CONSEIL GENERAL DE LA CHARENTE-MARITIME

DEFINITION D'UNE STRUCTURE DEPARTEMENTALE MAITRE D'OUVRAGE POUR DES RESERVES D'EAU DE SUBSTITUTION

RAPPORT DE PHASE 2 :

ETUDE DES STRUCTURES POTENTIELLES

Rapport Définitif - Octobre 2011

BRL Ingénierie

Calia CONSEIL
PERFORMANCE FINANCIÈRE
AU SERVICE DE L'ACTION PUBLIQUE

SARTORIO LONQUEUE SAGALOVITSCH & ASSOCIE
Des avocats spécialistes de la sphère publique

DEFINITION D'UNE STRUCTURE DEPARTEMENTALE MAITRE D'OUVRAGE POUR DES RESERVES D'EAU DE SUBSTITUTION

PHASE 2 – ETUDE DES STRUCTURES POTENTIELLES

PREAMBULE.....1

1. RAPPEL DES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LA CREATION DE CETTE NOUVELLE ENTITE.....3

2. LES STRUCTURES ENVISAGEABLES.....5

2.1 Les structures publiques 5

2.1.1 Le syndicat mixte ouvert 5

2.1.2 Le groupement d'intérêt public 16

2.1.3 L'Association syndicale autorisée (ASA) et l'Union d'ASA 18

2.2 Les structures privées 21

2.2.1 La Société publique locale (SPL) 21

2.2.2 La société d'économie mixte locale (SEML) 29

2.2.3 Association « Loi 1901 » 32

2.2.4 Société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) 36

3. LE REGIME FISCAL.....42

3.1 La taxe sur la valeur ajoutée 42

3.1.1 Rappel des principales caractéristiques de la TVA 42

3.1.2 Le champ d'application de la TVA 43

3.1.3 La déduction de TVA, ses conditions et ses implications 45

3.1.4 Les subventions et la TVA 45

3.1.5 Application au cas particulier 47

3.2 Conclusion concernant le régime d'assujettissement à la TVA 48

4. TABLEAU COMPARATIF DES DIFFERENTES « STRUCTURES » 49

SIGLES ET ACRONYMES

ASA	Association Syndicale Autorisée
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
DCE	Directive Cadre européenne sur l'Eau
DRDR	Document Régional de Développement Rural
EPTB	Etablissement Public Territorial de Bassin
GIP	Groupement d'Intérêt Public
IIBSN	Institution Inter Bassin Sèvre Niortaise
LEMA	Loi sur l'Eau et les Milieux Aquatiques
SAGE	Schéma d'Aménagement de Gestion des Eaux
SDAGE	Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux
SDE	Syndicat des Eaux
SEM	Société d'Economie Mixte
SEML	Société d'Economie Mixte Locale
SMASS	Syndicat Mixte d'Aménagement de la Seudre et de la Seugne
SPL	Société Publique Locale
SYMBO	SYndicat Mixte de la BOutonne
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée
UNIMA	Union des Marais
SCIC	Société coopérative d'intérêt collectif

PREAMBULE

Le département de la Charente-Maritime, doit, pour se conformer aux objectifs de la Directive Cadre Européenne sur l'Eau (DCE), imposer des restrictions de plus en plus importantes sur les prélèvements en eau (notamment pendant les périodes d'étiage).

Or, ces restrictions ont un fort impact sur les activités économiques du département, en particulier sur les activités agricoles.

Le Conseil Général de la Charente-Maritime, soucieux de la protection des ressources mais également du maintien d'une activité agricole sur son territoire, souhaite étudier les conditions, la forme et le coût d'une structure départementale qui aurait pour objectif de faciliter la mise en œuvre de la construction de réserves, dites « de substitution ».

Chaque année, généralement fin mars, des arrêtés cadre départementaux sont signés, afin de fixer les règles de limitation des prélèvements d'eau au cours de la période d'étiage (période de l'année où les débits sont les plus faibles). Ainsi, ces arrêtés définissent sur des stations de mesure des débits des rivières et de niveaux des nappes, les seuils de déclenchement et les mesures de restriction d'usages de l'eau à appliquer. Pour les cours d'eau du département, la situation a été largement préoccupante en 2011.

La baisse importante des débits au mois de mai-juin n'est pas sans conséquence sur les milieux aquatiques et les usages agricoles. Cette situation est source de conflits et d'impacts environnementaux négatifs qui ne vont pas dans le sens de la Directive Cadre Européenne sur l'Eau et les milieux aquatiques (ainsi que celui de la LEMA et du SDAGE).

Pour le Conseil Général de la Charente-Maritime, commanditaire de cette étude, **la mise en place de retenues de substitution pour les prélèvements agricole est donc un enjeu majeur**. Cela permettra le maintien de l'activité agricole et la diminution de la pression sur les milieux. C'est l'une des directives principale de l'Union Européenne en terme d'équilibrage de la ressource sur le volet quantitatif reprise dans le Plan de Développement Rural Hexagonal (Dispositif 125-B du PDRH : Soutien aux retenues collectives de substitution).

La présente étude s'organise en quatre phases :

- Phase 1 : Diagnostic territorial ;
- **Phase 2 : Etude du champ du possible – Structures potentielles** (présent rapport) ;
- Phase 3 : Analyse détaillée des structures potentielles retenues ;
- Phase 4 : Guide de mise en œuvre : détermination des éléments nécessaires pour la mise en place d'une structure départementale maître d'ouvrage pour des réserves de substitution.

Le présent rapport de Phase 2 s'articule autour de 4 parties :

- Partie 1 : Rappel des objectifs poursuivis par la création de cette nouvelle entité ;
- Partie 2 : Les structures envisageables ;
- Partie 3 : Le régime fiscal ;
- Partie 4 : Tableau de synthèse.

1. RAPPEL DES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LA CREATION DE CETTE NOUVELLE ENTITE

La démarche visant à définir la structure juridique la mieux adaptée pour assurer la création et la gestion de réserves de substitution, prend en compte les objectifs suivants :

- Assurer la maîtrise d'ouvrage des opérations dont l'exécution n'est pas commencée,
- Définir une méthode de validation puis de mise en œuvre progressive des projets,
- Poursuivre, compléter ou élaborer des dossiers d'autorisation des ouvrages et de leur exploitation,
- Permettre la récupération de la TVA sur les investissements,
- Garantir la maintenance des ouvrages,
- Limiter au mieux les dépenses de fonctionnement,
- Définir les règles d'exploitation des ouvrages,
- Sécuriser la répartition des volumes disponibles,
- Assurer l'équité entre les usagers agricoles adhérents ou non aux projets,
- Etablir une cohérence d'action avec l' « organisme unique » de répartition du volume prélevable défini par l'administration.
- Intégrer les ouvrages déjà réalisés,

2. LES STRUCTURES ENVISAGEABLES

2.1 LES STRUCTURES PUBLIQUES

2.1.1 Le syndicat mixte ouvert

2.1.1.1 Composition du syndicat mixte ouvert

Il résulte de l'article L. 5721-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) que :

> *« Un syndicat mixte peut être constitué par accord entre des institutions d'utilité commune interrégionales, des régions, des ententes ou des institutions interdépartementales, des départements, des établissements publics de coopération intercommunale, des communes, des syndicats mixtes définis à l'article L. 5711-1 ou à l'article L. 5711-4, des chambres de commerce et d'industrie territoriales, d'agriculture, de métiers et d'autres établissements publics, en vue d'oeuvres ou de services présentant une utilité pour chacune de ces personnes morales.*
>
> *Le syndicat mixte doit comprendre au moins une collectivité territoriale ou un groupement de ces collectivités.*
>
> *Lorsque le syndicat mixte qui adhère à un autre syndicat mixte lui transfère la totalité des compétences qu'il exerce, l'adhésion du syndicat mixte entraîne sa dissolution dans les conditions prévues aux troisième à neuvième alinéas de l'article L. 5711-4 ».*

A) Il ressort, premièrement, des dispositions précitées, que les personnes privées ne peuvent être membres d'un syndicat mixte ouvert.

Aussi, d'ores et déjà, il est possible d'affirmer que si cette structure était retenue, elle ne pourrait compter parmi ses adhérents, ni l'association Nature Environnement 17, ni le Collectif CARG'EAU ni le Comité Régional Conchylicole de Poitou-Charentes ni la Fédération départementale de pêche et de pêche aquatique, en raison de leur qualité de personne morale de droit privé.

B) Il ressort, deuxièmement, des dispositions précitées, que les syndicats mixtes ouverts ne peuvent, en principes être membres d'un syndicat mixte ouvert. Seuls, les syndicats mixtes fermés sont, en principe, autorisés à adhérer à un syndicat mixte ouvert.

Cependant, il convient de relever que l'article L. 5711-4 du CGCT dispose, par exception, que :

> *« **En matière de gestion de l'eau et des cours d'eau, (…) un syndicat mixte relevant du présent titre peut adhérer à un autre syndicat mixte (…) institué en application de l'article L. 5721-2, suivant la procédure définie à l'article L. 5211-18**. L'adhésion d'un syndicat mixte à un autre syndicat mixte est sans incidence sur les règles qui régissent ce dernier.*

Aussi, l'adhésion d'un syndicat mixte ouvert à un futur syndicat mixte ouvert n'est envisageable que si celui-ci intervient en matière de gestion de l'eau et des cours d'eau.

C) Il ressort, troisièmement, des dispositions précitées que les syndicats mixtes ouverts ne peuvent être constitués qu' « *en vue d'œuvres ou de services présentant une utilité pour chacune des personnes morales* ».

En d'autres termes, « *l'établissement public ne peut exercer des compétences que ses membres n'ont jamais détenues. Une commune ne peut transférer à un établissement public qu'elle crée que les compétences qu'elle détient* » (Michel Degoffe, *Droit et Pratique de l'Intercommunalité*, Ed. Sorman, 2005, p. 82).

En l'espèce, la future entité aurait pour objet d'assurer la création et la gestion de réserves de substitution.

Aussi, convient-il de vérifier que chacune des personnes publiques, membres du comité technique, est bien intéressée à la création et la gestion de réserves de substitution.

En premier lieu, s'agissant des **compétences du Département** en matière de gestion d'eau, l'article L. 211-7 du code de l'environnement dispose que :

> *« I.-Les collectivités territoriales et leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes créés en application de l'article L. 5721-2 du code général des collectivités territoriales sont habilités à utiliser les articles L. 151-36 à L. 151-40 du code rural et de la pêche maritime pour entreprendre l'étude, l'exécution et l'exploitation de tous travaux, actions, ouvrages ou installations présentant un caractère d'intérêt général ou d'urgence, dans le cadre du schéma d'aménagement et de gestion des eaux s'il existe, et visant :*
>
> *1° L'aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique ;*
>
> *2° L'entretien et l'aménagement d'un cours d'eau, canal, lac ou plan d'eau, y compris les accès à ce cours d'eau, à ce canal, à ce lac ou à ce plan d'eau ;*
>
> *3° L'approvisionnement en eau ;*
>
> ***4° La maîtrise des eaux pluviales et de ruissellement** ou la lutte contre l'érosion des sols ;*
>
> *5° La défense contre les inondations et contre la mer ;*
>
> *6° La lutte contre la pollution ;*
>
> ***7° La protection et la conservation des eaux superficielles et souterraines** ;*
>
> *8° La protection et la restauration des sites, des écosystèmes aquatiques et des zones humides ainsi que des formations boisées riveraines ;*
>
> *9° Les aménagements hydrauliques concourant à la sécurité civile ;*
>
> ***10° L'exploitation, l'entretien et l'aménagement d'ouvrages hydrauliques existants** ;*
>
> ***11° La mise en place et l'exploitation de dispositifs de surveillance de la ressource en eau et des milieux aquatiques** ;*
>
> ***12° L'animation et la concertation dans le domaine de la gestion et de la protection de la ressource en eau et des milieux aquatiques dans un sous-bassin ou un groupement de sous-bassins, ou dans un système aquifère, correspondant à une unité hydrographique** ».*

Sur le fondement de cette disposition, **le Département de la Charente-Maritime dispose d'une compétence facultative en matière de gestion des eaux, notamment en matière de « *maîtrise des eaux pluviales et de ruissellement* » et «*de protection des eaux superficielles et souterraines*».**

Il est donc intéressé au projet de création et de gestion de réserves de substitution.

En deuxième lieu et sur le fondement de la même disposition du Code de l'Environnement, **la Région Poitou-Charentes est, à notre sens, également intéressée par le projet de création et de gestion de retenues de substitution.**

En troisième lieu, s'agissant de la compétence de **la Chambre départementale d'Agriculture de la Charente-Maritime**, l'article L. 511-1 du code rural et de la pêche maritime dispose que :

> *« La chambre départementale d'agriculture constitue, dans chaque département, auprès de l'Etat ainsi que des collectivités territoriales et des établissements publics qui leur sont rattachés, l'organe consultatif, représentatif et professionnel des intérêts agricoles ».*

Et l'article L. 511-3 de ce code énonce, en outre, que :

> *« **Les chambres départementales d'agriculture peuvent être consultées par les personnes publiques mentionnées à l'article L. 511-1 sur toutes les questions relatives à l'agriculture**, à la valorisation de ses productions, à la filière forêt-bois, à **la gestion de l'espace rural**, à la prévention des risques naturels, à la mise en valeur des espaces naturels et des paysages, et, **dans l'espace rural, à la protection de l'environnement. Elles peuvent, en outre, émettre des avis et formuler des propositions sur toute question entrant dans leurs compétences et visant le développement durable de l'agriculture et de la forêt, ainsi que promouvoir ou participer à toute action ayant les mêmes objets** ».*

Ainsi, si le Conseil d'Etat a jugé qu'« [e]n l'absence de disposition législative ou réglementaire, la consultation des chambres d'agriculture n'est pas obligatoire même lorsque des intérêts agricoles sont en cause » (CE, 28 décembre 1992, n° 66152), il n'en demeure pas moins que la Chambre d'Agriculture est compétente pour toute question susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs agricoles (a contrario : CAA Bordeaux, 3 novembre 2005, Chambre d'Agriculture de la Réunion, n° 02BX01331).

Il en résulte que la Chambre départementale d'Agriculture de la Charente-Maritime est un organisme consultatif qui est intéressé par tout projet relatif à l'agriculture, l'espace rural et la protection de l'environnement.

Il est manifeste en effet que les problématiques relatives à la gestion de retenues d'eau agricoles intéressent la Chambre départementale d'Agriculture de la Charente-Maritime, dès lors qu'une mauvaise gestion des eaux est susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs agricoles.

En tout état de cause, le Projet poursuivi par le Département de la Charente-Maritime intéresse, à notre sens, sa Chambre d'Agriculture.

En quatrième lieu, s'agissant de **l'Union des Marais de la Charente-Maritime, (ci-après : « UNIMA ») et du Syndicat des eaux de Charente-Maritime (ci-après : « SDE »)**, il ressort de nos recherches que l'UNIMA serait un syndicat mixte ouvert et le SDE un syndicat de communes.

Outre le fait que l'UNIMA, en sa qualité de syndicat mixte ouvert ne pourrait, en application des dispositions précitées de l'article L. 5711-4 du CGCT, adhérer au futur syndicat mixte ouvert que si elle est compétente en matière « *de gestion de l'eau et des cours d'eau* », il ressort de la rencontre entre l'UNIMA et BRL Ingénierie que :

> *« L'implication de l'UNIMA et du SDE pourrait largement se faire en terme de transfert d'expérience. Les deux structures cautionnant et souhaitant aider à la mise en place de ces réserves. C'est-à-dire devenir des partenaires techniques fort de la structure maître d'ouvrage.*
>
> *Une autre implication dans la structure n'est pas envisageable aujourd'hui. Cela pour des raisons administratives (gestion de TVA, statuts à modifier, etc.) mais aussi en termes de vision stratégique. Le SDE et l'UNIMA n'ont pas vocation à gérer l'eau agricole ».*

Aussi, en l'état des informations communiquées, il apparaît que ni l'UNIMA ni le SDE n'auraient vocation à intégrer un syndicat mixte ouvert qui aurait pour objet de créer et de gérer des réserves d'eau agricoles.

