



Les études du Conseil d'État

Les établissements publics

Etude adoptée par
l'assemblée générale plénière
le 15 octobre 2009



Sommaire

LISTE DES ABREVIATIONS ET DES ACRONYMES.....	5
INTRODUCTION.....	7
PREMIERE PARTIE : SOUMIS A DES INTERROGATIONS NOUVELLES, LE REGIME DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC N'EST PAS POUR AUTANT REMIS EN CAUSE.....	9
1. MALGRE LES AVANTAGES INHERENTS A LA FORMULE, LA THESE D'UNE « CRISE DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC » S'EST NOURRIE DES EVOLUTIONS RECENTES DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE ET ADMINISTRATIF.....	9
1.1. Technique d'organisation de l'action publique, la formule de l'établissement public présente de nombreux atouts qui expliquent son succès.....	9
1.1.1. Une notion aux origines juridiques lointaines.....	9
1.1.2. Un ensemble d'avantages et de sujétions spécifiques.....	10
1.1.3. Des motifs de création dont la diversité est à la mesure de la souplesse de la formule.....	12
1.1.4. Une formule toujours plébiscitée.....	14
1.2. Les évolutions de l'environnement juridique et administratif ont toutefois nourri la thèse d'une crise de l'établissement public.....	15
1.2.1. Un mode d'organisation apparemment fragilisé par les nouvelles implications du droit économique.....	15
1.2.2. La transformation de grands EPIC en sociétés de capitaux.....	18
1.2.3. L'émergence de modèles ou concepts concurrents.....	19
2. RECENTREE SUR SA VOCATION PREMIERE, LA FORMULE DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC GARDE TOUTEFOIS SA PERTINENCE ET PEUT S'ENRICHIR DE CES EVOLUTIONS.....	23
2.1. Sur le terrain du droit de la concurrence économique, aucune des menaces n'apparaît véritablement dirimante.....	23
2.1.1. Le droit de la concurrence ne remet pas en cause l'existence des établissements publics.....	23
2.1.2. Le droit de la commande publique ne fait pas obstacle à la personnalisation d'un service sous la forme d'un établissement public.....	25
2.2. La formule de l'établissement public garde tout son intérêt.....	27
2.2.1. L'atout de la personnalité morale.....	27
2.2.2. Une formule bien adaptée aux modes actuels d'intervention des personnes publiques.....	29
2.2.3. Un cadre de gestion en phase avec les exigences de la LOLF.....	29
DEUXIEME PARTIE : LA PERENNITE DE LA FORMULE DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC APPELLE CEPENDANT UNE CLARIFICATION DE SES REGLES DE CREATION.....	31
1. LA REPARTITION DES COMPETENCES EN MATIERE DE CREATION D'ETABLISSEMENTS PUBLICS MERITERAIT D'ETRE CLARIFIEE.....	31
1.1. A partir de la Constitution, c'est la jurisprudence qui est venue expliciter les règles de partage entre compétences législative et réglementaire.....	31
1.2. Chacun des deux critères pourrait être clarifié et simplifié.....	34
1.2.1. Le critère de l'exercice de l'activité sous une même tutelle territoriale.....	34
1.2.2. Le critère de la spécialité analogue sur la voie de la simplification ?.....	34
1.3. Une telle clarification doit s'accompagner d'un assouplissement concernant les règles constitutives.....	37

2. L’EXISTENCE DE CATEGORIES D’ETABLISSEMENTS PUBLICS INCARNEES AU NIVEAU LEGISLATIF PAR UN CHEF DE FILE EST, SUR LE LONG TERME, UN FACTEUR DE RIGIDITE, VOIRE D’INSECURITE JURIDIQUE	40
2.1. Les cas de disparition d’un établissement chef de file	41
2.2. Les interrogations soulevées par les cas d’empiètement entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire.....	42
3. LES VOIES POSSIBLES D’EVOLUTION	43
3.1. Il n’y a pas lieu d’abroger ou de modifier l’alinéa de l’article 34 concernant les établissements publics.....	43
3.2. L’adoption d’une loi organique ne paraît pas opportune	46
3.3. Une loi portant fixation d’un cadre relatif aux établissements publics constituerait la meilleure option.....	46
3.4. A défaut, tout devrait être mis en œuvre pour renforcer la sécurité juridique du système	47
 TROISIEME PARTIE : L’ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DES ETABLISSEMENTS PUBLICS PEUVENT EGALEMENT FAIRE L’OBJET D’AMENAGEMENTS VISANT A LEUR CONFERER PLUS DE SOUPLESSE	 49
 1. LA SECURITE JURIDIQUE ENTOURANT LA QUALIFICATION D’UN ETABLISSEMENT COMME ADMINISTRATIF OU INDUSTRIEL ET COMMERCIAL MERITERAIT D’ETRE RENFORCEE	 49
2. LES MOYENS D’ACTION DES ETABLISSEMENTS PUBLICS MERITERAIENT D’ETRE MIEUX AFFIRMES.....	51
2.1. Le mode de financement des établissements : pour une autonomie et une transparence accrues	51
2.2 Pour rester acceptable, la complexité des statuts du personnel des établissements doit être justifiée.....	53
2.3 En principe soumis au régime de droit commun des contrats signés par des personnes publiques, les établissements publics seraient parmi les premiers bénéficiaires des évolutions de celui-ci	54
2.4 L’organisation territoriale des établissements publics : un équilibre qui reste à trouver	55
3. LES RELATIONS DES ETABLISSEMENTS PUBLICS AVEC LEURS TUTELLES DOIVENT FAIRE L’OBJET D’UNE REFLEXION D’ENSEMBLE ET CONNAITRE DES AMENAGEMENTS	56
3.1. Les établissements publics de l’État sont aujourd’hui soumis à des contrôles nombreux	56
3.2. Le constat largement partagé est celui d’un manque de cohérence et d’efficacité des contrôles exercés sur les établissements publics.....	58
3.3. Pour réaffirmer la légitimité de la tutelle, il faut renforcer son efficacité.....	59
 CONCLUSION.....	 61
 TABLEAU DE SYNTHESE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS	 63
 ANNEXES.....	 65
Annexe 1 : Lettre de mission du Premier ministre du 17 février 2006	67
Annexe 2 : composition du groupe de travail	69
Annexe 3 : liste des personnes auditionnées (par ordre alphabétique).....	71
Annexe 4 : Bibliographie.....	73
Annexe 5 : Inventaire des établissements publics.....	75
Annexe 6 : Extraits du guide de légistique relatifs aux établissements publics	89

Liste des abréviations et des acronymes

AAI	Autorité administrative indépendante
ACAM	Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles
Acsé	Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances
ADP	Aéroports de Paris
AFLD	Agence française de lutte contre le dopage
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers
ANACT	Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail
ANAEM	Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations
ANAH	Agence nationale de l'habitat
ANFR	Agence nationale des fréquences
ANPE	Agence nationale pour l'emploi
ANRU	Agence nationale pour la rénovation urbaine
APE	Agence des participations de l'Etat
API	Autorité publique indépendante
ARH	Agence régionale d'hospitalisation
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CAS	Compte d'affectation spéciale
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNC	Centre national de la cinématographie
CNDS	Centre national pour le développement du sport
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
DGDDI	Direction générale des douanes et des droits indirects
EDCE	Études et documents du Conseil d'Etat
EDF	Électricité de France
ENA	École nationale d'administration
EPA	Etablissement public administratif

EPCC	Etablissement public de coopération culturelle
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EPIC	Etablissement public industriel et commercial
EPLE	Etablissement public local d'enseignement
EPST	Établissement public à caractère scientifique et technique
EPSCP	Établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel
ETPT	Equivalent temps plein travaillé
GIS	Groupement d'intérêt scientifique
GIP	Groupement d'intérêt public
IGF	Inspection générale des finances
LNE	Laboratoire national de métrologie et d'essais
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
ONI	Office national de l'immigration
PLF	Projet de loi de finances
RFDA	Revue française de droit administratif
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
SCN	Service à compétence nationale
SPIC	Service public industriel et commercial
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
UGAP	Union générale des groupements d'achats publics
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

Introduction

Cette étude est la troisième que le Conseil d'Etat consacre à l'établissement public. Des deux premières, qui datent de 1971 et 1987, nombre des observations, diagnostics et propositions formulés gardent aujourd'hui toute leur pertinence. Les interrogations des acteurs publics, que ce soit lorsque s'échafaude le projet de création d'un nouvel établissement public, ou bien par la suite, au gré du fonctionnement de cette nouvelle structure, de son évolution, de sa transformation, voire lors de sa suppression, sont, sinon semblables, du moins en partie analogues à ce qu'elles étaient il y a quelques décennies. Le succès de ce mode d'organisation de l'action publique ne s'est d'ailleurs pas démenti : ni la multiplication des groupements d'intérêt public, ni la multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI) n'ont tari le flot des créations d'établissements publics.

Pour autant, les bouleversements qu'a connus l'environnement juridique et administratif des établissements publics justifient que l'on se penche de nouveau sur la formule. Le foisonnement des établissements publics dans des domaines toujours plus variés, son recul, au contraire, dans certains autres, l'abondante jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, dans ses formations consultatives comme contentieuses, l'évolution, enfin, du droit de la concurrence et du droit de la commande publique, notamment sous l'influence du droit communautaire ont, chacun, contribué à dessiner les contours d'une profonde transformation, qui affecte en retour la formule ou le modèle de l'établissement public. Pourquoi créer un établissement public aujourd'hui ? En quoi ce modèle reste-t-il justifié ? Quels sont les règles et principes qui guident une telle entreprise ? Ces règles et ces principes sont-ils tous toujours adaptés et pertinents ?

Sur certaines de ces questions, la présente étude n'entend que renvoyer aux conclusions des précédentes et à ce qui constitue la doctrine du Conseil d'Etat en la matière : il convient de ne créer un établissement public que lorsqu'une telle création est nécessaire et, une fois prise la décision de créer un établissement public, il importe de respecter pleinement le principe de l'autonomie. De même, la préconisation de consulter systématiquement le Conseil d'Etat pour avis lors de l'élaboration d'un projet de texte relatif à un établissement reste pleinement valable, si ce n'est que l'expérience a montré qu'une telle consultation était superflue pour les décrets n'apportant que des modifications de détail. Enfin, l'étude n'entend pas constituer un *vade mecum* visant à accompagner la création d'établissements publics, qui ne ferait que doubler l'outil déjà complet que constitue le guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires en la matière (cf. annexe 6). En outre, les établissements publics locaux ont été très largement laissés hors du champ de la réflexion, en raison des problématiques spécifiques qu'ils présentent tant en ce qui concerne leur création que leur fonctionnement.

Il a paru en revanche important de concentrer la réflexion sur ce qui, dans la lettre de mission du Premier ministre, apparaissait comme la préoccupation centrale du Gouvernement : comment fiabiliser le cadre juridique relatif à la création et au fonctionnement des établissements publics ? A cette fin, la présente étude s'organise selon trois axes :

- en premier lieu, elle explique que s'il est soumis à des interrogations nouvelles, le régime de l'établissement public n'est pas pour autant remis en cause dans son principe même ;
- en deuxième lieu, elle souligne que la pérennité de la formule de l'établissement public appelle cependant une clarification de ses règles de création ;
- enfin, elle expose en quoi l'organisation et le fonctionnement des établissements publics peuvent également faire l'objet d'aménagements visant à leur conférer davantage de souplesse.

Première partie :

Soumis à des interrogations nouvelles, le régime de l'établissement public n'est pas pour autant remis en cause

1. Malgré les avantages inhérents à la formule, la thèse d'une « crise de l'établissement public » s'est nourrie des évolutions récentes de l'environnement juridique et administratif

1.1. Technique d'organisation de l'action publique, la formule de l'établissement public présente de nombreux atouts qui expliquent son succès

1.1.1. Une notion aux origines juridiques lointaines

Il n'est pas inutile, tout d'abord, de revenir brièvement sur les origines de la notion même d'établissement public, cet aperçu rétrospectif étant riche d'enseignements pour qui entend réfléchir à la pertinence de la formule aujourd'hui et à son avenir.

Pour familière qu'elle nous soit devenue, la notion d'établissement public ne repose pas sur des fondements juridiques clairement établis. Le terme, consacré par ses premières mentions dans le code civil en 1804 et dans la loi de finances pour 1813, est progressivement apparu dans les décennies suivant la Révolution française. Il était alors essentiellement employé pour définir les institutions ou les entités qui se substituèrent aux « gens de mainmorte » – communautés, congrégations, collèges ou hôpitaux – qui bénéficiaient d'une pérennité d'existence leur permettant d'échapper aux droits de succession sous l'Ancien Régime et dont la création était soumise à une autorisation de l'Etat, selon un principe posé depuis le XVII^{ème} siècle et réaffirmé par une ordonnance royale de 1749. C'est pour permettre à ces institutions de continuer à bénéficier d'une personnalité morale distincte que la formule de l'établissement public a émergé. Compte tenu des avantages que procurait cette technique d'organisation à ses bénéficiaires, le Conseil d'Etat a, dès un avis de 1806, réaffirmé le principe selon lequel la création d'un établissement public devait être limitée et contrôlée. La notion a donc d'abord servi, de façon plus empirique que juridique, à qualifier et identifier des personnes morales publiques qui ne relevaient d'aucune catégorie existante.

La jurisprudence et la doctrine ont progressivement dessiné les contours de la notion. D'un point de vue pratique d'une part, le contentieux des établissements publics a très tôt permis de préciser les règles régissant leur fonctionnement, que ce soit en ce qui concerne leurs droits d'agir en justice (Cass., 22 mai 1822, *Lafarge*), de transiger (CE, 28 février 1825, *Gelly*), ou de posséder des biens et d'être légataires (Cass., 18 novembre 1834, *Feuchères*). Par un arrêt *Caisse d'épargne de Caen* du 5 mars 1856 (Cass., D. 1856 1. 121), la jurisprudence a en outre nettement distingué les établissements publics, personnes publiques faisant partie intégrante de l'administration, des établissements d'utilité publique. D'autre part, à la préoccupation d'ordre essentiellement patrimonial qui avait été au centre de la notion au cours du XIX^{ème} siècle, s'est ajouté ensuite un autre trait, qui marqua si durablement la formule que l'un et l'autre en vinrent à être systématiquement associés. A l'âge d'or de l'école du service public, l'établissement public fut ainsi consacré comme le mode de gestion par excellence des services publics. Aussi Hauriou

proposait-il de définir l'établissement public comme « un service public personnifié »¹, Léon Duguit comme un « service public patrimonialisé »² ou encore Léon Michoud comme « un service public doué de personnalité ».

Parallèlement à cet effort doctrinal qui avait permis de la doter d'une densité dont elle manquait jusqu'alors, la formule de l'établissement public connut un vif succès, qui marqua sa consécration administrative. Dans l'Entre-deux-guerres, elle devint ainsi l'outil privilégié de la puissance publique pour la gestion de ses monopoles ou son intervention dans les secteurs les plus divers – économiques, sociaux, culturels. Elle fut ensuite, avec la société nationale, l'une des formes opérationnelles de la nationalisation des entreprises privées au sortir de la Seconde Guerre Mondiale.

1.1.2. Un ensemble d'avantages et de sujétions spécifiques

Personne morale de droit public à vocation spéciale créée par une autre personne publique, l'établissement public dispose, du fait même de son statut, d'un certain nombre d'avantages et de sujétions qui font sa spécificité.

Il convient tout d'abord de souligner que la personnalité juridique reste au cœur du régime de l'établissement public. Aussi l'absence de personnalité morale interdit-elle toute qualification d'établissement public (CE, Sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce et d'industrie de Nice et Alpes-Maritimes*, R. p. 174 ; CE, 13 novembre 1968, *Mme Veuve Lévy-Abegnoli et autres*, R. p. 574). Cette caractéristique fait de chaque établissement un sujet de droit, doté d'une autonomie sur le plan tant juridique que financier. Il dispose ainsi de la capacité normative (dans les domaines de sa compétence), de la capacité patrimoniale (propriété et disposition de son patrimoine), de la capacité délictuelle et de celle d'ester en justice. Le juge protège pleinement cette autonomie, en reconnaissant au président ou directeur général d'un établissement public un pouvoir réglementaire d'organisation du service (CE, 4 février 1976, *Section syndicale C.F.D.T du centre psychothérapeutique de Thuir*, R. p. 970) et en censurant les décisions de l'Etat empiétant sur ses compétences (cf. par exemple, pour ce qui est des délocalisations d'établissements, CE, Assemblée, 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, R. p. 168). Une fois retenu le choix de constituer un établissement public distinct de l'Etat, s'impose l'obligation de lui laisser une certaine liberté d'appréciation dans la conduite de sa mission. Le Conseil d'Etat a ainsi écarté des dispositions réglementaires renvoyant l'essentiel des pouvoirs de décision d'un tel établissement au ministre de tutelle (section des finances, 10 avril 2007, n° 308.156, décret relatif au Fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique, ECDE 2008 p. 104). Il a affirmé que le pouvoir de tutelle est exclusif de tout pouvoir hiérarchique à l'égard des dirigeants d'un établissement public (section des finances, 28 novembre 2006, n° 373.553, décret relatif aux personnels des bibliothèques de l'enseignement supérieur ; section de l'intérieur, note, 23 novembre 1994, n° 356.893, décret sur la délégation de signature des ministres, EDCE 1995 p. 213). Il est également exclu que la présidence du conseil d'administration d'un établissement public soit confiée à un membre du gouvernement (Assemblée générale, avis du 3 juillet 2008, n° 381.667 Agence française de développement). Le principe d'autonomie des établissements publics s'oppose aussi à ce que les chefs de représentation à l'étranger de l'Agence française de développement soient placés sous la dépendance hiérarchique des chefs de mission diplomatiques, autorités de l'Etat, au lieu de l'être sous celle du directeur général de l'Agence (section des finances, 7 avril 2009, n° 382.594, décret relatif à l'Agence française de développement). Sur le plan financier, l'autonomie implique de même qu'un établissement public ne puisse pas se voir imposer des dépenses étrangères à son objet (*Cour des Comptes*, 31 mars 1992, R. CComptes, p. 200).

¹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933.

² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Pairs, 1928, 3^{ème} éd.

L'établissement public se définit également de manière fondamentale comme un organisme de droit public et bénéficie à ce titre de prérogatives exorbitantes du droit commun. Les établissements publics, peuvent ainsi, pour la constitution de leur patrimoine immobilier, recourir à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (CE, Assemblée, 17 mars 1972, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/ Levesque*, R. p. 230). Le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) le précise dorénavant explicitement. Leurs biens sont insaisissables (*TC*, 9 décembre 1889, *Association syndicale du Canal Gignac*, R. p. 731 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, *BRGM c/ Société Lloyd Continental* ; art. L. 2311-1 du CGPPP), ce qui leur permet d'échapper aux voies civiles d'exécution et rend inapplicable à leur égard les dispositions issues de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, aujourd'hui codifiées au livre VI du code de commerce. En vertu de l'article L. 2111-1 du CGPPP, qui a mis fin aux hésitations de la doctrine et de la jurisprudence à ce sujet, les établissements publics peuvent en effet posséder un domaine public propre, composé des biens leur appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. Ils bénéficient aussi, pour ceux d'entre eux qui sont dotés d'un comptable public, de la prescription quadriennale dans les conditions fixées par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 qui leur est expressément applicable³.

Malgré cette autonomie et les prérogatives qui lui sont reconnues, l'établissement public reste toutefois fortement encadré par les principes de rattachement et de spécialité.

Du premier, découle le fait qu'un établissement public n'a le choix ni de sa création, ni de sa disparition. Il n'est pas non plus maître de l'étendue de son champ de compétences ni de son degré d'autonomie : l'ensemble de ces décisions revient à la personne publique qui le crée, à l'égard de laquelle il n'est jamais rien d'autre que le produit d'un démembrement. Ainsi, le Gouvernement peut décider le transfert de biens, droits et obligations d'universités existantes à une nouvelle université, sans porter atteinte à l'autonomie des établissements (CE, 2 avril 1997, *Université de Lille II*, R. p. 126). En outre, l'autonomie de gestion qu'implique l'attribution de la personnalité morale à un établissement public ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire impose à l'ensemble des établissements publics de l'Etat d'avoir recours à des prestataires déterminés bénéficiant d'un droit exclusif légalement attribué et fixe le régime juridique des contrats administratifs passés par les établissements publics de l'Etat, entre eux ou avec des services de l'Etat, pour les besoins de leurs missions d'intérêt général (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, R. p. 20).

Du principe de spécialité, consacré comme principe général du droit (CE, Sect., 4 mars 1938, *Consorts le Clerc*, R. p. 229), **il découle qu'un établissement public a un champ d'action limité** à celui circonscrit par le périmètre de ses missions. Ainsi l'ENA n'est, par exemple, pas recevable à contester les mesures prises à l'égard de ses anciens élèves au cours de leur carrière (CE, 4 juin 1954, *E.N.A.*, R. p. 337) ; plus important, les établissements ne peuvent pas passer des marchés dans des domaines qui ne relèvent pas de leur champ de compétence (CE, 28 septembre 1984, *Conseil national de l'ordre des architectes de Bourgogne*, R. p. 309). Le Conseil d'Etat a toutefois admis une conception plus souple de ce principe, notamment pour ce qui concerne les établissements publics exerçant des activités économiques (CE, 23 juin 1965, *Société aérienne de recherches minières*, R. p. 380 ; Avis de l'Assemblée générale, 7 juillet 1994, n° 356089, *EDF-GDF, Grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} édition n° 31). Selon cette

³ Art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics : « Sont prescrites, au profit de l'Etat, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. / Sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public. »

conception, le principe de spécialité interdit à un établissement d'exercer des activités étrangères à sa mission, sauf si ces activités en sont le complément normal et sont directement utiles pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci (CE, 29 décembre 1999, *Société consortium français de localisation*, R. p. 816). L'objet de la mission d'un établissement public peut, en outre, à tout moment être complété ou précisé par un acte réglementaire ou par la loi s'il constitue à lui seul une catégorie d'établissement public. La loi du 14 décembre 2002 est ainsi intervenue pour autoriser expressément la RATP à exploiter des réseaux de transport de voyageurs hors de la région parisienne.

1.1.3. Des motifs de création dont la diversité est à la mesure de la souplesse de la formule

Le premier avantage de la formule de l'établissement public réside dans sa plasticité, qui lui permet de répondre à une très grande variété d'objectifs. C'est pourquoi, ainsi que le relevaient les précédentes études du Conseil d'Etat en abordant cette question, il est au mieux difficile, au pire vain, de tenter de recenser les motifs justifiant le recours à cette technique d'organisation. Il importe toutefois de procéder, même sommairement, à un tel inventaire, afin de déterminer ensuite si ces attentes sont légitimes et si elles se voient confirmées par la réalité administrative. A ce titre, l'on peut constater que la majeure partie des motivations énumérées dans les précédentes études restent aujourd'hui d'actualité.

C'est tout d'abord la nature particulière de la mission d'intérêt général en cause qui peut justifier le recours à la formule de l'établissement public. Il peut ainsi s'agir de conférer une autonomie de gestion dans certains domaines où le souci d'indépendance est consubstantiel à la mission exercée, comme c'est par exemple le cas en matière d'enseignement et de recherche. Dans les champs sociaux, médicaux et scientifiques, artistiques et intellectuels, la souplesse du statut répond à des préoccupations analogues, auxquelles s'ajoute la volonté de permettre, voire de susciter, des libéralités ou des dons : on confiera plus facilement sa collection personnelle à un musée qu'à une direction du ministère de la Culture.

La création d'établissements publics peut, dans d'autres cas, répondre à la volonté d'optimiser l'exercice d'une mission par une personne publique. Lorsque la gestion en régie d'une activité devient trop lourde, le recours à la formule de l'établissement public peut s'avérer judicieux et permettre une meilleure adéquation entre les missions et les moyens. C'est également le cas lorsqu'il s'agit d'organiser une administration comportant une part importante de prestations ou d'activités opérationnelles, qu'il s'agisse de construire, vendre, produire ou acheter. Le recours à la formule de l'établissement public permet aussi une plus grande liberté en matière d'organisation ou d'implantation sur le territoire. Enfin, il permet également de faire financer le fonctionnement du service public par les usagers, et non par les contribuables.

La formule est sollicitée encore pour associer plus directement d'autres personnes à l'exercice de certaines missions : participation des usagers ou du personnel à la gestion du service public, coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales. Cette logique participative fonctionne aussi à un deuxième degré, un établissement public pouvant, plus facilement que l'Etat, diversifier ses moyens d'action en concluant des partenariats avec d'autres personnes morales dont l'activité est proche de la sienne, ou même « au carré », certains établissements publics pouvant participer, avec d'autres personnes morales, à la création et au fonctionnement d'un autre établissement. La création, par la loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002, dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 1431-1 du code général des collectivités territoriales, des établissements publics de coopération culturelle, créés conjointement par des collectivités et l'Etat ou des établissements publics nationaux, est une éloquente illustration de la réalité et de l'étendue des besoins en la matière, à l'heure où l'action publique se conçoit de plus en plus comme la mise en œuvre concertée de compétences et de moyens complémentaires.

Il faut enfin souligner que les motifs de création d'un établissement public ne sont pas toujours vertueux. La volonté d'échapper aux rigueurs du droit budgétaire, et notamment au

principe de non-affectation des recettes, trouve dans cette technique d'organisation une voie de légitimation institutionnelle. A cet égard, la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF) a même pu jouer un rôle aggravant puisque, si elle ménage, dans son chapitre III (articles 16 à 23) les traditionnelles exceptions au principe de non-affectation que constituent les budgets annexes, les fonds de concours et les comptes spéciaux (anciennement appelées comptes spéciaux du trésor), parmi lesquels figurent notamment les comptes d'affectation spéciale (CAS), elle exige désormais que pour ces derniers, les recettes soient, « *par nature* », en « *relation directe* » avec les dépenses concernées. Or le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion d'adopter une jurisprudence rigoureuse en la matière, refusant, par exemple, de voir un tel lien entre le produit des amendes payées par les automobilistes identifiés par radar comme ayant commis des infractions au code de la route et la dépense consistant à alléger le coût du financement par emprunt du permis de conduire pour les jeunes (CC, n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, R. p. 168). La volonté de conserver un mécanisme d'affectation a pu conduire, dans certains cas, à créer une personne morale distincte, notamment sous la forme d'un établissement public, le principe de non-affectation ne jouant, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'au sein du budget de l'État. L'un des exemples les plus caractéristiques est la création, par le décret n° 2006-248 du 2 mars 2006, du Centre national pour le développement du sport, destiné à prendre la suite du Fonds du même nom, qui était jusqu'alors un simple compte d'affectation spéciale et auquel le gouvernement souhaitait continuer à affecter des ressources dédiées. On pourrait citer aussi l'Agence de financement des investissements de transport de France (AFITF) créée par le décret n° 2004-1317 du 26 novembre 2004.

Le recours à la formule de l'EPIC peut aussi être, dans les faits, moins motivé par la nature de l'activité en cause que par la volonté d'échapper aux règles de droit commun régissant l'activité de l'administration, en particulier dans deux champs bien connus. Il s'agit en premier lieu de la gestion du personnel : alors que dans les établissements publics administratifs, les statuts de la fonction publique s'appliquent, en vertu de l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983⁴, et que les contractuels sont également soumis à un régime de droit public, quel que soit leur emploi (TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/Conseil de prud'hommes de Lyon*, R. p. 535), la règle est, à l'inverse, que les EPIC sont régis par le droit privé, tant en ce qui concerne les relations individuelles que collectives, à l'exception du directeur et du comptable s'il a qualité de comptable public (jurisprudence constante depuis l'arrêt de section, *Jalenques de Labeau* – CE, 8 mars 1957, R. p. 158). La solution est très large, puisqu'elle s'applique même au fonctionnaire mis en position de détachement (TC, 20 juin 1994, *Barlaud*, R. p. 854).

De façon analogue, le recours à l'établissement public peut permettre d'échapper aux règles parfois jugées contraignantes de la comptabilité publique. En effet, si les établissements publics nationaux sont en principe soumis à la comptabilité publique, qu'ils soient à caractère administratif (art. 154 à 189 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique) ou à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils sont dotés d'un comptable public (art. 190 à 225 du même décret), une simple disposition réglementaire peut suffire pour déroger à cette règle. Cette possibilité est utilisée parfois pour les établissements publics à caractère administratif, souvent pour les établissements publics à caractère industriel.

⁴ « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut ». L'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat énumère les emplois pouvant échapper à cette règle. Il est complété par le décret n° 84-38 du 18 janvier 1984 qui fixe la liste des établissements publics échappant totalement à cette règle : elle comporte depuis l'ajout, par le décret n° 2008-254 du 13 mars 2008, de l'établissement public de la porte Dorée-Cité nationale de l'histoire de l'immigration, 47 établissements publics.

1.1.4. Une formule toujours plébiscitée

L'inventaire figurant en annexe tente de recenser de la façon la plus exacte possible le nombre des établissements publics de l'Etat existant actuellement, ainsi que de rappeler leur secteur d'activité et leur statut juridique. Il est sûrement lacunaire : si on peut le déplorer, il n'en faut pas moins constater qu'aucun travail de tenue et de mise à jour d'un recensement exhaustif des établissements publics n'est mené. A cette absence, qui s'explique par la plasticité inhérente à la formule, employée dans les domaines les plus divers, l'on peut voir au moins deux conséquences regrettables. D'une part, sans vue d'ensemble des évolutions qu'il connaît non seulement en termes purement statistiques mais aussi en termes de nombre d'emplois ou de montant des crédits concernés, il est difficile de disposer des informations et du recul nécessaires pour évaluer la pertinence de l'établissement public en tant que technique d'organisation administrative. Ceci explique pour partie les fantasmes qui entourent la notion, dont on prophétise peut-être un peu vite, sur la foi de quelques exemples spectaculaires, la crise ou le déclin. D'autre part, le fait qu'un inventaire sûr et actualisé des établissements publics existants ne soit pas aisément disponible a également une incidence directe sur la fiabilité du mode de création des nouveaux établissements publics, parfois assimilés – ou non – à d'autres au sein d'une même catégorie selon une logique relevant plus de l'empirisme que de la rationalité.

On peut estimer que le nombre d'établissements publics nationaux, c'est-à-dire relevant de l'Etat, avoisine les 800⁵. Encore faut-il immédiatement préciser que ce chiffre est en lui-même dépourvu de sens, puisqu'il comporte un nombre non négligeable de « séries » d'établissements qui le gonflent assez artificiellement : ainsi en va-t-il des 30 chancelleries d'université, des 31 centres régionaux de documentation pédagogiques, etc. A l'inverse, l'exclusion des établissements publics locaux du périmètre de l'étude conduit à ne pas décompter d'importantes catégories d'établissements⁶ comme par exemple les quelque 8 000 établissements publics locaux d'enseignement (collèges, lycées, établissements d'enseignement adapté) et les 2 583 établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre⁷, dont il ne faut toutefois pas oublier qu'ils font également partie de la réalité administrative que recouvre la notion.

Au-delà de ce chiffre global, le premier constat qui se dégage de cet inventaire est celui, banal mais toujours aussi frappant, de la remarquable diversité des entités qui se coulent dans le moule de l'établissement public. Cette diversité se manifeste tout d'abord par l'hétérogénéité des statuts, puisqu'on recense environ 65% d'établissements publics à caractère administratif, 20% d'établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et un peu plus de 10% d'établissements publics à caractère industriel et commercial, à quoi il faut ajouter près d'une vingtaine d'établissements publics nationaux sans autre qualification, 9 établissements publics à caractère scientifique et technologiques et une dizaine d'établissements à statut particulier.

Il faut en outre noter que le rythme de création des établissements publics s'est accéléré ces dernières années. Si l'on créait entre 4 à 6 établissements en moyenne à la fin des années 1990, le nombre de créations a crû de façon assez constante pour atteindre 12 nouveaux établissements en 2005 et 15 en 2006. Là encore, une telle indication, purement quantitative, est à manier avec une certaine prudence. Pour partie, elle n'est que le reflet de la création régulière d'institutions nouvelles. Il en va ainsi dans le secteur culturel par exemple, où les dernières années ont été marquées par la création des nouveaux grands établissements (Cité de l'architecture et du patrimoine et Musée du quai Branly en 2004 ; établissement de la Porte Dorée – Cité nationale de l'histoire de l'immigration en 2006), ou encore dans le domaine de

⁵ 782 établissements publics sont recensés en annexe.

⁶ (au sens ordinaire et non pas constitutionnel du terme)

⁷ Source : ministère de l'Intérieur, direction générale des collectivités locales, 2008.

l'enseignement et de la formation, qui a connu pas moins de 22 nouvelles créations d'établissements en dix ans. Certaines créations marquent quant à elles la transformation d'institutions plutôt anciennes en établissements publics – il en va ainsi par exemple du centre d'enseignement zootechnique-ferme de Rambouillet, qui trouve son origine dans la création d'une ferme expérimentale par Louis XVI en 1783, ou encore du centre national de documentation pédagogique et des 31 centres régionaux, tous érigés en établissements publics administratifs par le décret n° 2002-548 du 19 avril 2002.

L'examen des créations de ces dix dernières années montre également l'affirmation d'une tendance plus marquée que les autres, ou peut-être plus nouvelle : on est frappé par l'importance des créations, qui se manifeste aussi par les moyens qui leur sont accordés, d'établissements d'appui ou de prestations. On peut ainsi penser à l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU), créée par la loi n° 2003-170 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, et dont la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable a porté les crédits à 6 milliards d'euros pour la période 2004-2013, ou encore à la Caisse nationale de solidarité et d'autonomie, créée par la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004, dont le budget pour 2008 s'élevait à plus de 17 milliards d'euros.

Cette propension à la grande taille résulte également des opérations de regroupement des établissements publics encouragées par la révision générale des politiques publiques (RGPP) (par ex. : la création de l'Agence de services et de paiement (ASP) résultant de la fusion de l'Agence unique de paiement (AUP) et du centre national pour l'aménagement des structures agricoles (CNASEA) ou la création de l'Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) regroupant les anciens offices d'intervention agricole ou la création d'AgroParisTech né du rapprochement de trois écoles nationales).

1.2. Les évolutions de l'environnement juridique et administratif ont toutefois nourri la thèse d'une crise de l'établissement public

Malgré un succès qui ne se dément pas, en dépit d'une place essentielle dans la réalité administrative d'aujourd'hui, l'établissement public est régulièrement désigné comme un mode de gestion sur le déclin, voire en crise. Certes, force est de constater que l'environnement juridique et administratif dans lequel évolue la notion a considérablement évolué. Il a souvent bouleversé le fonctionnement de l'administration ou le mode de gestion des services publics. Et l'établissement public n'a pas été plus épargné que les autres institutions par ces transformations. Mais il y a tout lieu de croire que loin d'en annoncer la crise, ces reconfigurations constituent au contraire une occasion de redéfinir la notion d'établissement public, en la recentrant sur sa vocation première.

1.2.1. Un mode d'organisation apparemment fragilisé par les nouvelles implications du droit économique

L'une des nouveautés les plus marquantes des deux décennies qui se sont écoulées depuis la dernière étude du Conseil d'Etat consacrée aux établissements publics réside sans conteste dans le développement considérable qu'a connu le droit économique, dans toutes ses dimensions⁸ : droit de la concurrence, droit de la commande publique, aides d'Etat – à tel point que l'on peut véritablement dire que les établissements publics, notamment ceux à caractère industriel et commercial, évoluent aujourd'hui dans un environnement profondément bouleversé au regard de celui qui prévalait il y a une vingtaine d'années.

⁸ Témoignent notamment de l'essor de ces problématiques, les sujets retenus par le Conseil d'Etat pour les considérations générales de son rapport public en 2002 (*Collectivités publiques et concurrence*) et en 2008 (*Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*).

1.2.1.1. Les risques inattendus du démembrement de l'administration de l'État

Alors qu'une telle conséquence n'était, il y a quelques années encore, pas clairement perçue, l'autonomisation d'un service de l'État, sous la forme notamment d'un établissement public, a en principe pour conséquence de soumettre les relations qui s'établissent entre ce dernier et l'administration aux règles du droit commun de la commande publique.

La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'organisation à l'administration, en jugeant notamment qu'aucun principe, notamment pas le principe de liberté du commerce et de l'industrie, ne fait obstacle à ce que l'Etat satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services (légalité, par exemple, de l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie et conforme à l'intérêt général – CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, R. p. 280). Mais il faut noter que cette autonomie ne valait initialement qu'au sein de la même personne morale, ce qui en excluait mécaniquement les relations entre l'Etat et ses établissements. Le Conseil d'Etat a toutefois jugé qu'en érigeant l'Union générale des achats publics (UGAP) en établissement public, en confiant à cet établissement la centralisation des achats de véhicules des administrations de l'Etat, en prévoyant que les commandes passées à l'UGAP seraient dispensées de marchés et en aménageant, pour les achats effectués par l'UGAP, certaines règles du code des marchés, le pouvoir réglementaire s'était borné à prendre des mesures d'organisation des services publics dans le but de permettre, selon les modalités paraissant les plus appropriées, l'approvisionnement des services publics dans de bonnes conditions de qualité et de coût (CE, 29 juillet 1994, *S.A. CAMIF*, R. p. 365⁹). C'était affirmer clairement la liberté qui était celle de l'administration pour s'organiser, en permettant notamment qu'elle passe par la formule de l'établissement public.

Le développement de la jurisprudence communautaire en matière de droit de la commande publique a toutefois pu sembler remettre en cause certaines techniques d'organisation de l'action publique. Dans son arrêt *Teckal*, (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, R. p. I-8121), la CJCE a ainsi rappelé qu'un pouvoir adjudicateur était en principe soumis au droit de la commande publique lorsqu'il souhaitait recourir aux services d'une entité tierce pour l'exécution de certaines prestations. La principale exception intervient lorsque l'administration entretient avec l'opérateur externe auquel elle s'adresse des relations telles qu'elles peuvent être assimilées à des relations dites *in house*. Mais la Cour a retenu une conception plutôt étroite de « l'exception *in house* », exigeant, d'une part, que le pouvoir adjudicateur exerce sur l'organisme auquel il entend faire appel un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et, d'autre part, que l'organisme en question consacre l'essentiel de ses activités à ce pouvoir adjudicateur. La CJCE a initialement appliqué avec une assez grande rigueur le principe qu'elle avait ainsi posé, déniait le caractère *in house* aux relations entre un pouvoir adjudicateur et une société de droit privé dont il est actionnaire aux côtés d'investisseurs privés (CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, R. p. I-1) ou même dans le cas d'une société, détenue intégralement par un pouvoir adjudicateur, mais dont les statuts prévoient que son capital pourra être ouvert à des investisseurs privés, qu'elle pourra développer d'autres activités que celles qu'elle a exercées jusque-là à la demande du pouvoir adjudicateur et qu'elle pourra exercer ses activités à la demande d'autres personnes que lui (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, AJDA 2005, p. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert).

