



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 67.710/2
du 28 septembre 2020

sur

une proposition de décret de la Région wallonne ‘visant à supprimer les discriminations à l’encontre des associations et fondations dans le cadre d’aides économiques prises en suite de calamités naturelles et autres événements extraordinaires’

Le 2 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement wallon à communiquer un avis, sur une proposition de décret 'visant à supprimer les discriminations à l'encontre des associations et fondations dans le cadre d'aides économiques prises en suite de calamités naturelles et autres événements extraordinaires', déposé par Mme SCHYNS, M. DESQUESNES, Mme GREOLI, MM. BASTIN, COLLIN et Mme VANDORPE (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2019-2020, n° 150/001).

La proposition a été examinée par la deuxième chambre les 13 juillet 2020 et 28 septembre 2020. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 septembre 2020.

*

CONTEXTE GÉNÉRAL

Selon l'article 107, paragraphe 2, b), du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne', les aides aux entreprises destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires sont compatibles avec le marché intérieur.

Dans ce cadre, le législateur wallon a adopté :

– l'article 7 du décret du 11 mars 2004 'relatif aux incitants régionaux en faveur des grandes entreprises', selon lequel le Gouvernement peut, aux conditions et selon les modalités qu'il détermine, octroyer des incitants à la grande entreprise dont l'activité économique se trouve gravement atteinte par une calamité naturelle ou par d'autres événements extraordinaires qu'il reconnaît comme tels ;

– l'article 10 du décret du 11 mars 2004 'relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises' qui prévoit la même possibilité pour les petites et moyennes entreprises, dont les associations sans but lucratif sont néanmoins exclues par l'article 3, § 2, alinéa 2, du décret.

Par l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 mars 2020 'relatif à l'octroi d'indemnités compensatoires dans le cadre des mesures contre le coronavirus COVID-19', pris en application de l'article 10 du décret du 11 mars 2004 'relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises' et plus spécifiquement dans l'article 2 de cet arrêté, le Gouvernement a reconnu la crise sanitaire liée au coronavirus COVID-19 comme un événement extraordinaire au sens de l'article 10 du décret du 11 mars 2004.

Les articles 1^{er}, 3^o, et 4, alinéas 1^{er} et 2, de cet arrêté prévoient l'octroi d'une indemnité compensatoire de cinq mille euros aux petites entreprises actives dans un secteur ou une partie de secteur et qui, en conséquence des mesures contre le coronavirus COVID-19, sont totalement fermées.

Ces indemnités compensatoires sont octroyées conformément au règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission européenne du 18 décembre 2013 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*' ¹.

PORTÉE DE LA PROPOSITION

La proposition de décret tend :

– d'une part, à élargir le champ d'application de l'article 10 du décret du 11 mars 2004 'relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises'

¹ Article 3 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 mars 2020 'relatif à l'octroi d'indemnités compensatoires dans le cadre des mesures contre le coronavirus COVID-19'.

afin de rendre les associations et les fondations éligibles aux aides économiques qui sont prises par le Gouvernement wallon en suite de calamités naturelles et autres événements extraordinaires, et donc de déroger à l'article 3, § 2, alinéa 2, du décret ² ;

– et, d'autre part, à déroger à l'article 5, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 mars 2020 ainsi qu'à modifier l'article 6 du même arrêté afin de permettre aux associations et aux fondations d'obtenir une aide dans les mêmes conditions que les petites et moyennes entreprises qui remplissent les conditions prévues à l'article 3, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, du décret ³.

Les développements de la proposition justifient l'extension du champ d'application de l'article 10 du décret du 11 mars 2004 de la manière suivante :

« [...] [L]a crise du Covid-19 met en lumière une série d'inégalités de traitement entre opérateurs économiques, dont entre autres une inégalité de traitement en fonction de leur forme juridique. Les entreprises sous forme d'association sans but lucratif (ASBL) étant ainsi exclues du dispositif d'aides exceptionnelles.

Ainsi, se basant sur l'article 10 du décret du 11 mars 2004 relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises, le Gouvernement wallon a adopté deux arrêtés visant à octroyer des aides aux petites et moyennes entreprises et indépendants touchés de manière directe ou indirecte par le Covid-19 :

– l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 mars 2020 relatif à l'octroi d'indemnités compensatoires dans le cadre des mesures contre le coronavirus Covid-19, d'une part ;

– l'arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 26 du 28 avril 2020 relatif à une aide complémentaire au droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants de manière temporaire dans le cadre de la crise du coronavirus Covid-19 et modifiant diverses législations et réglementations, d'autre part.

