

## **Séminaire Expert consacré à l'évolution du droit et des politiques de formation**

Janvier 2007

Cycle 2006 - 2007

### ***La formation entre marché et service public***

---

**Contact :**

Muriel LARUE

Directrice

[muriel.laru e@circeconsultants.com](mailto:muriel.laru e@circeconsultants.com)

## Sommaire

<b><i>I – Introduction générale du thème et environnement</i></b>	<b>3</b>
<b>Fiche 1 – Sens et portée de l’obligation nationale de formation tout au long de la vie</b>	<b>3</b>
<b>Fiche 2 – Service public : définition, critères et régime juridique</b>	<b>7</b>
<b>Fiche 3 – La notion de Service d’intérêt économique général (SIEG) au sens du droit communautaire</b>	<b>10</b>
<b>Fiche 4 – La place de la formation dans le nouveau cadre juridique du service public de l’emploi</b>	<b>12</b>
<b>Fiche 5 – L’impact de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur sur l’activité de formation</b>	<b>16</b>
<b><i>II – Droit de la concurrence et code des marchés publics appliqués à la formation</i></b>	<b>18</b>
<b>Fiche 6 – Les principes généraux du droit de la concurrence applicables à l’activité de formation</b>	<b>18</b>
<b>Fiche 7 – Application de l’article 30 des marchés publics</b>	<b>21</b>
<b>Fiche 8 – Quelles dérogations à l’application de règles du droit de la concurrence</b>	<b>23</b>
<b>Fiche 9 – Le recours aux conventions de subvention dans le champ de la formation tout au long de la vie</b>	<b>28</b>
<b><i>III – Missions possibles et moyens d’un service public de la formation tout au long de la vie</i></b>	<b>32</b>
<b>Fiche 10 – Rappel de la compétence des Conseils régionaux en matière de formation</b>	<b>32</b>
<b>Fiche 11 – Les modes de gestion d’un Service public</b>	<b>36</b>
<b>Fiche 12 – Identification des missions possibles pour un service public régional de la formation tout au long de la vie</b>	<b>39</b>
<b>Fiche 13 – Le recours au support juridique du GIP (groupement d’intérêt public) pour la formation d’une mission de service public de formation tout au long de la vie</b>	<b>42</b>

# I - Introduction générale du thème et environnement

---

## Fiche 1 - Sens et portée de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie

### 1. La formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale (Article L.900-1, alinéa 1 du Code du Travail)

La Formation Professionnelle continue vise des **objectifs multiples** (insertion, réinsertion, qualification, adaptation, retour à l'emploi, promotion sociale...).  
*Article L.900-1, alinéa 2*

Une grande **diversité d'acteurs** « concourent à l'assurer » (Etat, collectivités locales, établissements publics établissements d'enseignement publics et privés, associations, organisations professionnelles, syndicales et familiales, entreprises...).

Cette conception pluraliste et systémique exprime une volonté politique sans ambiguïté des « pères fondateurs » en 1970-71 (Cf. DELORS, J. CHABAN-DELMAS, partenaires sociaux).

C'est en effet dans le mode d'organisation adopté, fondé sur l'association d'acteurs multiples, sur la décentralisation, la négociation collective, la gestion paritaire et les lois du marché, que réside l'originalité du « système » français de formation professionnelle continue.

*Cette politique reposait pour l'essentiel sur le « projet de nouvelle Société » conçu et mis en œuvre par J. Chaban-Delmas alors Premier Ministre et J. Delors. Ce projet avait un fil conducteur : la redéfinition du rôle de l'Etat dans la Nation. « Tentaculaire car, par l'extension indéfinie de sa responsabilité, il a peu à peu mis en tutelle la société française toute entière (...). J'ai dit qu'il nous fallait redéfinir le rôle de l'Etat. Il doit désormais faire mieux son métier, mais s'en tenir là et ne pas chercher à faire celui des autres. Pour cela, il devra donner ou restituer aux collectivités locales, aux Universités, aux entreprises nationalisées, une autonomie véritable et par suite une responsabilité effective (Déclaration de J. Chaban-Delmas, faite au Parlement le 16 septembre 1969). En 1972, cette même orientation est rappelée par l'un des inspirateurs de la nouvelle société, Jacques Delors : « Le mode actuel (de société) ne peut aboutir qu'à l'immobilisme. Pour le changer, il faut que l'Etat sache jouer un rôle d'orientation sans laisser se démobiliser les acteurs du jeu social. La nouvelle société, pour moi, c'est celle là. C'est une société*

*profondément décentralisée, où les possibilités de créativité sont encouragées (...). Ou bien on donnera du jeu aux collectivités, aux organisations professionnelles et sociales, et des progrès seront possibles, ou bien l'Etat restera le point de passage obligé de toute initiative, et les frustrations grandiront : on passera à côté de chances extraordinaire » (« L'Express », 12-18 juin 1972, p.159).*

La formation permanente représentait aux yeux des pouvoirs publics, en 1971, un terrain d'élection pour la mise en œuvre de ces principes politiques. Trente cinq ans plus tard, elle garde son actualité.

**Le transfert de compétence de l'Etat aux Régions ne met pas en cause ces principes fondateurs. S'il modifie la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, il ne concerne pas les autres « acteurs » cités par la loi. Ce transfert n'entraîne pas ipso facto la création d'un service public régional de formation.**

Les Tribunaux ont été conduits à dire que la formation continue n'était pas un service public (Tribunal des conflits).

## **2. L'obligation nationale de formation tout au long de la vie est ancrée dans quatre principes constitutionnels**

### *a. La garantie d'égalité d'accès pour les enfants et les adultes à l'instruction et à la formation professionnelle*

La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture.

La loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 affirme le droit à l'éducation par la poursuite d'études pour les élèves qui n'ont pas atteint un niveau de formation reconnu à l'issue de la scolarité obligatoire.

Le service public d'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances (Article 111.1 du Code de l'Éducation).

*« L'Éducation permanente constitue une obligation nationale. Elle fait partie des missions des établissements d'enseignements » Article L.122-5 du Code de l'Éducation.*

Le service public de l'enseignement supérieur contribue à la croissance régionale et nationale (Article L.123-2 du Code de l'Éducation). Ses missions sont : « La formation initiale et continue » (Article L.123-3 du Code de l'Éducation)

**Ni le service public de l'enseignement scolaire ni celui de l'enseignement supérieur ne relèvent de la compétence des Régions. Cependant, l'exercice de leur mission de formation permanente ou continue sur le territoire régional**

**concerne les régions au premier chef (priorités, financement, égalité d'accès sur le territoire...)**

*b. Le droit à l'emploi qui englobe le droit à la formation professionnelle et à la qualification (Article L.900-3 du Code du Travail)*

« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». Le droit de l'insertion, du reclassement, de la formation font partie du droit à l'emploi.

Tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à la qualification professionnelle (Article L.900-3, al. 1).

**L'État et la Région contribuent à l'exercice du droit à la qualification**, notamment pour les personnes n'ayant pas acquis de qualification reconnue dans le cadre de la formation initiale (Article L.900-3, al. 5)

Le **service public de l'emploi** comprend le placement, l'indemnisation, l'insertion, la formation et l'accompagnement de demandeurs d'emploi (Article L.311-1 du Code du Travail). Il est assuré par une multiplicité de partenaires publics (ANPE...) et privés (AFPA, UNEDIC, ASSEDIC...). L'AFPA est une composante du service public de l'emploi bien qu'opérateur régi par des règles de droit privé (statut associatif, personnel régi par une convention collective, prestations soumises aux règles des marchés et de la concurrence...).

**Le service public de l'emploi n'a pas fait l'objet d'un transfert aux Régions. La région est concernée par plusieurs missions du service public de l'emploi (formation, insertion...) sans être le gestionnaire régional de ce service public.**

*c. Le droit des salariés à la participation qui englobe la négociation collective et la gestion paritaire*

Il englobe le droit à la négociation collective et à la gestion paritaire dans le domaine de la formation (230 accords de branche conclus entre 2004 et 2006, fonds mutualisés, gérés par 49 OPCA de branche et interpro).

Les ressources collectées ne sont ni un impôt, ni une taxe pouvant entraîner une gestion publique. Le dispositif paritaire participe de l'obligation nationale et prend en compte **l'intérêt « général »** des salariés au niveau des branches par la **mutualisation** sans être un service public.

La compétence de la Région et des partenaires sociaux connaît de larges zones de recouvrement (information, conseil, insertion, qualification, promotion sociale, savoir de base...).

*d. La liberté d'entreprendre qui englobe le champ de la formation*

Elle est affirmée par le conseil constitutionnel et s'applique aux opérateurs privés et publics.

Les dispensateurs privés de formation ne constituent pas une profession réglementée. L'évolution législative récente tend vers une banalisation de l'activité de formation au même titre qu'une autre prestation de service.

**Le droit de la concurrence doit être appliqué entre opérateurs privés, entre opérateurs privés et publics et entre opérateurs publics. Le Code des marchés publics s'applique sauf dérogation au champ de la formation.**

---

## Fiche 2 – Service public : définition, critères et régime juridique

**La notion de service public est actuellement au centre de nombreux débats en France et en Europe.** Plusieurs phénomènes contribuent à rendre ce débat complexe et renforcent la nécessité d'une clarification conceptuelle. La définition même de la notion de service public doit d'une part se concilier avec le droit communautaire et la notion de service d'intérêt général et d'autre part, se montrer compatible avec les différents modes de gestions contemporains des services publics.

**Aujourd'hui, la frontière entre le public et le privé apparaît moins certaine,** le droit français est passé d'une définition du service public faisant coïncider une définition organique et une définition matérielle, à **une définition mettant l'accent essentiellement sur la finalité de l'action publique.**

**La qualification de service public a pour conséquence l'application des principes connus sous le nom de « lois du service publics »** ou « lois de Rolland » aux activités concernées<sup>1</sup>. Ainsi, les personnes, publiques ou privés, en charge d'un service public doivent veiller au **respect du principe d'égalité et de neutralité, à la continuité du service et à la bonne adaptation du service, notamment au regard des évolutions techniques.** En réalité, ces « lois » ont beaucoup évolué, le principe d'égalité se transformant en principe de non discrimination<sup>2</sup>, le principe de continuité devant être concilié avec le droit de grève de la fonction publique, et le principe de mutabilité étant limité par sa difficile mise en œuvre pratique.

### Définition du service public

La définition juridique du service public doit être distinguée aujourd'hui d'une conception politique. A l'origine la notion de service public a été forgée par la doctrine juridique, notamment sous l'influence du juriste DUGUIT<sup>3</sup>. Cette conception ne correspond plus à l'état actuel du droit qui se fonde sur la distinction entre une conception organique selon laquelle le service public est une organisation, une institution ou un appareil administratif et une conception matérielle qui définit le service public comme une activité, une mission en vue de satisfaire un intérêt général<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir FRIER *Précis de droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, 2003, Montchrestien, p. 226 et suiv.

<sup>2</sup> Voir notamment l'avis du CE du 24 juin 1993, Grands avis CE n°38 à propos de la diversification de la tarification ferroviaire.

<sup>3</sup> Selon DUGUIT, la notion de service publique est le fondement de toute l'action de l'Etat et donc de son administration. « Son accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1928, t. II, p. 61.

<sup>4</sup> Voir en ce sens l'arrêt de principe, CE Monpeurt, 31 juillet 1942.

**Le droit français contemporain s'attache à une optique subjective, c'est-à-dire à la volonté du législateur.** Pour déterminer l'existence d'un service public, il faut qu'une activité d'intérêt général ait été érigée en service public, ce qui suppose une prise en charge par l'administration, et qu'existe un certain régime qui permette de détecter cette volonté<sup>5</sup>.

