

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XV^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 249.924 du 25 février 2021

A. 226.686/XV-3915

En cause : **la société anonyme INVESTSUD**,
ayant élu domicile chez
M^e Pierre Philippe HENDRICKX, avocat,
chaussée de la Hulpe 150
1170 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement
ayant élu domicile chez
M^e Xavier DIEUX, avocat,
avenue Louise 480 bte 3b
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 16 novembre 2018, la société anonyme Investsud demande l'annulation de l'arrêté du Gouvernement de la Région wallonne du 13 septembre 2018 lui refusant une dérogation en vertu de l'article 3, § 7, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, notifié par un courrier du 14 septembre 2018.

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Denis Delvax, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 28 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 février 2021.

M. Marc Joassart, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Véronique Vanden Acker, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Xavier Dieux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section, a été entendu en son avis contraire.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. La partie requérante est une société anonyme constituée en 1983 par des actionnaires privés et par la Société nationale d'investissement, agissant au nom de l'État fédéral.

Selon l'article 3, alinéa 1^{er}, de ses statuts, « L'objet social de la société consiste à affecter ses moyens, en ce compris les moyens financiers qui sont mis à sa disposition par les pouvoirs publics ou par les institutions pour ce désignées par les pouvoirs publics dans le cadre de la restructuration du Sud-Est de la Belgique, à la gestion et au développement d'activités industrielles, commerciales et de service, tendant à valoriser les ressources naturelles, industrielles et humaines de cette région ».

2. En 1993, la totalité de la participation de l'État est cédée aux actionnaires privés de la partie requérante

3. En 1997, la Région wallonne, via la Société wallonne de financement et de garantie des PME (Sowalfin), acquiert une participation de 26 % des parts de la partie requérante.

4. Le décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public (ci-après « le décret du 12 février 2004 ») institue un régime juridique particulier applicable aux administrateurs publics et aux personnes morales au sein desquelles

ils exercent leurs fonctions. L'article 3, § 1^{er}, 23°, de ce décret inclut la partie requérante parmi les personnes morales soumises au respect de ses dispositions, à l'exception de son article 17.6.

5. Le décret du 24 novembre 2016 modifiant le décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public et le décret du 12 février 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement et aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public remplace l'article 3, § 1^{er}, du premier de ces décrets, qui prévoit désormais que « Les articles 1^{er} à 16 inclus, 18, 18bis et 19 sont applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires exerçant leurs fonctions dans les personnes morales suivantes : [...] 51° Investsud [...] ».

6. À partir de l'année 2017, la partie requérante entame diverses démarches auprès du Gouvernement wallon afin d'être extraite du champ d'application du décret du 12 février 2004.

7. Afin de traduire les orientations du gouvernement énoncées dans sa déclaration de politique régionale 2017-2019 ainsi que les recommandations formulées par le rapport du 6 juillet 2017 de la commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, le décret du 12 février 2004 est à nouveau modifié par le décret du 29 mars 2018 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales (ci-après, « le décret du 29 mars 2018 »), notamment afin d'étendre son champ d'application aux filiales des organismes déjà visés par ce décret. Les travaux préparatoires de ce décret présentent cette réforme de la manière suivante (Projet de décret modifiant les décrets du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public et du 12 février 2004 relatif aux commissaires du gouvernement et aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public, visant à renforcer la gouvernance et l'éthique au sein des organismes wallons, Doc., Parl. W., 2017-2018, n° 1051/1, p. 5) :

« Cet article vise à modifier l'article 3, § 7 du décret afin d'étendre le champ d'application des articles 1^{er} à 16, 18, 18bis et 19 du décret aux administrateurs publics et aux gestionnaires qui exercent leurs fonctions dans des entités dans lesquelles les organismes visés par l'article 3, § 1^{er}, du décret détiennent directement ou indirectement une participation qualifiée. Cette disposition entend éviter que certains administrateurs publics ou gestionnaires, qui seraient autrement visés par le paragraphe 1^{er}, soient tentés d'exercer leurs fonctions au sein d'entités dans lesquels les organismes énumérés au paragraphe 1^{er} détiennent une participation qualifiée, afin d'échapper au régime qui leur serait autrement applicable, notamment en termes de plafond des rémunérations. Cette disposition

se limite au statut des administrateurs publics et gestionnaires, et n'entend pas régler le fonctionnement des entités visées.

L'article instaure en outre deux exceptions, non cumulatives, à ce principe.

La première exception prévoit que les articles 1^{er} à 16, 18, 18bis et 19 ne sont pas applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires qui exercent leurs fonctions au sein d'une entité dans laquelle un organisme détient une participation lorsque celle-ci est détenue dans le but exclusif de l'aide à la création, au développement ou à la restructuration d'une entreprise. Cette exception entend viser, par exemple, des entités de types "start-ups" et "scale-ups" dans lesquelles certains outils économiques prennent une participation à caractère temporaire. Elle entend aussi viser les sociétés en difficultés dans lesquelles certains outils économiques prennent une participation, y compris une participation majoritaire, dans la perspective de leur redressement ou de leur renflouement, lorsque ces outils économiques n'entendent pas conserver cette participation indéfiniment.

L'exception a pour objectif de cibler les participations qui n'ont pas vocation à perdurer dans le temps.

La deuxième exception prévoit que les articles 1^{er} à 16, 18, 18bis et 19 ne sont pas applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires qui exercent leurs fonctions au sein des entités et pour lesquels, sur demande écrite, préalable et motivée de l'entité considérée, une dérogation motivée a été accordée par arrêté de gouvernement ».

8. Le 9 août 2018, après l'entrée en vigueur du décret du 29 mars 2018, la partie requérante introduit une demande de dérogation fondée sur l'article 3, § 7, alinéa 2, du décret du 12 février 2004 au profit de ses administrateurs publics et gestionnaires. Cette demande est motivée comme suit :

« L'entité ci-dessus mentionnée souhaite que les articles 1^{er} à 16, 18, 18bis et 19, du décret du 12 février 2004 ne soient pas applicables à l'entité, aux administrateurs et aux gestionnaires de cette entité eu égard aux éléments suivants :

1. Investsud est une entreprise privée au sens de la réglementation européenne dite SEC 2010, classée en catégorie S.12502 (cf. point 2.1 du SEC 2010), c'est-à-dire comme "autre intermédiaire financier secteur privé national"; elle n'est pas consolidée dans la comptabilité publique.

2. Investsud n'est investie d'aucun attribut de la puissance publique ; elle n'est chargée par les Pouvoirs Publics d'aucune mission déléguée.

3. Le Conseil d'administration n'a délégué aucun pouvoir de décision mais a organisé des pouvoirs de simple représentation (voir annexe publications *M.B.*); les fondés de pouvoir ne peuvent prendre aucune décision d'investissement ou d'engagement; ces prérogatives appartiennent au Conseil d'Administration, lequel est composé très majoritairement d'administrateurs qui ne sont pas désignés par le secteur public.

4. Les fondés de pouvoir [C. & B.] ne sont pas désignés par le secteur public mais par le conseil d'Administration; le pouvoir public ne dispose d'aucune prérogative ni veto en la matière.

5. Nous attirons enfin votre attention sur le fait qu'en ce qu'elles pourraient déroger au Code des sociétés qui est applicable aux sociétés privées et qui est une matière fédérale, les dispositions du décret seraient incontestablement inconstitutionnelles; nous réservons tous nos droits à cet égard. Cette considération de bon sens juridique justifie par ailleurs d'autant plus notre demande de dérogation ».