Le premier de ces arrêtés vise à octroyer une prime de 5.000 euros aux PME et indépendants directement touchés par les mesures fédérales prises en suite du Conseil national de sécurité du 12 mars 2020 et répondant à des codes particuliers de la Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (NACE). Le second, pour sa part, vise à octroyer une prime de 2.500 euros aux PME et indépendants ayant substantiellement réduit leur activité en suite de la crise sanitaire.

Or, force est de constater, dans le cadre de la crise du Covid-19, que PME et indépendants, d'une part, et associations et fondations telles que respectivement définies aux articles 1:6 et 1:7 du Code des sociétés et des associations, d'autre part, sont touchées de la même manière. Dès lors, on est en droit de s'interroger sur la différence de traitement qui leur est réservée par le Gouvernement. En effet, alors que les arrêtés du Gouvernement wallon des 20 mars 2020 et 28 avril 2020 ne visent que les PME et indépendants, aucune mesure structurelle comparable n'a été adoptée pour les associations et fondations.

² Article 1^{er}, de la proposition de décret.

³ Articles 2 et 3 de la proposition de décret.

De la sorte, par exemple, un centre équestre, une salle de sport ou encore un théâtre ou un cinéma pourront bénéficier de l'aide exceptionnelle s'ils existent sous la forme d'une société ou d'une personne physique alors qu'ils seront exclus s'ils sont organisés sous la forme d'une ASBL.

Il faut noter que cette discrimination ne semble pas compatible avec le droit européen. En effet, l'article 1^{er} de l'annexe I du Règlement (UE) N° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité stipule que : 'Est considérée comme entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique. Sont notamment considérées comme telles les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique'. Dès lors, toutes les associations ou fondations exerçant régulièrement une activité économique devraient à tout le moins pouvoir bénéficier d'une aide.

Les auteurs de la présente proposition de décret entendent donc étendre le champ d'application de l'article 10 du décret du 11 mars 2004 relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises, et ce afin de supprimer la discrimination créée dans le cadre des aides et compensations suite à des calamités naturelles et événements extraordinaires, lesquels s'exercent de manière identique sur l'ensemble des acteurs économiques, quelle que soit leur forme juridique ».

L'examen de la proposition porte dès lors sur le respect du droit européen et du principe d'égalité et de non-discrimination.

AU REGARD DU DROIT EUROPÉEN (DROIT DE LA CONCURRENCE)

Les auteurs de la proposition se fondent notamment sur le droit européen, à savoir l'article 1^{er}, de l'annexe I du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité', aussi appelé « règlement général d'exemption par catégorie » ou « RGEC ».

Pour rappel, tout financement public remplissant les critères énoncés à l'article 107, paragraphe 1, du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne' constitue une aide d'État et doit être notifié à la Commission en vertu de l'article 108, paragraphe 3, du Traité. Toutefois, en vertu de l'article 109 de celui-ci, le Conseil peut déterminer les catégories d'aides qui sont dispensées de cette obligation de notification. Conformément à l'article 108, paragraphe 4, du Traité, la Commission peut adopter des règlements concernant ces catégories d'aides d'État.

Par le règlement (CE) n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 'sur l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales', remplacé par le règlement (UE) n° 2015/1588 du Conseil du 13 juillet 2015 'sur l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales

(texte codifié)', le Conseil a décidé, en vertu de l'article 109 du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne', que les aides *de minimis* pouvaient constituer l'une de ces catégories. Sur cette base, les aides *de minimis*, du fait qu'elles constituent des aides octroyées à des entreprises uniques sur une période donnée et qu'elles n'excèdent pas un montant fixe déterminé, sont considérées comme ne remplissant pas tous les critères établis à l'article 107, paragraphe 1, du Traité et comme n'étant pas soumises, de ce fait, à la procédure de notification.

Le règlement (UE) n° 2015/1588 du Conseil du 13 juillet 2015 habilite également la Commission à déclarer, conformément à l'article 109 du Traité, que notamment les catégories suivantes d'aides d'État peuvent être exemptées de l'obligation de notification à certaines conditions : les aides en faveur des petites et moyennes entreprises (PME), les aides en faveur de la recherche, du développement et de l'innovation, les aides en faveur de la protection de l'environnement, les aides en faveur de l'emploi et de la formation et les aides respectant la carte approuvée par la Commission pour chaque État membre pour l'octroi des aides à finalité régionale.

