

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'archéologie 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).