LC

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 44.072/4
DU 3 MARS 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Président du Parlement wallon, le 1er février 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de décret "visant à interdire aux mandataires publics d'exercer tout mandat public par le biais d'une société interposée (Doc. Parl. wall., 2007-2008 n/ 724/1)", examiné en ses séances des 27 février 2008 et 3 mars 2008, a donné l'avis suivant :

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

Sur ces trois points, la proposition de décret appelle les observations ci-après.

1. L'avis de la section de législation du Conseil d'État est sollicité conformément à l'article 2, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, et à l'article 44.1 du Règlement d'ordre intérieur du Parlement wallon.

Aucun délégué du président de l'assemblée n'a été désigné conformément à l'article 82, alinéa 2, des mêmes lois coordonnées, de sorte que la section de législation n'a pu l'interroger ou l'entendre afin de se voir donner les explications utiles sur les difficultés posées par la proposition (1) et qu'elle n'a pas le sentiment de connaître avec précision toutes les situations de fait auxquelles la proposition entend remédier.

2. La proposition de décret compte cinq dispositions.

2.1. Selon le commentaire des articles, l'article 1er de la proposition énonce comme principe l'obligation pour tout mandataire public d'exercer ses mandats publics en tant que personne physique. Il interdit d'utiliser des sociétés écrans pour exercer de tels mandats publics. Le commentaire de cette disposition précise que

> "[l]e but du décret n'est pas d'empêcher par exemple certains mandataires dans des intercommunales de représenter ces dernières dans d'autres intercommunales. Une telle interprétation du texte irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par ce décret".

---

(1) Selon l'article 82, alinéa 2, précité, alinéa inséré par la loi du 4 août 1996 et remplacé par la loi du 2 avril 2003,
"[La section de législation] peut, pendant toute la procédure, poser des questions ou entendre soit le fonctionnaire délégué ou le représentant du ministre, soit le délégué du président de l'assemblée concernée s'il s'agit d'une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance, désigné par le ministre ou le président de l'assemblée dans la demande d'avis."

Dans la partie générale du développement de la proposition, il est également fait état de ce que

> "[...] certains mandataires troquent leurs mandats exercés en tant que personne physique contre une représentation de leur société au conseil d'administration."

et de ce que

> "Ces pratiques posent aussi de nombreuses questions quant à la désignation initiale d'une personne clairement identifiée, quant à la substitution qui s'opère par la suite dans certains cas et quant à la perception des rémunérations".

2.2. L'article 2 de la proposition énumère, de manière non exhaustive, la liste des "mandataires publics susceptibles d'être visés par ce décret"; l'objectif est d'"englober un maximum de situations possibles".

2.3. L'article 3 de la proposition

> "vise à exclure expressément l'exercice de mandats liés à une activité professionnelle du champ d'application de ce décret".

2.4. L'article 4 de la proposition instaure un régime de sanction en cas de non-respect de l'article 1er, sanction qui peut

> "conduire au paiement d'une amende équivalente au double des montants perçus par le biais de la société écran" (2).

Dans ce but, une nouvelle mission est attribuée à l'organe de contrôle visé à l'article L 5111-7 (3) du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

L'organe de contrôle statue en premier ressort et un recours peut être introduit auprès du Gouvernement qui est habilité à en arrêter les modalités (4).

---

(2) Voir l'article 4, alinéas 2 et 3, de la proposition.

(3) Voir également l'article L 5111-1 du même code.

(4) Voir l'article 4, alinéa 4, de la proposition.

2.5. L'article 5 de la proposition prévoit que le décret

"entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge".

3. À l'évidence, le législateur décrétal ne peut régler l'exercice de mandats publics que lorsque ceux-ci relèvent de la compétence de la Région wallonne.

Il n'en va manifestement pas ainsi des fonctions de membres de gouvernements, en ce compris les membres de cabinets ministériels, ou de parlements de l'autorité fédérale ou d'autres entités fédérées.

La Région ne pourrait par ailleurs prononcer l'interdiction envisagée à l'égard des membres du Parlement et du Gouvernement wallon que si celle-ci peut être considérée comme une incompatibilité au sens des articles 24*bis*, § 3, et 59, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ce qui ne se conçoit guère. En effet, comme le rappelait la section de législation du Conseil d'État, "l'incompatibilité est traditionnellement définie comme «l'interdiction faite au titulaire d'une fonction de cumuler celle-ci avec une ou plusieurs autres fonctions qui pourraient en compromettre l'exercice» [(5)]" [(6)]. Régler l'exercice de la fonction parlementaire, comme l'envisage la proposition examinée, n'est donc pas édicter une incompatibilité. Conformément aux articles 118, § 1er et 123, § 1er, de la Constitution, le règlement du fonctionnement des parlements et gouvernements régionaux est une compétence réservée au législateur spécial.