Cette évolution n'est pas sans incidence sur l'activité des établissements publics et, surtout, sur les relations entre les personnes publiques et « leurs » établissements publics. Ainsi, après avoir constaté notamment que l'UGAP était un EPIC sur lequel l'Etat n'exerçait pas,

⁹ Cf. à cet égard les observations ci-dessous p. 16 sur la décision *CAMIF* du 27 juillet 2001, qui est revenue sur l'arrêt de 1994.

en dépit de l'existence de la tutelle, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et par suite qu'il n'entretenait pas des relations *in house* avec cet organisme, le Conseil d'Etat a annulé les dispositions réglementaires dispensant d'appel à la concurrence certains marchés de fournitures conclus entre un pouvoir adjudicateur et cet EPIC (CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, R. p. 402, BJCP 2001 p. 497)¹⁰.

1.2.1.2. Les questions plus spécifiques au régime de l'établissement public

Les principes encadrant l'intervention d'une personne publique sur un marché concurrentiel sont aujourd'hui clairement fixés par la jurisprudence. Ainsi, aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ; en particulier, le statut fiscal et social des établissements publics n'est pas de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence (CE, avis du 16 octobre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, R. p. 492, AJDA 2000 p. 1066, chr. M. Guyomar et P. Collin, RFDA 2001 p. 112). La jurisprudence administrative précise toutefois que pour que soient respectées les exigences de l'égal accès aux marchés publics, l'attribution d'un marché public suppose que le prix proposé par l'EPA soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, que cet EPA n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

La jurisprudence précise encore que, pour intervenir sur un marché, les personnes publiques doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, donc dans le respect du principe de spécialité pour ce qui concerne les établissements publics, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; enfin et surtout qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention « ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci » (CE, Assemblée, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, R. p. 272, AJDA 2006 p. 592, chr. C. Landais et F. Lenica, RJEP 2006 p. 430).

Le régime de l'établissement public suscite régulièrement des interrogations au regard des critères ainsi fixés. Il implique en effet, ainsi qu'on l'a rappelé ci-dessus, un certain nombre de prérogatives propres aux personnes publiques (insaisissabilité des biens, faculté de posséder un domaine public, inapplicabilité des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, faculté de procéder à des expropriations, application de la prescription quadriennale). La question s'est donc posée de savoir si ces prérogatives ne conféraient pas un avantage concurrentiel structurel aux établissements publics intervenant dans un domaine concurrentiel.

Le problème se pose notamment au regard du droit communautaire relatif aux aides d'Etat. La Commission européenne a adopté une position plutôt stricte lorsqu'elle a abordé la question du régime des établissements publics. D'un point de vue général tout d'abord, elle a indiqué, dans une communication du 11 mars 2000 relative à l'application des articles 87 et 88 du traité instituant la communauté européenne, que « constituent [...] une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ». Plus spécifiquement ensuite,

¹⁰ La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services a précisé le cadre juridique applicable aux centrales d'achat. Cf. également l'article 9 du code des marchés publics.

les décisions qu'elle a prises au sujet d'EDF¹¹, du laboratoire national d'essais (LNE)¹² et de La Poste¹³ sont venues confirmer et compléter cette indication¹⁴. La Commission a notamment considéré que l'insaisissabilité des biens des établissements publics et l'inapplicabilité des procédures collectives, instaurent à leur bénéfice une garantie d'Etat illimitée, expliquant les bonnes appréciations qu'ils obtenaient de la part des agences de notation, qui conditionnent le coût pour eux de l'accès au crédit. Il y a tout lieu de penser que la réflexion sur ces sujets s'étendra à d'autres EPIC, à mesure qu'ils passeront d'une situation de monopole à une situation de concurrence, les exposant de fait à la vigilance de la Commission. A cet égard, on peut mentionner que la consultation, lancée par la Commission le 21 décembre 2007, sur des lignes directrices concernant les aides d'Etat aux entreprises ferroviaires, aborde de façon explicite la question.

1.2.2. La transformation de grands EPIC en sociétés de capitaux

Les deux dernières décennies ont également été marquées par la transformation de certains grands établissements publics nationaux en sociétés de capitaux. Même si l'on avait déjà assisté à un tel phénomène par le passé, l'on peut noter que d'une part, il a touché des établissements particulièrement importants et que d'autre part, et contrairement à ce que l'on avait pu constater par le passé, il ne s'est pas accompagné de transformations symétriques d'importance comparable. Sans prétendre à un inventaire exhaustif, on peut notamment ainsi rappeler qu'ont perdu le statut d'établissements publics : France Télécom (loi n° 96-660 du 26 juillet 1996, relative à l'entreprise nationale France Télécom), E.D.F. et G.D.F (loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières) ainsi qu'A.D.P. (loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports), et que le Gouvernement a présenté récemment au Parlement une réforme allant dans le même sens pour La Poste¹⁵. Non sans paradoxe, ces transformations ont souvent été justifiées par les inconvénients inhérents à la formule de l'établissement public. On constate en effet que l'établissement public est soumis à un double feu de critiques : il serait à la fois trop avantageux pour être parfaitement conforme au droit de la concurrence et trop lourd pour permettre le développement d'une activité économique dans des conditions satisfaisantes. A cet égard, plusieurs handicaps sont fréquemment mis en exergue.

Tout d'abord, le compromis, instrument apprécié par les acteurs privés concurrentiels, n'est que très partiellement mobilisable dans le cas des établissements publics. L'article 2060 du code civil interdit en effet tout recours aux clauses compromissaires sur les « contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics (...) », même si le second alinéa précise que, par dérogation à cette règle, « des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre »¹⁶.

¹¹ Lettre du 4 avril 2003 (2003/C 164 /03), notifiant à la France la décision de la Commission d'ouvrir la procédure de l'article 88§2 TCE concernant la mesure d'aide en faveur d'EDF sous la forme de la garantie illimitée de l'Etat liée au statut d'EPIC (JOUE C 164/7 du 15 juillet 2003).

¹² Ouverture d'une procédure formelle d'examen le 5 juillet 2005 à l'encontre du Laboratoire national d'essais (n° C/24/2005) JOUE du 22 oct. 2005, C 263/22 ; décision de la Commission du 22 nov. 2006 à propos de l'aide en faveur du Laboratoire national de météorologie et d'essais (C(2006)5477), JOUE 5 avr. 2007, L. 95, p.25.

¹³ Demande adressée le 4 octobre 2006 à la France de mettre fin, avant la fin de l'année 2008, à la garantie illimitée dont bénéficie La Poste en tant que personne morale de droit public, estimant que cette garantie fausse la concurrence.

¹⁴ À noter que cette question ne concerne pas que les établissements publics français – voir en ce sens la décision de la Commission du 25 avril 2007 exigeant la suppression de la garantie illimitée de l'Etat en faveur de la poste polonaise, IP/07/562.

¹⁵ Projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales déposé au Sénat le 29 juillet 2009

¹⁶ Cf., à cet égard, l'état des lieux dressé par *L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques*, rapport à la Garde des Sceaux, ministre de la justice établi sous la direction du président D. Labetoulle, 13 mars 2007, et les

Les établissements publics sont également soumis à des règles de passation des marchés limitant leur liberté contractuelle. Sont ainsi soumis au code des marchés publics, selon son article 2, l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. En outre, nombre d'EPIC sont soumis aux dispositions de 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. Il faut toutefois souligner que la qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice n'est pas liée au statut juridique de l'entité en cause, et qu'elle peut donc concerner un établissement public comme une société anonyme.

Le principe de spécialité limite, comme on l'a déjà dit ci-dessus, la capacité d'adaptation des établissements publics. Il est vrai que les sociétés privées sont également soumises à un objet social, mais celui-ci peut être très largement défini et sa modification reste peu ou prou à la discrétion des dirigeants de l'entreprise, tandis qu'elle nécessite, dans le cas des établissements publics, le recours, selon les cas, au pouvoir réglementaire ou au législateur.

De même, l'absence de capital social empêche les établissements publics de faire appel aux marchés financiers pour financer leur développement et leur croissance externe et limite leurs capacités d'alliances.

S'agissant enfin du personnel et de son statut, on rappellera que l'appréciation de l'incidence de ce facteur est délicate. Ainsi, le Conseil de la concurrence a affirmé « *qu'actuellement, aucune étude ne permet de dire de façon indiscutable si l'emploi d'un personnel fonctionnaire plutôt que salarié de droit privé (...) représente, du point de vue des coûts globaux, un avantage ou un handicap* » (Conseil de la concurrence, avis n° 96-A-10, 25 juin 1996, *Services financiers de La Poste*) et le juge administratif a fait écho à cette position en jugeant que le statut social d'un établissement public administratif n'avait ni pour objet ni pour effet de le placer dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées (*Jean-Louis Bernard consultants*, précité). On rappellera toutefois qu'en droit communautaire, le statut du personnel qui existe dans certains établissements publics peut, dans certains cas, être regardé comme un « désavantage structurel par rapport aux concurrents privés » (cf. TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd c/ Commission*, R. p. II-917, points 52 et suivants). Mais en sens inverse, on objectera d'une part, qu'une convention collective de droit privé ne peut pas être modifiée unilatéralement et que les conditions de sa dénonciation sont très strictes, alors qu'un statut peut faire l'objet de modifications unilatérales d'application et que d'autre part, les personnes publiques ne sont pas tenues de verser des cotisations d'assurance-chômage pour leurs employés (cf. Cass. soc., 29 février 2000, *Compagnie nationale Air France*, RDJ 2001 p. 149, note Hatoux). Quoi qu'il en soit, les éventuels avantages ou inconvénients qui subsisteraient ne sont pas liés au régime de l'établissement public en tant que tel, qui n'impose par lui-même aucun statut déterminé.

1.2.3. L'émergence de modèles ou concepts concurrents

Concomitamment à ces évolutions, le régime de l'établissement public s'est également vu, sinon remis en cause, du moins concurrencé par de nouvelles formes d'organisation ou de gouvernance administrative. L'émergence de ces nouveaux modèles ne doit pas nécessairement être interprétée comme le signe des insuffisances de la formule, ou de son déclin. Mais elle a incontestablement conduit à sa dilution, au sein d'un paysage institutionnel dont on avait pu jusqu'alors penser que, par sa souplesse, l'établissement public pouvait limiter la diversification.

évolutions que ce rapport propose, qui font également l'objet de développements dans le chapitre 2 de la troisième partie, *infra*.

1.2.3.1. La diversification des modes d'organisation administrative

La première nouveauté tient à l'apparition, au tournant des années 1980, de deux nouveaux modes d'organisation administrative, qui se sont par la suite fortement développées.

Apparue pour la première fois en 1982¹⁷, la formule du groupement d'intérêt public s'est affirmée depuis lors comme un mode apprécié d'association des personnes publiques et privées. Dépourvus de statut législatif général, les GIP ont été reconnus comme des personnes morales de droit public à régime spécifique par la jurisprudence (CE, avis de la section de l'intérieur, 15 octobre 1985, EDCE 1986, n° 37, p. 189 ; Les Grands avis du Conseil d'État : Dalloz, 1997, 1^{re} éd., note T. Dal Farra, p. 21 et TC, 14 févr. 2000, *GIP « Habitat et interventions sociales » c/ Mme Verdier*, R. p. 748 ; AJDA 2000, p. 465, chron. M. Guyomar et P. Collin). Soumis aux mêmes règles de création que les établissements publics, ils sont constitués pour une durée limitée, en vue d'exercer des activités ne pouvant donner lieu à la réalisation ou au partage de bénéfices. L'arrêt du Tribunal des conflits *GIP « Habitat et interventions sociales » c/ Mme Verdier* précité a par ailleurs affirmé l'« absence de soumission de plein droit de ces groupements aux lois et règlements régissant les établissements publics », en raison notamment du fait que créés par convention, les GIP auraient rompu avec l'idée qu'un établissement public est créé par l'acte unilatéral d'une personne publique. Plusieurs types de GIP ont été institués par les textes législatifs et réglementaires dans des domaines éminemment divers (recherche, justice, santé, action culturelle, tourisme, aménagement, politique sociale, environnementale). On estime qu'il existe aujourd'hui près d'une quarantaine de catégories de groupements. Dans l'étude qu'il leur a consacrée en 1996, le Conseil d'Etat dénombrait environ 50 groupements créés dans le domaine de la recherche et 112 dans d'autres domaines. Le rythme n'a, depuis, pas décliné, sans que les raisons poussant à la création d'un GIP plutôt que d'un établissement public soient toujours évidentes. Une proposition de loi déposée par le député Jean-Luc Warsmann¹⁸ ambitionne d'unifier le statut de ces GIP dans un texte à portée générale.

Les dernières décennies ont également été marquées par la multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI), depuis la création, par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, de la commission nationale de l'informatique et des libertés, première institution à recevoir cette appellation. Sans revenir sur les difficultés relatives au décompte exact des autorités administratives indépendantes, auxquelles s'était notamment confronté le Conseil d'Etat dans les considérations générales de son rapport public annuel pour 2001, ou, plus récemment, le rapport Gélard de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, on relèvera simplement que la création de telles entités recoupe parfois certains des motifs justifiant le recours à la formule de l'établissement. La volonté d'autonomie et le souhait d'identifier un interlocuteur spécifique pour un secteur, une politique publique ou un domaine particuliers, se retrouvent clairement dans l'une comme dans l'autre formule. Encore faut-il noter que dans le cas des AAI, la volonté d'autonomie va jusqu'à l'exigence d'une indépendance que le Conseil constitutionnel a consacrée comme garantie d'une liberté fondamentale. Quoiqu'il en soit, la création, en trente ans, de près d'une quarantaine d'autorités administratives indépendantes a consacré une nouvelle forme d'exercice du pouvoir réglementaire et d'organisation administrative et a répondu à un besoin que l'établissement public n'a, à tort ou à raison, pas semblé pouvoir remplir.

¹⁷ Initialement dans le domaine de la recherche (article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France).

¹⁸ Proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui fut d'ailleurs la première à être soumise à l'avis du Conseil d'Etat à la suite de la modification de l'article 39 de la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et en vertu de deuxième alinéa de l'article L. 112-1 du code de justice administrative, introduit par la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative. L'Assemblée nationale a adopté la proposition de loi en première lecture.

A mi-chemin entre l'AAI et l'établissement public, sont apparues depuis cinq ans les « autorités publiques indépendantes », dites API¹⁹. Le législateur semble avoir entendu faire émerger une nouvelle catégorie en donnant cette dénomination à cinq personnes morales de droit public récemment créées : l'autorité des marchés financiers (AMF), dotée de la personnalité morale (art. L. 621-1 du code monétaire et financier, issu de la loi du 1^{er} août 2003), la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), instituée par la même loi du 1^{er} août 2003 et devenue depuis l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM, art. L. 30-12 du code des assurances), la Haute autorité de santé (loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie), l'agence française de lutte contre le dopage (AFLD, loi n° 2006-405 du 5 avril 2006, art. L. 3612-1 du code de santé publique et, depuis le 1^{er} janvier 2008, le Haut Conseil du commissariat aux comptes (article 86 de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008).

La formule de l'agence gagne aussi du terrain. Modalité d'organisation et d'action administrative faisant l'objet d'un indéniable engouement, l'agence ne recouvre en réalité aucune formule juridique stable et peut être, par exemple, un établissement public ou même encore un simple service d'une administration. Elle ne nécessite pas en elle-même de créer une nouvelle personne morale. Il peut suffire de développer la pratique des contrats au sein de l'administration, de recourir à la formule des budgets annexes qui, en vertu de l'article 18 de la LOLF, retracent les opérations des services de l'État non dotés de la personnalité morale résultant de leur activité de production de biens ou de prestation de services donnant lieu au paiement de redevances, lorsqu'elles sont effectuées à titre principal par lesdits services, ou enfin de créer des **services à compétence nationale** (SCN) dont l'article 2-1 du décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration modifié prévoit qu'ils peuvent se voir confier « *des fonctions de gestion, d'études techniques ou de formation, des activités de production de biens ou de prestation de services ainsi que toute autre mission à caractère opérationnel présentant un caractère national et correspondant aux attributions du ministre sous l'autorité duquel ils sont placés (...)* » – d'où il résulte toutefois qu'un SCN ne peut exercer de missions territorialisées. Il semble d'ailleurs que dans les pays étrangers où est appliqué de manière beaucoup plus développée le principe de la séparation entre la conception et l'évaluation des politiques publiques, dont les ministères demeurent en charge, et la délivrance des prestations et subventions, confiées à des agences dotées à la fois d'une obligation de résultats et d'une forte autonomie de gestion, ces dernières n'aient pas toujours, loin s'en faut, la personnalité morale ou même un budget propre²⁰.

1.2.3.2. L'apparition du concept budgétaire d'opérateur

A ces nouvelles formes d'organisation administratives s'est ajoutée l'apparition d'un nouveau concept, lui aussi susceptible de marquer une relative dilution de la formule d'établissement public : celui d'opérateur. La notion d'opérateur apparaît ainsi dans la LOLF, qui crée une comptabilité générale de l'Etat caractérisée notamment par l'élaboration d'un bilan devant enregistrer les créances et les dettes de l'Etat sur d'autres personnes morales, et d'abord sur celles qu'il contrôle (notion de bilan consolidé). La LOLF se limite par ailleurs à exiger, au 5° de son article 51, que soit joint au projet de loi de finances de l'année : « (...) *f) Une présentation indicative des emplois rémunérés par les organismes bénéficiaires d'une subvention pour charges de service public prévue au II de l'article 5 et la justification des variations par rapport à la situation existante* ». L'article 5 définit les catégories de charges budgétaires de l'État, parmi lesquelles les subventions pour charges de service public, au titre des dépenses de fonctionnement. L'article 14 de la loi n° 2006-888 du 19 juillet 2006 portant règlement définitif du budget de 2005 a complété le dispositif en imposant en outre que le gouvernement « *dépose,*

¹⁹ Cf notamment « Les autorités publiques indépendantes », M. Degoffe, AJDA 2008, p 622.

²⁰ Voir sur ce point le rapport précité du CAE, p. 102, et B. Abate : *La nouvelle gestion publique*, Paris : LGDJ, 2000, notamment pp. 21-23.

chaque année, sous forme d'une annexe générale au projet de loi de finances de l'année, un rapport récapitulatif, par mission et programme, l'ensemble des opérateurs de l'Etat ou catégories d'opérateurs et les crédits ou les impositions affectées qui leur sont destinés, et présentant, à titre indicatif, le total des emplois rémunérés par eux ou mis à leur disposition par des tiers ». C'était l'une des propositions de la mission d'information parlementaire sur la mise en œuvre de la LOLF (rapport dit Lambert-Migaud), remis au Premier ministre en septembre 2005.

La définition de la notion d'opérateur ne figure dans aucun texte normatif, et en particulier pas dans la LOLF. Le concept a été forgé, à l'origine, par un groupe de travail interne au ministère de l'Economie et des Finances avant d'être repris par le rapport Lambert-Migaud. Trois critères cumulatifs sont fixés par le jaune budgétaire consacré aux opérateurs (PLF 2009) pour les définir :

- l'exercice d'une activité de service public qui puisse se rattacher à la mise en œuvre d'une politique définie par l'État et qui se présente selon la nomenclature mission/programme/action ;
- un financement assuré majoritairement par l'État (subventions, ou ressources fiscales affectées – cf. agences de l'eau), ce qui n'exclut pas que l'opérateur exerce à titre subsidiaire des activités marchandes ;
- un contrôle direct par l'État qui « ne se limite pas à un contrôle économique ou financier mais doit relever d'une tutelle ayant capacité à orienter les décisions stratégiques, que cette faculté s'accompagne ou non d'une participation au conseil d'administration ».

Au total, les contours de cette notion ne sont pas d'une très grande clarté. Le critère du contrôle a par exemple conduit à écarter de la liste des opérateurs des structures telles que les organismes de l'audiovisuel public (au nom de l'indépendance éditoriale) ou les réseaux consulaires (en raison de leur autonomie). Par ailleurs les établissements publics locaux d'enseignement (EPL – collèges et lycées) ont, par convention et par souci de simplicité, été sortis du champ, de même que les participations financières de l'État traitées par le rapport de l'Agence des participations de l'État (APE) sur l'État actionnaire.

Les opérateurs recensés dans la loi de finances pour 2009 relèvent de onze statuts juridiques différents. Il peut certes s'agir de personnes morales de droit public – et principalement alors d'établissements publics, qui représentent 80% du total des opérateurs, essentiellement des EPA (54%) et des EPSCP (20%), mais aussi quelques EPIC (6%)²¹ ; mais pour le reste, on trouve quelques GIP, tels que les ARH, et des organismes de droit privé (associations, SA, GIE, GIS...) ou des entités *sui generis*. La loi de finances pour 2009 vise 655 opérateurs²², dont 70% se rattachant à l'une des 27 « catégories », au sens usuel du terme (universités, ARH, théâtres nationaux...). En termes d'emplois, ils rassemblent 292 270 ETP dont 265 675 ETP au titre du plafond d'emplois fixé en PLF 2009 (à rapporter aux 2 219 035 ETPT de l'État).

La qualification d'opérateur a plusieurs effets, qui sont, pour reprendre les termes de la mission de soutien de l'IGF sur les opérateurs, « la conséquence logique de la reconnaissance d'une filiation immédiate entre l'État et des tiers mobilisés pour optimiser la mise en œuvre de ses politiques ». Sur le plan budgétaire, seuls les opérateurs de l'Etat ont vocation à recevoir des

²¹Notamment dans les domaines de l'agriculture, de la culture, de la recherche, de l'environnement et du développement économique.

²²Pour mémoire, la loi de finances pour 2007 en comptait 798 et celle pour 2008, 649. La procédure annuelle d'actualisation de la liste a donc conduit à retirer successivement de la liste 149 organismes en 2008, dont principalement les 73 conseils départementaux d'accès au droit et les 27 centres d'insertion et de formation professionnelle, puis 50 en 2009, dont essentiellement les 24 instituts universitaires de formation des maîtres intégrés au sein des universités correspondantes.

subventions pour charges de services public ; ils peuvent par ailleurs percevoir des dotations en fonds propres (qui sont comptablement enregistrées à l'actif du bilan de l'État). Les opérateurs doivent également se conformer aux règles spécifiques de présentation, de vote et d'exécution de leurs budgets, telles que définies dans la circulaire annuelle de la direction du budget (circulaire 2MPAP-08-1823 du 11 août 2008 relative à la préparation des budgets des opérateurs pour 2009). Sur le plan de la performance, la circulaire précitée du 11 août 2008 prévoit la production d'un document de performance pour chaque opérateur, formalisant objectifs et indicateurs associés et élaborés dans le cadre d'un dialogue de gestion regroupant tutelle technique, tutelle financière et opérateur ; ce document sera soumis au vote de l'organe dirigeant simultanément au vote du budget. Les engagements de performance doivent décliner les objectifs des projets annuels de performance (PAP) mais peuvent être complétés par des objectifs complémentaires. Par ailleurs, les crédits et les emplois des opérateurs doivent faire l'objet d'une description détaillée dans le cadre des PAP, selon des modalités décrites, pour 2009, dans la circulaire de la direction du budget 1BLF-08-1522 du 11 juillet 2008²³. Ces obligations et ces règles peuvent constituer un puissant contrepoint au principe de l'autonomie des établissements publics.

Au total, la notion d'opérateur est donc loin d'être sans incidence sur celle d'établissement public, la difficulté provenant de ce que les deux se recoupent assez largement sans pour autant se confondre. On assiste, d'une part, à la fragmentation de la notion d'établissement public, ceux des établissements qui ont le caractère d'opérateurs de l'État étant d'ores et déjà soumis, et étant appelés à l'être de plus en plus, à des règles de gouvernance particulières auxquelles les autres ne sont pas astreints ; et d'autre part, à une dilution du statut de l'établissement public dans cet ensemble plus flou que constituent les opérateurs.

2. Recentrée sur sa vocation première, la formule de l'établissement public garde toutefois sa pertinence et peut s'enrichir de ces évolutions

2.1. Sur le terrain du droit de la concurrence économique, aucune des menaces n'apparaît véritablement dirimante

2.1.1. Le droit de la concurrence ne remet pas en cause l'existence des établissements publics

Tout d'abord, il convient de relever qu'une grande partie des interrogations auxquelles le droit de la concurrence a soumis les établissements publics concerne en réalité uniquement les activités marchandes que ces derniers sont susceptibles de mener. En effet, le droit communautaire se fonde sur la distinction cardinale entre les services marchands et les services non marchands pour déterminer le champ d'application du principe de libre concurrence. Rappelons à cet égard que ce qui caractérise la notion d'activité économique, c'est le fait d'offrir à titre onéreux des biens ou des services sur un marché (CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-35/96, R. p. I-3851, point 36).

La jurisprudence communautaire est en effet attachée non à la forme juridique de l'entité, mais à la nature des activités que celle-ci mène. Elle considère ainsi comme une « entreprise » au sens du droit communautaire « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité » (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, n°C-41/90). Elle n'hésite pas à dénier à certains organismes, tels que des fédérations de caisses d'assurance maladie, la qualité d'entreprise (CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, C-264/01 et C-306/01) notamment lorsqu'ils ne poursuivent pas de but lucratif (CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160-91, CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli*, aff. C-343/95, R. p. I-

²³ La présentation du « volet opérateurs » des PAP y est modifiée par rapport aux années précédentes afin de mettre en œuvre l'article 64 de la LF 2008 qui prévoit qu'« à compter du 1er janvier 2009, le plafond des autorisations d'emplois des opérateurs de l'État est fixé chaque année par la loi de finances ».

1547). Si, pour les activités non marchandes, une assez grande liberté d'organisation est laissée aux Etats membres, les activités marchandes sont en revanche strictement encadrées par le principe de concurrence.

Les juges nationaux ont fait leur cette distinction et la possibilité d'exclusion du champ d'application du droit de la concurrence qu'elle permettait. Le Conseil d'Etat, par sa décision d'Assemblée précitée *Ordre des avocats au barreau de Paris*, a expressément consacré l'existence d'activités de service public auxquelles les règles du marché sont inopposables. Il a retenu, par la même occasion, une conception relativement large de cette sanctuarisation en relevant qu'une activité d'appui juridique à l'Etat dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat n'était que la mise en œuvre d'une mission d'intérêt général consistant à veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité.

La distinction entre services marchands et non marchands reste toutefois d'appréciation délicate. Le cas du logement social en fournit une illustration : la conception française lui assigne une finalité de service public ou de « salubrité publique », tandis que le droit communautaire n'exclut pas qu'il puisse être regardé comme un service marchand.

En outre, il convient de relativiser le risque que les relations entre l'Etat et ses établissements publics tombent de façon systémique sous le coup d'une qualification d'aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne. D'une part, la jurisprudence communautaire a identifié des hypothèses dans lesquelles peuvent échapper à la qualification d'aide d'Etat les compensations de charges de service public, sous certaines conditions (CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747), dont il reste à préciser davantage l'application. D'autre part, la jurisprudence communautaire n'a, à la différence de la Commission, jamais reconnu, jusqu'à présent, l'existence d'une aide d'Etat à partir d'éléments uniquement statutaires. La Cour se fonde généralement sur l'existence d'une initiative de l'autorité publique ou la présence d'une politique publique (CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle BV*, aff. C-345-02). Mais l'on ne trouve pas, dans sa jurisprudence, d'arrêt qui adopte un raisonnement comparable à celui suivi par la Commission dans les affaires rappelées ci-dessus, uniquement fondé sur une observation de la situation institutionnelle d'un organisme.

Enfin, il faut souligner que la portée pratique des avantages liés au statut d'établissement public doit être nuancée.

On rappellera en premier lieu que même des personnes privées chargées d'une mission de service public peuvent bénéficier d'une procédure d'expropriation, telles une caisse régionale de sécurité sociale (CE, 17 janvier 1973, *Sieur Ancelle et autres*, Rec. p. 38, AJDA 1973 p. 141, chr. P. Cabanes et D. Léger)²⁴. Cette faculté n'est donc pas liée au statut d'établissement public. Par ailleurs, le droit d'expropriation s'exerce sous le contrôle du juge et en contrepartie d'une juste indemnité.

En deuxième lieu, l'on relèvera que l'existence même d'une garantie donnée par l'Etat aux établissements publics est très contestable (cf. C. Barthélémy, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP 2004 p. 423 et D. Labetoulle, « La responsabilité des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de garantie de l'Etat – A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », RJEP 2006 p. 359). En droit interne, la LOLF exige désormais clairement que les garanties consenties par l'Etat le soient explicitement. Et à supposer même que l'on veuille considérer qu'il existe une telle garantie, resteraient encore deux possibilités pour échapper à la qualification d'aide d'Etat. Tout d'abord, il pourrait être envisagé de supprimer le caractère illimité de cette garantie. Lors des débats relatifs à l'évolution du statut d'EDF, le

²⁴ Juge que l'opération litigieuse, en raison de l'intérêt général qu'elle présente, est de nature à faire légalement l'objet d'une DUP, même si l'établissement dont l'extension est envisagée est géré par une association de droit privé.

commissaire européen alors chargé de la concurrence, Mario Monti, avait rappelé qu'en vertu de l'article 295 TCE, le droit communautaire ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres et précisé que seul le caractère illimité de la garantie accordée à EDF, et non l'existence d'une garantie par elle-même, constituait une difficulté. Ensuite, il est difficile d'imaginer qu'une telle garantie ne soit pas « valorisable » ; il suffirait alors que l'État exige une rémunération en contrepartie du service rendu. Le problème, s'il existe, est donc moins juridique qu'économique.

En troisième lieu, l'on soulignera que l'existence de voies d'exécution spécifiques n'est pas en soi un avantage concurrentiel ; les lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995, notamment, ont d'ailleurs facilité les démarches des créanciers des établissements publics. Quant au mécanisme de la prescription quadriennale, qui semble avoir été, en pratique, assez peu utilisé par les établissements publics, on relèvera qu'il s'inscrit dans un ensemble complexe de régimes de prescription plus ou moins généreux pour les créanciers ; en tout état de cause, des aménagements pourraient y être apportés. Enfin, il faut signaler que la règle de l'insaisissabilité des biens des établissements publics a pour conséquence et contrepartie de priver ceux-ci de la possibilité d'offrir ces biens en garantie des emprunts qu'ils souscrivent auprès des établissements financiers pour la réalisation de leurs missions, ce qui se traduit par une majoration du coût de ces emprunts

Remarquons qu'à l'inverse, la transformation d'un EPIC en société de capitaux n'implique pas nécessairement la disparition des prérogatives qui semblaient liées à ce statut. Ainsi, la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 transformant France Telecom en société anonyme à participation majoritaire de l'État avait prévu un droit d'opposition de ce dernier sur les biens déclassés de la nouvelle société, lorsque ces biens étaient nécessaires à la bonne exécution du cahier des charges. Cette disposition a depuis été abrogée par l'article 2.IX de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003, modification dont la constitutionnalité au regard de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 fut d'ailleurs discutée par la doctrine²⁵. Transformé en société anonyme, Aéroport de Paris (A.D.P.) continue de bénéficier d'un régime des biens protecteur puisque l'article L. 251-3 du code de l'aviation civile dispose que « Lorsqu'un ouvrage ou terrain appartenant à A.D.P. et situé dans le domaine aéroportuaire est nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci, l'État s'oppose à sa cession, à son apport, sous quelque forme que ce soit, à la création d'une sûreté sur cet ouvrage ou terrain, ou subordonne la cession, la réalisation de l'apport ou la création de la sûreté à la condition qu'elle ne soit pas susceptible de porter préjudice à l'accomplissement desdites missions. [...] Les biens mentionnés au premier alinéa ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie et le régime des baux commerciaux ne leur est pas applicable ».

2.1.2. Le droit de la commande publique ne fait pas obstacle à la personnalisation d'un service sous la forme d'un établissement public

Même si certaines incertitudes demeurent, que les jurisprudences communautaire et nationale auront à lever peu à peu, le droit de la commande publique ne saurait être regardé, si l'on s'en tient à sa logique profonde, comme faisant peser sur le choix d'une personne publique de créer un établissement public pour l'exercice de certaines missions, une contrainte excessive, qui aboutirait à accroître, du seul fait de cette création, les obligations en termes de mise en concurrence.

Il convient en effet de rappeler que ce droit, surtout depuis que le droit communautaire l'inspire, a essentiellement pour objectif de garantir que le choix par un pouvoir adjudicateur, de tel ou tel opérateur, réponde à une logique de marché, et ne soit pas guidé par d'autres considérations.

²⁵ « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », Gérard Quiot, AJDA 2005, p.813.

Il en découle certes que, **comme l'a rappelé la décision *Commune d'Aix-en-Provence* (CE, Sect., 8 avril 2007, R. p. 155), le principe est que lorsqu'elles choisissent de faire appel à un tiers (qui était une association dans l'affaire *Commune d'Aix –en-Provence* – mais le raisonnement vaut pour un établissement public), les personnes publiques doivent, pour lui passer commande, le mettre en concurrence dans le cadre de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public.**

Il peut cependant en aller autrement lorsque cet opérateur « ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel », soit, pour un établissement public comme pour n'importe quel autre type d'opérateur, dans trois hypothèses : lorsqu'il s'est vu accorder légalement un droit exclusif (c'est l'hypothèse, déjà évoquée, de la décision, *Syndicat professionnel de la géomatique* CE, 26 janvier 2007, R. p. 20) ; lorsque les relations entre lui et la personne publique qui lui passe commande peuvent être qualifiées de relations « in house » (cf. *infra*) ; lorsqu'enfin, compte tenu de circonstances particulières tenant à l'objet ou aux conditions de la commande, il peut être établi que cet opérateur n'a ni ne peut avoir, pour la commande en cause, de concurrent, effectif ou potentiel .

Sans doute ces trois hypothèses ne peuvent-elles être conçues que de façon stricte. Elles ne sont cependant pas sans importance pour les relations entre certaines personnes publiques et « leurs » établissements publics : il est tout à fait possible et nécessaire de préserver la faculté, pour les premières, dès lors qu'elles décident, pour des raisons d'efficacité administrative, de personnaliser certains services en créant des établissements publics *sans cependant en faire des opérateurs actifs sur des marchés concurrentiels*, de conserver avec eux des relations directes et « libres » - faute de quoi, c'est la liberté d'organisation des personnes publiques et, en définitive, l'efficacité de l'action publique qui seraient, sans nécessité au regard des objectifs du droit de la commande publique, remises en cause.

On relèvera à cet égard que la jurisprudence récente de la CJCE tend à préciser les hypothèses dans lesquelles « l'exception in house » est susceptible de jouer. D'une part, l'exception est susceptible de jouer non seulement pour les marchés publics, mais aussi pour les concessions de service au sens communautaire, c'est-à-dire pour les délégations de services publics où le prestataire est en relation avec des tiers (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, précitée). Dans un important arrêt de principe venant compléter et préciser cette jurisprudence, la CJCE a également admis que le cocontractant puisse exercer l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec l'une ou l'autre des collectivités membres à due proportion du contrôle qu'elles exercent, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble, et qu'il ait une activité annexe mineure, par exemple à hauteur de 10 % (CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05, point 63, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, AJDA 2007 ; cf. également CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05, jurisprudence dont on trouve un écho dans la décision *Commune d'Aix-en-Provence* (Sect., 6 avril 2007, R. p. 155). Récemment, la CJCE a par ailleurs précisé que le contrôle exercé par les autorités publiques peut être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité (CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07) et a jugé que la coopération entre personnes publiques pour la réalisation d'un service public pouvait ne pas être soumise aux règles de la directive « marchés publics de services »²⁶ sans qu'il soit besoin que cette mise en commun de moyens prenne la forme d'un organisme de coopération intercommunale (CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/Allemagne*, C-480/06).

Enfin, tout dernièrement, la CJCE a précisé, d'une part, que la simple possibilité, reconnue par les statuts d'une société détenue entièrement par des personnes publiques, que des personnes privées participent au capital de cette société ne suffit pas, en l'absence de toute perspective de concrétisation de cette possibilité au moment de la conclusion du marché, pour conclure que la

²⁶ Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services

condition relative au contrôle de l'autorité publique n'est pas remplie (CJCE, 10 septembre 2009, affaire C-573/07 *Sea Srl contre Comune di Ponte Nossia*). La Cour a jugé, d'autre part, qu'il n'était pas nécessaire de recourir à une nouvelle procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un service public, impliquant la réalisation préalable de certains travaux, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dès lors que l'associé privé dans cette société mixte avait été sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir (CJCE, 15 octobre 2009, affaire C 196/08, *Acoset Sp*).

Au total, ce n'est pas tant la formule de l'établissement public qui se voit remise en question par les évolutions du droit en matière économique, que, plus largement, la légitimité de l'opérateur public, quelle que soit sa forme juridique. A cet égard, l'influence du droit communautaire peut être regardée comme étant la source d'un renouvellement assez profond de la conception de l'intervention publique dans le champ concurrentiel, permettant de dissocier les questions organiques ou institutionnelles des questions fonctionnelles. La difficulté tient à ce que les unes et les autres ont longtemps été confondues dans la conception française du service public. S'il convient de ne pas sous-estimer les difficultés, théoriques et pratiques, qui s'attachent au travail de clarification des notions à l'œuvre aujourd'hui, se dégage néanmoins une certitude : celle que la formule de l'établissement public n'est en réalité pas menacée par ces évolutions, et qu'elle n'est pas non plus vouée à n'être qu'un sas institutionnel conduisant nécessairement à la privatisation. Il est probable, et il serait assurément salutaire, que les évolutions actuelles conduisent à un recentrage de la formule de l'établissement public, qui doit rester fondamentalement un outil au service des personnes publiques pour l'exercice d'une activité d'intérêt général, et ne pas constituer une forme spécifique d'entrepreneuriat n'ayant que peu à voir avec le service public.