En cinquième lieu, s'agissant **des Agences de l'Eau Loire et Bretagne et Adour et Garonne**, l'article L. 213-8-1 du code de l'environnement dispose que :

> *« Dans chaque bassin ou groupement de bassins visé à l'article L. 212-1, une agence de l'eau, établissement public de l'Etat à caractère administratif, met en oeuvre les schémas visés aux articles L. 212-1 et L. 212-3, en favorisant une gestion équilibrée et économe de la ressource en eau et des milieux aquatiques, l'alimentation en eau potable, la régulation des crues et le développement durable des activités économiques ».*

Il en résulte que les agences de l'eau sont des établissements publics nationaux à caractère administratif qui sont notamment chargés de favoriser une gestion équilibrée et économe de la ressource en eau.

En ce sens, les Agences de l'Eau Loire et Bretagne et Adour et Garonne sont intéressées par la création et la gestion des retenues d'eau agricole.

En sixième lieu, s'agissant **des structures porteuses des schémas d'aménagement et de gestion des eaux (ci-après : « SAGE** »), il convient de relever que :

- **Le SAGE de la Boutonne est porté par le Syndicat mixte pour l'étude de l'aménagement et de Gestion du Bassin de la Boutonne (SYMBO).**

Il ressort de l'article I de ses statuts que le SYMBO est un syndicat mixte ouvert régi par les dispositions des articles L. 5721-1 et suivants du CGCT.

L'article II de ses statuts précise, en outre, que :

> *« Le Syndicat Mixte a pour objet, sur tout le bassin versant de la Boutonne, de conduire les études sur tout ce qui touche l'hydraulique tant superficielle que souterraine, ainsi que l'impact des aménagements pressentis et de la gestion des eaux.*
>
> *Il pourra ainsi coordonner l'action de ses adhérents dans la perspective d'être le support à l'élaboration et à l'accompagnement du SAGE de la BOUTONNE».*

Aussi, eu égard à son objet statutaire, le SYMBO, dans la mesure où il est compétent en matière de gestion des eaux, pourrait, à notre sens, adhérer au futur syndicat mixte ouvert chargé de la création et de la gestion des retenues d'eau agricole.

- **Le SAGE de la SEUDRE est porté par le Syndicat mixte d'accompagnement et de gestion des eaux de la Seudre (SMASS).**

Il ressort de l'article 1er des statuts du SMASS qu'il s'agit d'un syndicat mixte fermé régi par les articles L. 5711-1 et suivants du CGCT.

L'article 2 des statuts du SMASS dispose, en outre, que :

> « *Le Syndicat Mixte est la structure porteuse de l'élaboration du SAGE Seudre. A ce titre, le Syndicat Mixte assurera la maîtrise d'ouvrage :*
>
> *- De la phase de lancement de la procédure (dossier de saisine pour la fixation du périmètre),*
>
> *- De la phase d'animation préalable à la désignation de la Commission Locale de l'Eau, des études pour le compte de la Commission Locale de l'Eau, chargée de l'Elaboration du SAGE Seudre.*
>
> *Il sera, en outre, chargé de la recherche et de la gestion des financements et de l'accompagnement de la Commission Locale de l'Eau dans sa démarche d'élaboration du SAGE Seudre, tant au niveau de l'animation terrain que des prestations d'accompagnement et d'appui à cette animation* ».

Il ressort de cette disposition que le SMASS n'a, à notre sens, été constitué que pour soutenir la Commission locale de l'Eau dans sa mission d'élaboration du SAGE.

Il n'a donc pas directement vocation à prendre part au projet de création et de gestion des retenues d'eau de substitution.

- **Le SAGE de la Charente est porté par l'Etablissement public territorial du Bassin de la Charente (EPTB Charente).**

L'article 1 des statuts de l'EPTB Charente dispose que :

> *«L'Institution Interdépartementale pour l'aménagement du fleuve la Charente et de ses affluents, constituée par les délibérations concordantes des Conseils Généraux des départements suivants : Charente, Charente-Maritime, Vienne et Deux-Sèvres, est un établissement public de coopération interdépartementale doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière.*
>
> *Elle est régie conformément au Code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 5421-1 à L. 5421-6 et à la loi du 9 janvier 1930 relative aux ententes et aux institutions interdépartementales, modifiée par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, le décret n° 83-479 du 10 juin 1983 relatif aux institutions interdépartementales et l'article 65 de la loi n° 92-125 du 6 février 19 82 relative à l'administration territoriale de la république ».*

L'article II de ses statuts précise en outre que :

> *« L'institution a pour mission de promouvoir la gestion de l'eau à l'échelle du bassin de la Charente en réalisant les études et travaux permettant : l'amélioration du régime hydraulique tant en crue qu'en étiage ; le maintien ou la reconquête de la qualité des eaux et des milieux aquatiques ; la valorisation touristique du fleuve et de ses affluents. Elle favorise la concertation entre les collectivités territoriales compétentes pour cette gestion, en particulier les départements membres.*
>
> *L'action de l'institution se place dans le cadre de la Loi sur l'eau du 3 janvier 1992, affirmant l'intérêt général de la protection, de la mise en valeur et du développement de la ressource en eau.*
>
> *Dans ce contexte, l'Institution veille à la coordination des gestions locales des sous bassins, en particulier à travers les SAGE, pour maintenir et développer la cohérence de la gestion de l'eau de l'ensemble du bassin ».*

L'article III desdits statuts énonce encore que :

> *« L'institution interdépartementale pour l'aménagement du fleuve la Charente et de ses affluents exerce ses compétences sur l'ensemble du bassin hydrographique de la Charente.*
>
> *(…)*
>
> *Dans le cadre des missions définies au II, l'Institution peut se porter maître d'ouvrage pour la réalisation d'études et/ou de travaux représentant un intérêt général pour l'ensemble du bassin hydrogéographique de la Charente ».*

Il résulte de ces dispositions que l'EPTB Charente est un établissement public de coopération interdépartementale, qui a, notamment, pour objet statutaire « l'amélioration du régime hydraulique tant en crue qu'en étiage ; le maintien ou la reconquête de la qualité des eaux et des milieux aquatiques ».

Il est donc intéressé par le Projet de création et de gestion de retenues collectives de substitution.

- **Le SAGE du marais poitevin est porté par l'Institution Interdépartementale du Bassin de la Sèvre Niortaise (IIBSN)**

L'article 2 des statuts de l'IIBSN énonce que :

« L'institution interdépartementale a pour mission :

a) La réalisation d'études d'intérêt général sur le bassin de la Sèvre Niortaise ;

b) La réalisation de travaux d'intérêt général portant sur l'amélioration de la régulation de la Sèvre Niortaise ;

c) A la demande de l'un des membres, l'institution peut recevoir la maîtrise d'ouvrage des travaux d'intérêt général sur les cours d'eaux des Bassin de la Sèvre Niortaise. Dans ce cas, les dépenses afférentes à ces travaux sont à la charge du demandeur ».

Il ressort de ces statuts que l'IIBSN peut être considérée comme intéressée par la construction de retenues collectives de substitution, à condition que lesdites retenues améliorent la régulation de la Sèvre-Niortaise. En revanche, elle n'est, à notre sens, pas intéressée par la gestion desdites retenues.

Aussi, il est, tout au plus, possible de considérer que l'IISBN est partiellement intéressée par le Projet de création et de gestion de retenues collectives de substitution.

En septième lieu, s'agissant des **associations syndicales autorisées (ASA)** d'irrigation, l'article 2 alinéa 3 de l'ordonnance n°2004-632 du 1 juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires* précise que les associations syndicales autorisées sont des établissements publics à caractère administratif.

En l'espèce, plusieurs ASA font partie du comité de suivi : l'ASA de Benon, l'ASA du Siecq, l'ASA des Roches, l'ASA d'Aunis, l'ASA de la Boutonne, l'ASA de Saintonge Centre.

L'article 4 des statuts de l'ASA du Siecq dispose que :

« L'association a pour objet :

- *La réalisation de travaux pour la construction d'une réseau de distribution d'eau sous pression et la mobilisation de la ressource en eau nécessaire, l'entretien, la gestion et la mise en valeur des ouvrages réalisés, l'exécution des travaux complémentaires, de grosses réparations, d'amélioration ou d'extension qui pourraient ultérieurement être reconnus utiles ».*

Cette disposition est peu claire. Nous comprenons, cependant, que l'ASA du Siecq a pour objet la réalisation, l'entretien, la gestion et la mise en valeur des ouvrages de mobilisation de la ressource en eau.

Aussi, et en considérant que les statuts des autres ASA sont rédigés de manière identique, le syndicat mixte pourrait, à notre sens, compter parmi ses membres les ASA.

En conclusion, un syndicat mixte ouvert ayant pour objet la création et la gestion de réserves de substitution pourrait être créé entre les personnes publiques suivantes :

- Le Département de la Charente-Maritime,
- La Région de Poitou-Charente,
- La Chambre départementales d'Agriculture de la Charente-Maritime,
- Les Agences de l'Eau de Loire et Bretagne et Adour et Garonne,
- Le SYMBO, l'EPTB Charente et l'IIBSN, structures porteuses des SAGE de Boutonne, de la Charente et du Marais Poitevin,
- Les ASA de Benon, du Siecq, des Roches, d'Aunis, de la Boutonne et de Saintonge Centre.

En revanche, ne pourraient intégrer ce syndicat :

- ni l'association Nature Environnement 17, le Collectif CARG'EAU, le Comité Régional Conchylicole de Poitou-Charentes et la Fédération départementale de la Pêche et des milieux aquatiques, en raison de leur qualité de personne morale de droit privé,
- ni le SMASS, le SDE et l'UNIMA dès lors qu'ils ne sont pas, à notre sens et au égard aux informations communiquées, statutairement intéressés par le projet de création et de gestion de réserves d'eau de substitution.

2.1.1.2 Création d'un syndicat mixte ouvert et fonctionnement institutionnel

Il convient, en deuxième lieu, de préciser les modalités de création d'un syndicat mixte ouvert.

L'article L. 5721-2 du CGCT dispose, à cet égard, que :

> *« Un syndicat mixte peut être constitué par accord entre des institutions d'utilité commune interrégionales, des régions, des ententes ou des institutions interdépartementales, des départements, des établissements publics de coopération intercommunale, des communes, des syndicats mixtes définis à l'article L. 5711-1 ou à l'article L. 5711-4, des chambres de commerce et d'industrie territoriales, d'agriculture, de métiers et d'autres établissements publics, en vue d'oeuvres ou de services présentant une utilité pour chacune de ces personnes morales.*
>
> *(…)*
>
> *La création du syndicat mixte peut être autorisée par arrêté du représentant de l'Etat dans le département siège du syndicat ».*

Il en résulte qu'un syndicat mixte ouvert ne peut être constitué que par accord de l'ensemble des personnes publiques intéressées, qui se manifeste par l'adoption de délibérations concordantes.

Cette manifestation de volonté, bien que nécessaire, n'est pas suffisante pour créer un syndicat mixte ouvert.

En effet, si la rédaction de cet article peut laisser penser que l'intervention du Préfet de département dans le processus de création du syndicat mixte ouvert est facultative, il ressort des travaux parlementaires de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 *portant réforme des collectivités territoriales* que **la décision de création d'un syndicat mixte ouvert ne peut être prise que par autorisation du Préfet de Département**, étant précisé que ce dernier dispose d'une compétence discrétionnaire pour adopter ou non la décision de création d'un syndicat mixte ouvert (CE, 15 février 1984, *Association industrielle du Territoire de Belfort*, n°39176, Rec. p. 66).

Il convient, par ailleurs, de préciser que depuis l'adoption de la loi portant réforme des collectivités territoriales, la création d'un syndicat mixte ne peut être autorisée par le représentant de l'Etat dans le département que si elle est compatible avec le schéma départemental de coopération intercommunale institué par le représentant de l'Etat en application de l'article L. 5210-1-1 du CGCT ou avec les orientations de rationalisation mentionnées au III de cet article.

De la même manière, depuis cette loi, le représentant de l'Etat doit consulter, pour avis, la commission départementale de coopération interdépartementale sur tout projet de création d'un syndicat mixte (article L. 5211-45 du CGCT).

En tout état de cause, si la création d'un syndicat mixte ouvert était décidée, il faudrait que chacune des personnes publiques mentionnées ci-dessus adopte une délibération exprimant la volonté de créer un syndicat mixte ouvert auquel elles adhéreraient.

Du point de vue institutionnel, le syndicat mixte ouvert est géré par un organe délibérant, le comité du syndicat, et un exécutif, le président.

En application de l'article L. 5721-2 du CGCT, la répartition des sièges au sein du comité syndical entre les collectivités locales et les établissements publics membres du syndicat mixte, est fixée par les statuts décidés d'un commun accord par les membres fondateurs.

Cet article précise qu' « [à] *défaut de dispositions particulières dans les statuts, le nombre de sièges attribués aux établissements publics de coopération intercommunale qui se substituent à tout ou partie de leurs communes membres au sein du syndicat mixte en application des articles L5214-21, L5215-22 et L5216-7 est égal au nombre de sièges dont disposaient les communes avant la substitution* ».

L'article L. 5721-2 du CGCT précise également que le président du syndicat mixte est élu par le comité syndical ou, si les statuts le prévoient, par le bureau qu'il a constitué.

Les attributions du président ne sont pas définies par la loi. Elles doivent donc être précisées dans les statuts. Comme tout exécutif local, il prépare et exécute les délibérations de l'organe délibérant, il est l'ordonnateur des dépenses et prescrit l'exécution des recettes du syndicat mixte.

Il est le chef des services du syndicat mixte et représente celui-ci en justice.

2.1.1.3 Objet et compétences du syndicat mixte ouvert

En troisième lieu, il convient de s'intéresser à l'objet et aux compétences que peut détenir un syndicat mixte ouvert.

A cet égard, et ainsi que cela a été exposé précédemment, l'article L. 5721-2 du CGCT précise qu'un syndicat mixte ouvert peut être constitué « *en vue d'oeuvres ou de services présentant une utilité* » pour chacune des personnes morales adhérent audit syndicat.

L'article L. 5721-6-1 du CGCT dispose, en outre, que :

> « *Le transfert de compétences à un syndicat mixte entraîne de plein droit l'application à l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à leur exercice, ainsi qu'à l'ensemble des droits et obligations qui leur sont attachés à la date du transfert :*
>
> *1° Au moment de la création du syndicat : des dispos itions des trois premiers alinéas de l'article L. 1321-1, des deux premiers alinéas de l'article L. 1321-2 et des articles L. 1321-3, L. 1321-4 et L. 1321-5.*
>
> (…)
>
> ***Le syndicat mixte est substitué de plein droit, à la date du transfert des compétences, aux collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes****. Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les collectivités et établissements n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. La collectivité ou l'établissement qui transfère la compétence informe les cocontractants de cette substitution*».

1) *Aussi, convient-il de déterminer si l'adhésion à un syndicat mixte ouvert emporte ou non transfert de compétence.*

En l'absence de réponse claire dans la loi et la jurisprudence, il est intéressant de relever les commentaires de la Doctrine sur la pratique constatée dans ce domaine. La Caisse des Dépôts et Consignation en particulier, dans son Guide « *Le syndicat mixte : 125 questions / réponses* » distingue deux catégories de syndicat mixte :

«Dans le cas de nombreux syndicats mixtes, on peut distinguer, selon les objets :

- **ce qui se rattache à des missions d'études et d'orientation (coordination, animation, programmation, instruction, étude…) et constitue le plus souvent un syndicat mixte d'études**, en préfiguration du syndicat définitif emportant ultérieurement délégation de compétence, ou encore ce qui se rattache à des mission de service ou de travaux réalisés par le syndicat mixte pour le compte de tiers non dessaisis de la compétence (opérations ponctuelles ou sous mandat).
- **ce qui entraîne un transfert de compétences précises, c'est-à-dire le dessaisissement des membres adhérents qui deviennent sur tel ou tel point incompétents, avec en corollaire le caractère exclusif de la compétence du syndicat pour intervenir comme maître d'ouvrage aux lieu et place de ses membres adhérents** (aptitude à faite des actes juridiques nécessaires à l'exercice de leur compétence), ce transfert étant accompagné des conséquences en matière financières, patrimoniale, de personnel et de responsabilité.

L'objet du syndicat mixte peut inclure ces deux types d'actions ou se limiter, en l'absence d'un contenu opérationnel précis, aux seules missions d'études et d'animation, sans maîtrise d'ouvrage pour la mise en œuvre des projets étudiés.