9. Le 13 septembre 2018, le Gouvernement wallon décide de refuser d'octroyer la dérogation sollicitée par la partie requérante. Sa décision, qui constitue l'acte attaqué et qui est communiquée à cette dernière par un courrier du 14 septembre 2018, est motivée comme suit :

« Considérant que la SA Investsud est une société dont l'activité est le financement de projets de développement, d'acquisition ou de transmission d'entreprise;

Que la circonstance que la SA Investsud soit une société anonyme de droit privé ainsi qu'une entreprise privée au sens de la réglementation SEC 2010, ne justifie pas qu'elle puisse déroger à des dispositions du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public dès lors que la forme juridique retenue ou toute autre classification n'a pas de conséquence sur l'application de ces règles et ce d'autant plus qu'Investsud est visée explicitement à l'article 3, § 1^{er}, 51°, du décret précité;

Que si, certes, la SA Investsud n'est investie d'aucun attribut de puissance publique, cela n'est pas un motif d'exclusion du champ d'application du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public dès lors que cet élément n'influence pas l'étendue du champ d'application du décret précité; Que la circonstance que le conseil d'administration de la SA Investsud soit majoritairement composé d'administrateurs "privés" ne s'oppose pas à l'application du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public dès lors que celui-ci s'applique de plein droit aux personnes morales visées à son article 3, § 1^{er}, et qu'en tout état de cause la société SOWALFIN dispose d'une participation qualifiée au sein de la SA Investsud;

Que la circonstance que les fondés de pouvoirs de la SA Investsud soient désignés par son conseil d'administration ou par tout autre organe n'est pas un motif de nature à exclure la SA Investsud de l'application du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public;

Que, pour l'exercice de ses compétences, la Région wallonne a le droit de légiférer et qu'en l'espèce il n'est pas dérogé à l'application du Code des sociétés;

Qu'en effet, la politique économique est une compétence régionale en vertu de l'article 6, VI, alinéa 1^{er}, 1°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et, en vertu de l'article 9 de la même loi, la Région wallonne peut, dans les matières qui relèvent de ses compétences, en l'occurrence la politique économique, créer des entreprises, prendre des participations en capital et permettre aux organismes qu'ils créent [*sic*] de prendre des participations en capital. Le décret précité en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle;

Qu'en outre, la SA Investsud n'est pas à la tête d'un groupe qui exerce son activité à un niveau global, au travers de sites implantés sur plusieurs continents à travers le Monde et devant gérer la pression concurrentielle propre à chacun de ces sites en vue de la profitabilité globale de l'entreprise;

Que la SA Investsud n'est pas à la tête d'un groupe qui emploie plusieurs milliers de personnes dans divers pays à travers le Monde;

Que la SA Investsud n'est pas un des principaux acteurs de son secteur au niveau mondial et n'est pas soumise à une pression concurrentielle comparable à celle d'une entreprise active à travers le Monde entier;

Que la nécessité d'appliquer l'ensemble des règles du décret du 12 février 2014 relatif au statut de l'administrateur public, tel que modifié par le décret du 29 mars 2018, se justifie en l'espèce ».

10. Par une requête du 14 novembre 2018, la partie requérante introduit un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle contre le décret du 29 mars 2018. Ce recours est rejeté par l'arrêt n° 85/2020 du 18 juin 2020.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'insuffisance et de l'inadéquation des motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La partie requérante relève que l'indication dans l'acte attaqué selon laquelle le décret du 12 février 2014 lui est applicable, ce qu'elle ne conteste pas, ne lui permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a refusé de lui accorder une dérogation malgré les motifs avancés dans sa demande. Elle considère que l'acte attaqué est également entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne la compétence de la Région wallonne pour légiférer en la matière. Elle renvoie à cet égard aux questions préjudicielles qu'elle propose de poser dans le second moyen. Elle considère que les autres motifs ne sont pas pertinents et ne répondent à aucun argument soulevé dans sa demande ou dans la réglementation, qui est muette sur les motifs pouvant justifier l'octroi d'une dérogation. Selon elle, l'acte attaqué repose indistinctement sur l'ensemble de ces motifs, de sorte que l'illégalité d'un seul de ceux-ci suffit à entraîner son annulation. Elle estime, enfin, que l'absence et l'inadéquation des motifs de l'acte attaqué témoignent de l'arbitraire avec lequel la partie adverse peut statuer sur les demandes de dérogation, en manière telle qu'elle se demande si une société a, un jour, pu bénéficier d'une telle dérogation.

Dans son mémoire en réplique, elle indique que l'exigence de motivation formelle s'oppose à ce que des motifs soient fournis dans le mémoire en réponse déposé dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'État. Elle fait

valoir que l'insuffisance de la motivation justifie à elle seule l'annulation de l'acte attaqué, sans même devoir établir une erreur manifeste d'appréciation. Elle ajoute que le simple fait que le décret lui soit applicable ne permet pas de motiver le refus de dérogation. Selon elle, indépendamment de l'atteinte à la sécurité juridique qui résulte de la faculté de dérogation illimitée reconnue à la partie adverse, le pouvoir discrétionnaire dont dispose cette dernière est contrebalancé par l'exigence de motivation formelle. Elle en déduit que l'absence de motivation de l'acte attaqué ne permet pas d'exclure tout risque d'arbitraire. Elle avance qu'il n'est pas contradictoire d'attaquer, simultanément, les dispositions législatives devant la Cour constitutionnelle et le refus de l'autorité administrative d'y déroger devant le Conseil d'État, les deux procédures ayant pour objectif de la faire échapper à l'application de cette législation. Elle maintient, d'une part, que les motifs de l'acte attaqué ne répondent pas à ses arguments et, d'autre part, que ces motifs n'exposent pas pourquoi une société mondiale ou internationale pourrait bénéficier d'une dérogation. Elle en conclut que la large marge d'appréciation dont bénéficie la partie adverse ne l'autorise toutefois pas à agir de manière arbitraire.

Dans son dernier mémoire, elle fait valoir qu'à supposer que la circonstance qu'elle soit visée à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004 soit un motif suffisant pour lui refuser la demande de dérogation, il faudrait interroger la Cour constitutionnelle sur la pertinence de son maintien dans la liste figurant à cet article. Elle fait référence, à cet égard, à une des questions préjudicielles proposées dans le second moyen. Elle considère que s'il s'avère que la Cour constitutionnelle estime l'article 3, § 1^{er}, 51°, du décret du 12 février 2004 comme étant inconstitutionnel, le Conseil d'État devrait à tout le moins se prononcer sur la légalité des autres motifs sur lesquels repose l'acte attaqué.

IV.2. Appréciation

L'article 3, §§ 1^{er}, 48° et 51°, et 7, du décret du 12 février 2004 dispose ce qui suit :

« § 1^{er}. Les articles 1^{er} à 16 inclus, 18, 18bis et 19 sont applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires exerçant leurs fonctions dans les personnes morales suivantes :

[...]

48° la Société wallonne de Financement et de Garantie des PME (SOWALFIN);

[...]

51° Investsud;

[...]

§ 7. Les articles 1^{er} à 16 inclus, 18, 18bis et 19 du présent décret sont applicables à tout administrateur public et à tout gestionnaire exerçant ses fonctions dans les entités dans lesquelles les organismes visés au paragraphe 1^{er} détiennent directement ou indirectement une participation qualifiée.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, les articles 1^{er} à 16, 18, 18bis et 19 ne sont pas applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires :

1° des entités dans lesquelles un organisme détient une participation, à caractère temporaire, en ce compris une participation qualifiée, lorsqu'il détient cette participation, dans le but exclusif de l'aide à la création, au développement ou à la restructuration d'une entreprise au sens de l'article I. 1, 1°, du Code de droit économique qui n'exploitent pas un service public et/ou auxquelles n'est délégué aucun attribut de puissance publique;

2° pour lesquels, sur demande écrite, préalable et motivée de l'entité considérée, une dérogation motivée a été accordée par arrêté de Gouvernement.

