

FICHE N°1

LA CREATION D'UN GIP

Qu'est-ce qu'un groupement d'intérêt public ?

La loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dite loi Warsmann, apporte une définition du groupement d'intérêt public et lui donne un statut législatif commun.

La loi précitée laisse, d'une part, les membres constitutifs libres de créer ce type d'organisme dès lors que son objet est d'exercer ensemble des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice¹ et, d'autre part, permet que le GIP ait une durée indéterminée si c'est le choix de ses membres.

Un GIP est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention approuvée par l'État 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 quel qu'en soit le domaine (les activités marchandes ne sont pas exclues) et les fins opérationnelles, pour une durée adaptée à ces activités (elle peut être illimitée).

La loi indique que les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public doivent détenir ensemble plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants.

Les dispositions de la loi Warsmann ont été complétées par les textes suivants :

- Décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public,
- Arrêté du 23 mars 2012 pris en application de l'article 3 du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux GIP,
- Instruction de la direction générale des finances publiques du 27 février 2013 relative à la création d'un statut commun des GIP,
- Circulaire n° 5647 / SG du Premier ministre du 9 avril 2013 relative au recours aux agences
- Circulaire du 17 septembre 2013 relative à la mise en œuvre du décret n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public

Quatre éléments principaux caractérisent un GIP :

1 - Un GIP est une personne morale de droit public, soumise à un régime spécifique.

Le GIP se distingue ainsi des établissements publics².

La personnalité morale de droit public implique que le GIP dispose de pouvoirs exorbitants du droit commun. Les actes unilatéraux qu'il prend peuvent être, dans certains cas, des actes administratifs. Les contrats qu'il conclut peuvent être, dans certaines conditions, des contrats administratifs.

¹ Jusqu'à présent, le domaine dans lequel un GIP pouvait être créé était fixé par une loi.

² Trib. confl., 14 févr. 2000, *GIP Habitat et interventions sociales pour les mal-logés* : « le législateur a entendu faire des groupements d'intérêt public des personnes publiques soumises à un régime spécifique ; que ce dernier se caractérise, sous la seule réserve de l'application par analogie à ces groupements des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui fondent la compétence de la loi en matière de création d'établissements publics proprement dits, par une absence de soumission de plein droit de ces groupements aux lois et règlements régissant les établissements publics »

Ses personnels peuvent être soumis, si la convention constitutive le prévoit, à un régime de droit public.

2 - La convention constitutive : texte institutif du GIP.

La convention constitutive porte création du GIP et traduit un accord sans ambiguïté entre les futurs membres du groupement. La convention précise les objectifs poursuivis par le GIP, les actions à mener, les moyens sur plusieurs années pour les réaliser et l'organisation retenue.

La rédaction de la convention constitutive est laissée à l'appréciation des membres du groupement. Toutefois, cette liberté laissée pour la rédaction de la convention constitutive est encadrée de deux manières. La convention est soumise à l'approbation de l'État. Elle doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires prévues par les textes régissant les GIP dont il est fait mention dans le présent guide³.

La création d'un GIP n'est soumise a priori à aucune exigence de publicité et de mise en concurrence. En cas de contentieux, le juge s'assure néanmoins qu'une telle création ne constitue pas un détournement des règles de la commande publique⁴. Le Conseil d'État a, à cet égard, précisé qu'en créant avec une société un GIP destiné à reprendre des activités qu'elle exerce jusqu'ici, une personne publique doit être regardée comme ayant renoncé à mettre en œuvre de telles activités dans le cadre de ses missions de service public exercées à titre *facultatif*, et ne peut être regardée par suite comme ayant confié la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé⁵. À l'inverse, lorsque serait en cause une mission de service public exercée à titre *obligatoire*, la création d'un groupement pourrait être regardée comme une délégation de service public.

Comme l'a souligné la Commission européenne, ni la législation européenne ni la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ne reconnaissent explicitement le transfert de compétences (document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs en date du 04/10/2011, SEC 2011, point 4.1). Toutefois, la CJUE semble admettre que certaines circonstances puissent relever d'une réorganisation interne aux États plutôt que du droit de la commande publique (voy. par ex. CJUE, 20 octobre 2005, Commission/ France, aff C-264/03 et CJUE, 18 décembre 2007, Commission/ Irlande, aff C-532/03). La reconnaissance d'une telle réorganisation supposerait, à tout le moins, que l'entité bénéficiaire du transfert de compétences exerce en toute indépendance et sous sa propre responsabilité les missions qui lui sont nouvellement confiées. Ainsi, sous réserve de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique de portée générale, la collectivité publique initialement compétente ne devrait plus s'immiscer dans l'exercice des activités relevant de la compétence de la nouvelle entité.

