



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 61.417/4
du 21 juin 2017

advies 61.417/4
van 21 juni 2017

sur

over

une proposition de loi
‘modifiant la loi du
21 mars 1991 portant réforme
de certaines entreprises
publiques économiques en ce
qui concerne la transparence
administrative au sein des
filiales de la SNCB et
d’Infrabel’ (déposée par
M. Wouter Raskin et
M^{me} Inez De Coninck) (*Doc.
parl.*, Chambre, 2016-2017,
n° 54-2357/001)

een wetsvoorstel ‘tot wijziging
van de wet van 21 maart 1991
betreffende de hervorming van
sommige economische
overheidsbedrijven, wat de
bestuurlijke transparantie bij de
dochterondernemingen van
NMBS en Infrabel betreft’
(ingediend door de
heer Wouter Raskin en
mevrouw Inez De Coninck)
(*Parl.St.*, Kamer, 2016-2017,
nr. 54-2357/001)

Le 28 avril 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur une proposition de loi 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en ce qui concerne la transparence administrative au sein des filiales de la SNCB et d'Infrabel' (déposée par M. Wouter Raskin et M^{me} Inez De Coninck) (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2357/001).

La proposition a été examinée par la quatrième chambre le 21 juin 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Yves CHAUFFOUREAUX, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 21 juin 2017.

*

Op 28 april 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht, binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over een wetsvoorstel 'tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, wat de bestuurlijke transparantie bij de dochterondernemingen van NMBS en Infrabel betreft' (ingediend door de heer Wouter Raskin et mevrouw Inez De Coninck) (*Parl.St.*, Kamer, 2016-2017, nr. 54-2357/001).

Het voorstel is door de vierde kamer onderzocht op 21 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Yves CHAUFFOUREAUX, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 juni 2017.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition ^(*), 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 appelle les observations suivantes.

1.1. Alors que la proposition de loi ¹ 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en ce qui concerne le contrôle exercé par la Cour des comptes' faisant l'objet de l'avis 61.415/4 donné ce jour, se limite à étendre le contrôle actuellement exercé par la Cour des comptes sur l'exécution des tâches de service public des entreprises publiques autonomes, en vertu de l'article 27, § 3, de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, – en ce qui concerne la transparence administrative au sein des filiales de la SNCB et d'Infrabel – à l'ensemble de leurs activités ainsi qu'à leurs filiales, pour autant que la participation directe ou indirecte des autorités publiques dans la filiale concernée excède 50 % du capital, la proposition de loi présentement examinée ² présente une portée plus étendue, même si elle limite son champ d'application aux seules entreprises publiques Infrabel et SNCB.

1.2. Outre l'objectif précité, la proposition examinée vise en effet à étendre aux filiales d'Infrabel et de la SNCB, ainsi qu'à leurs sociétés associées et aux sociétés avec lesquelles elles ont un lien de participation :

- l'obligation actuellement faite aux entreprises publiques autonomes par l'article 25, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991, de confier le contrôle de leur situation financière, de leurs comptes annuels et de la régularité, au regard de la loi et du statut organique, des opérations à constater dans les comptes annuels, à un collège de quatre commissaires, dont deux sont nommés par la Cour des comptes (article 2 de la proposition) ;
- l'obligation, imposée au conseil d'administration par l'article 27, § 2, de la loi du 21 mars 1991, d'établir un rapport annuel de gestion, dont le contenu est en outre étendu (article 3, 1^o, 2^o et 3^o, de la proposition) ;
- l'obligation, imposée au conseil d'administration par l'article 27, § 4, de la loi du 21 mars 1991, de communiquer les comptes annuels accompagnés du rapport de gestion et du rapport du collège des commissaires au ministre dont relève l'entreprise publique et au Ministre du Budget quatorze jours avant la tenue de l'assemblée générale (article 3, 4^o, de la proposition).

2.1 Pour bien comprendre la portée de la proposition, il convient de rappeler ce que recouvrent les notions de filiale, de société associée ou de lien de participation.

(*) S'agissant d'une proposition de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2213/001.

² *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2357/001.

2.2. La « filiale » est définie par l'article 6, 2°, du Code des sociétés comme étant « la société à l'égard de laquelle un pouvoir de contrôle existe » ; ce pouvoir de contrôle est lui-même défini par l'article 5 du même code dans les termes suivants :

« Art. 5. § 1^{er}. Par 'contrôle' d'une société, il faut entendre le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion.

§ 2. Le contrôle est de droit et présumé de manière irréfutable :

1° lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause ;

2° lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants ;

3° lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société en cause ou de conventions conclues avec celle-ci ;

4° lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de la société en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci ;

5° en cas de contrôle conjoint.

