

Principe de territorialité et rattachement territorial : l'arrêt n° 9/2020 de la Cour constitutionnelle

Yves LEJEUNE¹

Professeur ordinaire émérite de l'UCLouvain

Le législateur wallon peut instaurer une tutelle sur les sociétés privées qui dépendent ou émanent d'un ou plusieurs pouvoirs publics locaux wallons, quelle que soit la Région où ces sociétés sont établies. Selon la Cour constitutionnelle, le seul critère de rattachement territorial acceptable est celui de l'identité des détenteurs de la majorité du capital de ces sociétés.

De Waalse decreetgever kan een administratief toezicht instellen over private vennootschappen die afhangen van of uitgaan van een of meer Waalse lokale overheden, ongeacht het Gewest waar deze vennootschappen gevestigd zijn. Volgens het Grondwettelijk Hof is de identiteit van de houders van de meerderheid van het kapitaal van deze vennootschappen de enige aanvaardbare aanhechtingsfactor.

Par son arrêt n° 9/2020 du 16 janvier 2020, la Cour constitutionnelle annule partiellement plusieurs articles du décret wallon 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 ».² Après censure de la Cour, le texte reste toutefois applicable non seulement aux filiales³ d'une intercommunale, mais aussi à toute société de droit privé dans laquelle une intercommunale ou une filiale de celle-ci a une participation directe ou indirecte, pour autant que la participation totale détenue dans cette société par des personnes morales de droit public locales⁴ forme la majorité du capital.⁵ Le Code wallon dénomme dorénavant pareille société : *société à participation publique locale significative*.⁶ L'exposé des motifs du décret du 29 mars 2018 indique que, par l'introduction de ce nouveau concept dans le Code de la démocratie locale, « le législateur décréteil entendait identifier une forme de société dans laquelle les pouvoirs publics locaux wallons sont représentés mais qui échappait auparavant aux dispositions du Code concernant la transparence des opérations menées par les intercommunales wallonnes et des mandats exercés en leur sein ».⁷

Les principales dispositions du décret ont « pour objet ou pour effet » d'assurer la conformité des actes et décisions de telles filiales ou sociétés à la légalité, à l'intérêt social et à l'intérêt gé-

1 L'auteur remercie son collègue le professeur Marc Fallon pour ses pertinentes observations. Il reste bien entendu seul responsable du contenu et des imprécisions qui pourraient subsister dans la présente contribution.

2 Ci-après : le décret « gouvernance », paru au *Moniteur belge* du 14 mai 2018, p. 39619.

3 Pour l'application du Code des sociétés et associations, il faut entendre par « filiale », la société sur laquelle une autre société détient un pouvoir de contrôle (art. 1:15). On entend ici le terme « filiale d'une intercommunale » au sens strict, à savoir une société dont plus de 50 % du capital a été formé par des apports réalisés par l'intercommunale, dite société mère, qui en assure généralement la direction, l'administration et le contrôle par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes qu'elle a désignées.

4 Il faut entendre par « personnes de droit public locales » les intercommunales, communes, provinces, régions communales ou provinciales autonomes, CPAS, sociétés de logement, associations de projet et associations de pouvoirs publics visés à l'article 118 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale. On emploie aussi l'expression « pouvoirs publics locaux ».

5 Code de la démocratie locale, art. L1532-5. Voir aussi art. 5111-1, 10°.

6 Voy. l'article L5111-1, 10°, introduit dans le Code par l'article 47 du décret du 29 mars 2018. La définition initiale de la « société à participation publique locale significative » reposait alternativement sur la composition du principal organe de gestion (cf. *infra*, fin de l'introduction et II., p. 33, p. 37, p. 39 et p. 41).

7 Arrêt n° 9/2020 du 16 janvier 2020, B.4.3, citant *Doc. Parl. wall.*, 2017-2018, n° 1047/1, p. 12.

néral.⁸ Elles « créent des incompatibilités à l'égard des titulaires des fonctions dirigeantes dans les sociétés concernées (articles 7, 9, 31, 38 à 41 et 62) et leur imposent d'effectuer certaines déclarations (articles 48 et 49), de sorte qu'elles limitent les possibilités de recrutement pour ces fonctions. Elles établissent un certain nombre de contraintes limitant le pouvoir décisionnel des organes de gestion des sociétés concernées, en ce qui concerne les prises ou les retraits de participation dans d'autres personnes morales de droit public ou privé, les cessions de branches d'activités et d'universalités (article 35), les rémunérations, rétributions et avantages en nature octroyés aux membres du principal organe de gestion et aux membres du personnel (article 52). Elles soumettent les sociétés à participation publique locale significative à la tutelle ordinaire exercée par la Région wallonne (article 44) et permettent à l'autorité de tutelle de désigner un commissaire spécial qui est habilité à prendre, dans certaines circonstances, toutes les mesures nécessaires en lieu et place de l'autorité [de la société] considérée défaillante (article 45). Enfin, elles leur imposent des règles en matière de gouvernance et de transparence (articles 67 à 80) ».⁹

De la sorte, ces dispositions mettent en œuvre la plupart des recommandations formulées dans le rapport de la commission d'enquête parlementaire chargée par le Parlement wallon d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin.¹⁰ Le législateur décrétal a considéré que « la transposition des recommandations [de la commission d'enquête] dans des outils juridiques wallons était d'intérêt général ».¹¹ Jugeant qu'il fallait « mettre un terme à des situations [qu'il] considérait comme incompatibles avec sa politique en matière de gouvernance et de transparence [...] et prévenir leur réapparition », ¹² il « s'est estimé compétent pour prendre, dans le cadre de sa compétence en matière de pouvoirs subordonnés, “de nouvelles règles en matière de gouvernance et de transparence au sein des structures locales, supra-locales ou dans leurs filiales” et pour étendre “considérablement le périmètre des organismes et des mandataires visés par les dispositions du Code de la démocratie locale” ».¹³

