

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.245/2
DU 28 FÉVRIER 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 2 février 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relatif à la constitution d'une société commerciale immobilière par l'État", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. L'avant-projet de loi à l'examen, qui s'inscrit "dans la politique du Gouvernement visant à optimiser la gestion de son patrimoine immobilier tout en poursuivant la politique de maintien d'un équilibre budgétaire", est le troisième dont le Conseil d'État est saisi en l'espace de quelques mois à se donner pour objet la création d'un véhicule au travers duquel l'État sera en mesure de valoriser une partie des biens immobiliers dont il est propriétaire et que ses services occupent pour y accomplir les missions dont ils sont investis ⁽¹⁾.

En application de l'avant-projet, les biens immobiliers qu'il vise seront apportés à une société anonyme de droit privé à constituer par l'État, d'une part, et la Société Fédérale de Participations et d'Investissement, d'autre part, société anonyme dont les titres seront ensuite vendus "(...) à un investisseur privé, sélectionné au terme d'une procédure de mise en concurrence organisée dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes".

⁽¹⁾ Voir les articles 28 à 30 de la loi-programme du 20 juillet 2006 sur lesquels le Conseil d'État, dans un délai de cinq jours ouvrables, a donné le 8 mai 2006, l'avis 40.372/1/2/3/4 (Doc. parl., Chambre, DOC 51-2517/001, p. 102) et les articles 92 à 96 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 sur lesquels le Conseil d'État, dans un délai de cinq jours ouvrables, a donné le 4 décembre 2006, l'avis 41.779/2 (Doc. parl., Chambre, DOC 51-2773/20).

2. L'article 2 prévoit que l'État et la Société Fédérale de Participations et d'Investissement (SFPI) sont autorisés à constituer une société anonyme de droit privé à objet immobilier.

L'État et la SFPI agissent en qualité de fondateurs de la société.

Selon la lettre du Ministre des Finances au Premier Président du Conseil d'État en date du 30 janvier 2007 et selon l'exposé des motifs, l'État fera apport à la société de divers immeubles lui appartenant.

En revanche, il n'est pas précisé la nature de l'apport de la SFPI.

À cet égard, deux dispositions du Code des Sociétés ne peuvent pas être perdues de vue.

D'une part, celui qui n'effectue aucun apport n'acquiert pas la qualité d'associé ⁽²⁾. En effet, pour devenir associé, il faut mettre à la disposition de la société certains éléments patrimoniaux qu'on soumet aux aléas sociaux.

S'il n'y a pas d'apport de la part de la SFPI, celle-ci ne peut donc pas devenir associée de la société à créer.

D'autre part, si le nombre d'actionnaires "valablement engagés", ayant comparu à l'acte est inférieur à deux, la nullité de la société peut être prononcée (Article 454, 4/, du Code de sociétés). En d'autres termes, si la SFPI n'effectue pas d'apport, on peut douter qu'elle soit "valablement engagée" ce qui risque de compromettre l'existence de la société à créer.

⁽²⁾ Article 19, alinéa 2, du Code des Sociétés; J. Van Ryn et J. Heenen, Principes de droit commercial, 1^{er} éd., TI, p. 231, n/ 330.

3. Selon l'article 3 de l'avant-projet, les immeubles apportés à la société anonyme de droit privé précitée "cessent d'être affectés au domaine public".

Dans l'avis 40.372/1/2/3/4, donné le 8 mai 2006, sur les dispositions devenues les articles 28 à 30 de la loi-programme du 20 juillet 2006, précitée, le Conseil d'État a rappelé que la notion de domanialité publique contribue à ce que le principe général de droit de la continuité du service public soit garanti ⁽³⁾.

Or, il n'est pas discutable que, dans certaines circonstances, ce principe de continuité du service public pourrait se voir affaibli par le régime juridique qui s'appliquera aux biens immobiliers concernés par l'avant-projet lorsque ceux-ci seront devenus la propriété d'actionnaires privés.

