

PARLEMENT WALLON

SESSION 2020-2021

10 FÉVRIER 2021

PROPOSITION DE DÉCRET

**modifiant l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10^o,
du Code de la démocratie locale et la décentralisation**

déposée par

MM. Dispa, Collin, Bastin, Desquesnes, Mmes Greoli et Schyns

RÉSUMÉ

La présente proposition de décret modifie la définition de la « société à participation publique locale significative » afin de substituer le critère de contrôle par le capital par un critère de contrôle par le vote.

DÉVELOPPEMENT

Le décret 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, dit « décret gouvernance », a intégré la notion de « société à participation publique locale significative » (SPPLS) au sein du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD).

Cette modification faisait suite aux recommandations du rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe PUBLIFIN préconisant l'élargissement du pouvoir de tutelle aux filiales des sociétés intercommunales.

L'un des critères de définition d'une SPPLS consiste à vérifier que la société en question est contrôlée par les autorités.

Le décret gouvernance a précédé d'une année le vote du Code des sociétés et des associations. Ce Code a en effet été adopté le 23 mars 2019, si bien que le décret gouvernance n'a pu anticiper une des réformes majeures en matière de droit des sociétés, à savoir le découplage du droit de vote et du nombre de parts détenues pour les sociétés anonymes.

Il est en effet désormais possible de détenir une majorité du capital d'une société sans pour autant contrôler ladite société. Ceci résulte de l'article 7:52 du Code des sociétés et des associations permettant aux sociétés non cotées de déroger au principe de « une action, un vote » consacré à l'article 7:51.

L'article 7:51 du Code des sociétés et des associations dispose que :

« Lorsque les actions représentent une part égale du capital, chacune donne droit à une voix.

Lorsqu'elles n'ont pas toutes la même valeur représentative du capital, leur titulaire a droit à un nombre de voix égal au nombre de fois que l'action représentant le montant le plus faible est comprise dans la valeur totale que ses actions représentent dans le capital; les fractions de voix ne sont pas prises en considération, excepté dans les cas prévus à l'article 7:155. ».

L'article 7:52 dispose cependant que :

« Dans les sociétés non cotées, les statuts peuvent déroger à l'article 7:51. ».

Le commentaire de l'article 7:51 précise notamment ceci :

« Selon le droit actuel, le droit de vote lié aux actions de capital d'une SA est impérativement proportionnel à la valeur représentative du capital des actions. Cette règle est maintenue dans la nouvelle disposition, mais ne subsiste dorénavant que comme règle de droit supplétif, comme il ressort des deux articles suivants. ».

Le commentaire de l'article 7:52 indique ceci :

« Cet article prévoit la possibilité pour les sociétés non cotées de déroger sans limite dans leurs statuts à la règle proportionnelle. Le droit de vote dans une SA non cotée est dès lors réglé de manière aussi souple que dans les nouvelles dispositions adoptées en la matière pour les SRL (article 5:42). Par conséquent, un droit de vote multiple est possible et les actions sans droit de vote sont possibles sans les limites qui s'appliquent dans la législation actuelle (dividende privilégié; droit de vote obligatoire pour certaines opérations).

Il a été décidé de ne pas introduire pour les sociétés non cotées une limite sous forme de « multiplier » (fixation d'un maximum de droits de vote par action). On aurait pu penser qu'une telle limitation eût été opportune pour limiter le décalage entre l'investissement financier et le risque qu'il engendre, d'une part, et l'influence au sein de la société qui résulte du droit de vote multiple, d'autre part. Il faut cependant constater que le droit de vote multiple est autorisé depuis de nombreuses années dans la SCRL et que cela n'a pas donné lieu à des abus. Dans les systèmes étrangers qui, tels la Suède, ont toujours autorisé le droit de vote multiple, les multipliers ont été limités au cours des dernières années mais uniquement pour les sociétés cotées. Les abus auxquels le droit de vote multiple a donné lieu en Belgique, et qui ont conduit à une interdiction à partir des années 1930, se sont produits uniquement dans des sociétés cotées. Dans les sociétés non cotées où les actionnaires peuvent négocier leur position au sein de la société lors de sa constitution ou à l'occasion de leur entrée dans celle-ci, une telle limitation du droit de vote multiple n'est pas nécessaire; en tout état de cause les règles en matière d'abus de droit sont susceptibles de s'appliquer.