Sur cette base, ont été adopté successivement :

– le règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 'concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises',

– le règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 'déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité',

– le règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité'.

Ce dernier règlement contient une définition de la notion d'« entreprise » à l'article 1^{er} de l'annexe I, selon lequel

« Est considérée comme entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique. Sont notamment considérées comme telles les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique ».

Néanmoins, les règlements européens adoptés dans le cadre des articles 107 et 108 du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne' n'ont pas pour effet d'obliger les États membres d'accorder des aides à toutes les entreprises qui répondent aux conditions prévues par cet article. Contrairement à ce qu'affirment les auteurs de la proposition, il n'y a donc aucune incompatibilité avec le droit européen. Le motif sur lequel entend ainsi se fonder la proposition de décret repose sur une prémisse erronée.

AU REGARD DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET DE NON-DISCRIMINATION

1. Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des avis de la section de législation du Conseil d'État que les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent certes pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose toutefois sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier compte tenu du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause. Les principes d'égalité et de non-discrimination sont violés lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Même si la proposition de décret ne tend qu'à modifier l'article 10 du décret du 11 mars 2004 'relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises', il y a lieu de constater que la différence de traitement soulevée par les auteurs de la proposition résulte de l'article 3, § 2, alinéa 2, de ce décret, lequel s'applique à tous les incitants prévus par le décret.

Il convient donc d'examiner si, lors de l'adoption du décret du 11 mars 2004, la différence de traitement relevée par les auteurs de la proposition était justifiée ou non et, en cas de réponse positive, si elle l'est toujours à l'heure actuelle.

2. L'avant-projet devenu le décret du 11 mars 2004 n'a pas fait l'objet de critiques de la part de la section de législation du Conseil d'État quant à son champ d'application⁴.

En effet, le commentaire de l'article 3 précisait ce qui suit :

« Le projet de décret précise la notion d'entreprise, concept utilisé par la loi sur la comptabilité des entreprises du 17 juillet 1975, pour désigner de manière commode sous un seul vocable divers opérateurs économiques dotés de la personnalité juridique (personnes physiques ayant la qualité de commerçants, sociétés commerciales ou à forme commerciale, groupements d'intérêt économique, groupements européens d'intérêt économique...). Dans le cadre de la législation sur l'expansion économique, l'entreprise est le bénéficiaire des incitants, quelle que soit la forme juridique de l'entreprise, mais pour autant qu'en tant qu'acteur privé, elle participe aux forces du marché.

La notion d'entreprise permet de déterminer le champ d'application *ratione personae* du projet de décret.

Outre les sociétés commerciales, la définition comporte les groupements (européens) d'intérêt économique. En effet, dans la doctrine, la notion d'entreprise est souvent associée à la vocation lucrative, de sorte qu'il apparaît opportun, dans un souci de sécurité juridique, de l'étendre au groupement d'intérêt économique, dépourvu de cet esprit de lucre sur l'exemple du Code des sociétés qui classe le

⁴ Voir l'avis n° 35.809/2 donné le 24 septembre 2003 sur un avant-projet devenu le décret du 11 mars 2004 'relatif aux incitants régionaux en faveur des petites ou moyennes entreprises' (*Doc. parl.*, Parl. wallon, 2003-2004, n° 599/1, p. 17, <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/pdf/Mbbs/2020/07/01/144539>).

groupement d'intérêt économique parmi les sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique.

De même, ont été comprises parmi les bénéficiaires des incitants les sociétés d'économie sociale marchande.

La notion d'entreprise s'étend donc à toutes les sociétés énumérées à l'article 2, § 2, du Code des sociétés, y compris le groupement européen d'intérêt économique et la société à finalité sociale, dont la société qui relève de l'économie sociale marchande.

[...]

Sont, en revanche, exclues du champ d'application du décret les associations sans but lucratif, tout comme les personnes morales de droit public, car ces types de personnes morales bénéficient d'autres types d'aides. Les deux types de réglementations se fondant sur des règles différentes, leur cumul est exclu.

Les professions indépendantes sont également comprises dans la définition de l'entreprise, car il s'agit d'un secteur important de la vie économique, porteur de nombreux emplois.