En effet, l'État n'aura alors plus un droit réel sur les biens immeubles qu'il occupe et ne pourra plus exercer les prérogatives liées à la propriété, à savoir jouir et disposer des biens de la manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements (article 544 du Code civil); dans la majorité des cas, il aura uniquement un droit personnel sur ces biens et ne pourra exercer que les droits d'un locataire, à savoir jouir des biens dans les limites fixées par les articles 1714 et suivants du Code civil.

Par ailleurs, appartenant à une personne morale de droit privé, ces biens seront dans le commerce et deviendront donc aliénables, prescriptibles et saisissables.

Ces différences dans la nature des droits que l'État pourra mettre en oeuvre et dans la protection dont il bénéficiera n'impliquent évidemment pas qu'il lui serait interdit d'accomplir ses missions dans des immeubles loués. Aucune disposition constitutionnelle ou supra- nationale ayant des effets directs dans l'ordre juridique belge n'impose en effet la propriété publique des moyens mis en oeuvre par l'État ni celle des lieux dans lesquels il dispense le service public.

⁽³⁾ Sur le principe de continuité du service public, voir D. De Roy, "Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager" note sous Cass., 12 février 2004, R.C.J.B., 2005, pp. 207-249.

Toutefois, il y a lieu d'avoir égard au fait que, comme l'indique l'avis donné le 25 janvier 2007 par l'inspecteur des finances sur l'avant-projet examiné, l'opération envisagée concernerait aussi notamment des "biens qui sont strictement indispensables au fonctionnement du service public en raison des aménagements qui y ont été effectués". Concernant de tels biens, l'inspecteur des finances observe que si un déménagement est toujours concevable, au cas où les gestionnaires de la société décideraient de ne pas renouveler un bail, il ne faut pas perdre de vue que le temps nécessaire pour adapter un bâtiment aux besoins particuliers de certains services peut excéder la durée d'un préavis, avec la conséquence que "certains services seraient tout simplement dans l'impossibilité de fonctionner pendant un certain temps".

Au regard de cette importante question, il faut constater que, contrairement à ce qui avait été prévu aux articles 28 à 30 de la loi-programme du 20 juillet 2006, précitée, l'avant-projet ne comporte aucune mesure visant à garantir, au moins en ce qui concerne les biens immeubles qui sont spécialement aménagés en vue de l'exercice du service public, qu'aussi longtemps que ces biens restent affectés au service public, l'État peut continuer à les occuper.

L'exposé des motifs se borne sur ce point à constater que

"La continuité des services publics occupant les immeubles qui seront apportés à la société commerciale immobilière n'est pas compromise, dès lors que les baux qui seront conclus lors de la constitution de la société assureront une occupation de l'ordre de 17 ans (en moyenne)."

Il revient donc au législateur, après avoir mesuré les enjeux budgétaires soulevés, lesquels engagent l'avenir ⁽⁴⁾, de juger si le principe général de continuité du service public, qui se rattache lui-même au principe de permanence de l'État, s'apprécie à un horizon de dix-sept ans ou si, au contraire, des garanties particulières ne sont pas nécessaires pour prémunir l'État contre le risque auquel il s'exposerait s'il devenait le simple locataire des immeubles qui seraient spécialement configurés pour lui permettre de prester des services publics essentiels. Il convient en effet de garder à l'esprit que l'éventuelle indisponibilité de tels biens sur le marché locatif pourrait à l'avenir empêcher

⁽⁴⁾ Si l'opération implique la perception d'une recette immédiate, elle suppose aussi l'obligation pour l'État de louer pour toujours les biens qu'il occupe actuellement en qualité de propriétaire ou leur équivalent en fonction des besoins collectifs qu'il voudra satisfaire.

l'État d'assumer avec la continuité qu'il souhaiterait certaines des missions d'intérêt général dont il entendrait pourtant poursuivre la prise en charge au regard des nécessités de l'heure.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

L'alinéa 1^{er} autorise l'État, d'une part, et la Société Fédérale de Participations et d'Investissement, d'autre part, à constituer une société anonyme de droit privé dont il décrit l'objet avec précision.