(…)

L'adhésion d'une région ou d'un département se rattache le plus souvent, aux missions du syndicat mixte sous la forme d'une aide financière ou logistique, sans qu'on puisse parler d'un transfert de compétence. Celui-ci impliquerait, en effet, que le syndicat mixte se substitue dans telle action à ces collectivités et en ait l'exclusivité. Cela est sans doute le cas pour des actions opérationnelles très ponctuelles (travaux sur un patrimoine ou ouvrage précis, par exemple). Mais leur adhésion au syndicat mixte ne les dessaisit pas des compétences particulières qui sont les leurs ».

En l'espèce, l'objet principal de la future entité serait d'assurer la maîtrise d'ouvrage des futures réserves d'eau de substitution et la gestion, directe ou par délégation, des réserves existantes ou à venir.

Aussi, suivant le statut et la compétence des personnes publiques adhérentes (collectivités territoriales ou établissements publics de coopération intercommunale ou autres catégories d'établissements publics) et les motifs de leur adhésion (aide financière, logistique ou au contraire mise en oeuvre d'un projet opérationnel nécessitant le transfert d'une compétence notamment pour l'exercice de la maîtrise d'ouvrage), un transfert de compétence s'opérera ou non au profit du syndicat mixte.

Dans l'hypothèse où il y aurait transfert de compétence, le syndicat serait donc, en application de l'article L. 5721-6-1 du CGCT, substitué de plein droit, à la date du transfert, à ses membres concernés, dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes.

Un tel transfert emporterait en effet les conséquences suivantes :

D'une part et du point de vue contractuel, l'article L. 5721-6-1 du CGCT précise que

« Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les collectivités et établissements n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. La collectivité ou l'établissement qui transfère la compétence informe les cocontractants de cette substitution »

D'autre part et du point de vue des biens, l'article L. 1321-1 du CGCT énonce que

«Le transfert de compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés à la date du transfert, pour l'exercice de cette compétence. Cette mise à disposition est constatée par un procès-verbal établi contradictoirement entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire. Le procès-verbal précise la consistance, la situation juridique, l'état des biens et l'évaluation de la remise en état de ceux-ci ».

L'article L. 1321-2 du CGCT précise, en outre, que :

> *« Lorsque la collectivité antérieurement compétente était propriétaire des biens mis à disposition, la remise de ces biens a lieu à titre gratuit. La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition assume l'ensemble des obligations du propriétaire. Elle possède tous pouvoirs de gestion. Elle assure le renouvellement des biens mobiliers. Elle peut autoriser l'occupation des biens remis. Elle en perçoit les fruits et produits. Elle agit en justice au lieu et place du propriétaire. La collectivité bénéficiaire peut procéder à tous travaux de reconstruction, de démolition, de surélévation ou d'addition de constructions propres à assurer le maintien de l'affectation des biens »*

Il en résulte qu'une fois le transfert de compétence opéré, le syndicat mixte se substituera à ses membres dans les contrats qu'ils auraient conclus dans le cadre de l'exercice de ladite compétence, et assumera les obligations du propriétaire à l'égard des biens mobiliers et immobiliers utilisés par le membre concerné pour l'exercice de cette compétence avant d'avoir adhéré au syndicat.

2) Il convient maintenant d'exposer les outils qui sont à la disposition du syndicat pour mener à bien sa mission

Ainsi que cela a été exposé précédemment, le syndicat mixte aurait notamment vocation à assurer la maîtrise d'ouvrage des futures réserves de substitution.

Or, il est intéressant de relever que les syndicats mixtes ont la qualité de maître d'ouvrage public au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports à la maîtrise d'œuvre privée.

En ce sens, les travaux réalisés sous maîtrise d'ouvrage du syndicat mixte doivent l'être conformément aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 précitée, c'est-à-dire en séparant les missions de conception et de réalisation.

Il convient de rappeler qu'un mandat de maîtrise d'ouvrage est qualifié de marché public de services, ce qui implique que si le syndicat mixte ouvert souhaitait conclure un tel contrat, il devrait respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics.

En sa qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 du code des marchés publics, le syndicat mixte devra respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence pour la passation des contrats qu'il conclura pour satisfaire à ses besoins de travaux, de fournitures ou de services.

En sa qualité de personne morale de droit public, il pourra également conclure des conventions de délégation de service public avec des tiers, à condition de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence décrites aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.

2.1.1.4 Conclusion sur le recours à un syndicat mixte ouvert

Pour conclure, la création d'un syndicat mixte ouvert constitue une option intéressante en ce qu'elle permet le regroupement au sein d'une même entité un nombre important d'acteurs. Cependant, il convient de porter une attention particulière à la question des compétences dont disposent les entités publiques susceptibles d'y adhérer.

Les questions suivantes méritent en effet d'être posées : la compétence dont dispose ces entités en matière de « construction et gestion des retenues collective de substitution » est-elle spécifique ou incluse dans une compétence plus générale, par exemple la gestion des eaux? L'ont-elles déjà transférée à une structure existante ?

L'adhésion à un syndicat mixte ouvert emportera-t-elle transfert de ladite compétence?

2.1.2 Le groupement d'intérêt public

Aux termes de l'article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* :

> *« 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 ».*

Le Groupement d'intérêt public (ci-après : « *GIP* ») est donc une personne publique *sui generis* dotée de l'autonomie administrative et financière, constituée par convention entre, éventuellement, des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé.

Eu égard à cette définition, il pourrait être envisagé de créer un GIP entre les personnes ci dessus énumérées, dont la mission serait d'assurer la création et la gestion des retenues collectives de substitution.

Par une décision en date du 14 février 2000, le Tribunal des conflits a précisé que les GIP ne peuvent être créés que dans les domaines autorisés par la loi.

Or, selon l'article L.131-8 du code de l'environnement en vigueur avant l'adoption de la loi du 17 mai 2011, il était précisément possible de constituer un GIP « *pour exercer ensemble pendant une durée déterminée des activités dans le domaine de l'environnement, ainsi que pour créer ou gérer ensemble des équipements, des personnels ou des services communs nécessaires à ces activités* ».

Cet article a, toutefois été abrogé par cette loi.

Il ne saurait, dès lors, servir de fondement pour permettre la création d'un GIP chargé de la création et de la gestion des retenues collectives de substitution.

En réalité, il semble même que le recours à un GIP dans ce domaine soit désormais impossible dès lors que le dernier alinéa de l'article 98 de la loi précitée dispose que :

> *« 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 ».*

Les travaux parlementaires de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit précisent les raisons de cette interdiction :

> *« Le Gouvernement a mis en avant les arguments suivants :*
>
> *- il n'apparaît pas pertinent de superposer une nouvelle structure de droit public à celles existantes alors que leur multiplication a été dénoncée comme source de complexité et de surcoût ;*
>
> *- le texte adopté par le Sénat affaiblit la construction et l'approfondissement de la coopération intercommunale qui constitue pourtant un des objectifs majeurs de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. En effet, a fait valoir le Gouvernement, le GIP pourrait être privilégié par rapport aux organismes publics de coopération prévus par le CGCT car les contraintes de la formule du GIP sont moindres que celles de ces organismes ;*

> *- le dispositif voté au Sénat permet de confier à un GIP des compétences sans que soit organisé parallèlement un transfert desdites compétences au profit du GIP, ce qui nuirait à la lisibilité de l'action du GIP et de ses partenaires, alors que cet écueil est évité s'agissant des EPCI et des syndicats mixtes qui bénéficient du principe d'exclusivité leur permettant d'agir seuls dans le domaine de compétence transféré.*
>
> *Pour l'ensemble de ces raisons, le Gouvernement a proposé à l'Assemblée nationale, qui l'a accepté, de rétablir la rédaction votée par elle en première lecture »* (Monsieur Bernard SAUGEY, rapport n° 404 fait au nom de la commission mixte paritaire déposé le 6 avril 2011).

En d'autres termes, « [l]*a loi prive ainsi les collectivités territoriales de la possibilité de créer un GIP avec des personnes privées pour toutes les activités qu'elles pourraient confier à un EPCI* » ou un syndicat mixte (Laetitia Janicot, *La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public*, AJDA 2011, p. 1194)

Or, ainsi que cela a été précisément exposé, il est manifestement possible pour un syndicat mixte ouvert d'avoir pour objet statutaire « la création et la gestion des retenues collectives de substitution ».

Dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin d'aller plus loin dans l'étude du régime juridique des GIP, il est possible de considérer que le recours à cette entité est exclu.

2.1.3 L'Association syndicale autorisée (ASA) et l'Union d'ASA

Aux termes de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 *aux associations syndicales de propriétaires* :

> *« Peuvent faire l'objet d'une association syndicale de propriétaires la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux, ainsi que les actions d'intérêt commun, en vue :*
>
> *a) De prévenir les risques naturels ou sanitaires, les pollutions et les nuisances ;*
>
> *b) De préserver, de restaurer ou d'exploiter des ressources naturelles ;*
>
> *c) D'aménager ou d'entretenir des cours d'eau, lacs ou plans d'eau, voies et réseaux divers ;*
>
> *d) De mettre en valeur des propriétés ».*

L'article 2 de cette ordonnance dispose, en outre, que :

> *« Les associations syndicales autorisées ou constituées d'office ainsi que leurs unions sont des établissements publics à caractère administratif, régis par les dispositions des titres III à V de la présente ordonnance et par l'article L. 211-2 du code des juridictions financières ».*

Il résulte de ces dispositions qu'une association syndicale autorisée, (ci-après : « *ASA* ») qui revêt la qualité d'établissement public à caractère administratif, pourrait avoir pour objet statutaire de créer et de gérer des retenues collectives de substitution.

C'est d'ailleurs précisément l'objet des ASA de Benon, du Siecq, des Roches, d'Aunis, de la Boutonne et de Saintonge Centre.

Aussi, convient-il de déterminer quelles seraient les personnes qui pourraient adhérer à cette association.

Pour répondre à cette question, il convient de se reporter à l'article 11 de l'ordonnance précitée qui énonce :

> *« **Un ou plusieurs propriétaires intéressés, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peuvent demander la création d'une association syndicale autorisée**.*
>
> *La demande est adressée à l'autorité administrative compétente dans le département où l'association a prévu d'avoir son siège. Elle est accompagnée d'un projet de statuts conforme aux dispositions du second alinéa de l'article 7.*
>
> *En outre, l'autorité administrative peut prendre l'initiative de la création d'une association syndicale autorisée ».*

L'article 1er du décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 *portant application de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires* dispose, en outre, que :

> *« **Lorsqu'un immeuble dépendant de son domaine est inclus dans le périmètre d'une association syndicale,** la collectivité territoriale, l'établissement public de coopération intercommunale ou le syndicat mixte peut adhérer à celle-ci s'il y est autorisé par délibération de son organe délibérant. Lorsqu'il en est de même pour un immeuble dépendant du domaine de l'Etat, celui-ci peut adhérer par décision du préfet ».*

C'est ainsi que la jurisprudence fait allusion au « *caractère réel reconnu aux associations syndicales* » (Cass. civ. 3ème, 9 octobre 1985, *Sté Woodpecker-Investments*, n° 1132 ; Cass. civ. 3ème, 3 décembre 1997, Bull. civ. III, n° 212).

Ce n'est qu'en raison de sa qualité de propriétaire d'un bien qu'une personne est membre d'une association syndicale. Elle est *de facto* exclue de l'association le jour où elle perd cette qualité.

En l'espèce et en l'état des informations communiquées, nous comprenons que les ASA de Benon, du Siecq, des Roches, d'Aunis, de la Boutonne et de Saintonge Centre sont propriétaires des réserves de substitution existantes. En revanche, nous ignorons si le Département est propriétaire de biens qui lui permettraient d'intégrer, en cette qualité, la future ASA.

Etant donné que les personnes propriétaires des réserves de substitution sont des ASA, il pourrait être envisagé, soit de les unir au sein d'une union d'ASA prévue à l'article 47 de l'ordonnance précitée, soit de les fusionner en une seule ASA ainsi que le prévoit l'article 48 de cette ordonnance.

S'agissant de l'union d'ASA, l'article 47 de ladite ordonnance dispose que :

> *« Pour faciliter leur gestion ou en vue de l'exécution ou de l'entretien de travaux ou d'ouvrages d'intérêt commun, les associations syndicales autorisées ou constituées d'office peuvent se grouper en unions. Une union est formée sur la demande faite à l'autorité administrative compétente dans le département où l'union a prévu d'avoir son siège par une ou plusieurs de ces associations.*
>
> *L'adhésion à l'union d'une association syndicale autorisée ou constituée d'office est donnée par l'assemblée des propriétaires dans les conditions de majorité prévues à l'article 14.*
>
> *L'autorité administrative compétente dans le département où l'union a prévu d'avoir son siège peut, au vu du consentement des associations candidates, autoriser par un acte publié et notifié dans les conditions prévues à l'article 15, la constitution de l'union dont les statuts doivent être conformes aux dispositions de l'article 7.*
>
> *L'union a pour organes une assemblée des associations, un syndicat et un président.*
>
> *L'assemblée des associations se compose de délégués titulaires et suppléants élus parmi leurs membres par les syndicats de chacune des associations adhérentes.*
>
> *Une proposition de modification statutaire portant sur l'objet d'une union, le retrait ou l'adhésion d'une association syndicale à l'union peut être présentée à l'initiative du syndicat de l'union ou d'un membre de l'union. Une association syndicale autorisée ou constituée d'office peut également demander son adhésion par délibération de son assemblée des propriétaires dans les conditions de majorité prévues à l'article 14. Lorsqu'une association syndicale n'est pas à l'initiative d'une demande d'adhésion ou de retrait de l'union la concernant, cette modification statutaire est subordonnée à l'accord de l'assemblée des propriétaires de cette association dans les mêmes conditions de majorité.*
>
> *L'autorité administrative peut autoriser, par acte publié et notifié dans les conditions prévues à l'article 15, la modification statutaire après accord des syndicats des associations membres. Cet accord doit être exprimé par deux tiers au moins des syndicats des associations membres représentant au moins la moitié du périmètre de l'union ou par la moitié au moins des syndicats des associations membres représentant au moins les deux tiers du périmètre de l'union.*
>
> *Une union peut être dissoute par acte de l'autorité administrative, à la demande des associations syndicales membres de l'union qui se prononcent dans les conditions de majorité prévues à l'alinéa précédent.*
>
> *Les autres dispositions régissant les associations syndicales autorisées sont applicables aux unions ».*

Il en résulte que, pour constituer une union d'ASA, il appartient aux ASA intéressées de présenter une demande accompagnée des projets de statuts au préfet du département, siège de la future union d'ASA.

Quant à la fusion d'ASA, l'article 48 de l'ordonnance dispose que :

> *« Deux ou plusieurs associations syndicales autorisées ou constituées d'office peuvent être autorisées, à leur demande ou à la demande de toute personne ayant capacité à la création d'une association syndicale autorisée, à fusionner en une association syndicale autorisée.*
>
> *La demande est adressée à l'autorité administrative compétente dans le département où la future association a prévu d'avoir son siège.*

> *La fusion peut être autorisée par acte de l'autorité administrative lorsque l'assemblée des propriétaires de chaque association appelée à fusionner s'est prononcée favorablement dans les conditions de majorité prévues à l'article 14 ».*

De la même manière que pour la création des unions d'ASA, la fusion d'ASA ne peut être prononcée que par le préfet du département dans lequel la future association a prévu d'avoir son siège.

En tout état de cause, et ainsi qu'il ressort de l'article 2 de l'ordonnance précité, **les unions d'ASA sont, comme les ASA, des établissements publics à caractère administratif.**

Il s'agit toutefois d'un établissement public de type particulier dans la mesure où la loi ne précise pas à quelle collectivité publique les ASA sont rattachées. C'est la raison pour laquelle les ASA sont considérées comme des établissements publics autonomes (CE, 25 octobre 2004, *Asaro et autres*, n° 258540, publié au recueil Lebon ; CE, 12 juillet 1995, *Tatin*, n° 1436984, mentionné aux tables du recueil Lebon).