Plusieurs moyens étaient soulevés à l'encontre du décret devant la Cour constitutionnelle. Le premier faisait grief à la définition de la « société à participation publique locale significative » de ne pas être conforme aux règles répartitrices de compétences entre les autorités fédérales et régionales, tant du point de vue matériel que du point de vue territorial. Les deuxième, troisième et quatrième moyens soulevaient la question de la conformité du décret à la compétence fédérale en matière de droit des sociétés et de réglementation et du contrôle des entreprises d'assurances, ainsi qu'en matière de droit du travail et de sécurité sociale. Le dernier moyen soutenait que les différences de traitement imposées par le décret aux sociétés à participation publique locale significative par rapport à celles qui ne le sont pas violaient le principe d'égalité et de non-discrimination.

La SA « Integrale », partie requérante devant la Cour constitutionnelle, était une société anonyme de droit privé active dans le domaine des assurances.¹⁴ Elle était filiale (détenue à 71 %) de Nethys, une société anonyme dont la maison mère est une intercommunale pure

8 Arrêt précité, B.2.3.

9 Arrêt précité, B.29.1.

10 Rapport présenté le 7 juillet 2017 : *Doc. Parl. wall.*, sess. 2016-2017, n° 861/1.

11 Arrêt précité, B.29.2.

12 Arrêt précité, *loc. cit.*

13 C.C., n° 9/2020 du 16 janvier 2020, B.6.1 citant l'exposé des motifs du projet devenu le décret du 29 mars 2018, *Doc. Parl. wall.*, sess. 2017-2018, n° 147/1, p. 3.

14 « Integrale » a cédé l'ensemble de son portefeuille d'assurance et des actifs sous-jacents à la société anonyme *Monument Assurance Belgium* le 15 décembre 2021. Le lendemain, la Banque nationale de Belgique a décidé de révoquer les agréments d'assurance de la société pour les branches 23 et 27 avec effet au 17 décembre 2021. En effet, la société « Integrale » ne détenait plus aucune activité d'assurance et avait transféré à *Monument Assurance Belgium* la structure de gestion nécessaire à l'exercice de cette activité (ressources humaines, moyens financiers, infrastructure informatique et de gestion). La révocation a entraîné la dissolution de plein droit et la mise en liquidation de la société « Integrale ».

« de financement » : *Enodia* SCiRL¹⁵ (nouveau nom de l'intercommunale « Publifin »).¹⁶ L'« Intégrale » était également « une société à participation publique locale significative au sens de l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10°, du Code [...]. Toutes les dispositions insérées par le décret attaqué qui visent les sociétés à participation publique locale significative lui [étaient] en conséquence applicables ».¹⁷

Les dispositions décrétales annulées par la Cour le 16 janvier 2020 sont les articles L1532-5, L3111-1, § 1^{er}, 8°, et L3116-1 du Code de la démocratie locale,¹⁸ « mais uniquement en ce qu'ils s'appliquent aux entreprises d'assurances ». L'article L1532-5 est aussi partiellement annulé, de même que l'article 5111-1, 10,¹⁹ en ce qu'ils permettaient de rattacher à l'aire de compétence territoriale du législateur wallon les sociétés à participation publique locale significative dans lesquelles ce caractère « significatif » résultait de la nomination de la majorité des membres du principal organe de gestion par les personnes de droit public locales participantes.

Après avoir rappelé l'étendue et les limites de la compétence régionale à l'égard des rapports entre les intercommunales, les autres « personnes de droit public locales » et les sociétés dans lesquelles elles ont une participation (I.), la présente contribution rédigée en hommage au professeur Jan Velaers se voudra attentive aux critères de rattachement territorial utilisés par le législateur wallon à l'égard de ces sociétés de droit privé soumises à de nouvelles règles en matière de gouvernance et de transparence (II.).

I. La compétence matérielle de la Région

La Région wallonne inscrit son décret modifiant le Code de la démocratie locale dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 6, § 1^{er}, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 en ce qui concerne les pouvoirs subordonnés, de régler « 1° la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales », ainsi que celui de régler « 8° les associations de provinces, de collectivités supra-communales et de communes dans un but d'utilité publique, à l'exception de la tutelle spécifique en matière de lutte contre l'incendie, organisée par la loi ».

1. La compétence de la Région concernant la participation de « personnes de droit public locales » à des sociétés de droit privé

La première question qui surgit est celle de la compétence législative régionale à l'égard de la participation de ces personnes de droit public au capital de diverses sociétés de droit privé. Le raisonnement de la Cour constitutionnelle comprend plusieurs étapes qui peuvent être résumées de la manière suivante.

a) Il est classiquement admis que les *législateurs* de l'État, des Communautés et des Régions peuvent confier des missions de service public à des sociétés de droit privé, leur imposer « des contraintes que justifient les politiques publiques » et les soumettre à contrôle.²⁰