L'alinéa 2 précise que "cette autorisation est valable pour neuf mois à dater de l'entrée en vigueur de la présente loi".

Selon l'exposé des motifs, l'article 2 de l'avant-projet, qui vise "à affirmer, pour autant que de besoin, la capacité de l'État fédéral et de la société Fédérale de Participations et d'Investissement à participer à la constitution de la société commerciale immobilière", trouve sa raison d'être dans le souci d'"éviter toute incertitude quant à la légalité du projet de constitution" de cette société.

Il est inhérent à la personnalité juridique de l'État que celui-ci dispose, sans devoir être spécialement habilité par le législateur, d'une capacité pleine et entière à contracter, laquelle ne trouve naturellement à s'exercer que dans la limite de ses compétences matérielles ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ De nombreux contrats sont d'ailleurs conclus chaque jour en son nom sans que la passation de ces contrats n'ait fait l'objet d'une habilitation législative quelconque. (En ce sens, voir M. Paques, De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative, Bruxelles, Story scientia, 1991, pp. 146-154; D. D'Hooghe, " De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", Tijdschrift voor gemeenten, 1995, pp. 75-105).

Dès lors, il ne convient pas de limiter, comme le fait l'alinéa 2, à neuf mois la durée de l'autorisation conférée à l'État. En effet, cet alinéa ne peut guère s'interpréter que comme une interdiction qui lui serait faite de revendiquer en tout temps le droit, en application du principe de la liberté contractuelle, de constituer une société, même s'il est clair que telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Enfin, l'article examiné ne rend pas compte de la précision apportée par l'exposé des motifs selon laquelle l'objet social de la société commerciale immobilière envisagée par l'avant-projet n'affecte en rien l'application du Code des sociétés et, en particulier, de son article 559 qui permet la modification de l'objet social d'une société. À la seule lecture de la disposition examinée, l'on serait en effet fondé à croire que l'autorisation légale donnée à l'État de constituer une société, avec un partenaire public, et dont l'objet est "(...) la réalisation, tant en Belgique qu'à l'étranger, pour compte propre ou pour compte de tiers, ou en association, sous quelque forme que ce soit, avec des tiers, de toutes opérations de vente, de cession, de promotion, de développement et d'investissement en matière immobilière ainsi que la gestion, pour compte propre ou pour compte de tiers, de tous biens immeubles ou de tous droits réels immobiliers" implique, dans le chef du législateur, la volonté de conférer une certaine pérennité à cet objet social puisqu'il prend la peine de lui consacrer une disposition spéciale d'une loi.

Dans le même ordre d'idées, le dispositif de l'avant-projet ne rend pas non plus compte de l'intention sous-jacente de voir les titres de la société être vendus à des partenaires privés.

Dès lors, il est recommandé d'éviter une intervention du législateur qui, en droit, n'est pas nécessaire pour que l'État puisse réaliser l'opération de valorisation immobilière envisagée par l'auteur de l'avant-projet ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Ce qui est précisé au texte pour l'État vaut de la même manière pour l'autorisation donnée pour neuf mois à la Société Fédérale de Participations et d'Investissement de constituer, avec l'État, la société anonyme de droit privé prévue par l'avant-projet : en effet, la S.F.P.I. dispose déjà, sur la base de la loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et aux sociétés régionales d'investissement et dans les limites de son objet social, de la capacité de participer à la création d'une société anonyme de droit privé.

Article 3

Selon la disposition examinée,

"À compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les immeubles apportés à la société anonyme de droit privé constituée par l'Etat et la Société Fédérale de Participations et d'Investissement cessent d'être affectés au domaine public" ⁽⁷⁾.