### **Les critères du service public**

Il est dès lors possible d'identifier trois critères cumulatifs pour définir le service public : la présence d'un intérêt général, la prise en charge par une personne publique et la spécificité des caractéristiques du régime juridique applicable.

#### ***a) L'intérêt général***

La détermination de l'existence d'un intérêt général est fondamentale pour s'assurer de l'existence d'une mission de service public. En premier lieu, l'intérêt général est le résultat d'un choix effectué par les pouvoirs publics : par la Constitution ou par le législateur national, régional ou local<sup>6</sup>. Ainsi, pour qu'une activité soit qualifiée de service public il faut une intervention des pouvoirs publics.

Cette approche subjective doit cependant être complétée par une seconde approche, plus objective, qui s'interroge sur la nature de l'intérêt en cause. Lorsqu'un doute subsiste sur la volonté du législateur, le juge statue en fonction de représentations sociales propres à chaque époque. Le caractère désintéressé de l'activité et la prise en compte d'objectifs à long terme, profitables pour l'ensemble de la collectivité, sont des critères de reconnaissance d'une mission de service public<sup>7</sup>.

#### ***b) La prise en charge par une personne publique***

L'existence d'un intérêt général ne suffit pas à déterminer l'existence d'une mission de service public. En effet, pour qu'il y ait service public il faut que l'activité soit rattachée à une personne publique, responsable de la création et de l'organisation du service. Cette prise en charge peut être directe ou indirecte.

#### ***c) Les caractéristiques du régime juridique applicable***

Enfin, notamment dans les cas d'intervention d'organismes privés, en dehors de toute délégation par voie contractuelle, l'examen du régime juridique applicable peut s'avérer être un indice de la volonté des pouvoirs publics. Ainsi, la détention de prérogatives de puissance publique<sup>8</sup> ou encore l'existence d'obligations de service public sont des indices permettant de déterminer l'existence d'un service public.

---

<sup>5</sup> Voir en ce sens P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, précité, p. 176 et suiv.

<sup>6</sup> Depuis la loi du 2 mars 1982, les autorités décentralisées bénéficient de la clause générale de compétence qui permet la création, selon certaines conditions, de services publics régionaux. Voir J.-M. PONTIER, SEMPER MANET, *Sur la clause générale de compétence*, RDP 1984, 1443 et suiv. Voir également en ce sens, CE 29 juin 2001, Commune de Mons-en-Barouel, RFDA 2001. 955 sur la possibilité pour la commune de créer une allocation municipale d'insertion, alors même qu'existent par ailleurs divers dispositifs relevant de l'Etat ou du département.

<sup>7</sup> Voir par ex. CE Sect. 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour de Paris, R. 491, AJDA 1998.361, cond. Combrexelle : « la mise à disposition de l'ensemble des données publiques notamment de celles dont la diffusion ne serait pas économiquement viable (...) constituent par nature une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'Etat de veiller. ».

<sup>8</sup> CE Sect. 21 mai 1976, GIE Brousse-Cardell, R. 268 ; AJDA 1977.42, cond. Grévisse.

## De la création d'un service public de la formation professionnelle

**1. La création d'un service public de la formation professionnelle suppose donc une intervention législative, qui peut être nationale ou régionale** (cette dernière intervention donnera alors lieu à la création d'un service public régional).

**2. Cette intervention doit en outre préciser quel sera le degré d'intervention des pouvoirs publics dans la gestion du service.**

- Les pouvoirs publics peuvent en la matière se limiter à un rôle de coordination et d'impulsion, en laissant aux nombreux opérateurs publics ou privés le soin de mettre en œuvre le service public en ayant recours, notamment, à des marchés publics.
- Ils peuvent également décider de créer une structure *ad hoc*, regroupant des acteurs publics et privés, afin de mettre en œuvre la politique de formation professionnelle<sup>9</sup>.

**3. En tout état de cause, le régime juridique applicable aux activités de service public ne dépend pas uniquement de la qualification de service public mais également de la nature de l'activité et des conditions dans lesquelles vont intervenir les opérateurs.**

En l'espèce, il est évident que **l'activité de formation professionnelle, qu'elle soit ou non qualifiée de service public, est soumise au respect du droit de la concurrence.**

En effet, la Cour de justice des communautés européennes considère que les services marchands – dont ferait naturellement partie la formation professionnelle si cette activité été effectivement qualifiée de service public par les autorités nationales – sont en principe soumis au respect du droit de la concurrence<sup>10</sup> alors que les services publics non marchands bénéficient d'une large dérogation<sup>11</sup>. Le droit français reproduit cette solution et prévoit l'application des règles de concurrence dans le cadre des services marchands<sup>12</sup>.

Il faut naturellement noter que le droit de la concurrence connaît des régimes dérogatoires<sup>13</sup> permettant de concilier le respect du droit de la concurrence avec le respect des missions de service public. Le droit de la concurrence prévoit différents moyens pour concilier le respect des règles de libre concurrence et l'accomplissement d'une mission d'intérêt général, qui sont évoquées dans la Fiche 8 – Quelles dérogations à l'application de règles du droit de la concurrence, qui figure en page 23 de ce dossier.

---

<sup>9</sup> Voir Fiche 11 – Les modes de gestion d'un Service public, page 36.

<sup>10</sup> V. par ex. CJCE 24 octobre 2002, Aéroports de Paris. La Cour distingue des activités de police de l'aéroport et des services d'assistance à escale de nature économique.

<sup>11</sup> Voir en ce sens la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. La directive distingue les services d'intérêt général des services d'intérêt économique général, assimilable au service marchand. La directive ne s'applique qu'à ces derniers.

<sup>12</sup> Voir par ex. CE 3 novembre 1997, Soc. Million et Marais, R. 406, concl. Stahl, sur la possibilité pour les juridictions administratives de contrôler le respect des règles de concurrence.

<sup>13</sup> Voir au niveau communautaire l'arrêt du 17 février 1993, CJCE, Poucet et Pistre, R. 637, concl. Tesouro, à propos des régimes de base de sécurité sociale. En droit français, voir les conclusions de Combexelle sous CE 17 décembre 1997, Ordre des avocats, précit. et en particulier la référence au « principe prétoire conciliant, sous le contrôle étroit du juge, les exigences du service public avec celles de la concurrence ».

---

## Fiche 3 – La notion de Service d'intérêt économique général (SIEG) au sens du droit communautaire

### Service d'intérêt économique général et Service public

**Il s'agit de notions proches mais distinctes et autonomes.** En effet, la notion de service d'intérêt économique général (SIEG) a été forgée par le droit communautaire, qui ne fait référence à la notion de service public que de façon marginale. La notion de SIEG vise les activités marchandes et est complétée par la notion de service d'intérêt général non économique qui recouvre les services d'intérêt général non marchands.

**La formation professionnelle devient un SIEG au sens du droit communautaire dès lors que l'Etat national décide de qualifier cette activité de service public.** En effet, il n'existe pas de définition matérielle du SIEG qui renvoie *in fine* au droit national. C'est aux pouvoirs publics nationaux de déterminer ce qui relève de l'intérêt général.

### 1. Définition

**La notion est visée à l'article 86 du Traité CE qui dispose en son second alinéa:**

*« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent traité notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. »*

La Commission a précisé, dans plusieurs communications<sup>14</sup>, la notion de SIEG. Celle-ci se réfère *« aux services de nature économique que les Etats membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de SIEG couvre donc plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications. Toutefois l'expression s'étend également aux autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public. »*

Ainsi, les SIEG sont des *« activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public »*<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Communication 11 sept. 1996, Doc. COM (96), 443 : JOCE N°C 281, 26 sept. 1996 ; livre vert, 21 mai 2003 COM (2003), 270 final ; Livre blanc 12 mai 2004, COM (2004), 374.

<sup>15</sup> Communication de la commission au Parlement européen du 20 sept. 2000 : « Les services d'intérêt général en Europe » (COM 2000.580).

La notion se définit donc essentiellement grâce à deux critères : une activité de nature économique et la présence d'un intérêt général.

## **2. Les critères de définition du SIEG**

### Une activité de nature économique :

La nature économique est appréciée de façon relativement large au niveau européen. Ainsi, si les SIEG sont essentiellement des services publics industriels et commerciaux (SPIC), la notion de SPIC ne recoupe pas exactement celle de SIEG. En effet, l'expression de « nature économique » se définit essentiellement *a contrario*, en distinguant les activités économiques de celles couvrant des fonctions d'autorité (ex : la police de l'espace aérien<sup>16</sup>, la surveillance anti-pollution dans un port maritime<sup>17</sup>) et de solidarité<sup>18</sup>. Ainsi, les soins hospitaliers par exemples sont des activités économiques et donc des SIEG.

### Une activité d'intérêt général :

Il s'agit d'un critère subjectif puisque c'est la volonté des autorités publiques qui est prise en compte pour déterminer l'existence ou non d'un intérêt général<sup>19</sup>. Ainsi, les autorités nationales déterminent librement la nature des activités susceptibles d'être qualifiées d'intérêt général. Il faut donc un acte, unilatéral ou conventionnel, précisant la nature des obligations de service public.

## **3. Le régime juridique**

Si les activités de SIEG, comme toutes activités économiques et contrairement aux services d'intérêt général non économiques, sont normalement soumises au droit de la concurrence, certaines restrictions à la concurrence sont possibles, dans le cadre de l'article 86 du Traité CE<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> CJCE, 19 janvier 1994, aff. 364/92, SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol : Rec. CJCE 1994, I, p. 43

<sup>17</sup> CJCE, 18 mars 1997, aff. C-343/95, Diégo Cali et Figli : Rec. CJCE 1997, I, p. 1547

<sup>18</sup> CJCE, 7 févr. 1993, aff. Jtes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre.

<sup>19</sup> CJCE, 21 mars 1974, aff. 127/73, BRT c/ SABAM : Rec. CJCE 1974, p. 51

<sup>20</sup> Voir Fiche 8 – Quelles dérogations à l'application de règles du droit de la concurrence.

---

## Fiche 4 – La place de la formation dans le nouveau cadre juridique du service public de l’emploi

### 1. Le droit positif

#### Un nouveau Service public de l’emploi (SPE)

La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 modifie l’article L. 311-1 du Code du travail et crée le service public de l’emploi (SPE). Jusqu’à présent, seule l’activité de placement était considérée comme service public<sup>21</sup>. Le service de placement répondait à la définition traditionnelle du service public : une personne publique (l’ANPE) chargée d’une mission d’intérêt général (le placement).

**Le nouvel article 311-1 offre une définition matérielle du service de l’emploi :** « le service de l’emploi comprend le placement, l’indemnisation, l’insertion, la formation et l’accompagnement des demandeurs d’emploi ». Les différentes activités liées à la politique de l’emploi sont regroupées sous l’appellation de service public.

Du point de vue organique, la loi regroupe les différents organismes amenés à intervenir dans le service de l’emploi, en les classant en trois cercles. Le premier cercle comprend les services de l’Etat, l’ANPE, l’AFPA et l’Unédic. Le second cercle est constitué par les collectivités territoriales. Le troisième regroupe les organismes publics ou privés fournissant des services relatifs au placement, à l’insertion, à la formation et à l’accompagnement des demandeurs d’emploi. Quel sens faut-il donner à cette subdivision ?

**L’ensemble des organismes et des structures citées à l’article L. 311-1 fait partie du SPE.** Cette énumération ne définit pas un service public organique, c’est-à-dire une structure, ou un ensemble de structures, susceptible d’accomplir les missions d’intérêt général citées, mais établit une liste non exhaustive d’acteurs susceptibles de participer au SPE.