15 Société coopérative intercommunale à responsabilité limitée.

16 L'actionnaire majoritaire d'*Enodia* (à près de 64 %) est la province de Liège.

17 C.C., n° 9/2020 du 16 janvier 2020, B.2.1.

18 Respectivement remplacés et insérés par les articles 35, 44 et 45 du décret « gouvernance ».

19 Remplacé par l'article 47 du même décret.

20 Voir sur ce thème Y. LEJEUNE, *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique après la sixième réforme de l'État*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, nos 4, 6, 7, 9, 10 et 63. Curieusement, la Cour passe sous silence le rôle du législateur à ce sujet. – Sur l'application du principe aux missions confiées par la Région wallonne à des sociétés de droit privé, voy. l'arrêt commenté, B.6.2, citant l'avis du Conseil d'État n° 62.764/4 du 7 février 2018 sur les dispositions devenues les articles 44 et 45 du décret « gouvernance », *Doc. Parl. wall.*, sess. 2017-2018, n° 1047/1, annexe I, p. 49.

b) La Cour admet en l'espèce que les intercommunales, les communes, provinces et autres « personnes morales de droit public locales » ou assimilées,²¹ visées à l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10°, du Code, disposent implicitement des mêmes pouvoirs à l'égard des sociétés de droit privé au capital desquelles elles participent, à la double condition que ces sociétés « concourent, le cas échéant indirectement, à la réalisation d'une mission de service public [et] que ces sociétés [soient] contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes morales de droit public locales [...] ».²² À ce titre, elles peuvent « se voir imposer des contraintes justifiées par les politiques publiques ».²³

Le raisonnement de la Cour peut susciter à ce stade quelque hésitation. S'il n'est pas contestable que les personnes morales de droit public « n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général »,²⁴ il n'en reste pas moins que le législateur wallon n'autorise pas explicitement les personnes de droit public locales à déléguer l'une ou l'autre de leurs missions d'intérêt général à des personnes morales *de droit privé*, sauf dans deux hypothèses particulières : d'une part, la création d'ASBL communales ou provinciales et la participation de communes ou de provinces à celles-ci²⁵ ; d'autre part, la prise de participation de nature à concourir à la réalisation de l'objet social d'une intercommunale.²⁶ Le raisonnement de la Cour constitutionnelle semble avoir pour conséquence qu'une personne de droit public locale, voire quelque personne de droit public que ce soit, pourrait désormais confier un certain nombre de ses tâches à une personne morale de droit privé sans que le législateur compétent ne l'y ait explicitement autorisé.²⁷

c) Le législateur wallon a voulu, pour qu'une filiale d'une intercommunale ou qu'une société dans laquelle une intercommunale ou une filiale de celle-ci a une participation puisse être subsumée sous le concept de « société à participation publique locale significative », que le contrôle exercé sur ces entités par des personnes de droit public locales ou assimilées « se concrétise soit par la participation majoritaire au capital de la société, soit par la participation majoritaire au principal organe de gestion de la société ».²⁸ Selon la Cour, « [i]l est en effet permis de considérer qu'une société de droit privé dont le capital est constitué, à plus de 50 %, directement ou indirectement, de fonds d'origine publique est une émanation des personnes morales de droit public locales qui la constituent et qu'elle peut, à ce titre, être soumise à des contrôles exercés par les autorités publiques ».²⁹ La même analyse vaut pour la société de droit privé dont la majorité des membres du principal organe de gestion est désignée par les personnes de droit public participantes, locales ou assimilées.³⁰

21 Par personnes *assimilées* à des personnes morales de droit public locales, nous entendons les ASBL communales (voy. le Code de la démocratie locale, art. L1234-1 à L1234-6) et les ASBL provinciales (*id.*, art. L2223-13 à L2223-15) ainsi que les personnes morales ou associations de fait groupant des personnes de droit public locales, conformément aux articles L1532-5 et L5111-1 du même Code. En Région flamande, les organismes analogues s'appellent des « agences autonomisées externes de droit privé » (décret flamand du 22 décembre 2017 sur l'administration locale, art. 245 à 247 ; décret provincial flamand du 9 décembre 2005, art. 238 à 240*bis*).

22 Arrêt commenté, B.6.4.

23 Arrêt commenté, B.6.3.

24 C.A., n° 128/2002 du 10 juillet 2002, B.7.2 ; n° 31/2007 du 21 février 2007, B.4.1.

25 Code de la démocratie locale, art. L1234-1 à L1234-6 et L2223-13 à L2223-15.

26 Code précité, art. L1512-5.

27 Pour un examen général de cette problématique, voy. M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst* (Le contrôle par l'autorité publique des personnes morales de droit privé chargées de missions de service public), Bruges, die Keure, 2018. Selon l'auteur, qui ne fait pas intervenir la possession de prérogatives de puissance publique dans la distinction entre personnes morales de droit public ou privé (pp. 37-47), la Constitution admet implicitement que l'autorité publique assure des services publics en dehors de sa gestion propre (p. 155).

28 Arrêt commenté, B.7.

29 Arrêt commenté, B.30.1.

30 Arrêt commenté, B.7. La Cour utilise dans ce paragraphe l'expression de « pouvoirs publics locaux » au lieu de « personnes de droit public locales ».

d) Puisque les provinces, communes, intercommunales et autres personnes morales de droit public locales auxquelles s'applique le décret « gouvernance » relèvent de la compétence de la Région wallonne en matière de « pouvoirs subordonnés », en matière de logement ou dans une matière communautaire dont l'exercice a été transféré à la Région,³¹ cette dernière n'a pas excédé sa compétence en organisant un contrôle de l'usage des fonds publics et des mandats confiés par ces personnes publiques locales à des sociétés privées qui en sont l'émanation. Selon la Cour, il s'agirait même exclusivement de l'exercice de la compétence régionale en matière de tutelle sur des « pouvoirs subordonnés ».³²

2. L'empiétement de la Région sur la compétence fédérale

Le décret « gouvernance » paraît cependant empiéter sur la compétence fédérale en ce qu'il « permet aux autorités régionales et locales d'exercer un contrôle sur les sociétés privées qui sont l'émanation de personnes morales de droit public locales elles-mêmes soumises au contrôle des autorités régionales »³³ (A) et en ce qu'il établit des plafonds de rémunération des mandataires publics locaux et permet l'insertion d'une clause de non-concurrence limitée dans le contrat de travail du titulaire de la fonction dirigeante au sein d'une personne de droit public locale ou d'une société à participation publique locale significative (B).

