

2

*Le droit commercial
général
(fonds de commerce,
secteur public local, faillites)*

Déborah GOL
Assistante à l'Université de Liège
Avocate

David PASTEGER
Assistant à l'Université de Liège
Avocat

Coordination
Nicolas THIRION
Chargé de cours à l'Université de Liège
Chargé de cours invité à l'UCL

Table des matières

Le droit commercial général (fonds de commerce, faillites) secteur public local, faillites)

Partie I. Les aspects de la cession de fonds de commerce intéressant la pratique notariale.....	157
<i>Introduction</i>	157
<i>Chapitre 1. Convention de cession de fonds de commerce</i>	157
<i>Section 1. Clauses particulières</i>	157
1. Convention de cession de fonds de commerce – Clauses particulières – Clauses de non concurrence – Tierce complicité.....	157
2. Convention de cession de fonds de commerce – Clauses particulières – Clause d’approvisionnement exclusif – Délégation n’opérant pas novation.....	159
3. Convention de cession de fonds de commerce – Clauses particulières – Echelonnement du prix et de l’intérêt – Absence de faculté de remboursement anticipé – Equilibre des conventions – Devoir de conseil du notaire.....	159
<i>Section 2. Cession de fonds de commerce et opérations apparentées</i>	161
4. Cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées.....	161
5. Cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées – Cession de fonds de commerce et cession d’actions – Garantie de vices cachés – Garantie d’éviction.....	161
<i>Chapitre 2. Nouveaux moyens de recouvrement des cotisations sociales</i>	162
<i>Section 1. «442bis social»</i>	162
6. Opposabilité différée.....	163
7. Responsabilité solidaire du cessionnaire et du cédant.....	163
8. Exceptions.....	164
<i>Section 2. Hypothèque légale – Renvoi</i>	164
<i>Chapitre 3. Cession de fonds de commerce – Aspects fiscaux</i>	165
<i>Section 1. Cession de fonds de commerce – Aspects fiscaux – «442bis TVA»</i>	165
9. Opposabilité différée.....	166
10. Responsabilité solidaire du cessionnaire et du cédant.....	166
11. Exceptions.....	166
<i>Section 2. Cession de fonds de commerce – Aspects fiscaux – Article 442bis C.I.R./92</i>	167
12. Aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce – Article 442bis C.I.R./92 – Certificat.....	167
13. Cession de fonds de commerce – Aspects fiscaux – Article 442bis C.I.R./92 – Etendue de la solidarité.....	167

14. Cession de fonds de commerce – Article 442bis C.I.R./92 – Inopposabilité et égalité entre les créanciers.....	168
<i>Section 3. Droits de donation et droits de succession – Région wallonne</i>	169
15. Réduction des droits de donation.....	169
16. Réduction des droits de succession.....	169
Partie II. Entreprises publiques locales	170
<i>Introduction</i>	170
<i>Chapitre 1. Modes d’administration des services communaux</i>	172
<i>Section 1. Région wallonne : régies communales autonomes</i>	172
17. Régies communales autonomes – Statuts – Tutelle.....	172
18. Régies communales autonomes – Organes – Nomination et révocation des administrateurs.....	173
19. Droits d’enregistrement, de donation et de succession.....	173
<i>Section 2. Région flamande : Agences autonomisées externes</i>	175
<i>Chapitre 2. Coopération entre communes</i>	177
20. Introduction.....	177
<i>Section 1. Région wallonne</i>	178
§1. Les nouveaux modes d’association des communes.....	178
21. Conventions entre communes.....	179
22. Association de projet.....	180
§2. Intercommunales – Nouveautés législatives.....	188
23. Introduction.....	188
24. Principes de bonne gouvernance.....	189
25. Obligations à charge de l’intercommunale.....	190
26. Statuts.....	191
27. Assemblée générale.....	191
28. Conseil d’administration.....	192
29. Comité de rémunération.....	193
30. Organes restreints de gestion.....	194
31. Prises de participation.....	194
32. Information des conseillers communaux.....	194
33. Contrôle financier.....	195
§3. Intercommunales – Jurisprudence.....	195
34. Intercommunales – Statuts.....	195
35. Intercommunales – Constitution d’une société d’économie mixte – Marché public.....	196
<i>Section 2. Région flamande</i>	197
36. Introduction.....	197
37. Intercommunales – Expropriation pour cause d’utilité publique.....	199
38. Intercommunales – Egalité devant l’impôt.....	200
<i>Section 3. Région de Bruxelles-Capitale</i>	200
39. Intercommunales – Droits d’enregistrement et droits de succession.....	200

Partie III. Les faillites	201
<i>Chapitre 1. Excusabilité du failli, décharge des sûretés personnelles et libération du conjoint</i>	201
<i>Section 1. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 30 juin 2004 : condamnation du caractère automatique de la décharge des cautions à titre gratuit en cas d'excusabilité du failli.</i>	201
<i>Section 2. Le régime de la loi du 20 juillet 2005 : l'excusabilité du failli cesse d'être une condition de la décharge de la caution dite de bienfaisance.</i> ..	202
§1. Régime de l'excusabilité du failli.	203
a. Champ d'application du régime de l'excusabilité.	203
b. Conditions de l'excusabilité	204
c. Les effets de l'excusabilité	206
d. La procédure.	208
§2. La décharge des sûretés personnelles.	208
a. Champ d'application	209
b. Conditions nécessaires pour bénéficier de la décharge.	210
§3. Le caractère gratuit du cautionnement	211
§4. L'obligation de la caution est disproportionnée par rapport à ses revenus et à son patrimoine.	213
§5. Dépôt de l'attestation au greffe du Tribunal de commerce	215
§6. Effets de la procédure de faillite et de la décharge sur les sûretés personnelles	216
a. Suspension des voies d'exécution mues à l'encontre des sûretés personnelles.	216
b. Effets de la décharge	217
c. Dispositions transitoires	217
<i>Section 3. Loi du 2 février 2005 : le sort du conjoint du failli.</i>	218
<i>Section 4. Références doctrinales publiées au cours de la période examinée.</i> 222	
<i>Chapitre 2. Nouvelles dispositions en matière de vérification des créances</i> ..	223
<i>Chapitre 3. Faillite et vente immobilière : réalisation des immeubles issus du patrimoine du failli.</i>	224
<i>Section 1. Principe : l'immeuble est vendu publiquement.</i>	224
<i>Section 2. Exception : la vente de gré à gré</i>	225
<i>Section 3. Poursuites antérieures à la faillite en vue de la réalisation judiciaire de l'immeuble</i>	227
<i>Chapitre 4. Le sort de l'immeuble du failli déclaré insaisissable en application de la loi du 25 avril 2007.</i>	229

Partie I.

Les aspects de la cession de fonds de commerce intéressant la pratique notariale

Introduction

Le fonds de commerce ne fait l'objet d'aucune réglementation générale. Les divers éléments qui le composent ne perdent d'ailleurs généralement pas leur individualité dans les opérations qui portent sur le fonds de commerce¹.

Toutefois le législateur a choisi, en vue de l'accomplissement d'un certain nombre d'opérations, d'envisager le fonds de commerce comme une entité distincte de celle de ses composantes et soumise à un régime juridique propre. Il en est ainsi d'un certain nombre de règles relatives à la cession de fonds de commerce.

Ce sont ces dispositions qui feront l'objet de la présente contribution et, plus particulièrement, les nouveautés susceptibles d'intéresser la pratique notariale.

Chapitre 1. Convention de cession de fonds de commerce

Section 1. Clauses particulières

1. Convention de cession de fonds de commerce – Clauses particulières – Clauses de non concurrence – Tierce complicité

Liège (7^e ch.), 18 décembre 2003, *R.R.D.*, 2005, liv. 14, pp. 25 et s.

Prés. Comm. Bruges, 27 avril 2006, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2006, p. 558.

Même en l'absence d'une clause de non-concurrence expresse dans la convention de cession de fonds de commerce, le vendeur doit s'abstenir de tout

1. Cass., 4 mars 1982, *Paz.*, 1982, I, p. 798; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, n° 82, pp. 188 et s.

acte susceptible d'empêcher l'acquéreur de jouir du fonds, c'est-à-dire notamment d'en exploiter la clientèle. En conséquence, l'interdiction de faire concurrence à l'acquéreur découle pour le vendeur de la garantie d'éviction².

La cour d'appel de Liège a envisagé la situation sous l'angle du principe d'exécution de bonne foi duquel, même en l'absence d'une clause de non-concurrence, découlerait l'interdiction pour le cédant d'un fonds de commerce de se réinstaller pendant un certain temps et dans un lieu où il est susceptible de récupérer son ancienne clientèle³. Le recours au principe d'exécution de bonne foi peut paraître superflu dans la mesure où l'interdiction de faire concurrence s'impose en raison de la garantie d'éviction due par le vendeur et, plus précisément, la garantie dite du fait personnel, de droit en vertu de l'article 1626 du Code civil.

En l'espèce, la concurrence était le fait non pas du cédant lui-même mais d'une société commerciale dont le cédant était co-fondateur. La Cour a jugé que l'interdiction s'appliquait également à la société dont le cédant a été l'un des fondateurs, comme tiers complice d'une obligation violée, et ce, même si le cédant s'était ensuite retiré de la société. Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence constante qui considère que, tenu par une obligation de non-concurrence même implicite, le cédant ne peut la violer ni directement ni indirectement⁴. C'est ainsi que le cédant ne pourrait prendre part à la constitution d'une société concurrente⁵.

Le président du Tribunal de commerce de Bruges est allé plus loin en considérant comme tiers complice de la violation d'une clause de non-concurrence, une société constituée par le conjoint d'une personne tenue par une obligation de non-concurrence et domiciliée à la même adresse que son conjoint⁶.

Si l'existence de droit d'une obligation de non-concurrence dans les conventions de cession de fonds de commerce ne fait pas de doute en jurisprudence, ses contours (durée et étendue géographique) demeurent, en cas de silence des parties, soumis à l'appréciation cas par cas des juridictions. Il est généralement considéré qu'en l'absence d'une clause expresse, l'obligation de non-concurrence s'apprécie au regard du temps nécessaire

à la fixation de la clientèle par le cessionnaire et de la zone géographique dans laquelle le cédant exerce ses activités. La limitation ne vaut, en toute hypothèse que pour le même type d'activités. La cour d'appel de Liège a, dans l'arrêt commenté, considéré que l'interdiction de faire concurrence pouvait être raisonnablement limitée à une durée de trois ans et un rayon de dix kilomètres autour de l'établissement du cessionnaire⁷.

Le président du Tribunal de commerce de Bruges a considéré que, pour la cession des actions d'une entreprise exerçant l'activité de courtier en assurances, le temps nécessaire pour se lier aux clients pouvait être fixé à cinq ans. L'étendue de la clause se justifiait, selon le président, par les particularités du secteur d'activités. Les contrats d'assurance étant résiliables annuellement, les clients changent ou peuvent changer de courtier en assurances plus rapidement et sont donc moins rapidement liés à une entreprise. Par conséquent, le temps nécessaire pour se lier aux clients est plus long.

2. Convention de cession de fonds de commerce - Clauses particulières - Clause d'approvisionnement exclusif - Délégation n'opérant pas novation

Liège (7^e ch.), 9 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, liv. 33, p. 1455; *R.D.C.*, 2006, liv. 6, p. 636, note X. TATON, «Le contentieux pré-judiciel interne en droit de la concurrence après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003».

La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier n'opère point de novation, si le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger le débiteur qui a fait la délégation.

Tel est le cas lorsqu'un propriétaire de fonds de commerce de brasserie comportant une obligation d'approvisionnement exclusif auprès d'une brasserie déterminée cède le fonds à un tiers et que cette brasserie accepte de poursuivre les relations commerciales avec le tiers, cessionnaire, sans pour autant décharger le cédant de ses obligations à son égard.

3. Convention de cession de fonds de commerce - Clauses particulières - Echelonnement du prix et de l'intérêt - Absence de faculté de remboursement anticipé - Equilibre des conventions - Devoir de conseil du notaire

Liège (3^e ch.), 13 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, liv. 9, p. 350; *T. Not.*, 2006, liv. 12, p. 673.

² *Annuaire Pratiques du Commerce et Concurrence*, 2006, p. 558.

³ Cass., 24 septembre 1968, *Paz.*, 1969, I, p. 92; Cass., 2 juin 1959, *Paz.*, 1959, I, p. 1004; Cass., 7 juillet 1956, *Paz.*, 1956, I, p. 949; voyez également à ce sujet D. WILLERMAIN, «La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial», in *La cession de fonds de commerce*, Commission Université-Palais, Bruxelles, Larcier, 2005, vol. 76, p. 78.

⁴ Liège (7^e ch.), 18 décembre 2003, *R.R.D.*, 2005, liv. 14, pp. 25 et s.

⁵ Voyez à ce sujet P.-A. FORIERS et R. JAFFERALI, «La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées», in *La cession de fonds de commerce*, Commission Université-Palais, vol. 76, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 34, n° 26.

⁶ Prés. Comm. Bruges, 27 avril 2006, *Annuaire Pratiques du Commerce et Concurrence*, 2006, p. 558. Comp. Bruxelles, 21 mars 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 539, note A. DE CALUWE.

⁷ Liège (7^e ch.), 18 décembre 2003, *op. cit.*

Section 2. Cession de fonds de commerce et opérations apparentées

4. Cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées

P.-A. FORIERS et R. JAFFERALLI, «La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées», in *La cession de fonds de commerce*, Commission Université-Palais, 01/2005, vol. 76, Bruxelles-Larcier, 2005, pp. 38 et s.