En somme, la vitalité d'une formule telle que celle qui nous intéresse ne saurait d'abord se mesurer à son extension organique à divers champs de l'action publique ou à l'aune purement statistique, et sujette à tous les aléas, de l'évolution du nombre de ses exemplaires. Elle s'apprécie, à un niveau bien plus fondamental, à l'aune de la cohérence de l'ensemble institutionnel qu'elle dessine, ainsi qu'à celle de la solidité des soubassements théoriques qui fondent sa légitimité. En cela, bien plus qu'aux eaux turbides d'un Styx la conduisant à un inéluctable déclin, les évolutions dans lesquelles baigne la notion d'établissement public ressemblent aux eaux claires d'un bain de jouvence.

2.2. La formule de l'établissement public garde tout son intérêt

2.2.1. L'atout de la personnalité morale

L'un des atouts essentiels de la formule de l'établissement public tient à ce qu'elle permet de conférer la personnalité morale à un organisme public. Cette qualité permet de garantir une autonomie de gestion forte à l'entité ainsi créée, mais aussi une identité institutionnelle plus marquée. Ces deux traits sont au centre des préoccupations qui ont conduit à l'émergence récente de deux nouvelles formes d'organisation administrative, dont il n'est pas impossible de penser qu'un rapprochement avec le statut de l'établissement public est envisageable.

L'émergence des autorités publiques indépendantes (API), autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale, brouille la frontière entre AAI et établissements publics. Les avantages attendus de cette nouvelle forme d'organisation recourent ceux habituellement attachés à la formule des établissements publics, si l'on en croit le rapporteur au Sénat du projet de loi du 1^{er} août 2003 donnant naissance à la première du genre : il s'agissait à la fois de renforcer la souplesse de fonctionnement de l'AMF (affectation de ressources, gestion

du patrimoine et du personnel), de la rendre pleinement responsable de ses actes et enfin de renforcer sa viabilité internationale.

Il semble toutefois que la différence la plus structurante entre API et établissement public réside dans l'existence, pour ce dernier, d'un pouvoir de tutelle et d'un rattachement à une personne publique qui paraît peu compatible avec l'exigence d'indépendance qui s'attache à la première²⁷. Encore faut-il préciser qu'un examen approfondi montre toutefois que la doctrine, le législateur ou la jurisprudence tendent parfois à s'accommoder d'un exercice plutôt lâche de la tutelle²⁸ et, dans certains cas il est vrai très spécifiques, d'une absence de rattachement²⁹. De façon générale, le corpus de règles applicables aux API tend à s'identifier à celui des établissements publics : il est ainsi largement fait usage, dans les textes régissant les API, de la clause prévue par l'article L. 2 du code général de la propriété des personnes publiques, selon laquelle ce code « *s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les textes qui les régissent* ». En tout état de cause, l'émergence des API jette un pont entre établissement public et AAI, qui devrait permettre d'ouvrir une réflexion approfondie sur une question où, d'une multiplicité assumée de formules administratives cousines à leur fusion dans un régime unique mais souple, toutes les options semblent aujourd'hui ouvertes.

La formule de l'agence, qui constitue, malgré la faible densité juridique qui s'y attache³⁰, un mode de gouvernance aujourd'hui prisé, peut se conjuguer avec celle de l'établissement public. C'est le cas notamment lorsqu'il est choisi de doter une agence de la personnalité morale, choix qui, selon le rapport du Conseil d'analyse économique (pp. 294 et suivantes), doit être privilégié en fonction des critères suivants :

- le contenu du service produit par l'administration : lorsque la composante de service à l'usager est prédominante, il peut être justifié d'orienter vers lui l'ensemble de la structure, de la tourner vers l'extérieur, à la fois fonctionnellement et culturellement ; par ailleurs, pour des missions et des métiers très spécialisés, il est parfois nécessaire de constituer un centre d'expertise et d'attirer des compétences et des outils du marché ;
- le besoin d'identifier, aux yeux des administrés ou des milieux professionnels, une structure capable de porter la mise en œuvre d'une politique ;
- la nécessité de donner une certaine continuité à l'action conduite, au-delà des alternances gouvernementales.

Dans de telles hypothèses, le régime de l'établissement public, qui est d'une grande plasticité, offre, hormis le cas où il faut associer des personnes privées, des garanties importantes par rapport aux GIP, qui sont en principe constitués pour une durée déterminée ; le statut associatif n'est souvent qu'un moyen de contourner les règles de la comptabilité publique, et la société de droit privé répond à d'autres besoins.

²⁷ A noter toutefois que les AAI et les API sont à tout le moins soumises à un contrôle de légalité (CC, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.).

²⁸ Cf. les différentes définitions du pouvoir de tutelle données par la doctrine, et notamment celle de René Chapus, qui à côté de la tutelle classique composée des pouvoirs d'annulation, d'approbation, d'autorisation et de substitution, envisage une autre modalité, par laquelle l'autorité de tutelle a seulement « la possibilité de déclencher un contrôle qu'une autorité exercera » (*Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., t. I, p. 411). Voir, pour un exemple concret, la tutelle des universités, organisée par les articles L. 719-7 à L. 719-9 du code de l'éducation

²⁹ En la matière, le Conseil d'Etat énonce le principe que « tout établissement public doit être techniquement rattaché à une personne morale » (EDCE 1992, p. 419). Mais il a également reconnu que les associations syndicales de propriétaires étaient des établissements publics sans rattachement (CE, ord., 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, T. p.891) et admet qu'un rattachement ne soit que d'ordre technique, afin de déterminer le droit applicable (cf. par exemple pour une chambre de commerce, l'avis précité de 1992).

³⁰ Cf. à cet égard la contribution de J. Chevallier aux *Mélanges Dupuis*.

2.2.2 Une formule bien adaptée aux modes actuels d'intervention des personnes publiques

L'autonomie et la souplesse qui caractérisent la formule de l'établissement public lui permettent de répondre de façon adéquate au besoin, croissant, de cadres institutionnels permettant de réunir plusieurs acteurs autour d'une action, d'un projet ou de l'exercice d'une politique. A l'heure où l'action publique est de plus en plus souvent partenariale, où les compétences sont plus que jamais exercées en commun ou de façon complémentaire et concertée, il est en effet utile de pouvoir recourir à une structure qui permette de créer les synergies nécessaires.

Au plan local, la création, déjà évoquée plus haut, de la catégorie des établissements publics culturels, permettant de véritables partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales, a montré la voie, et une telle formule mérite d'être étendue à d'autres domaines. **Au niveau international**, la création, prévue par un projet de loi présenté au Conseil des ministres du 22 juillet 2009, d'une catégorie d'établissements publics contribuant à l'action extérieure de la France dont la mission est de participer à l'action extérieure de l'Etat, tant par la gestion de programmes de coopération que par la gestion de moyens nécessaires à cette action, contribuerait à renforcer l'autonomie et la visibilité de l'action diplomatique de la France.

2.2.3. Un cadre de gestion en phase avec les exigences de la LOLF

Les principes d'autonomie de gestion et de responsabilité, qui sont au cœur de la LOLF, trouvent de nombreuses affinités avec la formule de l'établissement public. Comme l'indique un récent rapport du Conseil d'analyse économique (E. Arkwright, C. de Boissieu, J.-H. Lorenzi et J. Samson : *Economie politique de la LOLF*, Paris : La Documentation française, avril 2007), la LOLF, qui a été conçue comme un instrument de réforme de l'Etat, a pris le parti de laisser de côté la question des structures administratives pour prendre comme point d'entrée les politiques publiques : il s'agissait de ne pas faire des organigrammes le préalable à l'identification des politiques. Mais il est certain que la LOLF conduit assez naturellement à distinguer les fonctions stratégiques des tâches d'opérateurs : définition d'objectifs et d'indicateurs, autonomie et responsabilisation des gestionnaires, culture du résultat...

Deuxième partie :

La pérennité de la formule de l'établissement public appelle cependant une clarification de ses règles de création

1. La répartition des compétences en matière de création d'établissements publics mériterait d'être clarifiée

1.1. A partir de la Constitution, c'est la jurisprudence qui est venue expliciter les règles de partage entre compétences législative et réglementaire

Le législateur a longtemps bénéficié d'une large compétence en matière de création de personnes morales de droit public. Dans la lignée des ordonnances royales, qui, sous l'Ancien Régime, soumettaient la création de gens de mainmorte à une autorisation afin d'éviter la multiplication de ces personnes morales échappant pour partie à l'impôt, la création de nouveaux établissements publics a toujours été soumise à une procédure visant à s'assurer que le recours à la formule reste, sinon limité, du moins contrôlé. Aussi le législateur avait-il, par l'article 205 de la loi de finances du 25 juillet 1925 (loi Queuille), soumis à son approbation préalable la création de tout établissement public national. La loi du 17 août 1948 a ultérieurement assoupli ce dispositif en permettant la modification du statut des établissements publics de l'Etat par décret en Conseil d'Etat (CE, 16 décembre 1960, *Sieur L'Herbier*, R. p. 707). Le juge de l'excès de pouvoir contrôlait le respect de cette procédure, ce qui pouvait le conduire à censurer les actes réglementaires portant création d'établissements publics nationaux ou d'autres entités dotées de la personnalité morale sans autorisation législative (CE, 14 mai 1948, *Sargos*, R. p. 208 ; CE, 18 mai 1960, *Diop*, R. p. 325 ; CE, 30 juin 1961, *Rémy*, R. p. 454)³¹.

La répartition retenue par la Constitution de 1958 marque un assouplissement au regard du droit antérieur. En n'exigeant plus du législateur que la fixation des « règles concernant la création de catégories d'établissements publics », l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 a restreint l'étendue du domaine législatif en matière de création d'établissements publics³². Comme dans bien d'autres domaines, l'élargissement des prérogatives du pouvoir réglementaire répondait à un souci de souplesse et d'efficacité.

Pour autant, la portée que le constituant a entendu donner à la notion de catégorie d'établissement public au sens de l'article 34 ne ressort pas clairement des débats qui ont précédé l'adoption de la Constitution. L'article 31 du projet initial n'en faisait pas mention puisqu'il disposait³³ : « *La loi est votée par le Parlement./ Sont réglées par la loi les questions*

³¹ Références empruntées à O. Dugrip, « La notion de règles concernant la création des catégories d'établissements publics dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris : Dalloz, 1996, pp. 369 sq.

³² Même si, à la différence de la loi de 1925, l'article 34 s'applique aussi aux établissements publics locaux.

³³ Toutes les informations qui suivent sont tirées de l'ouvrage édité par le comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République : *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration*

relatives :/ (...) – à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales ainsi qu'à la création d'offices, d'établissements publics, de sociétés ou d'entreprises nationales (...) ». Devant le comité consultatif constitutionnel, cette rédaction n'a été l'objet que d'un amendement de pure forme ayant pour effet d'isoler la question des établissements publics et assimilés dans un alinéa spécifique. Transmis tel quel à la commission constitutionnelle spécialement créée au sein du Conseil d'Etat, le texte de cet alinéa n'est pas sorti profondément modifié de cette consultation – « *Sont fixées par la loi les règles concernant :/ (...) – La création d'offices et d'établissements publics nationaux, ainsi que la nationalisation ou la dénationalisation d'entreprises ou d'activités (...)* ». C'est un texte peu différent qui fut finalement soumis à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, la loi étant, dans cette version, appelée à fixer les règles concernant « *les modalités de création d'établissements publics nationaux (...)* ». C'est lors du débat à l'assemblée générale que la notion de catégorie d'établissements publics a émergé, (cf. encadré ci-dessous).

*Débats de l'assemblée générale du Conseil d'Etat
lors de l'élaboration de l'article 34 de la Constitution*³⁴

- André Heilbronner : « *On dit : les modalités de création. Le Gouvernement veut se réserver le droit de créer des offices sans l'autorisation du Parlement, dans un simple cadre, avec une simple procédure établie préalablement. Je rappelle, encore une fois, que la création d'une personne publique administrative est, en principe, du domaine de la loi* ».
- Aubert Lefas : « *Je crois que la règle s'applique aussi aux établissements publics locaux* ».
- André Deschamps (rapporteur général) : « *Nous les avons sciemment écartés (...). Il faudrait s'entendre ; il s'agit de catégories d'établissements, comme la création d'un hôpital-hospice. Une catégorie créée pour donner la personnalité morale à une nouvelle catégorie d'établissements publics, même s'il s'agissait d'établissements publics locaux, ceci est également, par nature, du domaine de la loi* ».
- Gilbert Devaux (commissaire du gouvernement) : « *En ce qui concerne le texte tel qu'il est prévu, je craindrais que : « création des établissements publics nationaux » ne revienne à conformer certaines pratiques qui obligent à aller devant le Parlement chaque fois qu'on veut créer un lit. C'est une situation absurde. Quand il s'agit d'un établissement public national, il est absurde d'être obligé d'avoir recours à la loi pour créer un lit (...). C'est dans ce but que le gouvernement avait dit : les modalités de création. La création d'une catégorie spéciale nouvelle, la façon de s'intégrer dans cette catégorie nouvelle, c'est cela que veut dire : modalités de création* ».
- René Cassin (président) : « *"Modalités de création d'établissements", ce n'est pas correct* ».
- Aubert Lefas : « *Sur le plan catégories, je suis entièrement d'accord. Mais, en revanche, je maintiens que la création de catégories d'établissements publics qui ne sont pas nationaux (...) est du domaine de la loi par nature* ».
- René Cassin : « *Quand on crée un établissement nouveau avec des modalités légèrement différentes, c'est une nouvelle catégorie* ».
- René Cassin, en réponse à une nouvelle observation sur les établissements locaux : « *Il ne s'agit pas toujours de consolider le droit existant, mais quelquefois de faire une réforme. C'est délibérément que le Gouvernement a mis la création de nouvelles catégories (sic) d'établissements nationaux* ».
- Marcel Martin (rapporteur) : « *Je propose de dire : la création de catégories de personnes morales. D'abord, parce que c'est le droit actuel. Ensuite, parce qu'il y a intérêt à éviter le foisonnement par voie réglementaire de nouvelles catégories de personnes morales, ce qui introduirait une confusion* ».

Alors qu'à l'issue d'un vote, la formule « modalités de création d'établissements publics nationaux » avait paru l'emporter sur celles de « création de catégories de personnes morales » et de « catégories d'établissements publics nationaux », c'est cette dernière option qui figure dans la minute d'Assemblée générale. Pour des motifs qui ne sont pas entièrement explicites, le mot « nationaux » a ensuite disparu de la version présentée en réunion interministérielle postérieurement à l'avis du Conseil d'Etat.

de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris : La Documentation française, 1991 (voir plus spécialement le vol. III : Du Conseil d'Etat au référendum).

³⁴ Id., pp. 460-462.

Devant les incertitudes liées à la formule finalement adoptée, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de fixer la ligne de partage entre domaines législatif et réglementaire. Selon une formule inchangée depuis 1979 (CC, n° 79-108 L, 25 juillet 1979, *Agence nationale pour l'emploi*, R. p. 45), relèvent d'une même catégorie au sens de l'article 34 les établissements « dont l'activité s'exerce territorialement sous une même tutelle administrative » et dont la spécialité est « analogue ». Deux critères de ressemblance se cumulent donc : celui du contrôle exercé sur l'établissement, et celui de la nature de l'activité. Encore faut-il souligner qu'avec cette décision, le Conseil constitutionnel a assoupli sa jurisprudence et laissé une place plus grande au pouvoir réglementaire qu'il ne le permettait antérieurement, lorsqu'il exigeait l'exercice d'une spécialité, non pas « analogue », mais « étroitement comparable » et faisait du caractère administratif ou industriel et commercial de l'activité un troisième critère de ressemblance à la catégorie existante³⁵ (CC, n° 61-15 L, 18 juillet 1961, *Institut des hautes études d'outre-mer*, R. p. 39).

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour instituer de nouvelles catégories d'établissements. Ont ainsi été créés :

- les « établissements publics à caractère scientifique et technologique », (EPST), par la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 (art. L 321-1 et suivants du code de la recherche) ;
- les « établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel » (EPSCP) par les lois n° 84-52 du 26 janvier 1984 et n° 2007-119 du 10 août 2007 (art. L 711- 1 et suivants du code de l'éducation) ;
- les établissements publics fonciers et d'aménagement, par la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 (art. L. 321-1 et suivants du code de l'urbanisme) ;
- les « exploitants publics », qualification donnée par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 à La Poste et France Télécom, que le Conseil d'Etat avait interprétée comme désignant des établissements publics ;
- les établissements publics « économiques », qualification donnée par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 aux chambres d'agriculture, chambres de commerce et d'industrie et chambres des métiers ;
- les établissements publics de coopération culturelle (EPCC), créés par la loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002 (art. L. 1431-1 du code général des collectivités territoriales).

L'appartenance d'un établissement public à l'une de ces « familles » d'établissements n'a aucune incidence sur le régime juridique applicable : la qualification d'établissements « économiques » des chambres consulaires n'ôte par exemple pas à ces dernières leur caractère d'établissements administratifs (TC, 18 décembre 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, R. p. 827).

A la lecture de ce simple état des lieux, l'on constate que le droit des établissements publics n'a rien d'un « jardin à la française ». A l'absence de clarté de la règle constitutionnelle, répondent le caractère nécessairement empirique et parfois évolutif des constructions jurisprudentielles visant à l'interpréter ainsi que les initiatives législatives qui, sans être illégitimes lorsqu'elles sont considérées isolément, n'en font pas moins peser sur l'ensemble le poids d'un manque de coordination et de cohérence. Si on peut le déplorer d'un point de vue purement juridique, il faut souligner que ces incertitudes ont surtout d'indéniables inconvénients pratiques : à chaque création ou modification des règles d'un établissement public, elles conduisent à de fréquentes interrogations quant au véhicule normatif adéquat, quant à la marge de manœuvre dont on dispose au regard d'une catégorie déjà existante, et quant à l'appréciation de ces questions par le juge.

³⁵ L'abandon de ce critère a d'ailleurs été critiqué par la doctrine : voir notamment R. Chapus, qui estime que ce choix « heurte le sens commun » et n'a été justifié que par des « motifs obscurs » (DAG t. 1, 14^{ème} éd. n° 530, 3°).

1.2. Chacun des deux critères pourrait être clarifié et simplifié

1.2.1. Le critère de l'exercice de l'activité sous une même tutelle territoriale

La formule selon laquelle relèvent de la même catégorie les établissements « *dont l'activité s'exerce territorialement sous une même tutelle administrative* » n'est pas d'une grande clarté. Deux notions méritent en réalité d'être distinguées : celle, organique, de rattachement d'une part, et celle, fonctionnelle, de tutelle d'autre part. La difficulté tient à ce que souvent l'une et l'autre sont rassemblées dans la même personne publique, ce qui induit une relative confusion. Elle provient également de ce que ce critère n'a pas donné lieu à une jurisprudence très abondante permettant de l'éclaircir.

C'est le rattachement à une personne publique qui constitue sans doute le véritable **trait distinctif** : le rattachement, notion spécifique à l'établissement public, est la manifestation concrète du principe selon lequel un établissement n'est jamais, en principe, que le prolongement personnalisé d'une autre personne morale. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs précisé qu'en principe, « tout établissement doit être techniquement rattaché à une personne morale » (CE, avis, 16 juin 1992, EDCE 1992, R. p. 419)³⁶. La grille de distinction qui s'ensuit est relativement simple : un établissement public peut être rattaché soit à l'Etat, soit à une collectivité territoriale, quel que soit son niveau. Elle n'en est pas moins essentielle. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que la règle rattachant une catégorie d'établissements publics à une personne publique est au nombre des règles constitutives d'une telle catégorie, lesquelles sont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, fixées par la loi (CE, 25 octobre 2004, *Asaro et autres*, R. p. 387). En outre, la question de savoir si peuvent faire partie d'une même catégorie des établissements rattachés à des collectivités territoriales de niveau différent (régions, départements, communes ou même établissements publics de coopération intercommunale) devrait recevoir une réponse positive, comme le montre la catégorie des offices publics de l'habitat : dit autrement, une distinction binaire entre établissements rattachés à l'Etat et établissements rattachés aux collectivités territoriales et à leurs groupements serait suffisante.

1.2.2. Le critère de la spécialité analogue sur la voie de la simplification ?

Si la ligne de partage entre loi et règlement s'est progressivement déplacée au profit du second, c'est principalement sous l'effet d'une appréciation de plus en plus souple de la notion de spécialité analogue. L'examen des notes et fiches des sections administratives du Conseil d'Etat et, dans une moindre mesure, de la jurisprudence de la section du contentieux, fait en effet apparaître une propension croissante à se satisfaire d'analogies largement entendues.

Le critère de la spécialité analogue a toujours fait l'objet d'appréciations contrastées, sans d'ailleurs que les raisons justifiant que soit reconnue la compétence du législateur ou celle du pouvoir réglementaire ne ressortent toujours clairement. Seul l'énoncé de cas ou de situations particulières permet d'apprécier cette relative variabilité du degré de contrôle exercé. Ainsi, alors que le CNRS (CE, 17 juin 1985, *Syndicat national des chercheurs scientifiques et autre*, R. p. 185), le port autonome constitué entre l'Etat et la ville de Strasbourg (section des travaux publics, 24 août 1993, *Loi portant approbation d'un avenant à la convention intervenue le 20 mai 1923 entre l'Etat et la ville de Strasbourg relative à la constitution du port rhénan de Strasbourg en port autonome*³⁷), EDF et GDF (section des travaux publics, 24 octobre 1996, n° 359 765, *Projet de décret modifiant l'article 20 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, « en raison de la nature et de l'ampleur des missions assignées à chacun

³⁶ A noter cependant, comme il a été dit, que, par dérogation à cette règle, le juge des référés du Conseil d'Etat a reconnu que les associations syndicales de propriétaires n'étaient rattachées à aucune personne morale : CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du Canal de la Gervonde*.

³⁷ Voir aussi la note n° 324.489 du 19 juin 1979.

d'eux », EDCE 1996 p. 191), l'ANFR³⁸ (section de l'intérieur, 14 février 1995, n° 357 187, *Projet de décret relatif à la création de l'Agence nationale des fréquences radioélectriques*, EDCE 1995 p. 207) ont été regardés comme ne se rattachant à aucune catégorie préexistante, des solutions plus souples ont été retenues pour Météo-France jugé comparable, « eu égard à son objet, à la nature de ses activités et aux règles de tutelle auxquelles il est soumis », à d'autres établissements non identifiés par la décision (CE, 12 avril 1995, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens de la météorologie nationale*, T. p. 615) ou encore pour le Centre de sécurité sociale des travailleurs migrants (section sociale, 19 juillet 1994, n° 356 402).

Ce critère reste la pierre angulaire du contrôle exercé sur la création des établissements publics. L'on trouve ainsi, y compris dans la période récente, des avis ou décisions marquant les limites du pouvoir réglementaire : l'on peut par exemple citer l'Agence nationale de l'habitat (ANAH), qui a été considérée comme constituant à elle seule une catégorie dont les ressources devaient être définies par la loi (section des travaux publics, 8 mars 2005, n° 371 188, *Projet de décret relatif aux conditions d'attribution des aides à la construction, à l'acquisition et à la réhabilitation des logements et modifiant le code de la construction et de l'habitation*), ou encore l'établissement chargé des sondages, diagnostics et opérations de fouille d'archéologique préventive, doté d'un monopole (AG, 4 février 1999, n° 363 144, *Projet de loi relatif à l'archéologie préventive*, EDCE 2000 p. 76)³⁹. Ce fut également le cas de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), dont l'Assemblée générale a considéré qu'elle ne pouvait être regardée comme ayant une spécialité analogue à celle de l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (Acsé), en raison des différences tenant à la nature des aides versées et aux publics visés par les deux agences (EDCE 2005 p. 99).

Longtemps, pour que le critère de la spécialité analogue soit considéré comme rempli, une double exigence a semblé prévaloir : il fallait non seulement que l'activité soit de même nature, mais encore qu'elle s'exerce dans le même domaine d'intervention que celui de l'établissement de référence. Il y a quelques années, la section des finances prenait encore soin, pour estimer que la Masse des douanes, qui a pour objet essentiel de pourvoir au logement des agents des services extérieurs de la DGDDI, faisait partie de la même catégorie que l'Economat des armées, EPIC chargé de l'approvisionnement en denrées et fournitures des corps de troupes, que leurs missions étaient comparables – « *procurer à l'administration ou aux agents publics des biens ou des services utiles à l'accomplissement des missions dont ils ont la charge* » – mais aussi qu'elles s'exerçaient « *dans un domaine voisin* » (section des finances, 7 janvier 1997, n° 356 905, EDCE 1998 p. 80). De même, des activités communes d'expertise, de surveillance et de contrôle ne suffisaient pas à la section sociale pour classer l'Office de protection contre les rayonnements ionisants dans la même catégorie que l'Agence française du médicament et l'Agence française du sang : elle prenait soin de relever en outre qu'il s'agissait, dans les trois cas, d'assurer la protection sanitaire de la population (section sociale, 8 février 1994, n° 355 649, EDCE 1994 p. 198). Le critère de spécialité analogue semblait donc répondre à une double exigence, de nature et de domaine d'intervention.

L'exigence d'une analogie concernant le domaine d'intervention paraît avoir fait l'objet d'un abandon progressif ces dernières années. Cette évolution s'est faite en quatre temps :

- le Conseil d'Etat dans ses formations administratives a d'abord estimé qu'une école nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers ne pouvait être regardée comme constituant une nouvelle catégorie compte tenu de l'existence de nombreux autres établissements de formation de fonctionnaires placés sous la tutelle de l'Etat (AG, 2 avril 2002, n° 367 494, *Projet de loi relatif à*

³⁸ Chargée de coordonner et de planifier l'utilisation du spectre des fréquences radioélectriques.

³⁹ L'établissement n'entrait dans aucune catégorie existante, et notamment pas dans celles prévues par la loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France.

la modernisation de la sécurité civile, EDCE 2003 p. 65) ; dans le même ordre d'idées, mais plus récemment, la section sociale a estimé que le centre national de gestion de praticiens et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière ne constituait pas une catégorie nouvelle d'établissements publics, eu égard à l'existence du centre national de gestion de la fonction publique territoriale, qui a un même rattachement territorial et une spécialité analogue (section sociale, 27 mars 2007, n°380 072, *Projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière*, EDCE 2008 p. 145) ;

- les cercles et foyers militaires ont ensuite été regardés comme relevant de la catégorie constituée par les centres régionaux des œuvres universitaires institués par le code de l'éducation (AG, 2 décembre 2004, n° 370 793, *Projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code de la défense*) ;
- l'établissement public national ayant pour mission de promouvoir le sport et la pratique sportive par l'attribution de concours financiers a été jugé, de manière plus audacieuse, comme ne constituant pas à lui seul une nouvelle catégorie dès lors que plusieurs établissements nationaux existants, tels le centre national de la cinématographie, le Centre national du livre et le Centre national de la chanson, des variétés et du jazz, avaient également pour mission de contribuer à promouvoir des activités par l'attribution de concours financiers (AG, 23 septembre 2005, n° 372 184, *PLF 2006*, EDCE 2006 p. 68)⁴⁰ ;
- enfin, l'Assemblée générale a considéré que l'EPA dénommé « Agence nationale des titres sécurisés », créé en vue « *de développer, d'acquérir, d'exploiter et de maintenir les moyens nécessaires à la mise en œuvre de procédures sécurisées permettant la délivrance de titres réglementaires* », ne relevait pas d'une nouvelle catégorie d'établissements publics dès lors qu'il existait déjà d'autres établissements ayant pour objet la mise en commun des moyens des administrations (AG, 21 septembre 2006, n° 373 638, *PLF 2007*)⁴¹.

La question se pose de savoir jusqu'où pousser un tel assouplissement. Pourrait ainsi être envisagé un abandon plus assumé de la composante du domaine d'intervention d'un établissement public, pour ne plus apprécier le critère de la spécialité analogue qu'au regard de la nature des activités exercées. L'idée paraît d'autant plus intéressante qu'il serait alors possible d'identifier par avance un certain nombre d'activités-types, permettant ainsi d'apprécier le critère de la spécialité analogue de façon à la fois plus rapide et plus fiable. Relèveraient par exemple de la même catégorie les établissements rassemblant et/ou répartissant des moyens, ceux soutenant une activité au moyen d'aides financières. Dans cette optique, ne seraient retenues que les missions principales, sans prendre en compte les activités ne présentant qu'un caractère accessoire.

Une telle simplification rencontrerait assurément certaines limites. D'une part, la frontière entre la nature des activités et les domaines d'intervention est, dans la pratique, moins nette qu'en théorie : c'est le cas par exemple des établissements d'enseignement ou des établissements culturels, dont les fonctions se confondent largement avec le champ dans lequel ils interviennent – ceux de l'éducation et de la culture. D'autre part, se poserait également la question de savoir comment apprécier la spécialité analogue dans des cas de combinaisons d'activités ou de fonctions. Il ne s'agirait pas en effet que l'effet simplificateur escompté se voit absorbé ou même, plus que compensé, par un excessif raffinement de la distinction entre les différentes modalités d'intervention.

Mais ces objections ne paraissent pas dirimantes. En premier lieu, la circonstance qu'une modalité d'intervention soit spécifique à un domaine particulier ne remet pas véritablement en cause la pertinence de l'adoption d'une grille de lecture centrée sur le seul

⁴⁰ Le Centre national de développement du sport a donc été créé par le décret n° 2006-248 du 2 mars 2006.

⁴¹ L'Agence a ensuite été créée par le décret n° 2007-240 du 22 février 2007.

critère des fonctions exercées. En second lieu, les cas de cumul de fonctions ou d'activités pourraient être appréciés au regard des critères simples, tels que ceux de fonction dominante, ou de profil de fonctions analogue.

1.3. Une telle clarification doit s'accompagner d'un assouplissement concernant les règles constitutives

Elément supplémentaire de complexité, les règles constitutives d'une catégorie d'établissements publics ressortissent également de la compétence du législateur. Contrairement à ce que laisse croire l'énoncé de la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel rappelée ci-dessus, la circonstance qu'un établissement existant a été identifié comme exerçant une activité analogue à celle que l'on souhaite confier à l'établissement en cours de création et comme ayant le même rattachement territorial que lui ne suffit pas à garantir que le recours à la loi ne sera pas nécessaire. Les règles de création mentionnées à l'article 34 de la Constitution comprennent également les règles constitutives de la catégorie, c'est-à-dire celles qui « fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement », pour reprendre les termes de la décision *RTF*, qui introduit pour la première fois la notion de « règles constitutives » (CC n° 64-27 L, 17 et 19 mars 1964 *Radiodiffusion-Télévision*, R. p. 33). La jurisprudence administrative a fait sienne cette notion et vérifie, lorsque la légalité de dispositions réglementaires modifiant les règles de fonctionnement d'un établissement est contestée, si ces dernières ont été modifiées de manière telle qu'il en serait résulté soit une transformation des règles constitutives de l'établissement, soit la création d'une nouvelle catégorie d'établissements publics (CE, 17 juin 1985, *Syndicat national des chercheurs scientifiques et autre*, R. p. 185)

Les règles constitutives représentent donc, pour le pouvoir réglementaire, un cadre contraignant auquel il ne peut être dérogé que par voie législative. Le Conseil constitutionnel a toutefois jugé que le législateur pouvait prévoir, pour la détermination des règles constitutives d'une catégorie d'établissements publics, que puissent être opérés par les établissements des choix entre différentes règles qu'il aurait fixées (CC, n° 93-322 DC, 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, R. p. 204). Cette souplesse permet également d'envisager des dérogations à titre expérimental, mais celles-ci sont strictement encadrées : dans la même décision, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur ne pouvait, sans méconnaître sa propre compétence, autoriser le pouvoir réglementaire à établir des dérogations aux règles constitutives d'une catégorie d'établissements publics à titre expérimental sans définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon. L'article 37-1 de la Constitution permet désormais au Parlement et au pouvoir réglementaire d'autoriser, pour un objet et une durée limités, des expérimentations.

Faute de pouvoir répondre à une définition parfaitement exhaustive, les règles constitutives s'identifient surtout au gré des développements de la jurisprudence. On ne peut donner à la notion une consistance complètement satisfaisante. Le professeur Chapus la décrit comme « l'épure de la catégorie, les lignes essentielles de son architecture, celles qui donneront à la catégorie son allure générale ». Une telle définition laisse toutefois entrevoir ce que la notion a d'empirique et explique que son contenu ait essentiellement été défini au cas par cas. Dès la décision *RATP* de 1959 (CC n° 59-1 L, 27 novembre 1959, *RATP*, R. p. 67), le Conseil constitutionnel a inclus, dans les règles concernant la création de cet établissement, le principe de la présence des représentants des collectivités locales au sein du conseil d'administration. Ont ensuite été reconnues comme faisant partie de ces règles constitutives :

- la spécialité de l'établissement (CC n° 66-7 FNR, 21 décembre 1966, *Agence de défense des biens et intérêts des rapatriés*, R. p. 37) ou le cadre général de sa mission (CC n° 67-47 L, 12 décembre 1967, *Syndicat des transports parisiens*, R. p. 34) ;

- la définition des règles de tutelle, ainsi que celle des rapports de l'établissement avec celle-ci (CC n° 64-27 L, 17 et 19 mars 1964, *RTF*, précité ; CC n° 68-50 L 30 janvier 1968, *O.R. T.F.*, R. p.23 ; CC n° 99-185 L, 18 mars 1999, *Nature juridique de dispositions de la loi relative à l'enseignement supérieur*, R. p. 67, *AJDA* 1999 p. 499 note Schoettl) ;
- la détermination des organes de direction (CC, n° 64-27 L, précité⁴²) et de leur structure, leur rôle, leur composition, jusqu'à l'importance relative de chaque catégorie (CC, n° 82-124 L, 23 juin 1982, *Agences financières de bassin*, R. p. 99 et jusqu'au mode de désignation des membres (CC, n° 59-1 L, précité ; CC n° 67-27 L, précité ; CC n° 76-93 L, 6 octobre 1976, *Centre de formation des personnels communaux*, R. p. 63) ;
- les catégories de ressources dont peut bénéficier l'établissement (CC, n° 64-29 L, 12 mai 1964, *Districts urbains – Syndicats de communes*, R. p. 37 ; CC n° 93-322 DC, 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, R. p. 204 ; CC n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, R. p. 42, ainsi que CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré*, R. p. 191). L'affectation du produit d'un impôt existant nécessite désormais l'intervention de la loi de finances, tandis que l'affectation d'aides ou de subventions relève du règlement.

Bien que portant également sur l'organisation ou le fonctionnement des établissements et que n'étant pas dénués d'importance pratique, relèvent en revanche du pouvoir réglementaire :

- le choix du nom d'un établissement (CC n° 87-152 L, 24 novembre 1987, *Office national d'immigration*, R. p. 58) ; sous réserve de ne pas dénaturer les règles constitutives établies par la loi ;
- la fixation du nombre des membres du conseil d'administration (CC n° 67-47 L, précité ; CE, Assemblée, 24 mai 1963, *Fédération nationale des parents d'élèves des écoles publiques et sieur La Chapelle*, R. p. 321) ;
- la désignation des ministres représentés au sein du conseil d'administration ainsi que celle des ministres disposant des pouvoirs de tutelle (CC, n° 76-93 L, 6 octobre 1976, *Centre de formation des personnels communaux*, R. p. 63) ;
- la détermination des conditions d'éligibilité des membres des conseils (CE, 14 février 1973, *Assemblée permanente des chambres de métier*, R. p. 130) ;
- la détermination du caractère administratif ou industriel et commercial d'un établissement, sous réserve de respecter un lien logique entre le caractère de l'établissement et ses missions, ses modalités d'intervention et l'origine de ses ressources (CC n° 2000-439 DC, précité) ;
- la possibilité de recruter des agents contractuels (CE, 30 mars 1990, *Fédération générale des fonctionnaires FO*, T. p. 554) ;
- le transfert d'activités vers un ministère sans transformation des règles constitutives de l'établissement ou création d'une nouvelle catégorie d'établissements, (CE, 3 mai 1995, *Syndicat CGT-FO des personnels des services départementaux*, T. p. 827), ou une extension des missions d'un établissement limitée à une participation à des structures juridiques et financières (CE, 9 juillet 1997, *Société Maison Balland-Brugneaux*, T. p. 846).

Cette répartition des compétences apparaît comme un facteur parfois important de rigidité. C'est le cas notamment pour ce qui concerne les règles relatives aux catégories de ressources, la structure de financement pouvant varier d'un établissement à l'autre, en fonction

⁴² Toutefois les dispositions relatives aux directeurs de la RTF ont été regardées comme relevant de la compétence de la loi sur le fondement d'une autre rubrique de l'article 34 de la constitution, à savoir les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés fondamentales.

tant de la taille que de la nature des activités ou encore de celles relatives à la composition des organes de direction des établissements publics, sujet qui peut donner lieu à des adaptations très fines, liées aux circonstances propres à la création ou au fonctionnement de chaque structure. C'est le cas encore s'agissant des règles de composition des organes de direction. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé que, dès lors que la détermination des catégories de membres du conseil d'administration d'un établissement relève de la loi, le pouvoir réglementaire n'a pas compétence pour faire figurer, au sein de la catégorie des personnes qualifiées en matière de politique de la ville, un député et un sénateur ayant une telle compétence : leur désignation relève en effet d'une autre catégorie de représentants et nécessite donc le recours au législateur. (section des travaux publics, 22 juin 2004, n° 370.406, *Projet de décret relatif à l'ANRU*, EDCE 2005 p. 83).

En outre, le périmètre des dispositions relevant du domaine de la loi n'est pas invariable, mais susceptible de diverses extensions, liées aux données propres à chaque établissement. Ces extensions peuvent notamment être liées à d'autres rubriques de l'article 34, comme la garantie des libertés publiques ou la libre administration des collectivités territoriales pour la représentation des collectivités territoriales au sein d'un établissement public. Ainsi, la participation d'une région à un établissement public, qui obligera cette dernière à prendre part à la gestion de celui-ci et à contribuer au financement de ses charges, touche aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, qui relèvent du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution (CC n° 99-186 L, 31 mai 1999, *Nature juridique de dispositions de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, R. p. 69). Mais elles peuvent également provenir de ce que certaines dispositions générales intéressant l'organisation et le fonctionnement des établissements publics font l'objet de dispositions législatives générales, auxquelles il ne peut être dérogé que par la loi. C'est ainsi le cas des règles en matière de composition et de fonctionnement du conseil d'administration de certains établissements publics⁴³, pour lesquels la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public a prévu des règles de composition du conseil d'administration.

