

Note juridique sur les modalités de mise en place d'un outil juridique susceptible de porter des PSE

Auteures : Solenne Dauce, Clémence Du Rostu
Date de parution : juin 2022

I. A titre liminaire : rappel du mécanisme des PSE

A. Définition des PSE

Les PSE sont définis comme « *des transactions volontaires où un service environnemental bien défini est acheté par un acheteur, à un fournisseur de service, si et seulement si ce fournisseur assure la fourniture du service (S. Wunder, Payments for environmental services : some nuts and bolts : CIFOR Occasional Paper, 2005, n° 42, 26 p.)* » (*Les paiements pour services environnementaux en agriculture : pistes pour la formulation de contrats fructueux*, Claire Etrillard, Revue de droit rural - n° 498 - décembre 2021).

Ils sont encore définis de la manière suivante :

« *Les paiements pour services environnementaux (PSE) visent à reconnaître et rémunérer les services environnementaux produits par les agriculteurs au travers des choix qu'ils opèrent pour orienter leurs systèmes de production, et des interventions qu'ils font pour gérer les structures paysagères dans lesquels ces systèmes s'insèrent* » (Environnement et nuisances, Espaces ruraux et périurbains, Dictionnaire permanent, mai 2022).

Il s'agit donc d'outils contractuels par lesquels des personnes, principalement privées (des agriculteurs pour la plupart), s'engagent à modifier leurs pratiques pour répondre à un projet identifié par une autre personne, publique ou privée, dans l'objectif de répondre à un besoin environnemental en contrepartie d'un financement.

Ainsi, comme le résume un auteur de doctrine « *Basés sur un principe implicite de « pollué-payeur » (ou « bénéficiaire-payeur »), les PSE visent à privilégier la rémunération d'efforts environnementaux plutôt que la taxation des dommages (qui correspondent au principe « pollueur-payeur »). Leur construction suppose d'identifier deux catégories d'acteurs : des financeurs de services qui vont payer et des fournisseurs de services qui vont être payés* » (*Les paiements pour services environnementaux en agriculture : pistes pour la formulation de contrats fructueux*, précité).

Les PSE ne sont soumis à aucun régime juridique qui leur soit spécifiquement applicable. C'est donc au droit des contrats, publics ou privés selon les parties concernées, qu'il convient de se référer dès lors que cet outil repose sur de tels actes.

B. Mise en œuvre des PSE

La mise en œuvre d'un PSE implique de définir le projet de territoire auquel il concourra.

Le projet de territoire est porté par le « porteur de projet territorial » qui « *définit le projet territorial (territoire, indicateurs permettant de caractériser les performances environnementales des exploitations, seuils, ...). Il propose ce projet à l'agence de l'eau. Si ce projet est retenu, il met en place une animation territoriale, permettant un accompagnement des agriculteurs. Il est responsable de l'instruction des dossiers individuels d'aides déposés par les agriculteurs, il contractualise avec ces derniers et assure le paiement des aides aux agriculteurs. Il est responsable des contrôles. Il rend compte à l'agence de l'avancement du projet et des sommes engagées et payées* » (*Guide national*

Paiements pour services environnementaux- Mise en application de la mesure 24 du Plan biodiversité V1, Ministère de la transition écologique, 15 septembre 2020).

Le Guide précité précise quant à lui que le projet de territoire peut être « porté par des maîtres d'ouvrage identifiés (collectivités territoriales, syndicats AEP ou de bassin-versants, GIEE, SCIC...) et mettant en place une animation territoriale dédiée » (Guide national Paiements pour services environnementaux, précité).

Ainsi, les PSE ont vocation à répondre à un projet territorial défini par un porteur de projet. Il implique toutefois de réunir un certain nombre d'acteurs :

- les fournisseurs de service du PSE, c'est-à-dire ceux qui vont s'engager dans le dispositif. A cet égard, il est conseillé d'inclure les agriculteurs directement mais également les chambres d'agriculteurs (*Favoriser le déploiement des paiements pour services environnementaux (PSE) en agriculture, Guide à destination des collectivités territoriales, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, Décembre 2019*) ;
- les financeurs et les bénéficiaires ;
- d'autres parties prenantes : « *il s'agira des intermédiaires pressentis ou d'autres parties prenantes essentielles à la construction du projet, comme des chercheurs spécialistes des écosystèmes ciblés, des agronomes et des écologues de terrain, des associations environnementales, des gestionnaires des ressources concernés (notamment les CEN), des collectivités locales (Département, Région, etc.) ou services de l'État (DDT, Draaf, Dreal)¹⁰, des juristes, les Chambres d'agriculture, PNR, etc* » (*Favoriser le déploiement des paiements pour services environnementaux (PSE) en agriculture, précité*).

A cet égard, la mise en place d'une structure peut être utile et les services de l'Etat indiquent sur ce point que « *la structure qui est à l'origine du montage et qui a porté le dispositif pendant sa construction n'est pas toujours la structure la plus pertinente pour en faire la gestion courante* » (*Favoriser le déploiement des paiements pour services environnementaux (PSE) en agriculture, précité*).

Surtout, le même Guide précise que :

« Créer une structure n'est pas une nécessité, mais lorsqu'une structure existante est chargée du dispositif, il faut s'assurer qu'elle a les compétences, la légitimité, auprès des parties prenantes, pour le porter et qu'elle est en mesure d'intervenir à l'échelle géographique voulue ».

Il apparaît donc que, si une structure est créée pour porter un projet de territoire et pour gérer sa mise en œuvre, elle doit pouvoir disposer des compétences et des habilitations nécessaires pour porter le projet, mais également intervenir auprès de chacun des acteurs concernés.

Dans le cas présent, la structure envisagée vise à réunir les différents acteurs des PSE afin de constituer un lieu d'échange pour définir un projet de territoire.

Il semble donc que cette structure interviendrait principalement au stade de la préparation du projet.

Toutefois, il est également souhaité que la structure intervienne dans le dispositif de financement des PSE puisque les subventions accordées aux fournisseurs transiteraient par elle.

Dans cette perspective, il ne s'agirait donc pas seulement d'animation mais la structure aurait bien vocation à intervenir au stade de la mise en œuvre du projet de territoire et des PSE associés.

Il convient dès lors de s'interroger sur les structures envisageables pour réalisation cette opération.

II. Sur les structures envisageables

A titre liminaire, on exclura d'emblée les structures intercommunales telles que les syndicats mixtes ouverts ou fermés ou encore les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) dans la mesure où ces structures ne peuvent réunir que des personnes morales de droit public.

Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible de créer une société publique locale (SPL) prévue à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) dès lors que cet article limite la constitution de ces sociétés entre « *les collectivités territoriales et leurs groupements* » qui doivent en détenir la totalité du capital.

On examinera dès lors l'opportunité de créer une société d'économie mixte (A), puis une société coopérative d'intérêt collectif (B), ou encore un groupement d'intérêt public (C), une association (D) ou même un groupement d'intérêt économique (E).

A. La société d'économie mixte

1. Composition et objet

L'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit que :

« Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général [...] ».

Cette structure nous paraît intéressante à évoquer dans la mesure, d'une part, où elle permet de rassembler des collectivités ou des groupements de collectivités avec des personnes privées mais également d'autres personnes publiques. Et la possibilité d'une participation de la Caisse des dépôts au capital de ces sociétés est acquise (*Des sociétés d'économie mixte locales aux sociétés publiques locales : quel rôle pour la Caisse des dépôts et consignations ?* Rapport d'information n° 726 (2009-2010) de M. Jean ARTHUIS, fait au nom de la commission des finances, déposé le 28 septembre 2010) malgré son statut particulier de « *groupe public au service de l'intérêt général* » ou encore « *d'établissement spécial* » qui lui est conféré par l'article L. 512-8 du Code monétaire et financier.