Cette contribution présente l'intérêt de comparer la cession de fonds de commerce avec d'autres opérations proches, soit qu'elles portent sur le fonds de commerce mais ne constituent pas des cessions, soit qu'elles constituent bien des cessions au sens large mais ont un autre objet. Dans cette dernière catégorie, les auteurs comparent notamment la cession de fonds de commerce et les opérations réalisant une véritable transmission *ut universi* que sont l'apport ou la cession d'universalité ou de branche d'activités, organisés par les articles 678 et suivants du code des sociétés.

5. Cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées – Cession de fonds de commerce et cession d'actions – Garantie des vices cachés – Garantie d'éviction

Gand (12^e ch.), n° 2004/AR/731, 25 mai 2005, *DAOR*, 2005 liv. 76, p. 334.

Comm. Hasselt, 5 mai 2004, *Limb. Rechtsl.*, 2007, liv. 2, pp. 144 et s.

La cession de fonds de commerce doit être distinguée de la cession de tout ou partie des actions de la société propriétaire de ce fonds de commerce. Il est en effet généralement admis que l'objet d'une vente d'actions consiste dans lesdites actions et non dans le patrimoine de la société concernée.

Certains auteurs considèrent toutefois que la cession d'une participation de contrôle ne se résumerait pas à une simple cession d'actions et qu'ordinairement, par application des principes d'interprétation du droit commun, l'intention de l'acheteur de se porter acquéreur non seulement des titres, mais du fonds de commerce exploité par la société cédée⁸.

La cour d'appel de Gand, par un arrêt du 25 mai 2005, conforte la position majoritaire, selon laquelle la cession d'actions porte uniquement sur les actions cédées et non sur le fonds de commerce afférent à l'entreprise

Deux conventions – l'une de cession de fonds de commerce et l'autre de vente de l'immeuble dans lequel le fonds de commerce était exploité – conclues simultanément prévoyaient que le prix de la cession du fonds, d'une part, et de la vente de l'immeuble, d'autre part, était payable, en capital et intérêts, à raison de cent quatre-vingt quatre mensualités. Le défaut de paiement des mensualités aux échéances prévues faisait naître dans le chef des cédants le droit de réclamer le solde du prix de la vente.

Les acheteurs souhaitèrent rembourser anticipativement le solde du prix fixé par les deux contrats, ce qui leur fut refusé. Ils soulevèrent devant la Cour un déséquilibre entre les droits et obligations des parties dans les conventions en ce que, notamment, celles-ci prévoyant la possibilité pour les vendeurs d'exiger le paiement du solde du prix en cas de défaillance dans le chef des acheteurs, ils ne pouvaient imaginer que la possibilité d'un remboursement anticipatif ne leur était pas corrélativement réservée. Il en était d'autant plus ainsi, selon les acheteurs, que le paiement échelonné était une faveur pour eux à laquelle il devait donc leur appartenir, le cas échéant de renoncer.

Ils invoquèrent à cet égard une faute dans le chef du notaire qui avait rédigé les conventions, consistant à ne pas avoir veillé à faire respecter un juste équilibre entre les parties ou, à tout le moins, à ne pas avoir attiré leur attention sur l'impossibilité de rembourser anticipativement et ce, en violation de son devoir de conseil.

La cour d'appel de Liège a refusé de reconnaître un quelconque déséquilibre, considérant qu'en fixant le paiement du prix et de l'intérêt conventionnel et en étalant le paiement sur quinze ans, les vendeurs d'un fonds de commerce et d'un immeuble s'assurent un revenu fixe pendant cette période, alors que les acheteurs ont la certitude d'un paiement invariable, de sorte que le paiement échelonné n'était pas une faveur pour les seuls acheteurs mais pour les deux parties. De même, selon la cour, n'était pas déséquilibrée l'interdiction faite aux acheteurs de céder le fonds de commerce jusqu'au complet paiement du prix sous peine de rendre exigible le solde du prix, étant donné que le fonds de commerce garantissait la bonne fin de l'exécution de la convention.

La cour a considéré qu'aucun reproche ne pouvait non plus être fait au notaire quant au fait de ne pas avoir attiré l'attention des acheteurs sur l'impossibilité de rembourser anticipativement, la seule lecture de l'acte de vente permettant de le comprendre puisque cette possibilité n'était pas mentionnée.

8. X. DIEUX, «Les garanties en matière de cession d'actions – pour un retour au droit commun!», in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des affaires. 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, p. 492; S. VAN COMBRUGGE, «De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie», *R.D.C.*, 1993, pp. 198 et s. *Contra* P.-A. FORIERS et R. JAFFERALLI, *op. cit.*, pp. 38 et s.

dont les actions sont cédées. En conséquence, la garantie des vices cachés ne porte que sur la jouissance des actions et des droits y afférents et ne peut être étendue au patrimoine de la société.

Le tribunal de commerce de Hasselt a statué en ce sens, jugeant que le vendeur de parts sociales ne peut être tenu à la garantie d'éviction pour son fait personnel étant donné qu'une convention de cession de parts sociales n'a pour objet que les parts sociales elles-mêmes et non la cession de fonds de commerce.

Chapitre 2. Nouveaux moyens de recouvrement des cotisations sociales

Loi du 3 juillet 2005 portant des dispositions diverses relatives à la concertation sociale, *M.B.*, 19 juillet 2005.

Loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 29 juillet 2005.

Loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 30 décembre 2005.

Arrêté ministériel du 13 janvier 2006 déterminant le modèle de certificat et de la demande de certificat visés à l'article 16ter, § 3 de l'arrêté royal n° 38 relatif au statut social des travailleurs indépendants.

Un certain nombre de nouveaux moyens d'actions visant à faciliter le recouvrement des cotisations sociales de travailleurs indépendants et salariés ont été mis en place depuis le 1^{er} janvier 2005.

Section 1. « 442bis social »

Tout d'abord, le législateur a organisé un dispositif identique à celui de l'article 442bis du Code des impôts sur les revenus (ci-après C.I.R./92) au profit des organismes percepteurs de cotisations sociales pour travailleurs salariés ou indépendants. Ce mécanisme prévoit, d'une part, une oppo-

9. L'article 113 de la loi du 20 juillet 2005 portant dispositions diverses *M.B.*, 29 juillet 2005, <http://www.juridat.be> insère un nouvel article 16ter de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants. L'article 49 de la loi du 3 juillet 2005 portant des dispositions diverses relatives à la concertation sociale, *M.B.*, 19 juillet 2005, insère un article 41quinquies dans la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs. Voyez également P. MAISETTI, « Recouvrement des cotisations de sécurité sociale : nouveaux moyens d'action », *J.T.*, 2007, liv. 11, n° 975, pp. 165 et s. Ce mécanisme est également étendu aux dettes TVA, ainsi que nous le verrons dans le chapitre consacré aux aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce, v. *infra*, chapitre 3. Voyez également L. COLLON, « Cessions de fonds de commerce. L'inopposabilité est étendue aux dettes TVA, ONSS et INASTI », *Immobilier*, 2005, liv. 21, pp. 1-2.

sabilité différée de la cession ou de la constitution d'un usufruit sur un fonds de commerce vis-à-vis de l'organisme percepteur des cotisations sociales et, d'autre part, une responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire.

6. Opposabilité différée

Aux termes des nouvelles dispositions, « *la cession, en propriété ou en usufruit, d'un ensemble de biens, composés entre autres d'éléments qui permettent de retenir la clientèle, affectés à l'exercice d'une profession libérale, charge ou office, ou d'une exploitation industrielle, commerciale ou agricole ainsi que la constitution d'un usufruit sur les mêmes biens, n'est opposable à l'organisme percepteur des cotisations qu'à l'expiration du mois qui suit celui au cours duquel une copie authentique de l'acte translatif ou constitutif a été notifiée à l'organisme percepteur des cotisations* ». Ce mécanisme s'applique dès lors aux cessions de fonds de commerce, en propriété ou en usufruit, entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, quelle que soit la forme juridique (vente, donation, apport en société) ainsi qu'à la constitution d'un usufruit sur un fonds de commerce.

La notification s'opère par la transmission à l'organisme percepteur de cotisations d'une copie certifiée conforme de l'acte de cession ou de constitution d'un usufruit sur le fonds de commerce¹⁰.

Ces actes ne sont opposables aux organismes percepteurs qu'à l'expiration du mois qui suit celui au cours duquel la notification a été effectuée. En l'absence de notification, le délai précité ne court pas et la caisse d'assurances sociales peut prendre toutes les mesures de garantie ou d'exécution sur le fonds même s'il est vendu.

7. Responsabilité solidaire du cessionnaire et du cédant

A l'instar du mécanisme prévu par le code des impôts sur les revenus, le cessionnaire est rendu solidairement responsable avec le cédant du paiement des dettes de cotisations sociales dues par ce dernier à l'expiration du délai visé à l'alinéa précédent, à concurrence du montant déjà versé ou fourni par lui ou d'un montant correspondant à la valeur nominale des actions qui ont été attribuées en échange du transfert avant l'expiration de ce délai. Ce mécanisme étant prévu pour permettre aux caisses d'assurances sociales de saisir le prix si le cédant est débiteur de cotisations sociales, il s'agissait d'empêcher que le cessionnaire ne remette les fonds au cédant avant que la caisse d'assurances sociales n'ait pu exercer ses droits. En con-

10. Cette modification a été instaurée par la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 30 décembre 2005, adaptant la loi du 20 juillet 2005, jusqu'alors, la loi exigeait une copie authentique de l'acte.

séquence, si le paiement intervient avant l'expiration du délai, le cessionnaire pourra être tenu de payer une seconde fois entre les mains de la caisse d'assurances sociales.

Les dettes de cotisations sociales visées sont celles qui ont fait l'objet d'un titre exécutoire ou donnant lieu à saisie conservatoire ou bien qui ont fait l'objet d'une ordonnance autorisant la saisie conservatoire¹¹.

8. Exceptions

Ces règles ne sont toutefois pas applicables si le cédant joint à l'acte de cession un certificat attestant qu'il n'est redevable d'aucune dette sociale établie par l'organisme perceuteur de cotisations dans les trente jours qui précèdent la notification de la convention¹². Ce certificat est refusé par l'organisme perceuteur si, au jour de la demande, le cédant a une dette litigieuse et certaine à l'égard de l'organisme ou si la demande est introduite après l'annonce de ou au cours d'un contrôle par un contrôleur social.

Enfin, échappent au mécanisme les cessions réalisées par un curateur, un commissaire au sursis ou dans le cadre d'une opération de fusion, de scission, d'apport d'une universalité de biens ou d'une branche d'activité réalisée conformément aux dispositions du Code des sociétés¹³.

Section 2. Hypothèque légale - Renvoi

Lorsque la cession de fonds de commerce implique une vente, donation ou apport en société d'un immeuble, le notaire aura particulièrement égard à l'obligation d'avertissement mise à sa charge en vue de sauvegarder l'assiette de l'hypothèque légale au profit des organismes perceuteurs de cotisations de sécurité sociale¹⁴. Cette obligation existe dans le chef du notaire requis d'acter la vente ou l'affectation hypothécaire sur un bien immeuble dont le propriétaire ou l'affectant est susceptible d'être débiteur

11. Article 166bis de l'arrêté royal n° 38 organisant le statut social des travailleurs indépendants, tel qu'inséré par l'article 112 de la loi du 20 juillet 2005, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

12. Le Roi détermine les modèles de certificats. En ce qui concerne les caisses d'assurances sociales des travailleurs indépendants, voyez l'arrêté ministériel du 13 janvier 2006 déterminant le modèle de certificat et de la demande de certificat visés à l'article 166ter, §3 de l'arrêté royal n° 38. Pour les caisses d'assurances sociales des travailleurs salariés, les modèles de certificats sont parus au *Moniteur belge* du 30 mai 2007.

13. Article 166ter, §4 de l'arrêté royal n° 38 tel qu'inséré par l'article 113 de la loi du 20 juillet 2005, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

14. Ce mécanisme existait déjà à l'égard de l'administration fiscale en vertu de l'article 433 C.I.R./92 (voyez à ce sujet *Chron. Not.*, vol. 46, octobre 2007, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, p. 46, n° 29 à 31). Il est désormais également mis en place pour assurer le recouvrement des cotisations sociales par les articles 48 de la loi du 3 juillet 2005 portant des dispositions diverses relatives à la concertation sociale, *M.B.*, 19 juillet 2005, et 115 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *op. cit.*, remplacés par les articles 93 et 96 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 décembre 2006, insérant respectivement un article 41quater dans la loi du 27 juin 1969 et un article 23ter dans l'arrêté royal n° 38.

de cotisations sociales. Tel est le cas de tout employeur ou ancien employeur, travailleur indépendant, aidant de travailleur indépendant, ainsi que des administrateurs et gérants de sociétés déclarés solidairement responsables des dettes de cotisations sociales de la société en faillite qu'ils dirigent ou ont dirigé sur la base des articles 265, 409 et 530, §2 du Code des sociétés.

Cette nouvelle sûreté accordée aux organismes perceuteurs de cotisations sociales ne fait pas directement l'objet de la présente contribution¹⁵. Nous nous contenterons de rappeler ici que c'est au notaire requis de passer l'acte translatif de droits qu'il appartient d'en aviser la caisse d'assurances sociales du vendeur ou de l'affectant dans les conditions prévues par la loi sous peine d'être personnellement responsable du paiement des cotisations sociales dues, mais aussi des majorations de cotisations, des intérêts de retard et des indemnités forfaitaires. La responsabilité du notaire est toutefois plafonnée à la valeur du bien aliéné ou au montant de l'inscription hypothécaire, déduction faite des sommes et valeurs saisies-arrestées entre ses mains¹⁶.

Chapitre 3. Cession de fonds de commerce - Aspects fiscaux

Section 1. Cession de fonds de commerce - Aspects fiscaux - «442bis TVA»

Loi du 10 août 2005 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée et le Code des impôts sur les revenus 1992, en vue de lutter contre l'organisation de l'insolvabilité dans le cadre de cessions frauduleuses d'un ensemble de biens, *M.B.* 9 septembre 2005.