Cette définition large de la notion d'entreprise va d'ailleurs dans le sens de celle qu'en donne le droit communautaire, à savoir 'toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement' »⁵.

La différence de traitement relevée était donc objectivement et raisonnablement justifiée.

Il y a lieu par ailleurs de relever que l'article 4 du décret exclut également de son champ d'application les entreprises dont les activités relèvent d'un des domaines suivants :

- « 1° les banques et autres institutions financières, les assurances et l'immobilier ;
- 2° la production et la distribution d'énergie ou d'eau ;
- 3° l'enseignement, l'éducation et la formation ;
- 4° la santé et les soins de santé ;
- 5° les activités sportives, de loisirs et de distribution de produits culturels ;
- 6° les professions libérales ».

Cette exclusion a été justifiée comme suit au cours des travaux préparatoires du décret :

« Cet article détermine le champ d'application en termes d'activités admises. Il contient une innovation importante par rapport à la législation actuelle : en effet, il se réfère à l'activité réellement exercée par l'entreprise plutôt qu'au secteur dont elle relève, pour mieux tenir compte de la réalité du tissu économique wallon. Par conséquent, l'arrêté ne se référera au code NACE-BEL, à savoir 'la nomenclature

⁵ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 599/1, pp. 3 et 4.

d'activités élaborée par l'Institut national de statistique (deuxième édition 1998) dans un cadre européen harmonisé, imposée par le règlement (C.E.E.) n° 3037/90 du 9 octobre 1990 du Conseil relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne, modifié par le règlement (C.E.E.) n° 761/93 de la Commission du 24 mars 1993', qu'au titre de présomption du domaine d'activité de l'entreprise.

En ce qui concerne le secteur culturel, il convient de distinguer ce qui relève des missions de la Communauté française, notamment l'octroi de subsides au secteur culturel, de ce qui ressortit aux missions de la Région en matière d'aide à l'expansion économique par l'octroi de primes à l'investissement aux entreprises de production de produits culturels.

Le Gouvernement wallon entend ainsi exercer pleinement ses compétences relatives à l'expansion économique dans des domaines qui, bien que dépendant du secteur culturel en général, sont abordés, dans le cadre du présent projet de décret, comme des 'acteurs économiques' produisant des produits.

Le projet de décret délègue au Gouvernement le soin de préciser les domaines d'activités exclus, dans le respect à la fois des exclusions précisées et des réglementations communautaires éventuellement applicables.

La liste des domaines d'activités exclus devra faire l'objet d'une évaluation périodique, au moins tous les trois ans, destinée à vérifier la nécessité d'une révision, en fonction de l'évolution de l'économie wallonne et des politiques économiques. À cette fin, une habilitation est donnée au Gouvernement »⁶.

3. Avant son abrogation, l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes' prévoyait que l'association sans but lucratif est celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales, et qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel⁷.

Les articles 1:2 et 1:3 du Code des sociétés et des associations, entrés en vigueur le 1^{er} mai 2019, définissent les associations et les fondations⁸.

⁶ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 599/1, p. 5.

⁷ L'article 35 de la loi du 23 mars 2019 'introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses' a abrogé la loi du 27 juin 1921.

⁸ L'article 1:2 du Code des sociétés et des associations dispose comme suit :

« Une association est constituée par une convention entre deux ou plusieurs personnes, dénommées membres. Elle poursuit un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées qui constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses membres, ses administrateurs ni à toute autre personne sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts. Toute opération violant cette interdiction est nulle ».

Selon l'article 1:3 de ce même Code :

« Une fondation est une personne morale dépourvue de membres, constituée par un acte juridique par une ou plusieurs personnes, dénommées fondateurs. Son patrimoine est affecté à la poursuite d'un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées qui constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer, directement ou indirectement, un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses administrateurs ni à toute autre personne, sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts. Toute opération violant cette interdiction est nulle ».

Contrairement à la loi du 27 juin 1921, les nouvelles définitions ne contiennent plus aucune interdiction d'exercer certaines activités ⁹.

L'exposé des motifs du projet devenu la loi du 23 mars 2019 'introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses' contient les explications qui suivent :

« Le choix d'une simplification de grande envergure a pris la forme suivante :

[...]