§ 3. Le contrôle est de fait lorsqu'il résulte d'autres éléments que ceux visés au § 2.

Un associé est, sauf preuve contraire, présumé disposer d'un contrôle de fait sur la société si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette société, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées ».

2.3. La notion de « société associée » est définie à l'article 12 du Code des sociétés, dans les termes suivants :

« Art. 12. Il faut entendre par 'société associée', toute société, autre qu'une filiale ou une filiale commune, dans laquelle une autre société détient une participation et sur l'orientation de laquelle elle exerce une influence notable.

Cette influence notable est présumée sauf preuve contraire, si les droits de vote attachés à cette participation représentent un cinquième ou plus des droits de vote des actionnaires ou associés de cette société. Les dispositions de l'article 7 sont applicables »³.

³ « Art. 7. § 1^{er} Pour la détermination du pouvoir de contrôle :

1° le pouvoir détenu indirectement à l'intermédiaire d'une filiale est ajouté au pouvoir détenu directement ;

2° le pouvoir détenu par une personne servant d'intermédiaire à une autre personne est censé détenu exclusivement par cette dernière.

Pour la détermination du pouvoir de contrôle, il n'est pas tenu compte des suspensions du droit de vote ni des limitations à l'exercice du pouvoir de vote prévues par le présent code ou par des dispositions légales ou statutaires d'effet analogue.

Pour l'application de l'article 5, § 2, 1° et 4°, les droits de vote afférents à l'ensemble des actions, parts et droits d'associés d'une filiale s'entendent déduction faite des droits de vote afférents aux actions, parts et droits d'associés de cette filiale détenus par elle-même ou par ses filiales. La même règle s'applique dans le cas visé à l'article 5, § 3, alinéa 2, en ce qui concerne les titres représentés aux dernières assemblées générales.

2.4. La notion de « participation » dans une société est, pour sa part, définie à l'article 13 du même code :

« Art. 13. Sont considérés comme constitutifs d'une participation les droits sociaux détenus dans d'autres sociétés lorsque cette détention vise, par l'établissement d'un lien durable et spécifique avec ces sociétés, à permettre à la société d'exercer une influence sur l'orientation de la gestion de ces sociétés.

Est présumée constituer une participation, sauf preuve contraire :

1° la détention de droits sociaux représentant le dixième du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société ;

2° la détention de droits sociaux représentant une quotité inférieure à 10 % :

a) lorsque par l'addition des droits sociaux détenus dans une même société par la société et par ses filiales, ceux-ci représentent le dixième du capital, du fonds social ou d'une catégorie d'actions de la société en cause ;

b) lorsque les actes de disposition relatifs à ces actions ou parts ou l'exercice des droits y afférents sont soumis à des stipulations conventionnelles ou à des engagements unilatéraux auxquels la société a souscrits ».

3. Au regard de ces définitions des notions de sociétés associées ou de sociétés avec lesquelles il existe un lien de participation, il doit être constaté que la proposition aboutit à imposer à des sociétés commerciales « ordinaires » des obligations exorbitantes du droit commun en matière d'organes internes de contrôle, d'intervention de la Cour des comptes, et d'obligation de rapportage aux autorités publiques, dès qu'Infrabel ou la SNCB y détiennent, même en qualité d'actionnaire minoritaire, des droits sociaux leur permettant d'exercer une influence notable (société associée), ou même une simple influence dans le cadre d'un lien durable et spécifique (lien de participation) sur l'orientation de la société concernée.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et des avis de la section de législation du Conseil d'État que les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent certes pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose toutefois sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier compte tenu du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause. Les principes d'égalité et de non-discrimination sont violés lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les articles 10 et 11 de la Constitution s'opposent par ailleurs à ce que soient traitées de manière identique, sans justification objective et raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes.

Ce n'est qu'à la condition de pouvoir être dûment justifiées que les obligations que la proposition de loi examinée tend à imposer à des sociétés dans lesquelles Infrabel ou la SNCB n'exercent pas un pouvoir de contrôle, au sens de l'article 5 du Code des sociétés, peuvent être

§ 2 Par 'personne servant d'intermédiaire', il faut entendre toute personne agissant en vertu d'une convention de mandat, de commission, de portage, de prête-nom, de fiducie ou d'une convention d'effet équivalent, pour le compte d'une autre personne ».

considérées comme compatibles avec les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorstel,^(*) de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1.1. Het wetsvoorstel¹ ‘tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven wat de controle door het Rekenhof betreft’, waarover heden advies 61.415/4 is gegeven, beperkt zich ertoe de controle die het Rekenhof momenteel krachtens artikel 27, § 3, van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’ uitoefent op de uitvoering van de taken van openbare dienst van de autonome overheidsbedrijven, wat betreft de administratieve transparantie in de dochterondernemingen van de NMBS en Infrabel, te verruimen tot al hun activiteiten en hun dochterondernemingen, voor zover het rechtstreekse of onrechtstreekse belang van de overheid in de betrokken dochteronderneming meer dan 50% van het kapitaal vertegenwoordigt. Het thans voorliggende wetsvoorstel² heeft zijnerzijds een ruimere strekking, ook al is de werkingssfeer ervan beperkt tot louter de overheidsbedrijven Infrabel en NMBS.