La loi du 10 août 2005 insère, par un article 93undécies, B, un mécanisme identique à celui mis en place par l'article 442bis C.I.R./92 dans le Code TVA¹⁷.

Sont visées les cessions de fonds de commerce, en propriété ou en usufruit, entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, quelle que soit la forme juridique (vente, donation, apport en société), ainsi que la constitution d'un usufruit sur un fonds de commerce.

15. Voyez à ce sujet P. MAISETTI, *op. cit.*

16. Article 41quater, §5 de la loi du 27 juin 1969 et article 23ter, §5 de l'arrêté royal n° 38.

17. Ce mécanisme a également été transposé au profit des organismes perceuteurs de cotisations sociales de travailleurs salariés ou indépendants, v. *supra*, chapitre 2. Voyez également L. COLLON, *op. cit.*

9. Opposabilité différée

L'article 93*undecies*, B nouveau organise un mécanisme d'opposabilité différée de la cession de fonds de commerce. Celle-ci n'est opposable au fonctionnaire chargé du recouvrement de la TVA qu'à l'expiration du mois qui suit celui au cours duquel une copie certifiée conforme de l'acte translatif ou constitutif lui a été notifiée.

10. Responsabilité solidaire du cessionnaire et du cédant

Le cessionnaire est solidairement tenu au paiement des dettes fiscales dues par le cédant à l'expiration du délai susvisé, à concurrence du montant déjà versé ou fourni par lui ou d'un montant correspondant à la valeur nominale des actions qui ont été attribuées en échange du transfert avant l'expiration de ce délai.

Les dettes fiscales visées sont celles qui ont fait l'objet d'un titre exécutoire ou donnant lieu à saisie conservatoire ou bien qui ont fait l'objet d'une ordonnance autorisant la saisie conservatoire.

11. Exceptions

Ces règles ne sont toutefois pas applicables si le cédant joint à l'acte de cession un certificat attestant qu'il n'est redevable d'aucune somme à titre de taxe, d'intérêts, d'amendes fiscales ou d'accessoires, établi par le fonctionnaire chargé du recouvrement du domicile ou du siège social du cédant dans les trente jours qui précèdent la notification de la convention. Ce certificat est refusé s'il apparaît qu'à la date de la demande, le cédant reste redevable d'une somme ou si la demande est introduite après l'annonce d'un contrôle, pendant un contrôle ou après l'envoi d'une demande de renseignements relative à sa situation fiscale.

Enfin, échappent au mécanisme les cessions réalisées par un curateur, un commissaire au sursis ou dans le cadre d'une opération de fusion, de scission, d'apport d'une universalité de biens ou d'une branche d'activité réaffectée conformément aux dispositions du Code des sociétés.

Section 2. Cession de fonds de commerce – Aspects fiscaux – Article 442bis C.I.R./92

12. Aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce – Article 442bis C.I.R./92 – Certificat

Loi du 10 août 2005 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée et le Code des impôts sur les revenus 1992, en vue de lutter contre l'organisation de l'insolvabilité dans le cadre de cessions frauduleuses d'un ensemble de biens, *M.B.* 9 septembre 2005.

La loi précitée du 10 août 2005 modifie également ponctuellement l'article 442bis C.I.R./92.

Dans sa version antérieure, cet article disposait que « *le certificat sera refusé par le receveur si, à la date de la demande, il a été établi à charge du cédant une imposition qui constitue une dette certaine et liquide* ».

L'article dispose désormais que « *le certificat sera refusé si, à la date de la demande, le cédant reste redevable de sommes à titre d'impôt et de précomptes en principal et additionnels, d'intérêts, d'accroissement d'impôts, d'amendes fiscales ou d'accessoires* »¹⁸.

13. Cession de fonds de commerce – Aspects fiscaux – Article 442bis C.I.R./92 – Etendue de la solidarité

Cass. (1^{er} ch.), RG C.04.0447.N, 20 octobre 2006 (*Belgische Staat/ A.N.*), <http://www.cass.be>; *T.F.R.*, 2007 (sommaire), liv. 323, p. 527.

L'article 442bis C.I.R./92, §1^{er} stipule que toute « *cession, en propriété ou en usufruit, d'un ensemble de biens, composés entre autres d'éléments qui permettent de retenir la clientèle, affectés à l'exercice d'une profession libérale, charge ou office, ou d'une exploitation industrielle, commerciale ou agricole ainsi que la constitution d'un usufruit sur les mêmes biens n'est opposable aux receveurs des contributions qu'à l'expiration du mois qui suit celui au cours duquel une copie de l'acte translatif ou constitutif certifiée conforme à l'original a été notifiée au receveur du domicile ou du siège social du cédant* ». Le paragraphe 2 instaure une solidarité du cessionnaire et du cédant pour le paiement des dettes fiscales dues par le cédant à l'expiration du délai visé au §1^{er}19.

Cette solidarité ne vaut toutefois qu'à concurrence du montant déjà payé par le cessionnaire ou son dispensateur de crédit ou de la valeur nominale

18. Voyez à ce sujet *Chron. Not.*, vol. 46, octobre 2007, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, p. 104, n° 95.

19. Voyez pour une description du mécanisme de l'article 442bis C.I.R./92, B. MAQUET, « Aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce », in *La cession de fonds de commerce*, Commission Université-Palais, vol. 76, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 219 et s.

des actions ou parts attribuées en contrepartie de la cession, avant l'expiration dudit délai.

La Cour de cassation avait déjà, par un arrêt du 27 mai 2004, cassé un arrêt qui avait donné de cette disposition une interprétation restrictive, selon laquelle le cessionnaire ne pouvait être solidairement tenu aux dettes lorsque la cession s'opère par une reprise de dettes dès lors que cette reprise n'équivaut pas à un versement de montant. Selon la Cour de cassation, au contraire, lorsqu'un fonds de commerce est cédé moyennant la reprise de dettes, le montant des dettes reprises constitue la mesure dans laquelle le cessionnaire est redevable des dettes d'impôt dues par le cédant²⁰.

Dans un arrêt du 20 octobre 2006, la Cour de cassation confirme sa position selon laquelle d'une part l'article 442bis C.I.R./92 ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive et, d'autre part qu'afin de déterminer la mesure à concurrence de laquelle le cessionnaire est tenu des dettes d'impôt du cédant, le législateur a voulu prendre en considération toute forme de paiement effectué par le cessionnaire en contrepartie de la cession, soit en espèces, soit d'une autre manière. Et la Cour de considérer, dans le cas d'espèce, que lorsqu'un fonds de commerce est cédé et que le prix de la cession fait l'objet d'une convention, celle-ci constitue le paiement du prix de la cession et implique la mesure dans laquelle le cessionnaire est redevable des dettes d'impôts dues par le cédant.

14. Cession de fonds de commerce – Article 442bis C.I.R./92 – Inopposabilité et égalité entre les créanciers

Cass. (1^{er} ch.), RG C.04.0511/N/1, 22 septembre 2006, <http://www.cass.be>; *T. Not.*, 2007, p. 279, note D. MICHIELS, « De rechten van de fiscus in samenloopingsituaties »

Dans un arrêt du 22 septembre 2006, la Cour de cassation met en balance le principe de l'inopposabilité prévu par l'article 442bis C.I.R./92 et le principe d'égalité des créanciers d'une société mise en liquidation et rappelle que l'article 442bis s'applique également à la cession d'un fonds de commerce par le liquidateur d'une société.

La saisie qui serait pratiquée par le receveur des contributions ne peut toutefois pas conduire à ce que ce dernier, en cas de concours, en tant que créancier doté d'un privilège général, puisse exercer des droits exclusifs sur le fonds de commerce cédé par le liquidateur et qui, pour le receveur, fait toujours partie du patrimoine du débiteur ou sur sa contre-valeur²¹.

20. Cass., RG C.02.0530.N, 27 mai 2004 (*Belgische Staat/F.S. & T.*), <http://www.cass.be>; *Cour. Fisc.*, 2004, p. 506.

21. Cass. (1^{er} ch.), RG C.04.0511/N/1, 22 septembre 2006, <http://www.cass.be>; *T. Not.*, 2007, p. 279, note D. MICHIELS, « De rechten van de fiscus in samenloopingsituaties ».

Section 3. Droits de donation et droits de succession – Région wallonne

Décret du 15 décembre 2005 portant diverses modifications au Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, et au Code des droits de succession, *M.B.* 23 décembre 2005.

Arrêté du gouvernement wallon du 29 janvier 2006 relatif aux taux réduits des droits de succession et des droits de donation, notamment en cas de transmission d'entreprise, *M.B.*, 8 août 2006.

Le décret de la région wallonne du 15 décembre 2005 simplifie et adapte les tarifs des transmissions d'entreprises pour ce qui concerne les droits de donation et les droits de succession.

15. Réduction des droits de donation

L'article 140bis du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, inséré par la loi du 22 décembre 1998 et modifié par le décret-programme du 3 février 2005, est modifié. Par dérogation aux articles 131 et 131bis dudit Code, le droit de donation est réduit à 0% pour les donations d'entreprise, lorsque ces donations, constatées par acte authentique, ont pour objet notamment la transmission à titre gratuit d'un droit réel sur des biens composant une universalité de biens, une branche d'activité ou un fonds de commerce au moyen desquels le donateur, seul ou avec d'autres personnes, exerce, au jour de la donation, une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou forestière, une profession libérale ou une charge ou office²².

16. Réduction des droits de succession

L'article 60bis du Code des droits de succession est modifié. Par dérogation à l'article 48, le droit de succession et le droit de mutation par décès sont réduits à 0%, pour l'obtention d'une part nette dans une entreprise, lorsque la succession ou la liquidation du régime matrimonial consécutive au décès, notamment, comprend un droit réel sur des biens composant une universalité de biens, une branche d'activité ou un fonds de commerce au moyen desquels le *de cuius*, seul ou avec d'autres personnes, exerçait, au jour du décès, une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou forestière, une profession libérale ou une charge ou office²³.

22. Article 21 du décret du 15 décembre 2005.

23. Article 29 du décret du 15 décembre 2005.

Partie II.

Entreprises publiques locales

Introduction

La présente contribution s'attachera essentiellement à pointer les nouveautés concernant les organismes dotés d'une personnalité juridique distincte de celle de la commune mais créés par une ou plusieurs communes, avec, le cas échéant, la participation d'un partenaire privé, et qui revêtent la forme de sociétés commerciales ou d'associations sans but lucratif. Seront également étudiées les formes de prises de participation de ces organismes dans d'autres organismes de droit public ou privé.

Pour rappel, la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés²⁴ confie aux régions l'ensemble de la législation organique des communes et provinces, déjà partiellement et progressivement régionalisée²⁵, dont la compétence de déterminer la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales.

Sur cette base, les régions wallonne et flamande ont organisé par décret le régime juridique des organismes publics locaux s'inscrivant dans les limites de leur territoire²⁶ et institué des formules nouvelles de coopération entre communes²⁷.

En Région wallonne, le décret du 24 janvier 2004 a habilité le Gouvernement wallon à codifier la législation relative aux pouvoirs locaux²⁸, ce qui fut réalisé par l'arrêté portant codification de la législation relative aux pouvoirs locaux du 22 avril 2004²⁹, portant en son annexe 1 le «Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation» (ci-après

«CDLD»). Les dispositions du CDLD ont fait l'objet de nombreuses modifications depuis son adoption³⁰.

En Région flamande, la coopération intercommunale est réglée par le décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale³¹. Le siège de la réglementation des agences autonomes externes communales de droit public ou privé, ainsi que la tutelle sur ces organismes se trouve dans le décret communal du 15 juillet 2005³².

La nouvelle loi communale n'est plus applicable qu'aux structures de Région de Bruxelles-capitale, aux intercommunales en sursis de la Région flamande³³ ainsi qu'aux structures dépassant les limites du territoire d'une seule région. La tutelle administrative sur les intercommunales de la région bruxelloise est régie par une ordonnance du 19 juillet 2001³⁴.

Une première distinction sera faite entre, d'une part, les structures créées par une commune ou dans lesquelles une commune prend une participation en vue de l'administration de certains services communaux et celles constituant plutôt des modes de coopération entre plusieurs communes.

La première catégorie recouvre les régies communales autonomes en Région wallonne et de Bruxelles-capitale et les régies communales autonomes et agences autonomisées externes de droit privé en Région flamande. Dans la seconde catégorie, seront examinées les nouveautés concernant les nouveaux modes de coopération entre communes mises en place en Région wallonne ainsi que les nouveautés ponctuelles relatives à ces modes de coopération en Régions flamandes et de Bruxelles-capitale.

24. M.B., 3 août 2001.

25. Par l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^{er} de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, M.B., 15 août 1980, modifié par l'article 2, § 6 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

26. Les structures dépassant le ressort territorial d'une région restant, quant à elles, soumises aux dispositions de la nouvelle loi communale.

27. Décret wallon du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales, M.B., 7 février 1997 et décrets flamands du 1^{er} juillet 1987 relatif au fonctionnement des intercommunales, à leur contrôle et à la détermination de leur ressort, M.B., 17 juillet 1987, décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale, M.B., 31 octobre 2001 et du 15 juillet 2005 dit décret communal, M.B., 31 août 2005.

28. M.B., 23 février 2004. Voyez A. COENEN, *Le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation*. La Région wallonne organise ses pouvoirs locaux, in Séries «Les guides pratiques de droit communal», Bruxelles, La Chartre, 2005.