2. Nouvelle dichotomie entre le droit des sociétés et le droit des associations qui sont intégrés dans un seul code

La nouvelle approche de la notion d'entreprise a par ailleurs conduit à se réinterroger sur la distinction classique entre les sociétés et les associations (sans but lucratif) lesquelles dans le système actuel se voient interdire non seulement toute distribution de profits à leurs membres mais encore toute poursuite – du moins à titre principal - d'une activité industrielle et commerciale même pour servir leur but désintéressé- car le propre de l'acte de commerce est d'être accompli dans un but de lucre.

Dans le système du projet, les associations et les fondations, qui constitueront nécessairement suivant le Code de droit économique des entreprises, pourront poursuivre n'importe quel type d'activités pour se procurer des ressources nécessaires au financement de leur objet désintéressé.

La société se distinguera en revanche essentiellement de l'association par le fait que la première aura pour but de répartir une partie, au moins, de ses profits à ses associés alors que toute distribution est exclue dans les associations.

Cette nouvelle approche conduit ainsi à estomper le but de lucre comme critère distinctif des deux formes de groupements. Une société pourrait ainsi avoir, à côté d'un objet lucratif classique, un objet désintéressé auquel elle affecte une partie de ses profits.

Il s'ensuit que la société à finalité sociale ne se justifie plus comme forme juridique distincte. Pareille coopération serait soit une société si, comme c'est le plus souvent le cas, elle prévoit une rémunération réduite des apports des associés, soit une association si ses statuts interdisent toute distribution. On verra toutefois que pour tenir compte de l'économie sociale, le projet prévoit la possibilité pour les sociétés coopératives et les associations sans but lucratif (les 'ASBL') de se faire agréer comme 'entreprise sociale' » ¹⁰.

⁹ L'article 39, § 4, de la loi du 23 mars 2019 'introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses' précise néanmoins que,
« [t]ant qu'une ASBL ou une AISBL n'a pas modifié son objet, elle ne peut exercer que les seules activités entrant dans les limites de l'article 1^{er} respectivement 46 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes. L'interdiction d'exercer d'autres activités prend fin au 1^{er} janvier 2029 ».

¹⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 8 et 9.

Il y est également précisé ce qui suit :

« Dans le système actuel, le critère distinctif entre les sociétés, les associations et les fondations réside à la fois dans les activités autorisées (une association ne peut pas accomplir d'actes de commerce à titre principal) et dans le but de distribuer les bénéfices, but qui est essentiel pour les sociétés et qui est exclu pour les associations et les fondations.

On connaît cependant les difficultés auxquelles conduisent la notion d'esprit de lucre ou d'absence de celui-ci comme composante de la spécialité légale des sociétés et des ASBL.

C'est la raison pour laquelle le projet donne à chacune de ces organisations la possibilité d'exercer une activité économique. Le but de lucre est remplacé par un autre critère - celui de la distribution directe ou indirecte des bénéfices aux membres de ces structures. Le seul critère de distinction sera désormais la distribution des bénéfices et non pas la nature des activités ou le but ou la finalité désintéressée.

Toute société est donc non seulement constituée aux fins de réaliser un objet déterminé (figurant dans ses statuts) mais aussi en vue de distribuer les bénéfices de ses activités à son ou ses associés en contrepartie de leur apport.

À l'inverse, une association ou une fondation peut poursuivre sans restriction une activité économique pour autant qu'elle ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de ses bénéfices à ses membres ou à ses dirigeants. Sont ainsi résolues les difficultés liées à l'épineuse question de savoir dans quelle mesure une association peut poursuivre des activités 'commerciales' ou 'lucratives' en vue de générer des ressources destinées à servir son but désintéressé.

L'adoption de ce critère suppose évidemment que soit précisée la notion de 'distribution de bénéfices' et plus particulièrement la notion de 'distribution indirecte'. L'interdiction de distribution même indirecte de bénéfices dans les associations et les fondations est renforcée. Celles-ci doivent - c'est l'évidence - demeurer libres d'affecter leurs bénéfices à la réalisation de leur objet ou de leur but »¹¹.

4. L'article 35 de la loi du 15 avril 2018 'portant réforme du droit des entreprises' a modifié l'article I.1, 1°, du Code de droit économique.