4. Ni la proposition, ni son développement, ni le commentaire des articles ne définissent la notion de "mandat public", notion essentielle à la compréhension de la proposition.

---

(5) J. Velu (avec la collaboration de Ph. Quertainmont et M. Leroy), Droit public, Tome Premier, Le statut des Gouvernants, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 485. Dans le même sens, K. Muylle, "Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheden", in M. Van der Hulst en L. Veny (dir.), Parlementair Recht, commentaar & teksten, 6de toevoeging, Mys & Breesch, 1999, n/ 3, p. A.3.5.-2.

(6) Avis 34.914/2 donné le 12 mars 2003 sur une proposition de décret "instituant une incompatibilité entre le mandat de ministre de la Région wallonne et une candidature aux élections législatives ou européennes" (déposée par M. A. Antoine), *Doc. C.R.W.*, 2002-2003, n/ 470/2.

4.1. Cette notion se définit malaisément. Elle reçoit en tout cas une acception très large.

Selon les Pandectes,

> "1. - On donne ce nom à la mission que remplit toute personne chargée d'une fonction intéressant la société en général, ou l'ordre public.
>
> 2. - Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils ne peuvent s'exercer dans leurs applications multiples que par le concours des citoyens; chacun de ceux-ci, dans l'exercice, quel qu'il soit, de la fonction qui lui est confiée, est revêtu d'un mandat public. Tantôt il tient ce mandat directement de la nation ou de la portion de la nation qui le lui confère par l'élection (mandat électif), comme le représentant, le conseiller provincial, communal, etc., tantôt il tient son mandat d'une autorité revêtue elle-même d'un mandat public et qui délègue, par la nomination, une partie de ses pouvoirs ou de ses attributions, tels les magistrats, les fonctionnaires de tout ordre, les membres des conseils de fabrique, des administrations, des hospices, etc" [(7)].

L'imprécision de la notion a été confirmée lors de l'adoption de l'article 11*bis* de la Constitution, inséré par la révision du 21 février 2002, disposition relative au droit des femmes et des hommes à l'égalité et favorisant leur égal accès aux mandats électifs et publics [(8)].

---

(7) *Pandectes belges*, Bruxelles, Larcier, 1899, V/ Mandat public.

(8) *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n/ 2-465/1. Voir également, le rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n/ 2-465/4, p. 85. Parmi les experts entendus par la commission du Sénat, Marc Uyttendaele avait relevé que le terme "mandat électif ou public" "couvre tous les mandats qui relèvent directement ou indirectement d'une manifestation du suffrage universel, mais de manière générale tous les organes publics qui sont constitués de membres nommés, voire élus. Tel serait par exemple le cas des organes d'une université publique" (*op. cit.*, p. 50); pour sa part, Jan Velaers souligna que, "par «mandats publics» l'on entend toutes les «fonctions publiques»" (*op. cit.*, p. 69). Lors des discussions en Commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions de la Chambre, Madame le vice-premier ministre et ministre de l'emploi, porteuse de la proposition du gouvernement, confirma cette large définition : "par mandat public, on vise tout mandat relevant d'une manifestation directe ou indirecte du suffrage universel et d'une manière générale de tout organe public nommé ou élu" *(Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n/ DOC 50 1140/2, p. 27).

Si une notion aussi générale peut éventuellement être assumée lorsqu'elle figure dans une disposition constitutionnelle qui charge les différents législateurs d'en assurer l'exécution [9], il n'en va pas de même dans une disposition décrétale directement applicable, assortie de sanction administrative à caractère pénal manifeste. À cet égard, une liste non exhaustive [10] n'est pas admissible [11].

4.2. En visant l'exercice par un mandataire public de son mandat "par le biais d'une personne morale", l'article 1er de la proposition paraît viser l'hypothèse où une personne physique, investie d'un mandat public, le céderait à une société qu'elle aurait constituée [12].

Or le mandataire ne peut disposer d'un mandat public, quel qu'il soit. En effet, celui-ci revêt par définition un caractère d'intérêt général, si bien que son exercice

---

(9) Comme le notaient Sébastien Van Drooghenbroeck et Isabelle Hachez, "il serait assurément vain de vouloir tracer ici une liste exhaustive des «mandats publics» dans l'attribution desquels le législateur compétent sera désormais contraint de favoriser l'égalité entre hommes et femmes. Tout juste se bornera-t-on, pour illustrer l'immensité, voire l'irréalisme, de la tâche imposée au législateur, à livrer un florilège d'exemples issus des travaux préparatoires : Conseil d'administration de la S.N.C.B., organes des universités publiques, mandats de juges à la Cour d'arbitrage ..." ("L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution", *R.B.D.C.*, 2002, p. 164, n/ 17).