3 - Mission d'intérêt général.

Le groupement doit nécessairement exercer une activité d'intérêt général. Cette notion, à laquelle aucune définition précise ne correspond, est souple. Elle « *peut ainsi évoluer en fonction des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société* »⁶. Il convient donc de prendre en considération la nature de l'activité envisagée, le public visé, ses modalités de mise en œuvre et de se référer aux qualifications opérées par le juge administratif pour apprécier la nature de l'activité envisagée.

Pour autant, les GIP n'ont pas vocation à se voir confier la définition ou la mise en œuvre d'une politique publique nationale. Tout au plus, peuvent-ils se voir confier une fonction d'appui ou de mise en place d'éléments d'une politique publique⁷ ; ce principe découle de l'article 98 de la loi du 17 mai 2011. La création d'un GIP y dérogeant nécessite donc l'intervention du législateur. Cette hypothèse concerne en particulier le recours au statut de GIP pour l'institution d'agences nationales, qui sont des organismes disposant d'une

³ Voir la fiche 2 – mentions obligatoires et facultatives de la convention constitutive.

⁴ CE 4 mars 2009, n° 300481, 1^e et 6^e s.-s., *Synd. nat. des industries d'information de santé*, p. 76 ; AJDA 2009 p. 458 et 891, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2009, 423, obs. R. Noguellou ; RFDA 2009 p. 759, note B. Apollis.

⁵ CE 10 nov. 2010, n° 319109, 7^e et 2^e s.-s., *Soc. Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement*, concl. F. Lenica, AJDA 2010, p. 2380.

⁶ Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.

⁷ Conseil d'État, Assemblée générale, *avis sur le projet de loi portant ratification de l'ordonnance n° 2019-207 du 20 mars 2019 relative aux voies réservées et à la police de la circulation pour les jeux Olympiques et Paralympiques de 2024*, 6 juin 2019, n° 397803.

forte autonomie de gestion et apportant un concours décisif et structurant dans la mise en œuvre d'une politique publique nationale. Dans ce cas, la loi doit alors également prévoir des règles assurant le respect des prérogatives du Gouvernement résultant des articles 20 et 21 de la Constitution et confier à l'État des moyens de contrôle adéquats, tels la désignation d'un commissaire du Gouvernement et la soumission du groupement au contrôle économique et financier de l'Etat, qui sont des facultés offertes par les articles 114 et 115 de la loi du 17 mai 2011⁸. Le statut de GIP n'a toutefois pas vocation à demeurer pérenne s'agissant des agences nationales et devrait, dès lors, dans tous les cas, se limiter à la phase de leur mise en place⁹.

Ne sont pas exclues, par nature, les interventions des GIP sur un marché, pour autant qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt public et ne soient pas de nature à fausser le libre jeu de la concurrence¹⁰. L'article 98 de la loi du 17 mai 2011 interdit que les activités du groupement revêtent un caractère lucratif. Une telle exigence ne signifie pas qu'un GIP ne doit pas réaliser d'excédents mais seulement qu'il ne doit pas tendre à cela et qu'il ne donne pas lieu à partage de bénéfices¹¹. Les éventuels excédents dégagés peuvent, en cours de fonctionnement, être affectés sur l'exercice ultérieur à titre de provisions et seront dévolus entre les membres du GIP à sa dissolution à titre de boni de liquidation. Ainsi, cet impératif ne s'oppose pas à ce que le groupement exerce une activité industrielle et commerciale.

4 - Composition d'un GIP.

Un GIP est composé de plusieurs membres, exclusivement des personnes morales et doit nécessairement comporter au moins une personne morale de droit public. Ainsi, peuvent être membres d'un groupement l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que, le cas échéant, des personnes morales de droit public sui generis (exemple : la Caisse des dépôts et consignations) et éventuellement un ou plusieurs autres groupements d'intérêt public.

Une personne morale de droit privé exerçant une mission de service public ou non peut également être membre du groupement.

Les personnes morales étrangères peuvent participer à un groupement d'intérêt public. Leur participation s'effectue, sauf exceptions, dans les mêmes conditions que les personnes morales françaises de droit privé.

Comme le précise l'instruction du 27 février 2013 relative à la création d'un statut commun des groupements d'intérêt public, il convient de différencier GIP national et GIP local.