29. M.B., 12 août 2004.

30. En ce qui concerne la coopération entre communes, les modifications essentielles ont été apportées par le décret du 19 juillet 2006 modifiant le Livre V de la 1^{re} partie du CDLD et le livre 1^{er} de la 3^{me} partie et par le décret du 9 mars 2007 modifiant le livre V de la 1^{re} partie du CDLD et le livre 1^{er} de la 3^{me} partie du CDLD. Concernant les régies communales autonomes, il s'agit essentiellement du décret du 15 février 2007 modifiant l'article L 1231-5 du CDLD.

31. M.B., 31 octobre 2001.

32. M.B., 31 août 2005.

33. Articles 79 et 80 du décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale, voyez *infra*.

34. M.B., 29 septembre 2001.

Chapitre 1. Modes d'administration des services communaux

Section 1. Région wallonne : régies communales autonomes

Pour rappel, le régime juridique des régies communales autonomes en Région wallonne est régi par les articles L. 1231-1 à L. 1231-11 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation³⁵.

17. Régies communales autonomes – Statuts – Tutelle

Décret du 22 novembre 2007 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *M.B.*, 21 décembre 2007.

C.E. n° 161.459, 25 juillet 2006, <http://www.raadvst-consetat.be>.

Saisi d'un recours en suspension d'extrême urgence d'une décision d'une régie communale autonome révoquant l'ensemble des administrateurs de la régie, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que les régies communales autonomes ont une personnalité juridique distincte de la commune et constituent des autorités administratives. Partant, même si l'article L. 1231-10 du Code de la démocratie locale rend l'article 518 du code des sociétés prévoyant la révocabilité *ad nutum* des administrateurs aux régies communales, il ne fait pas obstacle au principe général de droit administratif *audi alteram partem* en vertu duquel il convenait, avant que la décision ne soit prise, de permettre aux intéressés de faire valoir leurs arguments de défense.

Par ailleurs, même si rien n'est pas précisé à cet égard dans le Code de la démocratie locale, il est conseillé au conseil communal, qui a compétence pour constituer une régie communale autonome, d'adopter des statuts repris dans le règlement communal portant création de la régie. Ces statuts auront la valeur d'un règlement communal et ne doivent pas faire nécessairement l'objet d'un acte notarié³⁶.

Le conseil communal, auteur du règlement communal, portant les statuts est le seul à pouvoir ensuite modifier ceux-ci.

35. Voyez à ce sujet M. LAZZARI, « Bilan sur les régies communales autonomes & quel avenir pour ce mode de gestion en Région wallonne? », *Rev. Dr. ULg*, 2007, liv. 3, pp. 351-390; D. DEOM, « Les autres entités liées aux pouvoirs locaux », *Rev. Dr. Comm.*, 2007, liv. 3, pp. 64-72.

36. D. DEOM et J. VERMEER, *Vade-mecum : le Partenariat Public-Privé au niveau communal*, étude réalisée par l'UCL et l'EDGEA à l'initiative de la Cellule Politique des Grandes Villes, janvier 2003, Bruxelles, p. 37.

Amené à se pencher sur la question de la tutelle sur les statuts initiaux de la régie, le Conseil d'Etat a précisé qu'à défaut d'indication en ce sens dans le décret, si la décision de création d'une régie communale autonome elle-même est soumise à la tutelle spéciale d'approbation du Collège provincial³⁷, ni les statuts initiaux, ni *a fortiori* leurs modifications ultérieures ne sont soumis à une telle tutelle. Le décret du 22 novembre 2007 modifiant les dispositions du code de la démocratie locale en ce qui concerne la tutelle vient remédier à cette incertitude en soumettant expressément les actes des autorités communales et provinciales ayant pour objet la création d'une régie communale ou provinciale ainsi que les actes des autorités communales et provinciales ayant pour objet l'adoption et les modifications des statuts des régies communales et provinciales autonomes à la tutelle spéciale d'approbation du gouvernement wallon³⁸.

18. Régies communales autonomes – Organes – Nomination et révocation des administrateurs

Décret du 15 février 2007 modifiant l'article L. 1231-5 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *M.B.*, 26 février 2007

L'article 1231-5, § 2 du code relatif à la composition des conseils d'administration des régies communales autonomes prévoyait la représentation de chaque groupe politique au sein de ces conseils d'administration, sans définir la notion de groupe politique.

Le décret du 15 février 2007 transpose aux régies communales autonome le système applicable aux intercommunales, à savoir la désignation des administrateurs représentant la commune à la proportionnelle de la composition du conseil communal, à l'exclusion des partis non démocratiques. Un poste d'observateur au conseil d'administration, sans droit de vote, est prévu si la règle de la représentation proportionnelle ne permet pas la représentation d'au moins un représentant du ou des groupes politiques ne faisant pas partie du pacte de majorité.

Ce décret vise également à assurer la mixité au sein des organes de gestion en prévoyant que les administrateurs représentant la commune « sont d'un sexe différent ».

19. Droits d'enregistrement, de donation et de succession

Décret du 15 décembre 2005 portant diverses modifications au Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, et au Code des droits de succession, *M.B.*, 23 décembre 2005.

37. Article L. 3131, § 1^{er}, 7^o CDLD.
38. Article L. 3131, § 4 CDLD.

Ce décret réduit les droits d'enregistrement à 5,5 % pour les donations faites aux provinces, communes, établissements publics provinciaux et communaux, aux intercommunales et régies communales autonomes situées en Région wallonne³⁹.

Il modifie également l'article 59 du Code des droits de succession en réduisant les droits et de mutation par décès à 5,5 % pour les legs faits aux provinces, aux communes, aux établissements publics provinciaux et communaux aux intercommunales et aux régies communales autonomes situés en Région wallonne⁴⁰.

Circulaire du 9 janvier 2006 relative aux acquisitions de biens immobiliers pour cause d'utilité publique par les régies communales autonomes et les régies provinciales autonomes, *M.B.* 13 février 2006.

L'article 161, 2° du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe stipule que : « *L'enregistrement gratuit n'est toutefois applicable qu'aux actes dont les frais incombent légalement auxdits organismes :*

- *les cessions amiables d'immeubles pour cause d'utilité publique... aux provinces, aux communes, aux établissements publics et à tous autres organismes ou personnes ayant le droit d'exproprier;*
- *les actes relatifs à la rétrocession après expropriation pour cause d'utilité publique dans les cas où cette rétrocession est autorisée par la loi; ... ».*

Le droit d'exproprier est reconnu aux régies communales autonomes et aux régies provinciales autonomes. Par conséquent, l'article 161, 2°, susmentionné leur est applicable et, *ipso facto*, le bénéfice de la gratuité des droits d'enregistrement. Cependant, une restriction est à apporter. En effet, les régies communales ou provinciales autonomes seront soumises aux droits d'enregistrement sur les actes pour lesquels le code ne prévoit pas d'exonération dont elles puissent profiter, à savoir les baux écrits, la cons titution de droits de superficie, de droits d'emphytéose, etc... qu'elles pourraient octroyer notamment sur le domaine non affecté au service public.

Donc, seuls les actes constatant des cessions amiables d'immeubles pour cause d'utilité publique aux régies communales ou provinciales autonomes sont susceptibles de bénéficier de l'enregistrement gratuit.

La circulaire prescrit la procédure à suivre par les régies pour être exonérées des frais des droits d'enregistrement. Celles-ci devront introduire un dossier comportant les pièces suivantes :

39. Article 13 du décret du 15 décembre 2005 modifiant l'article 140 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

40. Article 16 du décret du 15 décembre 2005.

a) un extrait certifié conforme de la délibération du conseil d'administration de la régie autonome concernée :

- décidant l'acquisition de biens;
- mentionnant la nécessité de l'opération (but poursuivi et conforme à l'objet social);
- demandant que le caractère d'utilité publique soit reconnu;

b) une copie de l'acte (ou du projet d'acte) d'achat reprenant les indications cadastrales du bien acquis : commune, division, section, numéro cadastral et contenance.

La reconnaissance de l'utilité publique fera l'objet d'une lettre soumise à la signature du ministre des Affaires intérieures.

Section 2. Région flamande : Agences autonomisées externes

Décret communal du 15 juillet 2005, *M.B.*, 31 août 2005⁴¹.

Le Titre VII du décret communal du 15 juillet 2005 crée de nouvelles structures destinées à permettre une exécution plus souple de certaines missions communales : les « agences autonomisées communales » internes ou externes⁴². Les agences autonomisées internes communales sont des services sans personnalité juridique propre, chargés par la commune de tâches d'exécution déterminées d'intérêt communal⁴³, comparables aux régies communales ordinaires visées par les articles L 1231-1 à 3 du Code de la démocratie locale en Région wallonne.

Les agences autonomisées externes communales sont des services dotés d'une personnalité juridique, constitués par les communes ou dans lesquelles les communes prennent des participations, et qui sont chargés par celle-ci de certaines tâches d'exécution d'intérêt communal. La décision de constitution d'une agence autonomisée externe relève de la compétence du conseil communal et est soumise à l'approbation du Gouvernement flamand.

41. Voyez notamment H. SCHMIDT, « Het Vlaamse Gemeentedecreet », *C.S.A.*, 2007, liv. 11, pp. 91-109.

42. S. DE PRAETERE, « Autonome gemeentebedrijven : publieke privatisering. Een genuanceerd verhaal met pro's en contra's », *VFG-Forum*, 2006, liv. 3, pp. 4-7; E. JUDO, « De bijgebouwen van het nieuwe gemeentehuis. De gemeentelijke verzelfstandigde agenschappen in het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 », *T. Gem.*, 2007, liv. 3, pp. 198-206; W. RASSCHAERT, « Her. Autonom Gemeentebedrijf in het licht van de Nieuwe Gemeenterwet en het Gemeentedecreet, een vergelijking », *T. Gem.*, 2007, liv. 1, pp. 5-26; S. VAN GARSSSE, « De gemeentelijke goederen en de goederen van extern verzelfstandigde gemeentelijke agenschappen », *T. Gem.*, 2007, liv. 2, pp. 131-135; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen Deel 1. Rechtspersonen in het algemeen. Verenigingen stichtingen of publieke rechtelijke rechtspersonen. Série « Beginselen van Belgisch Privaatrecht », n° 4*, Malines, Kluwer, 2007; J. VANDE LANOTTE, J. DUJARDIN, M. VANDAMME, « De verzelfstandiging in het gemeente- en provinciedecreet ».

43. Article 221 du décret du 15 juillet 2005.

Le décret prévoit deux formes d'agences autonomisées externes communales : la régie communale autonome, personne morale de droit public, et l'agence autonomisée de droit privé. Notons que si le statut des biens appartenant à la régie communale autonome s'identifie classiquement à celui des biens de la commune, le statut des biens appartenant à l'agence autonomisée externe de droit privé fait par contre l'objet de controvertes⁴⁴.

La régie communale autonome existait déjà avant l'entrée en vigueur du décret communal du 15 juillet 2005. Son régime juridique, qui n'a pas été modifié, est désormais réglé par les articles 232 à 245 du décret.

L'agence autonomisée externe de droit privé est une nouveauté en droit communal. Elle est constituée sous la forme de l'une des sociétés prévues par le code des sociétés, d'une association sans but lucratif ou d'une fondation. Outre la commune, d'autres personnes peuvent participer à la création d'une agence autonomisée, à l'exception d'une autre commune, des provinces, agences autonomisées externes d'une autre commune ou province, de structures de coopération intercommunales, de la Communauté flamande et de la Région flamande⁴⁵. Il s'agit dès lors essentiellement d'un mode de gestion de services communaux en partenariat entre une commune et une ou plusieurs personnes privées, dans le cadre d'une personne morale de droit privé, dont la structure et l'organisation est plus souple que celle de la régie communale autonome.

La création d'une agence autonomisée externe de droit privé est décidée par le conseil communal. Cette décision est soumise, ainsi que le projet de statuts, à l'approbation du Gouvernement flamand⁴⁶.

Le décret assure la prépondérance de la commune au sein des organes de l'agence autonomisée. En effet, indépendamment du volume des apports éventuels des différentes parties, la commune dispose toujours de la majorité des voix au sein de l'assemblée générale et présente une majorité des membres du conseil d'administration. Comme en Région wallonne, les représentants de la commune au conseil d'administration sont choisis par le conseil communal parmi ses membres à la proportionnelle des groupes politiques qui le composent. Au maximum deux tiers des membres du conseil d'administration sont de même sexe. Le décret prévoit que le conseil communal aussi bien que les représentants des communes au sein de l'assemblée générale peuvent, à tout moment, révoquer les administrateurs représentant la commune de leurs fonctions. Les statuts stipulent

que ceux-ci sont directement démis de leurs fonctions lors de cette révocation⁴⁷.

Sous réserves des particularités succinctement décrites ci-avant, le fonctionnement de l'agence autonomisée est calqué sur celui de la personne morale dont elle choisit d'adopter la forme (société, association ou fondation).

Chapitre 2. Coopération entre communes

20. Introduction

Le CDLD wallon, modifié par le décret du 19 juillet 2006 offre aux communes une palette de modes de coopération. Celles-ci devront d'abord choisir entre une coopération purement contractuelle, à savoir conclusion entre plusieurs communes de conventions relatives à des objets d'intérêt communal⁴⁸, et une coopération davantage structurelle impliquant la création d'une structure de coopération dotée de la personnalité juridique. Dans cette dernière hypothèse, la commune optera pour l'intercommunale, dont le régime juridique a été substantiellement modifié, soit pour une nouvelle structure créée par le décret de 2006 en vue de permettre la réalisation d'un projet bien déterminé; l'association de projet⁴⁹.

En Région bruxelloise, les intercommunales restent régies par la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, tandis que la tutelle administrative est régie par une ordonnance du 19 juillet 2001⁵⁰. L'article 28 de la loi de 1986 traite également des conventions entre communes.

