

---

Numéro de l'intervention: 153-2010  
Type d'intervention: **Interpellation**  
Déposée le: 07.09.2010  
Déposée par: Rufener (Langenthal, UDC) (porte-parole)  
Cosignataires: 0  
Urgente:  
Date de la réponse: 23.2.2011  
Numéro de l'ACE 0328-2011  
Direction: JCE

---



## **Formes de la coopération des pouvoirs publics: inégalité entre sociétés par actions et syndicats de communes**

Le Conseil-exécutif est chargé de répondre aux questions suivantes :

1. Dans quels cas, en vertu de la législation cantonale, la société par actions – forme de coopération autorisée par l'article 7 de la loi du 16 mars 1998 sur les communes (LCo) – est-elle traitée différemment du syndicat de communes, la forme de coopération traditionnelle ?
2. Dans quels cas des émoluments ou des impôts qui ne seraient pas prélevés si la coopération prenait la forme d'un syndicat de communes sont-ils prélevés sur les sociétés par actions, au détriment des communes partenaires ?
3. Quelle est la raison de cette inégalité de traitement entre les formes de coopération prévues à l'article 7 LCo ?

### **Réponse du Conseil-exécutif**

#### Remarques préliminaires

La loi du 16 mars 1998 (LCo; RSB 170.11) a accordé plus de latitude aux communes pour l'accomplissement de leurs tâches. Elles peuvent en effet s'en acquitter seules, en coopération avec d'autres dans le cadre d'un syndicat de communes ou en tant que parties contractantes, ou encore de toute autre manière. L'énumération des formes de coopération possibles à l'article 7 LCo peut donner l'impression que la coopération entre communes se déroule systématiquement selon des modèles simples, définis et bien délimités. Ce n'est pourtant pas le cas. La forme juridique abstraite ne dit rien sur les modalités précises de cette coopération.

En matière de coopération intercommunale, le syndicat de communes revêt une importance primordiale par rapport aux autres personnes morales de droit public. Ainsi, le syndicat de communes est la seule des formes de coopération figurant à l'article 7 LCo à être réglée en détail dans la Constitution cantonale (ConstC; RSB 101.1) et dans la loi sur les communes (art. 110, al. 2 ConstC et art. 130 ss LCo). Le syndicat de communes est un regroupement de deux communes ou plus ayant pour but d'accomplir des tâches conjointement.

La société par actions selon les articles 620 ss du Code des obligations (CO; RS 220) est la forme de coopération de droit privé la plus répandue après l'association. Les actionnaires sont avant tout des bailleurs de fonds qui participent au processus de décision proportionnellement aux parts sociales qu'ils détiennent. Si le capital propre d'une société par actions a été fourni exclusivement par les communes, il s'agit d'une entreprise publique de forme juridique privée. A côté du syndicat de communes, la législation cantonale prévoit explicitement le recours, dans divers domaines, à la société par actions comme forme de coopération intercommunale ; c'est le cas par exemple de l'article 7a, alinéa 2 de la loi sur l'énergie (LEn; RSB 741.1), l'article 6 de la loi sur l'alimentation en eau (LAEE; RSB 752.32) ou l'article 7 de la loi sur la protection des eaux (LCPE; RSB 821.0).

Les droits et les devoirs des syndicats de communes et des sociétés par actions diffèrent en partie selon les législations (cantonale ou fédérale) et selon la conception de la forme de coopération. Ces différences sont dues à la nature de la forme juridique adoptée et doivent être prises en considération par les communes responsables de l'accomplissement des tâches lors du choix de la forme de coopération. Il n'est pas possible et n'aurait aucun sens de traiter sur un pied d'égalité les plates-formes de coopération relevant du droit public et celles relevant du droit privé.

#### Question 1

La législation cantonale prévoit, en particulier dans les domaines suivants, un traitement différent des syndicats de communes et des sociétés par actions en tant que personnes morales de droit privé selon l'article 7 LCo:

#### Applicabilité de la loi sur les communes:

Selon l'article 2, alinéa 1, lettre g LCo, les syndicats de communes sont en principe soumis aux prescriptions de droit communal de la même manière que les communes politiques. Ce principe prend toute son importance dans les domaines de la souveraineté organisationnelle, de la désignation des organes, des droits de participation politiques, des compétences législatives souveraines, du règlement d'organisation et du règlement concernant les votations et les élections soumis à l'approbation obligatoire du canton, des dispositions relatives à la présentation des comptes, des voies de droit (procédure de recours de droit administratif) tout comme dans celui de la surveillance cantonale sur les communes en général.

