son fondement juridique.

L'article 108 de la Constitution doit donc être mentionné en un alinéa 1^{er} nouveau du préambule.

Dispositif

Article 1^{er}

1. L'article 1^{er} du projet d'arrêté royal vise à étendre l'exception prévue en ce qui concerne les offres destinées aux travailleurs, à celles destinées aux administrateurs.

Le délégué du ministre a justifié comme suit la mesure :

"La matière couverte par l'article 438 du Code des sociétés n'ayant pas fait l'objet d'une harmonisation par le droit européen, le droit européen ne suscite aucune objection à cette extension.

Cette exception s'inspire néanmoins de la directive «prospectus» (2003/71/CE), qui prévoit - sous certaines conditions ayant trait à la matière des prospectus - une dérogation à l'obligation de publier un prospectus pour les offres «aux administrateurs ou aux salariés anciens ou existants» («huidige of voormalige bestuurders of werknemers») (art. 4.1.e).

La doctrine qui déplore que l'exception actuelle soit limitée aux membres du personnel, base sa critique principalement sur les problèmes que cette limitation pose pour la pratique. La limitation de l'exception aux membres du personnel serait notamment de nature à compliquer les transactions que le législateur a entendu faciliter par des mesures dans le domaine fiscal et le domaine de la sécurité sociale (cf. D. NAPOLITANO, *De publieke vennootschap*, Gent, Larcier, 2003 - voir notamment le numéro 30, et les notes en bas de page, notamment note 86) (...).

Comme l'explique le rapport au Roi, l'argument que ce type d'offres constituent en premier lieu des mesures incitatives et n'ont, dès lors, pas beaucoup à voir avec l'appel public à l'épargne, vaut autant pour les administrateurs que pour les salariés. Les règles applicables aux sociétés «ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne» n'ont pas plus pour vocation de s'appliquer en cas d'offre «mixte», c-à-d. destinée tant aux salariés qu'aux administrateurs, qu'à une offre exclusivement destinée aux salariés. En effet, comme la plupart des règles applicables visent la protection des actionnaires plutôt dispersés et n'étant, par hypothèse, pas toujours proches de la société, la seule extension d'une offre aux administrateurs - qui ont par définition une connaissance plutôt proche de la société - ne semble pas justifier l'applicabilité de ces règles. On songe par exemple à l'obligation de mentionner les propositions de décision dans l'ordre du jour (art. 533 C.Soc.) et à la limitation du montant du capital autorisé (art. 603 C.Soc.), qui constituent des règles visant à protéger les actionnaires contre des décisions inattendues."

Invité à justifier aussi le changement de terminologie, puisqu'à l'avenir, ne seront plus visés les "membres du personnel" mais les "salariés", le délégué du ministre a indiqué que la modification s'inspire de l'article 4.1.e de la directive "prospectus" évoquée plus haut.

Toutefois, le délégué du ministre a encore précisé qu'il ne pourrait pas

"confirmer l'absence d'agents statutaires susceptibles de tomber sous le champ d'application de la mesure dérogatoire, pour la simple raison qu'il est impossible de prédire ce que les sociétés de droit public avec des agents statutaires (p. ex. La Poste) feront dans le futur en termes d'offres de titres."

C'est pourquoi, il est recommandé de ne pas modifier l'expression "membres du personnel" qui englobe les deux sortes de lien juridique.

Puisque l'article 1^{er} du projet vise les offres faites en Belgique mais aussi celles faites à l'étranger, le délégué du ministre a été invité à justifier encore cette extension dans l'espace, ainsi que la conception des régimes juridiques applicables selon que l'offre est faite en Belgique ou à l'étranger.

.../...

Il a été répondu ce qui suit au Conseil d'État :

"Comme c'est déjà le cas dans l'état actuel de la législation, le projet d'arrêté royal vise à déterminer si une société belge (puisque l'article 438 ne concerne que les sociétés belges) fait ou a fait un appel public à l'épargne en Belgique ou à l'étranger. Le fait que non seulement les offres faites en Belgique mais également les offres faites à l'étranger sont visées, s'inscrit logiquement dans un statut impliquant l'application d'une série de règles qui visent principalement la protection d'un actionnariat dispersé. Cette matière n'ayant pas été harmonisée au niveau européen, le droit européen ne s'oppose pas à cette approche, au contraire, le principe d'égalité de traitement des belges et des autres citoyens européens paraît commander cette règle. Au niveau législatif, ce choix a d'ailleurs déjà été fait formellement par le législateur (dans l'art. 438, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés).