Est considéré comme « local » un GIP dont les collectivités locales, leurs établissements publics, les établissements publics locaux d'enseignement, les établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricoles, les établissements publics locaux d'enseignement maritimes et aquacole détiennent conjointement plus de la moitié des voix au sein de l'organe délibérant du groupement ou plus de la moitié du capital.

Un GIP sera « national » dans les autres cas.

La nature locale ou nationale d'un GIP est fonction des personnes morales qui le composent.

Exemple : si un groupement est composé de personnes morales de droit privé et du Préfet, ce sera un GIP national, dans la mesure où le groupement ne compte aucune collectivité locale parmi ses membres, et le Préfet, représentant de l'État, est l'un de ses membres.

⁸ Même avis du Conseil d'État.

⁹ Même avis du Conseil d'État.

¹⁰ CE 31 mai 2006, n° 275531, Assemblée, *Ordre des avocats au barreau de Paris*.

¹¹ Art. 107 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 : « Le groupement d'intérêt public ne donne pas lieu au partage de bénéfices. Les excédents annuels de la gestion ne peuvent qu'être utilisés à des fins correspondant à l'objet du groupement ou mis en réserve. » Une telle analyse correspond à la position de jurisprudence qui fait prévaloir l'objet lucratif de l'activité sur son résultat final (cf. sur le caractère lucratif d'une activité CE 8 oct. 1990, *Ville de Toulouse c/ M. Mirguet*, p.290, concl. M. Pochard ; CE 3 nov. 1999, n° 185474, 10^e et 7^e s.-s., *Marajo*, concl. A. Daussun).

Pourquoi créer un groupement d'intérêt public ?

Créée en 1982 pour les besoins de la politique de la recherche, le GIP est un mode d'action publique partenarial qui a progressivement été utilisé dans de très nombreux domaines de l'action des personnes publiques, notamment de l'État, suscitant ainsi une grande variété de dispositifs juridiques. La loi du 17 mai 2011 est venue à la fois unifier le droit applicable (certains GIP restent cependant hors de son champ d'application¹²) et innover au fond.

En pratique, l'intérêt du recours aux GIP réside dans la possibilité qu'ils offrent d'individualiser l'exercice d'une activité particulière et d'institutionnaliser un partenariat entre plusieurs personnes morales selon des règles statutaires souples et adaptées.

Un GIP composé uniquement de personnes morales de droit public soumises au régime de la comptabilité publique devra être soumis aux règles de la gestion publique¹³. Ce sont, en ce cas, les dispositions du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique qui trouvent à s'appliquer, selon des modalités différenciées selon que le GIP relève ou non de la catégorie des administrations publiques (APU) au sens de la réglementation européenne (règlement CE n°2223/96 du Conseil du 25 juin 1996).

Si un GIP compte parmi ses membres une personne morale non soumise au régime de la comptabilité publique, les parties contractantes disposent de la possibilité de soumettre le groupement créé soit aux règles de la comptabilité publique, soit aux règles de la comptabilité privée.

*

L'originalité de cette forme d'organisation tient à son caractère mixte :

- à la différence de l'établissement public, le GIP est un organisme public dont l'économie est fondamentalement contractuelle. La convention, comme tout contrat, « forme la loi des parties ». Elle doit, notamment, exposer clairement les raisons et les buts pour lesquels les parties prenantes se sont groupées (*l'affectio societatis*), préciser les *apports* et l'amplitude des *engagements* de chacune ainsi que le *processus de décision* qui en procède, prévoir enfin les *modalités d'évolution* (adhésion, sortie, dissolution) du groupement.
- toutefois, le groupement servant l'intérêt général et vivant partiellement de crédits publics, la liberté laissée aux parties pour rédiger la convention se trouve soumise à deux restrictions : le contrat doit être approuvé par l'État et il doit comporter des mentions obligatoires.

En 2013, près de 400 GIP ayant pour membre l'État ou un organisme contrôlé par l'État (établissements publics notamment) étaient en activité. Le recours aux GIP, qui peut être adapté à certaines situations ne doit pas aboutir à une dispersion durable des moyens publics (les GIP pouvant désormais être à durée illimitée).

a) A cet égard, il faut d'abord rappeler que le Conseil d'État a recommandé d'écarter le recours au GIP « *lorsque l'action de l'administration peut être facilitée par une simple adaptation des procédures ou par une amélioration de l'organisation ministérielle ou de la coordination administrative. La création de GIP fictifs sans réelle participation des partenaires, dans le seul but d'obtenir des financements assurés par les subventions versées à des personnes publiques impliquées, est à proscrire* »¹⁴.