Pourtant, à la date d'entrée en vigueur de la loi en projet, les biens qu'elle concerne seront toujours la propriété de l'État et rien ne changera quant à leur affectation matérielle puisqu'ils continueront à être occupés par l'État, occupation qui perdurera d'ailleurs après que la propriété de ces biens sera passée dans les mains d'une personne morale de droit privé; ceci signifie donc que ceux de ces biens qui seraient spécialement aménagés en vue de la réalisation d'un service public rempliront toujours, à la date d'entrée en vigueur de la loi qui prévoira la cessation de leur affectation au domaine public, un des critères retenus par la doctrine pour considérer qu'un bien fait partie du domaine public. Dès lors, compte tenu de la portée même de l'avant-projet, la disposition examinée paraît au premier abord procéder d'une fiction.

Toutefois, à la condition qu'une loi intervienne pour le prévoir, l'on s'accorde actuellement pour penser que l'État est libre de procéder à la désaffectation d'un bien en vue de rendre possible l'aliénation de celui-ci, et donc la modification de son régime juridique, alors même que son utilisation, consistant en une affectation au service public, resterait in concreto identique ⁽⁸⁾.

Il n'y a par conséquent pas d'obstacle de principe à ce que l'avant-projet dispose en ce sens.

⁽⁷⁾ Il serait plus exact d'écrire "les immeubles qui seront apportés" afin qu'il soit clairement établi que la désaffectation précède l'apport.

⁽⁸⁾ Voir D. Deom, "Les opérations immobilières des personnes de droit public", in La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur N. Verheyden-Jeanmart, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 265-284, sp. pp.272-274 et P. Boucquoy et V. Ost, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé", in Les partenariats public-privé (P.P.P.) Un défi pour le droit des services publics, La Charte, 2005, pp. 231-316, sp. pp. 243-247.

L'article examiné soulève cependant une difficulté par la généralité de ses termes : en prévoyant que les immeubles qui seront apportés à la société anonyme de droit privé à constituer cessent d'être affectés au domaine public, l'auteur de l'avant-projet sort du cadre d'une désaffectation expresse décidée par le législateur puisque l'avant-projet n'énumère pas lui-même quels sont les biens qui concrètement sont concernés par la désaffectation. Ce qui pose un problème, dès lors qu'antérieurement il y a eu une affectation expresse par la loi.

Par conséquent, l'article 3 devrait soit énumérer avec précision les immeubles qui sont visés par la désaffectation qu'il prévoit soit habiliter le Roi à le faire.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. RONVAUX, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

AW

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.245/2
VAN 28 FEBRUARI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 2 februari 2007 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de oprichting van een commerciële vastgoedmaatschappij door de Staat", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1. Het onderzochte voorontwerp van wet, dat past "in het regeringsbeleid ter optimalisering van het beheer van haar onroerend erfgoed waarbij het beleid ter handhaving van een budgettair evenwicht wordt gewaarborgd", is het derde dat aan de Raad van State wordt voorgelegd binnen een tijdsruimte van enkele maanden, dat tot doel heeft het uitwerken van een middel waarmee de Staat een deel van de onroerende goederen te gelde zal kunnen maken waarvan hij eigenaar is en die zijn diensten betrekken om er de taken te vervullen waarmee ze belast zijn ⁽¹⁾.

Met toepassing van het voorontwerp worden de onroerende goederen waarop het betrekking heeft, ingebracht in een privaatrechtelijke naamloze vennootschap die moet worden opgericht door de Staat, enerzijds, en de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij, anderzijds, van welke naamloze vennootschap de aandelen vervolgens verkocht worden "aan een privé-investeerder, gekozen via een procedure van een competitie georganiseerd rekening houdende met het principe van gelijkheid en niet-discriminatie, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen".