A. Le contrôle institué sur les sociétés à participation publique locale significative

L'article L1532-5 du Code de la démocratie locale oblige la filiale d'une intercommunale ainsi que toutes les sociétés dans lesquelles cette intercommunale ou une filiale de celle-ci a une participation majoritaire, seule ou conjointement avec d'autres personnes publiques locales, ou dans lesquelles ces personnes désignent la majorité des membres du principal organe de gestion, à transmettre au conseil d'administration de l'intercommunale, pour avis conforme, « les projets de décision relatives aux prises ou retrait de participation dans toute personne morale de droit public ou privé, aux cessions de branches d'activités et d'universalités ainsi qu'aux rémunérations relevant de l'assemblée générale ou du principal organe de gestion ». L'article L3111-1, § 1^{er}, 8°, soumet toute société à participation publique locale significative à la tutelle administrative organisée par le Livre I^{er} de la troisième Partie du Code. Enfin, l'article L3116-1 permet de désigner un commissaire spécial auprès d'une telle société afin de prendre toutes les mesures nécessaires dans certains cas de défaillance de la société.

Concrètement, ces trois dispositions « modifient la réglementation relative à la prise de certaines décisions au sein des sociétés concernées et ont donc une incidence sur les pouvoirs des organes de ces sociétés ».³⁴ Elles règlent un aspect de la matière du droit des sociétés, laquelle ressortit à la compétence de l'Autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Il est bien connu que pareil empiétement de la Région sur la compétence fédérale, expressément régi par l'article 10 de la loi spéciale, est subordonné à la réunion de trois conditions. La première est requise par l'article 10 lui-même : il faut que l'empiétement soit nécessaire à

31 Il s'agit de la compétence concernant les règles organiques des CPAS.

32 Le gouvernement wallon a précisé qu'en soumettant les sociétés à participation publique locale significative à un contrôle de tutelle, il avait voulu mettre fin « à la possibilité, pour des personnes morales de droit public locales soumises au contrôle de tutelle, de recourir abusivement au droit privé des sociétés pour échapper à ce contrôle » (arrêt commenté, A.5). Il en déduisait que le législateur décréteil avait « exercé [de la sorte] la compétence en matière de pouvoirs locaux et de tutelle sur les pouvoirs locaux » qui lui est attribuée par l'article 6, § 1^{er}, VIII, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

33 Arrêt commenté, B.30.1.

34 Arrêt commenté, B.12.2.

l'exercice efficace de la compétence régionale. Les deux autres sont de jurisprudence constante : la matière doit se prêter à un règlement différencié et l'incidence de ces dispositions sur la matière fédérale doit rester marginale. De façon assez convaincante, la Cour démontre que ces conditions sont remplies.

Sans les dispositions critiquées, certaines sociétés privées financées par les pouvoirs publics locaux échapperaient à un contrôle adéquat et effectif de ces derniers et, en dernière analyse, au contrôle de la Région wallonne elle-même. Ces dispositions portent sur des aspects du droit des sociétés qui se prêtent à un règlement différencié, puisque les sociétés visées qui se voient imposer des contraintes et des contrôles supplémentaires ne sont pas empêchées de satisfaire, par ailleurs, à la réglementation relative à la responsabilité assumée par les organes des sociétés de droit privé. Enfin, l'incidence des dispositions attaquées sur la matière du droit des sociétés est marginale, eu égard au petit nombre de personnes morales de droit privé répondant à la définition de la société à participation publique locale significative.³⁵

Il n'en va pas de même en ce qui concerne le contrôle exercé sur les sociétés à participation publique locale significative qui sont des entreprises d'assurances. Les articles L1532-5, L3111-1, § 1^{er}, 8°, et L3116-1 du Code, mentionnés ci-dessus, peuvent en effet concerner aussi la matière de la réglementation et du contrôle des entreprises d'assurances, matière qui relève de l'Autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 2°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Cette fois, la Cour estime que l'empiètement de compétences sur la matière fédérale ne saurait être justifié en prenant appui sur l'article 10 de la loi spéciale. « Les mesures prises par le législateur fédéral en matière de contrôle des entreprises d'assurances, en exécution, notamment, de la transposition de la directive 2009/138/CE, dite "Solvabilité II", ne sauraient être écartées au profit d'autres mécanismes de contrôle instaurés par les législateurs décrets à l'égard de certaines entreprises d'assurances, en fonction de la composition de leur actionnariat. Singulièrement, le contrôle exercé par la Banque nationale de Belgique [...] ne saurait entrer en concurrence avec d'autres mécanismes de contrôle exercés par une intercommunale mère ou par une autorité de tutelle et ayant d'autres finalités, dès lors qu'il pourrait en résulter, pour la société d'assurances soumise à différents mécanismes de contrôle concurrents, une impossibilité de satisfaire simultanément aux décisions ou injonctions des différentes autorités de contrôle. Il en découle que la matière du contrôle des entreprises d'assurances ne se prête pas à un règlement différencié ».³⁶ C'est la raison pour laquelle la Cour a annulé les articles L1532-5, L3111-1, § 1^{er}, 8°, et L3116-1 du Code dans la mesure où ils s'appliquent aux entreprises d'assurances. Pareil raisonnement est une nouvelle manifestation de l'incidence que peut avoir le droit de l'Union européenne sur la limitation du recours aux pouvoirs implicites dans la jurisprudence de la Cour.