Le respect de cette exigence de conformité des règles constitutives des établissements d'une catégorie à celles de l'établissement chef de file ne fait pas toujours l'objet d'une attention suffisante. Le risque qu'existent des cas d'inadéquation n'est pas à sous-estimer. Le Conseil d'Etat s'efforce, lorsqu'un projet de création d'établissement par voie réglementaire lui est soumis, de procéder aux vérifications nécessaires. Ainsi, saisie d'un projet de décret portant création de l'Institut international d'histoire des arts, la section de l'intérieur a bien observé que l'établissement ne présentait pas, compte tenu de ses missions *et de ses règles constitutives*, une analogie suffisante avec des établissements existants pour pouvoir constituer avec eux une même catégorie (section de l'intérieur, 18 février 1993, n° 353572). De même, à l'occasion de la recodification du code du travail, l'Assemblée générale a observé que l'ANACT dérogeait aux règles constitutives de sa catégorie du fait du caractère tripartite de la composition de son conseil d'administration et qu'une telle dérogation relevait du domaine de la loi⁴⁴ (AG, n° 374087, 22 février 2007, *Projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code du travail*, EDCE 2008 p. 141). Mais, à mesure que le lien entre établissements d'une même catégorie se distend, le contrôle de conformité avec celles du chef de file devient plus épineux. Si comme on l'a vu plus haut, le Centre national de développement du sport a été regardé comme ne constituant pas à lui seul une catégorie nouvelle compte tenu de l'existence du Centre national de la cinématographie, du Centre national du livre et du Centre national de la chanson, des variétés et du jazz, les règles

⁴³ Il s'agit des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat, autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public et des autres établissements publics de l'Etat qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé, en vertu du 1. de l'article 1^{er} de cette loi.

⁴⁴ A cette occasion, le Conseil d'Etat a également estimé que devait figurer dans la loi l'énoncé des missions de l'établissement, qui forment un tout indivisible avec les autres dispositions.

constitutives figurant dans son décret sont sans rapport avec celles retenues pour le CNC, qui est le seul des autres établissements de la catégorie à avoir un fondement législatif.

Il arrive aussi que la difficulté soit vue, mais qu'on cherche à la contourner. Par mesure de simplification, les textes les plus récents adoptent ainsi une formule stéréotypée visant à englober toutes les catégories possibles de ressources sans préjuger de celles qui pourraient être effectivement attribuées aux établissements intéressés. Par ailleurs, la section des travaux publics a pu considérer que la création d'un type d'établissement public particulier au sein de la catégorie créée par une loi autorisait à n'appliquer à ces établissements que certaines des règles prévues par cette loi et a dès lors accepté de donner un avis favorable à un projet dérogeant, dans un cas particulier, aux règles fixant, à l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme, la composition du conseil d'administration des établissements publics d'aménagement (section des travaux publics, 6 octobre 1998, n° 362.712, *Projet de décret portant création de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône Alpes (EPORA)*, EDCE 1999 p. 103). Sauf erreur, cette percée conceptuelle (notion de types d'établissements au sein d'une même catégorie) n'a été ni confirmée, ni infirmée par la jurisprudence⁴⁵.

Au total, il est à craindre que sans un desserrement du contrôle concernant les règles constitutives, les efforts faits pour favoriser une conception souple de la notion de spécialité analogue soient vains, ou constitutionnellement fragiles, les règles constitutives de la catégorie à laquelle on entend se rattacher ayant d'autant moins de chances d'être adaptées au nouvel établissement que le rattachement aura été constructif.

Si un effort de simplification devait être mené, il pourrait principalement tendre à :

- écarter celles des règles constitutives qui paraissent redondantes avec d'autres domaines réservés à la loi par l'article 34 de la Constitution - c'est le cas par exemple de la détermination des catégories de ressources, puisque l'affectation du produit d'un impôt ressortit en tout état de cause du législateur, tandis que les autres catégories de ressources peuvent être attribuées par voie réglementaire ;

- assouplir les règles les plus sujettes à variation d'un établissement à l'autre, tout en maintenant sur le fond l'exigence légitime d'homogénéité dont ces règles procèdent : concernant la composition des conseils d'administration par exemple, ne pourrait être retenue comme constitutive que la règle qui fixe la catégorie de représentants dominante, ou qui pose le principe d'un équilibre entre plusieurs catégories. L'on pourrait aussi prévoir la participation de certaines catégories de représentants comme une condition minimale obligatoire et laisser ensuite une marge de manœuvre pour étoffer sous cette condition la composition des organes de chaque établissement en fonction de ses spécificités.

2. L'existence de catégories d'établissements publics incarnées au niveau législatif par un chef de file est, sur le long terme, un facteur de rigidité, voire d'insécurité juridique

La pratique, admise de longue date par les jurisprudences constitutionnelle et administrative, consistant à créer au niveau législatif une nouvelle catégorie d'établissements publics à partir du premier exemplaire de cette catégorie, qui en devient ainsi le chef de file, a des conséquences auxquelles il importe d'être attentif. L'attention

⁴⁵ Relevons aussi, dans la même logique mais plus discret dans la forme, l'avis qui affirme que l'établissement public national créé pour assurer la gestion des parcs naturels marins se rattache à la catégorie existante des établissements publics qui ont en charge la gestion et l'aménagement des parcs nationaux, comme en témoigne la très grande similitude de leurs règles constitutives, et que c'est au décret qui fixera l'organisation et le fonctionnement du nouvel établissement qu'il reviendra de prévoir les adaptations destinées à prendre en compte les spécificités de la gestion des parcs naturels marins (AG, 19 mai 2005, n° 371.569, *Projet de loi relatif aux parcs nationaux et aux parcs naturels marins*, EDCE 2005 p. 94).

juridique dont le régime de l'établissement public fait l'objet tend à se focaliser de façon prioritaire sur les problématiques ponctuelles liées aux circonstances de chaque nouvelle création. Or, il importe de souligner que les problèmes de répartition des compétences entre pouvoirs législatif et réglementaire perdurent bien au-delà de ce moment initial et que c'est même sans doute dans la durée que se font jour les difficultés les plus aiguës. Lorsque, pour des raisons de circonstance tenant à l'absence de catégorie de rattachement pertinente, le législateur crée une nouvelle catégorie d'établissement « par l'exemple », force est de constater qu'il produit une norme de double nature, mêlant le particulier et le général. Cette dualité peut vite se transformer en ambiguïté, voire en insécurité juridique. C'est notamment le cas lorsque le pouvoir réglementaire se réfère à cet archétype pour créer d'autres établissements appartenant à la même catégorie : il lie alors le destin juridique de ceux-ci aux évolutions et transformations que connaîtra celui-là, sans que la mesure de ces transformations soit toujours bien prise. Là encore, plus l'analogie de spécialité entre ces organes sera distendue à l'origine, plus le risque sera grand de voir la catégorie connaître une existence aléatoire. Autrement dit, plus le parallélisme des fonctions est lointain, plus le parallélisme des statuts est difficile à maintenir dans le temps.

2.1. Les cas de disparition d'un établissement chef de file

L'hypothèse dont la survenance pose le plus visiblement problème est celle où l'établissement « chef de file » dont la création par la loi avait donné naissance à une catégorie disparaît. Une illustration récente en a été donnée en matière de droit du travail, au sujet de la catégorie d'établissements née avec l'Office national d'immigration. Par sa décision n° 79-108 L du 25 juillet 1979, le Conseil constitutionnel avait, en effet, jugé que les dispositions, alors codifiées aux articles L. 330-1 à L. 330-9 du code du travail, relatives à l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) étaient de nature réglementaire en se fondant sur la circonstance que l'ANPE avait été instituée par l'ordonnance du 13 juillet 1967, soit postérieurement à la création de l'Office national d'immigration (ONI) par l'ordonnance du 2 novembre 1945, et « *qu'il s'agi[ssait], dans l'un et l'autre cas, d'établissements publics nationaux, fonctionnant sous la tutelle de l'Etat et dont les spécialités sont analogues, l'un comme l'autre ayant pour mission d'intervenir directement sur la marché de l'emploi* ». Depuis cette décision, l'ONI a toutefois disparu, et a été remplacé par un nouvel établissement public, l'ANAEM, résultant de l'absorption des compétences et des personnels d'une association, le Service social d'aide aux émigrants (SSAE). Dès lors, et à supposer que l'ANAEM fasse encore partie de la même catégorie, l'ANPE devenait ainsi l'établissement public le plus ancien dans cette catégorie.

La question s'est donc posée de savoir si la disparition des dispositions législatives caractérisant l'établissement « chef de file » d'une catégorie devait conduire à faire remonter en partie législative les règles constitutives d'un autre établissement de cette catégorie, qui seraient nécessaires à de nouvelles créations. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat a estimé qu'une telle disparition était sans incidence sur l'existence de la catégorie. On peut noter d'ailleurs qu'une position inverse aurait conduit à une insécurité juridique importante : en l'absence de tout suivi des établissements chefs de file et de ceux entrant dans la catégorie qu'ils ont créée, il serait en effet fort à craindre que certains établissements « orphelins » de l'établissement à l'origine de leur catégorie se trouvent ainsi projetés dans une sorte de « vide catégoriel » peu souhaitable. On ne peut donc que souscrire, d'un point de vue pratique comme d'un point de vue plus théorique, à une solution ne remettant pas en cause la situation d'un établissement par ricochet.

Mais une telle solution, aux évidentes vertus stabilisatrices, ne va pas toutefois pas sans poser des problèmes collatéraux. D'une part, en effet, on ne saurait se satisfaire d'une multiplication, inéluctable au fil du temps, des catégories « orphelines » qui n'est que peu conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme énoncé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 décembre 1999 (CC, n° 99-421 DC,

16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes*, R. p. 136) : s'il paraît pragmatique d'adopter le principe selon lequel, en cas de disparition du chef de file d'une catégorie, c'est l'établissement dont la création est la plus proche chronologiquement qui endosse ce rôle, il n'est pas acquis qu'une telle substitution ne complique encore la visibilité d'une telle catégorie ainsi remaniée et ne conduise pas au final à la voir périlcliter. Tout d'abord, il peut se trouver que les règles constitutives du nouvel établissement chef de file n'aient été que partiellement conformes à celles du chef de file initial : la disparition de ce dernier « régularise-t-elle » *a posteriori* ces dispositions illégales ? Qu'en est-il alors des autres établissements de la catégorie conformes au premier archétype, mais non à son successeur ? A l'inverse, s'il est jugé nécessaire de rendre le nouveau modèle conforme au précédent, l'on peut s'interroger sur le véhicule normatif pertinent : si le recours au décret paraît exclu pour un établissement désormais chef de file, il peut sembler paradoxal d'en passer par la loi pour ne faire que réitérer une règle en principe déjà en vigueur pour la catégorie. Enfin, si l'on voulait, pour un autre établissement, déroger aux règles constitutives de droit commun de la catégorie telles que fixées dans le décret du nouveau chef de file, faudrait-il alors adopter un parallélisme des formes « réel » et en passer par le décret, ou bien adopter une approche plus rigoureuse du point de vue des principes, mais qui aboutirait à la situation juridiquement paradoxale de recourir à la loi pour déroger à une règle établie au niveau réglementaire ?

Ainsi, en cas de disparition d'un établissement chef de file, la solution la plus simple, dans l'état actuel du droit, consiste encore à ériger le nouvel établissement chef de file au niveau législatif⁴⁶. Mais il est alors permis de s'interroger, d'une part, sur la cohérence d'une telle option avec l'esprit du texte constitutionnel, dont l'objectif était avant tout de conférer une souplesse nouvelle au pouvoir réglementaire et, d'autre part, sur la pertinence d'instaurer ainsi un partage des compétences entre loi et règlement variable au cours du temps et soumis aux aléas administratifs. L'exemple fort récent du projet de loi relatif à l'action extérieure de la France, par lequel le Gouvernement a souhaité créer une catégorie d'établissements publics contribuant à l'action extérieure de la France, fournit toutefois une autre piste : le Conseil d'Etat a ainsi approuvé la démarche consistant à déterminer, par la loi et de façon générale, les règles constitutives d'une catégorie d'établissements publics existant jusqu'alors par le seul biais d'un établissement chef de file (AG, n° 382938, 9 juillet 2009). Une telle piste constitue un moyen expédient de régler *a posteriori* les difficultés évoquées ci-dessus.

2.2. Les interrogations soulevées par les cas d'empiètement entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire

Si l'hypothèse de la disparition de l'établissement chef de file s'est encore rarement concrétisée, d'autres scénarios peuvent venir compliquer, au fil du temps, l'existence d'une catégorie « personnifiée ».

Un premier cas difficile est celui où la loi créant l'établissement chef de file est entachée d'incompétence négative, contraignant le pouvoir réglementaire à compléter, dans le décret relatif au même établissement, les règles de fonctionnement de celui-ci, y compris les règles constitutives de la catégorie qu'il est censé incarner. Deux séries de questions peuvent alors se poser : celles, d'une part, relatives aux modalités de création d'un autre établissement dans la même catégorie, notamment dans les cas où une dérogation aux règles constitutives figurant dans le décret de l'établissement chef de file serait envisagée ; celles, d'autre part, relatives à une éventuelle annulation contentieuse de ce même décret ou du refus d'en abroger les dispositions illégales, et aux effets de celle-ci sur l'ensemble des établissements qui dépendent de

⁴⁶ C'est d'ailleurs la solution qui, conformément à l'avis du Conseil d'Etat, a été finalement retenue pour ce qui est de l'ANPE, pour un motif assumé de sécurité juridique et d'opportunité symbolique, s'agissant d'un établissement au rôle central en matière de politique d'emploi.

cet archétype. Pour toutes ces raisons, il semble donc préférable, lorsqu'est détecté un cas où certaines des règles constitutives d'une catégorie figurent non dans la loi, mais dans le décret concernant l'établissement qui l'incarne, que le législateur résorbe cette anomalie au plus vite et que le pouvoir réglementaire s'assure de la conformité des établissements « suiveurs ».

Une deuxième situation délicate peut survenir lorsque, sans disparaître, l'établissement « chef de file » voit certaines de ses règles constitutives évoluer. Il faut d'abord souligner qu'une telle évolution ne peut intervenir que par une modification législative. En conformité avec la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil d'Etat veille ainsi à ce que les dispositions réglementaires concernant le fonctionnement et l'organisation des établissements dont la création est du domaine de la loi ne modifient pas les règles essentielles de manière telle qu'il en résulte soit une transformation des règles constitutives de l'établissement, soit la création d'une nouvelle catégorie d'établissement public (CE, 17 juin 1985, *Syndicat national des chercheurs scientifiques et autre*, R. p. 185). Une telle modification législative peut donc avoir deux types d'effets. D'une part, elle peut à ce point bouleverser l'épure de la catégorie existante que son intervention sera regardée comme créant une nouvelle catégorie à part entière ; dans une telle hypothèse, on retrouve alors, pour la catégorie initiale, toutes les difficultés énumérées ci-dessus dans le cas de la disparition du chef de file incarnant une catégorie. D'autre part, elle peut être regardée comme n'ayant pas pour effet de créer une nouvelle catégorie, mais simplement de modifier les règles constitutives de celle dont elle remodèle l'archétype – hypothèse dans laquelle c'est la question de l'homogénéité des règles s'appliquant à la catégorie qui se pose.

Enfin, troisième scénario potentiellement problématique, celui où la loi créant une catégorie « par l'exemple » n'en fait pas moins que ce qu'elle devrait, mais va au-delà de sa compétence, et où certaines dispositions relevant en réalité du pouvoir réglementaire, et étant donc susceptibles de connaître des variations d'un établissement à l'autre au sein de la même catégorie, sont fixées au niveau législatif. S'il est, dans une telle hypothèse, loisible au pouvoir réglementaire de déroger à ces règles non essentielles lors de la création d'un établissement ultérieur, on voit bien ce qu'une telle option a de délicat à assumer pour les règles constitutives au sujet desquelles le partage entre la loi et le règlement est particulièrement fin. Pour ce motif, il peut parfois être considéré comme plus sûr de renoncer à créer un établissement relevant d'une catégorie aux règles si entremêlées, ce qui a pour regrettable conséquence d'accroître alors le nombre de catégories en créant de « fausses jumelles ». A cet égard, l'on se bornera à rappeler que la possibilité offerte par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution de voir les dispositions législatives intervenues dans des domaines autres que ceux de la loi être déclarées par le Conseil constitutionnel comme ayant un caractère réglementaire n'est peut-être pas toujours assez utilisée. L'on peut également constater l'émergence récente d'une nouvelle pratique de tri par le Conseil constitutionnel qui s'autorise désormais à déclarer de lui-même que sont de caractère réglementaire certaines dispositions législatives⁴⁷, et s'interroger sur les marges de manœuvre que l'application d'une telle pratique permettrait pour ce qui concerne le droit des établissements publics.

3. Les voies possibles d'évolution

3.1. Il n'y a pas lieu d'abroger ou de modifier l'alinéa de l'article 34 concernant les établissements publics

La première option, un temps envisagée, eût été la plus radicale : elle consisterait à supprimer l'alinéa de l'article 34 consacré aux établissements publics. Sans nier l'impact considérable, tant sur un plan pratique qu'à un niveau plus symbolique, qu'aurait une telle

⁴⁷ Cf. CC, n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, R. p. 72.

mesure, il convient toutefois d'en préciser la portée réelle, en soulignant notamment qu'elle n'aurait pas pour effet de priver le législateur de toute compétence.

En premier lieu, le recours à la loi serait encore nécessaire pour déterminer les règles d'un établissement susceptible d'affecter d'autres domaines relevant de la loi par détermination d'autres dispositions constitutionnelles. C'est le cas par exemple de la participation obligatoire de collectivités territoriales à un établissement public. Il faut souligner qu'alors, ce n'est pas la simple mention du caractère obligatoire de cette participation qui doit faire l'objet d'une mention législative, mais bien l'ensemble des règles concernant l'établissement, en tant qu'elles pourraient avoir pour effet d'affecter la libre administration des collectivités. C'est en tous cas ce que l'on peut déduire de la décision concernant l'établissement public d'aménagement de la Défense (CC, n° 2007-548 DC, 22 février 2007, *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*, R. p. 76), par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que le nouvel établissement ne constituait pas une nouvelle catégorie d'établissements publics, mais que l'adhésion obligatoire de trois collectivités territoriales affectait leur libre administration et ne pouvait résulter que de la loi. Il a dès lors opéré, au regard des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution garantissant la libre administration de ces collectivités, un contrôle des dispositions concernant la dévolution de biens à ce nouvel établissement, la définition de ses charges et des modalités de leur répartition entre collectivités, ses ressources et ses principales règles d'organisation. D'autres rubriques de l'article 34 de la Constitution seraient également susceptibles de justifier le recours à la loi. Ainsi, dans son avis concernant le projet d'ordonnance portant actualisation, simplification et clarification des dispositions applicables aux associations syndicales de propriétaires (AG, 24 juin 2004, n° 370.326, EDCE 2005 p. 57), le Conseil d'Etat a estimé que pour ce qui concerne les associations syndicales autorisées ou constituées d'office, la compétence de la loi a pour fondements, au regard de l'article 34 de la Constitution, à la fois la détermination des règles constitutives d'une catégorie d'établissements publics et les principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles.

Le recours à la loi resterait également nécessaire pour déroger à diverses dispositions auxquelles le législateur a estimé utile de conférer une portée transversale, les rendant ainsi applicables aux établissements publics ou à certains d'entre eux. Relèvent ainsi de la loi les dérogations :

- à la composition et au fonctionnement du conseil d'administration de certains établissements publics, en application de la loi n° 83 675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public ;

- aux questions de personnel, dans certains cas. Aussi y a-t-il lieu de recourir à la loi pour déroger au principe selon lequel les établissements publics sont soumis aux dispositions générales prévues respectivement, pour ce qui est des établissements à caractère administratif, par le statut général des fonctionnaires et, pour ce qui est des établissements à caractère industriel et commercial, par le code du travail. Toutefois, s'il s'agit seulement, pour un établissement public administratif, de déroger à l'obligation née de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, de ne confier les emplois permanents qu'à des fonctionnaires en autorisant le recrutement d'agents contractuels en dehors des quelques possibilités ouvertes par ailleurs par la loi du 11 janvier 1984 (emplois saisonniers, absence de corps de fonctionnaires, ou lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient...), il n'est pas indispensable de passer par la loi. Le 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 permet le recrutement dérogatoire de contractuels, y compris à durée indéterminée, pour « *les emplois ou catégories d'emplois de certains établissements publics figurant, en raison du caractère particulier de leurs missions, sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat après avis du conseil supérieur de la fonction publique* ». Sur cette base a été pris le décret n° 84-38 du 18

janvier 1984 « *fixant la liste des établissements publics de l'Etat à caractère administratif prévue au 2° de l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984* » ;

- en revanche, le recours à la loi ne serait plus requis pour déroger à la limite d'âge des présidents et dirigeants de l'ensemble des établissements publics, en application de l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 ; en effet ce dernier prévoit, dans sa rédaction issue de l'article 10 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, que : « - En l'absence de dispositions particulières prévues par les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement, la limite d'âge des présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'Etat est fixé à soixante-cinq ans. ». On est ainsi passé d'un système très restrictif, sans dérogation possible (puisque le texte précédent l'empêchait par un « nonobstant toutes dispositions contraires »), à un système beaucoup plus souple, puisqu'il ouvre la faculté de dérogation non seulement au législateur, mais aussi au pouvoir réglementaire. Celui-ci a d'ailleurs fait usage de cette possibilité, par le décret n° 2007-538 du 11 avril 2007 relatif au président du conseil d'administration de l'Agence française de développement et modifiant l'article R. 516-13 du code monétaire et financier, dont l'article 1^{er} a porté à 70 ans la limite d'âge applicable au président du conseil d'administration.

Le recours à la loi serait également nécessaire lorsque les missions et compétences dévolues à un établissement empièteraient sur celles reconnues par la loi à d'autres personnes publiques. Ainsi, par exemple, concernant le centre de gestion des sapeurs-pompiers professionnels, le recours à la loi se justifiait au moins par la circonstance que ses missions empiétaient sur celles conférées au centre national de la fonction publique territoriale par la loi du 12 juillet 1984 (AG, 2 avril 2002, n° 367.494, *Projet de loi relatif à la modernisation de la sécurité civile*, EDCE 2003 p. 65). De même, dès lors que des dispositions législatives confiaient au ministre de l'agriculture la mission de procéder à l'inventaire forestier, elles s'opposaient à ce que cette même mission soit confiée à un établissement public, alors même que celui-ci ne relèverait pas d'une catégorie nouvelle au sens de l'article 34 de la Constitution (section des travaux publics, 1^{er} avril 1993, n° 353.732, *Projet de décret transformant le service de l'inventaire forestier national en établissement public administratif*, EDCE 1993 p. 163). Enfin, à jurisprudence constante sur le sujet, la loi resterait nécessaire pour donner à un établissement un caractère administratif ou industriel et commercial « *contre nature* » (cf *infra*).

Bien qu'elle n'implique donc pas un dessaisissement complet du législateur, la suppression de l'alinéa de l'article 34 de la Constitution consacré aux établissements publics apparaît toutefois comme une solution excessive. D'abord parce que le fait de conférer la personnalité juridique à certains types d'organes doit rester, conformément à une tradition constitutionnelle constante, par-delà même les changements de régime, du domaine législatif, fût-ce par le truchement d'une possibilité de conférer cette personnalité en blocs ou par séries, grâce à la notion de catégories instituée en 1958. C'est là l'argument fondamental : si le dispositif adopté par le constituant en 1958 n'a pas complètement permis d'éviter le foisonnement des établissements publics, il est en tout état de cause certain que sa suppression fera disparaître les limites et les contrôles qu'il permettait, malgré tout, de garantir. Ensuite, parce qu'une telle suppression ne répond qu'imparfaitement, car excessivement, aux difficultés suscitées par le système actuel de répartition des compétences. Ce n'est en effet pas tant la notion de catégories d'établissements publics ou le principe de la détermination par la loi des règles les concernant qui fait difficulté, que l'excès de raffinements et d'incertitudes qui découle de l'interprétation donnée à ce principe.

Une modification de l'article 34 de la Constitution ne paraît pas non plus opportune. Fondamentalement, il n'est en effet pas question de remettre en cause l'équilibre trouvé en 1958, qui consiste à laisser au pouvoir réglementaire la souplesse et l'autonomie nécessaires pour décider de son organisation, tout en maintenant la compétence du législateur pour ce qui est de la

création des catégories d'établissements. Il n'y a en outre pas lieu de modifier la rédaction de l'article 34 simplement pour clarifier ou préciser sa portée concernant les établissements publics.

3.2. L'adoption d'une loi organique ne paraît pas opportune

Une autre option consisterait à recourir à une loi organique afin de définir plus exhaustivement le partage entre la loi et le règlement, en précisant notamment le contour exact des règles constitutives. Une telle piste s'inspire directement de l'article 34, dont le dernier alinéa indique que ses dispositions « *pourront être précisées et complétées par une loi organique* ». Or, s'il est vrai que la seule loi organique prise sur ce fondement a été déclarée contraire à la Constitution (CC, n° 87-234 DC, 7 janvier 1988, *Loi organique relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de sécurité sociale*, R. p. 26), c'est au motif que ses dispositions n'avaient pas pour objet la détermination des matières qui sont du domaine de la loi mais qu'elles étaient afférentes à la procédure législative.

Toutefois, une telle solution aurait pour inconvénient d'élever au niveau organique la détermination des règles constitutives, ce qui serait, à terme, un facteur de rigidité.

3.3. Une loi portant fixation d'un cadre relatif aux établissements publics constituerait la meilleure option

Plus réaliste, l'option que préconise la présente étude consiste à clarifier le cadre relatif à la création d'établissements publics par un recours plus raisonné à la loi. Une telle voie recouvre en réalité deux séries de recommandations complémentaires.

En premier lieu, il conviendrait de limiter la création par voie législative d'établissements « uniques », en privilégiant, chaque fois que cela est possible, la détermination par la loi de catégorie d'établissements, et en s'efforçant d'autre part, de rattacher les établissements qui peuvent l'être à des catégories préexistantes. C'est là la pratique la plus proche de l'esprit dans lequel le texte de l'article 34 de la Constitution a été élaboré. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat l'a récemment rappelé en recommandant, dans un avis relatif au projet de loi portant diverses mesures relatives à l'action extérieure de l'Etat (avis du 9 juillet 2009, n° 382938), de rattacher l'ensemble des établissements que le gouvernement envisageait de créer par sa réforme à la nouvelle catégorie d'établissements publics contribuant à l'action extérieure de la France qu'il se proposait d'instaurer dans le même texte, en évitant la création collatérale, par la loi, de tout établissement unique.

L'on peut à cet égard rappeler l'interprétation des jurisprudences constitutionnelle et administrative concernant l'alinéa prévoyant que la loi « *fixe les règles concernant les transferts de propriétés d'entreprises du secteur public au secteur privé* », interprétation selon laquelle ces dispositions n'impliquent pas que chaque transfert doive être autorisé par la loi, ce qui n'était vrai qu'en l'absence de loi fixant les critères.

Initialement et en l'absence de loi précisant les conditions et les modalités d'un tel transfert, la compétence du législateur était entière, et entièrement protégée, ce qui n'allait pas sans poser des difficultés proches de celles rencontrées en matière de création d'établissements publics. Le Conseil d'Etat avait jugé, dans des formations solennelles, que le Gouvernement ne pouvait, sans empiéter sur le domaine ainsi réservé au législateur, procéder à aucune opération ayant pour objet ou pour effet la privatisation d'une entreprise publique (CE, Assemblée, 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (CFDT) et autres*, R. p. 465, dans l'affaire Cogema ; CE, Assemblée, 24 novembre 1978, *Sieur Schwartz et autres*, R. p. 467, écartant le moyen à propos d'Elf-Aquitaine au motif que la société resterait, en l'espèce dans le secteur public ; CE, Assemblée, 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne*, R. p. 436). Une telle situation

n'était sans doute pas conforme aux exigences de rapidité et de confidentialité dans le traitement d'opérations de cette nature ; en outre, l'importance variable de ces dernières ne justifiait pas un contrôle préalable systématique du Parlement, alors surtout que le Conseil constitutionnel a toujours considéré que l'article 34 n'imposait pas que toute opération impliquant un transfert au secteur privé soit directement décidée par le législateur mais seulement que celui-ci pose des règles dont l'application incomberait aux autorités ou organes désignés par la loi (CC, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18). Les problèmes nés de la carence du législateur se sont mécaniquement multipliés avec l'extension du secteur public résultant des nationalisations de 1982. C'était d'ailleurs si prévisible que le 28 octobre 1982, le Gouvernement avait déposé un projet de loi n° 1193 destiné à remplir ce vide ; ce projet n'a cependant jamais été inscrit à l'ordre du jour du Parlement, de sorte que plusieurs opérations (mineures) de privatisation se sont faites dans des conditions illicites⁴⁸.

Pour résoudre ces difficultés, ont finalement été adoptées des dispositions pérennes ayant pour objet de fixer, pour l'avenir, la répartition des compétences entre législateur et autorité administrative en la matière. Telle est l'origine des dispositions de l'article 7 de la loi du 2 juillet 1986⁴⁹. Le même projet de loi prévoyait par ailleurs un programme de privatisation visant 65 entreprises déterminées – parmi lesquelles ne figuraient d'ailleurs pas les SEMCA.

De la même manière, l'on pourrait imaginer que des dispositions législatives viennent déterminer durablement les cas dans lesquels la création d'un établissement public relèverait ou non de la loi. La loi dresserait ainsi la liste de différentes catégories d'établissements publics, en énonçant pour chacune des règles constitutives. Une telle solution présenterait, au regard des difficultés relevées ci-dessus, des avantages non négligeables. Elle fournirait au pouvoir réglementaire un état clair des choix qui se présentent à lui pour créer un établissement public et garantirait la sécurité juridique, sur le long terme, des choix opérés. Elle ne serait en outre pas contraire à l'exigence de souplesse qui fait l'un des atouts de la formule de l'établissement public à tous niveaux. En dehors des catégories qu'elle énumère, la loi pourrait prévoir que, sous certaines conditions, un établissement public à statut unique puisse être créé, sans pour autant qu'une nouvelle catégorie soit instituée. Elle pourrait également prévoir, en tant que de besoin, des règles constitutives adaptables (emploi de fourchettes indicatives, fixation d'exigences *a minima*), laissant une marge de manœuvre plus importante. Enfin, chaque catégorie pourrait même faire l'objet de dérogations à titre expérimental, dans les limites tracées par l'article 37-1 de la Constitution rappelées plus haut (cf. 2.1.3.).

3.4. A défaut, tout devrait être mis en œuvre pour renforcer la sécurité juridique du système

Pour les raisons énumérées ci-dessus, on peut se demander s'il ne serait pas aujourd'hui souhaitable, y compris dans un cadre constitutionnel et législatif inchangé, de revenir sur le principe selon lequel un établissement public particulier peut être assimilé à une catégorie au sens de l'article 34. Dans le cas où l'hypothèse d'une loi portant fixation d'un cadre relatif aux établissements publics ne serait pas retenue, l'on pourrait alors envisager une solution permettant que le législateur reste compétent pour créer des catégories telles que les établissements publics de coopération culturelle, les universités, au cas par cas, mais qu'il ne puisse plus en revanche créer un établissement particulier⁵⁰.

⁴⁸ Avec introduction, dans les contrats de cession, de clauses protégeant l'acheteur contre d'éventuels recours. Le sénateur E. Dailly a ainsi relevé 26 cas entre 1982 et 1986.

⁴⁹ Les travaux préparatoires sont très éclairants sur ce point. Voir, parmi beaucoup d'autres éléments en ce sens, l'intervention du ministre de l'économie et des finances devant l'Assemblée nationale (JO Débats AN, 22 avril 1986, p. 212), le rapport sénatorial de M. Dailly (spéc. pp. 65 et suivantes), ou encore les débats en séance publique au Sénat (JO débats Sénat, mai 1986, pp. 1219 et suivantes).

⁵⁰ Précisons cependant que, même dans cette dernière hypothèse, son intervention pourrait rester nécessaire pour l'une des raisons énumérées au 3.1.1. ci-dessus (au titre d'un autre item de l'article 34, pour déroger à une

Reste que sans l'intervention du législateur, un tel revirement ne relève pas de l'évidence. Dans une telle hypothèse, seul le Conseil constitutionnel pourrait être à même de le préparer puis de l'opérer, selon une technique de modification progressive de sa jurisprudence souvent éprouvée récemment, que l'on songe aux évolutions qu'a connues le contrôle par le Conseil constitutionnel des lois transposant des dispositions à caractère impératif d'une directive européenne ou des dispositions législatives susceptibles de porter atteinte à la clarté et à l'intelligibilité de la loi.

A défaut d'une telle évolution, il conviendrait à tout le moins de renforcer la viabilité du système actuel en améliorant les conditions de création et de suivi des établissements publics. A cet égard, plusieurs réformes complémentaires pourraient être entreprises :

- un **travail d'identification des établissements « chefs de file » devrait être mené**, sous la supervision du secrétariat général du gouvernement qui serait également chargé de la tenue à jour de cette cartographie ;
- les **études d'impact préalables à la création d'un nouvel établissement devraient être généralisées**, afin de rechercher de façon plus systématique une catégorie de rattachement ;
- **l'élaboration d'un guide de la création des établissements publics, destiné à compléter le guide pour l'élaboration des normes législatives et réglementaires pourrait être conduite** par une équipe réunissant représentants du Conseil d'Etat et du secrétariat général du gouvernement ;
- enfin, ainsi que le préconisait déjà les précédentes études du Conseil d'Etat **la rédaction de statuts types d'établissement publics, pourrait compléter ce guide**, afin d'harmoniser, lorsque cela est possible, des dispositions dont on a parfois l'impression qu'elles font l'objet de réinventions aussi fréquentes que superflues.

Au final, l'immobilisme, le *statu quo* ou l'attentisme apparaissent comme la moins bonne des options : quel que soit le scénario de réforme retenu, tous, du plus modeste au plus ambitieux, sont susceptibles d'améliorer la sécurité juridique entourant la création des établissements publics ainsi que leur existence. Il en va d'ailleurs de la pérennité de la formule, qui perd en attrait à force d'être perçue comme inutilement complexe.

En outre, il convient de souligner que si l'une ou l'autre des évolutions envisagées devaient être retenue, les difficultés que poserait la transition d'un régime à l'autre devraient faire l'objet d'une attention particulière. Il est en effet exclu d'exiger une mise en conformité immédiate ou même à brève échéance de l'ensemble des établissements, sous peine de rendre la réforme aussi peu faisable que souhaitable. Il convient en revanche de bien garder à l'esprit que les évolutions préconisées visent avant tout à fiabiliser le processus de création des nouveaux établissements publics. Dans cette perspective, les nouvelles règles qui découleraient de la réforme pourraient ne s'appliquer que pour l'avenir, à ces nouveaux établissements. Si l'on souhaitait de surcroît aboutir à une harmonisation, à moyen terme, du paysage d'ensemble des établissements publics, une période transitoire, de plusieurs années, pourrait être prévue afin de permettre aux établissements de disposer du temps nécessaire à la réflexion sur leur évolution.

disposition législative de portée générale ou enfin pour donner à l'établissement un caractère administratif ou industriel et commercial « *contre nature* »).

Troisième partie :

L'organisation et le fonctionnement des établissements publics peuvent également faire l'objet d'aménagements visant à leur conférer plus de souplesse

Si l'engagement d'une réflexion de fond sur les règles concernant la création des établissements publics est de première importance, il ne saurait pour autant être question de négliger, en aval, les nombreuses questions ou difficultés qui se posent dans l'organisation et le fonctionnement au quotidien de ces mêmes établissements. Ici encore, à maints égards, les grandes lignes du diagnostic posé dans les précédentes études du Conseil d'Etat restent d'actualité : les règles qui ont un impact direct sur la vie des établissements publics mériteraient d'être à la fois simplifiées et assouplies, d'autant que de telles évolutions correspondent intimement au principe d'autonomie qui se trouve au cœur de la formule.

1. La sécurité juridique entourant la qualification d'un établissement comme administratif ou industriel et commercial mériterait d'être renforcée

Le choix du caractère, administratif ou industriel et commercial, d'un établissement public, peut être opéré de manière explicite dans le texte législatif ou réglementaire qui le crée, mais il peut également découler, dans le silence des textes, de l'arbitrage de fait opéré par ses dirigeants. En tout état de cause, c'est, en pratique, au juge qu'il revient de déterminer la nature réelle de l'activité exercée par l'établissement. Or la détermination de ce caractère est cruciale, puisqu'elle commande l'application d'un corpus de règles (comptabilité, droit applicable aux agents, relations avec les usagers, avec les tiers) qui régissent le quotidien d'un établissement public.

Le caractère d'un établissement n'est d'ores et déjà plus, on l'a dit, un élément distinctif d'une catégorie d'établissements publics, depuis que le Conseil constitutionnel a abandonné ce critère en 1979⁵¹. Le Conseil d'Etat s'est inscrit dans la lignée de cette orientation en jugeant qu'un décret conférant à la Caisse nationale de prévoyance qui était un EPA en vertu de son statut antérieur, le caractère d'un EPIC, n'avait pas à lui seul pour effet de créer ou de supprimer une catégorie d'établissement au sens de l'article 34 de la Constitution, dès lors qu'il ne modifiait pas la spécialité de la caisse et que celle-ci continuait à exercer territorialement son activité sous la même tutelle administrative (CE, 28 juillet 1993, *Syndicat général de la Caisse des dépôts et consignations*, T. p. 815)⁵².

⁵¹ L'on peut noter qu'il est toutefois arrivé que le Conseil constitutionnel écarte au fond un grief tiré de ce que la loi avait empiété sur le domaine réglementaire en attribuant à un EP un caractère administratif jugé par le Conseil conforme aux missions, aux modalités d'intervention et à l'origine de ses ressources (CC, n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, précité). Mais il ne faudrait pas y voir, fût-ce sous forme d'amorce, un retour de ce troisième critère.