En Région flamande, la coopération intercommunale est réglée par le décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale. L'exercice du pouvoir de tutelle sur ces organismes se trouve réglé par un décret de la Région flamande du 15 juillet 2005⁵¹. Les communes peuvent également opter pour une coopération purement conventionnelle ou la constitution de structures de coopération dotées de la personnalité juridique. Il existe trois types d'associations dotées de la personnalité juridique qui seront très brièvement décrites ci-après.

47. Article 246, § 2 du décret.

48. Article L 1512-1 CDLD.

49. Articles L 1512-2 et s. CDLD.

50. M.B., 29 septembre 2001.

51. M.B., 31 août 2005.

44. S. VAN GARSE, *op. cit.*; E. VAN HOOYDONK, «Autonomie gemeentebedrijven en het administratief goedrecht», in *Autonomie gemeentebedrijven en vastgoedpolitiek*, Bruxelles, Larcier, 2006.

45. Article 245, §§ 1 et 2 du décret.

46. Article 245, § 3 du décret.

Après avoir brièvement abordé les conventions entre communes en Région wallonne, la présente contribution se limitera à l'examen des structures de coopération dotées de la personnalité juridique intéressant davantage la pratique notariale. Ces dernières s'inspirent ou prennent la forme d'associations sans but lucratif ou de sociétés commerciales. Nous mettrons l'accent sur les dispositions de leur régime juridique dérogeant au droit commun des sociétés commerciales auxquelles il convient d'être particulièrement attentif lors de la rédaction d'actes ou de conventions impliquant de telles structures.

Le champ d'application territorial des textes précités peut être synthétisé comme suit. Les structures de coopération qui ne dépassent pas les limites des Régions flamande et wallonne sont soumises respectivement aux décrets flamand et wallon. Les intercommunales bruxelloises et interrégionales sont soumises à la loi du 22 décembre 1986. En ce qui concerne l'exercice du pouvoir de tutelle, à défaut d'accord de coopération interrégional, lorsque la compétence de deux régions se chevauche, prévaut la Région qui compte sur son territoire le plus d'associés communaux et, à défaut le siège social⁵².

Section 1. Région wallonne

§ 1. Les nouveaux modes d'association des communes

Décret du 19 juillet 2006 modifiant le Livre V de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et relatif aux modes de coopération entre communes, *M.B.*, 23 août 2006.

Décret du 9 mars 2007 modifiant le Livre V de la première partie et le Livre I^{er} de la troisième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *M.B.*, 21 mars 2007.

Les articles L 1511-1 à L 1551-3 et le titre V du CDLD reproduisaient dans le code les articles 1 à 34 du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes. Ces dispositions ont été intégralement remplacées par le décret du 19 juillet 2006 relatif aux modes de coopération entre communes⁵³.

Le décret offre plusieurs solutions aux communes qui souhaitent gérer en commun des objets d'intérêt communal. Les conventions entre commu-

nes⁵⁴ existaient déjà avant le décret de 2006 mais dans un cadre plus restreint⁵⁵. Le décret du 19 juillet vient en préciser la notion, déterminer les mentions minimales qu'elles doivent contenir et régler le fonctionnement de la coopération contractuelle entre les communes associées.

Si les communes préfèrent opter pour une coopération « intégrée » dans le cadre d'une structure dotée d'une personnalité juridique propre, distincte de celle des communes associées, elles peuvent désormais choisir en l'intercommunale ou l'association de projet, mise en place en Région wallonne par le décret de 2006⁵⁶.

Enfin, le décret du 19 juillet 2006 apporte de nombreuses modifications au régime juridique des intercommunales.

Le décret du 9 mars 2007⁵⁷ est venu combler certaines lacunes laissées par le décret du 19 juillet 2006.

21. Conventions entre communes

Le décret du 19 juillet 2006 étend la notion de convention entre communes en prévoyant que les communes peuvent conclure entre elles des conventions, relatives à tout objet d'intérêt communal⁵⁸. A la différence d'autres modes de coopération entre communes, ces conventions sont réservées aux communes seules entre elles, à l'exclusion d'autres personnes de droit public ou privé.

Mais surtout, le décret détermine le contenu minimum de ces conventions. Celles-ci doivent comprendre au moins les dispositions relatives :

- à la durée de la convention et à son éventuelle reconduction ;
- à la possibilité de résiliation ;
- à l'éventuel apport des communes participantes et aux modalités de gestion de ces apports ;
- à l'organisation interne ;
- aux droits et devoirs mutuels et aux répercussions financières ;
- à l'information des communes ;
- à l'évaluation annuelle par les conseils communaux ;

54. Article L 1512-1 CDLD.

55. L'article 28 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales disposait que « Les communes peuvent prévoir entre elles des conventions pour une durée déterminée, relatives à des services d'intérêt communal bien déterminés ». Cet article, qui trouvait son origine dans la loi du 1^{er} mars 1992 relative à l'association de communes est abrogé, par l'article L 1541-3 CDLD. Voyez *infra*.

56. Articles L 1512-2 et s. CDLD.

57. Entré en vigueur le 21 mars 2007.

58. Article L 1512-1 CDLD.

52. *CRW*, Doc. 167 (1995-1996), n° 27, Rapport, p. 29. Circulaire du 27 mars 1997 ; à défaut d'accord de coopération, les intercommunales interrégionales restent régies par la loi du 22 décembre 1986 (Circ. 27 mars 1997, *M.B.*, 12 avril 1997, p. 8682).

53. Entré en vigueur le 2 septembre 2006.

- à l'établissement des mouvements financiers;
- à l'affectation du résultat;
- au contrôle financier;
- et à la répartition des actifs éventuels au terme de la convention⁵⁹.

En l'absence de disposition expresse dans le Code, il faut considérer que le conseil communal délibérera tant sur le principe que sur le contenu d'une convention à conclure entre communes⁶⁰. En application de l'article L 3121-1 du CDLD, la décision du conseil communal de conclure une telle convention sera soumise à la tutelle générale d'annulation du Gouvernement wallon.

Le Code ne définit pas non plus la forme dans laquelle la convention doit être établie. Contrairement aux associations de projet, il n'impose pas d'acte authentique par l'intervention du bourgmestre ou d'un notaire. Un acte sous seing privé devrait dès lors suffire. Cette convention est par ailleurs soumise aux dispositions sur la publicité et la transparence administratives⁶¹.

Les communes parties à la convention peuvent désigner l'une d'elles en tant que gestionnaire. Elles peuvent également constituer un comité de gestion composé d'au moins un représentant par commune, désigné parmi les membres des conseils ou collèges communaux à la proportionnelle de l'ensemble des communes parties à la convention. Le rôle de ce comité sera de déterminer les modalités d'exécution de la convention, de venir en appui de la commune gestionnaire en émettant au besoin des avis à l'intention de celle-ci et d'établir les mouvements financiers résultant de la convention. Ceux-ci sont soumis pour information aux conseils des communes parties. Le décret précise que les mandats sont exercés au sein du comité de gestion à titre gratuit⁶².

22. Association de projet

a. Notion

L'association de projet a d'abord vu le jour en Flandre⁶³. Cette nouvelle forme de coopération entre communes visait à permettre aux communes de s'associer pour mener à bien un projet bien déterminé dans le cadre

59. Article L 1521-1 CDLD.

60. B. GORS, « De nouvelles formes de coopération communale en Région wallonne », *A.P.T.*, 2006, liv. 2, p. 149.

61. Articles L 3211-1 à L 3231-9 CDLD.

62. Article L 1521-3 CDLD.

63. Articles 13 à 24 du décret flamand du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale, voy. *infra*.

d'une structure dotée de la personnalité juridique mais au fonctionnement souple.

Le décret du 19 juillet 2006 permet désormais aux communes de la Région wallonne d'y recourir. Elle se présente comme une structure de coopération dotée de la personnalité juridique créée par plusieurs communes « pour assurer la planification, la mise en œuvre et le contrôle d'un projet communément défini »⁶⁴. Il s'agit d'une « forme sui generis (...) qui permet de laisser une certaine liberté aux communes », grâce à sa structure plus souple, au titre juridique moins contraignant que celui des intercommunales⁶⁵.

Dotées d'une personnalité juridique propre, distincte de celles des communes associées, l'association de projet a, entre autres, la capacité de contracter des emprunts, d'accepter des libéralités et de recevoir (subventions des pouvoirs publics).

L'association de projet exerce des missions de service public et est, à ce titre, considérée comme une personne morale de droit public. Sa nature hybride, caractérisée par une structure inspirée des formes de sociétés commerciales classiques mais teintée de nombreuses dérogations publiques. Ainsi, l'association de projet n'a pas de caractère commercial et « le caractère public des associations de projet... est prédominant dans leurs rapports avec leurs associés, leurs agents et tous tiers ainsi que dans toute communication interne ou externe »⁶⁶. Elles bénéficient également de prérogatives exceptionnelles, telles que celle de poursuivre en leur nom des expropriations pour cause d'utilité publique. Par ailleurs, le décret organise la prépondérance communale sur le plan tant de la propriété – majorité des associés communaux dans le capital social – que du pouvoir quant à la composition de l'organe unique et à l'exercice du droit de vote au sein de celui-ci.

Toutefois, les associations de projet sont soumises à la législation sur la comptabilité des entreprises ainsi qu'aux règles applicables à la publicité des comptes des entreprises.

b. Terme

En raison de la finalité de l'association, créée pour la réalisation d'un projet bien déterminé, le Code prévoit qu'elle est constituée pour une période maximale de 6 ans reconductible plusieurs fois pour des périodes maximum de 6 ans chaque fois⁶⁷, sans toutefois que cette reconduction

64. Article L 1512-2 CDLD.

65. *Doc. parl.*, Parlement wallon, 2005-2006, n° 403/27, pp. 5 et 28.

66. Articles L 1512-6, § 1^{er}, al. 2 et 3 CDLD.

67. L'article 5 du décret du 9 mars 2007 a en réalité levé une incertitude en confirmant que l'association peut être reconduite un nombre illimité de fois, sous réserve de la limite de la législation communale.

puisse prendre effet lors d'une législation communale différente. Aucun retrait n'est possible avant le terme fixé à la constitution.

Au terme de l'association, elle est mise en liquidation. La destination des biens acquis sur la base d'un arrêté d'expropriation devra être maintenue à des fins d'utilité publique⁶⁸.

c. Constitution

1. Forme

La décision de constitution d'une association de projet est prise par les conseils communaux intéressés. Elle est constituée par acte authentique, passé devant le bourgmestre de la commune de son siège ou devant notaire. Dans tous les cas, l'acte doit être passé en présence des représentants des communes associées mandatés à cette fin⁶⁹.

L'acte constitutif comprend les statuts. Il entre en vigueur le jour de sa signature, sans préjudice des dispositions légales relatives à l'apport d'immeubles⁷⁰.

2. Statuts

Le Code prévoit les mentions minimales que doivent contenir les statuts⁷¹ :

- le nom de l'association;
- son objet;
- son siège social;
- sa durée;
- la désignation précise des associés, de leurs apports éventuels, de leurs autres engagements;
- la composition et les pouvoirs du comité de gestion de l'association, les modalités de prise de décision, les modes de désignation et de révocation de ses membres ainsi que la possibilité pour eux de donner procuration à un autre membre;
- l'affectation des bénéfices éventuels et les modalités de prise en charge annuelle des déficits de l'association par les associés;

68. Article L 1522-1, §1^{er} CDLD.

69. Article L 1522-2 CDLD.

70. Article L 1522-2, al. 2 CDLD.

71. Article L 1522-1, §2 CDLD.

- le mode de liquidation, de désignation des liquidateurs et la détermination de leurs pouvoirs, la destination des biens et le sort du personnel en cas de dissolution.

L'acte constitutif est publié dans les 30 jours de la constitution aux annexes du Moniteur belge et déposé au siège de l'association où il peut être consulté par tous.

Les propositions de modifications statutaires exigent la majorité des deux tiers des voix des membres du comité de gestion de l'association présents ou représentés, en ce compris la majorité des deux tiers des membres du comité de gestion de l'association représentant les communes associées. Il s'agit en réalité d'une double majorité. L'adoption de modifications se fait aux conditions requises pour l'acte constitutif⁷².

3. Capital social

Il n'y a aucune obligation quant à la constitution d'un capital social. Toutefois les statuts le prévoient, le capital social est composé d'une part fixe, laquelle doit être entièrement libérée en numéraire par les participants à la constitution de l'association. Il est représenté par des parts de valeur et les droits y afférents sont définis statutairement. Un registre des parts est annexé aux statuts.

Toute personne de droit public ou privé peut participer à l'association projet. Toutefois, pour assurer la majorité des communes au sein de l'association, le décret plafonne la participation des associés autres que communaux à 49% du capital social total.

Le décret autorise toute forme d'apport à l'association de projet, y compris les apports en industrie et en nature et renvoie pour l'évaluation des derniers aux règles définies par le Code des sociétés⁷³. Le Code prévoit que l'association est une structure à responsabilité limitée des associés, laquelle ne sont responsables qu'à concurrence de leurs apports dans l'association⁷⁴. Cela vaut alors même que certains de ces associés auraient un simple apport en industrie (comp. Code des sociétés).

4. Plan financier

Enfin, à la constitution de l'association, un plan financier est établi adressé à chacun des associés. Celui-ci comprend au minimum une évaluation des coûts et un budget provisionnel⁷⁵.

72. Article L 1522-3 CDLD.

73. Article L 1522-7 CDLD.

74. Article L 1522-7 CDLD.

75. GRW, n° 403 (2005-2006), n° 1, p. 4.

d. Pouvoirs

1. Comité de gestion

L'association de projet ne comportait, aux termes du décret du 19 juillet 2006 qu'un seul organe : le comité de gestion.