Les dispositions légales concernant les sociétés par actions sont inscrites dans le droit fédéral privé, en particulier dans le Code des obligations. Selon celui-ci, les sociétés par actions ne peuvent en principe ni agir souverainement ni percevoir de taxes en se fondant sur leurs propres arrêtés. Alors que le syndicat de communes peut obliger les communes membres à payer des cotisations de membres à long terme, la société par actions n'en a pas le droit. Elle ne peut pas contraindre l'actionnaire à une contribution d'un montant fixe (art. 680, al. 1 CO). La participation démocratique des actionnaires est limitée par un type d'organisation faisant la part belle à l'exécutif, alors que l'article 110, alinéa 4 ConstC impose au syndicat de communes de sauvegarder les droits de participation du corps électoral et des autorités de chaque commune membre.

Les possibilités qu'ont les syndicats de communes d'exercer une activité normative et de rendre des décisions sont néanmoins relativisées par la surveillance cantonale prévue dans la loi sur les communes. Le canton examine et approuve le règlement d'organisation du syndicat de communes d'une part et exerce la surveillance sur les collectivités et leur comptabilité d'autre part. Les sociétés par actions ne sont en principe pas concernées par la surveillance cantonale.

#### Applicabilité d'autres actes législatifs cantonaux:

Etant donné que les syndicats de communes sont grosso modo assimilés à des communes politiques, la loi sur les communes impose que leur règlement d'organisation réponde à certaines exigences minimales (art. 133 ss LCo). La structure organisationnelle des syndicats de communes s'inspire souvent à d'autres égards également de celle de la commune politique, raison pour laquelle son personnel est engagé selon le droit public, la législation cantonale sur le personnel étant applicable à titre subsidiaire (loi sur le personnel, LPers; RSB 153.01 et ordonnance sur le personnel, OPers; RSB 153.011.1). Les collaborateurs de la société par actions sont au contraire engagés selon le droit privé, conformément aux dispositions relatives au droit du travail du Code des obligations.

En ce qui concerne les voies de droit, ce sont les dispositions de la loi sur la procédure et la juridiction administratives qui s'appliquent au syndicat de communes en tant que collectivité mentionnée par la loi sur les communes (LPJA; RSB 155.21). Ces dispositions prévoient comme voie de recours ordinaire la procédure de recours administratif, selon laquelle les décisions, les actes législatifs, les arrêtés, etc. d'un syndicat de communes selon les articles 60 ss LPJA doivent être, le cas échéant, attaqués devant le préfet (art. 63 LPJA). En règle générale, le Tribunal administratif peut être saisi en seconde instance (art. 74 LPJA). Les litiges concernant les sociétés par actions sont, eux, réglés au cours d'une procédure de droit civil, ce qui signifie qu'une plainte doit être déposée devant un tribunal civil ordinaire.

La loi sur la protection des données (LCPD; RSB 152.04) est applicable uniquement dans le but de protéger des personnes contre les abus dans le traitement de données par les autorités (art. 1 LCPD). Ses dispositions ne s'appliquent pas aux sociétés par actions privées, à moins que celles-ci aient été chargées d'une tâche publique (art. 2, al. 6, lit. b LCPD). Si les sociétés par actions ne constituent pas des autorités au sens de la loi sur la protection des données, elles ne peuvent pas bénéficier de l'échange facilité de données entre autorités selon les articles 10 ss LCPD. Les syndicats de communes doivent désigner leur propre autorité de surveillance (art. 33 LCPD), qui sera à son tour surveillée par l'autorité de surveillance cantonale (art. 33, al. 2 LCPD). Les sociétés par actions ne sont pas soumises à cette obligation.

Le même principe vaut pour la loi sur l'information du public (LIn; RSB 107.1). Celle-ci n'est applicable qu'aux autorités du canton et des communes conformément à son article 2, alinéa 1, en vertu duquel des personnes privées sont réputées autorités lorsqu'elles agissent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées (art. 2, al. 2, lit. c LIn).

#### Question 2

Il existe des différences concernant la perception d'impôts, de taxes et d'émoluments en fonction de la forme juridique que revêt la coopération. Ci-dessous une série non exhaustive de remarques en rapport avec la perception de taxes et d'émoluments.