(10) Ceci résulte du commentaire de l'article 2 de la proposition et de l'emploi de l'adverbe "notamment" dans la disposition elle-même.

(11) L'énumération limitative des mandats publics contenue à l'article 2 rend par conséquent l'article 3 de la proposition inutile; celui-ci sera donc omis.

(12) Voir le passage de la partie générale du développement, citée *supra*, 2.1.

est hors commerce [13]. Conformément à l'article 1128 du Code civil, il ne peut donc faire l'objet de conventions [14].

Il en résulte qu'un mandat public ne peut être exercé que par celui ou celle qui a été désigné pour l'exercer, par l'élection ou la nomination. Seul ce mandataire a en effet obtenu les suffrages nécessaires à son élection ou émergé de la comparaison des titres et mérites conditionnant sa nomination, au terme d'une procédure où le respect des conditions d'éligibilité ou de nomination aura été vérifié [15]. D'autres règles, telles que

---

(13) En ce sens, à propos de conventions passées entre candidats pour la cession de mandats à mi-échéance, voir not. C.E., arrêt n/ 49.114 du 20 septembre 1994, Verwimp c. Gemeente Olen : "Overwegende dat verzoeker niet betwist dat hij, na de gemeenteraadsverkiezing van 1981, zich ertoe heeft verbonden na drie jaar uitoefening van het schepenambt ontslag te nemen uit dat ambt ten voordele van raadslid MERTENS; dat de nieuwe bestuurscoalitie onder die voorwaarde er zich toe verbond hem tot schepen te verkiezen; dat aldus een overeenkomst werd gesloten betreffende een openbaar ambt dat buiten de handel is; dat een zodanige overeenkomst in rechte iedere waarde mist; dat zij een zuiver politiek karakter heeft; dat derhalve geen acht zal worden geslagen op middelen van verzoeker of op verweer tegen middelen van verzoeker waaraan maar enig gevolg kan worden gegeven wanneer men die overeenkomst in rechte niet gewoon negeert". De même, C.E., arrêt n/ 63.638 du 18 décembre 1996, Vandijk c. Gemeente Kortenaken : "dat het nadeel dat hij voorhoudt te ondergaan doordat de bestreden beslissing strijdt met een afgesloten bestuursakkoord dat hem een nieuw schepenambt in het vooruitzicht stelde niet in overweging kan genomen worden omdat het openbaar ambt van schepen buiten de handel is zodat de daarover gesloten overeenkomst een zuiver politiek karakter heeft en hooguit een morele, maar zeker geen juridische waarde heeft en dat de Raad van State geen acht vermag te slaan op argumenteringen die in dergelijke overeenkomsten hun grondslag vinden".

(14) Il en va déjà ainsi pour de simples mandats publics de membres de commissions consultatives. Voir en ce sens les avis de la section de législation du Conseil d'État 37.362/4 donné le 30 juin 2004 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 octobre 1996 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission des déchets et 39.057/4 donné le 6 octobre 2005 sur un projet devenu l'arrêté 2005/504 du Collège de la Commission communautaire française du 10 novembre 2005 portant exécution du décret de la Commission communautaire française du 13 mai 2004 (lire 30 avril 2004) relatif à la cohésion sociale.

(15) À titre d'exemple, au sein d'une intercommunale, les membres du conseil d'administration qui représentent la commune doivent être membres du conseil communal (articles L 1523-1 et L 1523-15, § 3, alinéa 4, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation).

les exigences en matière d'égalité des sexes (article 11*bis* de la Constitution) ou d'incompatibilité, notamment pour cause de lien parental, ne se conçoivent qu'appliquées à des personnes physiques.

En cas d'élection, le seul moyen de céder son mandat est la démission au profit de son suppléant, qui a lui-même été désigné par le suffrage électoral. De même, la personne nommée à une fonction publique ne pourra céder son mandat que par la démission, qui amènera l'autorité à nommer une autre personne.

4.3. L'exercice du mandat public par une personne morale ne se conçoit donc pas dans les cas visés à l'article 2 de la proposition, sous les n^{os} 1, 2, 4 et 5, puisqu'il s'agit de personnes physiques élues [(16)] ou nommées en vue de l'exercice de fonctions de mandataires publics.