Toutefois, pour les sociétés cotées, où la distance entre les actionnaires et la société est plus grande et où, éventuellement à côté de grands actionnaires, il y a de nombreux investisseurs qui ne possèdent qu'une partie très limitée du nombre total d'actions, il n'est pas opportun de permettre une liberté statutaire aussi large. Dans les sociétés cotées, il est donc proposé de permettre une dérogation à la règle dans les limites fixées à l'article 7:53, §1^{er}. ».

L'article 7:53 prévoit en effet d'autres restrictions pour les sociétés cotées.

Il résulte ainsi de la réforme du droit des sociétés intervenue en 2019 qu'il est possible de contourner la définition de SPPLS, un pouvoir local ou un organisme paralogal pouvant céder une majorité du capital d'une société tout en conservant en réalité le contrôle des votes. Ce faisant, la société sort *de facto* du périmètre de la tutelle d'annulation.

L'histoire récente a montré plus qu'il ne le fallait à quel point il est nécessaire de laisser le moins de failles juridiques possible dans la réglementation.

Les auteurs de la présente proposition de décret suggèrent ainsi d'utiliser le critère de contrôle par le vote comme critère de définition de la SPPLS.

Le dispositif du décret gouvernance a été confirmé par l'arrêt n°9/2020 de la Cour constitutionnelle du 16 janvier 2020. Dans cet arrêt, la Cour relève au point B.8.5. :

« Toutefois, le système de la répartition exclusive des compétences territoriales suppose que chaque situation puisse être rattachée à la réglementation adoptée par un seul et même législateur. En l'espèce, le législateur décréte à 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. En retenant deux critères de rattachement différents et alternatifs, le législateur décréte crée une situation dans laquelle il n'exclut pas, dans l'hypothèse où un autre législateur décréte 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.

Eu égard à l'objet du décret attaqué, qui est de 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, il y a 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. ».

La Cour constitutionnelle insiste ainsi sur la nécessité de ne garder qu'un seul critère de définition de la SPPLS, en l'occurrence le critère du capital. Le critère de définition basé sur la nomination de membres des organes de gestion est annulé. En effet, la Cour constitutionnelle avait estimé que prévoir plusieurs critères de contrôle était de nature à créer une situation où une même société serait sous la tutelle du Gouvernement wallon pour un critère X et au même moment sous la tutelle d'un autre Gouvernement régional pour un critère Y si une autre Région venait à prendre des mesures similaires à celles prévues dans le décret gouvernance.

L'élément essentiel qui résulte du raisonnement de la Cour constitutionnelle est donc de ne maintenir qu'un seul critère afin de minimiser ce risque de double tutelle.

La question de la pertinence d'utiliser le critère du contrôle par le vote a déjà été abordé sous la législature 2014-2019. La Ministre en charge des Pouvoirs locaux avait dû se prononcer à ce sujet par voie de réponses à des questions écrites de Madame Isabelle Moynet sur « l'impact de l'adoption par la Chambre des représentants du Code des sociétés et des associations sur l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10^o, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation » (Question écrite n° 200 (2018-2019)).

La Ministre avait répondu notamment que « L'honorable membre affirme avec raison que ces changements du droit fédéral des sociétés interpellent, eu

égard aux termes de « participation au capital supérieure à 50% du capital » contenus à l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10^o, du CDLD qui font référence aux parts représentant une quotité du capital, à l'exclusion des droits de vote attachés à ces parts. ».