La division faite par les deux paragraphes de l'article 202 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 entre les offres faites en Belgique et les offres faites à l'étranger existe déjà, et le projet d'arrêté royal ne modifie pas cette approche. La division par pays sur le territoire duquel une offre est faite pour déterminer si cette offre est publique, s'inscrit dans l'approche suivie par la directive «prospectus» (2003/71/CE, notamment les articles 3.1 et 3.2.b). Découlant de cette directive, les critères contenus dans la loi «prospectus» du 16 juin 2006, auxquels le § 1^{er} de l'article 202 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 (dans la version en projet) fait référence, ne se prêtent qu'à une application aux offres faites en Belgique. Au lieu de prévoir une série de critères similaires pour les offres faites par une société belge à l'étranger (et ceci tant dans les autres États membres que dans des pays tiers), le législateur a opté pour un renvoi à la législation «prospectus» dans le pays concerné, une telle législation étant généralement applicable en fonction du caractère public de l'offre de titres. Le projet d'arrêté royal laisse cette approche inchangée."

2. À l'article 202 en projet, il y a lieu tant au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, *in fine*, qu'au paragraphe 2, alinéa 2, *in fine*, de citer nommément la disposition à laquelle il est fait référence.

Article 5

L'article 1^{er} du projet d'arrêté royal, qui modifie l'article 202 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, trouve sa base juridique dans l'article 61, 1/, de la loi du 1^{er} avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition.

L'article 2 du projet d'arrêté royal, qui tend à remplacer l'article 203 du même arrêté, a pour fondement légal l'article 61, 2/, de la loi du 1^{er} avril 2007 précitée, en tant qu'il concerne l'article 438, alinéa 3, du Code des sociétés.

.../...

En conséquence, comme le délégué du ministre le suggère lui-même, il y a lieu d'ajouter dans l'article 5 du projet d'arrêté, qui prévoit l'entrée en vigueur de l'article 59 de la loi du 1^{er} avril 2007, l'article 61 de la même loi.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

C. GIGOT

R. ANDERSEN

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.013/2/V
VAN 22 AUGUSTUS 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 25 juli 2008 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en houdende diverse bepalingen", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het vervangen is bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Aanhef

In zoverre het ertoe strekt toepassing te geven aan artikel 513, § 1, derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen, ontleent het ontworpen artikel 203 van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het wetboek van vennootschappen zijn rechtsgrond aan artikel 108 van de Grondwet, *juncto* het voornoemde artikel 513, § 1, derde lid.

Artikel 108 van de Grondwet moet dus worden vermeld in een nieuwe eerste lid van de aanhef.

Dispositief

Artikel 1

1. Artikel 1 van het ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de uitzondering wat betreft de aanbiedingen bestemd voor werknemers te verruimen tot die bestemd voor bestuurders.

De gemachtigde van de minister heeft deze maatregel gerechtvaardigd als volgt :

"La matière couverte par l'article 438 du Code des sociétés n'ayant pas fait l'objet d'une harmonisation par le droit européen, le droit européen ne suscite aucune objection à cette extension.

Cette exception s'inspire néanmoins de la directive «prospectus» (2003/71/CE), qui prévoit - sous certaines conditions ayant trait à la matière des prospectus - une dérogation à l'obligation de publier un prospectus pour les offres «aux administrateurs ou aux salariés anciens ou existants» («huidige of voormalige bestuurders of werknemers») (art. 4.1.e).

La doctrine qui déplore que l'exception actuelle soit limitée aux membres du personnel, base sa critique principalement sur les problèmes que cette limitation pose pour la pratique. La limitation de l'exception aux membres du personnel serait notamment de nature à compliquer les transactions que le législateur a entendu faciliter par des mesures dans le domaine fiscal et le domaine de la sécurité sociale (cf. D. NAPOLITANO, De publieke vennootschap, Gent, Larcier, 2003 - voir notamment le numéro 30, et les notes en bas de page, notamment note 86) (...).

Comme l'explique le rapport au Roi, l'argument que ce type d'offres constituent en premier lieu des mesures incitatives et n'ont, dès lors, pas beaucoup à voir avec l'appel public à l'épargne, vaut autant pour les administrateurs que pour les salariés. Les règles applicables aux sociétés «ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne» n'ont pas plus pour vocation de s'appliquer en cas d'offre «mixte», c-à-d. destinée tant aux salariés qu'aux administrateurs, qu'à une offre exclusivement destinée aux salariés. En effet, comme la plupart des règles applicables visent la protection des actionnaires plutôt dispersés et n'étant, par hypothèse, pas toujours proches de la société, la seule extension d'une offre aux administrateurs - qui ont par définition une connaissance plutôt proche de la société - ne semble pas justifier l'applicabilité de ces règles. On songe par exemple à l'obligation de mentionner les propositions de décision dans l'ordre du jour (art. 533 C.Soc.) et à la limitation du montant du capital autorisé (art. 603 C.Soc.), qui constituent des règles visant à protéger les actionnaires contre des décisions inattendues."