⁽¹⁾ Zie de artikelen 28 tot 30 van de programmawet van 20 juli 1996, waarover de Raad van State, binnen een termijn van vijf werkdagen, op 8 mei 2006 advies 40.372/1/2/3/4 heeft uitgebracht (DOC-51-2517/001, blz. 102) en de artikelen 92 tot 96 van de programmawet (I) van 27 december 2006, waarover de Raad van State, binnen een termijn van vijf werkdagen, op 4 december 2006 advies 41.779/2 heeft gegeven (DOC 51-2773/20).

2. Artikel 2 bepaalt dat de Staat en de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij (FPIM) gemachtigd worden een privaatrechtelijke naamloze vennootschap op te richten in verband met onroerend goed.

De Staat en de FPIM treden op als oprichters van de vennootschap.

Volgens de brief van de Minister van Financiën aan de Eerste Voorzitter van de Raad van State d.d. 30 januari 2007 en de memorie van toelichting, zal de Staat diverse onroerende goederen die hem toebehoren in de vennootschap inbrengen.

De aard van de inbreng van de FPIM wordt daarentegen niet gepreciseerd.

In dit verband mogen twee bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen niet uit het oog verloren worden.

Enerzijds verkrijgt degene die geen enkele inbreng doet niet de hoedanigheid van vennoot ⁽²⁾. Immers, om vennoot te worden moet men bepaalde vermogensrechtelijke bestanddelen die men van het wel en wee van de vennootschap laat afhangen, ter beschikking stellen van de vennootschap.

Als er geen inbreng is van de FPIM, kan deze dus geen vennoot van de op te richten vennootschap worden.

Anderzijds kan de nietigheid van de vennootschap worden uitgesproken wanneer het aantal "op geldige wijze" verbonden aandeelhouders die bij de akte zijn verschenen, minder dan twee bedraagt (artikel 454, 4/, van het Wetboek van Vennootschappen). Met andere woorden, als de FPIM geen inbreng doet, kan worden betwijfeld of ze "op geldige wijze" verbonden is, wat het bestaan van de op te richten vennootschap in het gedrang kan brengen.

⁽²⁾ Artikel 19, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen; J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, 1^e editie, boekdeel I, blz. 231, nr. 330.

3. Volgens artikel 3 van het voorontwerp "houden" onroerende goederen die in de publiekrechtelijke naamloze vennootschap moeten worden ingebracht "op deel uit te maken van het openbaar domein".

In advies 40.372/1/2/3/4, gegeven op 8 mei 2006, over de bepalingen die hebben geleid tot de artikelen 28 tot 30 van de voornoemde programmawet van 20 juli 2006, heeft de Raad van State eraan herinnerd dat de rechtsfiguur van de openbare domanialiteit ertoe bijdraagt dat het algemene rechtsbeginsel van de continuïteit van de openbare dienst wordt gewaarborgd ⁽³⁾.

Het kan echter niet worden betwist dat in sommige omstandigheden dit beginsel van de continuïteit van de openbare dienst kan worden verzwakt door de rechtsregeling die van toepassing zal zijn op de onroerende goederen waarop het voorontwerp betrekking heeft, wanneer die de eigendom van privé-aandeelhouders zullen zijn geworden.

De Staat zal immers in dat geval niet meer beschikken over een zakelijk recht op de onroerende goederen die hij betreft en zal niet meer de prerogatieven verbonden aan de eigendom kunnen uitoefenen, te weten op de meest volstreckte wijze van een zaak het genot hebben en daarover beschikken, mits hij er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of verordeningen (artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek); in de meeste gevallen zal hij alleen beschikken over een persoonlijk recht op die goederen en zal hij alleen de rechten van een huurder kunnen uitoefenen, te weten het genot van de goederen binnen de grenzen gesteld bij de artikelen 1714 en volgende van het Burgerlijk Wetboek.

Bovendien zullen die goederen, welke aan een privaatrechtelijk rechtspersoon toebehoren, in de handel zijn en dus vervreemd kunnen worden, het voorwerp kunnen uitmaken van verjaring van rechten en vatbaar zijn voor beslag.