⁵² Les observateurs les plus attentifs de la jurisprudence du Conseil d'Etat ont toutefois pu noter que celui-ci avait persisté à utiliser, dans certains arrêts postérieurs à la décision du Conseil constitutionnel de 1979, une grille de

Cette évolution n'exclut toutefois pas que le recours à la loi soit nécessaire. En effet, le Conseil d'Etat a précisé, dans son rapport annuel pour 1990, que dans le cas où l'attribution à un établissement public d'un caractère qui va à l'encontre de ce qu'est, dans la réalité, celui de sa mission, cette attribution met en cause ses règles constitutives et ne peut donc être le fait que de la loi (EDCE 1991, n°42, p. 21). Dans ses formations consultatives, le Conseil d'Etat fait application de cette distinction. La section des finances a ainsi estimé que s'il était envisagé de faire de la Masse des douanes un EPIC, bien que ses activités ne soient pas de nature industrielle et commerciale, le recours à la loi serait nécessaire (n° 356.905, 7 janvier 1997, EDCE 1998 p. 80). Plus récemment, l'Assemblée générale a estimé que le statut du CNES relevait de la loi, dès lors que cet établissement s'est vu assigner des missions de recherche scientifique et technique de nature administrative, dont les ressources proviennent pour l'essentiel de fonds publics, mais que le législateur a entendu néanmoins le soumettre aux règles d'organisation et de fonctionnement propres aux établissements gérant un SPIC (AG, 25 mars 2004, n° 369.810, *Projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code de la recherche*, EDCE 2005 p. 58).

En outre, le juge est également conduit à se prononcer sur le caractère d'un établissement public, à l'occasion de contentieux où la question du régime juridique applicable est cruciale pour déterminer le juge compétent et le droit applicable (relations avec les usagers, contrats, relations avec les agents, nature d'un contrat passé avec un tiers). Trois cas peuvent être distingués.

Dans le silence des textes institutifs, le juge détermine lui-même le caractère de l'établissement public. Pour distinguer entre service public administratif d'une part et service industriel et commercial de l'autre, il tient alors compte, selon les critères dégagés par la décision *Union syndicale des industries aéronautiques* (CE, Assemblée, 16 novembre 1956, R. p. 434, concl. Laurent, D. 1956.752 et Sirey 1957.38, GAJA, 17^{ème} éd. p. .220) de l'objet de la mission de l'établissement, de l'origine de ses ressources et des modalités de son fonctionnement.

Une telle approche a également conduit à reconnaître l'existence d'établissements publics « à double visage ». L'application de la grille de lecture dégagée par la décision *Union syndicale des industries aéronautiques*, qui repose sur un examen *in concreto* de l'activité exercée et non sur une approche organique, conduit à ce que le juge recherche en réalité au cas par cas à l'occasion de quelle activité la décision litigieuse a été prise ou le dommage causé. Ainsi, comme le rappelait Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal des conflits *Société Interfrost F.I.O.M* (TC, 12 novembre 1984, R. p. 450) : « Le critère de compétence est fondé sur la nature intrinsèque du service et non sur le statut de celui-ci. Ainsi, ce n'est pas la qualité d'établissement public industriel et commercial qui détermine la compétence judiciaire de principe, c'est le caractère commercial et industriel du service géré ». Dès lors, sans que soit pour autant remise en cause la nature de l'établissement lorsqu'elle est explicitement précisée par les textes, a été consacrée l'existence d'établissements dits « à double visage », relevant tour à tour, en fonction des activités qu'ils exercent, de l'un ou l'autre régime. Ainsi, bien que l'établissement national de la navigation ait tenu de la loi la qualité d'EPIC et que tel ait bien été le régime applicable lorsqu'il assurait des activités telles que la traction ou le remorquage de bateaux, il a été jugé qu'il exerçait une mission administrative de service public de régulation du trafic fluvial lorsqu'il prenait des mesures d'organisation et d'utilisation des voies navigables, (TC, 10 févr. 1949, *Guis*, R. p. 592 – solution confirmée pour l'établissement « Voies navigables de France » qui l'a remplacé depuis 1990 : CE, 3 déc. 2003, *Houté*, T. p. 716).

contrôle semblant faire toujours jouer ce critère, fondant l'appartenance d'un établissement à une catégorie non seulement sur l'objet de l'activité exercée mais aussi sur sa « nature » (CE, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT* R. p. 185 ; CE, 6 mars 1991, *Syndicat CGT du crédit d'équipement aux PME*, R. p. 657 ; CE, 29 juillet 1994, *SA coopérative d'achat des instituteurs*, R. p. 365) – cf Chapus n° 530. Mais c'est bien la décision *Syndicat général de la Caisse des dépôts et consignations* qui fixe la ligne jurisprudentielle retenue.

Enfin, le juge en vient même, exceptionnellement, à retenir des qualifications contraires à celles posées par les textes, lorsque ceux-ci sont de nature réglementaire. Ainsi, le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles exerçait, bien qu'il fût qualifié d'EPIC par le décret du 29 juillet 1961, depuis lors abrogé, « en réalité, une action purement administrative » (TC, 24 juin 1968, *Sté approvisionnements alimentaires et Sté « Distilleries bretonnes »*, R. p. 801, concl. Gégout ; AJDA 1969, p. 311, note A. de Laubadère ; D. 1969, p. 117, note J. Chevallier ; JCP G 1969, II, 15764, note J. Dufau). De même, il a été jugé qu'eu égard à ses missions, à ses ressources et à ses modalités de fonctionnement, le Centre français du commerce extérieur était, en dépit de sa qualification d'EPIC par le décret du 4 mai 1960, un établissement administratif, de sorte que ses agents avaient la qualité d'agents publics (CE, 4 juillet 1986, *Berger*, R. p. 464, D. 1988, p. 90, note E. Fatôme et J. Moreau. – cf. également TC., 26 octobre 1987, *Centre français commerce extérieur*, JCP G 1988, II, 21042, note Dufau). Une telle requalification est en revanche exclue dans l'hypothèse où l'établissement tient son caractère d'une disposition législative (TC, 24 avril 1978, *Sté Boulangerie du Kourou*, R. p. 645 ; D. 1978, p. 584, note P. Delvolvé).

Une simplification a été amorcée pour ce qui concerne la jurisprudence sur les établissements dits « à double visage », dont le juge a tenté de limiter la portée. Le Tribunal des conflits a ainsi dégagé, à l'occasion d'un litige en responsabilité, un nouveau principe de répartition des compétences selon lequel, « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police, ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique » (TC 29 décembre 2004, *Blanckeman*, R. p. 525 – cf également la décision de renvoi CE, 2 février 2004, *Blanckeman*, R. p. 18 ; JCP A 2004, 1345, note M.-C. Rouault). Cette position a par la suite été appliquée pour procéder à la qualification des contrats conclus par un EPIC (TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle architectes français*, R. p. 640, AJDA 2006, p. 2382, chron. C. Landais et F. Lenica ; CJEG 2007, p. 30, concl. J.-H. Stahl ; JCP A 2007, 2077, note B. Plessix).

De façon générale, il convient de ne pas surestimer les avantages du régime de l'EPIC par comparaison à celui de l'EPA. D'une part, la distinction entre EPA et EPIC, si elle reste déterminante, est toutefois susceptible de voir son importance s'estomper, sous l'effet conjugué de l'envergure prise par un droit communautaire, indifférent à une telle distinction, et des évolutions à l'œuvre dans la fonction publique, où l'accroissement des possibilités de recours à l'emploi contractuel, recommandé notamment par le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique (cf. en particulier les propositions 11 à 14), contribuerait à accroître la souplesse de gestion des établissements publics dont le personnel relève d'un régime de droit public. D'autre part, il convient de ne pas négliger les atouts associés au mode de fonctionnement des EPA : ainsi, la présence d'un comptable public est souvent considérée par les dirigeants de ces établissements comme un avantage non négligeable, qui permet d'objectiver les termes des débats de gestion.

2. Les moyens d'action des établissements publics mériteraient d'être mieux affirmés

2.1. Le mode de financement des établissements : pour une autonomie et une transparence accrues

La définition des catégories de ressources dont dispose un établissement public est un élément déterminant de son identité. Comme on l'a rappelé plus haut, cette question fait partie des règles constitutives d'une catégorie d'établissements qu'il appartient au législateur de déterminer (CC, n° 64-29 L, 12 mai 1964, R. p. 37, CC n° 93-322 DC, 28 juillet 1993 R. p. 204, CC n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, ainsi que CE, 24 avril 1992, *Union nationale des*

fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré, R. p. 191) et elle fait également partie des critères que le juge administratif prend en considération afin de déterminer le caractère, industriel et commercial ou administratif, d'un établissement (CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale industries aéronautiques*, précité). Ainsi, selon qu'un établissement public tire essentiellement ses ressources des crédits que lui affecte, par voie budgétaire ou fiscale, la personne publique de rattachement, ou que son financement est au contraire majoritairement lié à son activité, par la perception de redevances pour services rendus, il sera qualifié soit d'administratif, soit d'industriel et commercial. Encore faut-il souligner que c'est la nature réelle de la ressource en question, telle que qualifiée par le juge, et non pas la qualification qui a été retenue lors de sa création, qui compte, et qui peut d'ailleurs déterminer le niveau juridique du texte nécessaire à son établissement. Ainsi en va-t-il par exemple des redevances perçues par les agences de bassin, dans lesquelles le Conseil constitutionnel a vu des impositions de toute nature (CC, n° 82-124 L du 23 juin 1982, R. p. 99), pour lesquelles il appartient au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement.

S'agissant des crédits attribués par l'Etat, la LOLF a clarifié, sans les bouleverser, la plupart des mécanismes d'affectation de ressources auxquels il est possible d'avoir recours. Regroupés au chapitre III du titre II de la LOLF, ces mécanismes peuvent prendre la forme de budgets annexes, de comptes spéciaux ou de procédures comptables particulières au sein du budget général, d'un budget annexe ou d'un compte spécial (art. 16 et suivants). Leur mobilisation, qui répond à des techniques qui existaient déjà, peu ou prou sous l'empire de l'ordonnance organique relative aux lois de finances du 2 janvier 1959, et qui n'ont pas connu de bouleversement majeur, n'appelle pas d'observation particulière. La LOLF a réaffirmé le principe de l'universalité budgétaire sous une nouvelle formulation : « l'affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'Etat ne peut résulter que d'une disposition de loi de finances » (art. 36), ce qui n'interdit pas l'affectation, par une loi ordinaire, à un établissement public d'une ressource fiscale nouvelle, qui n'a donc pas été « établie au profit de l'Etat »,.

La LOLF a toutefois apporté une innovation importante en supprimant la catégorie des taxes parafiscales qui constituaient pour certains EPIC une ressource non négligeable. Cela a nécessité de transformer ces ressources en subventions budgétaires, en cotisations obligatoires ou, le plus souvent, en ressources fiscales affectées. On a pu d'ailleurs remarquer une tendance récente consistant pour l'Etat à partager certaines de ses recettes avec certains de ses établissements publics ou autres opérateurs plutôt que de leur affecter des ressources « en propre ». Si un tel mécanisme présente certes l'avantage de préserver l'annualité budgétaire et les pouvoirs du Parlement, on peut en revanche craindre que ne se créent des affectations sans lien direct entre les recettes et les dépenses, contrairement à l'esprit de la LOLF. A tout le moins, l'obligation faite au gouvernement par le deuxième alinéa de l'article 51, de joindre chaque année au projet de loi de finances une annexe explicative comportant la liste et l'évaluation, par bénéficiaire ou catégorie de bénéficiaires, des impositions de toute nature affectées à des personnes morales autres que l'Etat, favorise-t-elle une transparence qui paraît bienvenue.

En outre, afin de renforcer l'autonomie des établissements publics et de leur permettre d'optimiser leurs ressources, il apparaît souhaitable de leur affecter systématiquement le domaine qui s'attache nécessairement à l'exercice de leur activité, et de leur permettre de valoriser ce domaine. Sur ce sujet, le Conseil d'Etat avait été conduit à estimer que la réhabilitation, par un EPIC, d'immeubles en vue de leur déclassement et de leur revente, lorsqu'elle n'a pas de rapport avec l'objet de la mission de cet établissement, ne peut être regardée comme le complément normal de celle-ci, ce qui impliquait, faute que la précaution ait été prise en amont, un bien lourd recours à la loi pour permettre à cet EPIC de mener à bien ses opérations (section des travaux publics, 16 décembre 2003 n°369.299, EDCE 2003 p. 90).

Au-delà de ces remarques, le Conseil d'Etat estime que la problématique des ressources affectées aux établissements, si elle est vitale pour leur autonomie et cruciale pour leur existence, ne pose pas de problème juridique majeur. Il serait sûrement souhaitable que, lorsqu'est élaborée une loi déterminant les règles constitutives d'une catégorie d'établissement, celle-ci prévoie un éventail aussi large que possible de ressources pouvant être utilisées, afin d'éviter que par la suite, la création d'un établissement relevant de la même catégorie mais disposant d'une ressource spécifique ne nécessite pour ce seul motif le recours à la loi. En outre, il va de soi que la création d'une personne publique autonome comme doit l'être un établissement doit aller de pair avec un niveau de ressources lui permettant d'assurer ses missions, avec une certaine visibilité, à moyen terme sur ce que pourraient être ses moyens. A cet égard, le dialogue budgétaire et de gestion, sur une base pluriannuelle, que la LOLF encourage va dans la bonne direction.

2.2 Pour rester acceptable, la complexité des statuts du personnel des établissements doit être justifiée

Les questions afférentes au personnel sont, dans les établissements comme ailleurs dans l'administration ou dans les entreprises, au cœur des problématiques quotidiennes de gestion. La principale préoccupation reste d'avoir les moyens d'attirer les compétences et les talents, ainsi que ceux de les conserver autant que possible.

La particularité des établissements publics en la matière réside sûrement dans la bigarrure des situations juridiques en termes de personnels : on trouve ainsi une quasi-continuité de configurations entre les deux extrêmes que sont, d'une part, les établissements n'employant que des agents publics, et majoritairement des titulaires, et d'autre part, ceux n'employant que des salariés de droit privé. Les situations sans conteste les plus lourdes sur le plan de la gestion sont celles de la mixité, lorsque celle-ci impose de doubler, au sein de l'établissement, chacune des instances de représentation ou de dialogue social au sein de l'établissement.

Force est de constater qu'il n'apparaît pour autant ni souhaitable, ni véritablement possible, d'éviter une telle diversité, qui est aussi la conséquence de la très grande souplesse inhérente à la formule de l'établissement public. Au-delà des particularités sectorielles, historiques ou culturelles qui justifient souvent l'adoption de tel ou tel statut, on doit souligner à quel point les attentes et les opinions qu'ont les dirigeants des établissements publics auditionnés quant aux mérites ou aux inconvénients de l'une ou l'autre formule sont souvent contradictoires : si le statut de droit privé est spontanément associé à l'idée d'une plus grande souplesse de gestion, cette idée est parfois démentie dans les faits, tandis que le statut de droit public est parfois vu comme un atout, en ce qu'il peut notamment offrir un cadre protecteur qui facilite les recrutements.

Sans entrer dans des considérations de détail qui, malgré leur intérêt, n'auraient pas leur place dans cette étude, le Conseil d'Etat entend formuler deux remarques de portée générale.

D'une part les difficultés les plus importantes que rencontrent les établissements publics en termes de gestion du personnel sont liées aux statuts spécifiques dont certains d'entre eux sont dotés et qui ont pour conséquence d'enfermer les agents de ces établissements dans des carrières presque sans issue, tant les possibilités d'évolution et de mobilité sont restreintes. L'expérience tend à montrer que de tels statuts pèsent toujours sur la vie des établissements ; ils ne sont donc pas à recommander. Lorsqu'un établissement public est soumis à un régime de droit public, il y a plutôt lieu de faire application de la loi portant statut de la fonction publique afin de pouvoir faire jouer la mobilité.

D'autre part, les années récentes ont montré une tendance, lors de la création de nouveaux établissements publics, à multiplier de façon parfois excessive, les catégories de personnels auxquelles ces établissements peuvent recourir. L'idée est sans doute de doter les structures de la « boîte à outils » la plus complète, afin de lui conférer le plus de souplesse possible. On constate toutefois que dans la pratique, la bigarrure des statuts est moins un facteur de souplesse que de lourdeur et de rigidité. Il est surtout nécessaire qu'existe, au sein d'un établissement, la plus grande cohérence possible entre ses missions, les conditions dans lesquelles celles-ci peuvent être assurées, et les possibilités qui s'offrent à ses gestionnaires en termes de recrutement et de gestion du personnel. Autrement dit, l'essentiel est avant tout d'assurer la cohérence de la personne morale autonome qu'est un établissement public, en lui conférant les conditions les plus adéquates à son développement. A cet égard, la question du statut du personnel de l'établissement devrait constituer un passage obligé et important de l'étude d'impact précédant la création de tout nouvel établissement public, afin de s'assurer que ce statut procède non d'un réflexe ou d'une préférence plaqués à l'aveugle sur le fonctionnement de la nouvelle structure, mais d'un choix stratégique, en adéquation avec l'identité de cette structure.

2.3 En principe soumis au régime de droit commun des contrats signés par des personnes publiques, les établissements publics seraient parmi les premiers bénéficiaires des évolutions de celui-ci

De manière générale, le régime des contrats et conventions des établissements publics obéit aux règles habituelles en la matière, le caractère administratif ou privé de ces contrats étant déterminé par la nature de l'établissement signataire et par l'objet du contrat, sous réserve des hypothèses dans lesquelles la nature des contrats est déterminée par la loi. Toutefois, s'agissant des contrats et conventions qu'il peut être conduit à signer, un établissement public est naturellement soumis, comme pour le reste de ses activités, aux limites du principe de spécialité.

Pour ce qui est des contrats et conventions qu'un établissement est susceptible de passer avec d'autres personnes publiques, on se contentera de renvoyer, d'une part, aux développements de la première partie consacrés au champ de l'exception dite « *in house* », qui peut permettre aux établissements de mener des actions particulières, éventuellement en partenariat avec d'autres personnes publiques, via des « filiales », et d'autre part au passage ci-après consacré à la tutelle, pour ce qui est des contrats d'objectifs et de moyens signés entre un établissement et son autorité de rattachement.

En outre, il faut souligner que les établissements publics, et notamment les EPIC, seraient les plus susceptibles de recourir à la capacité de recourir à l'arbitrage, mode alternatif de règlement juridictionnel des litiges qu'il est question d'ouvrir plus largement aux personnes publiques, à la suite des propositions du rapport consacré à *L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques* établi sous la direction du président Labetoulle⁵³. On peut à cet égard rappeler, ainsi que le soulignait le rapport, que certains établissements publics se sont déjà vus autoriser, individuellement, par le législateur, à recourir à l'arbitrage⁵⁴ et souligner que la loi du 9 juillet 1975 avait, pour sa part, ouvert la possibilité au gouvernement d'autoriser par décret certaines catégories d'EPIC à compromettre⁵⁵. L'introduction d'une habilitation générale, donnée par le législateur à recourir à ce procédé permettrait de conférer une même souplesse à

⁵³ *L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques*, rapport à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, 13 mars 2007.

⁵⁴ La SNCF par l'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, la Poste par l'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 ou encore RFF par l'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997.

⁵⁵ Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, modifiant l'article 2060 du code civil. V. le décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002 autorisant à compromettre des établissements publics à caractère industriel et commercial (secteur des mines et secteur de l'électricité et du gaz).

tous les établissements, dont certains, en raison du domaine ou du mode d'action qui est le leur, ont particulièrement intérêt à pouvoir recourir à une telle formule

2.4 L'organisation territoriale des établissements publics : un équilibre qui reste à trouver

Les dernières années ont vu le développement d'établissements publics destinés à agir dans les territoires, principalement sous la forme du financement et de l'aide à projet. On peut ainsi citer :

- **l'ANAH devenue l'Agence nationale de l'habitat** (art. L. 321-1 et R. 321-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation), qui a pour mission de promouvoir le développement et la qualité du parc existant de logements privés en subventionnant l'exécution de travaux de réparation, d'assainissement, d'amélioration et d'adaptation et dont l'action s'appuie sur des commissions d'amélioration de l'habitat, créées dans chaque département et, depuis la loi du 25 mars 2009, sur les préfets ;
- **l'ANRU** (loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine), chargée de contribuer par ses concours financiers à la réalisation du programme national de rénovation urbaine ;
- **l'Acsé**, agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, créée par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, qui mène directement des actions ou accorde des concours financiers, notamment dans le cadre d'engagements pluriannuels, aux collectivités territoriales, aux établissements publics de coopération intercommunale compétents et aux organismes publics ou privés qui poursuivent des actions d'intégration et de lutte contre les discriminations ;
- **le Centre national pour le développement du sport (CNDS)**, créé par le décret n°2006-248 du 2 mars 2006, chargé de contribuer, par ses financements, à l'aménagement du territoire dans le domaine sportif.

La création de ces établissements publics procède d'une logique d'autonomisation d'une politique publique, qui, en un sens, n'est pas poussée jusqu'au bout, puisque l'action de ces établissements repose largement sur le recours aux moyens des services déconcentrés de l'Etat. Leur structure est ainsi calquée sur celle des régions et des départements ; leur fonctionnement s'appuie souvent sur l'expertise et les moyens des services déconcentrés de leur ministère de tutelle ; parfois même, pour l'ANPE⁵⁶, l'ANRU⁵⁷ ou le CNDS, le préfet est leur délégué territorial. Le Conseil d'Etat, dans ses formations consultatives, a eu l'occasion de s'interroger sur la pertinence d'une telle organisation.

Des arguments d'ordre pratique peuvent plaider en faveur d'une telle formule. La mise en place de services déconcentrés spécifiques à ces établissements publics conduirait soit à doubler en partie les fonctions des services déconcentrés de l'Etat correspondants, soit à amputer partiellement de leurs moyens techniques et humains, ce qui va à l'encontre des plus élémentaires principes de bonne gestion. C'est également permettre à l'Etat et à ses représentants au niveau local, d'assurer, malgré la fragmentation croissante des compétences en matière de politique publique, le rôle de coordination et d'animation qui est au cœur de sa mission.

L'on peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de ce qui, à force de créations successives et rapprochées, donne le sentiment d'une volonté de dessiner par petites touches un nouveau modèle d'action administrative, dans lequel l'Etat s'appuie sur de multiples établissements publics nationaux dotés de structures déconcentrées, auxquels il confie des politiques publiques à part entière, sans les leur abandonner complètement. Le fait que le préfet,

⁵⁶ Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009

⁵⁷ Art. 11 de la loi du 1 août 2003

qui est d'abord et avant tout, en vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution, le représentant de chacun des membres du Gouvernement, soit désigné comme délégué territorial de certains établissements publics ne va pas sans risque de contradiction. Il est alors à la fois représentant d'un établissement public et du ministre qui exerce, au niveau central, la tutelle sur cet établissement. L'exercice de ce double rôle est intrinsèquement source d'interférence, et ce risque augmente à mesure que rôles annexes ou supplémentaires se multiplient. Au surplus, la réintroduction du préfet dans le fonctionnement d'établissements publics érigés en personnes publiques autonomes constitue, de façon quelque peu paradoxale, une forme de recentralisation des compétences au niveau local. Enfin l'on peut souligner qu'un tel rôle de représentation est plus difficile encore à exercer pour le compte d'un établissement qui n'est pas administratif mais industriel et commercial, et dont les personnels sont assujettis aux règles du droit privé. Cette circonstance rend également délicate la mise à disposition pure et simple d'agents de l'Etat au bénéfice des établissements concernés. Le recours aux moyens en personnels des services déconcentrés de l'Etat peut soulever des difficultés au regard du droit communautaire dans le cas des établissements publics exerçant dans des secteurs marchands concurrentiels.

En tout état de cause, une telle pratique devrait impérativement être mieux encadrée, notamment par la conclusion, entre les établissements publics concernés et les ministères centraux, de conventions qui permettraient de clarifier et d'explicitier de manière plus détaillée le rôle du préfet ainsi que la nature des relations entre les établissements nationaux et les services déconcentrés des ministères⁵⁸. Mais même avec ces aménagements, la généralisation d'une telle organisation ne paraît pas souhaitable.

3. Les relations des établissements publics avec leurs tutelles doivent faire l'objet d'une réflexion d'ensemble et connaître des aménagements

3.1. Les établissements publics de l'État sont aujourd'hui soumis à des contrôles nombreux

La tutelle de l'Etat sur ses établissements publics revêt de prime abord une forme traditionnelle. Les établissements publics n'ont pas connu le bouleversement induit, pour ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs établissements, par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Une telle différence est justifiée : il n'existe en effet pas de principe constitutionnel de libre administration des établissements publics comme il existe un principe de libre administration des collectivités territoriales. La tutelle exercée sur les établissements publics est ainsi la contrepartie de l'autonomie qui leur est consentie. La tutelle exercée sur les établissements publics comporte donc, classiquement, des pouvoirs d'annulation, d'approbation, d'autorisation, et, plus exceptionnellement, de substitution. Sont en revanche exclus les pouvoirs d'instruction et de réformation (CE, Sect., 9 janvier 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie*, R. p. 23 ; CE, 8 novembre 1962, *Coutarel*, R. p. 632). Encore faut-il préciser que, conformément au principe selon lequel il n'existe pas de tutelle sans texte, la tutelle ne peut intervenir autrement que dans les conditions et selon les modalités posées par les textes, sans pouvoir aller au-delà (CE, Sect., 14 mai 1971, *Fasquelle et autres*, R. p. 185 ; CE, Sect., *Moisand*, R. p. 34). Enfin, il découle également de ce principe que la tutelle ne peut pas s'immiscer dans la gestion interne de l'établissement (CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ centre hospitalier de Lannion*, R. p. 179).

Ce pouvoir est, dans les faits, aménagé selon des modalités extrêmement diverses, en fonction du domaine d'intervention des établissements, de la nature de leur activité, de leur taille, etc.

⁵⁸ Cf. art. 14 du décret n° 2004-123 du 9 février 2004 relatif à l'Agence nationale pour la rénovation urbaine.

Cette diversité se manifeste en premier lieu dans la variété des représentants de l'Etat chargés de la tutelle des établissements. L'exercice de la tutelle, en général prévu dès l'article 1^{er} du texte créant un établissement public, est en principe attribué au ministre dit de tutelle technique (qui a en charge la tutelle administrative). Pour les établissements publics dont les missions sont essentiellement de distribuer des subventions, cet exercice de la tutelle est souvent partagé avec le ministre du budget, (qui exerce la tutelle financière). Mais lorsque l'activité d'un établissement recouvre le champ de compétence de plusieurs ministères, le nombre de titulaires de la tutelle tend à augmenter. A ce niveau central, peut également s'ajouter un échelon territorial, lorsque les services déconcentrés exercent eux-mêmes un pouvoir de tutelle sur certains établissements ou sur leurs antennes. En outre, l'Agence des participations de l'État (APE), créée par le décret du 9 septembre 2004, a pour mission de veiller aux intérêts patrimoniaux de l'État dans les établissements publics qui n'ont pas le statut d'opérateur. Enfin, il faut encore mentionner le rôle du contrôleur général économique et financier, dont les missions ont, dans le sillage de la LOLF, été actualisées et concentrées sur la maîtrise de la dépense publique et le contrôle des risques, par les décrets du 27 janvier 2005, dont les dispositions ont été étendues aux EPA par le décret du 4 juillet 2005, et du 9 mai 2005 pour les EPIC.

C'est, en second lieu, dans les modes d'exercice de la tutelle que se manifeste cette variété. On trouve ainsi des établissements qui bénéficient d'une large autonomie : les décisions des présidents d'université et les délibérations de leurs conseils entrent en principe en vigueur sans approbation préalable, sauf certains actes tels les emprunts ou les prises de participation et création de filiales (art. L. 719-7 du code de l'éducation) ; de même, la loi énonce expressément que les décisions du président de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) relatives à la délivrance, au rejet ou au maintien des titres de propriété industrielle échappent à toute tutelle (code de la propriété intellectuelle, art. L. 411-4). A l'inverse, les pouvoirs de tutelle peuvent être, sur certains sujets ou pour certains établissements, plus étendus. Le pouvoir d'approbation peut parfois concerner d'assez près le détail du fonctionnement d'un établissement public : les règlements intérieurs des organismes consulaires doivent par exemple être approuvés par la tutelle. Dans certains cas, sont prévus des pouvoirs de suspension, voire de substitution ; ainsi en contrepartie de l'autonomie accordée aux universités, l'article L. 719-7 du code de l'éducation prévoit que, lorsque le chancelier a déféré au tribunal administratif une décision qu'il estime illégale, il peut en suspendre l'application pour un délai de trois mois si la mesure attaquée est de nature à porter gravement atteinte au fonctionnement de l'établissement, tandis que l'article L. 719-8 dispose qu'en cas de difficulté grave de fonctionnement des organes statutaires ou de défaut d'exercice de leurs responsabilités, le ministre chargé de l'enseignement supérieur peut prendre, à titre exceptionnel, toutes dispositions imposées par les circonstances. Existente enfin des pouvoirs étendus en matière de révocation des instances dirigeantes : par exemple, pouvoir de révocation par le préfet d'un membre d'une chambre de commerce et d'industrie en cas de faute grave dans l'exercice des fonctions (décret n° 91-739, 18 juillet 1991, art. 11).

A la tutelle proprement dite s'est ajoutée, depuis l'entrée en vigueur de la LOLF, une fonction plus marquée de pilotage pour ceux des établissements publics qui sont des opérateurs. Ce pilotage, qui a vocation à compléter et encadrer le mode traditionnel d'exercice de la tutelle, sans pour autant s'y substituer, peut se définir comme la détermination et le suivi par un service de l'État des objectifs de la ou des politique(s) publique(s) mise(s) en oeuvre par un opérateur. Il se traduit principalement par la négociation des objectifs et l'élaboration des indicateurs de mesure de l'activité et de la performance, formalisés dans un contrat de performance, l'analyse annuelle ou infra annuelle des résultats des indicateurs par rapport aux cibles fixées, l'allocation des subventions en fonction de la performance atteinte, l'évaluation des résultats de l'opérateur et la détermination des modalités et du montant de la rémunération à la performance des dirigeants.

3.2. Le constat largement partagé est celui d'un manque de cohérence et d'efficacité des contrôles exercés sur les établissements publics

Les incertitudes entourant le partage des rôles entre les différents acteurs de l'Etat assurant la tutelle pèse sur la façon dont celle-ci est exercée par eux et perçue par les établissements publics. A la multiplication des acteurs décrite ci-dessus, s'ajoute la démultiplication, au sein même de ces acteurs, des services ou des personnes appelés à jouer un rôle dans l'exercice de cette tutelle. Celle-ci est traditionnellement exercée par le service disposant de la compétence technique idoine. Mais la LOLF a conduit à renforcer les fonctions transversales de gestion si bien qu'on a vu apparaître, au sein des secrétariats généraux de certains ministères particulièrement concernés par ces problématiques, des « bureaux des opérateurs », destinés à piloter le dialogue entre établissements opérateurs et le ministère et qui, en pratique, s'affirment comme le point d'entrée privilégié des établissements pour toutes les questions d'administration générale (immobilier, personnel, affaires sociales...). Le risque induit par un tel choix est celui d'un transfert progressif de l'exercice effectif de la tutelle à la direction de soutien en lieu et place des directions sectorielles ou des responsables de programme, lesquels n'ont d'ailleurs pas toujours trouvé toute leur place dans le dialogue avec les opérateurs. Au surplus, la logique de la LOLF, qui conduit nécessairement à établir des liens entre la gestion et le contenu des politiques publiques, n'a pas contribué à clarifier la ligne de partage entre problématiques sectorielles et financières, qui sont en réalité inextricablement imbriquées.

Ces difficultés institutionnelles se doublent de celles découlant de facteurs politiques ou humains. L'abondance des tutelles multiplie les interlocuteurs extérieurs auxquels l'établissement a affaire, sans garantir l'efficacité du dispositif, alors que les intérêts de chaque département ministériel pourraient être plus opportunément représentés au sein du conseil d'administration de l'établissement. A l'inverse, certains responsables d'établissements publics déplorent que la représentation de la tutelle soit assurée au quotidien par des agents dotés de peu de responsabilités au sein de leurs services, et donc de peu d'autonomie, ce qui appauvrit le dialogue et incite à contourner les canaux habituels de la tutelle pour obtenir un arbitrage au niveau approprié. Au total, les responsables d'établissements publics ont le sentiment paradoxal d'être à la fois « sur-contrôlés », en raison de la multiplication des acteurs auxquels ils doivent rendre compte, mais insuffisamment pilotés, en raison du manque de cohérence et de dimension stratégique de ces dialogues avec l'autorité de tutelle

Enfin, les outils permettant d'encadrer l'exercice de la tutelle (lettre de cadrage, cahier des charges et contractualisation) font l'objet d'une appropriation insuffisante : outre que leur usage n'est pas encore généralisé⁵⁹, ils tiennent parfois plus, lorsqu'ils existent, de l'exercice formel que d'un support opérationnel permettant de fournir une image claire des objectifs stratégiques privilégiés par la tutelle, des moyens à mobiliser pour y parvenir et du cadre concret de fonctionnement la tutelle. En outre, le suivi de ces documents, ainsi que leur actualisation, ne sont pas toujours à la hauteur des attentes exprimées par les dirigeants d'établissements publics.

De ce manque de cohérence découle un manque d'efficacité dans les contrôles exercés. La fragmentation des compétences a le plus souvent pour effet de multiplier les risques de blocage ou d'affrontement, et ne laisse à l'inverse que peu de place à l'émergence d'un véritable dialogue stratégique de long terme. Cette inertie laisse les établissements publics livrés à eux-mêmes, exerçant parfois des arbitrages dont ils estiment qu'ils relèveraient plutôt de leur tutelle, ou retardant les choix difficiles, mais nécessaires. Elle fait apparaître une tutelle qui fonctionne plus en réaction qu'en anticipation, et dont l'exercice se concentre autour de la

⁵⁹ Une enquête sur questionnaire réalisée par la direction du budget montre que moins de la moitié des établissements publics consultés et ayant répondu disposent d'un contrat avec l'État et que moins d'un tiers de ces contrats comprennent des engagements de moyens.

préparation des conseils d'administration, dont les projets de résolution sont généralement examinés dans l'urgence et pour le suivi desquels les services sont le plus souvent mal équipés. Il paraît donc nécessaire d'imaginer un nouveau mode d'exercice de la tutelle, recentré sur les enjeux stratégiques, qui contribue à mettre les établissements publics sous tension, qui permette de mener avec eux un véritable travail de réflexion sur leur identité et leurs priorités de long terme. Il ne faut toutefois pas ignorer qu'un tel dialogue nécessite aussi de la part de l'Etat qu'il soit à même de prendre, notamment en termes matériels, des engagements susceptibles de conférer aux établissements publics qu'il a créés les moyens d'assurer les missions et compétences qu'il leur a confiées.

3.3. Pour réaffirmer la légitimité de la tutelle, il faut renforcer son efficacité

La légitimité de l'exercice d'une tutelle de l'Etat sur ses établissements publics ne saurait être remise en cause. C'est la contrepartie nécessaire de l'autonomie qui leur est conférée. C'est un gage de cohérence et de transparence de l'action publique, dès lors que c'est le gouvernement qui est seul responsable devant le Parlement.

L'une des priorités est de clarifier les rôles de chacun de ceux qui participent à l'exercice de la tutelle. Il conviendrait d'abord de réduire le nombre des ministres exerçant la tutelle. Sans aller jusqu'à une limitation, qui ne serait peut-être pas toujours adéquate, du nombre des interlocuteurs de l'Etat auquel un établissement public a affaire, une piste pourrait consister à désigner, parmi les ministères ou parmi les directions et services concernés, un chef de file, qui serait l'interlocuteur privilégié de l'établissement public. La répartition des compétences propres à chacun (directions sectorielles, directions transversales, services déconcentrés) pourrait ainsi faire l'objet d'une réflexion approfondie dans l'administration et être clairement identifiable pour les établissements publics. Il n'y aurait que des avantages à ce que ce partage des responsabilités figure par exemple clairement dans les documents-clés encadrant les rapports entre les établissements et leur tutelle.

La contractualisation des rapports de tutelle entre l'administration et les établissements publics, doit, pour être pleinement utile, être précédée d'une réelle réflexion stratégique partagée sur les missions de l'établissement public, l'évolution des conditions dans lesquelles il les exerce et les perspectives à moyen terme. Ainsi que le soulignaient les considérations générales du Rapport public du Conseil d'Etat en 2008⁶⁰, ces documents conventionnels, dont le statut juridique est certes fragile, mériteraient de voir leur rôle et leur importance mieux affirmés, par exemple par l'introduction de différents outils permettant de les rapprocher d'un véritable engagement contractuel (mécanismes de dénonciation, de révision, de pénalités ou d'arbitrage). Ces conventions pourraient porter sur la maîtrise de la masse salariale, des charges de fonctionnement et de la politique d'investissement, sur le développement de ressources propres et sur l'équilibre du résultat net, mais devraient également permettre de clarifier les missions et le positionnement stratégique de l'opérateur dans son secteur, de décliner les objectifs du PAP et de mettre en place un bilan d'étape. Il reviendrait alors à la tutelle de veiller à cadrer le contrat dès son élaboration, suivre finement son application à l'occasion de bilans d'étape et en faire une évaluation contradictoire. A cet égard, il apparaît indispensable que la tutelle soit en mesure de clarifier ses choix et d'afficher ses priorités, que ce soit dans certains secteurs, sur tel ou tel versant d'une politique publique ou de façon plus transversale, sur des questions d'ordre général. La pratique des directives nationales d'orientation, envoyées à tous les établissements publics relevant d'une même tutelle apparaît, malgré son utilité, comme insuffisamment développée. En outre, le contrat de performance ou d'objectifs et de moyens signé entre la tutelle et l'établissement public doit permettre des engagements réels de la part des deux parties : à cet égard, il paraît indispensable, malgré les difficultés qu'une telle démarche

⁶⁰ Rapport public 2008, considérations générales, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* cf. notamment la partie 13.2.2, pp.230 à 233.

soulève d'un point de vue tant pratique, au regard d'un cadre budgétaire particulièrement contraint, que juridique, au regard du principe d'annualité budgétaire, de généraliser la pratique d'une contractualisation pluriannuelle des moyens, fût-ce de façon partielle dans un premier temps, sur certains paramètres.