Pour les entités dans lesquelles un organisme détient une participation qualifiée, une étude comparative de rémunérations sera réalisée préalablement au recrutement ou à toute modification de la rémunération des gestionnaires ».

Il résulte de cette disposition, telle qu'elle est éclairée par ses travaux préparatoires indiquant que l'intention du législateur était d'étendre le champ d'application du décret, que seules « les entités dans lesquelles les organismes visés au paragraphe 1^{er} détiennent directement ou indirectement une participation qualifiée », c'est-à-dire les filiales de ces organismes, peuvent bénéficier d'une dérogation accordée par le gouvernement et non les organismes eux-mêmes.

La partie requérante étant directement visée par l'article 3, § 1^{er}, 51°, du décret du 12 février 2004, la circonstance qu'elle peut également être considérée comme une filiale de la Sowalfin qui est mentionnée à l'article 3, § 1^{er}, 48°, n'implique pas qu'elle pourrait obtenir une dérogation. Après avoir rappelé les dispositions applicables, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 85/2020 du 18 juin 2020 a d'ailleurs jugé ce qui suit :

« B.4.2. La partie requérante, la société anonyme "Investsud", est donc mentionnée sur la liste figurant à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004, à l'origine en son point 23° et actuellement en son point 51°. Les articles 1^{er} à 16 inclus, 18, 18bis et 19 du décret du 12 février 2004 sont donc directement applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires assumant des mandats ou fonctions en son sein en vertu de cette disposition, qui est antérieure au décret [du 29 mars 2018] attaqué.

B.5.1. Les articles 1^{er} à 16 inclus, 18, 18bis et 19 du décret du 12 février 2004 pourraient également être applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires assumant des mandats ou fonctions au sein de la société requérante en vertu de l'article 3, § 7, alinéa 1^{er}, de ce décret, introduit par l'article 2, 2°, du décret attaqué, dès lors que la société requérante est détenue à concurrence de 26 % par la Société wallonne de financement et de garantie des PME (Sowalfin), qui est elle-même mentionnée sur la liste figurant à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004 précité, en son point 48°.

B.5.2. Toutefois, dès lors que la société requérante était déjà, préalablement aux dispositions attaquées, mentionnée sur la liste figurant à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004, l'entrée en vigueur de l'article 3, § 7, alinéa 1^{er}, de ce décret, introduit par l'article 2, 2°, du décret attaqué, n'a eu aucune incidence sur sa situation.

B.5.3. Il résulte de ce qui précède que la partie requérante n'a pas intérêt à poursuivre l'annulation de l'article 3, § 7, alinéa 1^{er}, du décret du 12 février 2004, introduit par l'article 2, 2^o, du décret attaqué, puisque même en cas d'annulation de cette disposition, le décret du 12 février 2004 lui resterait entièrement applicable en vertu de son article 3, § 1^{er}, 51^o. La circonstance que la partie requérante a demandé à plusieurs reprises aux autorités régionales d'être omise de cette liste ne lui procure pas un intérêt à poursuivre l'annulation de l'article 2, 2^o, du décret attaqué, dès lors que rien n'indique que le législateur décréteil ait l'intention d'opérer un retrait de la société requérante de la liste des organismes visés. Au surplus, il ne revient pas à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si c'est à bon droit que la société requérante figure sur cette liste ».

La considération figurant dans l'acte attaqué selon laquelle la partie requérante est visée à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004, suffit à justifier le refus de dérogation, tous les autres motifs de l'acte étant surabondants.

Contrairement à ce qu'allègue la partie requérante, l'acte attaqué trouve son fondement juridique uniquement dans l'article 3, § 7, du décret du 12 février 2004. À supposer qu'une autre disposition de ce décret soit jugée inconstitutionnelle, cela n'aurait pas d'incidence sur le fondement du premier moyen. La partie requérante ne propose par ailleurs pas de poser de question préjudicielle concernant ce moyen.

Le premier moyen n'est pas fondé.

V. Second moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le second moyen est pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de l'inconstitutionnalité du fondement de l'acte attaqué (de la violation de l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles, des articles 10 et 11 de la Constitution, et du principe de liberté de circulation des capitaux) et de l'excès de pouvoir.

La partie requérante indique que l'acte attaqué repose sur l'article 3, § 7, alinéa 2, 2^o, du décret du 12 février 2004 et que ce décret, tel que modifié par le décret du 29 mars 2018, est inconstitutionnel.

Elle soutient, dans une première branche, que sont violées les règles répartitrices de compétence (article 6, VI, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et alinéa 5, 5^o, de la loi spéciale du 8 août 1980). Elle relève que la Région wallonne n'est pas compétente pour régler le fonctionnement, l'organisation et le contrôle des entreprises commerciales de droit privé qui ne sont pas investies d'une mission de service

public et qui relèvent dès lors exclusivement du Code des sociétés. Selon elle, le décret du 12 février 2004 impose des contraintes importantes en ce qui concerne le fonctionnement, la gestion et l'administration des sociétés commerciales de droit privé dans lesquelles la Région wallonne détient une « participation qualifiée ». Elle considère que ces contraintes constituent des règles générales relatives aux sociétés commerciales, qui relèvent pourtant de la compétence de l'autorité fédérale. Elle estime qu'il en va ainsi : (1°) du droit de la région de nommer un administrateur alors qu'il s'agit en principe d'une compétence de l'assemblée générale, (2°) des pouvoirs exorbitants de l'actionnaire public en termes de nomination, rémunération et révocation des administrateurs, (3°) des pouvoirs exorbitants en matière de prise de décision vu la présence d'un administrateur public, (4°) de l'obligation de constituer un « bureau exécutif », un « comité de rémunération » et un « comité d'audit » alors que le Code des sociétés détermine les cas dans lesquels certains organes peuvent ou doivent être créés, (5°) de l'interdiction pour les administrateurs publics et gestionnaires d'exercer leur mandat par le biais d'une personne morale alors que le Code des sociétés le permet pour autant que ces personnes morales désignent un « représentant permanent », ce qui remet en cause les nominations antérieurement intervenues, (6°) de la limitation des pouvoirs généraux de gestion du conseil d'administration quant à la nomination et la rémunération des personnes chargées de la gestion journalière, (7°) des obligations de « reporting » au gouvernement impliquant une responsabilité personnelle de l'« informateur institutionnel » passible de sanctions financières, (8°) des obligations de « reporting » de certains administrateurs et des « gestionnaires » quant à leurs mandats et rémunérations à l'égard d'un « organe de contrôle » qui est une autorité administrative, (9°) des droits de contrôle et de publicité de ces déclarations dans le chef de l'organe de contrôle, (10°) d'un droit de recours devant le Conseil d'État contre certaines décisions de révocation de l'assemblée générale des actionnaires. Elle soutient que le législateur wallon ne justifie pas son excès de compétence, pas même par référence à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, alors qu'il était conscient du problème. Elle ajoute qu'en tout état de cause, les conditions prescrites par cet article 10 ne sont pas remplies et qu'il faut poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« Le décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, tel que modifié par le décret du 29 mars 2018 (spécialement en son article 3 qui définit son champ d'application), viole-t-il les règles répartitrices de compétences entre la Région et l'État fédéral en matière économique (article 6, § 1^{er}, VI de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles), en ce qu'il pose des règles relatives au fonctionnement, à la gestion, aux compétences et au contrôle de personnes morales de droit privé, de nature commerciale, contrevenant ou dérogeant au Code des sociétés alors que ces personnes ne sont pas titulaires de missions de service public et/ou sont uniquement régies par le Code des Sociétés ? ».