Deze verschillen in de aard van de rechten die de Staat zal kunnen uitoefenen en in de bescherming die hij zal genieten, betekenen vanzelfsprekend niet dat

⁽³⁾ Over het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst, zie D. De Roy, "Le principe de continuité du service public et la situation de l'utilisateur", noot Cassatie, 12 februari 2004, RCJB, 2005, blz. 207-249.

het de Staat verboden zou zijn zijn opdrachten in gehuurde onroerende goederen uit te voeren. Geen enkele grondwettelijke of supranationale bepaling met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde, legt immers de verplichting op dat de door de Staat aangewende middelen of de plaatsen waar hij de openbare dienst verstrekt, openbaar eigendom zijn.

Men dient er echter oog voor te hebben dat, zoals de inspecteur van financiën aangeeft in zijn advies van 25 januari 2007 over het onderzochte voorontwerp, de beoogde operatie inzonderheid ook betrekking zou hebben op goederen die hoogstnoodzakelijk zijn voor de werking van de openbare dienst wegens de aanpassingen die erin zijn aangebracht. Wat deze goederen betreft, merkt de inspecteur van financiën op dat verhuizing altijd mogelijk is als de beheerders van de vennootschap zouden besluiten een huurovereenkomst niet te verlengen, maar men mag niet uit het oog verliezen dat de tijd die nodig is voor aanpassing van het gebouw aan de bijzondere behoeften van bepaalde diensten, langer kan zijn dan de duur van de opzeggingstermijn, met als gevolg dat sommige diensten eenvoudigweg een tijd lang niet zouden kunnen functioneren.

Wat deze belangrijke kwestie betreft, zij opgemerkt dat, in tegenstelling tot het bepaalde in de artikelen 28 tot 30 van de voormelde programmawet van 20 juli 2006, het voorontwerp geen enkele maatregel bevat om, tenminste wat betreft de onroerende goederen die speciaal ingericht zijn voor het uitoefenen van de openbare dienst, te waarborgen dat zolang deze goederen voor de openbare dienst bestemd blijven, de Staat ze kan blijven betrekken.

In de memorie van toelichting wordt op dit punt alleen op het volgende gewezen :

"De continuïteit van de openbare diensten die zich bevinden in de gebouwen die zullen worden ingebracht (in) de commerciële vastgoedmaatschappij wordt niet ondermijnd, aangezien de huurovereenkomsten die zullen worden afgesloten bij de oprichting van de maatschappij een bezetting van ongeveer 17 jaar (gemiddeld) zullen verzekeren."

.../...

Het komt dus aan de wetgever toe, na de aangevoerde budgettaire inzet te hebben ingeschat, die voor de toekomst bepalend is ⁽⁴⁾, te oordelen of het algemene beginsel van de continuïteit van de openbare dienst, dat zelf verband houdt met het beginsel van de permanentie van de Staat, geldt voor een periode van zeventien jaar, dan wel of daarentegen bijzondere waarborgen noodzakelijk zijn om de Staat te beschermen tegen het risico waaraan hij zich zou blootstellen indien hij gewoon huurder zou worden van de onroerende goederen die speciaal zouden worden ingericht om hem essentiële overheidsdiensten te laten verstrekken. Men moet immers voor ogen houden dat door de eventuele onbeschikbaarheid van zulke goederen op de huurmarkt, de Staat in de toekomst zou kunnen worden verhinderd om met de continuïteit die hij wenst sommige taken van algemeen belang uit te voeren waarvoor hij nochtans zou willen blijven zorgen naargelang de behoeften van het ogenblik.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

In het eerste lid worden de Staat, enerzijds, en de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij, anderzijds, gemachtigd om een privaatrechtelijke naamloze vennootschap op te richten waarvan het doel nauwkeurig wordt omschreven.

In het tweede lid wordt bepaald dat "deze machtiging geldt voor een periode van neuf (lees : negen) maanden vanaf de inwerkingtreding van deze wet".