Enfin, redéfinir les objets respectifs de tous ces dispositifs de contrôle et d'évaluation des établissements publics apparaît comme une nécessité, dans l'objectif de mieux cerner leur utilité propre et de réfléchir à une meilleure articulation de leurs calendriers et de leurs acteurs. Une telle clarification devrait notamment avoir pour objectif l'identification, parmi les diverses instances de contrôle interne, d'une véritable instance de pilotage stratégique. A cet égard, les conseils d'administration des établissements publics pourraient s'imposer comme le lieu de prédilection d'un tel exercice, à condition toutefois de procéder à un resserrement de ces instances, afin d'y renforcer la place du dialogue stratégique.

Conclusion

Au terme de cette étude, l'avenir de l'établissement public, comme formule d'organisation de l'action publique, apparaît à la fois prometteur et préoccupant.

Prometteur, parce qu'à y regarder de plus près, les menaces ou les facteurs de rigidité que l'on brandit parfois pour dénoncer les limites de la formule ou prédire un déclin qui ne s'est jamais vérifié jusqu'à présent, se dissipent aisément et parce que l'intérêt administratif de cet outil juridique ne se dément pas, bien au contraire : la plasticité de ce régime, les atouts qu'il représente tant pour l'administration que pour l'organe ainsi créé, rencontrent bon nombre des attentes les plus contemporaines en matière de gestion publique.

Préoccupant aussi, parce que les expériences accumulées à la faveur d'un développement empirique, sinon anarchique, n'ont pas réellement permis de solidifier les fondements juridiques, pourtant fragiles, sur lesquels cette construction institutionnelle repose et que, si la loi ou la jurisprudence n'évoluent pas, ces fragilités vont se faire sentir avec plus d'acuité au fil du temps.

Aussi cette étude a-t-elle exploré diverses pistes d'évolution, et fait de certaines d'entre elles des propositions qui ont pour commune ambition d'atténuer ces risques sans prétendre les éliminer complètement. Ces propositions ne se limitent d'ailleurs pas à des modifications d'ordre seulement juridique : elles font également apparaître la nécessité d'une volonté déterminée de changement dans les pratiques administratives, notamment en ce qui concerne l'exercice de la tutelle ou la gestion des personnels. Les principales d'entre elles sont rassemblées dans le tableau ci-après, dont on espère qu'il ressort que, loin de s'opposer, sécurité juridique et souplesse de gestion ne peuvent que se renforcer mutuellement.

TABLEAU DE SYNTHÈSE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS

I. Donner à l'administration les moyens de rationaliser la création et la gestion des établissements publics

1. Établir et tenir à jour l'inventaire exhaustif des établissements publics.
2. Identifier les établissements publics chef de file dans chaque catégorie et déterminer les règles constitutives de la catégorie dont ils sont la matrice.
3. Enrichir le guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires par un guide de la création d'un établissement assorti d'une présentation de statuts-types.
4. Accompagner toute création ou modification d'un établissement public d'une étude d'impact.

II. Renforcer la sécurité juridique du régime des établissements publics

1. Recourir à une loi pour préciser les règles constitutives des catégories qui ont été créées à l'occasion de l'institution d'un établissement public chef de file, déterminer les possibilités d'adaptation de ces règles pour les établissements relevant de cette catégorie, autoriser des dérogations à titre expérimental et fixer les conditions de création d'établissement à statut unique sans création d'une catégorie correspondante.
2. Simplifier la portée du critère de rattachement à une personne publique en ne retenant que la distinction binaire entre établissements publics de l'Etat (qu'ils exercent leurs missions sur tout ou partie du territoire national) et établissements publics rattachés aux collectivités territoriales ou leurs groupements (quelle qu'en soit la nature).
3. Simplifier la portée du critère de spécialité analogue en ne retenant que les missions principales sans prendre en compte les activités accessoires ou secondaires.
4. Simplifier la portée de la règle constitutive relative à la composition des organes dirigeants en ne retenant que la catégorie des personnes placée en position dominante dans ces organes dirigeants ou le principe d'un équilibre entre plusieurs catégories.
5. Simplifier la portée de la règle constitutive relative aux ressources de l'établissement en retenant la liste la plus large.

III. Assouplir le cadre régissant l'organisation et le fonctionnement des établissements publics

1. Rendre les établissements publics affectataires du domaine public qui s'attache nécessairement à l'exercice de leur activité, et leur permettre de valoriser ce domaine.
2. Donner plus largement aux établissements publics la possibilité de recourir à l'arbitrage.
3. Ne confier la tutelle d'un établissement qu'à un seul ministre, sous réserve de la tutelle financière.
4. Désigner au sein des administrations centrales un responsable de haut niveau comme interlocuteur privilégié de l'établissement public.
5. Contractualiser les rapports entre la tutelle et les établissements à partir d'une réflexion stratégique sur les missions prioritaires et d'engagements pluriannuels sur les moyens.
6. Éviter le recours des établissements publics aux services déconcentrés de l'Etat pour l'exercice de leurs activités sur le territoire. A défaut, imposer la conclusion d'une convention précisant les conditions de fourniture à l'établissement de prestations par les services de l'Etat (rôle du préfet, position des fonctionnaires, le cas échéant rémunération des prestations).

1 : Lettre de mission

2 : Composition du groupe de travail

3 : Liste des personnes auditionnées

4 : Bibliographie

5 : Inventaire des établissements publics

6 : Extraits du guide de légistique relatifs à la création d'un établissement public

Le Premier Ministre

n° 276/06/SG

Paris, le 17 février 2006

Monsieur le Président,

L'établissement public demeure un mode fréquent d'organisation administrative. L'émergence des groupements d'intérêts publics comme celle des autorités administratives indépendantes, parfois dotées désormais d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, n'ont pas tari le flux de création de telles structures.

Compte tenu de la diversité de ces modes d'organisation et du foisonnement des établissements publics, il est souhaitable que les pouvoirs publics disposent, sinon d'une doctrine, du moins de repères, permettant d'apprécier dans quelles hypothèses il est justifié de privilégier cette forme de démembrement de l'Etat. Il est également utile, pour l'administration, d'avoir un ensemble d'indications pour trancher les questions juridiques que posent la création, la transformation et la suppression de ces personnes morales.

Ces points ont déjà fait l'objet d'études du Conseil d'Etat, en 1971, puis en 1985-1987.

Quoique ces études restent pertinentes, la création, depuis lors, de nombreux établissements dans des domaines très variés, le grand enrichissement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la doctrine des formations administratives du Conseil d'Etat sur la notion de règles constitutives comme le développement des contraintes affectant, au regard du droit de la concurrence, les relations des personnes publiques entre elles, font qu'une nouvelle réflexion sur ce sujet paraît particulièrement utile.

Aussi souhaiterais-je que la section du rapport et des études puisse établir un nouvel état des lieux. Il serait utile que celui-ci traite en particulier de questions telles que la notion de « règle constitutive », la nature des missions susceptibles d'être confiées aux établissements publics, leur mode d'organisation, notamment pour assurer leur présence territoriale, leur mode de financement et le régime des conventions et contrats qui peuvent être passés entre les établissements et d'autres personnes publiques.

J'attacherais du prix à disposer des conclusions de cette étude dans le délai d'un an.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.



Dominique de VILLEPIN

Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC
Vice-Président du Conseil d'Etat
Palais Royal
75100 PARIS 01 SP

Annexe 2 : composition du groupe de travail

Président**François LOLOUM**, *conseiller d'Etat****Rapporteur*****Xavier DOMINO**, *auditeur****Membres du groupe (par ordre alphabétique)*****Jean-Pierre DUPORT**, *préfet de région hors cadre, conseiller d'Etat en service extraordinaire***Yves JEGOUZO**, *professeur des universités***Jean Pierre LECLERC**, *président de section honoraire au Conseil d'Etat***Gérard MOREAU**, *conseiller maître à la Cour des comptes*

Annexe 3 : liste des personnes auditionnées (par ordre alphabétique)

(Les fonctions mentionnées sont celles au titre desquelles les personnes ont été auditionnées)

Edwige BELLIARD, *directrice des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères*

Bernard BOYER, *directeur général adjoint de l'IFREMER*

Charles COPPOLANI, *chef du service du contrôle général économique et financier*

Renaud DENOIX de SAINT-MARC, *ancien Vice-président du Conseil d'Etat, ancien président du conseil d'administration de l'Ecole nationale d'administration, et de l'office national de la chasse et de la faune sauvage*

Etienne FATOME, *professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Marc-André FEFFER, *directeur général délégué de La Poste, chargé de la stratégie du développement, des affaires internationales et juridiques et de la régulation*

Thierry-Xavier GIRARDOT, *directeur des affaires juridiques au ministère de l'Education nationale, de l'enseignement supérieur et de la Recherche*

Francine MARIANI-DUCRAY, *directrice des musées de France*

Michèle PAPPALARDO, *présidente de l'Ademe*

Marcel POCHARD, *conseiller d'Etat, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique*

Denis PIVETEAU, *directeur général de la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie*

Antoine de SALINS, *membre du directoire du fonds de réserve pour les retraites*

Denis SAMUEL-LAJEUNESSE, *directeur général de l'agence des participations de l'Etat*

Philippe VAN de MAELE, *directeur général de l'agence nationale pour la rénovation urbaine*



Annexe 4 : Bibliographie

Généralités

F. Melleray

« Une nouvelle crise de la notion d'établissement public : la reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2003, p. 711.

J. Chevallier

« Les agences, effet de mode ou révolution administrative ? », *Mélanges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 47.

Y. Gaudemet

« L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », *Mélanges Drago, Economica*, 1996.

Régime juridique

J.-P. Théron

Etablissements publics, *JurisClasseur Administratif*, fasc. 135.

E. Fatôme

« A propos du rattachement des établissements publics » *Mélanges Moreau*, 2003.

O. Dugrip

« La notion de "règles concernant la création des catégories d'établissements publics" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *Mélanges Drago, Economica*, 1996, p. 369.

J.-J. Bienvenu

« La liquidation des établissements publics », *Revue administrative*, 1993, p. 311.

Etablissements publics nationaux

C. Rochet (dir.)

Les établissements publics nationaux : un chantier pilote pour la réforme de l'Etat : la mise en œuvre des politiques publiques par les établissements publics nationaux : de la conception de la stratégie à l'évaluation de la politique.

Ministère de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire, Paris, La Documentation française, 2002.

E. Fatôme

« Etablissement public et service public », *AJDA*, 1997, numéro spécial, p. 96.

O. Dugrip, L. Saïdj

Les établissements publics nationaux, LGDJ, coll. « Systèmes », 1992.

E. Fatôme, J. Moreau, J.-C. Ninu

« Etablissement public et service public », *AJDA*, 1986, p. 701.

Etablissements publics à caractère industriel et commercial

M. Chenevoy-Gueriaud

« L'établissement public industriel et commercial face au droit communautaire : la décision du 16 octobre 2002 de la Commission européenne relative aux aides d'Etat à Electricité de France », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2004, p. 1955.

Etablissements publics à caractère scientifique et technologique

J. Laffite

« Les établissements publics à caractère scientifique et technologique : une nouvelle catégorie d'établissement public ? », *RFDA*, 1988, p. 302.

Etablissements publics locaux

L. Jégouzo-Vienot

Etablissement public et logement social, LGDJ, Bibl. de droit, tome 225, 2002.

J.-M. Pontier

« Faut-il créer la catégorie d'établissement public local ? », *Revue administrative*, 1997, p. 78.

A. Borowsky, J.-P. Costa, E. Fatôme, J. Moreau

« L'établissement public local », *AJDA*, 1987.563

Etablissements publics de coopération intercommunale

M. Houser

« Les récentes propositions de réforme de l'établissement public de coopération intercommunale », *Revue générale des collectivités territoriales*, 2005, p. 388.

Etablissements publics de coopération culturelle

D. Guillard

« Les établissements publics de coopération culturelle : premier bilan », *AJDA*, 2006, p. 183.

E. Fatôme

« A propos de l'établissement public culturel. La création de nouvelles catégories », *AJDA*, 2000, numéro spécial, p. 153.

Annexe 5 : Inventaire des établissements publics

I. ACTION SOCIALE ET MEDICO-SOCIALE

1. Soins aux malades ou aux blessés

2. Opérations financières relevant de la sécurité sociale

Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES) – EPA	Ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996
Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) – EPA	Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 Décrets n° 67-1230 et n° 1231 du 22 décembre 1967 Article L. 225-1 et s. du code de la sécurité sociale
Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) – EPA	Article L. 223-1 et s. du code de la sécurité sociale
Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) – EPA	Article L. 222-1 et s. du code de la sécurité sociale
Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) – EPA	Article L. 221-1 et s. du code de la sécurité sociale
Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) – EPN	Créée par l'ordonnance n° 45-993 du 17 mai 1945
Caisse nationale militaire de sécurité sociale (CNMSS) – EPA	Articles L. 713-19 à L. 713-22 du code de la sécurité sociale
Centre de liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS) – EPA	Articles L. 767-1 du code de la sécurité sociale
Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) – EPA	Loi n° 2004-626 du 30 juin 2004
Etablissement de retraite additionnelle de la fonction publique (ERAFFP) – EPA	Loi n° 2003-775 du 21 août 2003
Etablissement national des invalides de la marine (ENIM) – EPA	Décret n°53-953 du 30 septembre 1953
Etablissement public national de financement des retraites de La Poste - EPA	Décret n° 2006-1625 du 19 décembre 2006
Fonds de financement de la protection complémentaire de la couverture universelle du risque maladie (Fonds CMUC) – EPA	Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 Articles R. 862-1 à R. 862-13 du code de la sécurité sociale
Fonds de réserve pour les retraites (FRR) – EPA de l'Etat	Loi n°2001-624 du 17 juillet 2001
Fonds de solidarité (FDS) – EPA	Loi n° 82-939 du 4 novembre 1982
Fonds de solidarité vieillesse (FSV) – EPA	Loi n° 93-936 du 22 juillet 1993
Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) – EPA	Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2001)
Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) – EPA	Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002

3. Divers

Agence nationale des services à la personne (ANSP) – EPA	Loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005
Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ANCSEC) – EPA	Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 Décret n° 2006-945 du 28 juillet 2006
Centre national des œuvres universitaires et scolaires (CNOUS) – EPA (+28 centres régionaux placés auprès des universités)	
Economat des armées - EPIC	Articles L. 3421-1 à L. 3421-7 du code de la défense.
Fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique - EPA	Décret n° 2007-890 du 15 mai 2007
Institution de gestion sociale des armées – EPIC	Articles L. 3422-1 à L. 3422-7 du code de la défense
Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONAC) – EPA	Créé par la loi du 19 décembre 1926 L. 517 à L. 519 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

4. Action sanitaire

Agence de la biomédecine (ABM) – EPA	Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 Décret n° 2005-420 du 4 mai 2005 Articles R. 1418-31 à R. 1418-35 du code de la santé publique
Agence française de sécurité sanitaire des aliments (Afssa) – EPA	Loi n° 98-535 du 1 ^{er} juillet 1998 Articles R. 1323-1 à R. 1323-29 du code de la santé publique

Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) – EPA	<i>Loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 Articles R. 5322-1 à R. 5322-19 du code de la santé publique</i>
Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET) – EPA	<i>Ordonnance n° 2005-1087 du 1^{er} septembre 2005 Articles R. 1336-1 à R. 1336-25 du code de la santé publique</i>
Agence technique de l'information et de l'hospitalisation (ATIH) – EPA	<i>Décret n° 2000-1282 du 26 décembre 2000 Articles R. 6113-33 R. 6113-52 du code de la santé publique</i>
Etablissement français du sang (EFS) – EPA	<i>Loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 (substitué à l'Agence française au sang Articles R. 1222-1 à R. 1222-16 du code de la santé publique)</i>
Etablissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires - EPA	<i>Loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 et Décret n° 2007-1273 du 27 août 2007</i>
Institut de veille sanitaire (InVS) – EPA	<i>Loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 Articles R. 1413-1 à R. 1413-25 du code de la santé publique</i>
Institut national de prévention et d'éducation pour la santé (INPES) – EPA	<i>Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 Articles R. 1417-1 à R. 1417-16 du code de la santé publique</i>

II. ENSEIGNEMENT ET FORMATION

1. Enseignement général

a) élémentaire ou secondaire

Établissements publics locaux d'enseignement – EPA	<i>Ces établissements sont des EPA</i>
--	--

b) de personnes atteintes physiquement ou moralement

Institut national des jeunes aveugles de Paris (INJA) – EPA	<i>Ces établissements ont été soumis à un régime commun par le décret n° 74-355 du 26 avril 1974</i>
Institut national des jeunes sourds de Bordeaux (INJSB) – EPA	
Institut national des jeunes sourds de Chambéry (INJSC) – EPA	
Institut national des jeunes sourds de Metz (INJSM) – EPA	
Institut national des jeunes sourds de Paris (INJSP) – EPA	

c) supports pédagogiques

Centre international d'études pédagogiques (CIEP) – EPA	<i>Décret n° 87-325 du 12 mai 1987 Décret n° 2006-583 du 23 mai 2006 Articles R. 315-51 à R. 315-69 du code de l'éducation</i>
Centre national de documentation pédagogique (CNDP) – EPA + 31 Centres régionaux de documentation pédagogique (CRDP) – EPA	<i>Erigés en établissements publics par le décret n° 2002-548 du 19 avril 2002 Articles D. 314-70 à D.314-127 du code de l'éducation</i>
Centre national d'enseignement à distance (CNED) – EPA	<i>Décret n° 2002-602 du 25 avril 2002</i>
Institut national de la recherche pédagogique (INRP) – EPA	<i>Décret n° 70-798 du 9 septembre 1970 Articles D. 314-24 et s. du code de l'éducation</i>

2. Enseignement technique

Ecole nationale supérieure d'arts et métiers (ENSAM) – EPSCP (grand établissement)	<i>Décret n° 90-370 du 30 avril 1990 (reçoit le statut de grand établissement)</i>
Institut national des sciences appliquées de Lyon (INSA-Lyon) – EPSCP Institut national des sciences appliquées de Rennes (INSA-Rennes) – EPSCP Institut national des sciences appliquées de Rouen (INSA-Rouen) – EPSCP Institut national des sciences appliquées de Strasbourg (INSA-Strasbourg) – EPSCP Institut national des sciences appliquées de Toulouse (INSA-Toulouse) – EPSCP	<i>Les instituts nationaux des sciences appliquées sont régis par le décret n° 90-219 du 9 mars 1990, qui leur a conféré un statut d'EPSCP</i>

3. Enseignement professionnel

Ecole nationale de l'aviation civile (ENAC) – EPA	<i>Décret n° 70-347 du 13 avril 1970, modifié par le décret n° 82-672 du 27 juillet 1982</i>
Ecole nationale supérieure de sécurité sociale (EN3S) – EPA	<i>Érigée en EPA par le décret n° 77-604 du 10 juin 1977 Articles R. 123-8 et s. du code de la sécurité sociale</i>
Ecole nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers (ENSOSP) – EPA	<i>Décret n° 2004-502 du 7 juin 2004</i>

4. Enseignement agricole

a) enseignement et formation professionnelle agricoles

Centre d'enseignement zootechnique – Bergerie nationale de Rambouillet (CEZ) – EPN	<i>Décret n° 99-298 du 16 avril 1999</i>
--	--

b) enseignement supérieur agricole

Les établissements d'enseignement supérieur agricole et vétérinaire publics sont régis par les dispositions réglementaires du code rural (livre VIII, titre Ier, chapitre II).

Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques (Montpellier SupAgro) – EPSCP (grand établissement)	<i>Décret n° 2006-1593 du 13 décembre 2006</i>
Ecole nationale d'enseignement supérieur agronomique de Dijon (ENESAD) – EPSCP	<i>Décret n° 93-739 du 29 mars 1993</i>
Ecole nationale d'ingénieurs des techniques des industries agricoles et alimentaires (ENITIAA) – EPA	<i>Décret n° 73-1038 du 9 novembre 1973</i>
Ecole nationale d'ingénieurs des travaux agricoles de Bordeaux (ENITAB) – EPA	<i>Décret n° 63-637 du 28 juin 1963</i>
Ecole nationale d'ingénieurs des travaux agricoles de Clermont-Ferrand (ENITAC) – EPA	<i>Décret n° 84-882 du 4 octobre 1984</i>
Ecole nationale de formation agronomique de Toulouse-Auzerville (ENFAT) – EPA	<i>Décret du 26 mars 1964</i>
Ecole nationale du génie de l'eau et de l'environnement de Strasbourg (ENGEES) – EPA	<i>Décret n° 66-260 du 25 avril 1966</i>
Ecole nationale vétérinaire d'Alfort (ENVA) – EPA Ecole nationale vétérinaire de Lyon (ENVL) – EPA Ecole nationale vétérinaire de Toulouse (ENVT) – EPA	<i>Ecoles nationales vétérinaires érigées en établissements publics par le décret n° 78-115 du 27 janvier 1978</i>
Ecole nationale vétérinaire de Nantes (ENVN) – EPN	<i>Décret du 4 janvier 1979</i>
Ecole nationale supérieure du paysage (ENSP) – EPA	<i>Décret n° 94-1225 du 30 décembre 1994</i>
Institut des sciences et industries du vivant et de l'environnement (Agro Paris Tech) – EPSCP (grand établissement)	<i>Décret n° 2006-1592 du 13 décembre 2006</i>
Institut supérieur des sciences agronomiques, agroalimentaires, horticoles et du paysage (AGRO CAMPUS OUEST)	<i>Décret n° 2008-616 du 27 juin 2008</i>

5. Enseignement des sports

Centre national pour le développement du sport (CNDS) – EPA	<i>Décret n° 2006-248 du 2 mars 2006</i>
(24) Centres d'éducation populaire et de sport (CREPS) – EPA	<i>Décret n° 86-581 du 14 mars 1986</i>
Ecole nationale d'équitation (ENE) – EPA	<i>Décret n° 72-398 du 16 mai 1972</i>
Ecole nationale de ski et d'alpinisme (ENSA) – EPA	<i>Décret n° 81-302 du 30 mars 1981</i>
Ecole nationale de voile (ENV) – EPA	<i>Décret n° 70-20 du 5 janvier 1970</i>
Institut national du sport et de l'éducation physique (INSEP) – EPA	<i>Loi n° 75-988 du 29 octobre 1975 Décret n° 76-1330 du 31 décembre 1976</i>

6. Préparation à la fonction publique

a) formation des enseignants

Ecole Normale Supérieure (ENS) – EPSCP	<i>Loi n° 54-504 du 10 avril 1954 Décret n°87-695 du 26 août 1987</i>
Ecole Normale Supérieure de Cachan (ENS-Cachan) – EPSCP	<i>Décret n°87-698 du 26 août 1987</i>
Ecole Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud (ENS-Fontenay-Saint-Cloud) – EPSCP	<i>Décret n° 87-696 du 26 août 1987</i>
Ecole Normale Supérieure de Lyon (ENS-Lyon) – EPSCP	<i>Décret n° 87-697 du 26 août 1987</i>

b) formation des fonctionnaires et magistrats

Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) – EPA	Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984
Ecole nationale d'administration (ENA) – EPA	Ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 Décret n° 2002-49 du 10 janvier 2002
Ecole nationale de l'administration pénitentiaire (ENAP) – EPA	Décret n° 2000-1328 du 26 décembre 2000
Ecole nationale de la magistrature (ENM) – EPA	Erigée en établissement public par l'ordonnance n° 59-77 du 7 janvier 1959 Décret n° 72-355 du 4 mai 1972
Ecole des hautes études en santé publique (ENSP) – EPA	Décret n° 2006-1546 du 7 décembre 2006, pris en application de l'article 86 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004
Ecole nationale des chartes – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 87-832 du 8 octobre 1987
Ecole nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques (ENSSIB) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 92-25 du 9 janvier 1992
Ecole nationale supérieure de la police (ENSP) – EPA	Décret n° 88-379 du 20 avril 1988
Institut national de formation des personnels du ministère de l'agriculture (INFOMA) – EPA	Décret n° 97-270 du 19 mars 1997
(5) Instituts régionaux d'administration (IRA) – EPA (Bastia, Lille, Lyon, Metz et Nantes)	Catégorie d'établissements publics créée par la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 Décret n° 84-588 du 10 juillet 1984

7. formation des ingénieurs

Ecole centrale de Lille (Centrale-Lille) – EPSCP	Décret n° 93-1144 du 29 septembre 1993	
Ecole centrale de Lyon (Centrale-Lyon) – EPSCP	Décret n° 88-175 du 23 février 1988	
Ecole centrale de Nantes (Centrale-Nantes) – EPSCP	Décret n° 93-1143 du 29 septembre 1993	
Ecole centrale des arts et manufactures (« Centrale Paris ») – EPSCSP (grand établissement)	Décret n° 90-361 du 20 avril 1990	
Ecole centrale de Marseille – EPSCP	Décret n° 2003-929 du 29 septembre 2003	
Ecole nationale des Ponts et Chaussées (ENPC) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 93-1289 du 8 décembre 1993	
Ecole nationale d'ingénieurs de Brest (ENIB) – EPA rattaché à une université	Les écoles nationales d'ingénieurs sont des établissements publics nationaux à caractère administratif soumis au décret n° 2000-271 du 22 mars 2000	
Ecole nationale d'ingénieurs du Val de Loire (ENIVL) EPA rattaché à une université		
Ecole nationale d'ingénieurs de Metz (ENIM) – EPA		
Ecole nationale d'ingénieurs de Saint Etienne (ENISE) – EPA		
Ecole nationale d'ingénieurs de Tarbes – EPA rattachée à une université		
Ecole nationale supérieure de chimie et de physique de Bordeaux, rattachée à l'université de Bordeaux-I	Les écoles d'ingénieurs suivantes constituent des établissements publics à caractère administratif rattachés à un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel en application de l'article 43 de la loi du 26 janvier 1984. Elles sont régies par le décret n° 86-640 du 14 mars 1986	
Ecole nationale supérieure d'ingénieurs de Caen, rattachée à l'université de Caen		
Ecole nationale supérieure de chimie de Clermont-Ferrand, rattachée à l'université de Clermont-Ferrand-II		
Ecole nationale supérieure de chimie de Lille, rattachée à l'université de Lille-I		
Ecole nationale supérieure de chimie de Montpellier, rattachée à l'université de Montpellier-II		
Ecole centrale de Nantes rattachée à l'université de Nantes		
Ecole nationale supérieure de chimie de Paris, rattachée à l'université de Paris-VI		
Ecole nationale supérieure de mécanique et d'aérotechnique de Poitiers, rattachée à l'université de Poitiers		
Ecole nationale supérieure de chimie de Rennes, rattachée à l'université de Rennes-I		
Ecole nationale supérieure de mécanique et des microtechniques, rattachée à l'université de Besançon		
Ecole nationale supérieure d'informatique pour l'industrie et l'entreprise		
Ecole nationale supérieure d'ingénieurs de Bourges – EPA rattaché à une université		Décret n° 97-319 du 9 avril 1997
Ecole nationale supérieure des ingénieurs des études et techniques d'armement (ENSIETA) – EPA		Article R. 3411-57 du code de la défense
Institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace (ISAE) – EPSCP	Article R. 3411-1 du code de la défense Décret n° 2008-1219 du 25 novembre 2008	
Ecole nationale supérieure de céramique industrielle (ENSCI) – EPA rattaché à une université	Décret n° 79-867 du 3 octobre 1979	

Ecole nationale supérieure de chimie de Mulhouse – EPA rattaché à l'Université de Haute Alsace	Décret n° 77-383 du 5 avril 1977
Ecole nationale supérieure de l'électronique et de ses applications (ENSEA) – EPA	Décret n° 75-29 du 15 janvier 1975
Ecole nationale supérieure de la nature et du paysage – EPA	Décret n° 93-722 du 29 mars 1993
Ecole nationale supérieure de techniques avancées (ENSTA) – EPA	Décret n° 94-844 du 30 septembre 1994
Ecole nationale supérieure des arts et industries textiles (ENSAIT) – EPSCP	Décret n° 2003-1089 du 13 novembre 2003
Ecole nationale supérieure des mines de Paris (ENSMP) – EPA	Décret n° 91-1033 du 8 octobre 1991
Ecole nationale supérieure des mines de Saint-Etienne (ENSM SE) – EPA	Décret n° 91-1034 du 8 octobre 1991
Ecole nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Albi-Carmaux (ENSTIMAC) – EPA	Décret n° 93-38 du 11 janvier 1993
Ecole nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Alès (ENSTIMA) – EPA	Décret n° 91-1035 du 8 octobre 1991
Ecole nationale supérieure des techniques industrielles et des mines de Douai (ENSTIMD) – EPA	Décret n° 91-1036 du 8 octobre 1991
Ecole nationale supérieure des techniques industrielles et des mines de Nantes (ENSTIMN) – EPA	Décret n° 91-1037 du 8 octobre 1991
Ecole polytechnique (X) – EPA Erigée en établissement public par la loi n° 70-631 du 15 juillet 1970	Articles L. 675-1 et L. 755-1 à L. 755-3 du code de l'éducation
Etablissement des hautes études pour la science et la technologie – EPA	Décret n° 2007-634 du 27 avril 2007
Groupe des Ecoles des télécommunications (GET) – EPA	Décret n° 96-1177 du 27 décembre 1996
Institut français de mécanique avancée (IFMA) – EPA	Décret n° 91-1251 du 16 décembre 1991
Institut supérieur de mécanique de Paris (ISMP) – EPSCP	Décret n° 90-928 du 10 octobre 1990
Les instituts nationaux polytechniques, créés par le décret n° 69-930 du 14 octobre 1969, sont des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel dont l'organisation et le fonctionnement obéissent au même régime que les universités. Ils sont régis par les dispositions du code de l'éducation (Livre VII, titre Ier)	
Institut national polytechnique de Lorraine (INPL) – EPSCP	
Institut national polytechnique de Toulouse (INPT) – EPSCP	

8. Enseignement supérieur et établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel

Agence bibliographique de l'enseignement supérieur (ABES) – EPA	Décret n° 94-921 du 24 octobre 1994
Université de Nîmes – EPSCP	Décret n° 2007-733 du 7 mai 2007
Centre universitaire de formation et de recherche du Nord - Est Midi - Pyrénées Jean François Champollion – EPA	Décret n° 2002-522 du 16 avril 2002
Collège de France – EPSCP (grand établissement)	Doté de la personnalité civile et l'autonomie financière par la loi du 31 décembre 1932 Erigé en grand établissement par le décret n° 90-909 du 5 octobre 1990
Conservatoire national des arts et métiers (CNAM) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 88-413 du 22 avril 1988
(30) Chancelleries d'université – EPA	Décret n° 71-1105 du 30 décembre 1971
Ecole du Louvre – EPA	Décret n° 97-1085 du 25 novembre 1997
Institut Polytechnique de Bordeaux, rattaché aux universités de Bordeaux I et Bordeaux II – (grand établissement)	Décret n° 2009-329 du 25 mars 2009
Institut Polytechnique de Grenoble (Grenoble INP) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 2007-317 du 8 mars 2007
Institut des hautes études de défense nationale (IHEDN) – EPA	Décret n° 97-817 du 5 septembre 1997
(80) Universités – EPSCP	Livre VII, titre Ier du code de l'éducation
(3) Universités de technologie – EPSCP	L'organisation et le fonctionnement des universités de technologies sont régis par les articles 34 à 36 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984
Belfort-Montbéliard (UTBM)	créé par le décret n° 99-24 du 14 janvier 1999
Compiègne (UTC)	créé décret n° 89-442 du 28 juin 1989
Troyes (UTT)	créé par le Décret n° 94-800 du 14 septembre 1994
Université de technologie en sciences des organisations et de la décision de Paris-Dauphine (Université Paris-Dauphine) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 2004-186 du 26 février 2004
Institut d'administration des entreprises de Paris (IAE) – EPA rattaché à une université	Décret n° 89-928 du 21 décembre 1989
Institut d'études politiques de Paris – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 85-497 du 10 mai 1985

(7) Instituts d'études politiques (IEP) – EPA rattachés à une université : Aix-Marseille, Bordeaux, Grenoble, Lille, Lyon, Rennes, Toulouse	Décret n° 89-902 du 18 décembre 1989
Institut national d'histoire de l'art (INHA) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 2001-621 du 12 juillet 2001
Institut national des langues et civilisations orientales (INALCO) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 90-414 du 14 mai 1990

9. Enseignement des beaux-arts

Conservatoire national supérieur d'art dramatique (CNSAD) – « établissement d'enseignement supérieur »	Décret n° 71-328 du 29 avril 1971
Conservatoire national supérieur de musique de Lyon (CNSMD Lyon) – « établissement d'enseignement supérieur »	Décret n° 80-154 du 18 février 1980
Conservatoire national supérieur de musique et de danse de Paris (CNSMD Paris) – « établissement d'enseignement supérieur »	Décret n° 80-154 du 18 février 1980
Ecole nationale supérieure de la photographie (ENP) – EPA	Décret n° 2003-852 du 3 septembre 2003
Ecole nationale supérieure des arts décoratifs (ENSAD) – EPA	Décret n° 98-981 du 30 octobre 1998
Ecole nationale supérieure des arts et techniques du théâtre (ENSATT) – EPA	Décret n° 91-601 du 27 juin 1991
Ecole nationale supérieure des beaux-arts (ENSBA) – EPA	Décret n° 84-968 du 26 octobre 1984
Ecole nationale supérieure de création industrielle (ENSCI) – EPIC	Décret n° 84-969 du 26 octobre 1984
Ecole nationale supérieure des métiers de l'image et du son (ENSMIS) – EPIC	Décret n° 98-371 du 13 mai 1998
Ecole nationale supérieure Louis-Lumière – EPA	Décret n° 91-602 du 27 juin 1991
(6) Ecoles nationales supérieures d'art – EPA Bourges, Cergy, Limoges- Aubusson, Nancy, Villa d'Arson, Dijon	Décrets n° 2002-1514, -1515, -1516, -1517, et -1519 du 23 décembre 2002
(21) Ecoles d'architecture – EPA	Décret n° 78-266 du 8 mars 1978 fixant le régime administratif et financier des unités pédagogiques d'architecture modifié par le décret n° 2005-1113 du 30 août 2005 Décrets du 10 décembre 1979, du 6 avril 1981, du 10 mars 1986 érigeant les unités pédagogiques d'architecture en établissements publics administratifs

10. Etablissements d'enseignements à l'étranger

Agence pour l'enseignement français à l'étranger (AEFE) – EPA	Loi n° 90-588 du 6 juillet 1990 Articles L. 452-1 à L. 452-10 du code de l'éducation
Casa Velasquez de Madrid – EPSCP	Décret n° 93-532 du 27 mars 1993
Ecole française d'Athènes – EPSCP	Décret n° 85-1068 du 26 septembre 1985
Ecole française d'Extrême-Orient – EPSCP	Décret n° 88-565 du 5 mai 1988
Ecole française de Rome – EPSCP	Décret n° 96-807 du 10 septembre 1996
Institut français d'archéologie orientale du Caire (IFAO du Caire) – EPSCP	Décret n° 88-566 du 5 mai 1988

11. Etablissements publics de coopération scientifique

L'établissement public de coopération scientifique (EPCS) est un statut particulier d'établissement public, créé par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche

Aix-Marseille Université – EPCS	Décret n° 2009-809 du 29 juin 2009
Clermont Université	Décret n° 2008-503 du 28 mai 2008 – EPCS
Consortium national pour l'agriculture, l'alimentation, la santé animale et l'environnement – EPCS	Décret n° 2009-522 du 7 mai 2009
Institut des sciences et technologies de Paris (ParisTech) – EPCS	Décret n° 2007-378 du 21 mars 2007
Nancy Université – EPCS	Décret n° 2007-384 du 21 mars 2007
Université de Bordeaux – EPCS	Décret n° 2007-383 du 21 mars 2007
Université de Grenoble – EPCS	Décret n° 2009-773 du 23 juin 2009
Université de Lyon – EPCS	Décret n° 2007-386 du 21 mars 2007
Université Montpellier Sud de France	Décret n° 2009-646 du 9 juin 2009
Université de Toulouse – EPCS	Décret n° 2007-385 du 21 mars 2007
Université européenne de Bretagne – EPCS	Décret n° 2007-381 du 21 mars 2007
Université Lille Nord de France – EPCS	Décret n° 2009-33 du 9 janvier 2009
Université Nantes Angers Le Mans – EPCS	Décret n° 2008-1561 du 31 décembre 2008
Université Paris-Est – EPCS	Décret n° 2007-382 du 21 mars 2007
Université Sud Paris – EPCS	Décret n° 2007-379 du 21 mars 2007

III. ACTION CULTURELLE ET ACTIVITES SAVANTES, LITTERAIRES ET ARTISTIQUES

Académie de France à Rome (AFR) – EPA	Décret n° 71-1140 du 21 décembre 1971 (pris pour application du décret du 1 ^{er} octobre 1926 conférant personnalité civile et autonomie financière à l'académie de France à Rome).
Académie de marine – EPA	Décret n° 91-335 du 2 avril 1991
Académie des sciences d'outre-mer – EPA	Décret n° 72-1038 du 16 novembre 1972
Centre national de la chanson, des variétés et du jazz (CNV) – EPIC	Loi n° 2000-5 du 4 janvier 2002
Centre national de la cinématographie (CNC) – EPA	Loi n° 46-2360 du 25 octobre 1946 Décret du 28 décembre 1946
Centre national de la danse – EPIC	Décret n° 98-11 du 5 janvier 1998
Centre national des arts plastiques (CNAP) – EPA	Décret n° 82-883 du 15 octobre 1982
Centre national du livre (CNL) – EPA	Loi n° 46-2196 du 11 octobre 1946 (créé Caisse nationale du livre) Décret n° 93-397 du 19 mars 1993
Cité de la Musique – EPIC	Décret n° 95-1300 du 19 décembre 1995
Comédie-Française – EPIC	Décret n° 95-356 du 1 avril 1995
Théâtre national de l'Opéra-Comique – EPIC	Décret n° 2004-1232 du 20 novembre 2004
Théâtre national de Chaillot – EPIC	Décret n° 68-906 du 21 octobre 1968 modifié notamment par le décret n° 2002-109 du 24 janvier 2002
Théâtre national de l'Odéon – EPIC	Décret n° 68-905 du 21 octobre 1968 modifié notamment par le décret n° 2002-108 du 24 janvier 2002
Théâtre national de la Colline – EPIC	Décret n° 72-460 du 31 mai 1972 modifié notamment par le décret n° 2002-110 du 24 janvier 2002
Théâtre national de Strasbourg – EPIC	Décret n° 72-461 du 31 mai 1972 modifié portant statut du Théâtre national de Strasbourg
Opéra national de Paris – EPIC	Décret n° 94-111 du 5 février 1994