Elle considère, dans une deuxième branche, qu'est violé l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale, combiné avec la liberté de circulation des capitaux consacrée aux articles 63 à 66 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Après avoir rappelé la teneur de cette disposition légale, elle en conclut que les régions doivent respecter ces libertés. Elle souligne que la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'un État ne peut restreindre la libre circulation des capitaux et que peut constituer une telle restriction une mesure permettant à un État de disposer de prérogatives spécifiques que n'ont pas les actionnaires privés dans la mesure où elles sont de nature à empêcher ou limiter l'acquisition des entreprises concernées ou de dissuader les investisseurs étrangers d'investir dans le capital de celles-ci. Elle fait valoir qu'une telle restriction ne peut être autorisée que de manière exceptionnelle (limitation aux entreprises publiques ou aux services d'intérêt général ou stratégique, garantie de fond et de forme contre tout usage arbitraire, respect du principe de proportionnalité) et que la Cour de justice n'admet le principe des « actions spécifiques » que dans des cas limités. Elle indique que le décret du 12 février 2004 s'applique aux administrateurs publics et gestionnaires de la partie requérante au seul motif que la Région wallonne en détient une « participation qualifiée » et implique pour cette dernière des prérogatives particulières : (1°) la nomination d'administrateurs en lieu et place de l'assemblée générale, (2°) des pouvoirs exorbitants en termes de nomination, de rémunération et de révocation des administrateurs, (3°) l'obligation de constituer un « bureau exécutif », un « comité de rémunération » et un « comité d'audit », (4°) l'interdiction pour les administrateurs publics et gestionnaires d'exercer leur mandat ou fonction via une personne morale, (5°) la limitation des pouvoirs du conseil d'administration quant à la nomination et la rémunération des personnes chargées de la gestion journalière, (6°) l'obligation de faire un « reporting » nominatif sur les mandats et les rémunérations des administrateurs publics et des gestionnaires et la responsabilité personnelle de l'informateur institutionnel, (7°) l'obligation de déposer une déclaration annuelle des mandats pour les administrateurs publics et les gestionnaires, (8°) des droits de contrôle et de publicité de ces déclarations, (9°) un pouvoir de sanction de l'organe de contrôle à l'égard des décisions relatives à la nomination ou à la rémunération des administrateurs publics ou gestionnaires, (10°) un recours devant le Conseil d'État contre certaines décisions à l'égard d'un administrateur public prises par l'assemblée générale. Elle soutient que ces ingérences constituent des restrictions aux libertés fondamentales du Traité, et en particulier à la liberté de circulation des capitaux alors que les travaux préparatoires sont muets sur la question, que ces ingérences s'appliquent à toute société privée, même non chargée d'une mission de service public et qu'elles ne sont encadrées par aucune garantie de fond ou de forme permettant d'obtenir une dérogation (l'article 3, § 7, alinéa 2, 2°, donnant un pouvoir discrétionnaire au gouvernement). Elle en

conclut qu'il convient donc de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« Le décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, tel que modifié par le décret du 29 mars 2018 (spécialement son article 3 qui définit son champ d'application), viole-t-il l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles combiné avec les libertés de circulation consacrées aux articles 63 à 66 TFUE et en particulier la liberté de circulation des capitaux, en ce qu'il donne le droit ou à tout le moins la possibilité à un actionnaire public (la Région wallonne ou toute autre personne morale de droit public wallonne) d'exercer des pouvoirs exorbitants du droit commun et sans rapport avec sa participation dans le capital, dans et sur les organes de toute société commerciale de droit privé ? ».

Elle avance, dans une troisième branche, que sont violés les principes d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).

Dans ce qui s'apparente à une première sous-branche, elle considère qu'il existe une discrimination entre les entreprises commerciales de droit privé quant aux contraintes relatives à leur gestion, leur fonctionnement et leur administration et quant aux restrictions aux libertés de circulation prévues par le TFUE. Elle rappelle à nouveau que le décret du 12 février 2004 impose des contraintes en raison de la « participation qualifiée » que détiendrait la Région en son sein. Elle y voit une atteinte injustifiée aux compétences de l'État fédéral ou de restrictions aux libertés de circulation. Elle considère que le critère de la « participation qualifiée » n'est pas un critère objectif et/ou légitime, d'une part, parce que la participation au capital d'une société anonyme ne donne pas le droit de nommer un ou des administrateurs, ce droit étant réservé à l'assemblée générale, une telle mesure étant d'ailleurs constitutive d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux selon la Cour de justice, et, d'autre part, car ce critère ne permet pas de distinguer les entreprises de droit privé selon qu'elles sont ou non investies d'une mission de service public ou classées dans le périmètre des administrations publiques au sens du SEC 2010, seuls critères qui permettraient de justifier l'objectif de « bon usage des deniers publics » ou de « bonne éthique et gouvernance dans les services publics (organiques et/ou fonctionnels) wallons ». Elle précise qu'il conviendrait également d'apprécier la mesure au regard du principe de proportionnalité, tant à l'égard du Traité que de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Elle allègue, dans ce qui s'apparente à une deuxième sous-branche, qu'il existe une discrimination entre les entreprises commerciales de droit privé au regard du régime de dérogations prévu à l'article 3, § 7, du décret du 12 février 2004. Elle soutient que cette disposition établit une première discrimination, entre les entreprises commerciales selon qu'elles sont ou non reprises nominativement dans la

liste de l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004, les sociétés y reprises ne semblant pouvoir bénéficier d'aucune dérogation, alors qu'il n'est pas justifié que la liste de ces sociétés n'ait pas été modifiée pour en exclure toute entreprise commerciale de droit privé en n'y laissant que les services publics wallons (organiques ou fonctionnels). Elle fait valoir que cette disposition institue également une seconde discrimination, selon que la région détient ou non une participation « temporaire » dans les entreprises commerciales de droit privé en vue d'assurer leur création, leur développement ou leur restructuration, ce dernier régime juridique ne faisant l'objet d'aucune justification (le caractère temporaire n'est pas défini et l'objectif de bon usage des deniers publics est pourtant le même) et étant, pour sa part, encadré par des conditions précises pour ce qui concerne l'octroi de dérogations.

Elle estime, dans ce qui s'apparente à une troisième sous-branche, qu'il existe encore une discrimination entre les entreprises commerciales de droit privé au regard du droit à la protection de la vie privée. Selon elle, le décret du 12 février 2004 établit des ingérences dans la vie privée des administrateurs et autres membres des organes de gestion (mandats, rémunération, ...) selon que la Région wallonne détient ou non une « participation qualifiée ». Elle estime qu'il en va ainsi (1°) de l'obligation de déclaration des mandats et rémunérations auprès de l'organe de contrôle par les administrateurs publics et autres personnes en charge de la gestion journalière, (2°) de l'obligation, pour la société, de transmettre au gouvernement un rapport nominatif de rémunération des administrateurs publics et autres personnes chargées de la gestion journalière et la liste de toutes les personnes disposant d'un mandat ou d'une fonction dans leurs organes ou ceux de leurs filiales. Elle fait valoir qu'il s'agit d'ingérences dans le droit à la protection de la vie privée et que les avis rendus par la Commission de protection de la vie privée les 29 juin 2016 et 17 janvier 2018 n'ont autorisé ces dispositions qu'au motif qu'elles poursuivent un objectif légitime d'éthique, de saine gouvernance et de bon usage des deniers publics au sein des organismes publics wallons. Elle en conclut que ces justifications ne sont pas applicables aux entreprises commerciales de droit privé, qui ne sont pas chargées d'une mission de service public et dont le fonctionnement ou l'administration ne sont pas financés par la Région wallonne.