**Le SPE regroupe des activités soumises au respect des règles du droit de la concurrence.** Les acteurs mentionnés nommément, y compris l’AFPA, l’ANPE et l’Unédic, n’ont pas de droit exclusif ou de monopole. Ils ne peuvent se prévaloir de

---

<sup>21</sup> Ordonnance du 20 décembre 1986, ancien article L. 311-1 du Code du travail. Voir également l’article d’Yves ROUSSEAU, dans Le service public de l’emploi et la CJCE, Droit Social, Novembre 2002, p. 974 et suiv.

prérogatives particulières par rapport aux autres organismes, privés comme publics<sup>22</sup>.

### Quel service public ?

**Quel sens faut-il donner à la notion de Service public de l'emploi ?** Quelles sont les conséquences de cette nouvelle qualification pour les activités qui composent le SPE et notamment la formation professionnelle ?

**Le SPE apparaît être une dénomination plus politique que juridique<sup>23</sup>.** La proclamation du service public de l'emploi s'accompagne, en fait, d'une certaine « désagrégation » des rôles et des fonctions des différents organismes traditionnels du service de l'emploi. L'essentiel du pilotage est confié aux acteurs du premier cercle, et, notamment, à l'ANPE, à l'Unédic et aux services de l'Etat. Ces trois acteurs concluent une convention pluriannuelle fixant notamment « les principaux objectifs de l'activité du service public de l'emploi pour la période considérée, au regard de la situation de l'emploi ». Une convention censée à la fois répondre à la mission d'intérêt général que constitue le SPE mais également respecter les règles de fonctionnement économiques qui encadrent désormais l'essentiel de leurs activités. Les acteurs régulant eux-mêmes leurs propres activités, il est légitime de s'interroger sur l'efficacité de la méthode proposée.

**Le statut juridique de l'activité de formation demeure inchangé.** La proclamation du SPE n'entraîne pas de requalification automatique des différentes activités qui forment le SPE. La loi de programmation de la cohésion sociale n'a donc pas eu de véritables conséquences sur la définition du régime juridique applicables aux activités de formation. Pourtant, l'esprit de la loi semble indiquer que le législateur a voulu affirmer l'unicité du service de l'emploi, favorisant l'interdépendance entre les différentes activités et entre les différents acteurs du SPE. La création des Maisons de l'emploi<sup>24</sup> semble également renforcer ce sentiment. Il faut cependant admettre qu'il n'est pas évident de trouver une traduction de cette volonté en des règles juridiques précises.

---

<sup>22</sup> A propos de l'articulation entre les dispositions de la loi de programmation pour la cohésion sociale et le droit de la concurrence, voir l'article de David SOLDINI, *Le service public de l'emploi et le droit de la concurrence*, Droit social, Juin 2006, p. 599 et suiv.

<sup>23</sup> Dominique BALMARY, *Un nouveau service public de l'emploi*, Droit social, Juin 2006, p. 594 et suiv.

<sup>24</sup> Les maisons de l'emploi, créées par la loi de programmation sociale, sont définies par le nouvel article L. 311-10 : Des maisons de l'emploi, dont le ressort, adapté à la configuration des bassins d'emploi, ne peut excéder la région ou, en Corse, la collectivité territoriale, contribuent à la coordination des actions menées dans le cadre du service public de l'emploi et exercent des actions en matière de prévision des besoins de main-d'œuvre et de reconversion des territoires, notamment en cas de restructurations. Elles participent également à l'accueil et à l'orientation des demandeurs d'emploi, à l'insertion, à l'orientation en formation, à l'accompagnement des demandeurs d'emploi et des salariés et à l'aide à la création d'entreprise.

## 2. Questions et problématiques

### Du point de vue général :

#### *Qui fait quoi ?*

Chaque « cerce » d'acteurs se voit confier un « rôle » : le premier cercle « assure », le second cercle « concoure », et le troisième « participe » à l'ensemble des missions du SPE<sup>25</sup>. Difficile de donner un sens juridique précis à ces trois expressions et donc de donner une signification juridique à la division par cercle concentrique opérée au sein des acteurs du SPE. Difficile également d'attribuer des responsabilités et des rôles précis aux différents acteurs cités.

#### *Un service public incontrôlé ?*

Les acteurs du premier cercle semblent avoir la responsabilité générale du fonctionnement du SPE, mais aucun n'a de tâche prédéfinie et fixe. Ainsi, l'Unédic, par exemple, peut intervenir en matière de formation, d'accompagnement, de placement, d'insertion outre à devoir assurer sa mission classique qui reste l'indemnisation. Les acteurs sont donc souvent interchangeables et n'ont pas de domaine réservé. Dans ce cadre comment s'assurer que la mission de service public est effectivement réalisée ?

### Du point de vue des Conseils régionaux :

#### *La place des collectivités territoriale et logique du subventionnement en matière de formation ?*

Les collectivités territoriales forment le second cercle, et « concourent » au SPE. Que faut-il en conclure quant au rôle des collectivités territoriales régionales dans le nouveau SPE ? Pas de grandes nouveautés, sans doute.

Les régions jouent déjà un rôle central en matière de formation professionnelle. Leurs obligations n'évoluent pas, leurs prérogatives non plus. La qualification de service public n'entraîne pas de requalification de l'ensemble des activités composant le SPE : la formation demeure « obligation nationale » et continue d'être soumise au droit de la concurrence<sup>26</sup>.

Que faut-il en conclure du point de vue des possibilités de financement d'actions menées par l'AFPA de la part des Conseils régionaux ? La logique de subventionnement qui prévaut n'est elle pas contraire à l'application du droit des marchés publics ? Les Régions peuvent-elle continuer à subventionner plutôt que de recourir à une procédure de marché public ?

---

<sup>25</sup> Seule l'indemnisation semble être une activité réservée au premier cercle d'acteurs.

<sup>26</sup> Voir l'avis du conseil de la concurrence n° 00-A-31 du 12 décembre 2000 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP)

Compte tenu de la définition de la subvention<sup>27</sup>, l'utilisation de la logique du subventionnement est-elle compatible avec le rôle central des Conseils régionaux en matière de formation professionnelle ?

*La place de l'AFPA ?*

L'AFPA fait partie du premier cercle mais n'est pas mentionnée comme signataire de la convention pluriannuelle : « Une annexe à la convention, signée par l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, détermine les conditions dans lesquelles celle-ci participe aux objectifs mentionnés au a), ainsi que les modalités d'évaluation de cette participation. »

La participation de l'AFPA au premier cercle peut s'interpréter comme la reconnaissance légale du rôle de l'AFPA dans le service de l'emploi. Un rôle qui s'étend à des missions autres que celles liées à la formation professionnelle. L'AFPA intervient dans le domaine de l'insertion ou de l'accompagnement des demandeurs d'emploi, et sa position au sein du premier cercle conforte cette approche globale.

Pour autant, il faut concilier cette reconnaissance légale du rôle de l'AFPA dans le SPE avec le respect du droit de la concurrence. Les Conseils régionaux ne peuvent sans doute pas financer les actions menées par l'AFPA sans respecter les règles du droit de la concurrence et donc appliquer le Code des marchés publics.

L'annexe prévue par l'art. L.301.1 risque de placer l'AFPA en situation de position dominante sur le marché de la formation<sup>28</sup>. Comment concilier cette exigence légale (la signature de l'annexe à la Convention tripartite) avec le respect du droit de la concurrence ? Ce dernier prévoyant des régimes dérogatoires, dans quelle mesure les Régions peuvent-elles s'en prévaloir ?

---

27 L'instruction du 28 août 2001 prise pour l'application du code des marchés publics définit la subvention comme une « contribution financière de la personne publique à une opération qui présente un caractère d'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis. Dans le cas de la subvention, la somme d'argent n'a pas de contrepartie directe pour la personne publique ».

28 La convention tripartite Etat-ANPE-UNEDIC en date du 5 mai 2006 comporte une annexe précisant les missions de l'AFPA et sa participation aux objectifs de la convention. Cette dernière prévoit que l'ANPE et les Assedic s'engagent à informer les demandeurs d'emploi sur l'offre de service de l'AFPA. L'ANPE doit également « mobiliser dès le premier entretien le service d'accompagnement à la VAE (validation des acquis de l'expérience) de l'AFPA ». L'ANPE s'engage également à « favoriser l'accès à l'emploi des stagiaires de l'AFPA ». Difficile de comprendre comment le respect de ces engagements puisse être concilié avec le respect du droit de la concurrence.

---

## Fiche 5 – L’impact de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur sur l’activité de formation

### Objet de la directive « Services »

La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, « établit les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services, tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services. » (art. 1 al. 1). Il s'agit de la mise en œuvre de la liberté de circulation des services, prévue par l'article 49 du traité CE<sup>29</sup> et de la liberté d'établissement reconnue par l'article 43<sup>30</sup>. La directive vise à permettre le libre établissement des prestataires de service mais également la libre prestation des services dans les Etats membres de l'Union, pour l'ensemble des prestataires établis dans l'Union.

L'article 1 précise que la directive « ne traite pas de la libéralisation des services d'intérêt économique général, réservés à des organismes publics ou privés, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services. ». L'objet de la directive n'est pas de privatiser certains secteurs d'activité ni d'ailleurs de soumettre les services d'intérêt économique général aux règles de concurrence. Le droit de la concurrence, c'est-à-dire les règles de concurrence et les régimes dérogatoires, s'applique généralement à ces services par ailleurs.

L'article 1 précise également que la directive ne traite pas « de l'abolition des monopoles fournissant des services, ni des aides accordées par les États membres qui relèvent des règles communautaires en matière de concurrence. »

Les Etats membres demeurent par ailleurs compétents pour déterminer ce qui relève de l'intérêt général et donc pour définir les services d'intérêt économique général.

---

<sup>29</sup> Article 49 : Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de la Communauté.

<sup>30</sup> Article 43 : Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.

## **Champ d'application de la directive**

La directive s'applique à l'ensemble des prestataires à l'exception des services d'intérêt général non économiques et de ceux mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 2<sup>31</sup>. De manière générale, la directive ne devrait « s'appliquer que dans la mesure où les activités en cause sont ouvertes à la concurrence, de manière à ce qu'elles n'obligent pas les États membres à libéraliser les services d'intérêt économique général ou à privatiser des entités publiques proposant de tels services, ni à abolir les monopoles existants pour d'autres activités ou certains services de distribution. »

En outre, il convient de préciser que les dispositions concernant la libre prestation de service connaissent d'ultérieures dérogations, énumérées à l'art. 17. Les services d'intérêt économique général bénéficient de cette dérogation<sup>32</sup>.

La directive précise en effet que les services d'intérêt économique général « sont chargés de missions importantes liées à la cohésion sociale et territoriale. Le processus d'évaluation prévu dans la présente directive ne devrait pas faire obstacle à l'accomplissement de ces missions. Les exigences requises pour accomplir de telles missions ne devraient pas être affectées par ledit processus; en même temps, il convient de remédier aux restrictions injustifiées à la liberté d'établissement. »

## **La formation professionnelle et la directive « services »**

L'activité de la formation professionnelle est nécessairement affectée par cette directive. En effet, la formation professionnelle ne fait pas partie des dérogations mentionnées par le texte communautaire. Cependant, la qualification de la formation professionnelle en service d'intérêt économique général permet probablement de déroger aux dispositions sur libre prestation des services.

Il convient cependant de remarquer que l'objet de la directive est de permettre la libre circulation des services et non de libéraliser certains secteurs. Ainsi, si la directive « services » s'applique bien au secteur de la formation professionnelle, l'application des règles de concurrence à ce secteur tient en fait à d'autres facteurs<sup>33</sup>. C'est d'ailleurs parce que la formation professionnelle est une activité d'ores et déjà soumise aux règles de concurrence que la directive 2006/123/CE s'applique.