IV. RECHERCHE

1. Recherche en général

Académie des technologies (AT) - EPA	Décret n° 2006-1533 du 6 décembre 2006
Agence nationale de la recherche (ANR) – EPA	Décret n° 2006-963 du 1er août 2006
Centre national de la recherche scientifique (CNRS) – EPST	Décret n° 82-993 du 24 novembre 1982

2. Recherche dans les sciences humaines

Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 85-427 du 12 avril 1985
Ecole pratique des hautes études (EPHE) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 2005-1444 du 24 novembre 2005 (reçoit le statut de grand établissement)
Institut national d'études démographiques (INED) – EPST	Décret n° 86-382 du 12 mars 1986
Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) – EPA	Créé par la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 Articles L. 523-1 à L. 523-14 du code du patrimoine Décret n° 2002-90 du 16 janvier 2002
Institut national supérieur de formation et de recherche pour l'éducation des jeunes handicapés et les enseignements adaptés – EPA	Décret n° 2005-1754 du 30 décembre 2005

3. Recherche dans les autres sciences

Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (CIRAD) – EPIC	Décret n° 84-429 du 5 juin 1984
Centre national d'études spatiales (CNES) – EPIC	Créé par la loi n° 61-1382 du 19 décembre 1961 Décret n° 84-510 du 28 juin 1984 Articles L. 331-1 à L. 331-6 du code de la recherche
Centre national du machinisme agricole, du génie rural, des eaux et des forêts (CEMAGREF) – EPST	Décret no 85-1401 du 27 décembre 1985
Institut de physique du globe de Paris (IGP) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 90-269 du 21 mars 1990
Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN) – EPIC	Créé par la loi n° 2001-398 du 9 mai 2001 Décret n° 2002-254 du 22 février 2002

Institut de recherche pour le développement (IRD) – EPST	Décret no 84-430 du 5 juin 1984
Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER) – EPIC	Décret n° 84-428 du 5 juin 1984
Institut national de la recherche agronomique (INRA) – EPST	Décret n° 84-1120 du 14 décembre 1984
Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) – EPST	Décret n° 83-975 du 10 novembre 1983
Institut national de police scientifique (INPS) – EPA	Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 Décret n° 2004-1211 du 9 novembre 2004
Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA) – EPST	Décret no 85-831 du 2 août 1985
Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité (INRETS) – EPST	Décret n° 85-984 du 18 septembre 1985
Laboratoire central des ponts et chaussées (LCPC) – EPST	Décret n° 98-423 du 29 mai 1998
Laboratoire national de métrologie et d'essais (LNE) – EPIC	Créé par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 Décret n° 78-280 du 10 mars 1978
Observatoire de la Côte d'Azur – EPA	Décret n° 88-384 du 19 avril 1988
Observatoire de Paris – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 85-715 du 10 juillet 1985
Office national d'études et de recherches aérospatiales (ONERA) – EPIC	Créé par la loi n° 46-895 du 3 mai 1946 Décret n° 84-31 du 11 janvier 1984

4. Prospection

Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) – EPIC	Décret n° 59-1205 du 23 octobre 1959
--	--------------------------------------

5. Mise en valeur des recherches et innovation

Centre informatique national de l'enseignement supérieur (CIRES) – EPA	Décret n° 99-318 du 20 avril 1999
Centre scientifique et technique du bâtiment (CSTB) – EPIC	Décret du 30 septembre 1953 Article L142-1 du code de la construction et de l'habitation
Institut français du pétrole (IFP) – EPIC	Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 Décret n° 2006-797 du 6 juillet 2006

V. INFORMATION

Agence française d'information et de communication agricole et rurale (AFICAR) – EPIC	Créée par la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 Articles R. 111-1 à R. 111-12 du code forestier
Conseil national des communes « Compagnon de la Libération » – EPA	Loi n° 99-418 du 26 mai 1999 Cet établissement public est destiné à succéder au Conseil de l'Ordre de la Libération. Cette loi entrera en vigueur lorsque le Conseil de l'Ordre de la Libération ne pourra plus réunir quinze membres, personnes physiques (article 10)
Etablissement de communication et de production audiovisuelle de la défense (ECPAD) – EPA	Décret n° 2001-347 du 18 avril 2001
Institut géographique national (IGN) – EPA	Décret n° 81-505 du 12 mai 1981
Institut national de la consommation (INC) – EPIC	Créé en application de l'article 22 de la loi de finances rectificatives pour 1966 (loi n° 66-948 du 22 décembre 1966) Article L. 531-1 et articles R. 531-1 et suivants du code de la consommation
Institut national de la jeunesse et de l'éducation populaire (INJEP) – EPA	Décret n° 90-544 du 2 juillet 1990
Institut national des hautes études de sécurité (INHES) – EPA	Décret n° 2004-750 du 27 juillet 2004
Laboratoire national de dépistage du dopage (LNDD) – EPA	Décret n° 2001-1368 du 28 décembre 2001
Météo-France – EPA	Décret n° 93-861 du 18 juin 1993
Office national d'information sur les enseignements et les professions (ONISEP) – EPA	Créé par la loi n° 54-389 du 8 avril 1954 Article L-313-6 et articles D.313-14 à D.313-36 du code de l'éducation
Office national des anciens combattants (ONAC) – EPA	Décret n° 46-1478 du 17 juin 1946
Service hydrographique et océanographique de la marine (SHOM) – EPA	Décret n° 2007-800 du 11 mai 2007

VI. PROTECTION ET MISE EN VALEUR DES BIENS PUBLICS OU D'INTERET PUBLIC

1. Musées et bibliothèques

Bibliothèque nationale de France (BNF) – EPA	Décret n° 94-3 du 3 janvier 1994
Bibliothèque nationale et universitaire de Strasbourg (BNUS) – EPA	Décret n° 92-45 du 15 janvier 1992
Bibliothèque publique d'information (BPI) – EPA	Décret n° 76-82 du 27 janvier 1976
Centre national d'art et de culture Georges Pompidou (CNAC GP) – EPA	Loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 Décret n° 92-1351 du 24 décembre 1992
Centre technique du livre de l'enseignement supérieur (CTLES) – EPA	Décret n° 94-922 du 24 octobre 1994
Cité de l'architecture et du patrimoine (CAPA) – EPIC	Article L. 142-1 du code du patrimoine Décret n° 2004-683 du 9 juillet 2004
Cité des sciences et de l'industrie (CSI) – EPIC	Décret n° 2006-222 du 24 février 2006
Etablissement public de la Porte Dorée-Cité nationale de l'histoire de l'immigration – EPA	Décret n° 2006-1388 du 16 novembre 2006
Etablissement public du château de Fontainebleau - EPA	Décret n° 2009-279 du 11 mars 2009
Musée des arts asiatiques Guimet – EPA	Décret n° 2003-1301 du 26 décembre 2003
Musée d'Orsay – EPA	Décret n° 2003-1300 du 26 décembre 2003
Musée de l'air et de l'espace – EPA	Décret n° 93-467 du 23 mars 1993
Musée de l'armée – EPA	Décret n° 68-1074 du 20 novembre 1968
Musée du Louvre – EPA	Décret n° 92-1338 du 22 décembre 1992
Musée du Quai Branly – EPA	Décret n° 2004-1350 du 9 décembre 2004
Musée national Jean-Jacques Henner – EPA	Décret n° 2005-538 du 23 mai 2005
Musée Moreau – EPA	Érigé en musée national investi de la personnalité civile par l'article 72 de la loi du 30 mars 1902 Décret du 16 juillet 1902
Musée national de la marine – EPA	Décret n° 71-963 du 3 décembre 1971
Musée national du sport (MNS) – EPA	Décret n° 2006-254 du 2 mars 2006
Musée Rodin – EPA	Décret n° 93-163 du 2 février 1993
Muséum national d'histoire naturelle (MNHN) – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 2001-916 du 3 octobre 2001
Palais de la découverte – EPSCP (grand établissement)	Décret n° 90-99 du 25 janvier 1990
Réunion des musées nationaux – EPIC	Décret n° 90-1026 du 14 novembre 1990

2. Monuments historiques

Centre des monuments nationaux (CMN) – EPA	Créé par la loi du 31 décembre 1913 Article L. 141-1 du code du patrimoine Décret n° 95-462 du 26 avril 1995
Domaine national de Chambord – EPIC	Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 Décret n° 2005-703 du 24 juin 2005
Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles (EPV) – EPA	Décret n° 95-463 du 27 avril 1995
Institut national du patrimoine (INP) – EPA	Décret n° 90-406 du 16 mai 1990

3. Parcs nationaux

La catégorie des parcs nationaux a été créée par la loi du 22 juillet 1960.

Établissements publics à caractère administratif, les parcs nationaux sont régis par le titre III du livre III du code de l'environnement (Chapitre 1^{er} : art. L. 331-1 et s. et R. 331-1 et s.).

Parc national des Cévennes – EPA	Décret n° 70-777 du 2 septembre 1970
Parc national des Ecrins – EPA	Décret n° 73-378 du 27 mars 1973
Parc national de la Guadeloupe – EPA	Décret n° 89-144 du 20 février 1989
Par national amazonien de la Guyane – EPA	Décret n° 2007-266 du 27 février 2007
Parc national de la Réunion	Décret n° 2007-296 du 5 mars 2007
Parc national du Mercantour – EPA	Décret n° 79-696 du 18 août 1979
Parc national de Port-Cros – EPA	Décret n° 63-1235 du 14 décembre 1963
Parc national des Pyrénées-Occidentales – EPA	Décret n° 67-265 du 23 mars 1967
Parc national de la Vanoise – EPA	Décret n° 63-651 du 6 juillet 1963

4. Forêts domaniales

Office national des forêts (ONF) – EPIC	<i>Créé par la loi n° 64-1278 du 23 décembre 1964 (loi de finances rectificative pour 1964) Livre Ier, titre II du code forestier (partie législative)</i>
Centre national professionnel de la propriété forestière (CNPPF) – EPA	<i>Créé par le décret n° 2002-861 du 3 mai 2002 pris en application de l'article 58 de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 Articles L. 221-8 à L. 221-10 et R. 221-67 à R. 221-97 du code forestier</i>
(18) Centres régionaux de la propriété forestière (CRPF) – EPA	<i>Créés par le décret du 13 avril 1966 pris en application de la loi n° 63-810 du 6 août 1963 Livre II, titre II, chapitre Ier du code forestier (parties législative et réglementaire)</i>
Inventaire forestier national (IFN) – EPA	<i>Erigé en établissement public par le décret n° 93-1046 du 6 septembre 1993 Articles R. 521-1 à R. 521-17 du code forestier</i>

5. Agences de l'eau

Agence de l'eau Adour Garonne	<i>Les agences financières du bassin (« agences de l'eau »), créées par l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964, sont des établissements publics à caractère administratif régis par le décret n°66-700 du 14 septembre 1966.</i>
Agence de l'eau Artois Picardie	
Agence de l'eau Loire Bretagne	
Agence de l'eau Rhin Meuse	
Agence de l'eau Rhône Méditerranée Corse	
Agence de l'eau Seine Normandie	

6. Divers

Agence nationale des fréquences (ANF) – EPA	<i>Créée par le décret n° 96-1178 du 27 décembre 1996, pris pour l'application de l'article 14 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 Articles R. 20-44-10 à R. 20-44-26 du code des postes et des communications électroniques</i>
Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres (CELRL) – EPA	<i>Créé par la loi n° 75-602 du 10 juillet 1975</i>
Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA) – EPA	<i>Erigé en établissement public par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 Articles L. 213-2 à L. 213-6 du code de l'environnement</i>
Etablissement public des haras nationaux (EPHN) – EPA	<i>Créé par le décret n° 99-556 du 2 juillet 1999 Articles R. 653-13 à R. 653-28 du code rural</i>
Institut national d'histoire de l'art (INHA) – EPSCP (grand établissement)	<i>Décret n° 2001-621 du 12 juillet 2001</i>
Institut national de l'audiovisuel (INA) – EPIC	<i>Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 Décret n° 2004-532 du 10 juin 2004</i>
Institution nationale des Invalides (INI) – EPA	<i>Décret n° 92-105 du 30 janvier 1992 Articles L. 517 à L. 519 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre</i>
Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS) – EPA	<i>Articles L. 421-1 à L. 421-4 et articles R. 421-8 à R. 421-28 du code de l'environnement</i>

7. Aménagement et urbanisme

Agence foncière et technique de la région parisienne (AFTRP) – EPIC	<i>Décret n° 2002-623 du 25 avril 2002</i>
Agence pour la maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice (AMOTMJ) – EPA	<i>Décret n° 2006-208 du 22 février 2006</i>
Etablissement public d'aménagement universitaire - EPA	<i>Décret n° 2006-1219 du 5 octobre 2006</i>
Etablissement public d'aménagement de la Plaine de France – EPIC	<i>Décret n° 2002- 477 du 8 avril 2002</i>
Etablissement public d'aménagement Euroméditerranée –EPIC	<i>Décret n° 95-1102 du 13 octobre 1995</i>
Etablissement public d'aménagement de la Guyane – EPIC	<i>Décret n°96-954 du 31 octobre 1996</i>
Etablissement public d'exploitation du livre foncier informatisé d'Alsace-Moselle - EPA	<i>Décret n° 2007-1852 du 26 décembre 2007</i>
Etablissement public de maîtrise d'ouvrage des travaux culturels (EPMOTC) – EPA	<i>Décret n° 98-387 du 19 mai 1998</i>

Etablissement public du parc et de la grande halle de la Villette – EPIC	Décret n° 93-96 du 25 janvier 1993
Etablissement public du campus de Jussieu (EPCJ) – EPA	Créé par le décret n° 97-356 du 17 avril 1997 Décret n° 2006-1543 du 7 décembre 2006
Etablissement public du Palais de Justice de Paris (EPPJP) – EPA	Décret n° 2004-161 du 18 février 2004
Etablissement public du Grand Palais des Champs-Élysées – EPIC	Décret n° 2007-97 du 25 janvier 2007
Etablissement public pour l'aménagement de la région de la Défense (EPAD) – EPIC	Décret n° 58-815 du 9 septembre 1958
Etablissement public de la Basse-Seine – EPIC	Décret n° 68-376 du 26 avril 1968
Etablissement public foncier de Bretagne	Décret n° 2009-636 du 8 juin 2009
Etablissement public foncier des Hauts-de-Seine	Décret n° 2006-1142 du 13 septembre 2006
Etablissement public foncier d'Ile-de-France – EPIC	Décret n° 2006-1140 du 13 septembre 2006
Etablissement public foncier de Languedoc-Roussillon – EPIC	Décret n° 2008-670 du 2 juillet 2008
Etablissement public foncier de Lorraine – EPIC	Décret n° 73-250 du 7 mars 1973
Etablissement public Foncier Nord - Pas de Calais – EPIC	Décret n° 90-1154 du 19 décembre 1990
Etablissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes (EPORA) – EPIC	Décret n° 98-923 du 14 octobre 1998
Etablissement public foncier de Poitou-Charentes – EPIC	Décret n° 2008-645 du 30 juin 2008
Etablissement public foncier de Provence-Alpes-Côte d'Azur – EPIC	Décret n° 2001-1234 du 20 décembre 2001
Etablissement public foncier du Val-d'Oise – EPIC	Décret n° 2006-1143 du 13 septembre 2006
Etablissement public foncier de Vendée – EPIC	Décret n° 2007-1709 du 5 décembre 2007
Etablissement public foncier des Yvelines – EPIC	Décret n° 2006-1141 du 13 septembre 2006

VII. GESTION D'EQUIPEMENTS COLLECTIFS

1. Ports

La catégorie des ports autonomes a été créée par la loi n° 65-491 du 29 juin 1965.

Leur organisation et leur fonctionnement sont régis par le livre Ier, titre Ier du code des ports maritimes (parties législative et réglementaire).

Port autonome de Strasbourg – EPA (qualifié par le Conseil d'Etat d'établissement public de nature particulière)	Créé par le décret du 27 septembre 1925
Port autonome de Paris – EPIC	Loi n° 68-917 du 24 octobre 1968
Port autonome de la Guadeloupe – EPIC	Créé par le décret n° 74-373 du 6 mai 1974

La catégorie des grands ports maritimes a été créée par la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008.

Leur organisation et leur fonctionnement sont régis par le livre Ier, titre préliminaire du code des ports maritimes (parties législative et réglementaire).

Grand port maritime de Bordeaux – EPN	Décret n° 2008-1034 du 9 octobre 2008
Grand port maritime de Dunkerque – EPN	Décret n° 2008-1038 du 9 octobre 2008
Grand port maritime du Havre – EPN	Décret n° 2008-1037 du 9 octobre 2008
Grand port maritime de La Rochelle – EPN	Décret n° 2008-1036 du 9 octobre 2008
Grand port maritime de Marseille – EPN	Décret n° 2008-1033 du 9 octobre 2008
Grand port maritime de Nantes - Saint-Nazaire – EPN	Décret n° 2008-1035 du 9 octobre 2008
Grand port maritime de Rouen – EPN	Décret n° 2008-1146 du 6 novembre 2008

2. Transport ferroviaire

Etablissement public de sécurité ferroviaire (EPSF) – EPA	Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 Décret n° 2006-369 du 28 mars 2006
Régie autonome des transports parisiens (RATP) – EPIC	Ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 Décret n° 59-1091 du 23 septembre 1959
Réseau ferré de France (RFF) – EPIC	Loi n° 97-135 du 13 février 1997 Décret n° 97-444 du 5 mai 1997
Société nationale des chemins de fer français (SNCF) – EPIC	Erigée en établissement public par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 Décret n° 83-109 du 18 février 1983

3. Transport fluvial

Voies navigables de France (VNF) – EPIC	Créées par la loi des 27 et 28 février 1912 Décret n° 60-1441 du 26 décembre 1960
---	--

4. Divers

Agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF) – EPA	Créée par la loi n° 2002-3 du 3 janvier 2002 Décret n° 2004-1317 du 26 novembre 2004
--	---

VIII. ACTIVITES FINANCIERES

Agence française de développement (AFD) – EPIC	Décret n° 92-1176 du 30 octobre 1992
Caisse nationale des autoroutes – EPA	Décret n° 63-585 du 20 juin 1963 Articles R. 122-6 à R. 122-15 du code de la voirie routière
Entreprise de recherches et d'activités pétrolières (ERAP) – EPIC	Décret 65-1116 du 17 décembre 1965
Etablissement public de financement et de restructuration (EPFR) – EPA	Loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995
Etablissement public de réalisation de défaisance (EPRD) – EPA	Loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995
Institut d'émission d'outre mer (IEOM) – EPN	Créé par la loi n° 66-948 du 22 décembre 1966 Décret n° 67-267 du 30 mars 1967
Institut d'émission des départements d'outre mer (IEDOM) – EPN	Ordonnance n° 59-74 du 7 janvier 1959 Décret n° 2000-545 du 20 juin 2000

IX. REPRESENTATION OFFICIELLE D'INTERETS COLLECTIFS

Académie nationale de médecine – EP national	Créée par l'ordonnance royale du 20 décembre 1820
Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs (ANGDM) – EPA	Loi n° 2004-105 du 3 février 2004
Assemblée permanente des chambres d'agriculture (+ 94 Chambres départementales d'agriculture, 22 chambres régionales d'agriculture)	
Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (ACFCI) – EPA	Décret n° 64-1200 du 4 décembre 1964
Assemblée permanente des chambres des métiers et de l'artisanat (APCM) – EPN	
Chambres de métiers et de l'artisanat (107) – EPA	Loi du 26 juillet 1925

X. ORGANISMES D'INTERVENTION ECONOMIQUE ET SOCIALE

1. Emploi

Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) – EPA	Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 Articles L. 4642-1 à L. 4642-3 du code du travail (nouvelle partie législative)
Pôle Emploi (institution nationale)	Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 Articles L. 5312-1 à L. 5312-4 du code du travail (nouvelle partie législative)
Centre d'étude de l'emploi (CEE) – EPA	Décret n° 86-399 du 12 mars 1986
Centre d'étude et de recherche sur les qualifications (CEREQ) – EPA	Érigé en établissement public par le décret n° 85-634 du 25 juin 1985 Articles R. 313-37 à R. 313-58 du code de l'éducation
Etablissement public d'insertion de la défense (EPIDe) – EPA	Articles L. 3414-1 à L. 3414-8 du code de la défense
Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (INTEFP) – EPA	Décret n° 2005-1555 du 13 décembre 2005

2. Marché de certains biens ou produits

a) Agriculture

Institut national des appellations d'origine et de la qualité (INAO) – EPA	Créé par le décret-loi du 30 juillet 1935 Articles R. 642-1 à R. 642-32 du code rural
Office de développement de l'économie agricole dans les départements d'outre mer (ODEADOM) – EPIC	Créé par le décret n° 84-356 du 11 mai 1984 Articles R. 684-1 à R. 684-12 du code rural
Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) – EPA	Ordonnance n° 2009-325 du 25 mars 2009 Décret n° 2009-340 du 27 mars 2009

b) Environnement

Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) – EPIC	<i>Créée par la loi n° 90-1130 du 19 décembre Articles L. 131-3 à L. 131-7 et articles R. 131-1 à R. 131-26 du code de l'environnement 1990</i>
Agence des aires marines protégées – EPA	<i>Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 Créée par le décret n° 2006-1266 du 16 octobre 2006 Articles L. 334-1 à L. 334-2 et articles R. 334-1 à R. 334-26 du code de l'environnement</i>

c) Logement

Agence nationale de l'habitat (ANAH) – EPA	<i>Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 Articles L. 321-1 et suivants et R. 321-1 et suivant du code de la construction et de l'habitation</i>
Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction (ANPEEC) – EPIC	<i>Créée par la loi n° 87-1128 du 31 décembre 1987 Articles L. 313-7 à L. 313-16-4 et articles R. 313-35-1 à R. 313-35-11 du code de la construction et de l'habitation</i>
Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU) – EPIC	<i>Loi n° 2003-710 du 1er août 2003 Décret n° 2004-123 du 9 février 2004</i>
Caisse de garantie du logement locatif social (CGLLS) – EPA	<i>Créée par le décret n° 66-156 du 19 mars 1966 Articles L. 452-1 à L. 452-7 du code de la construction et de l'habitation</i>

d) Divers

Agence nationale des chèques vacances (ANCV) – EPIC	<i>Créée par l'ordonnance n° 82-283 du 26 mars 1982 Articles L. 411-1 à L. 411-21 du code du tourisme</i>
Centre national du livre (CNL) – EPA	<i>Loi n° 46-2196 du 11 octobre 1946 Décret n° 93-397 du 19 mars 1993</i>
Agence de Services et de Paiement – EPA	<i>Ordonnance n° 2009-325 du 25 mars 2009</i>
Union des groupements d'achats publics (UGAP) – EPIC	<i>Décret n° 85-801 du 30 juillet 1985</i>

3. Appui aux entreprises

Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA) – EPIC	<i>Créée par la loi n° 91-1381 du 30 décembre Articles L. 542-1 L. 542-14 du code de l'environnement 1991</i>
Agence nationale des fréquences (ANFR) – EPA	<i>Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996</i>
(EPARECA) – EPIC Etablissement public national pour l'aménagement et la restructuration des espaces commerciaux et artisanaux	<i>Loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 Décret n° 97-130 du 12 février 1997</i>
Fonds national de promotion et de communication de l'artisanat (FNPCA) – EPA	<i>Décret n° 97-1040 du 13 novembre 1997</i>
Institut national de l'environnement industriel et des risques (INERIS) – EPIC	<i>Créé par le décret n° 90-1089 du 7 décembre 1990 Articles R. 131-35 à R. 131-48 du code de l'environnement</i>
Institut national de la propriété industrielle (INPI) – EPA	<i>Créé par la loi n° 51-444 du 19 avril 1951 Articles L. 411-1 à L. 411-5 et articles R. 411-1 à R. 411-26 du code de la propriété intellectuelle</i>
OSEO – EPIC	<i>Ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005</i>

XI. ACTIVITES TOURNEES VERS L'ETRANGER OU L'OUTRE MER**1. Développement économique international**

Agence française pour les investissements internationaux (AFII) – EPIC	<i>Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 Décret n° 2001-1091 du 21 novembre 2001</i>
Agence française pour le développement international des entreprises (UBIFRANCE) – EPIC	<i>Erigé en établissement public par l'article 50 de la loi n° 2003-721 du 1 août 2003 Décret n° 2004-103 du 30 janvier 2004</i>

2. Main d'œuvre

Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) – EPA	<i>Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 Décret n° 2009-331 du 25 mars 2009 Articles L. 5223-1 à L. 5223-1-6 du code du travail (nouvelle partie législative)</i>
---	---

3. Action humanitaire

Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) – EPA	<i>Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952</i>
---	---

4. Divers

Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre mer (ANIFOM) – EPA	<i>Décret n° 70-982 du 27 octobre 1970 Loi n° 2005-158 du 23 février 2005</i>
Agence pour la mise en valeur des espaces urbains de la zone dite des 50 pas géométriques de la Guadeloupe – EPIC	<i>Loi n° 96-1241 du 30 décembre 1996</i>
Agence pour la mise en valeur des espaces urbains de la zone dite des 50 pas géométriques de la Martinique – EPIC	<i>Loi n° 96-1241 du 30 décembre 1996</i>
Etablissement public d'aménagement de la Guyane (EPIC)	<i>Décret n° 96-954 du 31 octobre 1996</i>

XII. DIVERS

Aéroport de Bâle-Mulhouse – EP de droit international	<i>Convention franco-suisse du 4 juillet 1949, publiée par le décret n° 53-537 du 13 mai 1953</i>
Agence nationale des titres sécurisés – EPA	<i>Décret n° 2007-240 du 22 février 2007</i>
Caisse des dépôts et consignations (CDC) – « Etablissement spécial »	<i>Créée par la loi du 28 avril 1816 Livre V, Titre I, Chapitre VIII du code monétaire et financier</i>
Commissariat à l'énergie atomique (CEA) – « Etablissement à caractère scientifique, technique et industriel »	<i>Ordonnance n° 45-2563 du 18 octobre 1945 Décret n° 70-878 du 29 septembre 1970 Articles L. 322-1 à L. 322-7 du code de la recherche</i>
La Monnaie de Paris - EPIC	<i>Article 36 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007</i>

Annexe 6 : Extraits du guide de légistique relatifs aux établissements publics

5.2.3 Créer, modifier ou supprimer un établissement public (*Version du 20 octobre 2007*)

Textes nécessaires

L'article 34 de la Constitution réserve au législateur la compétence pour fixer les règles relatives à « la création de catégories d'établissements publics ».

La détermination du texte nécessaire à la création d'un établissement public dépend, en premier lieu, du point de savoir si cet établissement peut être rattaché à une catégorie existante, une catégorie pouvant être constituée d'un seul établissement. Si la catégorie n'existe pas, une loi est nécessaire. Cette loi aura pour objet de créer l'établissement et d'en définir les règles constitutives. Inversement si l'établissement public qu'il est envisagé de créer entre dans une catégorie déjà existante, un décret suffit, à moins qu'il soit envisagé de déroger aux règles constitutives des établissements de la catégorie telles que fixées par le texte législatif l'ayant créée ou que l'intervention du législateur soit nécessaire à un autre titre, par exemple pour doter les organes dirigeants de certaines prérogatives. En effet, la circonstance que l'établissement puisse être créé par décret ne dispense évidemment pas de s'interroger sur la compétence du pouvoir réglementaire pour édicter l'ensemble des dispositions envisagées.

Création

Selon la jurisprudence tant du Conseil constitutionnel (n° 79-108 L du 25 juillet 1979 ; n° 79-109 L du 13 septembre 1979 ; n° 82-122 L du 25 mars 1982 ; n° 83-133 L du 12 octobre 1983 ; n° 87-150 L du 17 mars 1987 ; n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001) que du Conseil d'Etat (Ass., 24 novembre 1978, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT ; 11 octobre 1985, Syndicat général de la recherche agronomique CFDT) doivent être regardés comme entrant dans la même catégorie les établissements publics dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue. Une catégorie peut toutefois n'être constituée que d'un seul établissement public (Conseil constitutionnel, n° 82-127 L du 10 novembre 1982 ; n° 89-162 L du 5 décembre 1989 ; n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001).

La « même tutelle administrative » s'entend de la tutelle d'une même collectivité que ce soit l'État (quel que soit le ministère de rattachement), une région, un département, une commune ou un ensemble de collectivités publiques. L'analogie avec la spécialité d'établissements existants s'apprécie en fonction de l'objet et de la nature des activités des établissements publics. La pratique des sections administratives du Conseil d'État les conduit à déterminer les activités d'un établissement au regard de ses missions et non des moyens mis en œuvre. Cette approche qui évite de retenir une acception étroite de la notion d'activités, a pour conséquence de ne pas multiplier à l'infini les catégories. Elle est cohérente avec la volonté du pouvoir constituant de 1958 de restreindre la compétence du législateur en matière d'établissements publics.

Une catégorie peut dorénavant comprendre à la fois des établissements à caractère administratif et des établissements à caractère industriel et commercial. Par une décision n°79-108 L du 25 juillet 1979, le Conseil constitutionnel a en effet abandonné un critère retenu initialement, tiré du caractère administratif, industriel et commercial, scientifique et technique ou autre des établissements en cause.

Exemples : Compte tenu de l'existence de nombreux autres établissements publics de formation de fonctionnaires placés sous la tutelle de l'État ayant une spécialité du même ordre, l'École nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers ne peut être regardée comme constituant

une nouvelle catégorie d'établissement public. Sa création relève donc d'un décret. Il en est de même pour le Fonds de soutien à la chanson, aux variétés et au jazz, qui appartient à la même catégorie que le Centre national du livre. Inversement le Commissariat à l'énergie atomique, établissement public créée par l'ordonnance n° 45-2563 du 18 octobre 1945 et auquel ont été assignées non seulement des missions de recherche scientifique et technique, mais aussi des missions en matière de défense, de production, de transformation et de commerce de matières premières nucléaires, constitue à lui seul une catégorie.

La création d'une catégorie nouvelle d'établissements publics peut être réalisée de façon générale en dehors de la création d'un établissement public donné, laquelle interviendra dans un deuxième temps. Elle peut aussi intervenir à l'occasion d'une telle création, lorsqu'il s'avère que celle-ci, du fait notamment de la spécialité de l'établissement créé, doit s'analyser comme entraînant la création d'une catégorie nouvelle.

Le transfert à l'État des biens, droits et obligations d'un établissement public que l'on supprime ne nécessite pas, par lui-même, de dispositions législatives (Conseil d'État, avis d'Assemblée générale du 7 novembre 1996).

Règles constitutives

Relèvent des dispositions constitutives d'un établissement public, et donc du législateur lorsque l'établissement à créer n'est susceptible de relever d'aucune catégorie, celles qui sont relatives :

- au cadre général des missions confiées à cet établissement ;
- à la détermination des organes dirigeants, leur rôle, les conditions de leur désignation et les catégories de personnes représentées en leur sein ;
- aux catégories de ressources dont peut bénéficier l'établissement ;
- à la détermination de la collectivité de rattachement (CE, 25 octobre 2004, M.Asaro et autres) et aux rapports entre celle-ci et l'établissement (tutelle).

Dans le cas où le législateur est intervenu pour créer un établissement public et a renvoyé à un décret le soin d'en définir l'organisation et le fonctionnement, ce décret peut être compétemment pris même si l'on est en présence d'une nouvelle catégorie d'établissements et que la loi aurait en conséquence dû en fixer de manière plus précise les règles constitutives : la circonstance qu'elle soit restée en deçà de sa compétence n'entache pas d'illégalité le décret pris pour son application.

Nature des textes réglementaires nécessaires

Le plus souvent, la création et, à un moindre degré, la transformation d'un établissement public supposent l'intervention d'une série de textes.

S'agissant des textes réglementaires, il est le plus souvent recouru à un décret en Conseil d'État, que l'établissement ait été créé par la loi ou que la création elle-même de l'établissement en cause relève du domaine réglementaire.

Un décret en Conseil d'État est en toute hypothèse nécessaire, en dehors même des cas où cela est exigé par une loi, si l'on entend déroger à des dispositions fixées par décret en Conseil d'État, telles que celles du décret n° 79-153 du 26 janvier 1979 relatives à la durée du mandat des dirigeants d'établissements publics ; ce décret ayant été pris en conseil des ministres, une dérogation impliquera en outre un passage du texte en conseil des ministres. De même, un décret en Conseil d'État est nécessaire dans les établissements publics industriels et commerciaux qui comptent moins de 200 salariés, en application de l'article 4 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, pour fixer le nombre de représentants des salariés dans les conseils d'administration de ces établissements. Enfin, les conditions d'emploi et de rémunération des personnels peuvent exiger des dérogations à des règles statutaires et donc l'intervention d'un décret en Conseil d'État.

Contenu du texte

Les décrets relatifs à la création d'un établissement public comportent en général trois titres consacrés respectivement aux dispositions générales, à l'organisation et au fonctionnement, au régime financier, un quatrième pouvant rassembler les dispositions diverses. La liste des principaux textes comportant des dispositions de portée générale applicables aux établissements publics de l'État et à leurs dirigeants est fournie en annexe.

Les dispositions générales

Elles comportent habituellement au moins deux articles, dont le premier détermine le caractère administratif ou industriel et commercial de l'établissement, ainsi que le ministre de tutelle, le siège de l'établissement et, le cas échéant, la collectivité de rattachement :

Article 1^{er} : X (nom de l'établissement créé) est un établissement public de l'État à caractère administratif (ou industriel et commercial) placé sous la tutelle du ministre chargé de
Son siège est situé....

Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État (16 novembre 1956 Union syndicale des industries aéronautiques), seul un établissement étant par son objet assimilable à une entreprise privée, financé principalement par les usagers et ayant des modalités d'organisation et de fonctionnement qui ne sont pas propres à l'administration, pourra être qualifié d'industriel et commercial.

Encore faut-il rappeler qu'une telle qualification par le texte institutif n'a qu'une portée relative. Le Conseil d'État ne se sent pas lié par elle, sauf si elle résulte d'une loi et il peut procéder à des requalifications. De plus, il arrive fréquemment qu'un établissement public gère plusieurs services de nature différente. Dans ce cas le juge ne s'attache pas à la qualification de l'établissement, pour déterminer le régime applicable, mais à la nature du service géré. Le caractère global, administratif ou industriel et commercial de l'établissement, qui est à prendre en considération pour l'application de certains textes, est déterminé à partir de l'activité principale. Le seul fait qu'un établissement a, parmi ses missions, celle de publier et diffuser des documents, notamment en les vendant au public, ne suffit pas à le faire regarder comme ayant un caractère industriel et commercial (T.C, 15 janvier 1990, Reinhard).

La tutelle doit être confiée au ministre qui a, dans ses missions, le service public dont il est prévu de confier la gestion à l'établissement public. Pour le bon exercice de cette tutelle, il est déconseillé de la disperser : lorsque plusieurs ministères sont directement intéressés par l'activité d'un établissement public, leur représentation au conseil d'administration doit leur permettre de faire valoir leur point de vue et d'influencer la politique de l'organisme. En revanche, l'efficacité de la gestion d'un établissement public impose que la tutelle ne soit assurée, en principe, que par le ministre principalement intéressé par la mission confiée à l'établissement ; tout au plus pourratt-on prévoir la tutelle conjointe de deux ministres, lorsque l'activité de l'établissement touche directement à leurs attributions respectives.

Un établissement est normalement rattaché à une personne morale, soit l'État (il est alors qualifié d'établissement public « *national* » ou « *de l'Etat* »), soit à une collectivité territoriale (il est alors qualifié d'établissement public « *local* »), bien que ce ne soit pas une condition de son existence. Ce rattachement est à apprécier, s'il n'est pas précisé par la loi, moins au regard du ressort territorial d'activité ou de l'implantation de l'établissement qu'en fonction des relations organiques, financières et juridiques qu'il entretient soit avec l'État, soit avec une collectivité territoriale.

Le plus souvent, c'est dans un deuxième article que sont définies les missions de l'établissement public (article 2 : *l'établissement public a pour mission ...*)

Ces missions doivent être précisées avec soin ; en raison du principe de spécialité de

l'établissement public, le juge administratif sanctionne l'exercice par un établissement d'activités excédant le cadre des missions qui lui ont été confiées. Dans un avis du 7 juillet 1994 relatif à EdF-GdF, la section des travaux publics du Conseil d'État a précisé que « le principe de spécialité (...) signifie que la personne morale (...) n'a pas de compétence générale » au delà de la mission qui lui a été confiée. Il ne lui appartient pas « d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités. » Toutefois, selon le même avis, le principe de spécialité « ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :

- d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale (...) ou du moins connexe à ces activités ;
- d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public.

On ne peut donc se borner à une formule de caractère général. Ainsi, par exemple, s'agissant de l'École nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers, le décret n° 2004-502 du 7 juin 2004 énumère de façon précise cinq missions :

« 1° La mise en œuvre de la formation initiale et continue des officiers de sapeurs-pompiers professionnels et volontaires ;

2° L'organisation, en matière d'incendie et de secours, de formations destinées notamment aux élus, aux fonctionnaires, aux cadres des entreprises et aux experts français ou étrangers ;

3° L'animation du réseau des écoles de sapeurs-pompiers et notamment la coordination, en liaison avec les préfets de zone, des formations, des recherches et des actions de coopération assurées par ces écoles ;

4° La recherche, les études, l'évaluation, la prospective, la veille technologique ainsi que la diffusion de l'information y afférente dans les domaines relevant du champ de compétence des services départementaux d'incendie et de secours ;

5° Le développement d'actions de coopération internationale, notamment en matière de formation et de recherche, dans ses champs de compétence ».

Organisation et fonctionnement

Le titre consacré à l'organisation et au fonctionnement, quelquefois qualifié aussi de régime administratif, doit traiter des organes dirigeants de l'établissement (conseil d'administration et direction) et de sa structure, ainsi que le cas échéant du personnel.