Pour autant, le Conseil d'Etat juge que les ASA, malgré leur qualité d'établissements publics autonomes, sont soumises aux dispositions du code des marchés publics (CE, 13 septembre 1995, *Dame Favier*, n°125018, s'agissant d'une association foncière urbaine).

Elles ont également la qualité de maître d'ouvrage public au sens de la loi MOP.

CONCLUSION SUR LE RECOURS A UNE UNION D'ASA

En conclusion, le recours à une union d'ASA est une option intéressante, en ce que les ASA peuvent parfaitement avoir pour objet statutaire de créer et de gérer des retenues collectives de substitution. Il s'agit, en outre, d'une structure publique, conformément aux attentes exprimées par les membres du comité technique.

Cette formule présente toutefois l'inconvénient majeur de ne pas pouvoir intégrer un certain nombre d'acteurs importants en matière de gestion des eaux, tels que les structures porteuses des SAGES, la Chambre départementale d'Agriculture de la Charente-Maritime, les Agences de l'Eau et les structures associatives. **En ce sens, elle sera donc écartée.**

2.2 LES STRUCTURES PRIVEES

2.2.1 La Société publique locale (SPL)

La société publique locale est une structure nouvelle qui a été créée par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement de sociétés publiques locales*.

L'article 1er de cette loi définit cette notion. Il est codifié à l'article L. 1531-1 du CGCT qui dispose que :

> « *Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.*
>
> *Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.*
>
> *Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.*
>
> *Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires.*
>
> *Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre* ».

La SPL est donc une société privée au capital entièrement public, compétente pour réaliser toute activité d'intérêt général, et qui n'a vocation à exercer ses activités que pour le compte de ses actionnaires.

2.2.1.1 Composition des SPL

Ainsi qu'il ressort clairement de l'article L. 1531-1 précité, seuls les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent être actionnaires d'une SPL.

Il en résulte qu'en l'espèce, seuls le Département de la Charente-Maritime, la Région Poitou-Charentes, le SDE, l'EPTB Charente et l'IIBSN pourraient être actionnaires de cette SPL.

En revanche, les ASA, l'UNIMA, les Agences de l'Eau, la Chambre départementale d'Agriculture de la Charente, le SYMBO et les diverses associations ne pourraient entrer dans l'actionnariat de la future SPL.

Aussi, à ce stade de l'étude, il apparaît que le recours à la SPL constitue une formule peu intéressante, si l'objectif poursuivi est de fédérer le plus grand nombre d'acteurs.

2.2.1.2 Objet statutaire

Aux termes de l'article L. 1531-1 précité, les SPL ne sont compétentes que pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

Il ne fait pas de doute que l'activité de création et de gestion de retenues collectives de substitution constitue, sinon une activité de service public, à tout le moins une activité d'intérêt général (NB : TC, 10 juin 2002, *Muguet c/ Ministre de l'Agriculture*, n° 0203296, publié au recueil : dans le sens de la reconnaissance d'une activité de service public).

En conséquence, une SPL pourrait parfaitement être créée aux fins d'assurer la création et la gestion des retenues collectives de substitution sur le territoire de ses actionnaires.

2.2.1.3 Création et fonctionnement institutionnel d'une SPL

Pour reprendre les termes de l'article L. 1531-1 du CGCT, les SPL « *revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce* ».

En ce sens, leur capital social doit, en application de l'article L. 224-2 du code de commerce, être au moins égal à 37.000 euros.

Pour constituer une SPL, il appartient, en premier lieu, aux organes délibérant de chacune des personnes publiques désireuses d'entrer dans l'actionnariat de la future SPL, d'adopter une délibération.

Cette délibération doit être accompagnée des statuts. A cet égard, il convient de relever que le Conseil d'Etat juge que, comme pour toute société, le pacte conclu entre les futurs actionnaires en vue de la constitution de la SPL est un contrat de droit privé qui relève de la compétence du juge judiciaire (CE, 16 octobre 1974, *Association pour l'étude et la défense des quartiers à rénover de Draguignan et autres*, Dr. Adm. 1974, n° 354 s'agissant d'une société d' économie mixte locale).

La société doit enfin, conformément au droit commun, être immatriculée au registre du commerce et des sociétés, dès lors que « [l]*es sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés* » (article L. 210-6 du code de commerce).

Une autre délibération des organes délibérants des actionnaires de la SPL est nécessaire quant au choix de l'organisation interne des pouvoirs, puisque, comme toute société commerciale, la SPL est composée d'un organe de gestion, et d'un organe de direction.

L'organe de gestion est l'assemblée générale des actionnaires. Composée de l'ensemble des actionnaires, elle est en principe convoquée par le conseil d'administration ou le directoire sur un ordre du jour arrêté par l'auteur de la convocation.

Toutefois, l'article L. 225-105 du Code de commerce prévoit la possibilité pour un actionnaire représentant plus de 5 % du capital social de déposer des projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires.

En application des articles L. 225-96 et suivants du code de commerce, l'assemblée générale des actionnaires approuve les comptes, décide de la distribution des bénéfices, nomme les commissaires aux comptes et, d'une manière générale, prend toutes les décisions ne modifiant pas les statuts de la société. C'est aussi elle qui élit les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

Toutefois, et à titre dérogatoire, l'article L. 1524-5 du CGCT applicable aux SPL en application du dernier alinéa de l'article L. 1531-1 du CGCT, dispose que « *toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée* ».

Ainsi, et contrairement au droit commun, le représentant de la collectivité territoriale au sein des organes de direction n'est pas désigné par l'assemblée générale des actionnaires mais par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale actionnaire.

Les administrateurs représentant la collectivité territoriale sont donc des élus.

La SPL présente ainsi la particularité d'avoir le fonctionnement institutionnel d'une société anonyme, avec un actionnariat entièrement public.

2.2.1.4 Relations contractuelles

2.2.1.4.1 Entre la SPL et ses actionnaires

Il convient d'ores et déjà de préciser que les SPL n'ont vocation, en application de l'article L. 1531-1 du CGCT, à exercer « *leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* ».

Ainsi et pour reprendre les termes de la circulaire du 29 avril 2011 relatif au régime juridique des SPL et des SPL d'aménagement :

> *« Contrairement aux SEML, les SPL et les SPLA ne peuvent intervenir pour le compte de personnes publiques ou privées non actionnaires, même dans le respect des règles de la commande publique et même à titre accessoire.*
>
> *Enfin, elles ne peuvent pas agir pour leur propre compte. Autrement dit, elles ne peuvent pas satisfaire leurs propres objectifs puisque leur cadre d'intervention se limite aux missions qui leurs sont confiées par leurs actionnaires » (circulaire n°COT/B/11/08052/C).*

La SPL ne peut donc exercer son activité qu'en vertu de conventions conclues avec ses actionnaires.

Si, en principe, les contrats de la commande publique sont soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence, le Juge communautaire admet une exception, lorsqu'il s'agit d'un contrat dit « **in house** ».

Ainsi et pour reprendre les termes de la circulaire précitée :

> « Cette jurisprudence procède de l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire d'exiger la mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue un simple prolongement administratif de celui-ci ».

La Cour de justice des communautés européenne a posé deux conditions cumulatives à la reconnaissance d'une relation « in house » :

- Le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant doit être analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- Le cocontractant doit réaliser l'essentiel de son activité pour la ou les collectivités qui le détiennent (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98).

S'agissant du premier critère, si la détention du capital de ces sociétés par des actionnaires strictement publics est une condition indispensable à la reconnaissance d'une relation « in house », elle n'est toutefois pas suffisante pour garantir le respect systématique de ce premier critère (CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04).

Ainsi, la Cour de justice a précisé que, pour que le premier critère soit rempli, il importe de démontrer que les actionnaire disposent d'une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes prises par l'entité (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03).

Dans l'arrêt « Asemfo », la Cour admet pour la première fois qu'une entité détenue par plusieurs personnes publiques se trouve dans une relation « in house » avec tous ses actionnaires, y compris minoritaires. Cependant, elle ne l'admet que parce que la société ne dispose d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité. Cette relation de quasi-régie est caractérisée par l'absence de marge d'action de l'entité sur le marché pour déterminer, par exemple, les prestations qu'elle offre, leur contenu et leurs tarifs (CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05)

S'agissant des SPL, l'article L. 1524-5 du CGCT portant sur les SEML et applicable aux SPL par renvoi, prévoit que :

- *« Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée ».*
- *« Les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte. Lorsque ce rapport est présenté à l'assemblée spéciale, celle-ci assure la communication immédiate aux mêmes fins aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres ».*

L'article L. 1524-1 du CGCT prévoit que le représentant d'une collectivité actionnaire ne peut donner son accord à une modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeantes de la société sans une assemblée délibérante approuvant la modification.

Si ces dispositions traduisent l'existence d'un contrôle important des actionnaires sur l'entité dans laquelle ils détiennent des participations, «*ces dispositions ne semblent pas suffisantes pour garantir le respect systématique de ce premier critère* » (circulaire précitée).

C'est la raison pour laquelle, la circulaire préconise de porter une attention particulière à la rédaction des statuts d'une SPL, et ainsi de prévoir statutairement « *des modalités de contrôle renforcé par les collectivités actionnaires sur les organes de gestion de la société* ».

Ainsi la circulaire expose que :

> « *A titre d'exemple, certains statuts de SPLA existantes prévoient la création de comités de pilotage, composés d'un représentant de chaque collectivité actionnaire, chargés d'examiner les nouveaux dossiers proposés à la société, et d'en proposer l'engagement au conseil d'administration ou de surveillance, et de comités de contrôle, composés de la même manière et institués pour chaque opération ou mission engagée par la société afin de vérifier la conformité de l'exécution des contrats passés avec les objectifs fixés* ».

S'agissant du second critère consistant à démontrer que la SPL réalise l'essentiel de son activité pour ses actionnaires, celui-ci ne pose pas de difficulté particulière, dès lors que les dispositions de l'article L. 1531-1 du CGCT précisent que les SPL ne sont compétentes pour exercer leurs activités que pour le compte exclusif de leurs actionnaires et sur le territoire de ceux-ci.

Ainsi, est-il possible, si les statuts sont rédigés de telle manière qu'il apparaît que les actionnaires de la SPL portent sur la SPL un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services, de considérer que la SPL et ses actionnaires entretiennent une relation « in house ».

Dans ce cas, les contrats conclus entre les actionnaires et la SPL sont exonérés des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont classiquement soumis les contrats de la commande publique.

Il convient, par ailleurs, de relever que l'article L. 1411-12 du CGCT précise expressément que les délégations de service public conclues entre une personne publique et un opérateur « in house » n'ont pas à être précédées d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. De la même manière, l'article L. 1415-3 du CGCT prévoit que les concessions de travaux conclues entre une personne publique et un opérateur « in house » le sont sans publicité ni mise en concurrence préalable.

De ce point de vue, le recours à la SPL pour la création et la gestion des retenues collectives de substitution sur le territoire du département de la Charente-Maritime constitue une option intéressante.

2.2.1.4.2 Entre la SPL et les tiers

Il convient, à présent, de s'interroger sur les relations contractuelles entre la SPL et les tiers.

En effet, vraisemblablement, la SPL ne disposera pas, en interne, de moyens suffisants pour construire et gérer directement ses réserves de substitution. Elle aura donc recours à des tiers.

Ainsi que le précise la circulaire du 29 avril 2011 précitée, « *les SPL* (…) *sont soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et doivent respecter les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par cette ordonnance et son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005* » (circulaire n°COT/B/11/08052/C).

Il convient, toutefois, de préciser que, comme le prévoit le II de l'article 3 précité, les SPL ont toujours la possibilité de se soumettre volontairement au code des marchés publics aux lieu et place de l'ordonnance de 2005.

Aussi, pour la réalisation de ses besoins, la SPL devra conclure des marchés dont la procédure de passation est celle décrite dans l'ordonnance du 6 juin 2005, à moins que les actionnaires de la SPL désirent que la SPL se soumette volontairement aux dispositions du code des marchés publics.

Si la SPL est, elle-même, délégataire de service public, elle pourra envisager de subdéléguer ce contrat à un tiers.

La subdélégation est un contrat par lequel un délégataire de **service public** confie à un tiers la gestion d'une partie de l'activité de **service public** qui lui est délégué, moyennant une rémunération assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation.

S'agissant des règles de passation de ces contrats, le Conseil d'Etat, dans un avis en date du 16 mai 2002, a précisé que :

> « *Les règles applicables à la passation de tels contrats doivent être examinées tant au regard du droit national qu'au regard du droit communautaire.*

I – Il résulte des dispositions du premier alinéa ci-dessus rappelé de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée que, dès lors que ***les sociétés concessionnaires sont des personnes morales de droit privé et ne sont pas mandataires de l'État, les contrats qu'elles concluent en vue d'exploiter les installations commerciales sur les aires de service ne sauraient être soumis, pour leur passation, aux obligations de publicité et de mise en concurrence définies par cette loi.***

II – Il résulte des dispositions de la directive no 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, ainsi que de ses travaux préparatoires, que les concessions de service public sont exclues du champ d'application de ce texte et ne sont donc soumises à aucune des règles de publicité et de mise en concurrence qu'elle fixe pour organiser la passation des marchés de services.

Toutefois, ***par un arrêt « Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG » (no C-324/98) rendu le 7 décembre 2000, la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'alors même qu'aucune obligation ne résultait du droit communautaire, un organisme, si du moins il pouvait être regardé comme un « pouvoir adjudicateur », devait, avant de conclure une concession de service public, mettre en oeuvre un « degré de publicité adéquat », propre à assurer le respect du principe de non-discrimination inscrit à l'article 12 du traité instituant la Communauté européenne****.*

Il convient dès lors de rechercher dans quelle mesure les sociétés concessionnaires d'autoroutes peuvent être regardées comme des « pouvoirs adjudicateurs.

La notion de pouvoir adjudicateur est définie à l'article 1er des directives no 92/50/CEE, no 93/36/CEE et no 93/37/CEE susvisées portant coordination des procédures de passation respectivement des marchés publics de services, de fournitures et de travaux. Cette définition a fait l'objet d'une transposition en droit interne par l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 susvisée.

Aux termes de ces dispositions législatives, est notamment un pouvoir adjudicateur au sens des directives, « un organisme de droit privé [...] satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et répondant à l'une des conditions suivantes : / 1° Avoir son activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial, ou encore des organismes de droit privé, des établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État ou des groupements d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial ; / 2° Être soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes mentionnés au 1° ; / 3° Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par des organismes mentionnés au 1°. »

(…)

Ces sociétés doivent en conséquence être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs. Elles ne peuvent donc sélectionner les entreprises prestataires de service public sur les aires d'autoroutes, qu'après avoir mis en oeuvre un « degré de publicité adéquat » permettant un appel à la concurrence et tenant compte des caractéristiques particulières de chaque contrat

(…)

Dans la mesure où une convention de délégation de service public est conclue en raison de considérations propres à chaque cocontractant, le contrat par lequel la société d'autoroutes confie une partie de ses obligations à un tiers ne peut être conclu, même en l'absence d'une clause spéciale en ce sens, qu'avec l'agrément de la collectivité publique délégante*.*

L'agrément délivré par le ministre chargé de la voirie nationale a notamment pour objet d'apprécier les garanties professionnelles et financières que doit présenter l'entreprise prestataire en vue d'assurer le bon accomplissement des missions qui lui sont confiées. La personne publique peut ainsi, afin d'évaluer ces garanties, demander la production de tout document susceptible de l'éclairer.

> *La délivrance de l'agrément peut être conditionnée à la vérification par le ministre, que les exigences de publicité et de mise en concurrence prévues par le cahier des charges pour la sélection des sociétés prestataires ont été satisfaites».* (Avis, CE, 16 mai 2002, n°366.305).

Il résulte de ce qui précède que lorsque le délégataire de service public est une personne privée, les contrats qu'il conclue en vue de confier l'exploitation d'une mission de service public à un tiers, ne sont pas soumis aux dispositions de la loi n° 93 -122 du 29 janvier 1993 dite « *Loi Sapin* ».

La conclusion de ces contrats n'a donc pas à être précédée de la procédure de publicité et de mise en concurrence décrite dans les dispositions de cette loi. Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée récemment par la Cour administrative d'appel de Marseille (CAA Marseille, 15 mai 2003, *Saint-Laurent-du-Var*, n° 00MA00118, mentionné aux tables du recueil Leb on)

Il ne faut pas pour autant nécessairement en déduire que la passation de ces contrats n'est soumise à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence.