B. Les dérogations au droit fédéral du travail et de la sécurité sociale

Les articles 47, 76 et 82 du décret « gouvernance » insèrent dans le même Code de la démocratie locale des dispositions qui « limitent la rémunération du titulaire de la fonction dirigeante des sociétés à participation publique locale significative ainsi que de tous les autres membres du personnel de ces sociétés et permettent l'insertion d'une clause de non-concurrence limitée dans le contrat de travail du titulaire de la fonction dirigeante ».³⁷ Ils règlent ainsi des aspects de droit du travail qui ressortissent à la compétence de l'Autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

³⁵ Voy. les paragraphes B.13.2 à B.13.4 de l'arrêt commenté.

³⁶ Arrêt commenté, B.18.2.

³⁷ Arrêt commenté, B.22.

En cette matière aussi, la Cour constitutionnelle juge à bon droit que l'empiétement de compétences sur la matière fédérale satisfait aux conditions de l'article 10 de la loi spéciale. Le législateur décréteil a pu estimer nécessaire de prendre les dispositions attaquées en vue de corriger et de prévenir la réapparition de situations incompatibles avec la politique qu'il entend mener en matière de bonne gouvernance et de transparence au sein des structures locales. Ces dispositions ne portent pas atteinte aux éléments essentiels de la réglementation fédérale en ce qui concerne les contrats de travail, de sorte qu'elles se prêtent à un règlement différencié. Leur incidence sur la compétence fédérale en matière de droit du travail est marginale, dès lors que seule une catégorie bien spécifique de sociétés est concernée.³⁸

II. La compétence territoriale de la Région

Pour apprécier la portée territoriale des dispositions du décret « gouvernance », il convient de revenir à la définition de la *société à participation publique locale significative*, telle qu'elle est donnée par l'article L 5111-1, 10°, du Code de la démocratie locale, inséré par l'article 47 du décret. Pour paraphraser cette disposition, il s'agit d'une société répondant aux critères suivants :

- a) être une société de droit belge³⁹ ou dont un siège d'exploitation est établi en Belgique ;
- b) n'être ni une intercommunale, une association de projet, une association de pouvoirs publics visée à l'article 118 de la loi organique des centres publics d'action sociale, une régie communale ou provinciale autonome, une ASBL communale ou provinciale, une société de logement, ni l'un des organismes d'intérêt public énumérés aux articles 3 des deux décrets wallons du 12 février 2004 relatifs au statut de l'administrateur public⁴⁰ ;
- c) disposer d'un capital qui doit être majoritairement détenu par des personnes de droit public locales ou assimilées, le cas échéant conjointement avec la Région wallonne ou un organisme d'intérêt public visé aux articles 3 des deux décrets wallons du 12 février 2004 relatifs au statut de l'administrateur public.⁴¹

L'article 47 du décret considérait également comme « société à participation publique locale significative » toute société privée dont la majorité des membres du principal organe de gestion est désignée par des personnes de droit public locales ou assimilées,⁴² le cas échéant conjointement avec la Région wallonne ou l'un des organismes énumérés aux articles 3 des décrets du 12 février 2004.

38 Voy. les paragraphes B.24.1 à B.24.3 de l'arrêt commenté.

39 Avant l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019, une société était soumise au droit belge des sociétés lorsque son établissement principal se situait en Belgique. Depuis lors, le nouveau Code n'est applicable qu'aux personnes morales qui ont leur siège statutaire en Belgique (art. 2:146), même si celles-ci n'y sont pas réellement actives. En effet, un « siège statutaire » s'entend de l'adresse postale mentionnée dans l'acte constitutif de la société, ce qui renvoie au lieu de constitution de cette dernière indépendamment de son ou de ses sièges d'activité. Voy. aussi l'article 110 nouveau du Code de droit international privé.

40 L'existence de deux décrets parallèles sanctionnés le 12 février 2004 par le gouvernement wallon, tous deux modifiés par deux autres décrets du 29 mars 2018 (*M.B.*, 14 mai 2018, p. 39561 et p. 39596), s'explique par le fait que l'organisme dans lequel un administrateur public exerce ses fonctions relève de la Région soit au titre des matières proprement régionales, soit à celui de matières transférées par la Communauté française en vertu de l'article 138 de la Constitution. Or les règles édictées par la Région wallonne dans les matières qui lui ont été transférées par la Communauté française, avec l'accord de la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale, ne sont applicables qu'en région de langue française ; elles ne peuvent l'être en région de langue allemande. Pour cette raison, il est préférable qu'un décret wallon unique ne règle pas à la fois des matières régionales et des matières communautaires.

41 On notera que si la Région wallonne ou un organisme d'intérêt public visé aux articles 3 des deux décrets wallons du 12 février 2004 « relatifs au statut de l'administrateur public » détient cette participation majoritaire *conjointement* avec les personnes de droit public locales participantes, la société ne sera considérée comme une société à participation locale significative que si la participation des personnes de droit public locales est supérieure à celle de la Région wallonne ou à celle de l'organisme d'intérêt public prémentionné. Voy. en effet l'article 5111-1, 10°, alinéa 2, du Code.