En conséquence, le régime juridique applicable aux activités de formation professionnelle n'est pas vraiment modifié par la présente directive. Les dispositions de la directive visent en définitive à permettre à des prestataires communautaires de venir s'établir librement en France et intervenir, sans discrimination avec les acteurs nationaux, dans les secteurs économiques concernés par la directive.

---

<sup>31</sup> La liste est passablement longue et comprend, entre autres, les services bancaires, les services de communication électronique, les agences de travail intérimaire, les services de soin et de santé en général, les services audiovisuels, etc....

<sup>32</sup> L'article 17 énumère certains services d'intérêt économique général : la poste, l'eau, l'électricité, le gaz, et le traitement des déchets. La formulation de l'article semble cependant indiquer clairement que cette liste n'est pas exhaustive : « L'article 16 ne s'applique pas aux services d'intérêt général qui sont fournis à un autre État membre, notamment ... ».

<sup>33</sup> Voir en ce sens la fiche 5 du présent dossier, Les principes généraux du droit de la concurrence applicables à l'activité de formation.

## II – Droit de la concurrence et code des marchés publics appliqués à la formation

---

### Fiche 6 – Les principes généraux du droit de la concurrence applicables à l'activité de formation

#### 1. Le droit positif :

##### Le champ d'application du droit de la concurrence :

Les articles 81 et suivant du Traité de la Communauté européenne obligent les opérateurs économiques, quelle que soit leur nature publique ou privée et agissant sur une partie substantielle du marché intérieur, à respecter certaines règles particulières de concurrence afin d'assurer une totale égalité entre eux.

Les articles L. 410-1 et suiv. du Code du commerce (ordonnance dite « Balladur » du 1<sup>er</sup> décembre 1986), qui s'inspirent des règles européennes, soumettent au respect des principes de la mise en concurrence l'ensemble des acteurs économiques, y compris publics, dans leurs activités de « production, distribution et services, y compris dans le cadre des délégations de service public ». Ces textes s'appliquent donc à la formation.

La Commission européenne a récemment rappelé que les principes du droit de la concurrence devaient pleinement s'appliquer dans le domaine des services sociaux<sup>34</sup>.

Les entreprises publiques ou les entreprises bénéficiaires de droits spéciaux ou de droits exclusifs sont explicitement visées par les règles de concurrence et soumises au respect de ces dernières sous réserve de certaines dérogations possibles (voir fiche 11).

---

<sup>34</sup> Communication en date du 26 avril 2006, relative aux « services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne ».

### Les principes généraux du droit de la concurrence

#### *L'interdiction des aides d'Etat*

Sont interdites en principe les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

#### *L'interdiction des ententes et des pratiques concertées*

Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

#### *L'interdiction des abus de position dominante*

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché, c'est-à-dire de profiter d'une position très favorable sur un marché afin de réduire la concurrence.

### L'interdiction des pratiques de prix abusivement

Le code de commerce interdit explicitement la pratique de prix « abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ». L'objectif de cette disposition est d'empêcher certains opérateurs puissants d'écarter d'éventuels concurrents en pratiquant des prix trop bas.

## **2. La Jurisprudence :**

La Cour de Justice des Communauté européenne (CJCE) a établi que doit être considérée comme une activité économique : « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné par une entreprise, indépendamment du statut de cette dernière et de son mode de financement ». Voir par exemple les affaires C-180/98 à C-184/98, *Pavel Paolov e.a. et Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, arrêt du 12 septembre 2000.

La CJCE a établi que doivent être considérées comme activités économiques les prestations fournies normalement contre rémunération. Le droit n'exige cependant pas que le service soit payé directement par ceux qui en bénéficient. La quasi-totalité des services sociaux peuvent être considérés comme des «activités économiques». Voir en ce sens l'affaire C-352/85, *Bond van Adverteerders*, arrêt du 26 avril 1988.

La notion d'aide d'Etat doit être interprétée au sens large. Le droit européen a recours à la notion de puissance publique qui ne se réduit pas à l'Etat mais inclue également les collectivités décentralisées, les communes, etc. Voir en ce sens l'affaire C-30/87, *Bodson*, arrêt du 4 mai 1988.

Les procédures de passation de marchés publics s'appliquent dès lors qu'une autorité publique a l'intention de conclure un marché à titre onéreux avec une entreprise juridiquement distincte. Cette règle s'applique également au cas d'une entreprise

dans le capital de laquelle l'autorité publique détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées. Voir en ce sens l'affaire C-26/03, *Stadt Halle*, arrêt du 11 janvier 2005.

### **3. Questions et problématiques :**

L'application du droit de la concurrence aux activités de formation ne fait aucun doute. La formation professionnelle constitue un marché et l'intervention des pouvoirs publics doit être conforme aux règles du droit de la concurrence. L'application du code des marchés publics, qui permet de respecter ces principes, se présente-t-il comme un obstacle à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général comme la formation professionnelle ? Ou faut-il au contraire considérer que le respect du droit de la concurrence et la mise en concurrence de différents opérateurs, renforce l'efficacité de l'action publique en permettant aux collectivités territoriales de choisir l'opérateur le plus efficace ?

Existe-t-il des cas où les principes du droit de la concurrence ne s'appliquent pas ? Auquel cas, quelles sont les conditions pour échapper à l'application du code des marchés publics ? [Voir Fiche 8 – Quelles dérogations à l'application de règles du droit de la concurrence, page 23].

---

## Fiche 7 – Application de l’article 30 des marchés publics

### 1. Les activités de formation relèvent de l’article 30

Les activités de service soumises aux procédures formalisées définies par le Code des marchés publics sont prévues à l’article 29. Cet article établit une liste qui comprend les services suivants :

1. Services d'entretien et de réparation ;
2. Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier ;
3. Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;
4. Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;
5. Services de communications électroniques ;
6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3 ;
7. Services informatiques et services connexes ;
8. Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3 ;
9. Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
10. Services d'études de marché et de sondages ;
11. Services de conseil en gestion et services connexes ;
12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ;
13. Services de publicité ;
14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
15. Services de publication et d'impression ;
16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues.

Les marchés publics des activités non prévues à l’article 29, dont font partie les activités de d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelles, peuvent être conclus suivant une procédure adaptée. Pour les marchés inférieurs à 4 000 HT aucune mise en concurrence et publicité ne sont obligatoires

## 2. La procédure adaptée

Pour définir la procédure adaptée, le Code renvoie à l'article 28 qui définit la procédure adaptée à la conclusion de marchés publics d'un faible montant. Les modalités de publicité et de mise en concurrence seront déterminées par la collectivité territoriale en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché.

Aucune obligation de conclure un appel d'offres ou une autre des procédures formalisées prévues par le code des marchés publics n'est donc imposée pour ce type de marchés. En revanche, ces marchés de services sont obligatoirement soumis pour leur passation au respect des spécifications techniques et à l'envoi d'un avis d'attribution au-dessus du seuil de 210 000 € HT.

Enfin, il apparaît que les principes « de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »<sup>35</sup> doivent être respectés pour élaborer la procédure<sup>36</sup>. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics<sup>37</sup>.

Cette procédure permet d'offrir une grande liberté d'organisation aux acheteurs publics tout en constituant une réponse à l'obligation de prévoir des modalités de publicité et de mise en concurrence adéquates et conformes aux principes posés par l'article 1er du code des marchés publics.

---

<sup>35</sup> Art. 1 du Code des marchés publics.

<sup>36</sup> Conseil d'Etat, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres.

<sup>37</sup> Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics.

---

## Fiche 8 – Quelles dérogations à l’application de règles du droit de la concurrence

### Service public, service d’intérêt général et service universel : quelles dérogations à l’application des règles du droit de la concurrence ?

#### 1. Droit positif et jurisprudence :

##### Définitions

##### *Service public et Service d’intérêt économique général :*

La notion de service public en droit français se définit en suivant des critères organiques (la présence d’une personne publique) et matériels (la poursuite d’un intérêt général).

La notion de Service d’intérêt économique général, qui est une notion de droit communautaire, n’a de pertinence que par rapport à la question de l’applicabilité du droit économique, et, en particulier, du droit de la concurrence. Il s’agit donc d’une notion faisant référence au contenu matériel du service public. C’est ainsi que se définit le service d’intérêt économique général (SIEG) : « les activités de service marchand remplissant des missions d’intérêt général et soumises de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public »<sup>38</sup>

##### *Service marchand et service non marchand*

La distinction entre service marchand et service non marchand<sup>39</sup> ne recoupe pas la distinction traditionnelle du droit administratif français entre service public industriel et commercial (SPIC) et service public administratif (SPA). Ainsi certains SPA sont considérés comme des services marchands (ex : logement social<sup>40</sup>) et donc susceptibles d’être soumis aux règles de concurrence. Le service marchand se définit par rapport à l’existence ou non d’un marché, une notion d’ordre économique.

##### *Service universel*

Cette notion s’inscrit dans le cadre du SIEG tel que définit précédemment. Il s’agit de *maintenir un service universel dans des domaines déréglementés*. Le service

---

<sup>38</sup> Communication de la commission au Parlement européen du 20 sept. 2000 : « Les services d’intérêt général en Europe » (COM 2000.580).

<sup>39</sup> Voir pour un cas d’école : CJCE 24/10/2002, Aéroport de Paris. Le juge distingue les activités qui sont de nature économique (service d’assistance à escale) de celles ne l’étant pas (activité de police aéroportuaire).

<sup>40</sup> CE 24 avril 1992, Union Nat. Féd. Organismes HLM, R.191.

universel se définit comme « un ensemble minimal de services d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès compte tenu de circonstances nationales spécifiques, à un prix abordable »<sup>41</sup>

Cette notion se rapproche des lois du service public à la française<sup>42</sup>. Ainsi, malgré une approche profondément nouvelle, puisque essentiellement économique, la redéfinition du service public ne s'éloigne pas vraiment de sa conception traditionnelle.

### Régimes dérogatoires à l'application des règles du droit de la concurrence

#### *La mission de Service d'intérêt économique général*

L'article 86 du TCE prévoit que les règles de concurrence s'appliquent aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. » La qualification de service public permet d'échapper à l'application de ces règles dès lors qu'il est possible de démontrer, grâce à une analyse économique, que la mission ne peut être réalisée convenablement en appliquant les règles normales de marché.

Il faut cependant remarquer d'une part que la formation professionnelle n'est pas qualifiée comme telle aujourd'hui et que, d'autre part, dans le cadre du service public de l'emploi, il n'est pas évident que la mise en concurrence des opérateurs ne permette pas une meilleure efficacité générale du système.

Toutefois, si les pouvoirs publics constatent l'inexistence d'opérateurs susceptibles de concourir à un marché public – en particulier lorsque l'activité ne peut pas être économiquement profitable – il faut considérer que le marché est défaillant. La défaillance du marché – qu'elle soit nationale ou régionale – permet aux pouvoirs publics de déroger à l'application de certaines règles de concurrence. Les pouvoirs publics doivent donc procéder à une analyse économique des conditions de marché pour éventuellement bénéficier de régimes dérogatoires. Cette analyse économique doit se concentrer sur deux éléments principaux : la présence d'opérateurs susceptibles de concourir à un marché public, le caractère profitable de l'activité économique.

#### *La qualification d'activité régalienn*

Les activités régaliennes (ex : mission de contrôle pour assurer la sécurité du transport aérien<sup>43</sup>) ne rentrent pas dans la catégorie de SIEG. Elles ne constituent pas des activités économiques et échappent en ce sens aux règles du droit de la concurrence<sup>44</sup>. Cela ne semble pas être le cas pour la formation professionnelle mais la question reste ouverte en ce qui concerne l'activité d'éducation.