Elle souhaite dès lors que les questions préjudicielles suivantes soient posées à la Cour constitutionnelle :

« Le décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, tel que modifié par le décret du 29 mars 2018, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il consacre une différence de traitement entre les entreprises commerciales de droit privé

1. Quant à leur assujettissement aux articles 1 à 16 inclus, 18, 18bis et 19 du décret du 12 février 2004 tel que modifié par le décret du 29 mars 2018 qui constituent des règles de fonctionnement, gestion, compétences et contrôle dérogatoires au code des sociétés et restrictives de leurs libertés fondamentales telles que consacrées par le TFUE au seul motif que la Région détient une participation dans leur capital ? La réponse est-elle différente lorsque cette participation est minoritaire ?
2. Quant aux ingérences à leur droit de protection de leur vie privée (et de celle de leurs mandataires et gestionnaires) au seul motif que la Région détient une participation dans leur capital ? La réponse est-elle différente si cette participation est minoritaire ?
3. Quant à leur non-assujettissement aux articles et ingérences visées sous 1° et 2° sur la base d'une décision individuelle et arbitraire, c'est-à-dire sans conditions ni critères, du Gouvernement au motif que la participation au capital de ces entreprises commerciales de droit privé de la Région n'est pas temporaire – ce caractère temporaire étant non défini – ni prise dans le but exclusif de l'aide à la création, au développement ou à la restructuration d'une entreprise au sens de l'article I.1, 1° du Code de droit économique ? ».

Elle fait valoir qu'en cas de réponse positive à l'une de ces questions, l'acte attaqué perdrait son fondement juridique puisque la région n'aurait aucune compétence pour régler le fonctionnement, l'organisation, les compétences, le contrôle ou le droit à la protection de la vie privée d'entreprises commerciales de droit privé non investies d'une mission de service public par la Région wallonne.

Dans son mémoire en réplique, elle observe, à propos de la recevabilité du moyen, qu'aucune disposition ne lui interdit de prendre un moyen de l'inconstitutionnalité d'une norme dont elle demande, par ailleurs, l'annulation par la Cour constitutionnelle. Elle estime qu'elle a intérêt au moyen puisque l'acte attaqué est pris en application de ladite norme.

Elle considère, à propos de la recevabilité de la première branche, qu'elle critique la constitutionnalité de l'ensemble du Chapitre I^{er} du « décret attaqué », à savoir (1°) la définition de la participation qualifiée, permettant de désigner un ou plusieurs administrateurs, (2°) les pouvoirs exorbitants en termes de nomination, rémunération et révocation des administrateurs ou de certains d'entre eux, (3°) les pouvoirs exorbitants en termes d'influence sur les décisions stratégiques, (4°) l'obligation pour le conseil d'administration de constituer un bureau exécutif, un comité de rémunération et un comité d'audit, (5°) l'interdiction d'exercer le mandat d'administrateur ou de gestionnaire via une personne morale, (6°) les obligations de « reporting » impliquant une responsabilité personnelle de l'« informateur institutionnel », (7°) les obligations de « reporting » de certains administrateurs et gestionnaires quant à leurs mandats et rémunérations, (8°) le droit de contrôle et de publicité et le pouvoir de sanction de l'organe de contrôle, et (9°) le recours ouvert devant le Conseil d'État contre certaines décisions de révocation. Elle indique que l'une des critiques principales concerne l'extension du champ

d'application du décret du 12 février 2004 par l'insertion d'un nouvel article 3, § 7, qui vise des sociétés commerciales de droit privé régies par le Code des sociétés au seul motif que la région y détient une « participation qualifiée ». Elle en conclut que les dispositions visées sont clairement identifiées de sorte que la branche est recevable.

Elle ajoute qu'il a été démontré que les règles litigieuses empiètent sur le droit commercial et le Code des sociétés et que l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 ne permet pas à la région de régler le statut d'entités qu'elle n'a pas créées mais dans lesquelles elle se contente de prendre des participations en capital. Elle fait valoir que la première branche a pour objet de démontrer que la région ne peut se fonder sur l'article 10 de la loi spéciale. Selon elle, les ingérences dénoncées ne sont pas relatives au statut personnel des administrateurs publics mais imposent des obligations spécifiques aux entités puisque ces dernières doivent créer des organes non prévus par le Code des sociétés. Elle critique la contrainte d'instituer un bureau exécutif. Elle estime que l'impact des mesures n'est pas marginal mais a une incidence notable sur de nombreux points (désignation des administrateurs publics, organes spécifiques, déclaration de mandats, impossibilité qu'une personne morale soit le gestionnaire, perte de la voix délibérative de l'administrateur-délégué s'il est un « gestionnaire »). Elle ajoute que le droit de révocation des administrateurs démontre bien l'empiètement sur le droit des sociétés. Elle relève, à cet égard, qu'il ressort de la combinaison des articles 9 et 15/4 du décret du 12 février 2004 que la révocation du mandat emporte celle des fonctions y attachées et qu'une démission effectuée sous la contrainte d'une menace pénale est sujette à discussion. Elle soutient que l'assemblée générale devra, sous peine de se rendre complice ou coauteur de l'infraction visée à l'article 262 du Code pénal, mettre fin aux fonctions de l'administrateur concerné alors que, si le droit commun des sociétés était respecté, l'assemblée générale pourrait maintenir le mandat de l'administrateur révoqué. Elle considère qu'il en va de même des règles relatives à la limitation des rémunérations, qui peuvent mener à la création de nouveaux organes, et donc à la modification des statuts, pourtant régie par le Code des sociétés, et qui exige une majorité de trois quarts des voix. Elle en déduit que, soit le décret impose des modifications des statuts et empiète donc sur le droit des sociétés, soit le décret ne modifie pas les compétences des organes et est donc dépourvu de toute substance. Elle estime que seule la première solution est raisonnable. Elle soutient que les sociétés tombant dans le champ d'application du décret devront revoir en profondeur leurs règles de fonctionnement et leurs politiques de rémunération des mandats. Elle en conclut que les règles instaurées par le décret du 29 mars 2018 ne sont pas marginales puisque leur nombre et l'incidence de ces règles sont trop larges. Elle fait valoir qu'il n'est pas démontré que ces modifications seraient nécessaires pour

atteindre les objectifs poursuivis et qu'elle ne perçoit pas l'utilité de créer de nouveaux organes pour instaurer davantage de transparence et d'éthique à l'égard des personnes qui assument un mandat public. Selon elle, en tant qu'actionnaire, la région détient les mêmes leviers de contrôle que les autres actionnaires et il n'est pas justifiable d'empêcher des personnes morales de détenir un mandat d'administrateur ou d'assumer la gestion journalière des sociétés en question. Elle rappelle que l'article 61, § 2, du Code des sociétés prévoit l'obligation, dans une telle hypothèse, de désigner un représentant permanent et en conclut qu'il est donc difficilement justifiable d'imposer que l'administrateur public soit une personne physique.

Elle allègue que la deuxième branche est recevable en l'absence d'une exception d'irrecevabilité formulée de manière suffisamment précise. Après avoir rappelé que le TFUE interdit les restrictions aux mouvements de capitaux, c'est-à-dire les mesures accordant des pouvoirs exorbitants aux pouvoirs publics, elle fait valoir que le moyen reproche à la Région wallonne de mettre en place un régime juridique lui accordant des pouvoirs exorbitants au motif qu'elle détient une participation qualifiée alors qu'aucun actionnaire privé détenant une participation similaire ne se voit reconnaître des pouvoirs équivalents. Elle en déduit qu'il s'agit bien de restrictions et elle renvoie à l'arrêt rendu par la Cour de justice le 6 décembre 2007 dans les affaires C-463/04 et C-464/04 à propos d'une disposition permettant à une autorité publique de conserver la majorité absolue au sein d'un conseil d'administration d'une société bien qu'elle ne détienne qu'une majorité relative de son capital. Elle reconnaît que les États peuvent adopter des « mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers » ou plus généralement des « mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique » mais que la seule référence à une déclaration politique est insuffisante pour démontrer l'existence d'impératifs d'ordre public ou de sécurité publique et que la nécessité des restrictions n'est donc pas démontrée.