#### Perception de taxes et d'émoluments:

Les mêmes taxes sont perçues pour l'usage commun accru et pour l'usage privatif selon l'article 71, alinéa 1 de la loi sur les routes (LR; RSB 732.11) auprès de toutes les communes municipales et de toutes les entités revêtant l'une des formes de coopération autori-

sées par l'article 7 LCo. Seuls les organismes responsables des transports publics (entreprises de transport) sont, indépendamment de leur forme juridique, exonérés de telles taxes (art. 71, al. 2 LR).

L'Office de l'information géographique (OIG), conformément à l'annexe VIII, point 2.1.4 de l'ordonnance fixant les émoluments de l'administration cantonale, ne perçoit pas de frais de dossier auprès des structures suivantes: Confédération et canton (à l'exception des corporations et établissements publics indépendants), communes municipales, communes mixtes, syndicats de communes (assimilés aux communes et aux communes mixtes dans la révision du 24 août 2005 de l'ordonnance sur les émoluments), sections de communes, corporations de digues (à l'exception des entreprises communales selon l'art. 65 LCo). Les sociétés par actions ne sont en revanche pas exonérées de l'obligation de verser des émoluments.

Les coûts de réalisation de la mensuration officielle sont supportés essentiellement par la Confédération, le canton et les communes. Pour cette raison, ceux-ci sont exonérés des émoluments perçus pour l'utilisation du cadastre officiel. Les collectivités et les établissements indépendants tels que les CFF, Swisscom, BKW FMB Energie SA, le BLS et toutes les entreprises communales selon l'article 65 LCo sont par contre explicitement tenus de s'acquitter de ces émoluments.

Perception d'impôts (impôts directs sur le bénéfice et sur le capital):

Les syndicats de communes sont exonérés d'impôt de par la loi. Un syndicat est néanmoins tenu de payer l'impôt cantonal et communal dans la mesure où il réalise un bénéfice en dehors de son territoire ou en concurrence avec des entreprises privées. L'exonération d'impôts est absolue concernant l'impôt fédéral direct (art. 83, al. 1, lit. c de la loi sur les impôts [LI; RSB 661.11] et art. 56, lit. c de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct [LIFD; RS 642.11]).

En revanche, les sociétés par actions sont en principe assujetties à l'impôt. Exceptionnellement, elles peuvent être exonérées sur demande, si elles poursuivent des buts de service public ou d'utilité publique. Il y a but de service public lorsque la société accomplit des tâches légales incombant aux collectivités publiques et qu'elle remplit certaines conditions. Si elle poursuit en premier lieu des buts lucratifs, une exonération d'impôts n'est possible que si l'accomplissement de la tâche a été confié par le biais d'un acte de droit public et que la collectivité publique se charge d'exercer une certaine surveillance. Il faut en outre assurer que les émoluments et les contre-prestations éventuellement perçus soient conformes aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence (art. 83, al. 1, lit. g LI et art. 56, lit. g LIFD).

Ce contexte fiscal est à prendre en compte lors de la détermination de la forme de coopération. Lorsque les communes agissent en dehors de leur territoire ou en concurrence avec des entreprises privées, les syndicats de communes sont également tenus de payer un impôt sur le bénéfice. Lorsque la coopération intercommunale a pour but l'accomplissement de tâches publiques, elle peut également prendre la forme d'une société par actions sans qu'il en résulte de conséquences fiscales, pour autant que les conditions présidant à l'exonération fiscale soient remplies.

### Question 3

Il ressort de ces considérations que le traitement non équivalent des formes de coopération intercommunale énumérées à l'article 7 LCo se justifie par leur structure juridique et leur base légale. Alors que le syndicat de communes est une collectivité de droit public selon la loi bernoise sur les communes, liée par les droits et devoirs qui y sont inscrits, la société par actions est soumise au droit fédéral privé, en particulier le Code des obligations.

Comme les chiffres 1 et 2 le présentent, il existe néanmoins dans la pratique des formes de coopération participant de l'une ou de l'autre forme juridique sans que cela entraîne des conséquences différentes au niveau du paiement des émoluments et des impôts. Ce sont les tâches qui incombent au syndicat de communes ou à la société par actions qui déterminent les conséquences fiscales.

La structure organisationnelle et la conception de la forme de coopération, ainsi que les tâches de l'entité juridique, ont beaucoup plus d'importance que le choix de la forme juridique.

## **Au Grand Conseil**