---

<sup>41</sup> Comm. Pré. 2000. La définition reprend celle donnée dans la Communication de la commission du 11 sept. 1996, JOCE C 281 26 sept.

<sup>42</sup> Les lois du Service public à la française sont également appelées lois de Rolland. Il s'agit du principe d'égalité, de neutralité, de continuité, de mutabilité.

<sup>43</sup> CJCE 19/01/1994, Sat Eurocontrôle, R. 43, concl. Tesaro.

<sup>44</sup> L'arrêt de principe demeure CJCE 17/02/93 Poucet et Pistre, R. 637, concl. Tesaro, à propos des régimes de base de sécurité sociale. A noter que la CJCE a ainsi qualifié l'enseignement public comme échappant également aux règles de concurrence : CJCE 27/10/1988, Etat Belge/Humbel, R. 5365, concl. Slynn.

### *Le développement économique*

L'article 87 al. 3 prévoit que les aides d'Etats peuvent être compatibles avec le droit de la concurrence lorsqu'elles sont « destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques ». Encore faut-il que ces aides « n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. » Il faut en déduire que le critère déterminant pour échapper à l'application des règles de concurrence reste l'existence potentielle d'un marché. L'existence d'une multiplicité d'opérateurs concourant à la réalisation du service public est un critère déterminant pour définir l'existence d'un marché.

### *Le régime de la compensation*

La jurisprudence *Altmark Trans*<sup>45</sup> sur les compensations affirme que sont compatibles avec le marché commun les compensations de service public dont le montant ne dépasse pas ce qui est nécessaire au fonctionnement des SIEG et qui ne procurent pas d'avantages aux entreprises bénéficiaires.

Quatre conditions doivent être réunies afin que la compensation ne soit pas qualifiée d'aide d'Etat :

- Le bénéficiaire doit être chargé de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
- Les paramètres pour calculer la compensation doivent être préalablement établis de façon transparente ;
- La compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les surcoûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ;
- Lorsque l'entité en charge du service n'est pas choisie selon une procédure d'appel d'offre, la compensation doit être déterminée par comparaison avec les coûts qu'une entité placée en situation comparable aurait à supporter.

La communication de la Commission du 28 novembre 2005<sup>46</sup> généralise la jurisprudence *Altmark Trans* et prévoit que sont compatibles avec le marché commun et exonérées de notification les compensations de service public inférieures à 30 millions d'euros par an octroyés à des entreprises dont le chiffre d'affaire annuel hors taxe est inférieur à 100 millions d'euros.

## **2. Questionnements :**

### *L'activité de formation, quel régime dérogatoire possible ?*

La recherche d'un régime dérogatoire ne devrait pas représenter une fin en soi. En effet, rien n'assure que la dérogation aux règles du droit de la concurrence permette de mieux satisfaire l'intérêt général. C'est d'ailleurs ce critère – une meilleure satisfaction de l'intérêt général – qui permet éventuellement de déroger aux règles du droit de la concurrence. En ce sens, une clarification quant à la qualification des activités de formation, comme la création d'un service public régional, faciliterait sans doute l'application éventuelle de régime dérogatoire.

---

<sup>45</sup> CJCE, C-280/00, *Almark Trans* du 24 février 2003. Cet arrêt a en fait été précédé par plusieurs arrêts allant dans le même sens. Ex : CJCE, C-53/00, *Ferring*, arrêt du 22 novembre 2001.

<sup>46</sup> Com. CEE, déc. N° 2005/842

Dans tous les cas, ces régimes dérogatoires ne peuvent s'appliquer qu'au cas par cas. Ainsi, le Conseil d'Etat a logiquement annulé la première version de l'art. 30 du Code des marchés public car ce dernier prévoyait un régime dérogatoire trop généralisé<sup>47</sup>.

Ainsi, il est éventuellement possible d'envisager des cas de dérogations, en se fondant sur l'inexistence d'un marché, soit en l'absence d'opérateurs, soit à cause de l'absence de rentabilité d'une activité de formation, dans un domaine précis et dans une zone géographique délimitée. Le régime dérogatoire doit se fonder, d'une part, sur la qualification de service d'intérêt économique générale, et, d'autre part, sur une analyse économique démontrant l'inexistence d'un marché ou l'absence de rentabilité de l'activité<sup>48</sup>.

#### *Bénéficiaire du régime de compensation ?*

La compensation pour service public semble pouvoir occasionnellement être appliquée en matière de formation si certaines conditions sont réunies. Pour bénéficier de cette dérogation, la qualification de service public paraît nécessaire. La possibilité de compenser n'entraîne pas pour autant l'inapplicabilité automatique du Code des marchés publics.

Il est donc préférable, dans tous les cas, d'appliquer le Code des marchés publics. En cas d'absence de concurrence entre opérateurs, la sélection de l'opérateur historique sera automatique. Dans le cas contraire la puissance publique sera à l'abri de toute contestation sur le fondement d'entrave à la concurrence.

## **Conclusion :**

Les régimes dérogatoires sont fondés sur l'idée, consacrée par l'article 16 du TCE, que le droit de la concurrence ne saurait être un obstacle au bon fonctionnement des services publics<sup>49</sup>. Cependant, la philosophie générale consiste à considérer que l'application des règles du droit de la concurrence permet souvent une meilleure réalisation des missions de service public. L'équilibre entre respect de ces règles et accomplissement de la mission de service public doit être sans cesse repensée à la lumière, d'une part, de l'évolution des missions que se fixent les pouvoirs publics et, d'autre part, au regard de la situation économique réelle. Ainsi, une activité qui ne pouvait constituer un marché, faute de rentabilité par exemple, peut le devenir en fonction notamment de l'intérêt suscité par cette activité chez des opérateurs privés.

---

<sup>47</sup> CE, 23 février 2005, association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics. Voir le commentaire de Florian LINDITCH, *Conséquence de l'annulation partielle de l'article 30 du Code des marchés publics relatif aux marchés de services*, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°20, 19 mai 2005, 743 et *Marchés de services de l'article 30 : et maintenant, qu'allons nous faire ? Acte deux : préparer l'avenir*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n°17, 25 avril 2005, 1190.

<sup>48</sup> L'absence de rentabilité revient en fait à affirmer l'inexistence d'un marché. De même l'existence d'une multiplicité d'opérateurs concurrents dans un même domaine d'activité tend à démontrer la rentabilité potentielle d'une activité.

<sup>49</sup> Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

L'analyse doit donc être effectuée au cas par cas. Elle doit également être très prudente puisqu'il n'existe pas de procédures susceptibles d'assurer les opérateurs, et en particulier la puissance publique, de la légitimité d'un régime dérogatoire. C'est donc la puissance publique qui décide d'appliquer un régime dérogatoire, au risque ensuite de voir son analyse contestée devant les tribunaux. La prudence voudrait donc que les pouvoirs publics appliquent de façon générale et automatique les procédures prévues par le Code des marchés publics.

---

## Fiche 9 – Le recours aux conventions de subvention dans le champ de la formation tout au long de la vie

### La distinction subvention et marché public

#### **1. Intérêt de la distinction :**

L'article L. 920-1 du Code du Travail précise que les actions de formation professionnelle et de promotion sociale mentionnées aux livres III et IX du code peuvent faire l'objet de conventions. Que faut-il entendre par le terme « convention » ? Ce terme est employé par le législateur comme terme générique pour désigner des actes contractuels quels qu'ils soient. **Quel est le régime juridique applicable à ces conventions ?**

**Il faut distinguer ce qui relève du champ d'application du code des marchés publics et ce qui relève du régime de la subvention, et qui n'entre pas dans le champ d'application du code.**

L'article 1<sup>er</sup> du code prévoit que les marchés sont des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 2<sup>50</sup> et des personnes publiques ou privées, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. L'objet du marché doit être précisément défini par la personne publique en vue de répondre à son besoin. Il y a donc marché public lorsque l'administration exprime de son initiative un besoin et qu'elle demande à un prestataire extérieur de lui fournir les biens ou prestations de nature à y répondre en contrepartie d'un prix.

La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics précise que « le marché public se différencie de la subvention, qui constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative

---

<sup>50</sup> Article 2 : Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :

1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;

2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux.

implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition. »

De la qualification de l'action publique dépendra le régime juridique applicable et donc l'application ou non du Code des marchés publics.

## **2. Les critères de distinction :**

Selon la circulaire du 4 mai 2002 concernant la distinction entre la commande publique et le subventionnement en matière d'insertion et de qualifications professionnelles<sup>51</sup>, la subvention doit être distinguée de la prestation qui donne lieu à un marché public.

### ***La subvention***<sup>52</sup> :

- C'est une aide à une structure publique ou privée soit pour le fonctionnement, soit pour l'équipement, soit pour le financement d'activités ou de programmes.
- A la différence du prix, la subvention ne constitue pas la contrepartie du travail réalisé et ne peut être regardé comme un service rendu
- L'aide peut être partielle et induit alors le principe du cofinancement qui se constate en argent ou en nature ; Le soutien financier a un caractère facultatif, précaire et conditionnel
- Elle est versée par une personne publique. La personne publique n'a pas à justifier d'une mise en concurrence pour attribuer une subvention (principe de la liberté d'octroi de la personne publique).
- Elle est attribuée pour financer des activités : elle doit être à la fois conforme aux missions de la personne publique et à l'objet social du bénéficiaire (association).

<sup>51</sup> Circulaire DGEFP no 2002-30 du 4 mai 2002 concernant la distinction entre la commande publique et le subventionnement en matière d'insertion et de qualification professionnelles.

Voir également l'instruction du 28 août 2001 (J.O. du 8 septembre 2001) prise pour l'application du code des marchés publics adopté le 7 mars 2001. La subvention est définie comme une " *contribution financière de la personne publique à une opération qui présente un caractère d'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis. Dans le cas de la subvention, la somme d'argent n'a pas de contrepartie directe pour la personne publique* ".

<sup>52</sup> Il existe de nombreux textes législatifs et réglementaires concernant l'attribution des subventions et le contrôle de l'utilisation par l'attributaire des sommes versées. Il s'agit des subventions versées par l'Etat ou par les collectivités locales.

Par ordre chronologique :

- Décret-loi modifié du 25 juin 1934, article 1<sup>er</sup>
- Décret n° 69-131 du 6 février 1969 modifié par décret n° 70-421 du 14 mai 1970
- Loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984, article 29 bis
- Circulaire du 15 janvier 1988
- Circulaire finances 1B n° 142 du 1<sup>er</sup> février 1988
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, article 81
- Décret n° 93-570 du 27 mars 1993
- Décret n° 93-568 du 27 mars 1993
- Circulaire du Premier Ministre du 7 juin 1996
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000
- Décret n° 2000-1012 du 17 octobre 2000

- La personne publique ne doit pas avoir pris l'initiative, ni supporter la responsabilité de la réalisation des activités subventionnées. **Il s'agit de contributions financières** de la personne publique **à une opération d'intérêt général** (national ou local), **initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis**
- La demande formelle doit venir du bénéficiaire. La personne publique, par une convention, accepte de contribuer seulement à soutenir la réalisation de l'objet social de la structure ou de la réalisation d'une liste d'activités

### *La prestation :*

- Ce n'est pas une aide partielle mais l'achat d'un service entier, identifié en totalité (sauf si l'achat de la prestation s'exerce dans le cadre d'un groupement de commandes, générant des cofinancements couvrant la totalité du prix de l'action).
- Elle donne lieu au paiement d'une contrepartie financière ou économique (critère du contrat onéreux) en rétribution de la prestation réalisée.
- Le financement d'une action, s'effectue sur la base d'une commande élaborée unilatéralement par la personne publique.
- Le choix d'une procédure sera fonction soit du montant de l'achat, le code des marchés publics prévoyant des procédures d'autant plus formalisées que le montant d'achat est important, soit de la nature des prestations (art. 30).
- C'est la capacité de rendre un service déterminé pour satisfaire à ses besoins dans des conditions prédéfinies par le commanditaire qui importe, pas l'objet social de la structure intervenante.
- La personne publique prend l'initiative et la responsabilité (et les risques juridiques) comme " maître d'ouvrage " des marchés en choisissant les procédures adaptées. Le prestataire cocontractant doit répondre en retour au cahier des charges et au degré de formalisme imposés par la personne publique.