Chaque associé y désigne directement son ou ses représentants. Ce comité comprend au maximum 15 membres, dont minimum 4 membres représentant l'ensemble des communes associées. Les représentants des communes sont choisis parmi les membres des conseils ou collèges communaux et sont désignés à la proportionnelle conformément aux articles 167 et 168 du Code électoral. Dans l'hypothèse où les membres représentent les communes désignés conformément aux règles précitées seraient tous de même sexe, un membre supplémentaire – de sexe différent, s'entend – est nommé sur proposition de l'ensemble des communes associées⁷⁶.

La prépondérance des communes associées est assurée au sein du comité de gestion par différents mécanismes. Outre le nombre minimum de membres représentant les associés communaux, la présidence du comité de gestion est nécessairement confiée à un élu communal et les communes disposent toujours de la majorité des voix. Soulignons qu'à l'exception des décisions requérant la majorité qualifiée, le comité de gestion statue à la majorité simple, celle-ci devant toutefois être atteinte tant au sein du comité de gestion dans son ensemble que dans le groupe des membres du comité nommés par les communes⁷⁷. Il s'agit dès lors en réalité d'une règle de double majorité.

2. Gestion journalière

Le décret du 9 mars 2007 a expressément autorisé le comité de gestion à déléguer la gestion journalière de l'association au président du comité de gestion ou à une personne désignée par le comité de gestion⁷⁸. Cette délégation s'opère sous la responsabilité du comité de gestion.

3. Rapports avec les conseils communaux des communes associées

Le décret ne prévoit aucun organe chargé de « contrôler » le comité de gestion et auquel seraient dévolues les compétences exercées habituellement par l'assemblée générale dans les sociétés commerciales « classiques ». Or, le décret prévoit notamment que les comptes annuels et le rapport d'activités établis par le comité de gestion ainsi que le rapport du réviseur et la

décharge des membres du comité de gestion et du réviseur sont soumis à l'approbation des associés, statuant à la majorité. La procédure d'approbation doit être définie par les statuts selon les termes du décret. Une certitude subsistait dès lors quant à la question de savoir qui est compétent pour donner cette approbation. S'agissait-il des conseils communaux et, le cas échéant, des organes de gestion des associés? C'est en sens qu'à répondu le ministre des Affaires intérieures, en précisant qu'*l'absence d'assemblée générale au sein des associations de projet, il a été décidé que les conseils communaux devaient approuver les comptes, ce qui apparaît plus légitime*⁷⁹.

Les conseils communaux des communes associées se voient accorder certain « droit à l'information » vis-à-vis des associations de projet. Au procès-verbaux détaillés du comité de gestion complétés par le rapport sur le vote des membres individuels et de tous les documents auxquels PV renvoient peuvent être consultés par les conseillers communaux au créariat des communes associées. Soulignons que les associations de projet sont soumises à l'application des dispositions décretales relatives à la publicité de l'administration.

e. Principes de bonne gouvernance

Le décret du 19 juillet 2006 instaure un nouveau titre III dans le livre du code de la démocratie locale intitulé « Principes de bonne gouvernance », applicable aux associations de projet mais également, sc certaines réserves, aux intercommunales.

Le titre III établit des interdictions et incompatibilités et définit le statut des membres du comité de gestion de l'association de projet.

1. Interdictions et incompatibilités

L'article L 1531-1 du Code reprend la règle qui figurait déjà dans la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, interdisant à toute personne, membre d'un organe de la société gestionnaire ou concessionnaire de l'activité pour laquelle l'association de projet est créée, de représenter au sein de celle-ci l'une des autorités administratives associées.

L'article L 1531-2, § 1^{er} du Code énumère les hypothèses dans lesquelles existe une présomption de conflit d'intérêts au sein du comité de gestion. Notons que cette disposition reflète une acception extrêmement large de la notion de conflit d'intérêts par rapport à l'article 523 du Code des sociétés. Sont en effet visés les conflits non seulement de nature patrimoniale mais de toute nature, mettant en cause un intérêt direct et personnel d'un mer

76. Article L 1522-4 CDLD.

77. Article L 1522-6 CDLD.

78. Article L 1522-4, § 6 CDLD.

79. Doc. parl., Parlement wallon, n° 403 (2005-2006), Rapport de la Commission des Affaires intérieures de la Fonction publique, n° 27, p. 30.

bre du comité de gestion ou d'un parent ou allié de celui-ci jusqu'au quatrième degré inclusivement. En cas de conflit d'intérêts, le membre concerné ne peut prendre part à la délibération du comité de gestion portant sur l'objet du conflit, ni intervenir comme notaire, avocat ou homme d'affaires pour l'association de projet. Le décret du 9 mars 2007 ajoute l'interdiction faite à un membre du comité de gestion de prendre part, directement ou indirectement, à des marchés passés avec l'association de projet⁸⁰.

Enfin, le Code limite les possibilités de cumul des mandats⁸¹.

2. Droits et devoirs

En réponse aux affaires récentes qui ont révélé des pratiques de mauvaise gestion au sein de certaines intercommunales wallonnes, l'article 1532-1, § 1^{er} impose aux membres des comités de gestion d'associations de projet (comme aux administrateurs d'intercommunales) un certain nombre d'engagements de bonne gouvernance. Il s'agit essentiellement d'engagements relatifs au respect de la légalité et des statuts ainsi que d'engagements à caractère déontologique en termes de loyauté, compétence, etc. Toutefois, aucune sanction spécifique n'est attachée à la méconnaissance de cette disposition⁸².

3. Statut des membres du comité de gestion

Tout membre du conseil communal (ou provincial ou de l'action sociale) exerçant à ce titre un mandat dans une association de projet est réputé démissionnaire de plein droit dans les hypothèses suivantes :

- dès l'instant ou il cesse de faire partie de ce conseil;
- dès l'instant ou il ne fait plus partie de la liste politique sur laquelle il a été élu de par sa volonté ou à la suite de son exclusion.

De plus, tous les mandats communaux (ou provinciaux) au sein du comité de gestion de l'association de projet prennent en principe fin immédiatement après le renouvellement des conseils communaux (ou provinciaux)⁸³.

Par ailleurs, l'article L 1532-1, § 4, 2° confère le droit à tout associé public d'une association de projet de révoquer tout membre du comité de gestion qu'elle aura désigné. Cette révocation pourra intervenir à tout mo-

ment, sous réserve de l'audition préalable du membre du comité de gestion intéressé⁸⁴.

Enfin, l'article L 1532-1, § 3, 2° du Code définit le régime de responsabilité des membres du comité de gestion. Celui-ci est calqué sur la responsabilité des administrateurs de société anonyme. Contrairement à dispositions relatives aux régies communales autonomes et aux intercommunales, le Code de la démocratie locale ne se borne pas ici à renvoyer aux dispositions du code des sociétés.

Les membres du comité de gestion ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de l'association de projet. Ils se rendent responsables vis-à-vis de l'association de projet de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion. Ensuite, ils sont solidement responsables, soit envers l'association, soit envers les tiers, de dommages résultant d'infractions aux dispositions statutaires de l'association de projet. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant à des infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions aux associés de l'association de projet dès qu'ils en auront eu connaissance. A cet égard, l'on peut s'interroger à nouveau, compte tenu de l'existence d'un organe unique sur l'identité de l'organe ou des personnes auxquelles cette dénonciation peut être faite.

La similitude avec l'article 528 du Code des sociétés n'est toutefois parfaite puisque la responsabilité des membres du comité de gestion se limite aux infractions aux statuts de l'association de projet.

f. Contrôle de tutelle

Avant l'adoption du décret du 22 novembre 2007, en vertu de l'article L 3131-1, § 1^{er}, 8° du Code de la démocratie locale, seules les délibérations du conseil communal autorisant les communes à participer à une association de projet étaient soumises à la tutelle spéciale d'approbation du collège provincial, à l'exclusion des statuts de l'association de projet⁸⁵ et *a fortiori* des autres actes de l'association de projet⁸⁶. Cet article a été modifié de telle manière qu'à présent, les actes de l'autorité communale ayant pour objet la prise de participation de la commune au sein d'une association de projet, la délégation de gestion à une association de projet, l'adoption des statuts et des modifications aux statuts des assoc-

84. L'application du principe de droit administratif *Audi alteram partem* découle de la qualité d'autorité administrative de l'association de projet. Pour une application de ce principe aux régies communales et autres, voyez *supra* C.E. n° 161.459, 25 juillet 2006.

85. Voyez également en ce sens, à propos des régies communales autonomes : C.E. n° 161.459, 25 juillet 2006, *supra*.

86. B. GORS, *op. cit.*, p. 160.

80. Article L 1531-2, § 1^{er}, 2° CDLD.

81. Article L 1531-2, §§ 2 et 5 CDLD.

82. Sans préjudice de la faculté de révocation du mandat prévue par l'article L 1532-1, 4, 2° du Code.

83. Article L 1532-2 CDLD.

tions de projet sont soumis à la tutelle spéciale d'approbation du Gouvernement wallon⁸⁷.

g. Contrôle financier

Le contrôle financier de l'association de projet est assuré par un réviseur d'entreprises membre de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises. Les comptes annuels sont établis par le comité de gestion qui les soumet, ainsi que son rapport d'activités et le rapport du réviseur, à l'approbation des associés.

§2. Intercommunales – Nouveautés législatives

Décret du 19 juillet 2006 modifiant le Livre V de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et relatif aux modes de coopération entre communes, *M.B.*, 23 août 2006.

Décret du 9 mars 2007 modifiant le Livre V de la première partie et le Livre 1^{er} de la troisième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *M.B.*, 21 mars 2007.

Décret du 22 novembre 2007 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *M.B.*, 21 décembre 2007.

C.A., n° 4/2008, 17 janvier 2008, *M.B.*, 29 janvier 2008.

23. Introduction

Pour rappel, les intercommunales adoptent la forme juridique soit de la société anonyme, soit de la société coopérative à responsabilité limitée, soit de l'association sans but lucratif. Les lois relatives aux sociétés commerciales ou aux associations sans but lucratif constituent la toile de fond de leur régime juridique, à défaut de dérogation prévue par le décret ou les statuts en raison de « la nature spéciale de l'association »⁸⁸.

Le décret du 19 juillet 2006 vise à prendre en compte « l'évolution du droit européen relatif aux modes de gestion des services publics découlant notamment de la jurisprudence de la Cour de justice » des communautés européennes et, d'autre part, « de veiller à la bonne gouvernance des institutions publiques mises sur pied à cette occasion et spécialement des intercommunales »⁸⁹.

87. Article L 3131-1, §4 CDLD.

88. Article L 1523-1 CDLD.

89. *CRW*, Doc. 403 (2005-2006), n° 1, p. 2.

Il modifie les dispositions relatives aux intercommunales pour tenir d'adapter celles-ci aux exigences de la Cour de justice en matière marchés publics dégagées successivement des arrêts *Teckal*⁹⁰, *Stadt H Le*⁹¹ et *Carbotermo*⁹² de manière telle que la relation entre les communes et intercommunales à puisse être qualifiée de « *in house* » selon les critères développés par la Cour de justice et échappe ainsi à la législation sur marchés publics. Une relation « *in house* » existe lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : d'une part, l'intercommunale doit réaliser l'essentiel de son activité avec les communes associées⁹³, d'autre part, communes doivent exercer sur l'intercommunale un contrôle analog à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Comme le souligne M. VANHAEVERBEEK, l'enjeu de la réforme porte essentiellement sur la réalisation de la seconde condition⁹⁴.

Le décret du 9 mars 2007 vient combler certaines lacunes du décret du 19 juillet 2006. Le décret du 22 novembre 2007 modifie le code de la démocratie locale en ce qui concerne la tutelle sur les actes des intercommunales et associations de projet dont les limites ne dépassent pas le territoire de la Région wallonne.

Les principaux axes de la réforme sont décrits succinctement ci-après.

24. Principes de bonne gouvernance

Le décret du 19 juillet 2006 instaure un nouveau titre III dans le livre du Code de la démocratie locale intitulé « Principes de bonne gouvernance », commun, sous certaines réserves, aux associations de projet et aux intercommunales. Les nouvelles règles sont pour l'essentiel d'crites dans la partie de la présente contribution consacrée aux associations de projet⁹⁵.

En ce qui concerne les interdictions et incompatibilités spécifiques aux intercommunales, l'article L 1531-2, §6 du CDLD dispose que la personne qui occupe la position hiérarchique la plus élevée au sein du personnel l'intercommunale ne peut être membre d'un collège communal d'une commune associée à cette intercommunale.

90. CJCE, C-107/98, 18 novembre 1999.

91. CJCE, C-26/03, 11 janvier 2005.

92. CJCE, C-340/04, 11 mai 2006.

93. Ce qui ne pose pas de problème lorsque les communes associées se désaisissent d'une compétence profit d'une intercommunale.

94. J. VANHAEVERBEEK, « Le renforcement du rôle des mandataires publics dans les intercommunales wallonnes », *Rev. dr. comm.*, 2007, liv. 2-3, p. 55. Voyez également D. DEOM, « Intercommunales, rég filiales et turti quanti : quelques échos de Luxembourg en matière de marchés publics », *Rev. dr. com* 2005, liv. 5, pp. 21-33; P. BLONDIAU, « Vers une nouvelle organisation des modes de gestion de l'itérét communal », *Mouv. comm.*, 2005, liv. 11, pp. 465-472.

95. *Supra*, n° 22.

Un recours en annulation a été formé contre cette disposition au motif, notamment, que celle-ci créait une différence de traitement injustifiée entre la personne exerçant la fonction hiérarchique la plus élevée au sein du personnel de l'intercommunale et la personne exerçant des fonctions similaires au sein d'une association de projet, l'incompatibilité n'étant prévue par le décret que dans le premier cas. La Cour constitutionnelle a rejeté le recours, estimant que « la différence de nature entre l'association de projet ... et l'intercommunale permet de justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution », la différence de traitement entre les deux structures. Selon la cour, cette différence de nature s'exprime par l'objectif poursuivi par le législateur décrétant en créant l'association de projet, lequel était de permettre l'émergence d'une coopération entre autorités locales qui, bien que structurée, ne soit pas aussi contraignante que la formation d'une intercommunale. Cet objectif serait mis à mal si l'ensemble du régime juridique applicable aux intercommunales devait être imposé aux associations de projet⁹⁶.

