

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale

Séance du 25 octobre 2018

Section de l'administration

N° 395974

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS

Avis
sur la proposition de loi
portant création d'une Agence nationale de la cohésion des territoires

1. Saisi par le président du Sénat, sur le fondement du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution et de l'article 4 *bis* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, de la proposition de loi n° 2 portant création d'une agence nationale de cohésion des territoires, présentée par Monsieur Jean-Claude Requier, sénateur, le Conseil d'Etat, après avoir examiné l'ensemble des articles de cette proposition, présente les observations et suggestions qui suivent.

2. L'exposé des motifs indique que la création de l'Agence nationale de la cohésion des territoires (ANCT) répond à la nécessité, dans la droite ligne des discours du Président de la République devant l'ensemble des représentants des élus locaux le 17 juillet 2017 au Sénat et devant le congrès des maires de France le 24 novembre 2017, de réformer « l'organisation par l'Etat de son action locale ».

L'agence projetée, créée sous la forme d'un établissement public de l'Etat dont l'action s'étendra à l'ensemble du territoire national, vise à améliorer la coordination de l'action de l'Etat et de ses établissements publics nationaux au profit des collectivités territoriales. Le but est de parvenir à ce que les services de l'Etat se mettent davantage au service des collectivités territoriales pour faciliter la réalisation de leurs projets, en leur apportant une réponse et un soutien coordonnés, adaptés et différenciés, dans une logique partenariale et souple. A cette fin, la proposition de loi réforme l'organisation de certains services et établissement de l'Etat, en regroupant tout ou partie de leurs missions au sein de cette nouvelle agence.

Ainsi, l'agence exercera une partie des missions du Commissariat général à l'égalité des territoires, direction d'administration centrale créée en 2014, celles consistant à mettre en œuvre la politique nationale en matière de cohésion des territoires et à assurer sa coordination. L'agence reprendra également les missions d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux des quartiers prioritaires pour la politique de la ville actuellement assurées par l'Etablissement public national pour l'aménagement et la restructuration des espaces commerciaux et artisanaux (EPARECA) qui sera supprimé. Elle aura aussi pour mission de susciter, animer et accompagner les projets et initiatives numériques dans les territoires quels qu'en soient les initiateurs et intégrera une partie importante de l'Agence du numérique, qui est un service à compétence nationale. La proposition prévoit en conséquence le transfert des agents exerçant les missions de ce service.

Si l'activité dominante de cette agence revêtira ainsi un caractère administratif, elle inclura aussi des missions à caractère industriel et commercial qui sont celles aujourd'hui exercées par

l'EPARECA. La proposition de loi prévoit en conséquence que l'agence pourra employer des agents de droit public et des salariés soumis au droit du travail et définit des catégories de ressources en rapport avec ce caractère hybride.

Dotée d'un conseil d'administration, elle sera dirigée par un directeur général et aura pour délégués territoriaux les représentants de l'Etat.

Remarques générales

3. De nombreuses particularités de cet établissement public justifient que la loi intervienne pour créer cette agence, même si ce faisant, elle ne créera pas une nouvelle catégorie d'établissement public.

A titre liminaire, le Conseil d'Etat observe que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur la compétence pour fixer les règles relatives à « *la création de catégories d'établissements publics* ». Selon une analyse constante, doivent être regardés comme entrant dans une même catégorie les établissements publics dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue (décision n° 79-108 L du 25 juillet 1979 concernant l'ANPE). Le législateur est alors seul compétent pour définir les règles constitutives d'une nouvelle catégorie d'établissements publics (décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 sur les établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel). Cette décision précise qu'au nombre de ces règles figurent « la détermination et le rôle de leurs organes de direction et d'administration, les conditions de leur élection ou de leur désignation, la détermination des catégories de personnes représentées au sein des conseils des établissements, celle des catégories de ressources dont peuvent bénéficier ces établissements, la nature et les fonctions des composantes internes ainsi que les conditions de désignation ou d'élection de leurs organes de direction et d'administration dès lors que ces composantes sont dotées de compétences qui leur sont propres ». Il en résulte que seule une loi peut créer un établissement public dont les règles constitutives s'écartent de celles des établissements publics relevant de la même catégorie (Conseil d'Etat, rapport public 2018 – Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017, p. 295).

Le Conseil d'Etat estime que ce nouvel établissement public, créé en vue d'apporter un soutien aux projets des collectivités territoriales et acteurs locaux et de contribuer ainsi à l'aménagement et la cohésion des territoires, ne relève pas d'une nouvelle catégorie d'établissements publics dès lors qu'il existe déjà d'autres établissements créés par la loi, tels que l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU) ou le Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CéREMA), ayant cet objet. Il prend note, à cet égard, que si l'agence prendra la suite du Commissariat général à l'égalité des territoires, les transferts de compétence n'incluent pas les prérogatives qui sont le propre d'une direction d'administration centrale telles que la conception d'une politique ou la tutelle sur des établissements.