42 Le critère de la « majorité des droits de vote » eût sans doute été plus judicieux.

Le but poursuivi par le législateur décrétal en définissant ainsi une catégorie de sociétés liées à des personnes de droit public locales wallonnes était d'éviter qu'une société « fugitive » n'échappât au contrôle qu'il organisait.

1. Les critères de rattachement territorial des personnes morales

Dans son arrêt n° 9/2020, la Cour constitutionnelle fait le constat suivant : « [I]es dispositions attaquées définissent les sociétés à participation publique locale significative comme étant toute société de droit belge et toute société dont un siège d'exploitation est établi en Belgique, dont le capital est détenu, à plus de 50 %, par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales *soumises au Code de la démocratie locale et de la décentralisation* ou dont le principal organe de gestion est composé, à plus de 50 %, par des personnes nommées par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales *soumises au Code de la démocratie locale et de la décentralisation* ». ⁴³ La Cour indique ainsi les critères de rattachement territorial des personnes de droit public et des sociétés de droit privé visées par le décret « gouvernance ».

A. Le critère de localisation des personnes de droit public associées

Tout d'abord, le statut des collectivités publiques (provinces, communes) et des organismes administratifs personnalisés⁴⁴ (intercommunales, associations de projet, associations de pouvoirs publics visées à l'article 118 de la loi organique des centres publics d'action sociale, sociétés de logement de service public, régies communales ou provinciales autonomes, CPAS), ainsi que des ASBL communales ou provinciales et des autres personnes morales ou associations de fait groupant plusieurs de ces personnes de droit public ne peut relever que de la Région wallonne puisqu'il est fixé par le législateur wallon dans le Code de la démocratie locale. Sont concernées les collectivités territoriales situées dans la Région, les organismes administratifs personnalisés dont le ressort est limité à une ou plusieurs communes de la Région, les associations groupant de telles personnes de droit public ainsi que les ASBL spécialement créées par une ou plusieurs communes ou provinces wallonnes. Ces personnes de droit public locales s'inscrivent dans la décentralisation territoriale ou fonctionnelle organisée et réglementée par la Région wallonne.

B. Le critère de rattachement territorial des sociétés à participation publique locale significative

En revanche, la catégorie de sociétés que le décret « gouvernance » a circonscrite peut comprendre des sociétés de droit belge et des sociétés dont un siège d'exploitation est établi en Belgique. Le champ d'application de la définition procurée par l'article L5111-1, 10°, du Code n'est pas limité aux seules sociétés dont le siège ou un siège d'exploitation serait situé sur le territoire de la Région wallonne. Ceci a suscité une objection du gouvernement flamand, qui considérerait que « le législateur wallon excède sa compétence territoriale en instituant l'exercice d'une tutelle administrative à l'égard de sociétés qui peuvent être établies dans une autre région que la Région wallonne ou qui peuvent être établies dans plus d'une région sans qu'un accord de coopération ait été conclu au préalable à ce sujet entre les régions ». ⁴⁵

La Cour a pourtant validé la disposition attaquée par deux considérants essentiels reproduits mot à mot ci-dessous.

⁴³ Arrêt commenté, B.8.2 (italiques ajoutées).

⁴⁴ Souvent qualifiés « organismes publics (personnalisés) », « organismes d'intérêt public » ou « services publics fonctionnels » dans la doctrine de langue française. En droit français, leur appellation générique est : « établissements publics ». Sur la terminologie ici retenue, voy. Y. LEJEUNE, *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique* [...], *op. cit.*, p. 23, n° 14.

⁴⁵ Arrêt commenté, A.4.2.

« [L]es dispositions attaquées ont essentiellement pour objet de resserrer les rapports entre ces sociétés et les personnes morales de droit public locales dont elles sont l'émanation ou dont elles dépendent, de manière à permettre l'exercice d'un contrôle de ces sociétés par ces personnes morales ou par la Région wallonne, qui exerce la tutelle sur ces dernières. La personne morale de droit public locale, soumise au Code de la démocratie locale et de la décentralisation et donc nécessairement située sur le territoire de la Région wallonne, qui contrôle l'actionnariat de la société visée par les dispositions attaquées constitue un critère de rattachement territorial pertinent. »

« Par ailleurs, limiter le champ d'application des dispositions attaquées aux seules sociétés dont le siège social est situé sur le territoire de la Région wallonne aurait pour conséquence de faire échapper aux contrôles que le législateur décréteil entendait organiser toutes les sociétés contrôlées par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales soumises au Code de la démocratie locale et de la décentralisation dont le siège social serait localisé dans une autre région du pays ». ⁴⁶

Ce ne sont donc ni le droit fédéral par lequel la société « à participation publique locale significative » reste régie pour l'essentiel, ni l'établissement de l'un des sièges de celle-ci en Belgique, qui suffisent à localiser l'application des dispositions décrétales dans la sphère de compétence territoriale de la Région wallonne. Le facteur de rattachement utilisé tient en ce qu'une ou plusieurs personnes de droit public locales contrôlent la gestion de pareille société, dès lors que le ressort territorial de ces « pouvoirs publics locaux » est situé en Région wallonne et qu'ils sont régis par le droit wallon. Il est certes exact que l'application de ce critère autorise le gouvernement wallon à exercer sa tutelle administrative sur une société de droit belge dont le siège statutaire serait situé sur le territoire d'une autre Région ; mais il est indispensable à cette fin que la société réponde à la définition wallonne de la « société à participation publique locale significative » : elle doit être l'émanation de personnes morales de droit public locales régies par le Code wallon ou elle doit en dépendre. Elle-même est en quelque sorte assimilée à une personne de droit public wallon.