D'autre part, la loi accorde aux SEM un domaine d'intervention large puisque « *toute activité d'intérêt général* » peut lui être confiée. Et les services environnementaux pourraient entrer dans cette catégorie.

Partant, il pourrait être considéré, à première vue, que ce type de société répondrait aux enjeux tant institutionnels que celui relatif à l'objet de la structure.

2. Fonctionnement de la SEM

Les SEM sont des sociétés anonymes soumises aux articles L. 210-1 et suivants du Code de commerce. Il s'agit donc de structures commerciales dotées d'un capital formé par la participation de leurs actionnaires pour réaliser l'objet qui lui a été confié.

Or, dans le cas présent, la structure qui serait créée aurait vocation à constituer un espace d'échange entre les différents interlocuteurs concernés par un projet de territoire pour les accompagner dans la définition de leur besoin.

Il ne lui appartiendrait donc pas de prendre en charge la réalisation du projet en lieu et place de ses membres. De sorte que, déjà, il n'est pas du tout certain que le caractère commercial de la structure corresponde au besoin exprimé.

Et s'il devait être envisagé de faire porter le projet de territoire par la structure elle-même, il ne s'agirait pas plus d'une activité commerciale qui justifierait le recours à une SEM.

En effet, le projet de territoire qui serait défini par la structure en réponse au besoin de ses membres ne doit pas avoir d'objectif lucratif. Il doit s'agir d'un projet visant à améliorer la prise en compte des enjeux environnementaux du territoire et définir la manière dont les acteurs publics et privés peuvent y concourir.

Encore doit-on relever que le recours à une SEM ne permettrait pas de faire transiter par la structure les financements provenant des bénéficiaires des PSE dédiés aux fournisseurs de services.

En effet, la SEM ne fonctionne pas par le biais de participations de ses membres à un budget qui aurait vocation à financer des opérations dédiées (comme c'est le cas des syndicats communaux ou mixtes par exemple). Elle finance des opérations qui servent ses propres intérêts par le biais des bénéfices commerciaux qu'elle crée elle-même.

Or, dès lors que la SEM n'aurait pas de but lucratif, on voit mal avec quelles ressources elle pourrait financer les PSE. Et les financements versés par ses actionnaires qui n'auraient pas vocation à financer la structure dans la perspective de lui permettre de réaliser son objet, mais plutôt qui auraient seulement de vocation à transiter par la structure dans le but d'être reversés aux fournisseurs de projet ne peuvent être envisagés.

De plus, s'il devait être confié à la SEM la mise en place du projet de territoire, il conviendrait de s'interroger sur l'articulation de cet objet avec les modalités de fonctionnement d'une telle structure.

En effet, l'article L. 1521-1 du CGCT impose que l'objet social de la SEM s'inscrive dans le cadre des compétences des collectivités et groupements qui la composent. Cette condition implique dès lors que les collectivités membres de la SEM puissent se prévaloir d'une compétence leur permettant de participer à son objet social.

Cela se traduit, d'abord, par l'impossibilité pour les communes ou les groupements qui ont transféré leur compétence à une structure de coopération de participer au capital de la SEM (l'article L. 1521-1 ne prévoyant que le cas où les communes peuvent « *continuer à participer au capital* » de la SEM malgré le transfert de leur compétence à un EPCI, ce qui exclut la création de nouvelles SEM par des communes qui auraient transféré leur compétence dans le domaine confié à la structure).

De plus, l'article L. 1521-2 du CGCT conditionne la prise de participation au capital de la SEM au fait que « *la réalisation de l'objet de ces sociétés concourt à l'exercice d'au moins une*

compétence de chacune des collectivités territoriales et de chacun des groupements de collectivités territoriales qui en sont actionnaires ».

Or, dans le cas présent, les collectivités susceptibles d'être intégrées dans la structure sont nombreuses et si la structure devait porter le projet, au sens qu'elle en assurerait la réalisation, il n'est pas évident qu'un objet correspondant aux compétences de chacune d'entre elles puisse être trouvé. En effet, il n'est pas certain que toutes les collectivités détiennent les mêmes compétences ou, à tout le moins, les compétences nécessaires pour la mise en œuvre du projet de territoire qui serait défini.

Pour l'ensemble de ces raisons, le recours à la SEM ne nous semble, à première vue, pas pertinent.

B. La SCIC

L'article 19 quinquies de l'a loi n°47-1775 du 10 septembre 1047 portant statut de la coopération dispose :

*« **Les sociétés coopératives d'intérêt collectif** sont des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés à responsabilité limitée à capital variable régies, sous réserve des dispositions de la présente loi, par le code de commerce.*

Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement ».

1. Les points clefs de toute société coopérative

Alors même qu'elle est constituée sous la forme d'une société commerciale, soumise à ce titre aux règles du Code de commerce, la société coopérative se voit appliquer en premier lieu et prioritairement la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, laquelle pose notamment les principes suivants :

- Le principe de gestion de service et non de profit :

Une coopérative a fondamentalement pour objet un exercice commun d'une profession ou d'une activité. Les créateurs d'une coopérative n'ont pas d'intention spéculative. La conséquence est que l'associé ne peut pas retirer lors de son retrait, plus que le capital investi, diminué des éventuelles pertes. Cette non-spéculativité est spécifique aux coopératives et doit présider au sein de ces dernières.

- Principe de gestion démocratique :

Quel que soit le nombre d'actions détenues par un associé, ce dernier ne peut disposer de plus d'une voix aux assemblées générales.

- Principe de la porte ouverte :

Ce principe de la porte ouverte ou d'« *adhésion volontaire et ouverte à tous* » (art. 1^{er} de la loi du 10 septembre 1947) oblige en principe une coopérative à accueillir toutes les personnes remplissant les conditions requises et qui en font la demande. Ce principe est fondamental en droit coopératif, même s'il peut en pratique être valablement limité dans les statuts notamment par l'introduction dans les statuts d'une clause d'agrément et/ou par la signature de pactes d'associés.

Les SCIC sont régies plus particulièrement par les dispositions des articles 19 quinquies et suivants de la loi précitée.

« Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement. » (art. 19 quinquies 2nd alinéa).

La SCIC doit donc poursuivre un projet coopératif (art. 19 terdecies).

a) Le multisociétariat de la SCIC

La composition du sociétariat de la SCIC se caractérise par la coexistence de diverses catégories d'associés ou autrement dit par son multisociétariat, qui peut intégrer une ou des collectivités territoriales.