L'exposé des motifs du projet devenu cette loi précise ce qui suit à ce sujet¹² :

« La nouvelle notion générale d'entreprise dans l'article I.1.1° se distancie tout d'abord de l'ère du Code de commerce et des notions obsolètes de commerçant sur le plan de la législation fondamentale qui est importante pour les intérêts de tiers, notamment les obligations d'enregistrement et de comptabilité, le droit de l'insolvabilité, la solidarité et les règles de compétence. La nouvelle notion d'entreprise répond ensuite également aux différents problèmes relatifs à la notion actuelle d'entreprise. Le but est de conférer un vaste contenu à la notion d'entreprise de manière à couvrir tous les acteurs actifs sur le plan économique. À cet égard, la nouvelle définition utilisera des critères formels au lieu de critères matériels, comme c'est le cas actuellement. Cela n'empêche évidemment pas que pour certaines

¹¹ *Ibidem*, p. 17.

¹² *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-2828/001, pp.5, 6, et 9.

dispositions, le champ d'application soit limité par des critères matériels renvoyant à un but économique. Ainsi, il y a dans le nouveau système des entreprises économiques et non économiques.

La nouvelle notion générale d'entreprise ne touche cependant pas à la notion d'entreprise telle qu'elle découle de la réglementation européenne spécifique qui s'applique au droit de la concurrence et au droit des pratiques du marché. En effet, les deux branches du droit règlent plutôt les rapports des entreprises entre elles. En outre, les deux branches du droit utilisent d'une part une notion d'entreprise qui regroupe toutes les formes d'organisation en fonction de leur forme et visent d'autre part uniquement les entreprises dont l'activité professionnelle consiste à poursuivre de manière durable un but économique.

[...]

Outre la nouvelle notion générale d'entreprise, une notion fonctionnelle d'entreprise est maintenue pour l'application du droit de la concurrence, du droit des pratiques du marché et de la réglementation des prix. Afin de ne pas mettre en péril la sécurité juridique d'une part et l'interférence avec la réglementation européenne d'autre part, il a été décidé de conserver pour ces branches du droit qui sont réglées dans les livres IV et VI (et les livres dérivés) la définition existante du livre I^{er}, article I.1, du Code de droit économique actuel. Cette définition est reprise dans le livre II, titre II, pour chaque livre pertinent.

Le mot 'entreprise' a ainsi plusieurs significations. Cela s'inscrit dans la tradition et la multiplicité de la notion dans le droit européen »¹³.

5. Il suit de ce qui précède que les différences entre les sociétés, associations et fondations s'estompent.

C'est la raison pour laquelle la section de législation a par exemple récemment invité l'auteur d'un avant-projet de décret à justifier la différence de traitement entre les deux catégories d'entreprises (sociétés et associations) lors de l'examen d'un avant-projet devenu le décret du 2 mai 2019 'instaurant une indemnité compensatoire en cas de travaux sur la voie publique'¹⁴.

¹³ Ainsi, l'article I.6 du Code de droit économique contient les définitions applicables au livre IV du Code, relatif à la protection de la concurrence. La notion d'entreprise y est définie de la manière suivante : « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations » (article I.6, 17°).

¹⁴ Dans son avis n° 64.915/2 donné le 21 janvier 2019 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 2 mai 2019 'instaurant une indemnité compensatoire en cas de travaux sur la voie publique' (*Doc. parl.*, Parl. wallon, 2018-2019, n° 1327/1, p. 18), <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64915>, la section de législation a en effet exposé ce qui suit :

« [...] l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier au regard du principe d'égalité et de non-discrimination inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution pourquoi il limite la possibilité de voir octroyer l'indemnité compensatoire prévue par le projet à l'examen aux seules entreprises comptant moins de dix travailleurs, à l'exclusion en outre des associations sans but lucratif qui exercent une activité économique ».

Force est toutefois de constater que, notamment pour des raisons historiques, beaucoup de textes contiennent encore des différences de traitement entre les deux catégories d'entreprise et que, malgré l'évolution de la notion d'entreprise, ces différences de traitement continuent à subsister sans qu'elles soient pour autant discriminatoires en soi.

Dès lors, il apparaît que le motif sur lequel les auteurs entendent fonder la proposition de décret, selon lequel il s'agit de « restaurer l'égalité » entre les sociétés et les associations, repose ici encore sur une prémisse erronée.

6. Compte tenu cependant de l'évolution du critère qui permet aujourd'hui de distinguer les sociétés et les associations et de ce qu'il est désormais admis qu'une association ne perd pas sa nature lorsqu'elle exerce une activité économique (pour autant qu'elle ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de ses bénéfices à ses membres ou à ses dirigeants), le législateur wallon peut légitimement considérer, sans qu'il n'y soit cependant dès à présent obligé sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution¹⁵, qu'en raison de la crise liée à la COVID-19, il s'indique de soutenir financièrement le secteur associatif au même titre qu'il a entendu le faire pour les petites et moyennes entreprises qui ont la forme d'une société commerciale dans la mesure où tous deux constitueraient des acteurs économiques et que le soutien financier qui leur serait ainsi apporté repose sur des critères à caractère économique.