S'agissant de la distinction entre les subventions et les marchés publics, le Conseil d'Etat a précisé dans un premier arrêt du 6 juillet 1990, Comité pour le Développement Industriel et Agricole du Choletais, que « le budget du Comité a été alimenté exclusivement par des subventions versées par la ville et la chambre de commerce et d'industrie ; que ces contributions, fixées globalement par celles-ci en fonction des perspectives générales d'action du comité, ne correspondaient pas à des prestations de services individualisées au profit de la ville et de la chambre de commerce (...); que dès lors en l'absence d'un lien direct entre le montant des contributions versées au comité et les opérations réalisées par lui, ce dernier ne peut être regardé comme ayant effectué de façon générale des prestations de services à titre onéreux (...).

Le Comité a passé avec la ville de Cholet une convention particulière qui lui confiait la réalisation pour le compte de cette dernière d'une étude précisément déterminée et qui prévoyait qu'une rémunération spécifique de 510.000 F lui serait versée ; que cette activité constitue une prestation de services effectuée à titre onéreux au sens du code général des impôts (...).

En outre, cette jurisprudence a été confirmée par la Cour administrative d'appel de Marseille, une première fois, dans un arrêt du 20 juillet 1999, Commune de Toulon, dans lequel elle précise que « l'opération par laquelle une collectivité territoriale accorde une subvention à une personne morale de droit privé dont l'action répond aux objectifs d'intérêt général recherchés par la collectivité et qui ne donne lieu à aucune prestation de services réalisée au profit de ladite collectivité ne saurait être assimilée à un contrat passé en vue de la réalisation de travaux, fournitures ou services au sens de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics. »

Un deuxième arrêt du 12 juin 2001 de la même juridiction, Syndicat mixte de l'Arbois, précise également qu' « il résulte de cette définition de l'objet de la convention que le syndicat mixte demande à l'association de lui fournir des prestations clairement identifiées et que la subvention prévue par cette convention est versée en contrepartie de prestations qui bénéficient directement à la collectivité publique cocontractante et non à des tiers par rapport aux parties à la convention ; dans ces conditions, les premiers juges ont pu relever à bon droit que le moyen du préfet, tiré de ce que les prestations demandées à l'association Pays D'aix Développement par le syndicat pouvaient s'analyser en un marché public de prestations de services soumis au code des marchés publics, présentait un caractère sérieux de nature à justifier le sursis à exécution de la convention. »

Le critère de l'initiative du projet est l'un des critères du régime juridique applicable. Si l'initiative du projet vient de l'organisme qui reçoit les sommes versées, il s'agit d'une subvention. Si l'initiative du projet vient de la collectivité qui verse les sommes, alors il s'agit d'un marché public.

### **En définitive :**

#### *La convention de subvention :*

- La subvention ne constitue pas le prix d'une acquisition de biens ou de services. La convention de subvention fixe donc simplement les conditions d'octroi d'une subvention à une structure en fixant des objectifs voire même un programme d'activités à réaliser.
- Il n'y a pas de livraison de produit mais un rapport final d'activités rendant compte en particulier du projet cofinancé. L'évaluation est globale. L'administration n'attend pas la réalisation d'une prestation particulière : elle sera destinataire d'un rapport final (ou compte rendu d'action) concernant le projet cofinancé.

#### *Le marché public :*

- C'est l'achat de prestations par une personne publique à un tiers (public ou privé) qui se fait payer pour cette prestation, l'acheteur (les acheteurs pour le groupement de commandes) finançant la totalité de l'action.
- Il s'agit d'un contrat onéreux et chaque prestation a un prix indiqué dans la convention. Le principe du service fait et une facturation précise par prestation sont obligatoires.

# III – Missions possibles et moyens d'un service public de la formation tout au long de la vie

## Fiche 10 – Rappel de la compétence des Conseils régionaux en matière de formation

- Pas de compétence normative, une large compétence fonctionnelle
- Capacité juridique à créer des missions et des services publics régionaux ou à y participer

### 1. Les régions disposent en matière de formation d'une compétence générale.

L'article L. 214-12 du code de l'éducation dispose que la Région définit et met en œuvre la politique régionale d'apprentissage et de formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle<sup>53</sup>. Les Conseils Régionaux sont depuis la Loi du 13 août 2004 en quelque sorte les « chefs d'orchestre » de la politique de formation au niveau régional.

**2. Les collectivités locales peuvent décider de créer un service public local.** En effet, les organes délibérants des collectivités territoriales disposent d'une compétence générale pour créer ou supprimer un service public. Ceci est la conséquence de leur compétence de droit commun pour régler les affaires relevant de leur ressort géographique (CGCT, art. L 2121-29, L. 3211-1 et L 4221-1<sup>54</sup>, respectivement pour les

<sup>53</sup> Article L. 212-14 du code de l'éducation : « La région définit et met en œuvre la politique régionale d'apprentissage et de formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle. Elle organise sur son territoire le réseau des centres et points d'information et de conseil sur la validation des acquis de l'expérience et contribue à assurer l'assistance aux candidats à la validation des acquis de l'expérience.

Elle organise des actions destinées à répondre aux besoins d'apprentissage et de formation en favorisant un accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formation. Elle veille en particulier à organiser des formations permettant d'acquérir une des qualifications mentionnées à l'article L. 900-3 du code du travail.

Elle assure l'accueil en formation de la population résidant sur son territoire, ou dans une autre région si la formation désirée n'y est pas accessible. Dans ce dernier cas, une convention fixe les conditions de prise en charge de la formation par les régions concernées ».

<sup>54</sup> Art. L 4221-1 CGCT : « Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région.

Il a compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et l'aménagement de son territoire et pour assurer la préservation de son identité, dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des départements et des communes.

Il peut engager des actions complémentaires de celles de l'Etat, des autres collectivités territoriales et des établissements

communes, départements et régions). Il appartient alors à la collectivité de déterminer si, compte tenu des besoins de sa population, des circonstances de temps et de lieu, de ses possibilités financières, il est opportun de créer un ou plusieurs services publics pour la satisfaction de ces besoins. Le juge pourra alors vérifier si, dans l'appréciation des besoins de la population, l'organe compétent de la collectivité n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation<sup>55</sup>. A défaut, l'acte juridique pourra être censuré par le juge administratif pour incompétence.

**3. Limites.** L'attribution expresse par un texte d'une compétence à une collectivité exclut son exercice par les autres collectivités. Ainsi, par exemple, les services publics de souveraineté ne peuvent être pris en charge que par l'État. De même, les transports scolaires (CGCT, art. L3551-27) ou certaines formes d'action sociale comme la gestion du RMI (L. n° 2003-1200, 18 déc. 2003) ne peuvent relever que du département. **Les régions doivent donc pour créer un service public s'assurer que, compte tenu de son objet, elles ont bien compétence pour intervenir**<sup>56</sup>. Il n'existe pas de difficulté sur ce point lorsque la loi, voire lorsque la constitution font obligation à une collectivité d'ériger en service public une activité donnée.

**4. En matière de formation.** Si la Constitution ne fait pas obligation aux régions de créer un service public dans le domaine de la formation<sup>57</sup>, la loi leur assigne elle des compétences qui peuvent nécessiter la création de services publics, en vertu de l'article L. 214-12 du code de l'éducation<sup>58</sup>.

---

*publics situés dans la région, dans les domaines et les conditions fixés par les lois déterminant la répartition des compétences entre l'Etat, les communes, les départements et les régions».*

<sup>55</sup> CE, 14 oct. 1992, Cne Lancrans : jurisdata n°1992-045794 ; Rec CE 1992, p. 370.

<sup>56</sup> Érection d'une activité en mission de service public :

Lorsque les élus locaux désirent ériger une activité donnée en mission de service public, ils doivent procéder de la façon suivante pour limiter la contestation de la légalité de leur intervention :

- en premier lieu, rechercher si la création du service public qu'ils envisagent pour la prise en charge d'une activité d'intérêt général est susceptible de trouver un fondement dans un texte reconnaissant à leur collectivité compétence pour intervenir ;
- à défaut d'un tel texte, les élus doivent s'assurer que l'activité qu'ils désirent ériger en mission de service public se rattache bien à une affaire locale d'intérêt public relevant de leur collectivité ;
- vérifier que leur intervention ne heurte pas, dans des conditions estimées illégales par la jurisprudence, la liberté du commerce et de l'industrie et n'empiète pas, toujours de façon illégale, sur les attributions d'une autre personne publique.

<sup>57</sup> La concrétisation des droits créances proclamés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 suppose l'organisation de services publics. Ainsi, l'alinéa 13 de ce texte selon lequel "*l'enseignement public, gratuit et laïque est un devoir de l'État*" induit un service public de l'enseignement. De même, les droits à la protection de la santé et à la sécurité matérielle (*al. 11*) commandent l'existence d'un service public de la santé et de la sécurité sociale. En revanche, la Constitution ne consacrant pas directement un droit à la culture et la formation professionnelle mais seulement un égal accès à ces activités (*al. 13*), il n'existe pas de services publics constitutionnels correspondants. In JurisClasser Administratif, Fasc. 149 : Notion de service public - Droit interne et droit communautaire, III. - Régime juridique, A. - Création et suppression, 1° Services publics nationaux.

<sup>58</sup> Voir notamment Jurisclasser : Services publics régionaux rendus obligatoires par la loi

La loi assigne à la région des compétences qui peuvent nécessiter la création de services publics. Ces compétences sont liées en particulier :

- au développement économique et social (CGCT, art. L.1511-1 et L. 4211-1) ;
- à la planification (CGCT, art. L. 4221-3) ;
- à la formation professionnelle et l'apprentissage (*C. éduc., art. L. 214-12*) ;
- à la création et au fonctionnement des lycées et des établissements d'éducation spécialisée (*C. éduc., art. L. 214-1 et suiv.*) ;
- à l'inventaire général du patrimoine culturel (*L. 2004-809, 1* » août 2004, art. 95).

### **5. Peuvent-elles étendre à des domaines connexes la création du service public ?**

Les régions peuvent également créer un service public pour la satisfaction d'un intérêt public régional caractérisé, à la condition que cet intérêt ne soit pas attribué à une autre collectivité publique et qu'il ne soit pas pris en charge par l'initiative privée, même si elles ne bénéficient en la matière d'aucune investiture fondée sur un texte spécial d'attribution de compétence. En effet, le juge a considéré qu'entraînait dans la compétence d'un conseil régional, en l'absence d'un texte spécial, la prise en charge d'un intérêt, correspondant à un besoin de la population d'un région, qui constituait par là même un « intérêt public régional » (TA Bordeaux, 14/02/1989, Cazalis et Lassus, Jurisdata n°1989-650791; Rec. CE 1989, p. 897). La notion d'intérêt régional, qui ne saurait se définir à partir des seuls textes attribuant compétence à la Région dans des domaines donnés, est utilisée par le juge pour déterminer le champ des compétences régionales (CE, 19/05/1994, Lavenir, Jurisdata n°1994-048848 ; Rec. CE 1994, p. 243).