Elle prétend, à propos de la première sous-branche de la troisième branche, que l'inclusion des sociétés privées dans le champ d'application du décret du 12 février 2004 au seul motif que la région en détient une « participation qualifiée » ne repose pas sur un critère pertinent et n'est pas justifiée. Elle ajoute que les travaux préparatoires du décret du 29 mars 2018 visent l'application du décret aux unités d'administration publique (UAP) et n'ont jamais envisagé son application aux personnes morales de droit privé qui ne sont investies d'aucune mission de service public mais dont les pouvoirs publics seraient détenteurs d'une « participation qualifiée ». Elle estime que le champ d'application du décret va donc

au-delà de l'intention du législateur puisqu'elle n'est ni une autorité publique ni une UAP et n'est pas investie d'une mission de service public.

Elle critique, à propos de la deuxième sous-branche, le régime juridique prévoyant, d'une part, que seules les entités visées à l'article 3, § 7, du décret du 12 février 2004 puissent faire l'objet d'une dérogation et, d'autre part, que les conditions auxquelles les dérogations pourraient être accordées ne soient pas expressément définies sauf pour ce qui concerne les entités dans lesquelles un organisme détient une participation à caractère temporaire. Elle estime qu'il n'est pas justifié qu'une dérogation soit possible pour les filiales des organismes visés à l'article 3, § 1^{er}, mais non pour les organismes visés à l'article 3, § 1^{er}, qui ne sont pas/plus une UAP, une personne morale de droit public ou une personne morale investie d'une mission de service public. Selon elle, les travaux préparatoires sont muets sur la question et le pouvoir d'appréciation du législateur ne peut s'exercer en créant des discriminations. Elle ajoute que l'absence de critère décretaal rend l'octroi des dérogations parfaitement imprévisible, ce qui n'est pas admissible au regard du principe de sécurité juridique.

Elle considère, à propos de la troisième sous-branche, que les dispositions critiquées sont les articles 1^{er}, b, 5, 7 et 11 du décret du 29 mars 2018. Elle soutient que l'ingérence dénoncée l'est notamment en ce qu'elle s'applique à des entités qui ne peuvent pas être qualifiées d'organismes publics wallons. Elle ne conteste pas le caractère légitime de l'objectif poursuivi mais estime que cette ingérence est disproportionnée lorsqu'elle s'applique également à des sociétés privées. Selon elle, le seul financement des sociétés visées à l'article 3, §§ 1^{er} et 7, du décret du 29 mars 2018 ne suffit pas à les qualifier d'organismes publics ou à les apparenter à ces organismes. Elle conclut que, s'il est légitime que les pouvoirs publics puissent contrôler la manière dont les deniers publics sont utilisés, cela ne justifie pas une atteinte à la protection des données à caractère personnel. Elle ajoute que c'est au Conseil d'État de reformuler les questions préjudicielles qui répondraient le mieux aux moyens soulevés par les parties.

Dans son dernier mémoire, elle se rallie au rapport de l'auditeur rapporteur qui a considéré qu'en ce qui concerne les deux premières branches du moyen, l'arrêt n° 85/2020 de la Cour constitutionnelle a déjà répondu pour partie aux arguments invoqués mais qu'elle ne s'est pas prononcée sur deux questions spécifiques au motif qu'elles ne trouvaient pas leur origine dans le décret du 29 mars 2018 et qui propose de poser les questions préjudicielles suivantes :

« 1. a. L'article 3, § 1^{er}, 51°, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public viole-t-il l'article 6, § 1^{er}, alinéa 5, 5°, l'article 9 et

l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 en soumettant la requérante au régime juridique instauré par les autres dispositions contenues dans les articles 2 à 16, 18, 18*bis* et 19 du même décret ?

b. En cas de réponse positive à la question présentée ci-dessus, l'article 3, § 7, alinéa 1^{er}, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public viole-t-il l'article 6, § 1^{er}, alinéa 5, 5°, l'article 9 et l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 en soumettant la requérante au régime juridique instauré par les autres dispositions contenues dans les articles 2 à 16, 18, 18*bis* et 19 du même décret ?

2. L'article 15*bis*, § 10, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public viole-t-il l'article 6, § 1^{er}, alinéa 5, 5°, l'article 9 et l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ? ».

Elle se réfère également à l'appréciation de l'auditeur rapporteur à propos de la troisième branche du moyen, qui propose de poser à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes au sujet de sa soumission au régime juridique du décret du 12 février 2004 et d'une éventuelle discrimination dans les dérogations possibles :

« L'article 3 du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il vise la requérante, soit en son paragraphe 1^{er} soit en son paragraphe 7, au motif que la Région wallonne ou une des entités visées au § 1^{er} détient une participation dans son capital, et non d'autres sociétés qui auraient le même objet social mais pas le même actionnariat ? La réponse est-elle différente lorsque cette participation est minoritaire ?

L'article 3, § 7, alinéa 2, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il établit deux régimes différents pour l'octroi de dérogation à la soumission des entités visées à l'alinéa 1^{er} au régime institué par ce décret ? »

V.2. Appréciation

Il y a lieu d'observer que les deux premières branches du moyen correspondent *mutadis mutandis* aux deux premiers moyens soulevés dans le recours en annulation du décret du 29 mars 2018, tandis que la troisième branche est similaire au quatrième moyen.

Par son arrêt n° 85/2020 du 18 juin 2020, précité, la Cour constitutionnelle a jugé notamment ce qui suit à propos de ces moyens :

« Quant aux premier et deuxième moyens

B.3.1. Le premier moyen est pris de la violation de l'article 39 de la Constitution et de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéas 1^{er}, 3, 4, 3° et 5, 5°, et de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, lus ou non en combinaison avec les principes de libre circulation consacrés par le Traité sur le

fonctionnement de l'Union européenne et avec le principe de la liberté de commerce et d'industrie.

Le deuxième moyen est pris de la violation de l'article 39 de la Constitution, de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 5°, et de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.3.2. La partie requérante fait principalement grief aux dispositions attaquées de rendre applicables , aux entreprises de droit privé dans les quelles un des "organismes" visés par le premier paragraphe de l'article 3 du décret de la Région wallonne du 12 février 2004 « relatif au statut de l'administrateur public » (ci-après : le décret du 12 février 2004) détient une "participation qualifiée" au sens de l'article 2, 22°, du même décret, les ingérences dans le fonctionnement, la gestion et l'administration de ces entreprises prévues par le chapitre I^{er} de ce décret.

[...]

B.6.1. La partie requérante a en revanche intérêt à poursuivre l'annulation des dispositions, introduites par le décret attaqué, qui imposent de nouvelles obligations ou interdictions aux administrateurs publics et aux gestionnaires qui exercent leur mandat ou fonction en son sein.

B.6.2. Au sujet de ces obligations ou interdictions, il ressort de la requête que la partie requérante fait grief au décret attaqué de prévoir des ingérences dans le fonctionnement, la gestion et l'administration des entreprises commerciales soumises au décret, en violation de la compétence réservée au législateur fédéral par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en matière d'organisation de l'économie et par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 5°, de la même loi spéciale en matière de droit des sociétés.