Op het verzoek om ook het bezigen van andere terminologie te rechtvaardigen, aangezien in de toekomst niet meer gesproken zal worden over "personeelsleden" maar over "werknemers", heeft de gemachtigde van de minister gesteld dat de wijziging ingegeven is door artikel 4.1.e van de hierboven genoemde "prospectusrichtlijn".

.../...

De gemachtigde van de minister heeft evenwel nog gesteld dat hij niet bij niet bij machte is tot het volgende :

"confirmer l'absence d'agents statutaires susceptibles de tomber sous le champ d'application de la mesure dérogatoire, pour la simple raison qu'il est impossible de prédire ce que les sociétés de droit public avec des agents statutaires (p. ex. La Poste) feront dans le futur en termes d'offres de titres."

Daarom wordt aanbevolen de term "personeelsleden" niet te wijzigen, die beide soorten rechtsband omvat.

Aangezien artikel 1 van het ontwerp zowel betrekking heeft op aanbiedingen in België als op die in het buitenland, is aan de gemachtigde van de minister gevraagd om ook deze ruimtelijke uitbreiding te rechtvaardigen, alsook de concipiëring van de juridische stelsels die van toepassing zijn naargelang het aanbod in België geschiedt of in het buitenland.

Het volgende is geantwoord aan de Raad van State :

"Comme c'est déjà le cas dans l'état actuel de la législation, le projet d'arrêté royal vise à déterminer si une société belge (puisque l'article 438 ne concerne que les sociétés belges) fait ou a fait un appel public à l'épargne en Belgique ou à l'étranger. Le fait que non seulement les offres faites en Belgique mais également les offres faites à l'étranger sont visées, s'inscrit logiquement dans un statut impliquant l'application d'une série de règles qui visent principalement la protection d'un actionnariat dispersé. Cette matière n'ayant pas été harmonisée au niveau européen, le droit européen ne s'oppose pas à cette approche, au contraire, le principe d'égalité de traitement des belges et des autres citoyens européens paraît commander cette règle. Au niveau législatif, ce choix a d'ailleurs déjà été fait formellement par le législateur (dans l'art. 438, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés).

La division faite par les deux paragraphes de l'article 202 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 entre les offres faites en Belgique et les offres faites à l'étranger existe déjà, et le projet d'arrêté royal ne modifie pas cette approche. La division par pays sur le territoire duquel une offre est faite pour déterminer si cette offre est publique, s'inscrit dans l'approche suivie par la directive «prospectus» (2003/71/CE, notamment les articles 3.1 et 3.2.b). Découlant de cette directive, les critères contenus dans la loi «prospectus» du 16 juin 2006, auxquels le § 1^{er} de l'article 202 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 (dans la version en projet) fait référence, ne se prêtent qu'à une application aux offres faites en Belgique. Au lieu de prévoir une série de critères similaires pour les offres faites par une société belge à l'étranger (et ceci tant dans les autres États membres que dans des pays tiers), le législateur a opté pour un renvoi à la législation «prospectus» dans le pays concerné, une telle législation étant généralement applicable en fonction du caractère public de l'offre de titres. Le projet d'arrêté royal laisse cette approche inchangée."

2. In het ontworpen artikel 202 dient zowel in paragraaf 1, tweede lid, *in fine*, als in paragraaf 2, tweede lid, *in fine*, de bepaling waarnaar verwezen wordt bij haar naam genoemd te worden.

Artikel 5

Artikel 1 van het ontwerp van koninklijk besluit, dat artikel 202 van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het wetboek van vennootschappen wijzigt, ontleent zijn rechtsgrond aan artikel 61, 1/, van de wet van 1 april 2007 op de openbare overnamebiedingen.

Artikel 2 van het ontwerp van koninklijk besluit, dat ertoe strekt artikel 203 van hetzelfde besluit te vervangen, heeft als rechtsgrond artikel 61, 2/, van de voornoemde wet van 1 april 2007, in zoverre het betrekking heeft op artikel 438, derde lid, van het Wetboek van Vennootschappen.

Bijgevolg dient, zoals de gemachtigde van de minister zelf voorstelt, in artikel 5 van het ontwerpbesluit, dat de datum van inwerkingtreding vaststelt van artikel 59 van de wet van 1 april 2007, artikel 61 van dezelfde wet toegevoegd te worden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	P. LEWALLE,	staatsraden,
	P. VANDERNOOT,	
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

C. GIGOT

R. ANDERSEN