Volgens de memorie van toelichting is de bestaansreden van artikel 2 van het voorontwerp, "(dat ertoe strekt), voor zover nodig, de bevoegdheid van de Federale Staat en van de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij om deel te nemen aan de oprichting van de commerciële vastgoedmaatschappij te bevestigen" te vinden in de

⁽⁴⁾ Ofschoon de operatie onmiddellijk opbrengt, houdt ze ook in dat de Staat voor altijd genoodzaakt is de goederen te huren die hij momenteel als eigenaar of daarmee gelijkgestelde betreft, naargelang van de collectieve behoeften waarin hij zal willen voldoen.

bedoeling om "(alle onduidelijkheid betreffende de (wettelijkheid) van het ontwerp tot oprichting van (die maatschappij weg te nemen)".

Het is inherent aan de rechtspersoonlijkheid van de Staat dat die, zonder dat die daartoe van de wetgever een bijzondere machtiging hoeft te hebben ontvangen, over een volle bevoegdheid beschikt om overeenkomsten te sluiten, welke bevoegdheid uiteraard alleen mag worden uitgeoefend binnen de perken van zijn materiële bevoegdheid ⁽⁵⁾.

Bijgevolg behoort de duur van de aan de Staat verleende machtiging niet te worden beperkt tot negen maanden, zoals in het tweede lid geschiedt. Dat lid kan immers nauwelijks anders geïnterpreteerd worden dan als een verbod voor de Staat om met toepassing van het beginsel van de contractsvrijheid wanneer dan ook het recht op te eisen een vennootschap op te richten, ook al is het duidelijk dat zulks niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is.

Ten slotte is in het onderzochte artikel niets terug te vinden van de in de memorie van toelichting vervatte precisering dat het doel van de commerciële vastgoedmaatschappij die in het voorontwerp in het vooruitzicht wordt gesteld, geen invloed heeft op de toepassing van het Wetboek van Vennootschappen, en inzonderheid van artikel 559 ervan, op grond waarvan het doel van een vennootschap gewijzigd mag worden. Alleen al bij het lezen van de onderzochte bepaling, zou men er met reden van uit kunnen gaan dat de wettelijke machtiging die aan de Staat wordt gegeven om, samen met een overheidspartner, een vennootschap op te richten waarvan het doel erin bestaat "zowel in België als in het buitenland, voor eigen rekening of voor rekening van derden, of in samenwerking, onder eender welke vorm, met derden, alle verkoops-, overdrachts-, promotie-, ontwikkelings- en investeringsactiviteiten te realiseren inzake onroerende goederen, evenals het beheer te verzekeren, voor eigen rekening of voor rekening van derden, van alle onroerende goederen of van alle onroerende zakelijke rechten",

⁽⁵⁾ Elke dag worden overigens vele overeenkomsten gesloten in naam van de Staat zonder dat voor het sluiten van die contracten enige machtiging door de wetgever is verleend. (Zie in die zin M. Paques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story scientia, 1991, blz. 146-154; D. D'Hooghe, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *Tijdschrift voor gemeenten*, 1995, blz. 75-105).

impliceert dat de wetgever aan dat doel van de vennootschap een zekere duurzaamheid wil verlenen, aangezien hij zich de moeite getroost daaraan een bijzondere wetsbepaling te besteden.

In dezelfde gedachtegang, uit het dispositief van het voorontwerp blijkt evenmin de onderliggende bedoeling de aandelen van de vennootschappen aan privépartners te verkopen.

Bijgevolg verdient het aanbeveling om een ingrijpen van de wetgever te vermijden dat uit juridisch oogpunt niet nodig is opdat de Staat de operatie tot het te gelde maken van vastgoed die de steller van het voorontwerp voor ogen heeft, kan opzetten ⁽⁶⁾.