Elle indiquait également qu'une piste de réflexion aurait consisté à utiliser la notion de contrôle, celle-ci englobant diverses formes de contrôle.

Néanmoins, force est de constater que l'arrêt n°9/2020 de la Cour constitutionnelle vient contredire une telle piste puisque la Cour insiste pour qu'un seul critère de rattachement soit conservé.

De la sorte, il convient ainsi de ne conserver que le seul critère le plus englobant, à savoir le contrôle par le vote.

Le présent décret abroge également le critère de contrôle par la nomination des membres de l'organe de gestion afin de mettre le droit en conformité avec l'arrêt n°9/2020 de la Cour constitutionnelle.

En procédant à une modification de critère, la SPPLS est définie par le contrôle sur le vote là où l'organisme, au sens des décrets du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public et relatif au statut de l'administrateur public pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution continuent d'être définis sur la base d'un critère de capital.

Cette différence de traitement se justifie pour deux raisons.

D'une part, la mise en place des SPPLS avait pour objet d'étendre la tutelle à des sociétés détenues par des pouvoirs locaux. Par l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations, cet objectif est mis à mal par la création fortuite d'une faille juridique. L'exploitation de failles juridiques par des pouvoirs locaux constitue l'origine du « scandale Publifin », cette exploitation se réalisant sans contrôle de la Région.

Dans le cadre d'un organisme, c'est la Région elle-même qui entre au capital d'une société. La tutelle appliquée sur l'organisme est ainsi organiquement liée à la nature même de la société qui est une émanation de la Région wallonne.

Une mesure similaire pour les organismes ne saurait augmenter le contrôle de la Région sur les sociétés concernées puisque ces organismes sont eux-mêmes des émanations de la Région.

D'autre part, les décrets du 12 février 2004 précités utilisent la notion de « participation qualifiée » comme base du contrôle régional. Cette notion est définie comme :

« Une participation au capital ou dans le fonds social d'une entité permettant à la personne ou l'entité qui la détient, soit d'empêcher l'adoption d'une décision par les organes de cette entité en vertu de la loi applicable à l'entité, de ses statuts ou d'une convention, soit de désigner un ou plusieurs administrateurs, en vertu de la loi applicable à l'entité, de ses statuts ou d'une convention ».

Les décrets du 12 février 2014 précités comprennent ainsi déjà actuellement une base de contrôle différente de celle applicable aux SPPLS.

Par ailleurs, l'entrée au capital d'une société correspond davantage à la manière de procéder de la Région wallonne et de ses outils économiques.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE UNIQUE

Article unique

L'article vise à utiliser comme critère de tutelle sur les sociétés à participation publique locale significative, le critère de la majorité du nombre de voix plutôt que le critère de possession du capital, étant donné la réforme du droit des sociétés et l'arrêt de la Cour constitutionnelle n°9/2020 du 16 janvier 2020.

PROPOSITION DE DÉCRET

modifiant l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10^o, du Code de la démocratie locale et la décentralisation

Article unique

Dans l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 10^o, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, les modifications suivantes sont apportées :

1^o dans le premier alinéa, c), le mot « détiennent » est remplacé par le mot « exercent » et les mots « une participation au capital supérieure à cinquante pourcents du capital; ou désignent plus de cinquante pourcents des membres du principal organe de gestion » sont remplacés par les mots « un contrôle au sens de l'article 1:14, §2, alinéa 1^{er}, 1^o, du Code des sociétés et des associations »;

2^o le deuxième alinéa est remplacé par ce qui suit :

« Lorsqu'une société remplit les conditions pour être considérée à la fois comme une société à participation publique locale significative et comme un organisme visé à l'article 3, §§1^{er} à 7, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public ou visé à l'article 3, §§1^{er} à 5, du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution, la société est considérée comme une société à participation publique locale significative. »;

3^o le troisième alinéa est abrogé.

B. DISPA

R. COLLIN

C. BASTIN

F. DESQUESNES

A. GREOLI

M.-M. SCHYNS