En effet, la Cour de justice des communautés européennes impose aux pouvoirs adjudicateurs qui envisagent de conclure une concession de service de mettre en œuvre « *un degré de publicité adéquat* » (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98).

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les SPL sont des pouvoirs adjudicateurs, dès lors qu'elles sont qualifiables d' « *organisme de droit public* » au sens du droit communautaire.

Cependant, en droit interne, il n'existe aucune procédure de passation spécifiquement prévue pour les personnes privées souhaitant conclure un contrat de sous-délégation de service public.

Aussi, et afin de respecter les exigences de la jurisprudence communautaire, il pourrait être envisagé que la SPL mette en oeuvre les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues dans l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 200 5 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumise au code des marchés publics*.

En tout état de cause, nous attirons votre attention sur le fait que le Conseil d'Etat, ainsi qu'il le précise dans l'avis précité, exige que le contrat de subdélégation ne soit conclu qu'avec l'agrément de l'autorité délégante.

2.2.1.5 Conclusion sur le recours à la SPL

En conclusion, si la SPL est une entité privée de par son statut de société anonyme, elle n'est, toutefois, composée que d'actionnaires publics. Pour autant, le code général des collectivités territoriales n'autorise pas n'importe quelle personne publique à intégrer l'actionnariat d'une SPL. Seuls les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent prendre des participations dans le capital social d'une SPL.

Aussi, la majorité des membres du comité de suivi serait écartée de cette solution.

Il convient cependant de relever qu'il est juridiquement envisageable de constituer une SPL dont l'objet est d'assurer la création et la gestion de retenues collectives de substitution.

Cette société n'ayant vocation à exercer ses activités que pour le compte de ses actionnaires, un lien contractuel serait nécessaire entre la SPL et ses actionnaires pour réaliser ses missions. Cependant, si les statuts sont rédigés de telle sorte que les actionnaires exercent sur la SPL un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, la SPL et ses actionnaires seront dans une relation dite « in house ». Par suite, les contrats conclus entre eux n'auront pas à respecter préalablement une procédure de publicité et de mise en concurrence.

La SPL ne pourrait pas intervenir pour le compte de personnes publiques qui n'en seraient pas actionnaires.

Si elle avait besoin de recourir aux services de tiers pour l'exécution de ses missions, la SPL, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, serait tenue de respecter les procédures décrites dans l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application préalable à la conclusion de ses contrats avec des tiers.

2.2.2 La société d'économie mixte locale (SEML)

La SEML se distingue principalement de la SPL en ce que la SEML doit obligatoirement compter parmi ses actionnaires des personnes morales de droit privé.

La SEML est définie à l'article L. 1521-1 du CGCT qui dispose 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 ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. En outre, les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire.*
>
> *La commune actionnaire d'une société d'économie mixte locale dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'elle cède à l'établissement public de coopération intercommunale plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences ».*

2.2.2.1 Composition des SEML

Tout comme les SPL, seuls les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent être actionnaires d'une SEML.

Il en résulte qu'en l'espèce, seuls le Département de la Charente-Maritime, la Région de Poitou-Charentes, le SDE, l'EPTB Charente et l'IIBSN pourraient être actionnaires de la future SEML.

En revanche, les ASA, l'UNIMA, les Agences de l'Eau, la Chambre départementale d'Agriculture de la Charente, le SYMBO ne pourraient entrer dans l'actionnariat de la future SEML.

Contrairement aux SPL, les personnes morales de droit privé peuvent détenir des participations dans le capital social de SEML.

Cette formule présenterait donc l'intérêt d'intégrer des personnes morales de droit privé, à savoir les diverses associations intéressées par le Projet, dans la future entité chargée de la création et la gestion des retenues collectives de substitution.

2.2.2.2 Objet statutaire

Tout comme pour les SPL, l'article L. 1521-1 du CGCT dispose que les SEML ne sont compétentes que pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

A notre sens, il ne fait pas de doute que l'activité de création et de gestion de retenues collectives de substitution constitue, sinon une activité de service public, à tout le moins une activité d'intérêt général.

En conséquence, une SEML pourrait parfaitement être créée aux fins d'assurer la création et la gestion des retenues collectives de substitution sur le territoire de ses actionnaires.

2.2.2.3 Création et fonctionnement institutionnel d'une SEML

Tout comme les SPL, les SEML sont, en application de l'article L. 1522-1 du CGCT « *des sociétés anonymes régies par le livre II du code de commerce* ».

En revanche, contrairement à ces dernières, le capital social est détenu pour partie par des personnes morales de droit privé.

Plus précisément, il résulte de la lecture combinée des articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du CGCT que le pourcentage des actions détenues par les collectivités publiques et leurs groupements demeure supérieur à 50 % et inférieur ou égal à 85 % du capital.

Pour le reste, les règles de création et de fonctionnement institutionnel des SEML sont les mêmes que celles régissant les SPL (cf. 2.2.1)

2.2.2.4 Relations contractuelles

Ainsi et pour reprendre les termes de la circulaire du 29 avril 2011 relatif au régime juridique des SPL et des SPL d'aménagement :

> ***« Contrairement aux SEML**, les SPL et les SPLA ne peuvent intervenir pour le compte de personnes publiques ou privées non actionnaires, même dans le respect des règles de la commande publique et même à titre accessoire.*
>
> *Enfin, **elles ne peuvent pas agir pour leur propre compte**. Autrement dit, elles ne peuvent pas satisfaire leurs propres objectifs puisque leur cadre d'intervention se limite aux missions qui leurs sont confiées par leurs actionnaires » (circulaire n°COT/B/11/08052/C).*

Il est, dès lors, possible de considérer qu'à contrario, les SEML ont la possibilité d'exercer leurs missions pour leur propre compte (par exemple : CE, 5 octobre 2007, Sté UGC-CINE-CITE, n° 298773, Rec. p. 418).

2.2.2.4.1 Entre la SEML et ses actionnaires

Si, les actionnaires souhaitaient exercer un contrôle accru sur la création et la gestion desdites retenues, il serait possible pour la ou les personnes publiques actionnaires disposant de la compétence « création et gestion des retenues collectives de substitution », de confier à la SEML la création et la gestion de ces réserves :

- soit via la conclusion de plusieurs marchés publics (marchés publics de travaux pour la construction des réserves et marchés publics de services pour l'éventuelle maintenance de celles-ci et la distribution de l'eau prélevées aux usagers) ;
- soit via la conclusion d'une délégation de service public, à condition que cette activité soit qualifiable de mission de service public ;
- soit, à défaut, via la conclusion d'une concession de travaux prévue aux articles L. 1415-1 et suivants du CGCT.

Cependant, la difficulté réside dans le fait que, contrairement aux SPL, la jurisprudence refuse de reconnaître l'existence d'une relation « *in house* » entre une SEML et ses actionnaires publics, du fait de la présence de personnes privées dans le capital social de la SEML.

En conséquence, la passation de ses contrats devrait impérativement respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence telles que prévues au code des marchés publics pour les marchés passés par les collectivités territoriales ou leurs groupements actionnaires avec la SEML, les dispositions des articles L. 1411-1 du CGCT pour les délégations de service public et celles des articles L. 1415-1 et suivants pour les concessions de travaux.

2.2.2.4.2 Entre la SEML et les tiers

Comme les SPL, les SEML, en raison de leur qualité d' « *organisme de droit public* » au sens du droit communautaire, doivent respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation de leurs contrats visant à répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services. Elles sont, en effet, soumises aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumise au code des marchés publics* (Cf. développements précédents : 2.2.1).

Si la SEML agissait en qualité de délégataire de service public, elle pourrait envisager de subdéléguer une partie du service public qui lui a été confiée en concluant un contrat de subdélégation, qui devrait, eu égard aux précisions de l'avis du conseil d'Etat précité, respecter certaines obligations de publicité et de mise en concurrence (Cf. développements précédents : 2.2.1).

2.2.2.5 Conclusion sur le recours à la SEM

En conclusion, le recours à la SEML permet de regrouper au sein d'une même entité des collectivités territoriales, des groupements de collectivités territoriales et des personnes morales de droit privé. En ce sens, elle permet de faire participer un plus grand nombre d'acteurs que la SPL. Pour autant, et comme pour les SPL, les SEML ne peuvent compter parmi leurs actionnaires des syndicats mixtes ou des établissements publics tels que les Agences de l'Eau ou les Chambres d'Agriculture.

Sous cette réserve, il est, en tout état de cause, juridiquement envisageable de constituer une SEML dont l'objet serait d'assurer la création et la gestion de retenues collectives de substitution.

L'avantage de cette structure est qu'elle peut exercer sous certaines conditions son activité pour son propre compte. Cependant, une telle hypothèse implique que les personnes publiques actionnaires de la SEML acceptent de n'exercer qu'un contrôle d'actionnaire sur l'activité de la SEML. En d'autre termes, elles ne pourront imposer des obligations ou des objectifs de performance tels qu'il pourrait être considéré qu'elles ont entendu déléguer un service public à la SEML en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence.

En outre, les contrats conclus par les actionnaires de la SEML avec cette dernière devront impérativement être précédés d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, dans la mesure où la jurisprudence ne considère pas les SEML comme des opérateurs « in house ». Aussi, les personnes publiques actionnaires devront-elles respecter le code des marchés publics, si elles souhaitent conclure un marché public avec la SEML, les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du CGCT, si le contrat envisagé est une délégation de service public, et les dispositions des articles L. 1415-1 et suivants du CGCT s'il s'agit d'une concession de travaux.

Quant à ses relations contractuelles avec des tiers, la SEML, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, sera tenue de respecter les procédures décrites dans l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application préalable à la conclusion de ses contrats avec des tiers.

2.2.3 Association « Loi 1901 »

L'association dite « Loi 1901 » est, aux termes de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 *relative au contrat d'association*, « *la 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. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations* ».

2.2.3.1 Qualité des adhérents d'une association « Loi 1901 »

Force est de constater que l'article 1er de la loi précitée ne précise pas si une association peut compter parmi ses adhérents des personnes publiques ou uniquement des personnes privées.

Le Conseil d'Etat a répondu à cette interrogation dans son arrêt « *Caisse primaire Aide et Protection* » en date du 13 mai 1938 aux termes duquel il a précisé que « *aucune disposition de la loi de 1901 n'interdit aux personnes morales de droit public, au même titre que les autres personnes morales, d'adhérer à des associations, mais qu'une commune ou un département ne peut adhérer à une association qu'autant que l'objet poursuivi par celle-ci répond à un intérêt communal ou départemental et que cette adhésion ne doit pas avoir pour effet de violer ou détourner une disposition législative* » (CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*, Rec. p. 417).

Il en résulte donc clairement que tous les acteurs du comité de suivi peuvent, à condition que l'objet de l'association soit conforme à leur objet ou leur compétence, adhérer à une association « loi 1901 ».

En ce sens, la constitution d'une association « Loi 1901 » constitue une formule séduisante, dès lors qu'elle permettrait de réunir tous les acteurs intéressés par la création et la gestion des retenues collectives de substitution.

2.2.3.2 Objet statutaire

Il ressort de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901 précitée que :

> *« Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes moeurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet ».*

A contrario, il est possible de considérer qu'une association peut avoir n'importe quel objet statutaire, pourvu que l'association ne soit pas fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes moeurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement.

Aussi, à notre sens, rien ne s'oppose à ce qu'il soit constitué une association ayant pour objet statutaire de créer et de gérer les retenues collectives de substitution sur le territoire du Département de la Charente-Maritime.

2.2.3.3 Création et fonctionnement institutionnel d'une association « Loi 1901 »

La création d'une association suppose, en premier lieu, la conclusion d'une convention d'association. Il en résulte la nécessité pour les personnes publiques d'une délibération de leur organe délibérant autorisant l'exécutif à signer le contrat d'association.

Elle implique, en deuxième lieu, la rédaction de statuts qui peuvent prendre la forme d'un acte sous seing privé.

Elle nécessite enfin, et ce afin qu'elle dispose de la capacité juridique, une déclaration en préfecture.

En effet l'article 2 de la loi du 1er juillet 1901 dispose que :

> *« Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5 ».*

Et l'article 5 énonce que :

> *« Toute association qui voudra obtenir la capacité juridique prévue par l'article 6 devra être rendue publique par les soins de ses fondateurs.*
>
> *La déclaration préalable en sera faite à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association aura son siège social. Elle fera connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements et les noms, professions et domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration. Un exemplaire des statuts est joint à la déclaration. Il sera donné récépissé de celle-ci dans le délai de cinq jours.*
>
> *Lorsque l'association aura son siège social à l'étranger, la déclaration préalable prévue à l'alinéa précédent sera faite à la préfecture du département où est situé le siège de son principal établissement.*
>
> *L'association n'est rendue publique que par une insertion au Journal officiel, sur production de ce récépissé.*
>
> *Les associations sont tenues de faire connaître, dans les trois mois, tous les changements survenus dans leur administration, ainsi que toutes les modifications apportées à leurs statuts.*
>
> *Ces modifications et changements ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour où ils auront été déclarés.*
>
> *Les modifications et changements seront en outre consignés sur un registre spécial qui devra être présenté aux autorités administratives ou judiciaires chaque fois qu'elles en feront la demande ».*

La création d'une association suppose donc également, et ce afin de la doter de la capacité juridique, de la déclarer à la préfecture du département, siège de l'association. Une fois cette formalité effectuée, la préfecture délivre, dans un délai de cinq jours à compter de la déclaration, un récépissé, qui permettra de rendre publique l'association via une insertion au Journal Officiel.

S'agissant du fonctionnement institutionnel de l'association « Loi 1901 », il convient de relever que, précisément, la loi du 1er juillet 1901 ne contient pas d'indication quant au fonctionnement de l'association. Elle se contente de faire référence en son article 5 aux changements survenus dans l'administration de l'association pour en imposer la déclaration.

Le fonctionnement de l'association est librement déterminé par ses statuts.

Les fondateurs doivent donc être particulièrement vigilants lors de leur rédaction et prévoir de manière précise quelles seront les règles d'organisation et de fonctionnement de l'association. Ces règles peuvent être complétées ou explicitées dans le règlement intérieur de l'association qui complète les statuts.

En conséquence, la formule associative présente l'avantage de la souplesse, puisque la constitution d'une association est particulièrement aisée et que la loi du 1er juillet 1901 n'impose aucune contrainte dans le fonctionnement de l'association.

2.2.3.4 Relations contractuelles

Comme une SEML, l'Association « Loi 1901 » peut exercer ses activités pour son propre compte.

En ce cas, il convient de distinguer deux hypothèses.

Soit, l'association est qualifiable d'association administrative, en ce sens qu'elle constitue « un faux nez » de l'administration (Cf. concl. Dondoux sous CE, 16 février 1977, *Dame Archeray*, Rec. p. 88). Dans cette hypothèse, les contrats qu'elle conclurait avec des tiers afin de créer et de gérer les retenues collectives de substitution, seraient des contrats soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence.

La notion d'association administrative, également appelée « association transparente » a été précisée par la jurisprudence :

> *« Considérant que* ***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 privée doit être regardée comme transparente*** *et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ; que, pour qualifier le contrat conclu le 10 août 1989 entre l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt et la société Mayday Sécurité de contrat administratif, la cour administrative d'appel de Paris a, par une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible, sauf dénaturation non soulevée en l'espèce, d'être contestée devant le juge de cassation, et sans commettre d'erreur de droit, jugé que les circonstances de la création de l'association, les modalités de son organisation et de son fonctionnement , l'origine de ses ressources ainsi que le contrôle exercé sur elle par la commune, conduisaient à la regarder comme un service de cette dernière; que sur le fondement de ces constatations souveraines, la cour a pu, sans commettre d'erreur de droit et par une décision suffisamment motivée dès lors qu'elle n'avait pas à répondre à tous les arguments de la commune, juger que le contrat conclu par l'association avec la société Mayday Sécurité pour assurer la sécurité de la patinoire de la ville de Boulogne-Billancourt avait un caractère administratif ;*
>
> *Considérant que dès lors que la cour a jugé que l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt devait être regardée comme un service de la COMMUNE DE BOULOGNE-BILLANCOURT, elle n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le contrat conclu avec la société Mayday Sécurité, eu égard à son objet, de marché public de services » (CE, 21 mars 2007, Cne de Boulogne-Billancourt, n°28 1796, publié au recueil Lebon).*

Il en résulte qu'une association administrative est une association sur laquelle une personne publique adhérente exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de son activité pour la collectivité publique adhérente.