B.6.3. La partie requérante reproche aux dispositions attaquées de créer des pouvoirs exorbitants pour l'actionnaire public en termes de nomination, de rémunération et de révocation des administrateurs ou de certains d'entre eux, d'obliger les sociétés visées à créer un "bureau exécutif", un "comité de rémunération" et un "comité d'audit" au sein de leur conseil d'administration, d'interdire aux administrateurs publics et aux gestionnaires d'exercer leur mandat ou fonction par le biais d'une personne morale, d'imposer des limitations aux pouvoirs du conseil d'administration quant à la nomination et à la rémunération des personnes chargées de la gestion journalière et quant à la rémunération des autres membres du personnel de la société, d'imposer des obligations de *reporting* nominatif (communication financière) sur les mandats et les rémunérations des administrateurs publics et des gestionnaires, ainsi que sur la composition de ses organes, d'imposer aux administrateurs publics et aux gestionnaires de déposer une déclaration annuelle relatives à leurs mandats et rémunérations auprès de la Région wallonne, de créer un pouvoir permettant à l'organe de contrôle de sanctionner les décisions de la société quant à la nomination ou à la rémunération de ses administrateurs publics ou de ses gestionnaires et de créer un recours au Conseil d'État contre certaines décisions relatives aux administrateurs publics prises par l'assemblée générale.

B.6.4. Le Conseil des ministres fait également grief au décret attaqué de comporter des immixtions excessives et injustifiées dans le fonctionnement des entreprises privées dans lesquelles les autorités wallonnes prennent des participations, en ce qui concerne la composition du bureau exécutif, l'obligation de constituer un comité d'audit et un comité de rémunération, l'obligation de *reporting* incombant à la personne chargée de la gestion journalière et l'interdiction de confier la gestion journalière à une personne morale.

B.7.1. En ce qui concerne la nomination, la rémunération et la révocation des administrateurs, il ressort de la requête que les griefs visent les dispositions suivantes :

- l'article 8, § 2, du décret du 12 février 2004, remplacé par l'article 4 du décret attaqué, qui prévoit des incompatibilités entre le mandat de président, de vice-président ou l'exercice de fonctions spéciales au sein d'un organisme et la qualité de membre du cabinet du ministre du Gouvernement dont l'organisme relève ou du cabinet du ministre-président et des vices-présidents du Gouvernement;
- l'article 15bis, §§ 1^{er} à 3, du décret du 12 février 2004, remplacé par l'article 12, 1^o, du décret attaqué, qui fixe des règles relatives à la rémunération de l'administrateur public et du gestionnaire;
- les articles 15/4 et 15/5 du décret du 12 février 2004, insérés par les articles 9 et 10 du décret attaqué, qui prévoient les cas dans lesquels l'autorité qui a confié les mandats publics peut révoquer ces mandats, qui établissent la procédure à cette fin et qui interdisent de désigner à nouveau à ce mandat pendant une durée de deux ans la personne dont le mandat public a été révoqué.

B.7.2. En ce qui concerne l'obligation de constituer un bureau exécutif, un comité d'audit et un comité de rémunération, les griefs visent les dispositions suivantes :

- le nouvel alinéa de l'article 2 du décret du 12 février 2004, inséré par l'article 1^{er}, e), du décret attaqué, qui impose aux sociétés visées de créer en leur sein un "bureau exécutif";
- l'article 15quater du décret du 12 février 2004, inséré par l'article 15 du décret attaqué, qui impose aux sociétés visées de créer un "comité d'audit".

Les dispositions relatives au comité de rémunération, citées par la partie requérante et par le Conseil des ministres, sont préexistantes au décret attaqué et ne sont pas modifiées par celui-ci, de sorte qu'en ce qu'ils visent ce comité, les premier et deuxième moyens sont irrecevables.

B.7.3. En ce qui concerne la nature de la personne exerçant un mandat d'administrateur public ou une fonction de gestionnaire, les griefs visent l'article 3, § 6, alinéa 2, du décret du 12 février 2004, tel qu'il est remplacé par l'article 2 du décret attaqué, qui interdit que le gestionnaire et l'administrateur public soient des personnes morales.

B.7.4. Enfin, en ce qui concerne les obligations de *reporting*, les griefs visent les articles 15, 15/1, 15/2 et 15/3 du décret du 12 février 2004, introduits par les articles 5 à 8 du décret attaqué, et l'article 15/6 du décret du 12 février 2004, introduit par l'article 11 du décret attaqué, qui organisent ces obligations et sanctionnent leur non-respect.

B.8.1. L'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose :

"Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Le décret en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle".

B.8.2. Il en résulte que les régions peuvent, dans les matières qui leur ont été attribuées, prendre des participations en capital, notamment dans des sociétés privées. Toutefois, lorsqu'elles réglementent l'exercice des mandats qui sont attachés à la prise de capital dans ces sociétés, il n'est pas permis aux régions, sauf recours à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, de déroger de manière générale au droit commercial et au droit des sociétés qui relèvent, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 5^o, de cette même loi spéciale, de la compétence exclusive de l'autorité fédérale.

B.8.3. Dans le cadre du présent recours, la Cour n'a pas à examiner si les activités des organismes énumérés ou désignés par l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004 et dans lesquels la Région wallonne a pris, directement ou indirectement, des participations en capital relèvent des compétences attribuées à cette Région.

Ainsi qu'il se déduit de ce qui est dit en B.5.3, il ne revient pas non plus à la Cour, dans le cadre du présent recours, d'examiner l'extension du champ d'application personnel du décret du 12 février 2004 réalisé par l'article 2, 2°, du décret attaqué.

Elle n'a donc pas non plus à examiner la question de savoir s'il est nécessaire que les sociétés concernées par les règles applicables aux administrateurs publics et aux gestionnaires se soient vu confier une mission de service public, dès lors que la soumission de la SA Investsud aux dispositions du décret du 12 février 2004 est antérieure au décret attaqué.

B.9.1. Les dispositions citées en B.7 sont susceptibles d'avoir une incidence sur les règles qui régissent le fonctionnement des entités auxquelles elles sont applicables et elles peuvent donc représenter un empiètement sur les compétences de l'autorité fédérale en matière de droit des sociétés, dès lors que certaines de ces entités, comme c'est le cas de la partie requérante, ont adopté la forme d'une société commerciale.

B.9.2. La Cour doit encore examiner si les conditions d'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles sont remplies.

Cette disposition autorise notamment la Région wallonne à prendre des dispositions décrétales réglant une matière fédérale, pour autant que ces dispositions soient nécessaires à l'exercice de ses compétences, que cette matière se prête à un règlement différencié et que leur incidence sur la matière fédérale ne soit que marginale.

B.9.3. Prenant connaissance de certaines situations qu'il a considérées comme étant incompatibles avec les règles de bonne gouvernance et de transparence qu'il estimait essentielles au sein des organismes et entités visés, le législateur décretaal a pu considérer qu'il était nécessaire de prendre les dispositions attaquées, en vue de renforcer la bonne gouvernance et la transparence au sein des organismes ou entités contrôlés par la Région wallonne ou dans lesquels celle-ci a pris une participation en capital.

B.9.4. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, les dispositions attaquées n'ont pas pour effet d'octroyer des pouvoirs exorbitants aux autorités régionales en ce qui concerne la nomination ou la révocation des administrateurs, puisque ces autorités ne peuvent désigner des administrateurs qu'en vertu de la loi applicable à l'entité, de ses statuts ou d'une convention. Par ailleurs, les dispositions attaquées ne visent que les administrateurs publics et les gestionnaires désignés par l'autorité régionale ou par une personne morale qui en dépend et elles n'ont pas vocation à régler le fonctionnement des entités visées. Elles n'ont pas pour effet de décharger les organes des sociétés commerciales concernées de leur responsabilité et de leurs compétences ou de les autoriser ou de les contraindre à déroger aux dispositions fédérales du droit des sociétés. La matière réglée par les dispositions attaquées se prête dès lors à un règlement différencié.