Il en va de même des cas visés aux n^{os} 6 et 7 du même article, qui mentionnent les titulaires d'un mandat originaire ou d'un mandat dérivé, tels que définis à l'article L 5111-1 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

4.4. Il ne semble pas exclu cependant que les deux cas visés sous les n^{os} 3 et 8 du même article, puissent donner lieu à la désignation de personnes morales pour l'exercice de certaines fonctions.

Dans le secteur privé, il est courant qu'une personne physique constitue une société [(17)] pour exercer un mandat d'administrateur de sociétés dans le but de diminuer la charge fiscale sur les rémunérations auxquelles ce mandat donne droit. En pareil cas, c'est la société, représentée par son gérant, qui exerce réellement le mandat d'administrateur de société, à moins de circonstances particulières révélant qu'il s'agit d'une simulation.

---

(16) Une simple lecture des conditions d'éligibilité applicables à ces différentes catégories de personnes montrent à l'évidence que la plupart de ces conditions n'ont de sens qu'appliquées à des personnes physiques.

(17) Généralement, une société privée à responsabilité limitée d'une personne.

Il ne s'agit donc pas de l'exercice d'un mandat d'administrateur par une personne physique "par le biais d'une société interposée", mais de l'exercice d'un mandat d'administrateur par une société (18).

Dans les hypothèses où il ne serait pas exclu qu'une personne morale soit désignée pour exercer un mandat public, il conviendrait de donner à l'article 2 de la proposition, une liste limitative de tels mandats et d'amender l'article 1er de la proposition comme suit :

"Les fonctions visées à l'article 2 ne peuvent être exercées que par des personnes physiques, à l'exclusion de personnes morales" (19)

et ce, afin de traduire correctement l'intention des auteurs de la proposition.

Si la proposition de décret est doublement amendée dans ce sens, l'article 3 est inutile et doit être omis. Par ailleurs, l'intitulé de la proposition pourrait être revu de la manière suivante :

"Décret visant à interdire l'exercice de mandats publics par une personne morale".

5. La section de législation du Conseil d'État s'interroge aussi sur le caractère adéquat de la sanction prévue à l'article 4, alinéa 4 , de la proposition et ainsi rédigée :

> "Le mandataire en infraction peut être condamné à payer une amende équivalant au double des montants perçus".

---

(18) Le Code des sociétés prévoit en son article 61, § 2 que "lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance, celle-ci est tenue de désigner […] un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour compte de la personne morale".

(19) Il n'est pas d'usage que la section de législation formule des observations de légistique lorsqu'elle examine une proposition de décret mais, en l'espèce, il conviendrait en outre que l'article 2 qui détermine le champ d'application du décret et l'article 1er qui contient la norme destinée à s'y appliquer soient intervertis.

Or la disposition appelée à faire l'objet de l'article 1er de la proposition est d'ordre public. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 19 mars 2007 (20)

> "[...] est d'ordre public, la législation qui règle les intérêts essentiels de l'État, de la Communauté ou de la Région ou qui, en droit privé, établit les fondements juridiques de l'ordre économique ou moral de la société" (21).

Du moment que la proposition de décret, amendée comme le propose le présent avis, interdit l'exercice par une personne morale des mandats visés, il faut prévoir que la personne morale investie d'un tel mandat en est déchue de plein droit.

Il reste alors à prévoir les conséquences pécuniaires de cette déchéance en ce qui concerne spécialement les rémunérations qui auraient été payées à la personne morale depuis sa désignation.

6. L'article 5 de la proposition prévoit que le décret entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

Dans l'hypothèse où la désignation de personnes morales a pu être, dans certains cas, juridiquement admissible, le législateur décrétal doit prévoir une période transitoire pour permettre aux personnes concernées de se conformer à la nouvelle réglementation.

Il appartient au législateur décrétal de fixer lui-même le délai dans lequel l'interdiction sera applicable et dans lequel devra avoir eu lieu le remplacement des personnes morales par des personnes physiques : soit la plus prochaine réunion des organes statutaires compétents, soit, au plus tard, dans le délai déterminé par la disposition examinée.

---

(20) Cass., 19 mars 2007, C.3.0582.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision?justel=F-20070319-2&idxc_id=21255&lang=fr (28/02/2008).

(21) Voir également Cass., 24 janvier 1985, Pas., 1985,606; Cass., 10 novembre 1978, Pas., 1979, 309; Cass., 9 décembre 1948, Pas., 1948, 699, cités par Cl. WANTIEZ, "Dispositions impératives et d'ordre public en droit du travail", dans Imperat Lex, Liber Amicorum Pierre Marchal, De Boeck & Larcier, 2003, p. 444.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE	président de chambre,
	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	J. KIRKPATRICK, G. KEUTGEN,	assesseurs de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT Ph. HANSE