2. La règle de conflit interterritorial en la matière

Cela étant, le législateur décréteil a prévu, au point c) de la définition de la société à participation publique locale significative, « deux critères de rattachement alternatifs, à savoir, d'une part, l'identité des personnes détenant la majorité du capital et, d'autre part, l'identité des personnes procédant à la nomination de la majorité des membres du principal organe de gestion ». ⁴⁷

A. L'emploi de critères alternatifs

Il est bien connu en droit international privé que l'emploi de critères alternatifs de rattachement par un législateur donne augmenté techniquement la possibilité de conflits de lois. Comme le dit la Cour constitutionnelle :

« En retenant deux critères de rattachement différents et alternatifs, le législateur décréteil crée une situation dans laquelle il n'exclut pas, dans l'hypothèse où un autre législateur décréteil prendrait une réglementation similaire prévoyant les deux mêmes critères de rattachement alternatifs, qu'une même situation soit réglée par deux normes législatives prises par des législateurs différents. [Or] le système de la répartition exclusive des compétences territoriales

⁴⁶ Arrêt commenté, B.8.3 et B.8.4 (italiques ajoutées).

⁴⁷ Arrêt commenté, B.8.5, renvoyant à l'article L5111-1, 10°, du Code de la démocratie locale (article 47 du décret « gouvernance »).

suppose que chaque situation puisse être rattachée à la réglementation adoptée par un seul et même législateur ».⁴⁸

En l'espèce, cette crainte pourrait paraître purement théorique parce que toute Région est sans compétence à l'égard des pouvoirs publics locaux d'une autre Région. Imaginons pourtant un décret flamand dont les dispositions formeraient exactement l'image inversée de l'article L5111-1, 10°, du Code wallon. En raison des compétences territorialement exclusives de chaque Région, le décret flamand ne pourrait s'appliquer qu'à des sociétés de droit privé « à participation publique locale significative » au sens du droit flamand, comptant parmi leurs associés des personnes de droit public locales flamandes. L'exigence de participation majoritaire au capital de la société ou de participation majoritaire au principal organe de gestion de la société ne pourrait s'appliquer qu'à des pouvoirs publics locaux flamands.

Supposons à présent qu'un décret flamand règle la participation de pouvoirs publics locaux flamands à une société de droit privé sans exiger qu'ils contrôlent l'actionnariat de cette dernière ou qu'ils soient majoritaires au sein de son principal organe de gestion, mais en imposant que son siège social soit situé en Région flamande. Cette situation n'empêcherait pas la société visée d'avoir parmi ses associés des personnes de droit public locales régies par le droit wallon.⁴⁹ Il en résulte que, si ces entités publiques wallonnes contrôlent l'actionnariat de la société ou son principal organe de gestion, le régime de « société à participation publique locale significative » devra lui être appliqué et la Région wallonne exercera la tutelle à son égard. Si la Région flamande voulait aussi instituer un contrôle régional sur cette même société, elle devrait justifier sa compétence par l'identité flamande des personnes de droit public locales détenant la majorité du capital ou la majorité au sein de l'organe principal de gestion. Automatiquement, les pouvoirs publics locaux wallons ne seraient pas majoritaires, la société ne serait pas « à participation publique locale significative » au sens du droit wallon et les dispositions du Code wallon ne lui seraient pas applicables. En outre, une « tutelle générale » flamande de légalité et de conformité à l'intérêt général ne saurait être justifiée à l'égard d'une société de droit belge dans lesquelles des pouvoirs publics locaux wallons seraient majoritaires, même si le siège de la société est en Flandre. Aucun conflit interterritorial ne peut donc survenir dans ces hypothèses.

Pour envisager un conflit de normes interterritorial, il faudrait que des personnes de droit public locales flamandes soient affiliées à la même société de droit privé que des personnes de droit public locales wallonnes et que les deux critères alternatifs de rattachement utilisés par le législateur wallon soient retenus aussi par le législateur flamand. On pourrait alors imaginer que le capital de cette société soit détenu, à plus de 50 %, par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales *régies par le droit flamand*, mais que le principal organe de gestion soit composé, à plus de 50 %, par des membres désignés par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales *soumises au Code wallon de la démocratie locale*. Ou, inversement, que le capital de la même société soit détenu, à plus de 50 %, par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales *soumises au Code wallon*, mais que le principal organe de gestion soit composé, à plus de 50 %, par des membres désignés par une ou plusieurs personnes morales de droit public locales *régies par le droit flamand*. Économiquement, il serait toutefois peu raisonnable d'accorder le pouvoir de décision aux représentants de pouvoir locaux d'une Région qui ne détiendraient pas la majorité du capital au sein de la même société. En d'autres termes, l'application de l'un ou de l'autre critère devrait aboutir au même résultat : la majorité des membres au sein de l'organe de direction devrait normalement représenter les pouvoirs

48 Arrêt commenté, B.8.5, 1er alinéa.

49 En effet, le législateur flamand ne pourrait interdire la participation de personnes publiques wallonnes à une société dont le siège statutaire ou un siège d'exploitation serait situé dans le nord du pays sans empiéter sur la compétence de l'Autorité fédérale en matière de droit des sociétés. Eu égard à l'arrêt ici commenté, cet empiètement ne pourrait trouver sa justification dans l'invocation de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

publics qui détiennent la majorité du capital. Mais, juridiquement, l'identité de résultat n'est pas automatique. Sans doute est-ce là la source d'un conflit interterritorial potentiel.