¹² Art. 121 et 122 de la loi du 17 mai 2011.

¹³ Art. 122 de la loi du 17 mai 2011.

¹⁴ Conseil d'État, 1997, Les Groupements d'intérêt public, p. 30-31.

La circulaire du Premier ministre du 9 avril 2013 relative aux modalités d'organisation des services de l'État et au recours à la formule de « l'agence » s'inscrit dans la même perspective en proscrivant tout recours au GIP par l'État qui ne serait justifié que par la volonté d'assurer la préservation ou la sanctuarisation de moyens, ou d'accorder une meilleure visibilité à une politique publique prioritaire ou encore de créer un régime juridique dérogeant au droit commun des administrations (statut des personnels ou règles de l'achat public, par exemple).

Elle impose l'étude préalable d'opportunité et d'impact dont la mise en œuvre sera évoquée plus loin.

Une attention particulière doit donc être portée au fait que le but assigné à un GIP ne saurait consister en réalité ni à consolider voire pérenniser un financement ou une subvention, ni à permettre aux parties prenantes publiques d'échapper aux règles qui leur sont applicables. Il convient également d'apprécier si le but assigné au GIP ne pourrait pas être atteint à la faveur d'une simple réforme interne à l'administration.

b) Le recours à une forme d'organisation contractuelle qui n'est pas tout à fait « naturelle » pour l'administration, peut cependant contribuer à l'efficacité de l'action de l'État et à l'efficience de la gestion administrative. Sur ce point, l'intérêt du statut de GIP trouve diverses illustrations dans l'extension progressive de son utilisation.

D'une manière générale, la création en 1982 du statut de GIP a offert à l'administration un moyen d'action à la fois moins lourd et contraignant que le statut d'établissement public et aussi souple et beaucoup plus sûr que le statut associatif.

Le GIP a dans un premier temps constitué un instrument adapté à la gestion par projet, qui induit fréquemment la construction de partenariats opérationnels et financiers avec des personnes morales publiques ou privées sur des durées prévisibles et restreintes. Bien adapté à la politique de la recherche, la formule du GIP a essaimé dans la plupart des autres domaines pour servir à la gestion de toutes sortes d'opérations ponctuelles impliquant une pluralité d'acteurs, qu'il s'agisse de l'organisation de grands événements sportifs ou culturels ou de la réalisation de grands projets industriels et de recherche.

Le GIP est ensuite apparu comme un mode d'organisation adapté à la mise en œuvre dans la durée de politiques publiques confiée à plusieurs autorités (par exemple la politique de santé, partagée entre l'État et les partenaires sociaux) ou à la déclinaison locale de politiques nationales (accès au droit, formation professionnelle...) ou encore au portage de grands sujets sociétaux (plan cancer...). En reconnaissant qu'un GIP pouvait être constitué sans limitation de durée, la loi Warsmann a reconnu le caractère virtuellement illimité de l'« administration partagée ».

Il ressort de ce qui précède que le recours à la forme du GIP satisfait bien à une triple exigence de souplesse de fonctionnement, de partage des financements et de création de valeur additionnelle, qu'il convient de rapprocher de celle, plus actuelle que jamais, d'une action publique plus agile et plus efficiente.

Dans le même temps, il faut concevoir que, dans le cadre d'un GIP, l'État n'est plus qu'une partie parmi d'autres dans des processus décisionnels et financiers qui peuvent s'avérer complexes et qui peuvent, « techniquement », renvoyer à des principes ou des règles auxquels le gestionnaire public n'est pas nécessairement accoutumé.

c) Dans ce contexte, le dispositif issu de la loi Warsmann et de ses décrets d'application vise à donner à l'État les moyens de s'assurer de leur utilité et de leur viabilité.

Ainsi, pour les GIP dont l'État est membre, l'article 115 de la loi du 17 mai 2011 et l'article 6 du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public permettent ainsi à l'État de soumettre à son contrôle économique et financier les GIP dans lesquels ses intérêts sont impliqués, même si le GIP est constitué entre l'État et des personnes publiques n'appartenant pas à la sphère étatique (collectivités locales, personnes morales de droit privé, etc).

L'article 115 de la loi du 17 mai 2011 et l'article 6 du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public permettent ainsi à l'État de soumettre à son contrôle économique et financier les GIP dans lesquels ses intérêts sont impliqués.