Le décret impose également aux administrateurs des intercommunales comme aux membres des comités de gestion des associations de projet, des engagements de bonne gouvernance et règle leur statut⁹⁷.

Enfin, le code rend quelques dispositions du code des sociétés expressément applicables aux intercommunales, parmi lesquelles l'article 528 du Code des sociétés prévoyant la responsabilité des administrateurs pour infraction aux statuts ou au Code des sociétés. Faut-il en déduire que les administrateurs d'intercommunales seraient solidairement responsables, soit envers l'intercommunale, soit envers les tiers, de tous dommages résultant non seulement d'infractions aux statuts de l'intercommunale, mais aussi à toute disposition du Code des sociétés⁹⁸? Une incertitude demeure à cet égard.

25. Obligations à charge de l'intercommunale

Le décret prévoit un certain nombre d'obligations s'inscrivant dans la continuité du décret du 7 mars 2001 organisant la publicité de l'administration dans les intercommunales wallonnes.

Un représentant de l'intercommunale désigné par le conseil d'administration devra commenter deux fois par an les comptes et le plan stratégique de l'intercommunale devant les conseils communaux des communes associées⁹⁹. Les nouvelles dispositions prévoient également des obligations

96. C.A., n° 4/2008, 17 janvier 2008, *M.B.*, 29 janvier 2008.

97. *Voyez supra*, n° 22.

98. Article L 1532-1, § 3, 1^{er} CDLD; E. GILLET et J.-F. GOFFIN, « Droits, devoirs et responsabilité civile des administrateurs d'intercommunales », *Rev. dr. comm.*, 2006, liv. 1, pp. 9-20.

99. Article 1532-1, § 1^{er}, 3^e CDLD.

à charge de l'intercommunale dans le but d'améliorer la transparence vis-à-vis des utilisateurs, à savoir la rédaction d'une charte des utilisateurs (la mise en place d'un site internet à vocation informative¹⁰¹ et l'adhésion de l'intercommunale à un service de médiation intercommunale¹⁰²).

26. Statuts

L'article L 1523-6 du Code prévoit, pour toute modification des statuts qui entraîne, pour les communes ou les provinces, des obligations supplémentaires ou une diminution de leurs droits, que « les conseils communaux ou provinciaux doivent être mis en mesure d'en délibérer ».

Depuis le décret du 22 novembre 2007, les actes des organes des intercommunales ayant pour objet l'adoption de leurs statuts et des modifications de ceux-ci sont soumis à la tutelle spéciale d'approbation du Gouvernement wallon¹⁰³.

27. Assemblée générale

1. Compétence

Le décret du 19 juillet 2006 attribue un certain nombre de compétences nouvelles à l'assemblée générale en vue d'améliorer la transparence de l'intercommunale. Il s'agit tout d'abord de l'approbation et de l'évaluation du plan stratégique¹⁰⁴, établi par le conseil d'administration et contenant notamment les budgets de fonctionnement par secteur d'activité et les perspectives d'évolution.

Par ailleurs, chaque organe doit désormais disposer de son règlement d'ordre intérieur, signé par tous les membres lors de leur entrée en fonction. C'est l'assemblée générale qui se voit attribuer la compétence de fixer le contenu minimal du règlement d'ordre intérieur de chaque organe, sans préjudice des dispositions du code qui imposent elles-mêmes des clauses obligatoires à insérer dans ces règlements d'ordre intérieur, à savoir :

100. Article L 1533-1, § 1^{er} CDLD.

101. Article L 1541-2, al. 2 CDLD.

102. Article L 1533-1, § 1^{er} CDLD.

103. Article L 3131-1^{er}, § 4 CDLD.

104. La deuxième assemblée générale doit avoir à son ordre du jour l'approbation d'un plan stratégique pour 3 ans :

– identifiant chaque secteur d'activités;

– incluant un rapport permettant de faire le lien entre les comptes approuvés des trois exercices précédents et perspectives d'évolution et de réalisation pour les 3 années suivantes;

– incluant des budgets de fonctionnement et d'investissement par secteur d'activité;

– contenant des indicateurs de performance et des objectifs qualitatifs et quantitatifs permettant un contrôle interne et synthétisés dans un tableau de bord;

– évalué annuellement par l'assemblée générale.

- « l'attribution de la compétence de décider l'ordre du jour du conseil d'administration et du ou des organes de gestion;
- le principe de la mise en débat de la communication des décisions;
- la procédure selon laquelle des points non inscrits à l'ordre du jour de la réunion des organes de l'intercommunale peuvent être mis en discussion;
- les modalités de rédaction des discussions relatives aux points inscrits à l'ordre du jour dans le procès-verbal des réunions des organes de l'intercommunale et les modalités d'application de celle-ci;
- le droit, pour les membres de l'assemblée générale, de poser des questions écrites et orales au conseil d'administration;
- le droit, pour les membres de l'assemblée générale, d'obtenir copie des actes et pièces relatifs à l'administration de l'intercommunale;
- les modalités de fonctionnement de la réunion des organes de l'intercommunale¹⁰⁵.

L'assemblée générale est également compétente pour adopter les règles de déontologie et d'éthique qui seront annexées au règlement d'ordre intérieur et comprendront notamment l'engagement de participer régulièrement aux séances des organes, ainsi que pour décider des prises de participation dans le capital de toute société lorsqu'elles dépassent un dixième du capital social ou un cinquième des fonds propres de cette société¹⁰⁶.

2. Prise de décision

L'article L 1523-12 du Code de la démocratie locale prévoit un lien entre les délibérations du conseil communal et les délégués de la commune au sein de l'assemblée générale. En principe, les délégués de chaque commune rapportent à l'assemblée générale la proportion des votes intervenus au sein de leur conseil. Lorsque la commune n'a pas pris de délibération, chaque délégué dispose d'un droit de vote correspondant au cinquième des parts attribuées à l'associé qu'il représente. L'absence de délibération de la commune sur l'approbation des comptes, le vote de la décharge des administrateurs et des membres du collège des contrôleurs aux comptes et les questions relatives au plan stratégique est considérée comme une abstention de la part de celle-ci.

28. Conseil d'administration

Le décret du 19 juillet 2006 a confirmé la règle de la représentation proportionnelle des conseils communaux des communes associées au conseil

d'administration de l'intercommunale (à l'exception du cas où l'application de cette règle conduit à ce que tous les membres soient de même sexe). Pour le calcul de cette proportionnelle, il sera tenu compte d'éventuels critères statutaires ainsi que des déclarations individuelles factives de regroupement ou d'apparement. Une circulaire de la Régie wallonne du 30 mai 2006 a souligné que c'est à la première assemblée qui suit le renouvellement des conseils communaux qu'il revient de définir la composition des différents organes de l'intercommunale et d'exposer la procédure à suivre¹⁰⁷.

Le nombre de membres du conseil d'administration est, en application de l'article L 1523-15, § 5 du Code, fonction du nombre d'habitants de communes associées de l'intercommunale, à raison de cinq administrateurs par tranche de cinquante mille habitants, à un minimum de dix membres et un maximum de trente membres. Toutefois, le nombre maximum d'administrateurs est fixé à dix pour les intercommunales qui comptent que trois associés communaux, et à quinze pour les intercommunales qui en comptent quatre. Il en est de même pour les intercommunales qui comptent plus de quatre associés communaux mais qui représentent moins de cent mille habitants.

Le directeur général de l'intercommunale ou la personne qui occupe la fonction hiérarchique la plus élevée au sein de celle-ci assiste, avec voix consultative, à toutes les séances du conseil d'administration. Il n'est cependant pas pris en considération pour le calcul de la représentation proportionnelle ni pour le calcul du nombre d'administrateurs¹⁰⁸.

Enfin, l'article L 1523-18, § 3 du Code inséré par le décret du 9 mars 2007 prévoit expressément la possibilité pour le conseil d'administrateur de déléguer la gestion journalière de l'intercommunale à son président ou à la personne qui occupe la position hiérarchique la plus élevée au sein de l'intercommunale.

29. Comité de rémunération

L'article L 1523-17 du Code ajoute un nouvel organe le comité de rémunérations, composé de cinq administrateurs, dont le président du conseil d'administration, désignés parmi les représentants des communes, à la proportionnelle de l'ensemble des communes associées. Le rôle de ce comité est d'émettre des recommandations à l'assemblée générale pour toutes les questions relatives à la rémunération des administrateurs et de déterminer la rémunération et tout avantage matériel à accorder aux personnes exerçant des fonctions de direction.

105. Article L 1523-14, 8° CDLD; Voyez à ce sujet J. VANHAEVERBEEK, *op. cit.*, p. 59.

106. Article L 1512-5 CDLD.

107. Voyez J. VANHAEVERBEEK, *op. cit.*, p. 60.

108. Article L 1523-7, al. 2.

30. Organes restreints de gestion

L'article L 1523-18 habilite le conseil d'administration à créer, en son sein, un ou plusieurs organes restreints de gestion, notamment pour gérer un secteur d'activités¹⁰⁹. La délégation de pouvoir est en principe limitée à la gestion courante de l'intercommunale, le conseil d'administration conservant toujours le pouvoir de décision sur la politique générale et les règles générales en matière de personnel. Le décret fixe le nombre minimum et maximum de membres de ces organes restreints de gestion.

31. Prises de participation

Une intercommunale peut prendre des participations dans le capital de toute société pour autant qu'elles soient de nature à concourir à la réalisation de l'objet social de l'intercommunale. Le conseil d'administration est en principe compétent pour décider de ces prises de participation. La décision doit faire l'objet d'un rapport spécial, présenté à la première assemblée générale de l'exercice¹¹⁰. Toutefois, lorsque la prise de participation dans une société est au moins équivalente à un dixième du capital social ou un cinquième des fonds propres de celle-ci, la décision est prise par l'assemblée générale à la majorité simple des voix, en ce compris la majorité simple des voix exprimées par les délégués représentant les communes associées.

Un article L 3122-3, inséré dans le CDLD par le décret du 22 novembre 2007, soumet la décision portant sur les prises de participation dans toute personne morale de droit public ou de droit privé à la tutelle générale d'annulation du Gouvernement. La délibération doit être transmise au Gouvernement wallon accompagnée des pièces justificatives, dans les quinze jours de son adoption, et ne peut être mise à exécution avant d'avoir été ainsi transmise. Par les «pièces justificatives», le Code vise tous les documents et annexes de nature à étayer un acte administratif et notamment le dossier qui a été soumis aux membres de l'organe qui a adopté la décision ou à l'organe lui-même¹¹¹.

32. Information des conseillers communaux

Le décret prévoit un certain nombre de dispositions permettant aux conseillers communaux d'accéder aux informations concernant l'intercommunale et, notamment, de consulter certains documents (comptes annuels, rapport du collège des contrôleurs aux comptes, plan stratégique

109. La circulaire du 27 avril 2006 sur les étapes de rapprochement et modalités d'organisation des secteurs d'activités, *M.B.*, 5 mai 2006, préconise dans ce cas l'usage des mots «*comité de gestion de secteur*» lorsqu'il s'agit d'un véritable organe de gestion.

110. Article L 1512-5 CDLD.

111. Article L 3111-2, 3^e CDLD.

et rapport d'évaluation annuel du plan stratégique, rapport de gestion et rapport spécifique relatif aux prises de participation).

33. Contrôle financier

Enfin, le contrôle financier est désormais organisé par un collège des contrôleurs aux comptes, composé¹¹² d'un ou plusieurs réviseurs désignés par l'assemblée générale parmi les membres de l'Institut des Réviseurs d'Entreprise et d'un représentant de l'organe de contrôle régional habilité à cet effet par décret nommé, par l'assemblée générale sur proposition de celui-ci. Ces personnes ne peuvent être membres des conseils communaux ou provinciaux associés¹¹³.

§ 3. Intercommunales — Jurisprudence

34. Intercommunales — Statuts

C.A., n° 102/2007, 12 juillet 2007, <http://www.const-court.be>
M.B., 11 septembre 2007.

Le Conseil d'Etat, dans le cadre d'un litige relatif à la possibilité pour un intercommunale de prévoir dans ses statuts le retrait anticipé d'une commune associée, a été amené à interroger la Cour constitutionnelle sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 5 § 1^{er}, du décret wallon du 5 décembre 1996 relatif aux conditions de retrait des associés d'une intercommunale (aujourd'hui article L 1523-3 CDLD), dans l'interprétation selon laquelle cette disposition interdit une intercommunale de prévoir dans ses statuts la possibilité pour tout autre associé qu'une commune de se retirer de l'intercommunale avant le terme de la durée de celle-ci.

Dans cette interprétation, la disposition en cause pourrait engendrer une discrimination quant aux possibilités de retrait statutaire avant terme d'une intercommunale entre les associés de l'intercommunale, selon qu'il s'agit ou non de communes.

