

ROYAUME DE BELGIQUE

— — — — —

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

— — — — —

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Equipement et des Transports de la Région wallonne, le 28 décembre 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de décret "relatif à la création d'un port autonome du Hainaut", a donné le 10 février 1999 l'avis suivant :

EXAMEN DU PROJETArticle 2

1. L'alinéa 1er prévoit la création d'une "entreprise publique d'économie mixte".

Cette formule est malheureuse. Mieux vaut, pour respecter la terminologie utilisée par ailleurs, la remplacer par "société économique mixte".

2. L'alinéa 2 prévoit que les statuts sont "conformes au présent décret et, sauf dérogation expresse, aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales, en particulier aux dispositions relatives aux sociétés coopératives à responsabilité limitée ...".

Un telle disposition est ambiguë. Signifie-t-elle que les statuts peuvent déroger aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales, celles-ci ne s'appliquant qu'à titre supplétif, ou bien, au contraire, que les statuts doivent être conformes aux lois commerciales, sauf lorsque le présent décret y déroge ou permet d'y déroger ?

Dans son avis L. 27.751/4, donné le 23 septembre 1998, sur un avant-projet de décret "relatif au cycle de l'eau et instituant une société publique de gestion de l'eau" la section de législation observait :

"Il résulte de l'article 4 du décret en projet que la S.P.G.E. est une société anonyme soumise aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Toutefois ces

.../...

lois ne sont pas applicables en cas de "dérogation par (le décret en projet) ou par les statuts".

Lorsqu'elle prévoit, comme en l'espèce, la création d'une personne de droit public, la Région wallonne peut se référer à des formes juridiques existantes, telles celles qu'organisent les lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

En pareille hypothèse, elle doit cependant tenir compte de la compétence de l'autorité fédérale en matière de droit des sociétés (1).

Elle ne peut s'écarter des règles fédérales en cette matière que si elle remplit les conditions auxquelles l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles permet aux communautés et aux régions de prendre des dispositions relatives à des matières pour lesquelles elles ne sont pas compétentes (2).

L'une des conditions prévues par cette disposition de la loi spéciale du 8 août 1980 est que seul le législateur décretaal peut en faire usage. Il ne peut donc être admis que les statuts de la S.P.G.E. dérogent aux dispositions impératives des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

En ce qui concerne les dérogations prévues par le législateur, il doit être établi qu'elles sont "nécessaires à l'exercice de (la compétence de la Région)". En l'espèce, le commentaire de l'article 4 du projet se borne à faire état de "la nature publique de la société et du bien qu'elle gère - l'eau". Il convient d'apporter une justification beaucoup plus précise et circonstanciée.

En outre, il ressort de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que, pour être compatible avec le

(1) Article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée.

(2) Voir en ce sens de nombreux avis de la section de législation du Conseil d'Etat, notamment l'avis L. 26.741/4, donné sur un avant-projet de décret instituant le code wallon du logement (Doc. Parl. wall., sess. 1997-1998, n° 371/1, pp. 69 et 70).

régime des compétences exclusives, le recours à l'article 10 n'est admissible qu'à la double condition que la matière réservée à la compétence de l'Etat se prête à un règlement différencié et que l'incidence sur cette matière réservée ne soit que marginale (1). La dernière condition citée implique en particulier qu'une Région ne peut prendre des dispositions dérogeant de manière fondamentale au droit commun des sociétés : à cet égard, l'article 4, § 2, alinéa 1er, du décret en projet s'expose tout spécialement à critique, en tant qu'il donne au Gouvernement le pouvoir d'arrêter unilatéralement les statuts de la S.P.G.E. Rien ne s'opposerait, en revanche, à ce que les statuts soient soumis à l'approbation du Gouvernement."

L'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoit qu'il revient au décret de régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle des personnes de droit public dépendant des Communautés et des Régions.

Il peut certes le faire par référence, soit en prévoyant que la personne de droit public en question adoptera une forme juridique qu'organise la législation fédérale, soit, comme en l'espèce, en rendant applicables certaines des dispositions relatives aux organismes d'intérêt public et aux sociétés commerciales.

Mais s'il entend, sur certains points, déroger aux dispositions législatives auxquels il fait référence, il doit fixer lui-même l'étendue de ces dérogations. Il ne peut se limiter à prévoir que les statuts approuvés par le Gouvernement pourront déroger à cette législation.

(1) Voir les arrêts n^{os} 7 du 20 décembre 1985; 66 du 30 juin 1988; 67 du 9 novembre 1988; 40/91 du 19 décembre 1991; 4/93 du 21 janvier 1993; 49/93 du 24 juin 1993; 6/96 du 18 janvier 1996; 68/96 du 28 novembre 1996; 73/97 du 25 novembre 1997; et 83/97 du 17 décembre 1997.