Dès lors, l'instruction de tout projet de création de GIP devra contenir tous les éléments qui permettront :

- aux autorités compétentes (ministres ou autorités déconcentrées) d'approuver ou non sa convention constitutive ;
- aux ministres chargés de l'économie et du budget, si le GIP comprend l'État ou un organisme contrôlé par l'État, de décider de le soumettre ou non au contrôle économique et financier de l'État.

Cette instruction repose d'une part sur l'étude préalable d'opportunité et d'impact prévue par la circulaire du Premier ministre du 9 avril 2013 précitée, d'autre part sur l'avis exigé du directeur départemental ou régional des finances publiques (DDFiP/DRFiP), représentant au niveau déconcentré du ministre chargé du budget et potentiellement futur titulaire du contrôle économique et financier, sur tout projet de convention constitutive, prévu par l'article 99 de la loi du 17 mai 2011 précitée.

L'avis préalable du DDFiP/DRFiP devra, au minimum, contenir des éléments relatifs aux points suivants :

- la réalité et la solidité de l' « *affectio societatis* » : la communauté d'intérêts entre toutes les parties ayant manifesté l'intention de se grouper doit être explicite. C'est l'« engagement réel des partenaires » mentionné par le Conseil d'État (cf. a) supra de la présente rubrique), qui ne peut conduire à ce que l'État, ou toute entité publique contributrice, soit en position de financeur dominant, *a fortiori* quasi-exclusif, du GIP en projet. En effet, la mise en commun des moyens nécessaires à l'exercice des activités du GIP, imposée à ses membres par l'article 98 de la loi du 17 mai 2011, suppose que les apports ne soient pas manifestement déséquilibrés entre ses membres¹⁵ ;
- l'existence d'un modèle économique viable sur la durée : pour les GIP à durée illimitée et à forts enjeux pour l'État, ou toute entité publique contributrice, il pourra s'avérer nécessaire de concevoir un « plan d'affaires » qui ne saurait être confondu avec la production, telle que prévue par la loi du 17 mai 2011 précitée, d'un programme triennal d'activités et de comptes prévisionnels sur la même période. Le plan d'affaires est un document écrit permettant de formaliser le projet de créer un GIP qui doit être concret et cohérent. Il doit présenter l'ensemble des actions qui seront conduites par le groupement et les moyens utilisés pour y parvenir ;
- la consistance des apports, l'exhaustivité de leur comptabilisation et leur incidence sur la gouvernance (répartition des droits de vote), et lors de l'éventuelle liquidation du GIP. Le volume et la nature (qui peut être variée : subventions, mise à disposition de personnel, ressources matérielles...) des apports de chaque partie doivent être précisément attestés, valorisés et retracés dans les comptes prévisionnels. Sauf exception précisément justifiée, les droits sociaux sont en relation sensiblement proportionnelle avec le montant des apports ;
- en cas de liquidation, l'amplitude de l'appel en couverture des engagements du GIP est déterminée par le montant des apports. S'agissant de l'État, ces apports peuvent s'entendre aussi bien des moyens permanents mis à disposition du GIP que des crédits susceptibles de lui être versés au titre de son activité. Le moyen le plus expédient de limiter les engagements de l'État consiste à exiger que le GIP soit doté d'un capital (la loi dispose dans son article 104 que le GIP peut être constitué « *avec ou sans capital* ». v. avis DAJ, note HA).
- la durée de vie du GIP : elle doit être cohérente avec les objectifs que le groupement s'assigne. Un groupement à durée de vie illimitée peut, voire doit, procéder à un réexamen périodique de tout ou partie de ses éléments constitutifs, ne serait-ce que parce que toute structure doit normalement

¹⁵ Conseil d'État, Assemblée générale, avis sur le *projet de loi portant ratification de l'ordonnance n° 2019-207 du 20 mars 2019 relative aux voies réservées et à la police de la circulation pour les jeux Olympiques et Paralympiques de 2024* , 6 juin 2019, n° 397803.

évoluer avec son activité et en fonction de ses résultats. Dans cette perspective, la convention constitutive doit prévoir et organiser précisément la possibilité pour l'une des parties de sortir du groupement sans que cette sortie conduise nécessairement celui-ci à sa dissolution.

Il est recommandé de ne prévoir une durée de vie illimitée dans un GIP que lorsque les actions menées par ce dernier ne peuvent s'accommoder d'un terme même fixé à longue échéance. Même si le prononcé de la dissolution d'un GIP par l'autorité d'approbation est toujours possible, la clause de revoyure imposée par le renouvellement d'une convention constitutive permet de se poser périodiquement la question du maintien ou non du GIP.