B.9.5. Enfin, les dispositions attaquées ne s'appliquent qu'aux administrateurs publics et aux gestionnaires des sociétés visées à l'article 3 du décret du 12 février 2004, de sorte que leur incidence sur la matière du droit des sociétés est

marginale, eu égard au nombre de personnes morales de droit privé soumises au droit des sociétés.

B.10. Au surplus, la partie requérante n'expose pas en quoi les dispositions qu'elle attaque représenteraient "autant de restrictions aux libertés fondamentales du Traité [sur le fonctionnement de l'Union européenne] au sens où l'entend la Cour de Justice". En ce que la partie requérante renvoie à l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 6 décembre 2007, il y a lieu de relever que les dispositions attaquées ne permettent pas "aux actionnaires publics de bénéficier de la possibilité de participer à l'activité du conseil d'administration d'une société par actions de manière plus importante que leur qualité d'actionnaires ne le leur permettrait normalement" (CJCE, 6 décembre 2007, C-463/04 et C-464/04, *Federconsumatori et autres c. Comune di Milano*, point 23). En effet, les actions détenues par la personne morale de droit public n'ont pas une valeur supérieure, en termes de pouvoir de décision ou de contrôle au sein des organes de la société, à celles qui sont détenues par les autres actionnaires.

B.11. Les premier et deuxième moyens ne sont pas fondés.

[...]

Quant au quatrième moyen

B.15. La partie requérante prend un quatrième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 39 de la Constitution, avec l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéas 1^{er}, 3, 4, 3^o et 5, 5^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, avec l'article 22 de la Constitution, avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec le principe de la sécurité juridique.

B.16.1. Par la première branche, la partie requérante fait grief au législateur décrétoir d'établir une discrimination entre les entreprises commerciales selon que la Région wallonne ou une autre personne morale de droit public détient ou non en leur sein une "participation qualifiée". Ce grief semble dès lors être dirigé contre l'article 3, § 7, alinéa 1^{er}, du décret du 12 février 2004, tel qu'il a été introduit par l'article 2, 2^o, du décret attaqué.

B.16.2. Comme il est dit en B.5.3, la partie requérante n'a pas intérêt à poursuivre l'annulation de cette disposition. Le quatrième moyen, en sa première branche, est irrecevable.

B.17.1. Par la deuxième branche, la partie requérante fait grief à l'article 3, § 7, alinéa 2, du décret du 12 février 2004, cité en B.3.2, introduit par l'article 2, 2^o, du décret attaqué, de ne prévoir des possibilités de dérogation que pour les administrateurs publics et les gestionnaires auxquels les articles 1^{er} à 16 inclus, 18, 18bis et 19 du décret du 12 février 2004 s'appliquent en vertu de l'article 3, § 7, du même décret et non pour ceux auxquels ces dispositions s'appliquent en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de ce décret.

B.17.2. La différence de traitement critiquée par cette branche du moyen repose sur un critère pertinent, dès lors que le champ d'application *ratione personae* des dispositions du décret est défini, dans un cas, par l'énumération d'organismes pour lesquels le législateur décrétoir décide que ces dispositions doivent être applicables alors que, dans l'autre cas, ce champ d'application est défini de manière abstraite, de sorte que le législateur décrétoir ne pouvait raisonnablement déterminer de manière définitive si des exceptions devaient être prévues pour certaines entités.

Pour le surplus, il ne revient pas à la Cour, dans le cadre du présent recours, de se prononcer sur la pertinence de l'inscription ou du maintien de certains organismes dans la liste figurant à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004.

B.18.1. Par la troisième branche, la partie requérante dénonce une discrimination entre les entreprises commerciales de droit privé au regard du droit au respect de la vie privée, en ce que le chapitre I^{er} du décret du 12 février 2004 oblige les administrateurs publics et les personnes chargées de la gestion journalière au sein des entreprises commerciales de droit privé à déclarer leurs mandats et rémunérations auprès de l'organe de contrôle qui en fait une publicité nominative et que ce chapitre oblige également les entreprises commerciales de droit privé concernées à transmettre aux autorités régionales un rapport nominatif sur la rémunération des administrateurs publics et des personnes chargées de la gestion journalière ainsi que la liste de toutes les personnes disposant d'un mandat ou d'une fonction dans leurs organes ou ceux de leurs filiales. Ce moyen, en cette branche, semble viser les articles 15, 15/1, 15/2, 15/3 et 15/6 du décret du 12 février 2004, modifié ou introduits par les articles 5 à 8 et 11 du décret attaqué.

B.18.2. Le droit au respect de la vie privée, tel qu'il est garanti par les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée.

Ce droit a une portée étendue et comprend entre autres la protection des données à caractère personnel et des informations personnelles.

B.18.3. Les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont toutefois pas absolus. Ils n'excluent pas une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, mais exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle réponde à un besoin social impérieux dans une société démocratique et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive, pour l'autorité publique, de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, Kroon et autres c. Pays Bas, § 31; grande chambre, 12 novembre 2013, Söderman c. Suède, § 78).

La marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée : pour qu'une réglementation légale soit compatible avec le droit au respect de la vie privée, le législateur doit ménager un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause.

B.18.4. Prenant connaissance de certaines situations qu'il a considérées comme étant incompatibles avec les règles de bonne gouvernance et de transparence qu'il estimait essentielles au sein des organismes et entités visés, le législateur décrétoit a pu juger qu'il était nécessaire de prendre les dispositions attaquées afin de garantir la transparence quant à l'exercice des mandats et fonctions, même au sein de sociétés commerciales privées. Pour le surplus, la partie requérante ne démontre pas en quoi les dispositions qu'elle vise entraîneraient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des personnes concernées.

B.19. Le quatrième moyen n'est pas fondé. ».

Par cet arrêt, la Cour constitutionnelle a jugé que la plupart des griefs d'inconstitutionnalité soulevés par la partie requérante sont non fondés, les autres étant irrecevables car préexistants au décret du 29 mars 2018 attaqué.

Il convient à cet égard d'observer que l'acte attaqué lui-même n'a pas pour effet de soumettre la partie requérante à l'application du décret du 12 février 2004 puisque cela résulte directement de l'article 3, § 1^{er}, 51°, de ce décret, mais a uniquement pour objet de lui refuser une dérogation. Il en résulte qu'une annulation n'aurait pas pour effet de la dispenser de devoir respecter ce décret et que la partie requérante n'aurait intérêt au moyen que dans la mesure où l'enseignement de l'arrêt contraindrait la partie adverse à réexaminer la demande de dérogation dans un sens qui pourrait lui être favorable.

Or, la Cour constitutionnelle a jugé par l'arrêt précité qu'il n'est pas discriminatoire que les organismes énumérés à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004, comme la partie requérante, ne puissent bénéficier d'une dérogation en application de l'article 3, § 7, parce que cette différence de traitement repose sur un critère pertinent qui est susceptible d'une justification raisonnable.

Même si la Cour ajoute qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre le décret du 29 mars 2018, d'examiner la pertinence de l'inscription ou du maintien de certains organismes dans la liste figurant à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 12 février 2004, il n'en résulte pas que le Conseil d'État serait tenu de poser de nouvelles questions préjudicielles à cet égard. En effet, quelles que soient les réponses apportées par la Cour, le texte du décret du 12 février 2004 resterait inchangé et l'autorité ne serait pas tenue de statuer à nouveau sur la demande de dérogation.

Par voie de conséquence, le second moyen n'est pas fondé.

VI. Indemnité de procédure

Dans son dernier mémoire, la partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros, à la charge de la partie requérante. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le 25 février 2021, par :

Pascale Vandernacht,
Marc Joassart,
Raphael Born,
Frédéric Quintin,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Frédéric Quintin

Pascale Vandernacht