L'alinéa 2 sera revu pour tenir compte de cette observation.

3. S'agissant d'une société à constituer, sa création résultera de l'adoption de ses statuts par les associés fondateurs.

Il y a donc lieu de prévoir que les statuts seront soumis à l'approbation du Gouvernement et non qu'ils seront "adoptés" par le Gouvernement.

Article 3

1. L'alinéa 1er ne définit pas avec suffisamment de précisions l'objet de la société.

Les statuts, qui seront approuvés par le Gouvernement, ne peuvent suppléer à ce manque de précision.

C'est en effet au décret lui-même qu'il appartient, conformément à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, de "régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle" des services décentralisés auxquels il accorde la personnalité juridique.

D'abord, l'objet n'est pas restreint à la gestion de ports, puisque, tel qu'il est rédigé, l'alinéa 1er permet à la société d'aménager, d'équiper et d'exploiter aussi bien des "zones industrielles et commerciales", quel que soit l'endroit où elles sont situées, que des "zones portuaires".

.../...

Ensuite, aucune délimitation territoriale n'est définie. Les mots "sises sur le territoire des différentes communes desservies par elle" sont insuffisants à cet égard, puisque l'avant-projet se contente de se référer, de manière très indéterminée, à l'entité géographique du Hainaut et ne dit pas quelles sont les communes "desservies" par la société.

Au surplus, il convient de préciser, dans le texte même, comment l'avant-projet de décret se concilie avec la loi du 12 février 1971 portant création du port autonome de Charleroi qui range également ce port dans la catégorie B des organismes d'intérêt public régis par la loi du 16 mars 1954 relatives au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

Enfin, mieux vaut écrire "la Société a pour objet", au lieu de "la Société est chargée" et remplacer les mots "ou sur lesquelles elle dispose d'un droit réel" par les mots "en vertu d'un droit réel ou personnel".

2. Selon l'exposé des motifs, seuls les premiers plans sont dressés de l'accord du Gouvernement et annexés au statut, cette exigence n'étant pas requise pour les aménagements ultérieurs.

L'alinéa 3 ne traduit pas correctement cette intention, les mots "ils sont annexés aux statuts", pouvant en effet aussi bien s'appliquer aux plans initiaux qu'aux aménagements ultérieurs.

.../...

La délégation donnée au Gouvernement d'approuver les plans initiaux et la possibilité donnée à la Société de les modifier ne sont bien entendu admissibles que si la compétence territoriale est définie à l'alinéa 1er.

Au surplus, les mots "de le (lire: la) Région wallonne, dénommé ci-après «le Gouvernement»" sont superflus.

Article 5

Dès lors que l'article 2 renvoie aux dispositions législatives sur les sociétés coopératives à responsabilité limitée, les alinéas 1er et 2 de l'article 5 du projet sont superflus.

L'article 147bis, § 1er, alinéa 1er, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, dispose en effet que "les statuts déterminent le montant de la part fixe du capital social".

Si, toutefois, l'intention de l'auteur du projet est de déroger à l'article 147nonies, qui traite des modalités de réductions du capital fixe, il y a lieu de le préciser expressément.

Les alinéas 5 et 6 ne semblent pas formuler de règles dérogatoires par rapport à l'article 147bis précité. Il sont donc également superflus.

.../...

Article 6

A l'alinéa 1er, les mots "après déclaration d'intérêt public par le Gouvernement" seront remplacés par les mots "après que le Gouvernement les a déclarées d'utilité publique".

L'alinéa 2 sera mieux rédigé comme suit :

"Les acquisitions et les expropriations d'immeubles à réaliser par la Société peuvent l'être à l'intervention de l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines." (1).

Article 7

Si l'auteur de l'avant-projet entend habiliter le Gouvernement à octroyer des subventions, il y a lieu d'écrire "le Gouvernement" au lieu de "la Région wallonne".

Si telle n'est pas l'intention, la disposition est dépourvue de portée normative et sera omise.

En outre, on écrira : "expropriations".

(1) Voir l'article 11ter du décret du 25 octobre 1984 instituant la Société régionale wallonne du Logement, inséré par le décret du 24 novembre 1994.

Article 8

1. Dans la mesure où l'exposé des motifs précise que "les emprunts seront toujours garantis par la Région", il y a lieu de prévoir dans le texte du décret lui-même le montant maximal à concurrence duquel les emprunts sont ainsi garantis.

Sous cette réserve, l'article sera mieux rédigé comme suit :

"Art. 8. Les emprunts de la Société sont soumis à l'autorisation préalable du Gouvernement.

La garantie de la Région envers les tiers est attachée au remboursement en capital, intérêts et frais des emprunts autorisés."