**6. Si la région intervient dans le seul domaine de la formation, sans empiéter sur les autres domaines, elle peut créer seule le service public de la formation.** Dès lors qu'elle intègre d'autres thématiques - l'orientation ou l'emploi par exemple - la création d'un service public régional suppose l'association des autres collectivités et en particulier de l'Etat.

**7. Or, la frontière entre le domaine du service public d'Etat et celui du service public local n'est pas à l'abri de modifications opérées par le législateur.** Les transferts de l'un vers l'autre sont toujours possibles, sous réserve de respecter l'existence d'un noyau dur de services publics d'Etat liés à sa souveraineté et à son unité, et d'un noyau dur de services publics locaux exigé par le principe de libre administration des collectivités territoriales, comme l'a notamment opéré la loi du 13 août 2004.

**8. A cet égard, plusieurs questions - frontières peuvent être évoquées qui sont susceptibles d'intéresser les régions désireuses de créer un Service public régional de la formation tout au long de la vie.**

- b) **Il s'agit d'une part des compétences portant sur l'orientation et le conseil professionnel.** La loi du 13 août 2004 n'a finalement pas retenu l'idée de confier à la région un rôle de coordination des actions en matière d'accueil, d'information et d'orientation des jeunes et des adultes<sup>59</sup>. Cette question demeure donc une compétence de l'Etat, ce que vient en outre de réaffirmer le gouvernement. En effet, le Premier ministre vient d'annoncer la création d'un *Service Public de l'Orientation*, mis en place à la rentrée 2006, avec, à sa tête un délégué, interministériel à l'orientation<sup>60</sup> qui aura pour

<sup>59</sup> Suppression de cette disposition par le Sénat. En effet, selon le rapporteur du Sénat, cette coexistence « de deux réseaux relevant soit de la compétence régionale, soit de celle de l'Etat, et ce pour une même population constituait un réel facteur d'incohérence, entraînant un risque non moins réel de concurrence sur les mêmes territoires d'intervention ».

<sup>60</sup> Décret n°2006-1137 du 11 septembre 2006 instituant un délégué interministériel à l'orientation. Article 2 : « Le délégué interministériel à l'orientation coordonne les actions de l'Etat dans les domaines de l'information sur les métiers, de l'orientation scolaire et dans les établissements d'enseignement supérieur, de la préparation à l'emploi et de l'insertion professionnelle des jeunes. Il veille, en tant que de besoin, à l'articulation de ces actions avec celles des collectivités territoriales et des entreprises. Il est chargé de la mise en place et du suivi d'un schéma national de l'orientation et de l'insertion professionnelle ».

mission de « *coordonner les actions de l'Etat dans les domaines de l'information sur les métiers, de l'orientation scolaire et dans les établissements d'enseignement supérieur, de la préparation à l'emploi et de l'insertion professionnelle des jeunes* ».

- c) **Il s'agit d'autre part des compétences portant sur les problématiques d'emploi.** Le service public de l'emploi se compose, depuis l'adoption de la loi de Cohésion sociale, de trois cercles (art. L311-1 c. trav.) : le premier est celui des organismes qui *assurent* le service public (c'est à dire l'Etat, l'ANPE, l'AFPA, l'UNEDIC et les ASSEDIC), le deuxième est celui des structures qui *concourent* au service public à savoir les collectivités locales et leurs groupements et enfin le troisième est celui des structures qui *peuvent* participer au SPE (agences de placement ...). La section V du chapitre du Code du travail consacrée au service public de l'emploi s'intitule désormais " *Rôle des collectivités territoriales, de leurs groupements et des maisons de l'emploi* ". La loi de cohésion sociale a donc renforcé le rôle des collectivités locales en matière d'insertion professionnelle, notamment à travers la mise en place des maisons de l'emploi. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, ces structures seront l'instrument privilégié pour associer les collectivités territoriales et leurs groupements à l'action du service public de l'emploi<sup>61</sup>. Parmi, les missions des maisons de l'emploi figure l'accueil et l'accompagnement personnalisé des demandeurs d'emploi qui peut prévoir des actions d'orientation et/ ou de formation.

---

<sup>61</sup> Concrètement, les promoteurs de la loi ont fixé un triple rôle aux maisons de l'emploi.

- a) Rôle de "guichet unique" par mutualisation des moyens qu'offrent les différents intervenants dans le domaine de l'emploi. Il s'agit de faciliter les démarches des demandeurs d'emploi en regroupant dans un même lieu des services aujourd'hui dispersés.
- b) Mobilisation de l'ensemble des acteurs locaux de la politique de l'emploi, dans un champ territorial pertinent sur le plan économique, pour établir un diagnostic partagé, anticiper les évolutions du marché du travail, et travailler à l'élaboration d'un projet dans le cadre d'une démarche concertée.
- c) Mise en place d'un accueil innovant des chômeurs et d'un accompagnement personnalisé du retour à l'emploi par un système de référents et d'accompagnants. Un conseiller unique suit le demandeur tout au long de sa démarche de réinsertion professionnelle et lui propose une palette variée de services : aides à la recherche d'emploi, orientation professionnelle, offre de formation, etc.

---

## Fiche 11 – Les modes de gestion d’un Service public

**Un service public peut être rendu suivant différentes modalités.** Les modes de gestion du service public se sont diversifiées et il apparaît difficile de présenter la totalité des cas de figure. Néanmoins, malgré cette complexification, propre au droit administratif contemporain, certaines typologies de gestion peuvent être élaborées. Il est ainsi possible de se fonder sur la distinction entre une gestion directe et une gestion indirecte afin d’esquisser une classification des modes de gestion du service public. **Un éventuel service public de la formation professionnelle pourrait être géré suivant plusieurs modalités, en fonction du rôle que souhaitent avoir les pouvoirs publics.**

### La gestion directe :

#### *La régie :*

Il s’agit d’un mode de gestion directe, l’administration gère elle-même le service public qu’elle a créé. Le service est ainsi pris directement en charge, sans qu’il soit nécessaire de doter ce service d’une personnalité morale distincte de la personne publique<sup>62</sup>.

Ce système ne semble pas toujours adapté au service public de formation professionnelle qui suppose l’intervention d’une multitude d’acteurs divers. Cependant, il n’est pas exclu que les pouvoirs publics interviennent directement dans la réalisation d’activités de formation professionnelle, notamment lorsqu’il s’agit de réaliser des actions complexes, qui supposent une action à différents niveaux (assistance, qualification professionnelle...).

La régie peut ainsi apparaître ponctuellement comme un mode de gestion relativement adapté à certaines activités de formation professionnelle mais il nécessite une forte présence des pouvoirs publics (nationaux, régionaux ou locaux) qui doivent s’impliquer considérablement pour prendre en charge la réalisation effective du service. En effet, même s’ils ont recours à des prestataires externes, les pouvoirs publics sont entièrement responsables du bon fonctionnement du service.

Dans le cadre d’une gestion en régie, les pouvoirs publics peuvent toujours avoir recours à des prestataires externes, grâce à la passation de marchés publics. De même, la gestion en régie ne suppose pas nécessairement de monopole, notamment dans le cadre d’une activité comme la formation professionnelle, et les pouvoirs

---

<sup>62</sup> Certaines régies peuvent néanmoins bénéficier de l’autonomie d’un budget annexe permettant l’affectation des ressources et peuvent être dotées d’un conseil d’exploitation et d’un directeur (art. L. 2221-11 CGCT).

publics doivent agir en respectant les règles de concurrence permettant ainsi à des organismes externes d'intervenir dans le marché de la formation professionnelle.

### **La gestion indirecte :**

Les modes de gestion indirectes sont très nombreux. Il est possible de différencier les modes de gestions fondés sur une relation contractuelle entre un prestataire extérieur et l'administration et les modes de gestion prévoyant une habilitation unilatérale de l'administration. Chaque mode de gestion présente des caractéristiques intéressantes pour la gestion d'un éventuel service public de la formation professionnelle.

#### ***L'habilitation unilatérale :***

L'administration peut habilitier des personnes privées<sup>63</sup> ou publiques<sup>64</sup> pour la gestion d'un service public.

En matière de formation professionnelle, la création d'un GIP (Groupement d'intérêt public) peut apparaître adaptée. Le GIP a une origine conventionnelle et regroupe plusieurs personnes morales de droit public, voire de droit privé, afin d'assurer la coordination d'actions d'intérêt général. Il est soumis au contrôle de l'administration qui en autorise la création, et les personnes chargées d'un service public doivent être majoritaires dans l'assemblée de groupement.

Des collectivités pourraient confier à un GIP, regroupant différents acteurs de la formation professionnelle, la gestion de cette mission d'intérêt général. Le GIP serait alors responsable du bon fonctionnement du service public. Le GIP peut naturellement également faire appel à des prestataires externes en ayant recours aux procédures de mise en concurrence habituelles<sup>65</sup>.

#### ***La délégation de service public :***

Dans le cadre de la délégation de service public l'administration conclue un contrat avec un prestataire externe qui va prendre en charge l'exécution de la mission de service public. L'administration se retire et confie à une autre personne la responsabilité du service.

La technique de la délégation peut apparaître utile dans le domaine de la formation professionnelle, mais devrait en fait être utilisée avec prudence. En effet, la délégation suppose que l'administration délègue véritablement la réalisation du

---

<sup>63</sup> CE 13 mai 1938, Caisse Primaire Aide et Protection, R.417, RDP 1938.830, cond. Latoumerie.

<sup>64</sup> Il est ainsi possible de distinguer : l'établissement public administratif (hôpitaux, ANPE...), l'établissement public économique et commercial (ex : La Poste...), l'établissement public à caractère scientifique et technologique (CNRS), l'établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel (ex : les universités), l'établissement public territorial (ex : les syndicats de communes), l'établissement public local (ex : les offices de tourisme).

<sup>65</sup> Voir fiche 9, Le recours au support juridique du GIP (groupement d'intérêt public) pour la formation d'une mission de service public de formation tout au long de la vie.

service à une personne externe, qui devra se rémunérer essentiellement grâce aux gains économiques provenant de l'activité<sup>66</sup>.

La délégation se distingue donc de la notion de « marché public » qui vise uniquement l'achat d'une prestation par les pouvoirs publics, qui peuvent rester en charge du bon fonctionnement du service public.

Enfin, il est évident que les pouvoirs publics ne peuvent choisir de façon discrétionnaire le délégataire et doivent mettre en concurrence les différents acteurs susceptibles d'accomplir la mission de service public délégué.

La délégation apparaît complexe en matière de formation professionnelle étant donné la multiplicité des opérateurs et l'existence d'un marché de la formation professionnelle relativement structuré. Le recours à la délégation devrait donc être pratique avec beaucoup de prudence.

### *Distinction entre la notion de marché public et la délégation de service public :*

La distinction entre la notion de délégation de service public et celle de marché public se fonde sur deux critères : l'objet du contrat et la rémunération. Le marché public permet de « procurer aux collectivités publiques les moyens d'assurer l'exécution des services publics dont elles ont la charge »<sup>67</sup> alors que dans la délégation, le cocontractant a la responsabilité du service et est en relation directe avec l'utilisateur.

Dans le cadre de la délégation, l'essentiel de la rémunération doit provenir de l'activité économique. La rémunération dans le cadre du marché public résulte au contraire d'une somme versée par la collectivité publique au cocontractant en échange d'une prestation.

Cette distinction est fondamentale puisque le Code des marchés publics ne s'applique pas à la délégation de service public.

---

<sup>66</sup> CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône, R. 137, RFDA 1996.716, cond. Chantepy.

<sup>67</sup> Avis CE 7 avril 1987, Gr. Avis CE n° 24 ; CE 30 juin 1999 Dép. de l'Orne, R. 227.