Les catégories d'associés obligatoires :

Ainsi, la loi de 1947¹ exige que la SCIC comprenne, au minimum, trois catégories d'associés détenteurs de parts sociales et participant à ce titre aux assemblées générales des associés, dont :

- les bénéficiaires de l'activité de la SCIC ;

¹ « Peut être associé d'une société coopérative d'intérêt collectif toute personne physique ou morale qui contribue par tout moyen à l'activité de la coopérative, notamment toute personne productrice de biens ou de services, tout salarié de la coopérative, toute personne qui bénéficie habituellement, à titre gratuit ou onéreux, des activités de la coopérative, toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité ou toute personne publique. La société coopérative d'intérêt collectif comprend au moins trois catégories d'associés, parmi lesquelles figurent obligatoirement les personnes qui bénéficient habituellement, à titre gratuit ou onéreux, des activités de la coopérative et les salariés ou, en l'absence de personnes salariées au sein de la société, les producteurs de biens ou de services de la coopérative. »

- un ou plusieurs salariés de la SCIC ;
- toute autre personne morale ou physique, parmi les autres catégories, que sont les bénévoles², les collectivités publiques³, et les personnes physiques ou morales productrices de biens ou services destinés à la SCIC⁴.

b) Les collectivités territoriales, autorisées à souscrire au capital d'une SCIC

Les collectivités sont expressément autorisées à participer au capital d'une SCIC en application des dispositions de l'article 19 septies, dans les termes suivants :

« Les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir ensemble jusqu'à 50 % du capital de chacune des sociétés coopératives d'intérêt collectif. »

c) La répartition du capital social entre les associés d'une SCIC

Le capital social est détenu librement par toute personne physique ou morale de droit public ou droit privé, sous la seule réserve prévue dans la loi de 1947 qui impose aux personnes publiques de détenir au maximum 50% du capital social, sauf exceptions légales.

d) La variabilité du capital social d'une SCIC

La variabilité du capital social permet à la SCIC d'admettre de manière souple de nouveaux membres et d'accepter le retrait d'associés sans avoir, chaque fois, à effectuer les formalités d'augmentation ou de réduction du capital et sans être obligé de publier et de déposer les actes constatant ces augmentations ou ces réductions. Si le projet poursuivi nécessite une certaine stabilité du capital et de la gouvernance de la SCIC, il conviendra donc de l'organiser par un pacte d'associés.

e) Les droits de vote en assemblée générale des associés d'une SCIC

Quelle que soit sa quote-part de capital social, chaque associé dispose d'une voix à l'assemblée générale selon le principe coopératif « **un homme, une voix** » ou, s'il y a

²La loi de 1947 ne définit pas la notion de bénévolat, utilisée dans le milieu associatif. Cependant, il apparaît que l'on peut définir la notion de bénévole comme toute personne physique qui met son activité totale ou partielle au service de la SCIC sans percevoir de rémunération en échange.

³ Cette notion est très large. La loi 19 septies vise plus particulièrement les collectivités territoriales (communes, départements, régions), leurs groupements et les établissements publics territoriaux, car il est autorisé à ces derniers de détenir ensemble jusqu'à 50% du capital social d'une SCIC.

⁴ Il s'agit d'une catégorie très large de potentiels associés, que sont les fournisseurs de la SCIC.

lieu, « dans le collège auquel il appartient » (art. 19 octies de la loi du 10 septembre 1947).

En effet, les voix peuvent être réparties par collèges d'associés, étant rappelé que, quel que soit le nombre d'associés dans un collège, celui-ci ne peut détenir plus de 50% des droits de vote, ni moins de 10% (art. 19 octies loi 10 septembre 1947). Les statuts peuvent prévoir alors que les associés seront répartis en trois collèges ou plus, en fonction soit de leur participation à l'activité de la coopérative soit de leur contribution à son développement.

Les collèges d'associés ne doivent donc pas obligatoirement être constitués d'une même catégorie d'associés.

On notera que l'assemblée générale, organe réunissant l'ensemble des associés, ne statue que sur deux types de décisions et n'intervient pas dans la gestion quotidienne de la société :

- Les décisions à caractère ordinaire, consistant en l'approbation des comptes et la nomination des organes de direction ;
- Les décisions à caractère extraordinaire, modificatives des statuts.

f) Les organes de direction

La loi de 1947 n'apporte pas de spécificités dérogatoires fondamentales au droit commun des sociétés selon la forme choisie :

- En société anonyme, la société sera administrée par un conseil d'administration et un directeur général qui peut être le Président du conseil d'administration ou bien par un conseil de surveillance et un directoire ;
- En société par actions simplifiée, un Président doit être nommé et les statuts peuvent librement organiser la gouvernance de la SCIC ;
- En SARL, un Gérant personne physique devra être nommé et rendra compte de sa gestion à l'assemblée générale.

g) Les subventions

Compte tenu des spécificités des SCIC, la loi du 10 septembre 1947 a expressément prévu la possibilité pour ces dernières de recevoir des subventions de la part des collectivités territoriales : « *Les collectivités territoriales peuvent accorder des subventions* » aux SCIC (article 19 decies de la loi).

h) Les conditions strictes de sortie de la qualité coopérative de la société

Le statut de SCIC est protégé par la loi du 10 septembre 1947, l'abandon de ce statut est donc soumis à plusieurs conditions. Il est nécessaire de démontrer que la qualité de

coopérative est un obstacle immédiat à la survie de l'entreprise, ou qu'une stagnation ou une dégradation sérieuse de l'activité de l'entreprise liée à sa qualité de coopérative entrave ou obère totalement ses perspectives de développements.

Dans le cas où l'une des hypothèses est remplie, il est nécessaire de déposer un dossier, comprenant, entre autres, un rapport de révision coopérative spécialement rédigé dans le cadre de cette demande, à l'autorité administrative. Enfin, l'autorisation de sortie est donnée par un arrêté ministériel après avis obligatoire du conseil supérieur de la coopération. En pratique, il n'est donc pas aisé de transformer une SCIC en société commerciale.

A l'inverse, toute société commerciale, quelle qu'en soit sa forme originale, peut opter pour le statut de SCIC par décision prise à l'unanimité de ses actionnaires, compte tenu du fait que l'adoption du statut coopératif entraîne une augmentation des engagements des associés au sens de l'article 1836 al. 2 du Code civil.

i) La lucrativité limitée de la SCIC

Comme toute coopérative, la SCIC, tournée vers la réalisation de son objet d'utilité sociale, reste une société mais voit sa capacité distributive limitée, contrairement à une société d'économie mixte.

Ainsi, l'article 14 de la loi précitée indique que : « Les coopératives ne peuvent servir à leur capital qu'un intérêt, déterminé par l'assemblée générale dans les conditions fixées par les statuts, dont le taux est au plus égal à la moyenne, sur les trois années civiles précédant la date de l'assemblée générale, du taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées, majorée de deux points. Ce taux est publié par le ministre chargé de l'économie dans des conditions fixées par décret. »

La part de résultat mise en réserves n'a par ailleurs pas vocation à être récupérée par l'associé. Ainsi, un associé sortant de la coopérative n'a droit qu'au remboursement de la valeur nominale de sa part.

S'agissant plus particulièrement des SCIC, l'article 19 nonies précise que :

« Les statuts déterminent la dotation annuelle à une réserve statutaire. Celle-ci ne peut être inférieure à 50 % des sommes disponibles après dotation aux réserves légales en application de l'article 16.

Le montant total de l'intérêt servi aux parts sociales ne peut excéder les sommes disponibles après les dotations prévues au premier alinéa du présent article. »

A la dissolution de la SCIC, l'actif net subsistant après extinction du passif et remboursement du capital effectivement versé par les associés (valeur nominale), sera dévolu soit à d'autres coopératives ou unions de coopératives soit à des œuvres d'intérêt général ou professionnel (art. 19 loi de 1947). En d'autres termes, à la liquidation de la

SCIC, les associés ne pourront obtenir que le remboursement de la valeur nominale des parts de la société.

j) SCIC et aides d'Etat

Les collectivités publiques peuvent accorder une aide à une Scic quelle que soit la forme de l'aide (mise à disposition de locaux, subventions, garantie d'emprunt...).

Ces aides doivent néanmoins respecter les différents règlements européens en matière d'aides d'État qui, en l'état actuel du droit positif, s'imposent aux SCIC exactement de la même manière qu'ils s'imposent à toute entreprise (*au sens européen : toute organisme ayant une activité économique*).

2. La pertinence de la SCIC

La SCIC connaît actuellement un fort engouement, notamment au regard de la possibilité de multi-sociétariat qu'elle doit présenter, permettant ainsi d'associer à sa gouvernance l'ensemble des parties prenantes d'un projet.