1.2. Naast de voornoemde doelstelling wil het voorliggende voorstel de volgende verplichtingen namelijk ook opleggen aan de dochterondernemingen van Infrabel en van de NMBS, alsook aan hun geassocieerde vennootschappen en de vennootschappen waarmee ze een deelnemingsverhouding hebben:

- de verplichting die artikel 25, § 1, van de wet van 21 maart 1991 momenteel aan de autonome overheidsbedrijven oplegt om de controle van hun financiële toestand, van hun jaarrekening en van het feit of hun verrichtingen die in de jaarrekening moeten worden weergegeven, regelmatig zijn ten aanzien van de wet en van het organiek statuut op te dragen aan een college van vier commissarissen van wie er twee door het Rekenhof worden benoemd (artikel 2 van het voorstel);
- de verplichting die artikel 27, § 2, van de wet van 21 maart 1991 aan de raad van bestuur oplegt om een jaarverslag op te stellen, dat bovendien een ruimere strekking krijgt (artikel 3, 1°, 2° en 3°, van het voorstel);
- de verplichting die artikel 27, § 4, van de wet van 21 maart 1991 aan de raad van bestuur oplegt om de jaarrekening samen met het jaarverslag en het verslag van het college van commissarissen veertien dagen voor de algemene vergadering over te zenden aan de minister

^(*)Aangezien het om een wetsvoorstel gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2213/001.

² *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2357/001.

die bevoegd is voor het overheidsbedrijf en aan de minister van Begroting (artikel 3, 4°, van het voorstel).

2.1. Om te strekking van het voorstel goed te kunnen begrijpen, moet in herinnering worden gebracht wat de begrippen “dochteronderneming”, “geassocieerde vennootschap” of “deelnemingsverhouding” inhouden.

2.2. De “dochteronderneming” wordt in artikel 6, 2°, van het Wetboek van vennootschappen gedefinieerd als “de vennootschap ten opzichte waarvan een controlebevoegdheid bestaat”. In artikel 5 van datzelfde Wetboek wordt die controlebevoegdheid als volgt omschreven:

“Art. 5. § 1. Onder ‘controle’ over een vennootschap moet worden verstaan, de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid.

§ 2. De controle is in rechte en wordt onweerlegbaar vermoed:

1° wanneer zij voortvloeit uit het bezit van de meerderheid van de stemrechten verbonden aan het totaal van de aandelen van de betrokken vennootschap;

2° wanneer een vennoot het recht heeft de meerderheid van de bestuurders of zaakvoerders te benoemen of te ontslaan;

3° wanneer een vennoot krachtens de statuten van de betrokken vennootschap of krachtens met die vennootschap gesloten overeenkomsten over de controlebevoegdheid beschikt;

4° wanneer op grond van een overeenkomst met andere vennoten van de betrokken vennootschap, een vennoot beschikt over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan het totaal van de aandelen van die vennootschap;

5° in geval van gezamenlijke controle.

§ 3. De controle is in feite wanneer zij voortvloeit uit andere factoren dan bedoeld in § 2.

Een vennoot wordt, behoudens bewijs van het tegendeel, vermoed over een controle in feite te beschikken op een vennootschap, wanneer hij op de voorlaatste en laatste algemene vergadering van deze vennootschap stemrechten heeft uitgeoefend die de meerderheid vertegenwoordigen van de stemrechten verbonden aan de op deze algemene vergaderingen vertegenwoordigde aandelen.”

2.3. Het begrip “geassocieerde vennootschap” wordt in artikel 12 van het Wetboek van vennootschappen als volgt gedefinieerd:

“Art. 12. Onder ‘geassocieerde vennootschap’ wordt verstaan, elke andere vennootschap dan een dochtervennootschap of een gemeenschappelijke dochtervennootschap waarin een andere vennootschap een deelneming bezit en waarin zij een invloed van betekenis uitoefent op de oriëntatie van het beleid.