Il relève que l'intervention du législateur est néanmoins nécessaire à plusieurs titres. Ainsi, il résulte des dispositions du II de l'article LO 145 du code électoral que seule la loi peut prévoir que des parlementaires siègeront dans des organismes extérieurs au Parlement. Le fait de prévoir que les délégués territoriaux d'un établissement sont les représentants de l'Etat relève des règles constitutives d'une catégorie d'établissement public (CE 20 février 2013 Fédération chimie énergie et autres n° 360307 aux tables). Par ailleurs, seule une loi peut mettre en place des structures de représentation du personnel dérogeant à celles prévues selon le cas par les statuts de la fonction publique ou par le code du travail et s'écarter des règles constitutives de la catégorie d'établissement à laquelle ce nouvel établissement se rattache. Enfin, dans la mesure où cet établissement reprendra les missions de l'EPARECA qui a été créé par la loi, il appartient à la loi d'organiser sa suppression.

Le Conseil d'Etat suggère, afin de rendre plus accessibles les dispositions législatives proposées, d'envisager leur codification au sein du livre II de la première partie du code général des collectivités territoriales.

S'interrogeant sur la capacité de ce nouvel établissement public national d'assurer, mieux que ne le fait aujourd'hui une direction d'administration centrale, la coordination des actions de l'Etat et de ses différents opérateurs, le Conseil d'Etat relève qu'il regroupera trois des structures pouvant intervenir au profit des collectivités territoriales, notamment l'Agence du numérique qui joue un rôle essentiel dans la réduction de la « fracture numérique », et restreindra ainsi le nombre de leurs interlocuteurs. De plus, l'agence s'appuiera sur les représentants de l'Etat interlocuteurs uniques des collectivités territoriales et aura vocation à unifier les instruments de contractualisation proposés à celles-ci sur le modèle du contrat « cœur de ville ». Le Conseil d'Etat estime positive cette orientation opérationnelle.

Il appelle l'attention sur la nécessité de veiller à ce que le pouvoir réglementaire définisse des procédures de décision efficaces permettant au nouvel organisme de répondre aux attentes des collectivités territoriales et d'assurer pleinement sa mission de coordination des actions et projets des autres services et opérateurs de l'Etat. Il conviendra également qu'il soit doté, tant au plan national que local, des ressources suffisantes.

Examen des articles

4. Le premier article de la proposition de loi n'appelle pas d'observation de fond autre que celles formulées précédemment dans le présent avis.

5. Le Conseil d'Etat relève que l'article 2 met avant tout l'accent sur le soutien à apporter aux collectivités territoriales. Il pourrait être complété afin de définir plus clairement les missions générales de l'agence et notamment de mieux faire apparaître celles des missions du commissariat général à l'égalité des territoires qu'elle reprendra, à savoir la mise en œuvre de la politique de l'Etat en matière d'aménagement et de cohésion des territoires et la coordination des interventions de l'Etat et de ses établissements publics. Il considère que la disposition prévoyant la fixation par convention des objectifs de l'agence dans le domaine du numérique relève du pouvoir réglementaire.

6. Il constate en revanche que la proposition de loi ne reprend pas les dispositions de l'article L. 325-2 du code de l'urbanisme qui précisent les actes que l'EPARECA peut prendre pour accomplir ses missions alors que, contribuant à la définition de ses missions, elles relèvent des règles constitutives de l'établissement. Il estime que la proposition de loi pourrait être complétée par un article définissant ces actes.

7. A l'article 3, si la définition des catégories de personnes qui délibéreront au sein du conseil d'administration de l'agence, représentants de l'Etat, parlementaires, représentants des collectivités territoriales et représentants des agents et salariés, et la précision selon laquelle le conseil d'administration élit son président parmi les représentants des collectivités territoriales se rattachent aux règles constitutives de celui-ci, tel n'est pas le cas du nombre de membres qui y siégeront (décision n° 67-47 L, 12 décembre 1967, syndicat des transports parisiens), même exprimé sous forme de plafond. Il appartiendra au pouvoir réglementaire de fixer ce nombre en veillant à ce qu'il ne dépasse pas ce seuil. Il en va de même de l'indication de catégories de personnes pouvant assister au conseil d'administration sans voix délibérative.

Le Conseil d'Etat estime par ailleurs que l'objectif d'un conseil d'administration composé d'un nombre restreint de membres, constitués pour moitié de représentants de l'Etat, pourrait être atteint plus efficacement en prévoyant que les représentants de l'Etat disposeront de la moitié des voix plutôt que de la moitié des sièges.

8. Le Conseil d'Etat prend acte de ce que l'article 4 de la proposition de loi prévoit que le directeur général de l'agence sera nommé par décret mais rappelle qu'en application de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat, pris pour l'application de l'article 13 de la Constitution, il revient au pouvoir réglementaire de dresser la liste des emplois de direction des établissements publics, des entreprises publiques et des sociétés nationales dont l'importance justifie qu'ils soient pourvus en conseil des ministres (décision n° 95-177 L du 8 juin 1995).