En pratique, l'hypothèse de l'existence d'une société privée « transrégionale » à participation publique locale significative paraît peu vraisemblable. Il est en effet probable que la création d'une telle société groupant des collectivités publiques locales et des organismes administratifs personnalisés qui dépendraient de Régions distinctes serait refusée par les autorités de tutelle des deux côtés de la frontière linguistique parce qu'elle soumettrait systématiquement la minorité formée des pouvoirs publics locaux flamands associés ou la minorité formée des pouvoirs publics locaux wallons associés à l'autorité de tutelle de l'autre Région.

B. Le choix d'un seul critère

Conformément à sa jurisprudence, la Cour a retenu le critère qui, selon elle, correspondait le mieux à l'objet et au but du décret dont elle contrôlait la constitutionnalité. Puisque le législateur décretaal entendait favoriser la transparence des opérations réalisées et des décisions prises à l'aide des fonds investis par des personnes morales de droit public locales dans des sociétés de droit privé, la haute juridiction a estimé qu'il y avait lieu de « privilégier le critère relatif à la détention de la majorité du capital de la société par rapport au critère de la nomination de la majorité des membres de son principal organe de gestion ».⁵⁰ Elle a donc annulé, dans les articles L1532-5 et L5111-1, 10°, du Code, respectivement, les mots « ou atteigne plus de cinquante pour cent des membres du principal organe de gestion » et « ou désignent plus de cinquante pour cent des membres du principal organe de gestion ».

De la sorte, la Cour constitutionnelle a érigé en règle de conflit interterritorial le critère relatif à la détention de la majorité du capital de la société par les personnes morales de droit public locales. Il y va d'une règle constitutionnelle non écrite de partage territorial des compétences régionales, énonçant le seul critère admissible désormais en la matière.

Il faut cependant relever, non sans un certain étonnement, que le critère de la nomination de la majorité des membres du principal organe de gestion par les personnes de droit public locales ou assimilées subsiste comme élément constitutif de la définition de la société à participation publique locale significative en droit wallon. L'alinéa 3 de l'article 5111-1, 10°, du Code sur la démocratie locale n'a pas été annulé. Or cet alinéa précise que, si la Région wallonne ou l'un des organismes énumérés aux articles 3 des décrets wallons du 12 février 2004 participent aussi à la société et désignent des membres du principal organe de gestion, il est requis que les personnes de droit public locales ou assimilées désignent un nombre supérieur de membres dudit organe. À défaut, la société n'est pas reconnue comme « à participation locale significative » et elle est régie par l'un des deux décrets du 12 février 2004.

III. Conclusion

L'arrêt n° 9/2020 de la Cour constitutionnelle retient l'attention à double titre : la justification de la localisation de l'objet du décret du 29 mars 2018 dans le territoire de la compétence du législateur wallon, d'une part ; le choix d'un critère unique de rattachement territorial afin d'éviter qu'une même situation soit réglée par des normes législatives prises par des législateurs différents, d'autre part.

Si le législateur wallon n'a pas excédé sa compétence territoriale en instaurant des contrôles sur toutes les sociétés émanant d'une ou plusieurs personnes morales locales de droit public,

⁵⁰ Arrêt commenté, B.8.5, 2e alinéa.

quel que soit l'endroit où ces sociétés sont établies, c'est parce que le juge constitutionnel a préféré le critère tiré de la localisation des contrôleurs à celui du lieu d'établissement des entités contrôlées, l'objet du décret étant d'organiser un contrôle des opérations menées et des décisions prises à l'aide de fonds publics investis dans ces sociétés par des personnes de droit public wallon. Le critère du siège social ou du siège d'exploitation des nombreuses sociétés contrôlées ne permettait pas de localiser le contrôle dans l'aire de compétence d'un seul législateur.

L'arrêt de la Cour ne s'écarte donc pas de la conception du principe de territorialité qu'elle a adoptée depuis janvier 1986. En outre, les mesures prises par le législateur wallon n'ont pas d'effets qui pourraient contrecarrer la politique d'une autre collectivité fédérée⁵¹ ou rendre impossible l'exercice, par les autres législateurs, de leurs propres compétences.⁵²

Quant à la délimitation du champ d'application de la définition des sociétés sous contrôle par l'exigence que les personnes de droit public locales participantes détiennent la majorité du capital, il faut convenir que ce critère n'est pas plus conforme à l'objet ou au but du décret que le critère de la nomination de la majorité des membres du principal organe de gestion. Le choix du critère retenu par la Cour constitutionnelle n'est donc adéquat que dans la mesure où il contribue à formuler une règle unique de partage territorial des compétences entre les Régions. À cet égard, on peut regretter que la Cour ait été trop prudente en refusant de s'écarter de l'alternative établie par le décret alors qu'elle aurait pu emprunter une troisième voie en choisissant un critère de rattachement plus explicite : celui du contrôle effectif de toute société « à participation publique locale significative » par les personnes de droit public participantes soumises à un même droit régional, grâce à la détention de la majorité des droits de vote au sein du principal organe de gestion.

51 C.A., n° 54/96 du 3 octobre 1996.

52 C.C., n° 21/2016 du 18 février 2016.