Pour ce faire, la seule extension du champ d'application de l'article 10 du décret du 11 mars 2004, telle qu'elle est envisagée par l'article 1^{er} de la proposition de décret à l'examen, ne constitue cependant pas un dispositif suffisant.

En effet, puisqu'au moment de son adoption en 2004, le décret précité entendait exclure de son champ d'application les associations, l'ensemble de son dispositif n'est à l'heure actuelle conçu que pour s'appliquer aux entreprises qui ont la forme de sociétés commerciales. Il s'agira d'adapter ou de compléter d'autres dispositions du décret afin de les rendre compatibles avec la forme juridique des associations.

Ainsi, par exemple, dès lors que l'article 3, § 1^{er}, du décret dispose que « [p]eut bénéficier des incitants prévus par le présent décret la petite ou moyenne entreprise qui a un siège d'exploitation situé dans la Région wallonne et qui y réalise un programme d'investissements visé à l'article 5 », le législateur veillera notamment à prévoir un critère de rattachement territorial qui, adapté à la notion d'association, permettra de déterminer quelles associations peuvent prétendre bénéficier de l'aide envisagée.

Toujours à titre d'exemple, il conviendra également d'adapter le chapitre IV du décret (« Conditions d'octroi et de maintien, procédures de demande et d'octroi, modalités de liquidation, de contrôle et sanctions »).

¹⁵ Il est renvoyé sur ce point à l'observation n° 5 ci-dessus.

7. Il doit encore être tenu compte du fait que, pour faire face à la crise de la COVID-19, des aides ont également été octroyées par la Communauté française à certaines associations (sans but lucratif)¹⁶. Celle-ci a d'ailleurs clairement exprimé le souhait de ne pas couvrir les frais déjà pris en charge par un autre pouvoir public ou une autre source de financement¹⁷.

Il y aura dès lors lieu de veiller à ce que l'extension du régime d'aide prévu par les articles 3, § 2, et 10 du décret du 11 mars 2004, aux associations ou aux fondations soit conçue dans le respect des règles de répartition des compétences entre la Région wallonne, les communautés et les régions et de manière telle que ces associations et fondations ne puissent bénéficier, au total, d'un régime indûment plus favorable que celui applicable actuellement aux petites ou moyennes entreprises visées par l'article 3, § 2, de ce décret, ce qui serait le cas si, sans justification raisonnable au regard de l'objet de la proposition, elles pouvaient cumuler ces aides avec celles qui résulteraient d'autres législations ou réglementations

8. La proposition devrait être amendée sur l'ensemble de ces points, ce qui suppose également que les dates qui y sont mentionnées, aujourd'hui dépassées, soient adaptées et ce, tant pour les actuels bénéficiaires du régime d'aide que pour ceux qui font l'objet de la proposition à l'examen.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT

¹⁶ Voir, par exemple :

– l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 1 du 7 avril 2020 'permettant de déroger aux règles et conditions de liquidation des subventions et suspendant les délais de recours dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19' ;
– l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 4 du 23 avril 2020 'relatif au soutien du secteur culturel et du cinéma dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19' ;
– l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 14 du 20 mai 2020 'relatif au soutien des opérateurs actifs reconnus dans le secteur du sport par la Communauté française' ;
– l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française n° 21 du 11 juin 2020 'portant le budget ajusté du Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel en vue de soutenir le redéploiement du cinéma dans le cadre de la crise du COVID-19'.

¹⁷ L'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 4 du 23 avril 2020 'relatif au soutien du secteur culturel et du cinéma dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19', lequel, en vertu de son article 1^{er}, s'applique aux matières culturelles, telles que visées à l'article 4, 1°, 3°, 4°, 5°, 8°, 10° et 13°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', précise d'ailleurs, en son article 5, § 1^{er}, alinéa 3, que, lorsqu'un opérateur ou un événement reçoit des subventions d'autres communautés, des régions ou de l'autorité fédérale, les indemnités visées par l'arrêté ne peuvent couvrir l'ensemble des pertes et frais supplémentaires.