9. Le Conseil d'Etat estime que la rédaction du second alinéa de l'article 4 ne fait pas clairement apparaître que le comité d'action territoriale qu'il place auprès du directeur général disposera de compétences propres. Dans la mesure où l'intention des auteurs de la proposition de loi est de lui conférer un rôle purement consultatif, l'existence de ce comité ne relève pas des règles constitutives de l'établissement. La même remarque s'applique aux conventions pluriannuelles entre le nouvel établissement public, ces quatre opérateurs et l'Etat mentionnées à l'article 7. Dans la mesure cependant où tant ce comité que ces conventions constituent des modalités essentielles de la coordination de l'action des autres services et opérateurs de l'Etat que l'agence devra assurer, le Conseil d'Etat suggère de regrouper ces dispositions à l'article 7 lequel renverrait au décret en Conseil d'Etat prévu à l'article 11 le soin de mettre en place le comité d'action territoriale et de préciser son rôle à l'égard des conventions pluriannuelles.

10. Si, comme indiqué précédemment, il revient à la loi de spécifier que le représentant de l'Etat est le délégué territorial d'une catégorie d'établissement public, il appartient au pouvoir réglementaire de préciser à quel niveau d'organisation administrative se situent ces délégués territoriaux.

11. Le Conseil d'Etat suggère de simplifier l'énumération des ressources de l'agence qui est faite à l'article 6, en s'en tenant, conformément à la jurisprudence citée au point 3, aux catégories de recettes : subventions et contributions de l'Etat et d'autres personnes publiques ; financements par des personnes privées ; produit des aliénations ; dons et legs ; revenus des biens meubles et immeubles ; rémunération de ses prestations de service ; d'une manière générale, de toutes les recettes autorisées par les lois et les règlements.

12. Tirant les conséquences du caractère hybride du nouvel établissement, l'article 8 prévoit qu'il pourra employer des fonctionnaires et agents publics ainsi que des salariés régis par le code du travail. Il met en place des instances représentatives propres à cet établissement, qui dérogent au droit commun applicable tant aux agents publics qu'aux salariés. Le Conseil d'Etat estime en revanche que l'alinéa relatif à la possibilité pour le directeur général de l'agence de réunir conjointement le comité technique et le comité social et économique revêt un caractère réglementaire dans la mesure où cet alinéa précise que les sujets communs abordés dans le cadre de cette réunion conjointe le seront dans le respect de leurs attributions respectives.

Le Conseil d'Etat relève qu'il appartiendra aussi au pouvoir réglementaire de tirer les conséquences de ce caractère hybride dans la définition des règles budgétaires et comptables applicables à ces activités de nature différentes, en particulier au regard des dispositions du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

13. L'article 9 modifie les règles relatives à la composition des conseils d'administration d'autres établissements publics pour permettre qu'un représentant du nouvel établissement y siège. Le Conseil d'Etat suggère de compléter cet article pour procéder aux amendements de coordination visant à tirer les conséquences de ce que cet établissement se substituera à l'EPARECA, soit en modifiant directement les textes concernés, tels que l'article 17 de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, s'ils sont peu nombreux, soit par une formulation plus générale de substitution de l'un par l'autre.

14. L'article 10 organise à son paragraphe I la substitution de l'EPARECA par le nouvel établissement. Le Conseil d'Etat suggère, plutôt que de fixer cette date dans la loi, de renvoyer au décret à intervenir le soin de fixer la date de dissolution de l'EPARECA et d'abrogation des dispositions qui le régissent, quitte à fixer dans la loi une date butoir et de lui renvoyer aussi le soin de préciser les modalités de cette substitution. Le paragraphe I se lirait ainsi : « I. L'Etablissement public d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux est dissous et les articles L. 325-1 à L. 325-4 du code de l'urbanisme sont abrogés à une date prévue par le décret mentionné à l'article 11 et au plus tard au 1^{er} janvier de l'année qui suit la promulgation de la présente loi. Ce décret précise les conditions dans lesquelles les biens, droits et obligations de l'Etablissement public d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux sont repris par l'agence nationale de la cohésion des territoires. »

15. Le paragraphe II de l'article 10 organise le transfert au nouvel établissement public des fonctionnaires, agents et salariés aujourd'hui affectés, au sein du commissariat général à l'égalité des territoires, de l'agence du numérique et de l'Etablissement public d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux, à l'accomplissement des seules missions que ce nouvel établissement assurera. Le Conseil d'Etat suggère de modifier la rédaction du dernier alinéa de cet article pour prévoir que les fonctionnaires précédemment détachés au sein de ces établissements et services sont détachés « de plein droit » et non « d'office » dans la mesure où l'objectif est de permettre que ce transfert se fasse sans nécessiter de prendre des actes et non d'empêcher que les fonctionnaires concernés puissent demander une autre affectation.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du 25 octobre 2018.