L'article 9, § 1^{er} du décret du 5 décembre 1996 dispose :

«*§ 1^{er}. Les statuts peuvent prévoir la possibilité pour une commune de se retirer avant le terme de la durée de l'intercommunale.*

«*§ 2. En tout état de cause, tout associé peut se retirer dans les cas suivants :*

112. Article L 1523-24 CDLD.

113. Article L 1531-2, § 4 CDLD.

1. après quinze ans à compter, selon le cas, du début du terme statutaire en cours ou de son affiliation, moyennant l'accord des deux tiers des voix exprimées par les autres associés, pour autant que les votes positifs émis comprennent la majorité des voix exprimées par les représentants des communes associées et sous réserve de l'obligation pour celui qui se retire de réparer le dommage évalué à dire d'experts, que son retrait cause à l'intercommunale et aux autres associés;
2. si un même objet d'intérêt communal au sens de l'article 2 est confié dans une même commune à plusieurs intercommunales, régies ou organismes d'intérêt public, la commune peut décider de le confier pour l'ensemble de son territoire à une seule intercommunale ou à un seul organisme régional d'intérêt public concerné. Dans les hypothèses visées à l'alinéa précédent, lesquelles s'effectuent nonobstant toute disposition statutaire, aucun vote n'est requis. Seules les conditions prévues au point 1° relatives à la réparation d'un dommage éventuel sont applicables;
3. unilatéralement, lorsque l'intercommunale est en défaut de mettre à exécution son objet social dans un délai de trois ans à compter de sa constitution».

La Cour, se livrant à une analyse de l'origine de cette disposition, relève que l'encadrement strict du retrait des associés des intercommunales était dicté par le souci de «garantir une stabilité nécessaire aux intercommunales»¹¹⁴, compte tenu des missions de service public assurées par ces personnes morales de droit public, et celui de permettre à l'intercommunale de pouvoir fonctionner pendant une période minimum afin d'amortir les investissements. Dans cette optique, les possibilités de retrait anticipé sont conçues par le législateur comme «exceptionnelles». Eu égard à ces éléments, la Cour considère que la mesure en cause est donc raisonnablement justifiée par le souci de concilier la prépondérance des communes dans l'intercommunale et l'autonomie communale avec la stabilité de l'intercommunale, nécessaire pour lui permettre de remplir sa mission.

La Cour considère en outre que, la disposition en cause n'est pas disproportionnée car elle se limite à permettre aux statuts de prévoir pour les communes les modalités d'un retrait anticipé, sans que ce retrait anticipé doive obligatoirement être prévu, et en laissant aux statuts la liberté d'encadrer ce retrait de diverses conditions, notamment par un délai éventuel imposé avant ce retrait.

35. Intercommunales – Constitution d'une société d'économie mixte – Marché public

C.E. n° 145.163, 30 mai 2005, *Entr. Dr.*, 2006, p. 33.

114. *Doc. parl.*, Chambre, 1985-1986, n° 125/11, p. 4.

La question soulevée devant le Conseil d'Etat porte sur l'applicabilité ou non de la législation sur les marchés publics à la constitution d'une société d'économie mixte, à savoir en l'espèce d'une société créée par une intercommunale et une société privée. Dans le cadre d'une mise en concurrence pour la constitution d'une société d'économie mixte, l'intercommunale publie au *JOCE* et au *Bulletin des Adjudications* un avis de mise en concurrence. Deux candidats sont retenus et admis à présenter une offre. Après analyse, le conseil d'administration de l'intercommunale choisit l'une des sociétés ayant présenté une telle offre en tant que partenaire pour la société d'économie mixte. Une société évincée attaque cette décision en extrême urgence devant le Conseil d'Etat, considérant que le montage prévu par l'intercommunale constitue un marché public déguisé pour lequel l'intercommunale a illégalement choisi la procédure négociée, n'a pas fixé de critères de sélection qualitative ni d'attribution.

L'intercommunale estime par contre que la création ou prise de participation dans une société une société d'économie mixte ne ressortit pas à la réglementation des marchés publics mais doit seulement respecter les principes de mise en concurrence, d'égalité et de non-discrimination.

Le Conseil d'Etat constate qu'il s'agit incontestablement en l'espèce d'un contrat à titre onéreux conclu entre un entrepreneur et un pouvoir adjudicateur ayant pour objet de faire réaliser par quelque moyen que ce soit (en l'occurrence, la création d'une société d'économie mixte) un ouvrage étant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir une fonction économique ou technique¹¹⁵. La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics devait dès lors être respectée¹¹⁶.

Section 2. Région flamande

36. Introduction

Les modes de coopération entre communes en Région flamande sont régis par le décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale¹¹⁷.

L'«association interlocale» est une association sans personnalité juridique et sans transfert de gestion, formée par simple convention, laquelle contient les statuts de l'association, pour la réalisation de projets d'envergure

115. Définition du marché public par l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. *Entr. Dr.*, 2006, p. 32.

116. *M.B.*, 31 octobre 2001. Voyez à ce sujet notamment J. STEEMAN, «Kroniek Lokale Besturen», *T.B.P.*, 2007, liv. 6, pp. 351-374; E. VAN WALLE, «La coopération intercommunale en Flandre», *Mouvement comm.*, 2004, liv. 1, pp. 12-18; F. VANDENDRIESSCHE, «Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet», *T. Gem.*, 2007, liv. 1, pp. 27-30; M. VIDAL, «Publiekrechtelijke grensoverschrijdende samenwerking tussen lokale overheden», *T. Gem.*, 2007, liv. 3, pp. 207-214.

limitée ne nécessitant pas la création d'une personne morale distincte. D'autres personnes morales de droit public ou privé peuvent y participer. Le décret détermine les mentions minimales qui doivent figurer dans la convention.

Il existe par ailleurs trois types d'associations dotées de la personnalité juridique. L'association de projet est une structure de coopération sans transfert de gestion, visant à assurer la planification, la mise en œuvre et le contrôle d'un projet clairement défini. Elle est constituée pour une durée maximale de six ans, reconductible chaque fois pour une durée limitée à six ans. Les statuts de l'association en déterminent le fonctionnement. L'association de projet dispose d'un organe unique, le conseil d'administration. Il n'y a aucune obligation quant à la constitution d'un capital social. Lorsque cette obligation est prévue par les statuts, le capital fixe doit être libéré en numéraire par les fondateurs et est représenté par des actions. Cette structure est également destinée à la réalisation de projets bien déterminés et à durée limitée mais pour lesquels les parties souhaitent bénéficier de l'autonomie offerte par la personnalité juridique de l'association.

L'association prestataire de services est une structure de coopération sans transfert de gestion, visant à assurer, en faveur des communes participantes, un service de soutien clairement défini et relevant, le cas échéant, de plusieurs champs d'action politiques. Elle est constituée pour une durée de dix huit ans maximum. Ses organes sont une assemblée générale et un conseil d'administration. Le capital social de l'association prestataire de services, représenté par des actions, est constitué à l'instar du capital des SCRL, à savoir une partie fixe et une partie variable, la partie fixe ne pouvant être inférieure à celle prescrite pour les SCRL (en principe, 18550 €) et devant être libérée à concurrence d'un tiers. Avant de constituer une association prestataire de services, les communes décident, par l'intermédiaire de leur conseil communal, de créer un organe de concertation chargé de l'examen, pour un ou plusieurs domaines d'action, des possibilités et conditions de la coopération. Cet organe de concertation ne possède pas de personnalité juridique et ne peut engager la future association.

Enfin, l'association chargée de mission est une structure de coopération avec transfert de gestion, à laquelle les communes participantes confient la mise en œuvre d'une ou plusieurs de leurs attributions relevant d'un ou plusieurs domaines d'action politique connexes. Le transfert de gestion signifie pour les communes qu'elles renoncent au droit d'exécuter en toute indépendance les missions dont la réalisation a été attribuée à la structure de coopération. La phase préparatoire, la durée, la structure et le capital

sont réglés par des dispositions similaires à celles régissant l'association prestataire de services¹¹⁸.

Les modes de coopération créés par le décret de 2001 tendent à remplacer les structures préexistantes. Des dispositions transitoires sont toutefois prévues pour les intercommunales existant en Région flamande au moment de l'entrée en vigueur du décret¹¹⁹. Celles-ci sont appelées à adapter leurs statuts en conformité avec les dispositions du décret et leur durée d'existence est limitée à 18 ans à dater de l'entrée en vigueur du décret¹²⁰.

37. Intercommunales - Expropriation pour cause d'utilité publique

Cass. C040435N, 5 janvier 2006, <http://www.cass.be>.

Les demandeurs en cassation font l'objet d'une action en expropriation mue par une intercommunale. Par jugement du 15 décembre 1992, le juge de paix a déclaré l'action en expropriation admissible et fixé le montant de l'indemnité provisionnelle. Un jugement du 13 septembre 1994 a fixé l'indemnité provisoire d'expropriation. Les demandeurs ont intenté une action en révision de ces jugements fondée sur l'article 16 de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. La cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 19 mars 2004, dont pourvoi, a considéré que l'exproprié ne pouvait plus invoquer au cours de la procédure de révision les moyens relatifs à la régularité de l'expropriation qu'il a déjà invoqués devant le juge de paix ou qui ont déjà été rejetés par le juge de paix ou le tribunal de première instance, dont les jugements sont revêtus de l'autorité de la chose jugée.

La Cour de cassation a cassé cette décision, considérant au contraire que la décision rendue sur la régularité de l'expropriation au cours de la procédure de fixation de l'indemnité provisoire produit uniquement des effets sur l'indemnisation provisoire et n'empêche pas l'exproprié de faire valoir à nouveau pleinement ses moyens relatifs à la régularité de l'expropriation au cours de la procédure en révision¹²¹.

118. Voyez à ce sujet E. VAN WALLE, «La coopération intercommunale en Flandre», *Mouv. comm.*, 2004, liv. 1, pp. 12-18.

119. Celles-ci sont toujours soumises, au moment de l'entrée en vigueur du décret, à la loi du 22 décembre 1986 relatives aux intercommunales et au décret du 1^{er} juillet 1987 relatif au fonctionnement des intercommunales, à leur contrôle et à la détermination de leur ressort.

120. Articles 79 et 80 du décret du 6 juillet 2001.

121. En ce sens, voyez Cass., 7 décembre 1990, audience plénière, RG 6337, n° 181, et les conclusions de M. l'avocat général du Jardin.

38. Intercommunales – Egalité devant l'impôt

C.A., n° 173/2005, 30 novembre 2005, <http://const.court.be>.

L'article 26 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales énonce que celles-ci sont exemptées de contributions au profit de l'Etat ainsi que de toutes les impositions établies par les provinces, communes ou toute autre personne de droit public. La Cour constitutionnelle confirme dans cet arrêt la position adoptée dans un arrêt n° 14/2004 du 21 janvier 2004, selon laquelle, compte tenu de l'objectif de l'article 26 d'exempter les intercommunales d'impôts auxquels les communes ne sont pas soumises, l'exemption fiscale dont se prévaut une intercommunale sur la base de l'article 26 précité de la loi de 1986 viole le principe d'égalité et de non-discrimination lorsque les communes, comme les autres personnes morales, sont soumises à l'impôt pour lequel l'intercommunale invoque l'exemption générale.

Section 3. Région de Bruxelles-Capitale

En Région bruxelloise, les intercommunales restent régies par la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, tandis que la tutelle administrative sur les intercommunales de la région bruxelloise est régie par une ordonnance du 19 juillet 2001¹²². L'article 28 de la loi de 1986 traite également des conventions entre communes.

39. Intercommunales – Droits d'enregistrement et droits de succession

Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 février 2005 portant réduction des droits d'enregistrement sur les donations de biens meubles, *M.B.*, 9 mars 2005.

L'article 8 de l'ordonnance modifie l'article 140 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe pour réduire les droits d'enregistrement à 6,6% pour les donations faites notamment aux intercommunales de la Région de Bruxelles-Capitale.

Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 février 2005 modifiant le Code des droits de succession, *M.B.*, 9 mars 2005.

Les droits de succession et de mutation par décès sont réduits à 6,6% pour les legs faits notamment aux intercommunales de la Région de Bruxelles-Capitale.

122. *M.B.*, 29 septembre 2001.

Partie III. Les faillites

Chapitre 1. Excusabilité du failli, décharge des sûretés personnelles et libération du conjoint

Section 1. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 30 juin 2004 : condamnation du caractère automatique de la décharge des cautions à titre gratuit en cas d'excusabilité du failli

C.A., arrêt n° 114/2004, 30 juin 2004, *Arr. C.A.*, 2004, liv. 3, 1301; *M.B.*, 22 juillet 2004.

C.A., arrêt n° 2/2005, 12 janvier 2005, *Arr. C.A.*, 2005, liv. 1, 11; *A.P.M.*, 2005, liv. 2, 27; *M.B.*, 10 mars 2005, 10010.

C.A., arrêt n° 81/2005, 27 avril 2005, *Arr. C.A.*, 2005, liv. 2, 1007; *M.B.*, 30 mai 2005, 25112.

Après avoir annulé les articles 81, 1° et 82, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997¹²³ sur les faillites, telle que modifiée par la loi du 4 septembre 2002¹²⁴, la Cour d'arbitrage¹²⁵ invitait, dans son arrêt du 30 juin 2004, le législateur à « réexaminer l'ensemble des questions posées par l'excusabilité et par le cautionnement à titre gratuit »¹²⁶.

Les dispositions sanctionnées par la Cour excluaient la personne morale faillie du bénéfice de l'excusabilité (art. 81, 1°) et prévoyaient que l'excusabilité éteignait les dettes du failli et déchargeait les personnes physiques qui, à titre gratuit, s'étaient rendues caution de ses obligations (art. 82, alinéa 1^{er}).

La Cour a jugé ces dispositions discriminatoires au motif que le caractère automatique de la décharge de la caution en cas d'excusabilité du failli imposait au créancier un sacrifice disproportionné à l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, la caution se voyait, dans tous les cas où le failli était

123. *M.B.*, 28 octobre 1997. Pour un commentaire sur le régime de l'excusabilité mis en place par cette loi, voy. DAL, G.-A., « L'excusabilité du failli », in *Le nouveau droit de concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 163.

124. *M.B.*, 21 septembre 2002.

125. Nous utilisons la dénomination de la juridiction au moment où elle a rendu la décision citée.

126. C.A., arrêt n° 114/2004, 30 juin 2004, *Arr. C.A.*, 2004, liv. 3, 1301; *M.B.*, 22 juillet 2004.