Cependant, les mêmes questions et remarques énoncées précédemment concernant la SEM peuvent être formulées s'agissant d'une SCIC.

Notamment, la prise de participation par une collectivité devra se faire en application de son principe de spécialité, c'est-à-dire qu'elle devra s'inscrire dans l'une de ses compétences.

C. Sur le GIE

Créé par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 et désormais codifié aux articles L. 251-1 à L. 251-23 du Code de commerce, le GIE est une forme particulière de personne morale répondant aux besoins de coopération ou de collaboration des entreprises.

La naissance de cet outil juridique assez particulier a été à l'époque expliquée par la nécessité de concentrer les moyens des entreprises françaises tout en leur permettant de conserver leur indépendance.

Défini à l'article L.251-1 du Code de commerce susmentionné, le GIE se démarque :

- d'une simple coopération conventionnelle, qui ne serait régulée que par une convention liant les entreprises souhaitant coopérer, en ce qu'il est doté de la personnalité morale et est donc en capacité d'être doté d'un patrimoine propre, ainsi que celle d'être notamment employeur ;
- d'une société, définie à l'article 1832 du Code civil, en ce qu'il n'a pas pour objet de réaliser des bénéfices ou des économies en poursuivant une activité propre ;
- d'une association, qui est certes dotée de la personnalité morale mais dont la capacité juridique est restreinte et qui a l'interdiction de partager ses bénéfices.

Selon l'Administration fiscale, le GIE « *permet aux entreprises de mettre en commun certaines de leurs activités sans aliéner leur indépendance et leur individualité* ».

Néanmoins, et c'est ce surtout ce qui le distingue d'une société commune, il n'a pas vocation ni à réaliser des bénéfices pour lui-même ni à développer une clientèle ou un fonds de commerce propre.

Le caractère auxiliaire de l'activité du GIE par rapport à celle de ses membres en est donc une caractéristique essentielle.

Le dernier alinéa de l'article L. 251-1 du Code de commerce exige que l'activité du GIE réponde à deux conditions :

- l'activité du GIE doit être le prolongement de l'activité de ses membres ;
- cette activité ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à l'activité de ses membres.

Pour conclure sur l'objet et les activités du GIE, rappelons que, compte-tenu de son objet spécifique, le GIE n'a donc pas vocation à intervenir pour des non-membres.

Enfin, on relèvera que la responsabilité des membres du GIE concernant le passif social est illimitée, les membres devant donc répondre des pertes subies par ledit GIE.

L'adhésion d'une collectivité locale à un GIE peut nécessiter une autorisation par décret en Conseil d'Etat :

Il convient de rappeler que le Conseil d'Etat⁵ a considéré que :

⁵ Conseil d'Etat, *Fiche 17 Groupements*, Famille « entreprises et participations publiques », version septembre 2019, préc.

« [n]'étant pas interdite par les textes, **la participation des personnes publiques à un GIE ou à un GEIE doit être regardée a priori comme possible.** Elle peut toutefois être subordonnée au respect par ces personnes de certaines règles du droit public, qui peuvent avoir pour conséquence de réduire la très grande liberté reconnue aux membres d'un GIE par le code de commerce.

Par exemple, **les collectivités territoriales doivent prendre en compte la règle selon laquelle en principe, elles n'ont pas le droit de participer au capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif, sauf autorisation par décret en Conseil d'État** (art. L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales) ».

Le Conseil d'Etat a ensuite ajouté que :

« [l]a participation de personnes publiques au GIE entraîne des obligations particulières pour (...) les collectivités territoriales : l'absence de capital ou de but lucratif du GIE conditionne leur participation, qui à défaut doit être autorisée par décret en Conseil d'État ».

Selon un jugement isolé rendu par un Tribunal administratif, dont la solution n'a pas été confirmée par le Conseil d'Etat, il semblerait qu'une telle autorisation ne soit pas nécessaire dès lors que le GIE ne dispose pas d'un capital social et n'a pas de but lucratif.

Le Tribunal administratif de Nantes⁶ a en effet considéré :

« qu'aux termes de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales (...) [et] de l'article L. 251-1 du code de commerce (...), il ne peut être inféré de ces dispositions que tout groupement d'intérêt économique aurait un caractère lucratif, lequel ne saurait être apprécié qu'eu égard à sa composition et aux stipulations du contrat de groupement, et particulièrement à son objet et à ses modalités de fonctionnement, notamment financières, ainsi qu'à son activité réelle ».

Il ressort de ces éléments que la mise en place d'un GIE, si elle peut être intéressante à envisager du point de vue de son objet, présente deux inconvénients majeurs :

- **la participation des personnes publiques n'est pas évidente dans la mesure où elle n'est pas spécifiquement prévue par la loi dans le domaine qui nous occupe (ni par l'article L. 2253-1 du CGCT, ni par aucun autre texte spécifiquement applicable aux PSE), de sorte qu'une autorisation par décret semble devoir s'imposer ;**
- **elle implique une responsabilité forte des membres qui sont responsables de manières illimitée du passif du GIE.**

D. Le groupement d'intérêt public

⁶ Tribunal administratif de Nantes, 5 juillet 2004, *Préfet de la Mayenne*, n° 0202662.

1. Sur la composition et l'objet du GIP

L'article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit définit le groupement d'intérêt public GIP de la manière suivante :

« Le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention approuvée par l'Etat soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé.

Ces personnes y exercent ensemble des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice.

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas constituer entre eux des groupements d'intérêt public pour exercer ensemble des activités qui peuvent être confiées à l'un des organismes publics de coopération prévus à la cinquième partie du code général des collectivités territoriales, à l'exception des activités de gestion des programmes opérationnels interrégionaux mentionnées au 1° du I de l'article 78 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles ».

En résumé un GIP a les caractéristiques suivantes :

- il est une personne morale de droit public ;
- il est doté de l'autonomie administrative et financière ;
- il est constitué entre plusieurs personnes morales de droit public ou une ou plusieurs personnes morales de droit public et une ou plusieurs personnes morales de droit privé ;
- il peut être créé à durée indéterminée si les membres le décident ;
- la convention constitutive du GIP doit nécessairement être approuvée par l'Etat.

Ce type de structure nous intéresse ici dans la mesure où, à l'instar de ce qui est prévu pour les SEM, le GIP peut être composé à la fois de personnes publiques et de personnes privées.

Selon la doctrine, « leur objet peut concerner aussi bien la recherche, l'enseignement et la formation, que le sport, la justice, l'action culturelle, la santé, la politique sociale, la protection de l'environnement, le tourisme, l'aménagement, l'administration locale ou encore la coopération internationale » (Groupements d'intérêt publics, Laetitia Janicot, Jcl. Administratif Fasc. 148-10, 1^{er} juin 2012).

Un certain nombre de GIP a d'ailleurs été mis en place dans le domaine environnemental. A titre d'exemple, on peut citer :

- le GIP Littoral : qui intervient en matière de réflexion stratégique sur les problématiques littorales de Nouvelle-Aquitaine, et anime les politiques publiques dédiées à la gestion des espaces littoraux. C'est un lieu de production d'études à caractère prospectif mais aussi un outil de concertation, de mise en cohérence des

projets, d'échanges d'expériences et de diffusion de bonnes pratiques entre ses membres et partenaires. L'ingénierie mise en œuvre par le GIP Littoral concerne trois domaines principaux : l'organisation de l'espace littoral, la gestion de la bande côtière et l'aménagement touristique durable ;

- l'Observatoire de l'environnement en Bretagne (OEB) : il a pour mission d'accompagner la mise en œuvre des politiques publiques de l'environnement en Bretagne dans deux domaines d'actions : l'accès à la connaissance environnementale et l'observation. Il aide au suivi de l'évolution des territoires et des politiques publiques. Il fiabilise la décision publique, facilite le dialogue et contribue à la transparence sur les données ;

Le GIP est une structure permettant aux personnes publiques et privées de mettre en commun les moyens nécessaires à l'exercice d'activités d'intérêt général. Elle n'a pas vocation à exercer en lieu et place de ses membres des compétences qui lui auraient été transférées. Plus encore, le dernier alinéa de l'article précité interdit aux collectivités de confier à un GIP une activité qui pourrait être transférée à une structure intercommunale. Ne peut ainsi faire l'objet d'un GIP, par exemple, la gestion d'un service public d'assainissement ou d'eau potable, la gestion de déchets ou encore la réalisation d'opérations d'aménagement. En effet, ces compétences pouvant être exercées par une structure intercommunale, elles ne peuvent être confiées à un GIP dont l'objet est une mise en commun de moyen et non l'exercice d'une compétence.

Ainsi, le législateur a souhaité permettre la création d'une structure de mise en commun de moyens qui diffère de la logique du transfert de compétences (voir en ce sens M. B. Saugey (commission des lois du Sénat), *Rapport n° 341 sur la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, 9 mars 2011, pp. 58-59 ; L. Janicot, *Fasc. 148-10 : GROUPEMENTS D'INTÉRÊT PUBLIC*, JurisClasseur Administratif, 1^{er} juin 2012, § 71).

Dans les exemples précités, les GIP n'exercent d'ailleurs pas de compétence en tant que telle mais constituent des structures d'accompagnement et de concertation pour aider les membres réunis au sein de cette structure dans leur prise de décision.

Lorsque les GIP réunissent à la fois des personnes publiques et privées, il est en tout état de cause difficile d'envisager qui leur soit confié l'exercice d'une compétence dans la mesure où, par définition, les membres privés n'en seraient pas tous dotés.

Il apparaît toutefois qu'une nuance à cette interprétation peut être apportée. En effet, les services de l'Etat précisent que :

« Comme l'a souligné la Commission européenne, ni la législation européenne ni la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ne reconnaissent explicitement le transfert de compétences (document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs en date du 04/10/2011, SEC 2011, point 4.1). Toutefois, la CJUE semble admettre que certaines circonstances puissent relever d'une réorganisation interne aux États plutôt que du droit de la commande publique (voy. par ex. CJUE, 20 octobre 2005, Commission/ France, aff C-264/03 et CJUE, 18 décembre 2007, Commission/ Irlande, aff C-532/03). La reconnaissance d'une telle réorganisation supposerait, à tout le moins, que l'entité bénéficiaire du transfert de compétences exerce en toute

indépendance et sous sa propre responsabilité les missions qui lui sont nouvellement confiées. Ainsi, sous réserve de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique de portée générale, la collectivité publique initialement compétente ne devrait plus s'immiscer dans l'exercice des activités relevant de la compétence de la nouvelle entité » DAJ : Fiche n°1, La création d'un GIP, août 2019

En d'autres termes, le droit communautaire reconnaît deux types de coopération entre personnes publiques : la création d'une structure, d'une part, et la coopération conventionnelle, d'autre part. Dans le premier cas, la structure se voit confier des compétences qu'elle exerce de manière indépendante (sous le contrôle de ses collectivités membres néanmoins). Dans le second cas, les collectivités concluent des conventions pour organiser en commun des compétences qu'elles conservent.

Or le GIP n'entre ni dans l'une ni dans l'autre des catégories, il se situe en réalité à la frontière de ces types de coopération.

En effet, si la création d'un GIP n'entraîne pas de transfert de compétence comme la législation nationale le prévoit au sens du droit de l'intercommunalité, il n'en reste pas moins que les collectivités créent une structure disposant d'une personnalité morale à qui elles confient l'exercice de missions qu'elles ne pourront plus entreprendre elles-mêmes.

Mais les services de l'Etat indiquent encore que *« les GIP n'ont pas vocation à se voir confier la définition ou la mise en œuvre d'une politique publique nationale. Tout au plus, peuvent-ils se voir confier une fonction d'appui ou de mise en place d'éléments d'une politique publique (Conseil d'État, Assemblée générale, avis sur le projet de loi portant ratification de l'ordonnance n° 2019-207 du 20 mars 2019 relative aux voies réservées et à la police de la circulation pour les jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, 6 juin 2019, n° 397803) ; ce principe découle de l'article 98 de la loi du 17 mai 2011. La création d'un GIP y dérogeant nécessite donc l'intervention du législateur »* (DAJ : Fiche n°1, La création d'un GIP, août 2019).

En d'autres termes, il est vrai que la création d'un GIP n'entraîne pas à proprement parler de transfert de compétence comme on l'entend en droit national, et la volonté du législateur apparaît claire à cet égard ; en revanche, la situation créée par la constitution d'une telle structure se rapproche d'un tel transfert dans la mesure où le GIP prend bien à son compte en charge les missions confiées.

D'ailleurs, un certain nombre de GIP est créé pour gérer des services et des équipements dans le but de participer à la réalisation de politiques publiques. Il en est ainsi, par exemple, de GIP à qui sont confiées des activités en matière de tourisme ou encore de gestion de service de restauration collective (le GIP « Restauration du Graulhétois », le GIP « Cuisine publique de Cognac » par exemple). Dans le même sens, le GIP Paris 2024 avait été constitué dans le but de lui faire porter la candidature de Paris aux Jeux Olympiques et était ainsi autorisé à accomplir *« tout acte, toute opération de quelque nature que ce soit, y compris la vente, la cession ou la concession, de tout bien matériel ou immatériel ou services conçus directement ou indirectement et/ou acquis auprès de tiers, dès lors qu'ils concourent ou peuvent concourir à la réalisation de son objet »*.

Dans le cas d'espèce, la mission qui serait attribuée à la structure serait de définir un projet de territoire et d'identifier les services environnementaux qui pourraient y concourir. Il ne s'agirait donc pas de confier à la structure une compétence en tant que telle. Et ce d'autant moins que le GIP réunirait à la fois des personnes publiques et privées qui poursuivent, par définition, des objectifs différents et interviennent dans des champs de compétence distincts. Toutefois, au regard des missions qui peuvent être confiées à une telle structure, il pourrait être envisagé, dans le cas d'espèce, de faire porter au GIP un projet de territoire, sans le cantonner à un rôle de soutien.

La question se pose en revanche de la possibilité pour le GIP de financer lui-même les PSE au regard des règles financières qui le régissent.

Sur ce point, l'article 113 liste les ressources du GIP qui sont les suivantes :

- les contributions financières des membres ;
- la mise à disposition sans contrepartie financière de personnels, de locaux ou d'équipements ;
- les subventions ;
- les produits des biens propres ou mis à leur disposition, la rémunération des prestations et les produits de la propriété intellectuelle ;
- les emprunts et autres ressources d'origine contractuelle ;
- les dons et legs.

Aux termes de ces dispositions, le GIP dispose donc d'un budget qui lui est propre et avec lequel il finance l'activité qui lui est confiée.

Dans le cas présent, pour permettre aux membres du GIP de financer le PSE par le biais de la structure, il conviendrait de confier à cette dernière non seulement la définition du projet de territoire mais également sa mise en place. Dans ces circonstances, la structure porterait alors le projet et le mettrait en œuvre en lieu et place de ses membres, il conviendrait alors non seulement de s'assurer que ce projet réponde aux intérêts de l'ensemble des membres mais également de ne pas confier à la structure une mission telle qu'elle reviendrait à exercer une compétence en lieu et place de ses collectivités membres.

Il convient désormais de s'interroger sur la pertinence du recours à cette structure de ses règles de fonctionnement.

2. Sur le fonctionnement du GIP

Aux termes de l'article 99 de la loi du 17 mai 2011, le GIP est constitué par le biais d'une convention constitutive qui « règle l'organisation et les conditions de fonctionnement du groupement. Elle contient les mentions suivantes :

1° La dénomination du groupement ;

2° Les nom, raison sociale ou dénomination, la forme juridique, le domicile ou le siège social de chacun des membres du groupement et, s'il y a lieu, son numéro unique d'identification et la ville où se trouve le greffe ou la chambre des métiers où il est immatriculé ;

3° La durée, déterminée ou indéterminée, pour laquelle le groupement est constitué ;

4° L'objet du groupement ;

5° L'adresse du siège du groupement ;

6° Les règles de détermination des droits statutaires, de la contribution des membres aux charges du groupement et les conditions dans lesquelles ils sont tenus des engagements de celui-ci ;

7° Les règles concernant l'administration, l'organisation et la représentation du groupement ;

8° Les conditions dans lesquelles le groupement peut prendre des participations, s'associer avec d'autres personnes et transiger ;

9° Le régime comptable applicable, dans le respect des règles fixées à l'article 112 de la présente loi ;

10° Les conditions d'emploi des personnels du groupement et le régime des relations du travail qui leur sont applicables ;

11° Les conditions d'adhésion des nouveaux membres et de retrait des membres.

La convention constitutive peut prévoir les conditions de nomination, les conditions de rémunération, les attributions et l'étendue des pouvoirs d'un liquidateur en cas de dissolution du groupement ».

L'article 103 impose par ailleurs que « Les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public doivent détenir ensemble plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants ».

Le GIP est administré par une assemblée générale composée de l'ensemble de ses membres qui « prend toute décision relative à l'administration du groupement, sous réserve des pouvoirs dévolus à d'autres organes par la convention constitutive. Un conseil d'administration peut être constitué dans les conditions prévues par la convention constitutive pour exercer certaines des compétences de l'assemblée générale » (article 105 de la loi). Sauf mention contraire dans la convention constitutive, chaque membre dispose d'une voix.

Il ressort donc de ces dispositions que les membres du GIP administrent la structure par le biais d'un conseil d'administration qui a un pouvoir décisionnel. Ce conseil d'administration peut donc, sous réserves des pouvoirs dévolus aux autres organes, adopter des décisions dans le domaine de compétence qui a été confié au GIP.

La convention constitutive doit préciser les modalités de la représentation de ces membres à cette instance. Seuls les représentants des membres du groupement d'intérêt public peuvent être membres de cette instance et y siéger avec voix délibérative mais la convention constitutive peut prévoir la participation d'autres personnes à cette instance, avec voix consultative.

Le nombre de voix dont disposent les membres doit être déterminé par la convention constitutive et la convention doit également préciser quelles matières ressortent de la compétence de l'assemblée générale.

Les décisions de modification ou de renouvellement de la convention, de transformation du groupement en une autre structure ou de dissolution anticipée du groupement ne peuvent être prises que par l'assemblée générale, soit à l'unanimité, soit, dans des conditions prévues par la convention constitutive, à la majorité qualifiée.

La convention constitutive peut prévoir tout autre organe décisionnel et notamment un conseil d'administration. Le cas échéant, à l'instar de l'assemblée générale, la détermination des règles de fonctionnement du conseil d'administration, qui constituent des règles d'administration du groupement, relève de la convention. Les autres modalités de fonctionnement du conseil d'administration paraissent en revanche pouvoir être définies dans son règlement intérieur.

La convention constitutive devra donc, a minima, préciser sa composition et la répartition des voix en son sein ainsi que les matières ressortent de la compétence de cette instance.

Elle devra également déterminer les conditions de nomination de ses membres et les compétences du président du conseil d'administration.

Enfin, l'article 106 de la Loi prévoit qu'un directeur assure, sous l'autorité de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, le fonctionnement du groupement.

La convention constitutive doit préciser les modalités de la désignation du directeur du groupement et la nature exacte de sa fonction (directeur général, président-directeur général, etc.), si les membres choisissent pour cette instance un titre différent de celui qui est prévu par la loi.

Elle peut prévoir que le directeur est aussi le président du conseil d'administration du GIP.

La convention doit définir les différentes attributions du directeur, et préciser les modalités de ses pouvoirs en tant que représentant du groupement auprès des tiers. La convention peut l'autoriser le cas échéant à déléguer une partie de ses compétences aux agents placés sous son autorité ou à d'autres autorités exécutives qu'elle institue.

Il résulte de ces éléments que le fonctionnement du GIP est assez libre dans la mesure où il appartient à la convention constitutive d'en définir les règles. Cette structure a vocation à faire participer l'ensemble des membres dans l'assemblée générale mais peut également faire participer d'autres personnes non membres avec voix consultative. De sorte que les fournisseurs de services pourraient être associés au processus décisionnel sans être intégré dans la structure de même que les organismes tiers (chambre d'agriculture, lycées techniques....).

La mise en place d'un GIP pose toutefois la question de ses relations avec ses membres, d'une part, et en particulier les collectivités publiques si ce dernier est amené à réaliser des services pour le compte de ces dernières et avec les tiers, d'autre part.

En effet, sur le premier point, les personnes publiques sont soumises au code de la commande publique et ne pourraient, en principe, recourir aux services du groupement d'intérêt public qu'après l'avoir mis en concurrence.

L'unique possibilité pour les membres du groupement d'intérêt public serait de bénéficier de l'exemption « in house » puisqu'elle permet à un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui exercent seul ou conjointement un contrôle sur une entité qui exerce l'essentiel de son activité pour ces derniers de conclure des marchés publics en franchise de concurrence avec cette dernière. Or cette exemption ne peut pas s'appliquer lorsque la personne morale contrôlée comporte une participation directe de capitaux privés (L. Janicot, Jcl. Administratif *Fasc. 148-10 : GROUPEMENTS D'INTÉRÊT PUBLIC*, précité).

Dans le cas présent, le GIP aurait pour mission de constituer un endroit d'échange entre les personnes intéressées au projet, de définir les conditions à la mise en place des PSE pour la réalisation du projet de territoire, d'identifier de nouvelles personnes susceptibles d'être intégrées au projet de territoire soit en tant que personne bénéficiaire, soit en tant que personne en charge du PSE.

Il pourrait également avoir pour mission d'accompagner sur le plan technique, administratif, juridique et financier les personnes publiques ou privées qui le souhaitent dans la mise en place des PSE répondant à leur projet de territoire.

S'agissant de ces dernières prestations, il pourrait dès lors être considéré qu'elles revêtent le caractère de prestation de service. Et, dans la mesure où l'exemption « in house » semble devoir être exclue dès lors que le GIP impliquerait des personnes privées, le respect des règles de mise en concurrence semblerait s'imposer.

Par ailleurs, sur le second point, c'est-à-dire les relations entre la structure et les tiers, on relèvera que cette problématique de mise en concurrence peut également avoir à s'appliquer. En effet, le GIP étant une personne morale de droit public, il est soumis aux mêmes règles de mise en concurrence et devrait s'y conformer (art. L. 1211-1 du Code des marchés publics). De sorte que s'il a recours à des tiers dans le cadre de l'exercice de sa mission, la question du respect de ces règles devra se poser. Ainsi, notamment si l'intervention de la CDC en matière de conseil et d'accompagnement devait être envisagée, la convention qui serait conclue entre elle et le GIP devrait être examinée à l'aune des règles de la commande publique.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le GIP présente l'avantage de la souplesse dans son fonctionnement dans la mesure où il appartient aux membres d'en définir les règles dans le cadre de la convention constitutive. Cette structure permet par ailleurs de faire participer des personnes non membres qui ont voix consultative.

S'agissant de son objet, il est acquis que le GIP peut intervenir en matière environnementale. Cet objet doit être limité dans la mesure où il ne peut s'agir d'exercer une compétence en lieu et place de ses membres. Toutefois, cette limite peut être plus facilement écartée lorsque la structure regroupe des personnes publiques et privées (et non pas seulement des personnes publiques). En tout état

de cause quelque soit l'objet retenu dans le cas présent (soutien des politiques environnementales ou participation à la mise en œuvre d'un PSE), il semble correspondre aux types d'objet qu'un GIP serait en mesure de réaliser. A ce stade, un simple rôle de soutien semble privilégié, toutefois, ce rôle de soutien ne peut permettre à la structure de financer directement les PSE. Si un tel rôle devait lui être confié, il conviendrait d'élargir son objet.

E. L'association

1. Sur la composition et l'objet de l'association

Au sens de la loi du 1^{er} juillet 1901 une association est une « *convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ».

Toute personne morale de droit public ou de droit privé peut en être membre. En effet, il ressort de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat que l'association peut être constituée uniquement de personnes physiques ou uniquement de personnes morales ou encore de personnes physiques et de personnes morales (CE, avis, 31 juillet 1952, JO 17 septembre 1952).

En outre, une collectivité territoriale peut être membre d'une association dès lors qu'il existe une adéquation entre le but fixé à l'association et l'intérêt nécessairement local de la collectivité intéressée (CE, 8 juin 1994, n°143272 ; CAA Nancy, 28 septembre 2006, n°05NC00882). Auparavant, cet intérêt local s'appréciait au regard de la clause de compétence générale, mais aujourd'hui, il convient de s'assurer de l'intérêt poursuivi au regard des compétences détenues par la collectivité membre.

Pour les collectivités ou groupement de collectivités territoriales, il est nécessaire que l'organe délibérant entérine l'adhésion à l'association et désigne consécutivement un ou des représentants pour y siéger.

S'agissant de l'objet, la doctrine indique que :

« Les statuts peuvent assigner à l'association tout objet, toute activité. Aucun texte n'attribue aux associations un objet déterminé ou limité. Elles peuvent donc poursuivre leur objet dans les secteurs d'activité les plus variés : éducation, culture, sciences, bienfaisance, sport, santé, social, économie, etc. A l'intérieur d'un même secteur considéré, chaque association peut se doter d'un objet différent : en fait, chaque association peut poursuivre un objet qui lui est propre. Il est dès lors très difficile d'opérer un classement des associations par nature d'activité tant leur objet peut être atypique » (Lamy Association, Etude 108-29 – Liberté statutaire – Principe, mis à jour en mai 2014).

L'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 limite toutefois cette liberté en interdisant toute association qui serait formée « *en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement* », une association ne répondant pas à ces conditions étant déclarée « *nulle et de nul effet* ».

S'agissant des associations réunissant des personnes publiques, la doctrine indique par ailleurs que, de même que pour les GIP, « *l'objet ne peut être d'exercer les compétences normalement conférées par la loi aux membres de l'association* » (Lamy Association, Etude 108-30 – Liberté statutaire – Limites, mis à jour en mai 2014).

Dans le cas présent, et ainsi que cela a été évoqué pour les GIP, la structure qu'il est envisagée de créer n'aurait pas vocation à exercer les compétences mais d'accompagner les personnes privées et publiques qui la composent dans la définition d'un projet de territoire qui répondrait à leurs intérêts à toutes. Ainsi, dans la mesure où il existe peu de restrictions dans l'objet d'une association, mise à part l'obligation de licéité, ce type de structure pourrait être envisagé.

La question se pose dès lors de savoir si l'association pourrait également être l'intermédiaire financier entre ses membres et les fournisseurs de service.

A cet égard, et ainsi que le relève la doctrine, « *L'étendue de l'objet va déterminer l'étendue de la capacité juridique de l'association. En effet, en vertu du principe de spécialité statutaire des personnes morales, celles-ci n'ont de capacité juridique que pour les actes qui entrent dans leur objet* » .) » (Lamy Association 126-35 Capacité et personnalité juridiques – Étendue – Limites, mis à jour mars 2017)

Et selon ce principe, « *les personnes morales ont une capacité juridique restreinte aux actes et opérations qui entrent dans le cadre de leur objet statutaire. Ce principe est applicable aux sociétés (Le Lamy Sociétés commerciales), mais aussi aux associations (dans ce sens, Brichet, op. cit.). Les associations ne peuvent donc accomplir que les seuls actes entrant dans leur objet ou qui en favorisent la réalisation : les autres ne sont pas couverts par la personnalité juridique de l'association. Le non-respect du principe de spécialité entraîne la nullité de l'acte non couvert par la capacité juridique de l'association (dans ce sens, Brichet, op. cit.).*(Lamy Association 126-35 Capacité et personnalité juridiques – Étendue – Limites, mis à jour mars 2017)

Partant, on rencontre ici les mêmes difficultés que celles évoquées pour le GIP. En effet, dès lors que la structure qui doit être créée a seulement vocation à définir un projet de territoire et les conditions de sa mise en œuvre, ou encore de faciliter sa réalisation par la recherche de bénéficiaires ou de fournisseurs, il ne lui appartient pas de mettre en œuvre directement ledit projet.

Or le financement des fournisseurs de service relève de la mise en œuvre du projet de territoire et des PSE associés, de sorte que cette mission sortirait de l'objet de l'association.

On relèvera alors que l'exemple de l'Association Haiecobois est souvent mentionné dans les différents documents de présentation des PSE. Cette association, qui regroupe à la fois des fournisseurs de service et des bénéficiaires des PSE est notamment présentée comme un intermédiaire financier entre les uns et les autres. Toutefois, il apparaît que l'Association vend à ses membres bénéficiaires le bois déchiqueté qui provient des haies des fournisseurs de services, entretenues conformément à leurs engagements dans le cadre du PSE. Ainsi, l'Association n'est pas un simple intermédiaire financier dans la mesure où son objet semble lui permettre de financer des PSE par le biais de la vente auprès des bénéficiaires. Dans ces circonstances, son action semble dès lors entrer dans le cadre de son objet (nous n'avons toutefois pas eu connaissance des statuts de

l'association) puisque ce dernier ne se limite pas à accompagner ses membres dans la définition de leur besoin mais à porter un projet en y associant directement fournisseurs et bénéficiaires.

Dans le cas présent, si l'objet de l'association n'est pas de porter le projet dans sa totalité, alors le financement ne peut transiter par l'association et les fournisseurs et les bénéficiaires devront contractualiser entre eux.

En conséquence, et ainsi que cela était préconisé pour le GIP, si le structure associative devait être retenue, il conviendra soit de la doter d'un objet plus large lui permettant de contractualiser avec les bénéficiaires (mais cet objet devrait à la fois correspondre à un besoin de tous ses membres sans pour autant constituer un compétence propre des collectivités qui la composent), soit limiter l'objet à de l'accompagnement et prévoir une contractualisation entre les bénéficiaires et les fournisseurs, sans pouvoir faire transiter le financement par l'association.

On notera ici que, si cette structure a un but non lucratif, aucune disposition ne lui interdit d'exercer une activité économique et de faire des bénéfices, à la condition qu'ils ne soient pas répartis entre les sociétaires.

Si une association envisage d'avoir une activité économique, cette précision doit être apportée dans les statuts *ab initio* ou lors d'une révision, conformément aux articles L. 442-7 et R. 442-2 du Code du commerce.

Au surplus, dès lors qu'une association exerce une activité économique, elle est qualifiée d'entreprise au sens du droit communautaire et les aides accordées par les personnes publiques risquent une requalification en aides d'Etat.

En conséquence, dès qu'elle exerce ce type d'activités, l'association ne peut recevoir des subventions publiques que dans des conditions strictement règlementées pour ne pas fausser la concurrence.

Il convient désormais de s'interroger sur l'opportunité de recourir à une telle structure au regard de ses règles de fonctionnement.

2. Sur le fonctionnement de l'association

Il est nécessaire de préciser que la constitution d'une association n'est soumise à aucun formalisme particulier. Toutefois, l'association constituée n'aura une personnalité juridique que s'il est procédé à sa déclaration en Préfecture et à une insertion d'un extrait de cette déclaration au Journal officiel des associations et des fondations d'entreprises (CA Versailles, 23 mars 1982, Gaz Pal. 1983 som. P.181).

A défaut d'une telle déclaration, une association ne peut ni contracter, ni bénéficier d'une libéralité ou d'une subvention publique (les fonds encaissés étant extraits irrégulièrement de la caisse publique et conservant leur caractère de deniers publics - CRC Guadeloupe, 3 juin 1997, Dame R, Rev. Trésor 1999 p.31).

L'association est gouvernée par le principe de la liberté contractuelle. Au demeurant, le principal avantage de la structure associative réside dans sa grande souplesse d'organisation et de fonctionnement.

En effet, le contrat d'association est un contrat consensuel. Toutefois, si les fondateurs de l'association désirent procéder à sa déclaration, ils doivent fournir un exemplaire des statuts, acte matérialisant le contrat et précisant les caractéristiques et les règles de fonctionnement de la personne juridique.

Par principe, le contenu des statuts est libre. Cependant, il apparaît nécessaire d'être très précis et rigoureux dans la rédaction de ces statuts puisqu'en cas d'ambiguïté, l'interprétation des statuts relève du pouvoir souverain des juges du fonds, à défaut de clause prévoyant l'autorité investie de cette mission.

A toutes fins utiles, il semble judicieux d'indiquer que les statuts d'une association fixent notamment son objet, sa dénomination, son siège, sa durée, ses membres, ses ressources, son fonctionnement, sa gouvernance, les attributions des organes ou encore les modalités de sa dissolution.

La seule obligation est de doter la personne morale d'au moins un représentant personne physique pour exercer les droits dont jouit l'association.

De plus, les statuts prévoient les organes dirigeants au sein de l'association qui doivent être adaptés à ses besoins et à sa taille.

Par ailleurs, les statuts de l'association peuvent prévoir la participation de personnes tierces non membres ayant voix consultative.

En conséquence le fonctionnement d'une association est très libre et cette souplesse permet d'intégrer un grand nombre de personne et de prévoir par ailleurs la participation d'autres personnes non membres.

En revanche, il convient de relever que bien que la structure associative ne soit pas une personne morale de droit public, l'application des règles de la commande publique ne doit pas être exclue d'emblée.

En effet, l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique indique que peut être pouvoir adjudicateur soumis aux règles qu'il édicte :

« 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ».

Et, selon le Conseil d'Etat « *il est à noter que le premier critère posé par le 2° de l'article 10 de cette ordonnance et de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique (personnes morales de droit privé créé afin de satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial) sera le plus souvent rempli* » (Conseil d'Etat FICHE 17 Groupements, Famille « entreprises et participations publiques », décembre 2018).

Partant la question du respect des règles de la commande publique devra, également dans ce cas, se poser entre l'association et ses membres si ces derniers lui confient une prestation de service ou encore dans le cadre de prestations que l'association solliciteraient auprès d'autres personnes tierces (notamment la CDC pour des prestations de conseil et d'assistance technique).

Dans le prolongement de cette logique, il convient par ailleurs d'évoquer la nature des subventions qui pourraient être allouées par les collectivités publiques membres à l'association.

Sur ce point, la circulaire précise que : « *La subvention a vocation à soutenir la réalisation d'un investissement, à contribuer au développement d'un projet ou au financement global de l'activité de l'organisme bénéficiaire défini, conçu et initié par ce même organisme* ».

Elle ne peut avoir pour objet « *de répondre à un besoin propre exprimé au préalable par une autorité publique. Elle n'est pas la contrepartie d'une prestation de service individualisée* » (Circulaire du Premier Ministre relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations : déclinaison de la charte des engagements réciproques et soutien public aux associations, 30 septembre 2015, n°5811/SG).

Ainsi, comme le résume la doctrine, « *Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un contrat de la commande publique (communément appelé « marché public »)* ». (Le Lamy Association - 260-12 La distinction subvention / contrat de la commande publique, mise à jour décembre 2021).

Dans le cas présent, la question pourrait dès lors se poser du risque de requalification des participations versées par les membres de l'association dans le but de financer les PSE. En effet, dans ce cas, ces subventions n'auraient pas vocation à développer un projet confié à la structure mais à financer des besoins propres à chacun des membres. Pour que ces versements constituent des subventions, il faudrait que la structure porte son propre projet et qu'elle le finance notamment grâce à des subventionnements de ses membres. Mais, dès lors que la structure n'aurait pas vocation à porter elle-même son propre projet, elle ne serait qu'un intermédiaire entre ses membres et les fournisseurs, ce qui ne peut être envisagé.

Deux points de vigilance peuvent encore être évoqués ici s'agissant de l'association :

- Le premier concerne le risque de qualification en association transparente. Le Conseil d'Etat définit les associations transparentes en ces termes : « *lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne doit être regardée comme transparente* » (CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt n° 281796.).

Si une telle situation est avérée, il peut être reproché la survenance d'une « gestion de fait », c'est-à-dire l'absence de séparation entre l'ordonnateur et le comptable au sein de l'association.

- Le second porte sur le risque de conflit d'intérêts pour les élus désignés au sein de l'association du fait du cumul de leur fonction au sein de l'association et de leur mandat représentatif au sein de la collectivité.

Il apparaît donc que le fonctionnement d'une association offre une certaine liberté à ses membres qui peuvent décider des règles qui doivent la structurer. L'association permet également de faire participer d'autres personnes que ses propres membres aux instances décisionnelles avec voix consultative, ce qui permettrait donc d'intégrer les fournisseurs de services dans le processus de définition du projet de territoire ainsi que d'autres acteurs venant au soutien de cette réflexion.

Cependant, les difficultés exposées pour le GIP se retrouvent ici s'agissant des relations de l'association avec ses membres ou avec les tiers dès lors qu'elle pourrait être soumise aux règles de la commande publique. Ce risque peut être toutefois moins élevé que pour les GIP dans la mesure où elle n'est soumise à ces règles que si elle répond aux critères énoncés à l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique.

Si cette structure nous semble pertinente pour répondre au projet dans le cas présent, certaines incertitudes demeurent en fonction de l'objet qui lui sera assigné. En effet, dans l'hypothèse où l'association n'aurait pour mission que de réunir ses membres pour constituer une zone d'échanges et d'accompagnement dans la définition du projet de territoire, les financements des PSE ne semblent pas pouvoir transiter par elle. Cela poserait en effet une difficulté dès lors qu'elle interviendrait au-delà de son objet. Il conviendrait alors de doter l'association d'un objet lui permettant de porter un projet en son nom propre et de le financer par le biais de l'activité qui lui serait confiée, ainsi que cela est le cas pour l'Association Haiecobois.