Behoudens tegenbewijs wordt deze invloed van betekenis vermoed indien de stemrechten verbonden aan deze deelneming één vijfde of meer vertegenwoordigen van

het totaal aantal stemrechten van de aandeelhouders of vennoten van deze vennootschap. De bepalingen van artikel 7 zijn van toepassing.”³

2.4. Het begrip “deelneming” in een vennootschap wordt zijnerzijds in artikel 13 van hetzelfde Wetboek gedefinieerd:

“Art. 13. Worden als deelnemingen beschouwd, de maatschappelijke rechten in andere vennootschappen die ertoe strekken door het scheppen van een duurzame en specifieke band met die andere vennootschappen, de vennootschap in staat te stellen een invloed uit te oefenen op de oriëntatie van het beleid van deze vennootschappen.

Behoudens bewijs van het tegendeel, wordt vermoed een deelneming te zijn:

1° het bezit van maatschappelijke rechten die één tiende vertegenwoordigen van het kapitaal, van het maatschappelijk fonds of van een categorie aandelen van een vennootschap;

2° het bezit van maatschappelijke rechten die een quotum van minder dan 10% vertegenwoordigen:

a) wanneer ze, samen met de maatschappelijke rechten die in dezelfde vennootschap worden aangehouden door de dochters van de vennootschap, één tiende bereiken van het kapitaal, van het maatschappelijk fonds of van een categorie aandelen van die vennootschap;

b) wanneer de daden van beschikking over deze aandelen of de uitoefening van de daaraan verbonden rechten onderworpen zijn aan overeenkomsten of aan eenzijdige verbintenissen die de vennootschap heeft aangegaan.”

3. Wat betreft die definities van de geassocieerde vennootschappen of van de vennootschappen waarmee deelnemingsverhoudingen bestaan, moet worden vastgesteld dat het voorstel ertoe leidt dat aan “gewone” handelsvennootschappen overdreven gemeenrechtelijke verplichtingen worden opgelegd inzake interne controleorganen, inzake het optreden van het Rekenhof en inzake de verplichting van rapportering aan de overheid, van zodra Infrabel of de NMBS daar, zelfs als minderheidsaandeelhouder, maatschappelijke rechten heeft waardoor die een invloed van betekenis (geassocieerde vennootschap) of, in het kader van een duurzame en specifieke band (deelnemingsverhouding), zelfs maar een gewone invloed kan uitoefenen op de oriëntatie van de vennootschap in kwestie.

³ “Art. 7. § 1. Om de controlebevoegdheid vast te stellen:

1° wordt de onrechtstreekse bevoegdheid via een dochtervennootschap bij de rechtstreekse bevoegdheid geteld;

2° wordt de bevoegdheid van een persoon die optreedt als tussenpersoon van een andere persoon, geacht uitsluitend in het bezit te zijn van laatstgenoemde.

Om de controlebevoegdheid vast te stellen wordt geen rekening gehouden met een schorsing van stemrechten, noch met de stemrechtbeperking bedoeld in dit wetboek of in wettelijke of statutaire beperkingen met een soortgelijke uitwerking.

Voor de toepassing van artikel 5, § 2, 1° en 4° moeten de stemrechten verbonden aan het totaal van de aandelen van een dochtervennootschap worden verminderd met de stemrechten verbonden aan de aandelen van deze dochtervennootschap, gehouden door laatstgenoemde zelf of door haar dochtervennootschap. Dezelfde regel is van toepassing in het in artikel 5, § 3, tweede lid, bedoelde geval, wat de aandelen betreft die op de laatste twee algemene vergaderingen zijn vertegenwoordigd.

§ 2. Onder ‘tussenpersoon’ moet worden verstaan, elke persoon die optreedt krachtens een overeenkomst van lastgeving, commissie, portage, naamlening, fiducie of een overeenkomst met een gelijkwaardige uitwerking, voor rekening van een andere persoon.”

Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof en de adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State sluiten de grondwettelijke regels inzake gelijkheid en non-discriminatie weliswaar niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat evenwel op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld aan de hand van het doel en de gevolgen van de maatregel en van de aard van de ter zake geldende beginselen. De beginselen van gelijkheid en non-discriminatie zijn geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet staan er overigens aan in de weg dat categorieën van personen die zich ten aanzien van de betreffende maatregel in een volledig verschillende situatie bevinden, op identieke wijze worden behandeld zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

De verplichtingen die het voorliggende wetsvoorstel beoogt op te leggen aan vennootschappen waarin Infrabel of de NMBS geen controlebevoegdheid in de zin van artikel 5 van het Wetboek van vennootschappen uitoefent, kunnen slechts worden beschouwd als verenigbaar met de beginselen van gelijkheid en van non-discriminatie, vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet op voorwaarde dat ze naar behoren gerechtvaardigd kunnen worden.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre LIENARDY