On retrouve ici les critères de la relation « in house ».

Aussi, pour qu'une association soit dite « transparente », la condition nécessaire, bien que non suffisante, est qu'elle soit composée exclusivement de personnes publiques.

Ainsi, si l'association créée répond à cette définition (**cf. 2.2.1**), elle est, comme la SPL, soumise pour la passation de ses contrats à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumise au code des marchés publics.*

Soit, l'association créée ne répond pas à cette définition et les contrats qu'elle passe sont de simples contrats de droit privé non soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Cependant, il convient de relever que l'association, si elle gère cette activité pour son propre compte, doit disposer de ressources suffisantes pour confier à des tiers le soin de construire et de gérer les retenues collectives de substitution.

2.2.3.4.1 Entre l'association et ses adhérents

Si une personne publique, adhérente de l'association, souhaite lui confier le soin de construire et de gérer les retenues collectives de substitution, il lui incombe de respecter préalablement des obligations de publicité et de mise en concurrence, sauf à ce que l'association puisse être considérée comme une association transparente. Dans cette dernière hypothèse, eu égard à la relation « in house » qui les lie, les contrats conclus entre l'association et la personne publiques ne sont pas soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence. (Pour plus de développements : cf. **2.2.1**)

2.2.3.4.2 Entre l'association et des tiers

Si l'association est une association classique, c'est-à-dire non transparente, les contrats qu'elle conclue ne sont soumis à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit de contrats privés classiques.

Si l'association est une association administrative, elle est soumise, en tant que pouvoir adjudicateur, au respect de règles de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ses marchés.

2.2.3.5 Conclusion sur le recours à l'association

Il résulte de ce qui précède, que le recours à l'association présente l'avantage de la souplesse, étant donné que toute personne dès lors qu'elle y trouve un intérêt, peut adhérer à une association. Les formalités de constitution d'une association sont simples et les modalités de fonctionnement institutionnel sont librement définies dans les statuts.

Cependant, sauf à ce qu'elle puisse être qualifiée d'association administrative et qu'elle réponde aux conditions du « in house », les personnes publiques adhérentes ne pourront lui confier le soin de construire ou de gérer les retenues collectives de substitution qu'à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

2.2.4 Société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)

Les sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC) sont, aux termes de l'article 19r de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération modifiée par la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 « des *sociétés anonymes ou 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* »

C'est une forme de coopérative particulière à laquelle les collectivités publiques et leurs groupements peuvent participer sous certaines conditions.

2.2.4.1 Qualité des adhérents d'une SCIC

Une SCIC comporter au moins trois catégories d'associés parmi lesquels obligatoirement :

- les salariés de la coopérative,
- les personnes bénéficiant habituellement à titre gratuit ou onéreux des activités de la société, c'est-à-dire principalement les usagers.

La loi énumère d'autres catégories pouvant être associées de la SCIC :

- toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité,
- **des collectivités publiques et leurs groupements,**
- toute personne physique ou morale qui contribue par tout autre moyen à l'activité de la coopérative.

La SCIC permet ainsi de formaliser un partenariat entre des acteurs publics et privés.

Il convient toutefois de s'interroger sur la notion de « collectivités publiques » et par exemple de se demander si des ASA pourraient y participer en tant qu'établissement public.

2.2.4.2 Objet statutaire

L'objet des SCIC est « la production et la fourniture de biens et de services qui présentent un caractère d'utilité sociale ».

Une SCIC doit être agréée par le Préfet du département du siège social de la société.

L'article 3 du décret n° 2002-240 en date du 20 fév rier 2002 relatif à la société coopérative d'intérêt collectif apporte notamment sur ce point les précisions suivantes :

> *« Afin d'obtenir l'agrément visé à l'article 1er, la société coopérative d'intérêt collectif doit justifier du caractère d'utilité sociale des biens et des services d'intérêt collectif qu'elle se propose de produire ou de fournir.*
>
> *Pour apprécier le caractère d'utilité sociale du projet, le préfet tient compte notamment de la contribution que celui-ci apporte à des besoins émergents ou non satisfaits, à l'insertion sociale et professionnelle, au développement de la cohésion sociale, ainsi qu'à l'accessibilité aux biens et aux services. »*

L'activité « *d'utilité sociale* » est visée par de nombreux textes législatifs et a fait l'objet d'une définition jurisprudentielle, notamment dans le cadre du contentieux fiscal.

> *« Le caractère d'utilité sociale d'une institution ne découle pas du secteur dans lequel elle exerce son activité, mais bien des conditions dans lesquelles elle l'exerce. Tout secteur d'action socio-économique, qu'il s'agisse de la santé, de l'éducation, de la culture ou, demain,* ***de la protection de l'environnement****, peut donner lieu à des activités sociales. » (Commissaire du gouvernement DELMAS-MARSALET, dans ses conclusions relatives à l'arrêt du 30 novembre 1973 (association Saint-Luc, clinique du Sacré Cœur n°85586-85598)*

La circulaire du 18 avril 2002 relative aux SCIC précise que « cette notion d'utilité sociale recouvre à la fois des objectifs d'intérêt général et des modalités spécifiques d'exercice de l'activité.

- *Des objectifs d'intérêt général : en l'occurrence – et de manière non exclusive – il peut s'agir de toute activité tendant à prévenir ou à lutter contre les facteurs de désagrégation sociale, la violence, l'insécurité, l'isolement, ou plus généralement l'exclusion sociale, ou* ***de toute activité visant à prévenir la dégradation ou à protéger l'environnement ou le patrimoine dans un territoire donné pour les générations futures.***
- *Les modalités spécifiques d'exercice de l'activité la distingue de celle d'une société commerciale classique notamment en raison de la nature du service ou du produit correspondant par exemple à un besoin non satisfait ou satisfait dans des conditions différentes de celles offertes par le marché, du public auquel le service ou le produit s'adresse ou du prix proposé modulé ou adapté aux possibilités de solvabilité du public cible.*
- *L'intérêt collectif qui doit caractériser l'activité de la société coopérative d'intérêt collectif repose autant dans sa capacité à organiser une pratique de gestion démocratique* ***qu'à répondre, en externe, aux besoins d'un territoire par la meilleure mobilisation possible des ressources de ce territoire au niveau économique et social.***

Les possibilités offertes semblent nombreuses et diverses. A titre d'exemple, des SCIC ont été crées pour valoriser les ressources du territoire, telles que le patrimoine touristique, un patrimoine bâti ou encore une ressource naturelle (Ocres du Massif de Roussilllon avec la SCIC OKRA, le bois énergie dans l'Orne avec la SCIC Bois Bocages Energie),

Ainsi, il nous semble qu'une SCIC pourrait être créée pour la création et la gestion de retenues collectives de substitution.

2.2.4.3 Création, fonctionnement institutionnel d'une SCIC, et aides financières des collectivités publiques

2.2.4.3.1 La création

Il a déjà été indiqué que la création d'une SCIC requiert un agrément préfectoral.

L'agrément est délivré pour une durée de 5 ans et est renouvelable de même qu'il peut être retiré.

La SCIC est constituée sous forme soit de S.A., soit de S.A.R.L. Les parts sont nominatives et cessibles. Composé des parts sociales des différents sociétaires, le capital est variable et peut donc augmenter ou diminuer sans formalité d'enregistrement. Un associé peut donc entrer ou sortir de la société selon les modalités fixées par les statuts.

La responsabilité des associés est limitée à leurs apports en capital.

2.2.4.3.2 Le fonctionnement

Les membres d'une société coopérative disposent en principe de droits égaux dans la gestion. Conformément aux principes de la coopération, chaque associé d'une SCIC dispose d'une voix à l'assemblée générale.

Il existe toutefois des dérogations à la règle « une personne = une voix », notamment en cas de constitution de collèges. En effet, pour organiser la participation des différentes catégories d'associés, les statuts de la SCIC peuvent prévoir que les associés sont répartis par collèges (trois ou plus) en fonction de la participation des associés à l'activité de la coopérative ou de leur contribution à son développement.

La circulaire de 2002 précise à ce sujet:

> « Dans ce cas, en principe, chaque collègue dispose d'un nombre égal de voix à l'assemblée générale. Toutefois, les statuts de la société coopérative d'intérêt collectif peuvent en disposer autrement. Dans cette situation, la part d'un seul collège ne peut être supérieure, d'une part, à 50 % du total des droits de vote ni inférieure, d'autre part, à 10 % de ce total. Dans l'hypothèse où la part de l'un des collèges dépasse ces limites supérieures et inférieures, le nombre de voix attribué à chaque collège est, selon le cas, réduit ou augmenté à due concurrence ».

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent détenir ensemble plus de 20 % du capital d'une société coopérative d'intérêt collectif, afin d'éviter la création d'une société coopérative d'intérêt collectif composée uniquement d'acteurs institutionnels qui pourrait constituer, de fait, une nouvelle forme de société d'économie mixte.

L'administration d'une SCIC suit les règles fixées par le code de commerce sur la gérance dans le cas des SARL et sur l'administration des SA.

Toutefois, l'article 19 undecies de la loi de 1947 modifiée, autorise par dérogation aux dispositions du code du commerce, la nomination d'un salarié au poste de directeur, de gérant, de membre du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance d'une société coopérative d'intérêt collectif.

La SCIC fait procéder périodiquement à l'examen analytique de sa situation financière et de sa gestion. Cette « révision » est une tradition du mouvement coopératif qui a été organisée par le décret n°84-1027 du 23 novembre 1984 auquel renvoie l'article 13 du décret n°2002-241 du 21 février 2002.

Elle a pour objet l'examen critique et analytique périodique (en principe tous les cinq ans) de la situation et du fonctionnement de la coopérative dans le but d'informer les associés sur la situation de l'entreprise sur le plan juridique, social et économique, et de ses perspectives d'évolution en tenant compte, notamment, de son environnement commercial, industriel, technologique ou humain.

Si le statut d'associé d'une collectivité au capital d'une SCIC ne soulève pas de difficulté particulière, en revanche, sa participation au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, mérite une réflexion préalable approfondie pour apprécier les enjeux en termes notamment de responsabilité qui peuvent en résulter.

Il est en effet nécessaire de bien évaluer ce que la collectivité publique recherche, son rôle au sein de la SCIC et les relations juridiques et économiques entre les deux entités.

2.2.4.3.3 Les taides financières accordées à la SCIC par les collectivités publiques

La circulaire rappelle à ce sujet :

> *Les articles 8, 9 et 10 du décret prévoient la possibilité d'octroyer aux SCIC trois catégories d'aides.*
>
> ***Ces aides doivent prendre la forme de subventions**. Ce qui exclut le recours à d'autres formes d'aide pour la mise en œuvre de ce texte comme les avances remboursables, les prêts ou la vente de terrains et de bâtiments.*

En revanche, les SCIC peuvent bénéficier des aides prévues par le régime de droit commun des interventions économiques des collectivités locales défini aux articles L.1511-1 à L.1511-5 du CGCT qui prévoient l'octroi de ce type d'aides.

Ces subventions sont accordées pour le développement des SCIC. Ce qui ne permet pas aux collectivités locales de soutenir dans le cadre de ces dispositions des sociétés en difficulté financière. Pour ce faire, les régions et les départements devront utiliser les dispositions spécifiques prévues à cet effet à l'article L.3231-3 du code général des collectivités territoriales.

Nous vous rappelons que les communes ne peuvent pas intervenir en faveur des entreprises en difficulté ».

Les trois catégories d'aides prévues par le décret du 21 février 2002 peuvent porter sur le fonctionnement, l'investissement et la formation et sont éventuellement cumulables.

2.2.4.4 Relations contractuelles

La SCIC peut intervenir pour ses sociétaires ainsi que **pour des tiers** ce qui la distingue des autres sociétés coopératives.

L'article 19 sexies de la loi de 1947 modifiée dispose en effet :

« Les tiers non sociétaires peuvent bénéficier des produits et services de la société coopérative d'intérêt collectif ».

La question qui se pose est de savoir si la SCIC est soumise à des règles de mise en concurrence lorsque des collectivités publiques contractent avec elle, ou lorsqu'elle contracte par exemple avec des entreprises pour satisfaire ses besoins propres.

2.2.4.4.1 Entre la SCIC et ses associés collectivités publiques

La SCIC agit dans le champ concurrentiel. Dès lors, elle est un prestataire de services ordinaire et les contrats conclus par les collectivités publiques (sociétaires ou non) avec la SCIC devraient être soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence telles que prévues par le Code des Marchés Publics ou, selon la qualification du contrat, par les dispositions du CGCT régissant les délégations de services publics ou les concessions de travaux.

2.2.4.4.2 Entre la SCIC et des tiers

La question qui se pose est de savoir si comme les sociétés d'économie mixte et les SPL, les SCIC sont soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Il ressort de la doctrine que la réponse à cette question dépend de différents facteurs dont notamment l'activité de la SCIC, la qualité de ses sociétaires et ses modalités de financement.

Une réponse ministérielle (Sénat-27/05/2004 (JO 14/07/2005) M. Bernard Piras - Sénateur de la Drôme) faite sous l'empire à cette date de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 c'est-à-dire avant l'ordonnance de 2005 précise à ce sujet :

« La loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 …..dispos e notamment en son article 19 quinquies que « les sociétés coopératives d'intérêt collectif sont des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée à capital variable régies, sous réserve des dispositions de la présente loi, par le code de commerce ». Le code des marchés publics précise à son article 2 les personnes auxquelles les dispositions du code sont applicables, à savoir : l'État et ses établissements publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux, ainsi que les collectivités territoriales et leurs établissements publics. ***Les SCIC ne sont donc pas soumises au code des marchés publics pour la satisfaction de leurs besoins propres.***

Cependant, les organismes qui satisfont un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qui remplissent au moins l'une des trois conditions énumérées à l'article 9 de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transpa rence et à la régularité des procédures de marchés (modalités de financement ; composition de l'organe de direction ; contrôle de gestion), sont tenus, au-dessus des seuils communautaires, de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par les directives communautaires telles que transposées dans ladite loi.

L'article 19 quinquies de la loi de 1947 susmentionnée ajoute que les SCIC « ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale ». La circulaire du 18 avril 2002 relative à la SCIC précise que « cette notion d'utilité sociale recouvre à la fois des objectifs d'intérêt général (lutte contre l'exclusion sociale ; protection de l'environnement) et des modalités spécifiques d'exercice de l'activité ». Il peut donc être admis que les SCIC ont pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général autres, dans certains cas, qu'industriels et commerciaux. Cependant, en règle générale, ces sociétés ne répondent à aucune des autres conditions posées dans la loi du 3 janvier 1991 en matière de financement de l'activité, de contrôle de la gestion et de composition des organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'organisme. S'agissant des modalités de financement, les SCIC peuvent bénéficier de subventions de la part des collectivités territoriales sous réserve de respecter les conditions d'octroi fixées par les règlements européens du 12 janvier 2001 relatifs aux aides publiques. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent détenir ensemble plus de 20% du capital d'une SCIC.

Les SCIC n'ont donc pas une activité financée majoritairement et de manière permanente par des fonds publics. Par ailleurs, les SCIC ne sont pas soumises à un contrôle de leur gestion par une personne publique et ne comportent pas un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par une personne publique. Compte tenu des éléments qui précèdent, les SCIC de droit commun ne doivent pas être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs relevant, à ce titre, de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991.

Toutefois, certaines SCIC dérogent à cette règle générale et doivent être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs en raison de leurs caractéristiques propres. Tel est le cas des sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitation à loyer modéré (« SCIC-HLM ») qui satisfont un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qui sont soumises à un contrôle de leur gestion par l'État. »

La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) dans son rapport d'activité pour 2009 indiquait à propos de la notion de « pouvoir adjudicateur » au sujet de certaines catégories de SCIC.

« Les comités interprofessionnels pour le logement (CIL) et ***les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété (SACICAP****) sont des organismes collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction* ***(PEEC).***

Ils ne sont pas soumis au code des marchés publics qui ne régit les marchés ni des associations, ni des sociétés anonymes.