Article 11

1. A l'alinéa 1er il est prévu que les dix-huit membres qui composent le conseil d'administration peuvent "être remplacés".

Cette expression est ambiguë. S'agit-il simplement d'indiquer qu'il existe des membres effectifs et des membres suppléants, ou bien faut-il comprendre que les membres peuvent être révoqués à tout moment par ceux qui les ont désignés ?

.../...

2. L'alinéa 5 énonce une règle qui figure déjà à l'article 9 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, rendu applicable par l'article 2, alinéa 3, de l'avant-projet.

Cet alinéa doit, dès lors, être omis.

Article 12

Il résulte de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée qu'il incombe au législateur d'arrêter - fût-ce en déléguant pour partie ce pouvoir au Gouvernement - le statut des membres du personnel de la Société (1).

La rémunération du directeur et des directeurs adjoints ne peut, dès lors, pas être fixée par le conseil d'administration.

En outre, l'attention est attirée sur ce que, en vertu de la même disposition ainsi que de l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, la Région wallonne est tenue, à cette occasion, de respecter les principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat qui sont applicables de plein droit au personnel des

(1) Voir l'avis L. 27.751/4 précité.

personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions (1).

Enfin, l'exposé des motifs ne fournit aucune justification du fait que le projet ne prévoit pas de rendre applicable au personnel de la Société le décret du 22 janvier 1998 relatif au statut du personnel de certains organismes d'intérêt public relevant de la Région wallonne, alors que ce dernier est applicable, notamment, aux membres du personnel des ports autonomes de Liège, Charleroi et Namur.

Ces deux dernières observations valent également pour l'article 19.

Article 13

1. A l'alinéa 1er, mieux vaut faire précéder la disposition par les mots "En dérogation à l'article 13, § 1er, de la loi du 16 mars 1954 précitée".

2. Concernant l'alinéa 4, il y a lieu d'observer que l'article 64, § 1er, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, rendu applicable aux sociétés coopératives à responsabilité limitée par l'article 147octies des mêmes lois, dispose que "l'assemblée

(1) Sur ce que ces principes s'appliquent de plein droit au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions, sans qu'il ne faille dresser la liste desdites personnes morales, voir notamment l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 39/97 du 14 juillet 1997.

générale ... fixe [pour les commissaires] des émoluments garantissant le respect des normes de révision établies par l'Institut des réviseurs d'entreprises".

L'alinéa 4, qui attribue à l'Institut des réviseurs d'entreprises la compétence de donner son accord aux émoluments des commissaires aux comptes de la Société en projet, excède les compétences de la Région, même si l'on invoque l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

Une des conditions prévues par cet article pour que le décret puisse porter des dispositions relatives à des matières pour lesquelles les Conseils des Communautés et des Régions ne sont pas compétents, est qu'il doit être établi qu'elles "sont nécessaires à l'exercice de leur compétence".

Tel n'est pas le cas en espèce.

De l'accord des fonctionnaires délégués, l'alinéa 4 sera omis.

Article 14

Tel qu'elle est formulée, la disposition laisse dans le doute la question de savoir si la fonction de directeur est incompatible avec la fonction de membre du Gouvernement fédéral.

La disposition sera revue pour tenir compte de cette observation.

.../...

Article 16

Cette disposition ne tient pas compte de l'article 83, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles qui dispose :

"Les compétences attribuées à un ministre par la loi, par décret ou par arrêté royal, sont exercées par le Gouvernement, chaque fois qu'il s'agit d'une affaire relevant de la compétence de ce dernier.".

La deuxième phrase de l'article 16 de l'avant-projet, qui prévoit que le rapport d'activités communiqué au Gouvernement doit l'être également aux ministres compétents, conformément aux dispositions de la loi du 16 mars 1954, est donc dépourvue de sens.

Il appartient au Gouvernement, s'il le souhaite, de déléguer à l'un ou à plusieurs de ses membres l'exercice de la tutelle sur la Société, conformément à l'article 69 de la même loi spéciale précitée.

Le nombre d'exemplaires du rapport que la Société doit communiquer au Gouvernement est une mesure de détail que celui-ci pourra arrêter.

Article 20

Cet article dispose que "les statuts préciseront les missions de service public qui sont celles de la Société".

.../...

Ainsi qu'il a été dit plus haut, c'est au décret qu'il appartient, conformément à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, de déterminer les missions d'un organisme personnalisé régional ou communautaire.

En conséquence, cet article doit être omis.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	président de chambre,
	C. WETTINCK,	conseillers d'Etat,
	P. LIENARDY,	
	F. DELPEREE,	assesseurs de la
	J.-M. FAVRESSE,	section de législation,
Madame	M. PROOST,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme F. CARLIER, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

M. PROOST

R. ANDERSEN