De façon générale, il est à noter que la plasticité du régime de l'établissement public lui permet d'emprunter diverses formes en ce qui concerne son organisation interne.

C'est toutefois un des rares domaines où plusieurs dispositions générales résultant soit de la loi, soit du règlement imposent un certain encadrement :

- en matière de composition et de fonctionnement du conseil d'administration de certains établissements publics, en application de la loi n°83- 675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public ;
- en matière de limite d'âge des présidents et dirigeants de l'ensemble des établissements publics, en application de l'article 7 de la loi n°84-834 du 13 septembre 1984 ;
- en matière de durée maximale du mandat de présidents et dirigeants de l'ensemble des établissements publics, en application du décret n°79-153 du 26 février 1979.

1°) Les organes dirigeants.

Il convient de distinguer les organes collégiaux placés à la tête de l'établissement public (assemblée délibérante, le plus souvent dénommée conseil d'administration) de la direction (président ou (et) directeur). Il existe toutefois quelques cas d'établissements publics administrés par un conseil de surveillance et un directoire (Entreprise minière et chimique, voir le décret n° 67-797 du 20 septembre 1967 ; Fonds de réserve pour les retraites, voir les articles L. 135-6 et suivants du code de la sécurité sociale)

a) **Le conseil d'administration.**

Une série d'articles doivent définir la composition, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'administration.

En ce qui concerne la composition, les dispositions à prendre ne sont encadrées, en application de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, que pour les établissements à dominante industrielle et commerciale, plus exactement « *les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public et les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles de droit privé* ». Pour ces établissements, la loi impose trois catégories de membres : des représentants de l'État, qui doivent être nommés par décret, des personnalités choisies en raison de leurs compétences ou de leur connaissance des activités en cause ou encore en leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers, également nommés par décret, et des représentants élus des salariés ; l'effectif de chacune de ces catégories est à fixer par décret, le nombre des représentants des salariés devant être égal au moins au tiers des membres du conseil.

La loi de démocratisation du secteur public fixe également la durée maximum du mandat de ces membres (cinq ans) et les modalités de leur remplacement, détermine un champ minimum de compétence des conseils d'administration (grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'activité de l'établissement...) et précise certaines règles de leur fonctionnement (convocation, moyens donnés aux membres pour exercer leur mandat, gratuité de ce mandat). Elle fixe aussi les règles de nomination du président.

Un dispositif d'exclusion partielle ou totale du champ d'application de la loi est toutefois prévu par l'article 4 celle-ci : bénéficient automatiquement de l'exclusion partielle les établissements publics « *dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt quatre derniers mois est inférieur à 200* » ; peuvent être exclus partiellement ou totalement au coup par coup certains établissements publics, à condition de figurer à une annexe de la loi, ce qui suppose une disposition législative expresse ajoutant ledit établissement à la liste établie en annexe de la loi de 1983 dans sa version initiale (voir à titre d'exemple la loi n°90-474 du 5 juin 1990 ajoutant à cette annexe la Réunion des Musées Nationaux). L'exclusion partielle porte sur les dispositions du chapitre 1^{er} du titre II de la loi, chapitre qui traite de la composition et du fonctionnement des conseils. Mais la loi impose pour autant en ce cas quelques règles minimum : les conseils d'administration doivent comprendre des représentants élus des salariés ; le nombre de ces représentants doit être fixé par décret en Conseil d'Etat et il ne peut être inférieur à deux et dépasser le tiers ; l'étendue minimum de pouvoir du conseil d'administration ; les règles de convocation de ce conseil... (sur ces différents points voir fiche 4.2.4 Nomination des dirigeants des établissements publics et des entreprises publiques)

Dans les autres établissements publics, la composition du conseil d'administration est variable. On y trouve habituellement :

- des membres de droit, essentiellement les représentants des différents ministères intéressés ;

- des membres nommés en raison de leur compétence ou en tant que représentants de grandes institutions de l'État ;
- des membres désignés par des instances autonomes de l'administration ou des membres élus, en particulier des représentants du personnel. Les membres nommés le sont le plus souvent par arrêté du ou des ministres de tutelle. La durée du mandat est habituellement fixée à 3 ans renouvelable, mais elle peut être allongée à 4 ou 5 ans.

Si la participation de parlementaires est estimée nécessaire, ce qui doit rester un cas exceptionnel dans un organisme placé sous la tutelle du pouvoir exécutif, il y a lieu, en principe, de prévoir un nombre égal de députés et de sénateurs. S'agissant de leur mode de désignation, il est d'usage de laisser le soin à l'assemblée parlementaire à laquelle ils appartiennent respectivement de définir les modalités de leur désignation. Dans une telle hypothèse, il suffit de mentionner dans la liste des membres « un député et un sénateur », sans autre précision. Il existe toutefois des précédents prévoyant une désignation par le président de l'assemblée.

En cas de remplacement d'un membre défaillant ou démissionnaire, il faut prévoir une disposition expresse pour limiter le mandat du nouveau membre à la durée du mandat restant à courir.

Il est souhaitable de préciser que les personnes désignées en raison du mandat électif qu'elle détienne (national ou local) voient leurs fonctions prendre fin au terme de ce mandat.

Exemple de rédaction pour la composition du conseil d'administration d'un établissement public administratif : « *L'établissement est administré par un conseil d'administration qui comprend, outre le président :*

1°) x membres de droit :

- a) le directeur de ... au ministère chargé de la culture ou son représentant ;*
- b) le directeur du budget ou son représentant ;*
- c) ...*

2°) x personnalités désignées en raison de leurs compétences en matière de... par arrêté du ministre chargé de ..., dont x sur proposition du ministre chargé de ...

3°) x représentants du personnel de l'établissement, élus dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de ... »

Il est d'usage de préciser en outre que « Le directeur de l'établissement, le membre du corps du contrôle général économique et financier ou son représentant, l'agent comptable ainsi que toute personne dont la présence est jugée utile par le président assistent aux séances avec voix consultative ».

Il est recommandé de préciser, par un article particulier, que le mandat des membres du conseil d'administration est gratuit, sous réserve du remboursement des frais de déplacement et de séjour, dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux fonctionnaires civils de l'État (décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006).

En ce qui concerne ses attributions, le conseil d'administration dispose d'une compétence générale d'orientation et de gestion de l'établissement, mais il est d'usage d'énumérer ses principales attributions, en faisant précéder la liste d'un « notamment ». A titre de référence, on trouve souvent la liste suivante (pour un établissement public à caractère industriel et commercial) :

- 1. les conditions générales d'organisation et de fonctionnement de l'établissement;*
- 2. les projets de contrats d'objectifs avec l'État ;*
- 3. les programmes généraux d'activité et d'investissement ;*
- 4. les programmes de contribution aux recherches et les subventions ;*

5. le rapport annuel d'activité ;
6. l'état annuel des prévisions de recettes et de dépenses et ses modifications ;
7. le bilan annuel, le compte de résultat et les propositions relatives à la fixation et l'affectation des bénéficiaires et la constitution de réserves ;
8. la conclusion d'emprunts à moyen et long termes ;
9. la création de filiales et les prises, extensions ou cessions de participations financières ;
10. l'octroi d'avances à des organismes ou sociétés ayant pour objet de contribuer à l'exécution des missions de l'établissement ;
11. l'acquisition ou l'aliénation des biens immobiliers ;
12. l'octroi d'hypothèques, de cautions ou d'autres garanties ;
13. la création ou l'acquisition de tous établissements commerciaux ou industriels et la fermeture de ces établissements ;
14. les conditions générales de recrutement, d'emploi et de rémunération du personnel ;
15. la participation à des organismes dotés de la personnalité morale ;
16. les actions en justice et les transactions ;
17. l'acceptation ou le refus des dons et legs .

En ce qui concerne les transactions, on rappellera que l'article 2045 du code civil ne permet aux établissements publics de ne transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre. Si l'on entend que l'établissement public puisse transiger, il y a donc lieu de le prévoir dans les statuts. La mention parmi les compétences du conseil d'administration du pouvoir de transiger y suffit.

Les statuts de l'établissement peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer au président ou au directeur général ou directeur, dans les limites qu'il détermine, certaines de ses attributions, telles que l'octroi d'avances, l'acquisition et l'aliénation de biens, l'octroi d'hypothèques, les actions en justice ou l'acceptation des dons et legs, sous la seule réserve de prévoir que le président rend compte lors de la prochaine séance du conseil d'administration, des décisions qu'il a prises en vertu de cette délégation.

Les conditions de fonctionnement du conseil d'administration doivent être très strictement prévues pour ce qui est de la périodicité des réunions, des règles de convocation et les modalités d'adoption des délibérations.

Il est le plus souvent prévu trois à quatre réunions par an au moins sur convocation du président ainsi que des convocations possibles à l'initiative du ministre chargé de la tutelle ou de la majorité des membres du conseil. D'où la rédaction courante : « *Le conseil d'administration se réunit, sur convocation de son président, aussi souvent que la bonne marche de l'établissement l'exige et au minimum quatre fois par an. La convocation est de droit si elle est demandée par le ministre de tutelle (ou un des ministres de tutelle) ou par la moitié au moins des membres sur un ordre du jour déterminé* ». Dans les établissements publics à caractère industriel et commercial, l'article 8 de la loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public permet au tiers au moins des membres du conseil, en indiquant l'ordre du jour de la séance, de convoquer le conseil si celui-ci n'est pas réuni depuis plus de deux mois ; il est souhaitable de reprendre cette disposition dans l'article correspondant du texte.

La règle habituelle d'adoption des délibérations est celle de la majorité simple, avec exigence d'un quorum égal à la moitié au moins des membres. Si du fait de l'importance de l'objet sur lequel elle porte, l'adoption d'une délibération doit être entourée de garanties particulières, il convient de la rechercher au travers du pouvoir de tutelle exercé, dans l'intérêt général, par les ministres

responsables et non par une disposition prévoyant une majorité qualifiée.

D'où la rédaction courante : « *Le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la moitié au moins de ses membres est présente. Si le quorum n'est pas atteint, le conseil est à nouveau convoqué sur le même ordre du jour dans un délai de quinze jours. Il délibère alors valablement quel que soit le nombre de membres présents / Les délibérations du conseil sont adoptées à la majorité des membres [présents ou représentés]. En cas de partage égal des voix, celle du président de séance est prépondérante / Il est établi un procès-verbal de chaque séance du conseil d'administration, signé par le président de séance et par le secrétaire. Le procès-verbal est adressé sans délai au ministre exerçant la tutelle de l'établissement* ».

Il est important de définir précisément le régime de suppléance ou de représentation : en l'absence de dispositions expresses, seuls les membres désignés pourront siéger et aucun mandat ne pourra être valablement donné. Habituellement, les représentants de l'administration sont désignés ès qualités et peuvent se faire représenter par un collaborateur, grâce à la formule « le directeur de... ou son représentant ». Les représentants des salariés ont des suppléants élus dans les mêmes conditions qu'eux. Quant aux personnalités qualifiées, elles sont désignées *intuitu personae*, de sorte qu'il ne leur est généralement pas permis de se faire représenter. Quel que soit le système retenu, on évitera, pour une même catégorie de membres, d'ajouter une possibilité de suppléance ou de représentation et une possibilité de donner mandat à un autre membre du conseil d'administration.

Il y a lieu également de préciser le régime d'entrée en vigueur des délibérations qui peut varier selon la nature de celles-ci ; on trouve le plus souvent une distinction selon le schéma suivant :

- des décisions qui ne deviennent exécutoires qu'à l'expiration d'un délai préfixé (par exemple 1 mois) après leur transmission au ministère de tutelle et, le plus souvent également, au ministère chargé du budget, si aucun d'entre eux n'y a fait opposition dans ce délai ;
- d'autres qui appellent une approbation en bonne et due forme des mêmes ministres ;
- le reste des décisions qui deviennent exécutoires de plein droit si une décision contraire de l'autorité de tutelle n'a pas été notifiée à l'établissement dans un délai à déterminer (habituellement 15 jours) à compter de leur réception par cette autorité.

Exemple : « *Les décisions et délibérations du conseil d'administration portant sur les objets mentionnés aux 1,3,9... de l'article x ci-dessus deviennent exécutoires de plein droit un mois après leur réception par les ministres exerçant la tutelle de l'établissement et le ministre chargé du budget si aucun d'entre eux n'y a fait opposition dans ce délai.*

Ces mêmes décisions et délibérations sont transmises au commissaire du Gouvernement et à l'autorité chargée du contrôle financier (pour un EPA ; « économique et financier » pour un EPIC) de l'État.

Les cessions, prises ou extensions de participations financières doivent être approuvées par un arrêté conjoint des ministres exerçant la tutelle de l'établissement et du ministre chargé du budget.

Sans préjudice des dispositions des deux derniers alinéas de l'article x, les autres délibérations ou décisions deviennent de plein droit exécutoires si une décision contraire de l'un des ministres exerçant la tutelle de l'établissement n'a pas été notifiée au président du conseil d'administration dans le délai de quinze jours courant à compter de leur réception par lesdits ministres ».

Il est à noter qu'en ce qui concerne les décisions financières (budget ou état prévisionnel de recettes et de dépenses (EPRD), décisions modificatives, comptes annuels), le décret n° 99-575 du 8 juillet 1999 fixe le principe d'une approbation tacite les rendant exécutoires à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la réception par les autorités de tutelle, sauf opposition de leur

part notifiée pendant ce délai. Le délai est suspendu en cas de demande par écrit d'informations ou documents complémentaires. Les dispositions réglementaires propres à un établissement peuvent prévoir un délai d'approbation tacite plus court, ou au contraire un dispositif d'approbation expresse.

Il convient de veiller à ce que le régime d'approbation des délibérations ne porte pas atteinte au principe d'autonomie qui régit les établissements publics, en particulier pour ce qui est des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel régis par le code de l'éducation.

b) La direction

Elle est normalement confiée à un directeur ou directeur général. Il est cependant possible de prévoir le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur. Toutefois, si une telle orientation est adoptée, elle peut s'accompagner de dispositions étendant les prérogatives dévolues au conseil d'administration ou destinées à leur conférer un caractère effectif. Cela peut en particulier conduire à prévoir une convocation de droit de ce conseil si elle est demandée par une partie significative de ses membres (par exemple la moitié) et à préciser de façon renforcée les pouvoirs du conseil d'administration.

Des solutions mixtes peuvent être envisagées, dans lesquelles les pouvoirs exécutifs sont répartis entre le président du conseil d'administration et un directeur général : on peut se référer à cet égard, au Muséum d'histoire naturelle ou à l'Institut national de recherches archéologiques préventives : le président peut être chargé « *d'assumer et de coordonner la réflexion* » conduisant à la définition de la politique générale de l'établissement et de ses relations avec les organismes nationaux ou étrangers intervenant dans les mêmes domaines d'activité ; il peut être chargé, par dérogation aux dispositions du décret n°82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires (CTP) de présider le CTP de l'établissement ; tandis que le directeur général assume la direction effective de l'établissement, notamment en étant l'ordonnateur des recettes et dépenses et le gestionnaire du personnel.

c) Les conditions de nomination de ces organes dirigeants et la durée de leurs fonctions

Elles sont étroitement encadrées (article 13 de la Constitution et textes pris pour son application, d'une part et décret n°79-153 du 26 février 1979 relatif à la durée des fonctions des présidents et de certains dirigeants des établissements publics de l'État, des entreprises nationalisées et sociétés nationales et certains organismes publics, d'autre part). Pour ce qui est de la nomination, il résulte des termes mêmes de l'article 13 de la Constitution que, sous réserve d'une délégation de son pouvoir par le Président de la République, elle relève de ce dernier. Le décret constitutif peut dès lors se borner à indiquer que la nomination interviendra par décret : cela signifie nécessairement décret du Président de la République.

Si, en raison de l'importance de l'établissement on entend que la nomination soit prononcée par décret en conseil des ministres, il convient, en principe, de compléter la liste des emplois ainsi pourvus annexée au décret n° 59-587 du 29 avril 1959 pris en application de l'article 1^{er} de l'ordonnance organique n° 58-1136 du 28 novembre 1958, qui est un décret en conseil des ministres. Il est également possible de le prévoir par une disposition du décret portant statut de l'établissement public, à condition de soumettre celui-ci au conseil des ministres ; il conviendra alors, pour éviter l'effet « cliquet » qui en résulte, d'introduire dans le décret un article permettant la modification ultérieure du texte, à l'exception de la disposition relative au mode de nomination du dirigeant en cause, par décret non délibéré en conseil des ministres (pour un exemple, voir les articles 16 et 25 du décret n° 2004-1232 du 20 novembre 2004 fixant le statut du Théâtre national de l'Opéra-comique).

Il doit être précisé, dans l'article fixant les conditions de nomination du président et du directeur, sur la proposition de quel ministre cette nomination par décret intervient ; c'est normalement celle du (ou des) seul(s) ministre(s) de tutelle.

D'où la formule : « *Le président, le directeur... est nommé par décret pris sur le rapport du (des) ministre(s)* ».

Une nomination par arrêté ministériel est également possible, pour les établissements moins importants, en vertu des dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958.

Pour ce qui est de la durée des fonctions, elle est limitée pour l'ensemble des établissements publics de l'Etat, qu'ils aient ou non un caractère industriel et commercial, par le décret n° 79-153 du 26 février 1979, décret délibéré en Conseil d'Etat et en conseil des ministres, de sorte qu'une dérogation nécessite un texte du même niveau. Le dispositif en est le suivant :

- pour le président de l'organe délibérant, le mandat est de trois ans au plus ;
- pour le directeur ou celui, quel que soit son titre, qui exerce des fonctions équivalentes, il existe deux possibilités : mandat à durée indéterminée ou mandat de trois ans au plus.

Toutefois, dans les établissements publics à caractère industriel et commercial relevant de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, le président du conseil d'administration est nommé pour la durée de son mandat d'administrateur, c'est-à-dire cinq ans (article 1^{er} du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994).

La limite d'âge pour l'exercice des fonctions de président du conseil d'administration, de directeur général ou directeur s'établit à 65 ans, quelle que soit leur « origine » (fonctionnaires, personnalités qualifiées, professionnels du secteur, élus nationaux ou locaux) en application de l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public. Toutefois, cet article dans sa rédaction issue de l'article 7 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, ouvre la possibilité de fixer, même au niveau réglementaire, une limite d'âge supérieure à 65 ans dans les statuts de l'établissement public. Par ailleurs, les fonctionnaires ou magistrats dont la limite d'âge est fixée à soixante-huit ans en application de l'article 1er de la loi du 13 septembre 1984 continuent à présider, jusqu'à ce qu'ils atteignent cette limite, les établissements publics dont la présidence leur revient de droit selon les statuts.

Pour les agents publics placés hors de leur corps d'origine afin d'occuper ces fonctions, la limite d'âge propre à leur corps d'origine ne trouve pas à s'appliquer, la radiation des cadres étant alors différée jusqu'à la cessation de ces mêmes fonctions.

Enfin, les règles relatives à la limite d'âge ne font pas obstacle à ce que les présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'État soient maintenus en fonction, au-delà de cette limite, pour continuer à les exercer à titre intérimaire. Cette faculté ne doit évidemment être exercée que lorsque les circonstances le justifient et pour une durée limitée.

d) Les pouvoirs du responsable exécutif

Ils doivent eux aussi être énumérés le plus complètement possible ; en mentionnant au moins les principaux pouvoirs suivants :

- il exerce la direction générale de l'établissement public ;
- il prépare les délibérations du conseil d'administration et s'assure de leur exécution ;
- il assure le fonctionnement des services de l'établissement ; il a sous son autorité le personnel qu'il engage, nomme et licencie ; il est ordonnateur des recettes et des dépenses ;
- il représente l'établissement dans tous les actes de la vie civile et dans ses rapports avec les tiers ;
- il peut déléguer sa signature ; il peut déléguer une partie de ses pouvoirs à un directeur

délégué ou à d'autres agents de l'établissement désignés dans le décret statutaire.

L'attention doit être particulièrement appelée sur la nécessité de préciser dans les statuts de l'établissement les règles internes de compétence pour la préparation et la passation des marchés. Le nouveau code des marchés publics applicable depuis le 1er septembre 2006 regarde comme des "pouvoirs adjudicateurs" relevant de son champ d'application les établissements publics locaux des collectivités territoriales ainsi que les établissements publics de l'État "autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial". Il réserve implicitement aux règles internes régissant chacun des pouvoirs adjudicateurs le soin de définir les autorités appelées à passer les marchés et fait disparaître, par voie de conséquence, la notion antérieure de "personne responsable du marché" (PRM). Dès lors, il convient de déterminer dans les règles statutaires quelles sont les règles de répartition des compétences au sein de l'établissement en matière de des marchés (autorité compétente pour engager l'établissement; éventuelle autorisation préalable du conseil d'administration au-delà de certains seuils). Il est également utile de préciser les possibilités de délégation qui peuvent être aménagées en la matière.

Il est enfin très utile de prévoir des règles de suppléance en cas d'absence ou d'empêchement du dirigeant exécutif ou lorsque son pose est momentanément vacant.

Exemple de rédaction :

« Le directeur est assisté d'un directeur adjoint (ou d'un secrétaire général) qui le supplée en cas d'absence ou d'empêchement ».

2°) Les structures de l'établissement et le personnel.

a) L'organisation interne de l'établissement public

Elle est normalement déterminée par le conseil d'administration.

Toutefois, si l'on souhaite que des conseils d'orientation, scientifiques ou d'experts interviennent auprès des organes dirigeants, pour émettre des propositions ou de formuler des avis sur la politique de l'établissement, il est préférable de le prévoir dans le décret. Ceci est nécessaire si une loi le prévoit expressément. Ainsi la loi n°82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, dont les dispositions ont été reprises par le code de la recherche pour ce qui est des établissements publics à caractère scientifique et technologique, prévoit, en son article 16, que lesdits établissements *« comportent un conseil scientifique et des instances d'évaluation qui comprennent notamment des représentants élus du personnel »*. Ces dispositions imposent donc au décret portant statut d'un établissement déterminé de créer de telles instances. Elles ne font toutefois pas obstacle à ce que ce décret habilite le conseil d'administration à définir les modalités selon lesquelles un comité d'évaluation se composant de personnalités scientifiques extérieures à l'établissement évalue au moins tous les quatre ans les activités de celui-ci.

b) Le personnel

Il n'y a pas lieu en principe de prévoir des dispositions particulières. Les établissements publics sont soumis aux dispositions générales prévues respectivement, pour ce qui est des établissements à caractère administratif, par le statut général des fonctionnaires et, pour ce qui est des établissements à caractère industriel et commercial, par le code du travail. S'il y a lieu de déroger pour partie à ces dispositions, il convient de recourir à la loi.

On notera que s'il s'agit seulement, pour un établissement public administratif, de déroger à l'obligation née de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, de ne confier les emplois permanents qu'à des fonctionnaires en autorisant le recrutement d'agents contractuels en dehors des quelques possibilités ouvertes par ailleurs par la loi du 11 janvier 1984 (emplois saisonniers, absence de corps de fonctionnaires, ou lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient...), il n'est pas indispensable de

passer par la loi. Le 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 permet le recrutement dérogatoire de contractuels, y compris à durée indéterminée, pour « *les emplois ou catégories d'emplois de certains établissements publics figurant, en raison du caractère particulier de leurs missions, sur une liste établie par décret en Conseil d'État après avis du conseil supérieur de la fonction publique* ». Sur cette base a été pris le décret n°84-38 du 18 janvier 1984 « *fixant la liste des établissements publics de l'État à caractère administratif prévue au 2° de l'article 3 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984* ». Ce décret se borne, en un article, à renvoyer à une annexe la liste des établissements en cause, avec pour chaque établissement, en regard, les emplois qui peuvent donc être occupés par des contractuels ; ce peuvent être tous les emplois ou des catégories limitatives. Il y a donc lieu, pour l'administration qui souhaite qu'un de ses établissements dispose d'une plus grande possibilité de recrutement de contractuels, d'élaborer un projet de décret, qui se bornera à indiquer que la liste annexée au décret n°84-38 du 18 janvier 1984 est complétée ainsi qu'il suit : « *Établissement x, emploi de tel type ou catégorie d'emplois* ». Le projet de décret devra être soumis au CTP de l'établissement et au conseil supérieur de la fonction publique de l'État.

3°) Régime financier

Le régime financier et comptable est évidemment essentiel. Il découle du choix effectué quant au caractère administratif ou industriel et commercial de l'établissement. Ce régime est fixé par les articles 151 à 189 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique et par le décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953 s'agissant des établissements publics à caractère administratif et par les articles 151 à 153 et 190 à 225 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 s'agissant des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Il y a lieu toutefois de préciser le régime financier et comptable dans le décret constitutif, qui peut le cas échéant déroger au décret du 29 décembre 1962 de façon à apporter à l'établissement des souplesses de gestion adaptées à ses caractéristiques propres. Ainsi, pour les établissements publics à caractère industriel et commercial, le choix peut être fait de ne pas les soumettre à la comptabilité publique.

Il convient de mentionner également que l'établissement est soumis au contrôle de l'État, en application du décret n° 2005-757 du 4 juillet 2005 pour ce qui est des établissements publics administratifs, et en application du décret n° 53-707 du 9 août 1953, complété par le décret n° 55-733 du 26 mai 1955, pour ce qui est des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Un article doit traiter des modalités de placement de fonds disponibles. Il est habituellement indiqué que « *l'établissement est autorisé à placer ses fonds disponibles dans des conditions fixées par le ministre chargé des finances* ».

Deux articles doivent être consacrés l'un aux ressources de l'établissement, l'autre à ses dépenses, énumérant en détail ces ressources (crédits budgétaires, subventions, produits d'emprunts, rémunération des services rendus, ressources de caractère fiscal, sous réserve que ces ressources soient prévues et affectés à l'établissement par une loi, produits d'exploitation, dons et legs...) et ces dépenses (frais de personnel, frais de fonctionnement et d'équipement, achats, impôts...).

Si l'on estime que l'établissement public doit pouvoir bénéficier de la création de régies de recettes et de régies d'avances, il y a lieu de le prévoir expressément, en se référant au décret n° 92-681 du 20 juillet 1992 relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics.

Rédactions types :

- Pour les établissements publics administratifs.

Art. a – *L'établissement est soumis au régime financier et comptable applicable aux*

établissements publics nationaux à caractère administratif, défini par les articles 151 à 189 du décret n°62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique et par le décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953.

Art. b – *L'établissement est soumis au contrôle financier prévu par le décret du 4 juillet 2005 relatif au contrôle financier au sein des établissements administratifs de l'État.*

Les modalités de ce contrôle sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre chargé de...

Art. c – *L'agent comptable de l'établissement est nommé par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre chargé de...*

Art. d – *Les recettes de l'établissement comprennent :*

1° Les subventions de l'État, des collectivités publiques ou d'organismes publics ou privés et les recettes de mécénat ;

2° Les produits des contrats et des conventions ;

3° Le produit de la vente de publications et documents sur quelque support que ce soit ;

4° Le produit des cessions et participations ;

5° Les revenus des biens meubles et immeubles ;

6° Les dons et legs ;

7° Le produit financier des résultats du placement de ses fonds ;

8° Le produit des aliénations ;

9° D'une manière générale, toutes les recettes autorisées par les lois et règlements.

Art. e – *Les dépenses de l'établissement comprennent les frais de personnel qui ne sont pas pris en charge par l'Etat, les frais de fonctionnement et d'équipement et, d'une manière générale, toutes dépenses nécessaires à l'activité de l'établissement.*

Art. f – *Il peut être institué dans l'établissement des régies de recettes et des régies d'avances dans les conditions prévues par le décret du 20 juillet 1992 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics.*

- Pour les établissements publics industriels et commerciaux.

Art. a – *L'établissement est soumis au régime financier et comptable défini par les articles 151 à 153 et 190 à 225 du décret du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique ainsi qu'au contrôle économique et financier de l'État tel que défini par le décret du 9 août 1953 et le décret du 26 mai 1955. Les attributions de l'autorité chargée du contrôle économique et financier et les modalités d'exercice de son contrôle sont précisées en tant que de besoin par arrêté conjoint du ministre chargé de... et du ministre chargé du budget.*

L'agent comptable est nommé par arrêté du ministre chargé du budget.

Art. b – *L'état prévisionnel de recettes et de dépenses de l'établissement s'exécute par année du 1^{er} janvier au 31 décembre.*

Art. c – *Il peut être institué dans l'établissement des régies de recettes et des régies d'avances dans les conditions prévues par le décret du 20 juillet 1992 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics.*

Art. d – *Les ressources de l'établissement comprennent :*

1° Les subventions de l'État, des collectivités territoriales et de toutes autres personnes publiques et privées ;

2° *Le produit des opérations commerciales ;*

3° *Les dons et legs ;*

4° *Le revenu des biens meubles et immeubles ;*

5° *Le produit des placements ;*

6° *Le produit des aliénations ;*

7° *D'une manière générale, toute autre recette provenant de l'exercice de ses activités.*

L'établissement est autorisé à placer ses fonds disponibles dans les conditions fixées par le ministre chargé des finances.

Art. e – *Les dépenses de l'établissement comprennent :*

1° *Les frais de personnel ;*

2° *Les frais de fonctionnement ;*

3° *Les dépenses d'acquisition de biens mobiliers et immobiliers ;*

4° *De façon générale, toutes les dépenses nécessaires à l'accomplissement de ses missions.*

4°) Dispositions diverses et transitoires

Ce titre permet de régler les difficultés pratiques qui accompagnent la création d'un établissement public, ne serait-ce que parce qu'il est rare qu'un établissement soit créé *ex nihilo* ; il prend souvent la suite de services de l'Etat ou d'organismes ou établissements chargés pour partie des mêmes missions et il convient de régler notamment les questions de reprise d'activités, de biens et de personnel.

- pour ce qui est des biens, des articles doivent régler la question des immeubles et biens mobiliers pour prévoir que les immeubles appartenant à l'Etat et affectés à l'exercice des missions confiées au nouvel établissement, lui sont attribués à titre de dotation et que les biens mobiliers de l'Etat nécessaires à l'exercice des missions lui soient transférés à titre gratuit et en toute propriété. Il est souhaitable de prévoir des conventions précisant les conditions de ce transfert.

- pour ce qui est des personnels, un article doit régler les conditions de reprise par l'établissement des personnels relevant des entités dont l'activité est reprise par lui, dans le respect des dispositions de l'article L122-12 du code du travail et de la directive n°98-50 CE du 29 juin 1998, qui sont applicables même en cas de transferts d'activités d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public.

Plus généralement, il doit être prévu que le nouvel établissement est substitué aux personnes morales dont il reprend l'activité dans les droits et obligations résultant des contrats passés par ces personnes pour l'accomplissement des missions qui lui sont attribuées.

La dissolution d'un établissement public

La dissolution d'un établissement public doit être opérée par un acte de la même nature que celui par lequel l'établissement a été créé. Un exemple récent est fourni par le décret n° 2005-1559 du 14 décembre 2005 portant dissolution de l'Entreprise minière et chimique.

- L'acte de dissolution doit préciser :

*la date de la dissolution et de la mise en liquidation : « *L'établissement public x est dissous et mis en liquidation à compter du* ».

*les modalités de la dissolution : autorité compétente pour nommer le liquidateur, délai

conféré à celui-ci tant pour mener à bonne fin les « opérations engagées par l'établissement avant sa liquidation » que pour « pourvoir à la liquidation des créances et des dettes » et le cas échéant « au transfert des biens immobiliers, propriété de l'établissement » et « à la cession des autres éléments d'actifs et des droits et obligations y afférents ».

*les pouvoirs du liquidateur : « il est investi de l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'exercice de la mission. Il est l'ordonnateur des recettes et des dépenses. Il peut agir en justice et conclure des transactions ».

*le régime financier et comptable et le régime du contrôle. « Pendant la période de liquidation, le régime financier et comptable applicable à l'établissement est maintenu en vigueur. Le contrôle économique et financier de l'État continue à s'exercer dans les conditions fixées par le décret du 26 mai 1955 [pour un EPIC]. L'agent comptable demeure en fonction dans les mêmes conditions que précédemment ».

*les conditions d'établissement du compte de clôture et d'affectation du solde de ce compte : « A la fin de la période de liquidation, le liquidateur établit, à l'appui du compte de clôture de liquidation, un compte rendu de la gestion. L'ensemble de ce compte est soumis à l'approbation, par arrêté, de (telle autorité administrative). Le solde de ce compte est affecté à ou réparti dans les conditions suivantes... ».

S'agissant de cette dévolution du solde de liquidation, le principe est celui de la dévolution à la collectivité de rattachement.

Les indications qui précèdent ne valent pas dans l'hypothèse, qui n'est pas rare, où l'établissement supprimé est fusionné avec un autre établissement pour en constituer un troisième, repris par un établissement public existant ou transformé en société. En pareil cas, la suppression ne se traduit en effet pas par une liquidation.

Règles de consultation

La création, la transformation ou la suppression d'un établissement public de l'État constituent des mesures d'organisation du service.

A ce titre, elles doivent intervenir dans le respect des procédures consultatives prévues par l'article 15 de la [loi n° 84-16](#) du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

En cas de création d'un établissement public, il résulte de ces textes que si les missions confiées à l'établissement public affectent les attributions relevant d'un service donné ou d'une direction d'administration centrale donnée, il y a lieu de consulter le CTP central du service ou de la direction. Il en est de même si elles affectent les attributions d'un autre établissement public ne présentant pas le caractère industriel et commercial, a fortiori s'il est procédé à la dissolution pure et simple de cet établissement ; il y a lieu de consulter le CTP de l'établissement public. Si plusieurs établissements se trouvent affectés, le CTP de chacun des établissements doit être consulté (26 mai 1995, Syndicat général des affaires culturelles CFDT et syndicat affaires culturelles CGT).

La question de la nécessité de consulter le CTP du ministère qui a en charge le service public dont la gestion est confiée à l'établissement public est plus incertaine du fait du hiatus existant entre l'obligation de consultation posée par la loi et par le décret, qui présente un caractère général, dès lors qu'il est touché « à l'organisation et au fonctionnement des services » et les compétences dévolues aux différentes catégories de CTP, qui ne paraissent pas couvrir toutes les hypothèses possibles, le CTP ministériel n'ayant ainsi en principe à connaître que des mesures intéressant l'ensemble des services centraux et déconcentrés.

La question n'a pas été expressément tranchée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Dans ces conditions, il paraît plus prudent de consulter en toutes hypothèses le CTPM, en cas de création d'un établissement public, sans préjudice de l'éventuelle consultation d'autres CTP, dans les hypothèses précédemment évoquées ; ainsi lors de la création des établissements publics des musées Orsay et Guimet, lors de la création de l'établissement public du Palais de Justice de Paris ou lors de l'érection en établissement public du Théâtre national de l'Opéra-comique, jusque là géré par une association.

Une fois l'établissement public créé, en cas de transformation de celui-ci, il y a lieu, dès lors que cet établissement ne présente pas un caractère industriel ou commercial et se trouve donc astreint à l'obligation d'instituer un CTP en son sein, de consulter ledit CTP. La circonstance qu'un établissement n'a pas constitué de CTP ne peut être considérée comme une circonstance exonérant le Gouvernement d'une consultation rendue obligatoire par la loi.

La dissolution de l'établissement public ne présentant pas un caractère industriel et commercial doit également être précédée de la consultation du CTP de l'établissement.

Annexe

Liste des principaux textes comportant des dispositions de portée générale applicables aux établissements publics de l'État et à leurs dirigeants

- 1) Code électoral, article LO 145 (incompatibilités) ;
- 2) Code civil, articles 2045 (transaction) et 2060 (compromis);
- 3) Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État et décret n° 59-587 du 29 avril 1959 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales ;
- 4) Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (notamment son article 2) et loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État (notamment ses articles 2 et 3) ;
- 5) Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et décret n° 83-1160 du 26 décembre 1983 pris pour son application ;
- 6) loi n°84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (article 30, relatif à la désignation des commissaires aux comptes) et décret n° 85-295 du 1er mars 1985 pris pour son application (articles 33 à 35) ;
- 7) Loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public (article 7);
- 8) loi n°85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques (article 13, relatif à l'établissement et à la publication des comptes consolidés) et décret n° 86-221 du 17 février 1986 pris pour son application (article 13) ;
- 9) Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (article 2) et décret n° 96-762 du 1er septembre 1996 pris pour son application en ce qui concerne l'obligation de déclaration de situation patrimoniale applicable aux titulaires de certaines fonctions ;
- 10) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (article 140 relatif aux contrats d'entreprise pluriannuels ;
- 11) Loi de finances rectificative pour 2001 (n° 2001-1276 du 28 décembre 2001) (article 79, relatif aux dividendes dus par les établissements publics industriels et commerciaux) ;
- 12) Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière (article 130 relatif aux cumuls de mandat des dirigeants) ;

- 13) Ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ;
- 14) Décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social ;
- 15) Décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953 relatif à la réglementation comptable applicable aux établissements publics nationaux à caractère administratif ;
- 16) Décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'État ;
- 17) Décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique (notamment ses articles 151 à 225) ;
- 18) Décret n° 79-153 du 26 février 1979 relatif à la durée des fonctions des présidents et de certains dirigeants des établissements publics d'État, des entreprises nationalisées et sociétés nationales et de certains organismes publics ;
- 19) Décret n° 86-416 du 12 mars 1986 fixant les conditions et modalités de prise en charge par l'État des frais de voyage et de changement de résidence à l'étranger des agents civils de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif ;
- 20) Décret n° 87-948 du 26 novembre 1987 déterminant les établissements publics et entreprises publiques soumis aux dispositions du code du travail concernant la participation des salariés aux résultats de l'entreprise
- 21) [Décret n° 92-681](#) du 20 juillet 1992 relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics ;
- 22) [Décret n° 94-582](#) du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics et entreprises du secteur public ;
- 23) Décret n° 99-575 du 8 juillet 1999 relatif aux modalités d'approbation de certaines décisions financières des établissements publics de l'État;
- 24) Décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002 pris pour l'application de l'article 2060 du code civil, autorisant des établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre ;
- 25) Décret n° 2005-757 du 4 juillet 2005 relatif au contrôle financier au sein des établissements publics administratifs de l'État.
- 26) Décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements temporaires des personnels civils de l'État.