Toutefois la DAJ précise que ces organismes restent soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence car ce sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005, ce pour trois raisons :

- *Ils sont dotés de la personnalité juridique ;*
- *Ils satisfont des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial ;*
- *Ils sont financés par des employeurs qui sont des pouvoirs adjudicateurs, et sont étroitement contrôlés par l'État ».*

Au regard des conditions posées par l'ordonnance de 2005, il nous semble qu'une SCIC intervenant pour la création et la gestion de retenues collectives de substitution, ne devrait pas être soumise à ses dispositions. Cette appréciation mériterait évidemment d'être affinée au vu de la réalité d'un projet de SCIC dans ce domaine d'activité.

2.2.4.5 Conclusion sur le recours à la SCIC

La Société coopérative d'intérêt collectif permet de fédérer autour d'un même projet de nombreux acteurs publics et privés. La participation des collectivités territoriales et de leurs groupements au sein de la catégorie des collectivités publiques est toutefois limitée par rapport aux autres collectivités. **Le multi partenariat sur lequel la SCIC repose est à la fois un atout car il permet de mobiliser et d'impliquer activement tous les acteurs d'un projet mais peut être en temps un handicap, si ces acteurs ont des statuts juridiques très différents. Il est parfois plus facile de s'entendre dans le cadre d'une convention que de s'accorder au sein d'une structure unique.**

La SCIC permet de répondre à des besoins sociaux ou de valoriser les ressources d'un territoire et devrait pouvoir être créée pour construire et gérer des retenues collectives de substitution.

Lorsque plusieurs collectivités publiques sont parties prenantes au projet, les règles de gouvernance doivent être mûrement réfléchies. Soit, elles auront le même poids dans la SCIC du fait de la règle, « un associé, une voix », soit il y aura une légère prévalence de telle ou telle collectivité par le jeu des collèges librement constitués et approuvés par l'assemblée générale.

3. LE REGIME FISCAL

3.1 LA TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE

3.1.1 Rappel des principales caractéristiques de la TVA

3.1.1.1 La TVA se caractérise par un cadre européen

La TVA a été harmonisée à l'échelle de l'Union européenne par la **sixième directive du 17 mai 1977**. Celle-ci a connu depuis plusieurs modifications.

En dernier lieu, une refonte en a été opérée par la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

Ainsi, les textes supports relatifs à la TVA sont les directives européennes, avec lesquelles la loi française doit être conforme. Dans le cas contraire, l'application de celle-ci est susceptible de donner lieu à un recours devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE).

La TVA ne constitue pas uniquement une recette pour l'Etat français ; elle contribue également au financement des institutions européennes. Depuis la décision du Conseil en date du 21 avril 1970, chaque Etat membre reverse une partie de la TVA encaissée.

L'ensemble des dispositions relatives à la TVA figure dans le Code général des impôts.

3.1.1.2 La TVA s'applique au chiffre d'affaires d'une opération

Elle frappe la consommation de biens ou de services, c'est-à-dire leur **achat.**

Il s'agit d'une taxe générale et unique assise sur le chiffre d'affaires d'une opération.

Ainsi, la base d'imposition de la TVA est constituée de la contrepartie du bien ou du service, exprimée hors TVA, c'est-à-dire son prix.

Il s'agit d'un impôt ad valorem, lié à la valeur du bien ou service et non à sa quantité ou à son volume.

Le phasage et les modalités de versement du prix n'ont pas d'impact sur l'imposition.

3.1.1.3 La TVA s'applique sans considération du statut juridique de la personne concernée

La TVA s'applique que le consommateur du bien ou service soit une personne physique ou morale, privée ou publique. Les dispositions européennes en matière de TVA ne permettent pas d'exclure les personnes publiques du champ de cette taxe.

Ainsi, les collectivités territoriales sont bien concernées par la TVA.

Les opérations assujetties à TVA, définies dans la partie suivante, le sont en fonction de leur nature et non du statut juridique de la personne qui les réalise. L'assujettissement dépend ainsi de la nature de l'activité dans laquelle s'inscrit l'opération.

3.1.1.4 La TVA présente plusieurs taux

Deux taux légaux s'appliquent en France métropolitaine :

- le taux normal, de 19,6%,

- le taux réduit, de 5,5%.

S'ajoutent des taux particuliers applicables à certains produits et opérations et pouvant différer selon le territoire concerné (Outre Mer, Corse).

Le champ d'application du taux normal de 19,6% n'est pas défini de manière limitative, puisqu'il englobe toutes les opérations imposables pour lesquelles un autre taux n'est pas spécialement prévu.

Le taux réduit de 5,5% s'applique à certains produits ou biens et prestations de services limitativement désignés par la loi.

Il s'agit notamment de la fourniture d'eau.

3.1.2 Le champ d'application de la TVA

3.1.2.1 Les activités situées dans le champ de la TVA

Il convient de distinguer les opérations imposables par nature de celles qui le sont par détermination expresse de la loi.

Opérations imposables par nature :

Selon l'article 256 du Code général des impôts, « sont soumis à la taxe sur la valeur ajoutée, les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti en tant que tel ».

> **La livraison de biens :** selon la définition du CGI, conforme à la jurisprudence de la CJCE, il s'agit du « transfert du pouvoir de disposer de ce bien comme propriétaire », les biens concernés étant les biens meubles corporels et les immeubles.
>
> **Les prestations de service :** sont considérées comme telles les opérations autres que les livraisons de biens meubles corporels.
>
> **Les opérations effectuées à titre onéreux :** elles s'entendent comme celles qui comportent la fourniture, pour l'acquéreur ou le bénéficiaire du service, d'une **contrepartie. Celle-ci n'est pas forcément pécuniaire**, la contrepartie pouvant être un bien livré ou un service rendu.
>
> La base d'imposition, ou assiette de la TVA réside dans la contrepartie de la prestation de service ou de la livraison de biens soumise à la taxe.

Opérations imposables par détermination expresse de la loi :

Par détermination de la loi et en vertu de l'article 256 B du CGI, les personnes morales de droit public sont assujetties à la TVA, en tout état de cause, pour des opérations précisément listées, à savoir :

- Livraisons de biens neufs fabriqués en vue de la vente,
- Distribution de gaz, d'électricité et d'énergie thermique,
- Opérations des économats et établissements similaires,
- Transports de biens, à l'exception de ceux effectués par la Poste
- Transports de personnes,
- Opérations des organismes d'intervention agricoles portant sur les produits agricoles et effectuées en application des règlements portant organisation commune du marché de ces produits,
- Organisation d'expositions à caractère commercial,
- Prestations de services portuaires et aéroportuaires,
- Entreposage de biens meubles,
- Organisation de voyages et de séjours touristiques,
- Diffusion ou redistribution de programmes de radiodiffusion ou de télévision ;
- Télécommunications.
- **La fourniture d'eau dans les communes d'au moins 3000 habitants ou par les établissements publics de coopération intercommunale dont le champ d'action s'exerce sur un territoire d'au moins 3000 habitants.**

3.1.2.2 Les activités situées hors champ d'application de la TVA

Il s'agit du cas général pour les activités des **collectivités territoriales**, dès lors que **les activités n'ont pas un caractère économique.**

Ces opérations sont dites « hors champ de la TVA ». Elles ne doivent pas être confondues avec les activités « exonérées » qui sont des opérations située dans le champ d'application de la TVA mais qui, en raison d'un texte particulier, sont exonérés.

Il s'agit en premier lieu des activités exercées en vertu d'un pouvoir de souveraineté ou **d'intérêt général :**

- Les tâches administratives fondamentales et obligatoires que les collectivités territoriales exercent en vertu de leurs prérogatives de puissance publique (sécurité publique, état civil, aide et actions sociales etc …) ;

- Les activités qui, bien que ne relevant pas de l'exercice de la souveraineté et n'impliquant pas l'exercice des pouvoirs coercitifs, sont **exercées par les personnes morales de droit public en tant qu'autorité publique.**

En second lieu, il s'agit selon l'article 256 B du code général des impôts des activités des services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs, **lorsque le non assujettissement n'entraine pas de distorsion dans les conditions de la concurrence.**

A propos de la gratuité : l'absence de prix payé pour la prestation place l'activité hors champ d'application de la TVA, sauf si l'opérateur touche des recettes annexes qui replaceraient alors l'activité dans le champ de la TVA.

3.1.3 La déduction de TVA, ses conditions et ses implications

3.1.3.1 La déduction fiscale

Les personnes dont les activités sont assujetties à TVA sont redevables légaux et collecteurs de la taxe. Ils peuvent déduire de la taxe collectée sur leurs recettes la TVA payée auprès de leurs propres fournisseurs. C'est ce que l'on appelle la récupération de TVA par le mécanisme de déduction fiscale.

3.1.3.2 Les conditions de la déduction fiscale

La déduction de TVA est soumise à une double condition :

La récupération de la TVA sur les dépenses est conditionnée à la perception de recettes taxées en contrepartie de la vente d'un produit ou d'un service.

Elle est également conditionnée à l'affectation des biens et services concernés par le paiement de la TVA à la réalisation d'opérations dans le champ de la TVA. Si cette affectation est partielle, le montant de la déduction en est alors affecté (application de coefficients d'assujettissement et de taxation).

3.1.3.3 Le cas particulier des subventions

Les subventions peuvent constituer la majeure partie, voire l'intégralité, des recettes d'un service. De leur assujettissement ou non à la TVA (voir l'analyse ci-après) dépendait jusqu'à récemment la capacité d'une structure à récupérer la TVA sur ses dépenses.

Or le décret n°2007-566 du 16 avril 2007 a procédé à la refonte des règles de la déduction de la TVA (cf circulaire fiscale n°66 du 9 mai 20007) :

- « la déduction est (dorénavant) opérée de manière forfaitaire (…) lorsque le bien a un caractère mixte, c'est-à-dire qu'il est utilisé à la fois à des opérations ouvrant droit à déduction et à des opérations n'ouvrant pas droit à déduction ;

- Afin de rétablir une égalité de traitement entre les redevables totaux, pour lesquels les subventions n'interféraient pas sur la détermination de leurs droits à déduction, et les redevables partiels, pour lesquels la perception de subventions non imposées dégradait leurs droits à déduction, **les subventions non imposables ne sont plus à prendre en compte pour le calcul du quantum de déduction ».**

3.1.4 Les subventions et la TVA

L'objet de la subvention détermine son assujettissement.

3.1.4.1 Les subventions assujetties à TVA :

Une subvention est assujettie dans deux cas :

- Si elle constitue la contrepartie d'une opération réalisée au profit de la partie versante : il s'agit d'un prix, avec un lien direct entre le service rendu et la contrevaleur reçue ;

- Si elle constitue un complément de prix.

Dans le 1er cas, l'existence d'un lien direct suppose la procuration d'un avantage et un prix en relation avec l'avantage reçu, sachant que la jurisprudence a admis que :

- Le prix payé en contrepartie du service n'est pas forcément versé par le bénéficiaire de l'opération ;

- L'avantage retiré par le bénéficiaire de la prestation n'est pas nécessairement mesurable avec précision ;

- Le service rendu peut être collectif à condition qu'un avantage direct soit retiré individuellement par les personnes concernées.

Pour ce qui est du **complément de prix**, et du lien de causalité entre la subvention et le prix, l'administration fiscale retient une acceptation assez large : la subvention doit constituer une contrepartie obtenue par le prestataire à raison de son activité imposable, dont le principe du versement doit être acquis avant la réalisation des opérations et dont l'objet est de compléter le prix réclamé au client ou à l'usager, voire de s'y substituer.

Dans son arrêt du 6 novembre 1996, Société des Courses de la Côte d'Amour, le Conseil d'Etat a resserré l'analyse sur le lien de la subvention avec le prix : l'octroi de la subvention doit correspondre à un engagement du bénéficiaire quant au prix de ses opérations.

3.1.4.2 Les subventions non assujetties à TVA :

Les subventions de fonctionnement :

Toutes les subventions de fonctionnement qui ne constituent ni le prix d'un service ou d'un bien fourni au subventionneur, ni le complément de prix des opérations taxables du subventionné ne sont pas taxables.

C'est le cas notamment des subventions versées par des collectivités pour aider une structure à rembourser ses emprunts, ou des subventions versées à une association pour l'organisation d'un événement, sans engagement pris sur les prestations.

Les subventions d'équilibre :

Les subventions d'équilibre versées à une entreprise afin de compenser a posteriori un déficit résultant de la conjoncture économique, d'erreur de gestion ou de tout événement ne relevant pas de sujétions particulières imposées par un tiers, ne peuvent constitués des subventions pour complément de prix. En conséquence, elles ne sont pas assujetties à la TVA.

On note que les subventions d'équilibre sont incompatibles avec une activité de vente d'eau d'irrigation, qui constitue un service public industriel et commercial (SPIC), l'article L2224-1 du Code Général des Collectivités Territoriales disposant que le financement d'un SPIC doit être assuré par les redevances des usagers.

Les subventions d'investissement

Il s'agit de subvention qui, au moment de leur versement, sont allouées pour le financement d'un bien d'investissement déterminé. Elles ne sont pas assujetties à TVA.

Les subventions pour contrainte de service public

Lorsque les subventions sont déterminées globalement, c'est-à-dire compte tenu des coûts totaux d'exploitation de l'activité économique du bénéficiaire, les subventions ne sont pas directement liées à l'activité taxable de celui-ci et ne sont donc pas assujetties à TVA (il s'agit notamment des subventions qui pourraient être versées par l'Etat à des opérateurs publics nationaux).

3.1.5 Application au cas particulier

3.1.5.1 Les activités de la future structure

Celle-ci pourrait avoir les activités suivantes :

- La réalisation de travaux collectifs de rétention et leur mise à disposition des adhérents ;
- L'exploitation et la maintenance des ouvrages de rétention, détenues en pleine propriété ou mis à disposition par les membres ;
- La vente d'eau d'irrigation à ses membres ou à des personnes extérieures ;
- L'assistance à maîtrise d'ouvrage pour les autres structures gestionnaires, apportant une expertise juridique, technique et financière ;
- ….

Le périmètre d'intervention de la future structure constitue un des points de discussion important de la phase 3 de l'étude.

Ce sont les activités assurées par la structure qui détermineront l'assujettissement à la TVA, sur la totalité ou une partie des activités. **En effet, la nature publique ou privée de la personne morale ne semble pas pouvoir influer sur l'assujettissement dans le cas présent** (cf paragraphe suivant).

En guise de première analyse, l'activité principale supposée de la structure pourrait être **la construction et l'exploitation d'ouvrages de rétention et leur mise à disposition des adhérents. Cette activité rentrerait dans le champ d'application de la TVA.**

En effet, il a été confirmé par la jurisprudence de la Haute Assemblée (arrêt « Bernadet » du Conseil d'Etat du 28 juillet 1993) que des travaux de construction et d'entretien d'ouvrages de protection contre la mer effectués par une association syndicale autorisée étaient assujettis à TVA dès lors :

- Qu'elle devait être regardée comme effectuant de façon générale des prestations de services à titre onéreux assujetties à la TVA, en raison du lien direct existant entre le montant des taxes syndicales et les opérations réalisées ;
- Que l'activité exercée en l'espèce n'entre pas dans le champ des exceptions énumérées par l'article 256 B du CGI.

  Pour mémoire, cet article dispose que les collectivités territoriales ne sont pas assujetties à TVA pour leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs, ***lorsque le non assujettissement n'entraine pas de distorsion dans les conditions de la concurrence.***

En tout état de cause, la construction et l'exploitation des ouvrages de rétention relèvent bien du champ concurrentiel, des entreprises privées pouvant se porter candidate pour de telles prestations.

La vente d'eau d'irrigation, autre activité possible du syndicat, relève également du champ d'application de la TVA, au taux préférentiel de 5,5%. L'article 256 B du CGI désigne expressément la vente d'eau réalisée par les personnes de droit public comme tel.