Artikel 3

De voorliggende bepaling luidt als volgt :

"Vanaf de inwerkingtreding van deze wet houden de onroerende goederen die moeten worden ingebracht (in) de naamloze vennootschap van privaat recht opgericht door de Staat en de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij op deel uit te maken van het openbaar domein." ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Hetgeen in de tekst over de Staat wordt gezegd, geldt op dezelfde wijze voor de machtiging die gedurende negen maanden aan de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij wordt gegeven om, samen met de Staat, de privaatrechtelijke naamloze vennootschap op te richten waarvan in het voorontwerp sprake is : de FPIM beschikt immers reeds op basis van de wet van 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen, binnen de grenzen van zijn doel, over de mogelijkheid om deel te nemen aan de oprichting van een privaatrechtelijke naamloze vennootschap.

⁽⁷⁾ Het zou juister zijn om in de Franse tekst te schrijven "les immeubles qui seront apportés" opdat duidelijk tot uiting komt dat het verdwijnen uit het openbaar domein voorafgaat aan de inbreng.

Op de datum van inwerkingtreding van de ontworpen wet zullen de goederen waarop ze betrekking heeft evenwel nog steeds eigendom van de Staat zijn en wat hun materiële bestemming betreft, zal niets veranderen, aangezien ze nog steeds gebruikt zullen worden door de Staat, welk gebruik overigens zal voortduren nadat de eigendom van die goederen in de handen van een privaatrechtelijke rechtspersoon zal zijn overgegaan; zulks betekent dus dat als er daaronder goederen zijn die speciaal ingericht zijn voor het verrichten van een openbare dienst, die goederen op de datum van inwerkingtreding van de wet waarbij wordt bepaald dat ze geen deel meer uitmaken van het openbaar domein, nog steeds zullen voldoen aan een van de criteria die door de rechtsleer worden gehanteerd om te bepalen of een goed deel uitmaakt van het openbaar domein. Gelet op de reikwijdte zelf van het voorontwerp lijkt de voorliggende bepaling op het eerste gezicht een fictie.

Thans is men het er evenwel over eens dat, op voorwaarde dat een wet uitgevaardigd wordt waarbij zulks wordt bepaald, de Staat de vrijheid heeft om een goed aan het openbaar domein te onttrekken om het mogelijk te maken dat het vervreemd wordt en dus dat het juridisch stelsel ervan gewijzigd wordt, ook al blijft het gebruik ervan, dat bestaat in een bestemming voor een overheidsdienst, in concreto identiek ⁽⁸⁾.

Bijgevolg bestaat er geen principieel bezwaar tegen dat het voorontwerp een bepaling in die zin bevat.

Het onderzochte artikel doet evenwel een moeilijkheid rijzen door de algemeenheid van de bewoordingen ervan : door te bepalen dat de onroerende goederen die in de op te richten privaatrechtelijke naamloze vennootschap worden ingebracht ophouden deel uit te maken van het openbaar domein, treedt de steller van het voorontwerp buiten het kader van een uitdrukkelijke onttrekking aan het openbaar domein waartoe de wetgever besluit, aangezien niet in het voorontwerp zelf wordt opgesomd welke goederen concreet bij die onttrekking aan het openbaar domein betrokken zijn.

⁽⁸⁾ Zie D. Deom, "Les opérations immobilières des personnes de droit public", in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur N. Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, blz. 265-284, inz. blz. 272-274 en P. Boucquey en V. Ost, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé", in *Les partenariats public-privé (PPP) Un défi pour le droit des services publics*, die Keure, 2005, blz. 231-316, inz. blz. 243-247.

Zulks doet problemen rijzen als het goed in kwestie voordien bij de wet uitdrukkelijk als openbaar domein is aangewezen.

Bijgevolg zou artikel 3 ofwel een nauwkeurige opsomming moeten bevatten van de goederen waarop de daarin in het vooruitzicht gestelde onttrekking aan het openbaar domein betrekking heeft ofwel de Koning moeten machtigen zulks te doen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. RONVAUX, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS