(266)

MCD

# CONSEIL D'ÉTAT

SECTION
DES FINANCES

**N° 365.386**

**EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBERATIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**

**M. DELMAS-MARSALET**
RAPPORTEUR,

**séance du 12 octobre 2000**

EXEMPLAIRE CONFORME
A LA MINUTE D'ASSEMBLEE GENERALE

## AVIS

Le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie des questions suivantes :

**1°)** Le transfert au secteur privé d'une participation minoritaire de France Télécom au capital de sa filiale de téléphonie mobile serait-il, compte tenu notamment des caractéristiques de cette filiale, soumis aux dispositions du titre II de la loi du 6 août 1986 ?

**2°)** En cas de réponse positive, les articles 11 et 12 de la même loi seraient-ils applicables ? Si oui, dans quelles conditions, s'agissant notamment du périmètre des salariés concernés (ceux d'Orange, ceux de France Télécom) ? Qui, de l'Etat ou de l'entreprise, prendrait à sa charge les avantages prévus par ces articles ?

**3°)** Le titre II sera t-il applicable lors de la cession au secteur privé par France Télécom de ses propres titres, rachetés au secteur privé et détenus en application de l'article 217-2 de la loi n° 66-357 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ? Y a t-il lieu de distinguer suivant les modalités (cession de gré à gré, opération de marché, notamment offre publique ou vente de blocs, ou cession au jour le jour) et les finalités, en particulier la régularisation des cours, des cessions opérées ? Si ces cessions relevaient du titre II, les articles 11 et 12 de la loi du 6 août 1986 seraient-ils applicables et si oui dans quelles conditions, notamment quant à la prise en charge des avantages prévus par ces articles ?

Vu la Constitution ;

Vu le code de commerce, notamment ses articles L. 225-138 et L. 225-209 ;

Vu le code du travail, notamment son article L. 443-5 ;

Vu la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et financier, modifiée par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 ;

Vu la loi n° 86-912 du 6 août 1986 modifiée relative aux modalités des privatisations, ensemble la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation modifiée par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 ;

Vu la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 modifiée relative à l'organisation du service public de la Poste et des télécommunications, ensemble la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, notamment son article 1er ;

Vu le décret n° 93-1041 du 3 septembre 1993 pris pour l'application de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations ;

Vu le décret du 26 mai 2000 autorisant le transfert au secteur privé d'une participation minoritaire de l'Etat au capital de l'entreprise nationale France Télécom ;

Vu l'avis de la commission des participations et des transferts du 29 mai 2000 relatif au transfert au secteur privé d'une participation minoritaire de l'Etat au capital de France Télécom ;

Vu l'arrêté du 21 juin 2000 fixant les modalités du transfert au secteur privé d'une participation minoritaire de l'Etat dans France Télécom ;

Vu les contrats conclus le 29 mai 2000 entre France Télécom, d'une part, Mannesmann AG et Vodafone Airtouch PLC, d'autre part, ensemble les résolutions de l'assemblée générale ordinaire et de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de France Télécom en date du 22 août 2000 ;

**EST D'AVIS**

qu'il y a lieu, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

En ce qui concerne la première question :

En vertu de l'article 2 de la loi du 6 août 1986 susvisée, le titre II de cette loi n'est applicable que :

**1°** au transfert du secteur public au secteur privé de la propriété des participations majoritaires détenues par l'Etat dans les entreprises figurant sur les listes mentionnées à l'article 4 de la loi du 2 juillet 1986 -auquel renvoie le 1° de son article 5- et à l'article 2 de la loi du 19 juillet 1993,

**2°** au transfert des filiales de ces entreprises qui sont entrées dans le secteur public en application de dispositions législatives, en vertu du cinquième alinéa du I du même article 2 de la loi de 1993,

3° aux prises de participation minoritaires du secteur privé au capital social d'une entreprise dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social, mentionnées au deuxième alinéa du II de l'article 7 de la loi du 2 juillet 1986, auquel renvoie le 1° de son article 5.

L'ouverture au secteur privé du capital de la filiale que France Télécom envisage de constituer pour regrouper l'ensemble de ses activités de téléphonie mobile, y compris sa filiale britannique Orange acquise de Vodafone et ses participations dans d'autres entreprises européennes exerçant la même activité, n'entre dans aucune de ces catégories. Elle ne constitue pas, en particulier, une prise de participation du secteur privé dans une entreprise dont l'Etat détiendrait *directement* plus de la moitié du capital. Même si elle concerne une filiale appelée à détenir une part essentielle des actifs de France Télécom, elle-même détenue majoritairement par l'Etat, cette ouverture, qui ne portera que sur une minorité du capital de la filiale, ne constitue nullement un transfert de sa propriété au secteur privé, lequel relèverait du titre III de la loi du 6 août 1986 et devrait donc, compte tenu de l'importance de cette filiale, être soumis à l'avis conforme de la commission des participations et des transferts. Elle n'entre donc ni dans le champ d'application du titre II de la loi du 6 août 1986 ni dans celui de l'article 20 du titre III de la même loi.

La circonstance que l'ouverture minoritaire au secteur privé du capital de cette future filiale soit destinée à permettre à France Télécom de racheter à Vodafone, en vertu des conventions qui les lient, une partie des actions remises à celle-ci en paiement partiel de l'acquisition d'Orange et constitue ainsi un élément essentiel de l'équilibre financier de cette première opération, n'est pas de nature à en faire une condition de la cession à Vodafone des titres France Télécom émis à son profit. Elle ne saurait donc, non plus, justifier que lui soient appliquées les dispositions ci-dessus mentionnées de la loi du 6 août 1986 relatives aux prises de participation minoritaires du secteur privé au capital d'une entreprise détenue directement par l'Etat.

Le Conseil d'Etat observe cependant que le ministre a la possibilité, s'il l'estime nécessaire compte tenu de l'importance de l'opération, de consulter la commission des participations et des transferts, à titre d'expert indépendant, et, bien que n'étant pas tenu, en l'espèce, par son avis, de rendre celui-ci public, s'il le juge opportun pour assurer une pleine transparence à l'opération.

<u>En ce qui concerne la deuxième question</u> :

L'opération envisagée ne relevant pas du titre II de la loi du 6 août 1986 précitée, les articles 11 et 12 de cette loi -compris dans ce titre- ne lui sont pas applicables.

France Télécom conserve néanmoins la possibilité de faire participer ses salariés et ceux de ses filiales, éventuellement dans des conditions préférentielles, à l'opération, notamment par l'attribution d'actions existantes de sa filiale ou, sur résolution de l'assemblée générale de celle-ci, par une augmentation de capital réservée, prévue aux articles L. 225-138 du code de commerce et L. 443-5 du code du travail.

<u>En ce qui concerne la troisième question</u> :

Comme il est dit ci-dessus, le titre II de la loi du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations est applicable, aux termes du deuxième alinéa du II de l'article 7 de la loi du 2 juillet 1986, à «toute prise de participation du secteur privé au capital d'une entreprise dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social».

Il ressort des termes de cette disposition, éclairés tant par l'ensemble des autres dispositions de ces deux lois, que par les travaux préparatoires à son adoption par le Parlement, qu'elle ne vise que les opérations qui ont pour effet de réduire, au profit du secteur privé, la participation de l'Etat -ou de tout autre actionnaire public extérieur à l'entreprise- au capital de celle-ci. Elle n'est donc pas applicable au reclassement, dans le secteur privé, d'actions préalablement rachetées à ce secteur par l'entreprise elle-même et détenues par celle-ci en application de l'article L. 225-209 du code de commerce.

En l'espèce, la rétrocession au secteur privé de tout ou partie des actions France Télécom que celle-ci s'est engagée à racheter à la société privée Vodafone et qu'elle sera amenée à détenir en autocontrôle ne pourra, en aucun cas, ramener la participation de l'Etat au capital de l'entreprise -dont il est le seul actionnaire public stable- au dessous du pourcentage qu'elle avait atteint à la suite de l'augmentation de capital réservée à Vodafone et faite en rémunération de l'apport par celle-ci à France Télécom de la partie des titres de sa filiale Orange non réglée en numéraire. Elle n'est donc pas soumise aux procédures prévues par la loi du 6 août 1986, notamment par son titre II, qu'elle prenne la forme de cessions de gré à gré ou d'opérations sur le marché telles qu'offres publiques de vente ou d'échange, ventes de blocs ou cessions au jour le jour et que ces dernières soient faites ou non dans un but de régularisation des cours.

Il en résulte que les articles 11 et 12 de ladite loi, inclus dans son titre II et relatifs à la cession de participations de l'Etat, selon les procédures du marché financier, ne sont, en tout état de cause, pas applicables au reclassement dans le secteur privé des titres rachetés par France Télécom à Vodafone et détenus par celle-ci en application de l'article L. 225-209 du code de commerce.

Ainsi qu'il a été dit dans la réponse à la deuxième question, cela laisse entière la possibilité pour France Télécom, de soumettre à son assemblée générale des résolutions permettant à son personnel comme à celui de ses filiales de participer, éventuellement dans des conditions préférentielles, au reclassement de ses titres en application notamment du troisième alinéa de l'article L. 225-209 susmentionné du code de commerce.

Cette demande d'avis a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 12 octobre 2000.

Le Conseiller d'Etat,
RAPPORTEUR
Signé : J. DELMAS-MARSALET

Le Vice-Président du Conseil d'État,
Signé : R. DENOIX de SAINT MARC

LE SECRETAIRE GENERAL DU CONSEIL D'ETAT,
Signé : M. de BOISDEFFRE

CERTIFIE CONFORME,
LE SECRETAIRE GENERAL DU CONSEIL D'ETAT