3.1.5.2 Situation des activités d'une collectivité territoriale au regard de la TVA

L'activité située hors champ d'application de la TVA au sens de l'article 256 B du CGI doit répondre à deux critères :

- Elle doit être exercée par une personne morale de droit public ;

- Elle doit être accomplie par cette personne en tant qu'autorité publique, c'est-à-dire qu'elle doit être exercée « dans le cadre du régime juridique qui leur est particulier » (arrêt de la CJCE du 17 octobre 1989, commune di Carpaneto Piacentino)

Si la première condition est respectée pour le syndicat mixte ouvert et l'association syndicale autorisée, l'activité principale de cette structure, en revanche, ne relèverait pas spécifiquement de leur régime juridique propre, des personnes de droit privé pouvant par ailleurs mener cette même activité.

3.2 CONCLUSION CONCERNANT LE REGIME D'ASSUJETTISSEMENT A LA TVA

Les activités principales de la structure seraient assujetties à la TVA, ce qu'elle qu'en soit la nature juridique. Il en découlerait la nécessité de soumettre à la TVA les cotisations des membres, dans la mesure où celle-ci viennent en contrepartie d'une prestation proportionnée au montant de la cotisation (notion de lien direct).

En revanche, les subventions qui pourraient être versées à cette structure par d'autres organismes publics qui n'en attendent aucune contrepartie et qui ne constituent pas de compléments de prix seraient hors champ de la TVA.

Depuis le décret du 16 mai 2007, cette différence de régime fiscal sur les recettes de la structure n'emporte plus de conséquence sur sa capacité à déduction de la TVA payée, laquelle est totale.

En conséquence, et pour conclure, le régime d'assujettissement à la TVA ne peut constituer un critère de choix de la structure juridique qui portera le projet « ouvrages de rétention ».

4. TABLEAU COMPARATIF DES DIFFERENTES « STRUCTURES »

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
Nature de la personnalité juridique	Personne morale de droit public.	Etablissement public **autonome** à caractère administratif	Etablissement public L.5721-2 CGCT	Personne morale de droit privé – Société anonyme Société Commerciale	Personne morale de droit privé – Société anonyme	Personne morale de droit privé	Personne morale de droit privé – Société anonyme ou Société Commerciale
Composition	Personne de droit public et de droit privé. Pourrait donc comprendre l'ensemble des acteurs présents sur le département.	Particuliers, personnes morales de droit privé et personnes de droit public, dès lors que la personne est propriétaire d'un bien immobilier dépendant du domaine concerné. **L'appartenance à une ASA implique de vérifier le régime de propriété des biens.**	Au moins deux collectivités Le territoire peut comporter des enclaves **Ne peut pas comporter de membres de droit privé : exclusion, donc, des associations et des fédérations.**	Actionnariat public (100%) Au moins deux collectivités Les collectivités territoriales ou leurs groupements ne peuvent créer de SPL que dans le "cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi" (art. L.1531-1 CGCT) **Ne peut pas comporter de membres de droit privé : exclusion, donc, des associations et des fédérations.** Les personnes de droit public qui ne sont pas des collectivités territoriales ne peuvent donc pas y participer, à savoir : Les Agences de l'Eau, la	Capital détenu de 51 à 85% par une collectivité territoriale, le reste par une personne de droit privé. **Les personnes de droit public qui ne sont pas des collectivités territoriales ne peuvent donc pas y participer, à savoir :** Les Agences de l'Eau, la Chambre d'Agriculture, ,le SYMBO, l'UNIMA, les ASA.	Personnes de droit privé et personnes de droit public (Commune, EPCI, SM, CG) **Permet de réunir tous les acteurs intéressés.** **Dans le cas où elle est composée uniquement de personnes de droit public, on parle alors d'association administrative.**	Trois catégories d'associés au minimum dont les salariés et les personnes bénéficiant des activités de la société Et toute personne physique ou morale qui participe ou contribue à l'activité de la société, ou qui en bénéficie. La loi autorise la présence **des collectivités publiques parmi lesquelles les collectivités territoriales et leurs groupements** mais qui ne peuvent détenir plus de 20% du capital.

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
				Chambre d'Agriculture, ,le SYMBO, l'UNIMA, les ASA. Capital : 37 000 € mini			
Objet	Activité d'intérêt général à but non lucratif dans les domaines cités par la loi, et dès lors qu'une autre forme d'organisme public de coopération ne convient pas à l'exercice de l'activité. **Le recours au GIP semble donc exclu, d'autres formes de coopération étant possibles.**	Association de propriétaires pour la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux, ainsi que les actions d'intérêt commun en vue de (…) préserver, de restaurer ou d'exploiter les ressources naturelles. Les structures porteuses des SAGE, la Chambre d'Agriculture, les Agences de l'Eau et les structures associatives ne peuvent pas en être membre.	**Transfert de compétences** **L'établissement public ne peut pas exercer des compétences que ses membres n'ont jamais détenues ou qu'ils ont déjà transférées** Le Département, la Région, la Chambre d'agriculture, les Agences de l'Eau et les ASA pourraient en être membres. A contrario, le Syndicat Départemental des Eaux (SDE) et l'Union des Marais de la Charente Maritime (UNIMA) n'ont pas vocation à gérer l'eau agricole. La faculté des structures porteuses des SAGE à y participer dépend de l'objet de chacun. Pourraient être membres le SYMBO, l'EPTB Charente et l'IIBSN. Missions susceptibles	Pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général **Pas de transfert de compétences**, la SPL agit dans le cadre des conventions conclues avec ses membres (marchés publics ou DSP). Les collectivités locales actionnaires d'une SPL doivent détenir, dans leurs compétences, au moins l'un des objets de la SPL. **La SPL ne peut donc pas intervenir pour le compte des personnes publiques qui n'en seraient pas actionnaires.**	Exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. **Possibilité pour une SEML d'intervenir pour son propre compte à condition qu'il soit avéré que les personnes publiques actionnaires se cantonnent à leur rôle d'actionnaire (et ne participent pas à la stratégie)**	Libre (sous réserve Ordre public)	La production et la fourniture de biens et de services qui présentent un **caractère d'utilité sociale**. La protection de l'environnement est reconnue comme pouvant donner lieu à des activités sociales. **La SCIC peut intervenir pour ses membres (sociétaires) ou pour des tiers.**

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
			d'être exercées : - Exercice d'une compétence pleine et entière, avec maîtrise d'ouvrage ; - Voire seules missions d'études et d'animation.				
Création Elaboration des statuts			**Accord de l'ensemble des personnes publiques intéressées.** Statuts encadrés par le CGCT Arrêté préfectoral Saisine du CTP pour les transferts de personnel / ou de mise à disposition (CAP)	Délibération des membres – Rapport sur le principe de recourir à une SPL et de conclure avec elle (un marché ou une DSP) Saisine de la CCSPL (par prudence, s'il s'agit d'une « délégation » de service public à une SPL) Saisine du CTP Statut d'une société commerciale Enregistrement au RCS	Délibération des membres – Rapport sur le principe de recourir à une SEML et de conclure avec elle (un marché ou une DSP). Saisine du CTP Statut d'une société commerciale Enregistrement au RCS	Libre Délibération des membres fondateurs Déclaration en préfecture	Agrément préfectoral délivré pour 5 ans renouvelable. Les statuts fixent les modalités d'entrée ou de sortie du capital. L'absence de modalités d'enregistrement de la variation du capital rend ce type de société très souple.
Durée	« durée déterminée »	99 ans	illimitée	99 ans	99 ans	illimitée	Illimitée, sous réserve de renouvellement de l'agrément préfectoral tous les 5 ans.
Gouvernance et contrôle	Assemblée Générale et Conseil d'Administration	Répartition des sièges fixée par les statuts Assemblée générale Conseil d'administration et/ou Bureau	Répartition des sièges fixée par les statuts Comité syndical Bureau Le Président est élu par le comité syndical	Assemblée générale des actionnaires Conseil d'administration ou Structure duale dotée d'un Directoire et d'un Conseil de surveillance (Conseil de	Assemblée générale des actionnaires Conseil d'administration ou Structure duale dotée d'un Directoire et d'un Conseil de surveillance (Conseil de	Répartition des sièges fixée par les statuts Assemblée générale Conseil d'administration et/ou Bureau	Une personne = une voix, sauf cas de constitution de collèges de membres (3 au maximum), un collège ne pouvant disposer plus de 50% et moins de 10% des voix.

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
				surveillance nomme les membres du Directoire ou le DG unique – art. L.225-59 C. com.) Le Président et le DG sont nommés par le Conseil d'administration ou le Conseil de surveillance **Contrôle des collectivités actionnaires**	surveillance nomme les membres du Directoire ou le DG unique – art. L.225-59 C. com.) Le Président et le DG sont nommés par le Conseil d'administration ou le Conseil de surveillance		Par dérogation au code du commerce, possibilité de nomination d'un salarié au poste de directeur, gérant, au conseil d'administration ou de surveillance.
Régime comptable	Comptabilité publique ou comptabilité privée	Comptabilité publique	Comptabilité publique	Comptabilité privée	Comptabilité privée	Comptabilité privée – Application de la comptabilité public recommandée	Comptabilité privée
Personnel			- Personnel mis à disposition ou détaché - Personnel propre : statut de droit public si service public administratif et statut de droit privé si service public industriel et commercial, à l'exception du comptable et du Directeur	- Personnel soumis au droit privé - Personnel mis à disposition ou détaché	- Personnel soumis au droit privé - Personnel mis à disposition ou détaché	- Personnel mis à disposition ou détaché - Personnel propre de droit privé	- Personnel soumis au droit privé - Personnel mis à disposition ou détaché - Présence possible de bénévoles.
Ressources	- Contributions des membres au fonctionnement - produit de l'exploitation - Subventions, dons, legs	- Contributions des membres au fonctionnement - produit de l'exploitation - Subventions, dons, legs	- Contributions des membres au fonctionnement - produit de l'exploitation - Subventions, dons, legs	- Capital social (apports) - produits de l'exploitation - recours à l'emprunt, également pour le fonctionnement en début d'activité	- Capital social (apports) - produits de l'exploitation - recours à l'emprunt,	- Subventions, fonds propres, cotisations des membres, dons manuels, quêtes. - produit de l'exploitation - recours à l'emprunt	- Capital social (apports) - produits de l'exploitation - recours à l'emprunt, - subventions, dons, legs

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
Contrôles administratifs et Financiers internes et externes	Contrôle Général et Technique exercé par un Commissaire du Gouvernement Contrôle économique et financier exercé par un contrôleur d'Etat et la Cour des Comptes.	Contrôle budgétaire et financier identique aux communes de plus de 3000 habitants. Contrôle de légalité préfectoral	Contrôle budgétaire et financier identique aux communes Contrôle de légalité préfectoral	- Commissaire aux comptes ;	- Commissaire aux comptes ;	- Cour des comptes - Commissaire aux comptes	- Commissaire aux comptes - Contrôle interne (« révision ») de sa situation financière et sa gestion à destination des associés (en général tous les 5 ans).
Fiscalité	Transparence du GIP vis-à-vis de l'IS et imposition des membres pour la part des bénéfices correspondants à leur droit dans le groupement. En tant qu'organisme de de droit public, non assujettissement à TVA sauf si distorsion de concurrence.	Dans le champ d'application de la TVA. (soumission des cotisations des membres notamment à la TVA) Exclus du champ d'application de l'IS	Non soumis à l'IS Dans le champ d'application de la TVA au regard de l'activité. (soumission des cotisations des membres notamment à la TVA)	La SPL se voit appliquer la fiscalité des sociétés commerciales, i.e Impôt sur les Sociétés, TVA, quel que soit le destinataire de la prestation.	La SEML se voit appliquer la fiscalité des sociétés commerciales, i.e Impôt sur les Sociétés, TVA, quel que soit le destinataire de la prestation.	Non soumis à la TVA et à l'impôt sur les sociétés sauf s'il exerce son activité selon des méthodes similaires à celles des entreprises commerciales.	Fiscalité des sociétés commerciales, i.e impôt sur les sociétés, TVA, CET. Particularité concernant l'IS : la part des excédents mis en réserves impartageables est déductible de l'assiette.
Relations avec les membres		**Mise en concurrence,** Soumission au CMP DSP Concession de travaux	**Pas de mise en concurrence** pour des prestations envers les membres.	**Pas de mise en concurrence** si conditions « in house » remplies	**Mise en concurrence**, l'existence d'une relation « in house » n'étant pas reconnue du fait de la présence de personnes privées. Soumission au CMP DSP Concession de travaux	**Mise en concurrence** **SAUF dans le cas d'une** association « transparente » si conditions « in house » remplies	**Mise en concurrence par les collectivités publiques**
Régime des contrats avec les tiers	Non soumis aux règles de mise en concurrence	Non soumis aux règles de mise en concurrence	Soumission au CMP DSP Concession de travaux	Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 Concession de travaux	Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005	Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005	Non soumis aux règles de mise en concurrence de l'ordonnance de 2005 sauf cas particulier.

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
Synthèse AVANTAGES	Peut regrouper des personnes morales de droit public et privé.	- Peut être composé de personnes de droit public et privé.	- Permet le regroupement du plus grand nombre d'acteurs publics. - Fiscalité des collectivités territoriales : pas d'IS - Absence de mise en concurrence pour les prestations aux membres, dans les conditions du « in house » Comptabilité privée : recours à l'emprunt possible, y compris pour l'exploitation. Intéressant en phase de lancement.	- Absence de mise en concurrence pour les prestations aux membres, dans les conditions du « in house » Comptabilité privée : recours à l'emprunt possible, y compris pour l'exploitation. Intéressant en phase de lancement.	- Peut être composé de certaines personnes de droit public et de personnes de droit privé. - Comptabilité privée : recours à l'emprunt possible, y compris pour l'exploitation. Intéressant en phase de lancement.	- Peut être composé de personnes de droit public et privé. -Création, Objet et gouvernance libre. - Comptabilité privée : recours à l'emprunt possible, y compris pour l'exploitation. Intéressant en phase de lancement.	- Peut être composé de collectivités publiques et de diverses catégories de personnes physique et morales. - Non soumis aux règles de l'ordonnance de 2005 pour les contrats qu'elle passe avec des tiers sauf cas particulier

	Groupement d'Intérêt Public	Association Syndicale Autorisée (ASA)	Syndicat mixte ouvert	SPL	SEML	Association	Société Coopérative d'Intérêt Collectif
Synthèse INCONVENIENTS	Interdiction faite aux collectivités territoriales de créer un GIP avec des personnes privées pour toutes les activités qu'elles pourraient confier à un EPCI » ou un syndicat mixte	- L'appartenance implique la qualité de propriétaire. - Membres : exclusion des structures porteuses des SAGE, de la Chambre d'Agriculture, des Agences de l'Eau et des structures associatives, dont l'objet ne convient pas à l'ASA. - Soumise aux règles du Code des marchés publics pour les marchés conclus avec des tiers. - Dans le champ d'application de la TVA (cotisation des membres notamment)	- Ne peut pas comprendre des personnes de droit privé. - Les membres doivent nécessairement détenir la compétence « création et gestion de retenues collectives de substitution » et ne pas l'avoir déjà transférée notamment si le syndicat mixte ne se limite pas à des études mais a une mission opérationnelle.	- Ne peut pas comprendre des personnes de droit privé et certaines catégories de personnes publiques.. - Interventions limitées aux missions qui leur sont confiées et aux territoires des collectivités publiques actionnaires. - Fiscalité des sociétés commerciales : TVA, IS - Soumission à l'ordonnance de 2005 pour les contrats qu'elle conclut avec des tiers	- Ne peut pas comprendre des personnes de droit public autres que collectivités territoriales et leurs groupements. - Fiscalité des sociétés commerciales : TVA, IS - Pas de in house entre une SEM et ses actionnaires publics ce qui impose le respect des règles de la commande publique entre la SEM et ses actionnaires publics. - Soumission à l'ordonnance de 2005 pour les contrats qu'elle conclut avec des tiers.	- Mise en concurrence nécessaire pour les prestations aux membres, sauf cas de l'association transparente.	- . Incertitude sur la possibilité pour les personnes publiques autres que des collectivités publiques d'en être sociétaire. - Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent détenir plus de 20% du capital. - difficultés pour les collectivités publiques de faire entendre leurs voix au sein d'une SCIC très élargie. - réflexion délicate à mener en amont sur la gouvernance de la future SCIC - Agrément préfectoral renouvelable tous les 5 ans. - Mise en concurrence nécessaire de la SCIC pour les prestations rendues aux collectivités publiques soumises aux règles de la commande publique.