## Fiche 12 – Identification des missions possibles pour un service public régional de la formation tout au long de la vie

1. **Identification des missions possibles.** La région peut créer un service public correspondant à la compétence qui lui est donnée en matière de formation : mise en œuvre de la politique régionale d'apprentissage et de formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle. Plusieurs actions découlent de cette compétence générale :
  - Information conseil sur la VAE
  - Organisation d'actions destinées à répondre aux besoins d'apprentissage et de formation en favorisant un accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formation et privilégiant l'accès à une qualification (mentionnée à l'article L. 900-3 du code du travail)
2. **Identification des thèmes sur lesquels il serait légitime que les conseils régionaux aient vocation à intervenir de façon volontariste car le marché n'existe pas sur ce segment ou ne permet pas une bonne prise en compte des objectifs d'intérêt général.**
  - Savoirs de base
  - Droit à la formation différée (au titre de l'article L.900-3, dernier alinéa relatif au droit des salariés à une qualification différée, créance de la personne opposable à l'Etat et/ou à la Région)
  - Accompagnement et gestion des parcours
3. **Ces actions se situent à l'interface entre le droit de la formation continue tout au long de la vie et le droit de l'éducation.**
4. **Elles sont garanties par le droit de l'Education.** « *La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* » Préambule de la Constitution. 22 Octobre 1946, alinéa 13.  
  
« *Le service public d'éducation (...) contribue à l'égalité des chances* » (Code de l'Education article L.111-1, alinéa 1). « *Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté* ». Code de l'Education, article L11-1, alinéa 4).

« La scolarité obligatoire doit au moins garantir à chaque élève les moyens nécessaires à l'acquisition **du socle commun** constitué d'un ensemble de connaissances et de compétences qu'il est indispensable de maîtriser pour l'accomplissement avec succès sa scolarité pour suivre sa formation, construire son avenir personnel et professionnel et réussir sa vie en société (...) ». Article L.122-1-1 du Code de l'éducation).

« Tout élève qui, à l'issue de la scolarité obligatoire, n'a pas atteint un niveau de formation reconnu doit pouvoir poursuivre des études afin d'atteindre un tel niveau (...) » (Article L.122-2 du Code de Education).

« Tout jeune doit se voir offrir, avant sa sortie du système éducatif et quel que soit le niveau d'enseignement qu'il a atteint, une formation professionnelle » (Article L.122-3 du Code de l'Education).

« Le droit à l'orientation fait partie de ce droit à l'éducation » (Article 313-1 et suivants du Code de l'Education).

5. **Elles s'inscrivent dans le cadre juridique de la « formation professionnelle tout au long de la vie ».** En effet celle-ci comporte une formation **initiale** et des formations **ultérieures** destinées aux adultes et aux jeunes déjà engagés dans la vie active ou **qui s'y engagent**. La formation professionnelle continue a pour objet de **favoriser l'insertion** ou la réinsertion des travailleurs » (Article L.900-1 du Code du Travail).

Les types d'actions de formation qui entrent dans le champ d'application des dispositions relatives à la formation professionnelle continue sont les suivantes : les **actions de préformation** et de **préparation à la vie professionnelle**. Elles ont pour objet de permettre à **toute personne, sans qualification professionnelle et sans contrat de travail**, d'atteindre le niveau nécessaire pour suivre un stage de formation professionnelle proprement dit ou pour entrer directement dans la vie professionnelle (Article L. 900-2 du Code du Travail). Les actions de lutte contre l'illettrisme et l'apprentissage de la langue française font partie de la formation professionnelle tout au long de la vie (...) (article L.900-6 du Code du Travail).

Ces actions représentent une réponse concrète « au droit à la qualification différée » inscrit depuis 2004 dans le code du travail. « *Tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à la qualification professionnelle et doit pouvoir suivre à son initiative une formation lui permettant, quel que soit son statut, d'acquérir une qualification correspondant aux besoins de l'économie prévisible à court ou moyen terme* ». (Article L.900-3, alinéa 1 du Code du Travail). « *L'Etat et la région contribuent à l'exercice du droit à la qualification, notamment pour les personnes n'ayant pas acquis de qualification reconnue dans le cadre de la formation initiale* » (L.900-3 dernier alinéa du Code du travail).

L'article L.900-3 fait écho à l'accord national interprofessionnel sur la formation et le perfectionnement professionnel du 5 décembre 2003 qui fait référence à la formation qualifiante ou diplômante différée (titre 4, chapitre 1, article 4-1)<sup>68</sup>. **Les partenaires sociaux en appellent pour sa mise en œuvre aux pouvoirs publics**<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> **Titre 4 : L'accès spécifique à la formation de certains salariés**  
Chapitre 1 : la formule qualifiante ou diplômante différée

6. **Cette lecture du Code de l'Éducation et du Code du travail met bien en évidence la volonté du législateur de traduire dans des principes juridiques le continuum entre formation professionnelle initiale et continue dans le cadre de la formation professionnelle tout au long de la vie.** Les actions « préparatoires » à la qualification et à l'emploi mises en œuvre par les régions s'inscrivent dans cette perspective.
7. **Le « continuum » qui n'est pas assuré au sein même du service public d'éducation en charge de la formation initiale pourrait l'être dans le cadre d'une mission de service public créée par les régions.**

Les actions concernées rentrent dans le cadre de l'article L.900-2-1<sup>er</sup> du code du travail « actions de préformation et de préparation à la vie professionnelle ».

Les bénéficiaires visés sont dans l'exercice du droit à la qualification professionnelle ouvert aux personnes n'ayant pas acquis de qualification reconnue dans le cadre de la formation initiale (Article L.900-3 du Code du Travail). **Ils détiennent un droit de créance opposable à l'Etat et/ou à la région en vue de bénéficier d'un droit à la formation différée.**

Les actions de pré-qualification, les formations *Savoirs de base* relèvent bien de cette « deuxième chance », aussi bien à raison du public - jeunes ou adultes sans qualification - que des objectifs - formations adaptées, accessibles au niveau territorial, gratuites pour les bénéficiaires.

---

« Article 4-1 Dans un souci d'équité, les salariés, qui ont arrêté leur formation initiale avant ou au terme du premier cycle de l'enseignement supérieur, et en priorité ceux qui n'ont pas obtenu de qualification professionnelle reconnue, et qui souhaitent poursuivre ultérieurement des études en vue d'une promotion sociale, devraient avoir accès à une ou des formation(s) qualifiante(s) ou diplômante(s) d'une durée totale maximale d'un an, mise(s) en œuvre notamment dans le cadre du congé individuel de formation.

Pour que cette ou ces formation(s) permette(nt) aux salariés un accroissement sensible de leur qualification professionnelle, ils pourront bénéficier :

- d'un concours à l'élaboration de leur projet professionnel, avec l'appui d'un accompagnement dans ou hors de l'entreprise et d'un bilan de compétences,
- de la validation des acquis de leur expérience avant de suivre la formation qualifiante correspondant à leur projet

Les coûts des actions d'accompagnement, de bilan de compétences et de validation des acquis de l'expérience sont alors pris en charge par le FONGECIF compétent.

Les parties signataires du présent accord souhaitent que les salariés concernés puissent bénéficier au moment de leur départ en formation, d'un abondement financier des pouvoirs publics correspondant au coût moyen d'une année de formation. A cette fin, elles demandent l'ouverture d'une concertation avec les pouvoirs publics.» ANI du 5 décembre 2004.

<sup>69</sup> Lors de la préparation et de la discussion de la loi du 04 mai 2004, François Fillon, alors Ministre au Travail a eu l'occasion d'explicitier le sens qu'il entendait donner à cette disposition au cours des travaux parlementaires préparatoires. « Par ailleurs, le Gouvernement travaille, dans le cadre de la préparation de la loi de mobilisation pour l'emploi, à la « deuxième chance » ; je veux parler de la formation qualifiante différée pour ceux qui sont sortis sans qualification du système scolaire. Celle-ci sera définie en phase avec les régions - qui disposent, désormais, de nouvelles compétences dans le cadre de l'approfondissement de la décentralisation-, avec l'éducation nationale et avec les partenaires sociaux. L'un des grands enjeux des prochaines années sera d'ailleurs de développer la coopération entre les branches professionnelles et les régions. Il conviendra de promouvoir et de structurer la concertation sociale à l'échelon territorial, comme il convient de la rénover à l'échelon national pour l'adapter aux réformes en cours » Séance du 03 février 2004 – compte rendu intégral de la commission sociale sur la loi du 4 mai 2004.

Il a réaffirmé cette position dans la revue Droit Social « Le nouveau droit de la formation » (N°5 mai 2004)<sup>69</sup> « Par ailleurs, le gouvernement apportera sa contribution à la formation de deuxième chance en direction de ceux qui sont sortis sans qualification du système scolaire. Celle-ci devra être définie, en lien avec les régions ».

---

## **Fiche 13 – Le recours au support juridique du GIP (groupement d'intérêt public) pour la formation d'une mission de service public de formation tout au long de la vie**

### **1. La constitution d'un GIP**

Les GIP sont apparus avec la loi d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique du 15 juillet 1982<sup>70</sup>. Depuis, les domaines dans lesquelles il est possible de constituer un GIP se sont multipliés.

En matière de formation, divers textes prévoient la possibilité de mettre en place des GIP :

- le décret n° 88-41 du 14 janvier 1988 relatif aux groupements d'intérêt public constitués pour favoriser l'insertion professionnelle et sociale des jeunes
- le décret n°92-276 du 26 mars 1992 relatif aux groupements d'intérêt public définis dans l'article 19 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 modifiée d'orientation sur l'éducation
- le décret n°92-373 du 1<sup>er</sup> avril 1992 relatif au groupement d'intérêt public défini dans l'article 50 de la loi du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle et à l'emploi
- le décret n° 93-81 du 19 janvier 1993 relatif aux groupements d'intérêt public constitués dans le domaine de la formation et de l'orientation professionnelle

---

<sup>70</sup> Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique en France.

Art. 21 : Des groupements d'intérêt public dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent être constitués entre des établissements publics ayant une activité de recherche et de développement technologique, entre l'un ou plusieurs d'entre eux et une ou plusieurs personnes morales de droit public ou de droit privé pour exercer ensemble, pendant une durée déterminée, des activités de recherche ou de développement technologique, ou gérer des équipements d'intérêt commun nécessaires à ces activités.

Le groupement d'intérêt public ne donne pas lieu à la réalisation ni au partage de bénéfices. Il peut être constitué sans capital. Les droits de ses membres ne peuvent être représentés par des titres négociables. Toute clause contraire est réputée non écrite. Les personnes morales de droit public, les entreprises nationales et les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public doivent disposer ensemble de la majorité des voix dans l'assemblée du groupement et dans le conseil d'administration qu'elles désignent.

Le directeur du groupement, nommé par le conseil d'administration, assure, sous l'autorité du conseil et de son président, le fonctionnement du groupement. Dans les rapports avec les tiers, le directeur engage le groupement pour tout acte entrant dans l'objet de celui-ci. Un commissaire du Gouvernement est nommé auprès du groupement.

La convention par laquelle est constitué le groupement doit être approuvée par l'autorité administrative, qui en assure la publicité. Elle détermine les modalités de participation des membres et les conditions dans lesquelles ils sont tenus des dettes du groupement. Elle indique notamment les conditions dans lesquelles ceux-ci mettent à la disposition du groupement des personnels rémunérés par eux.

Le groupement d'intérêt public est soumis au contrôle de la Cour des comptes dans les conditions prévues par l'article 6 bis de la loi n° 67-483 du 22 juin 1967.

La transformation de toute autre personne morale en groupement d'intérêt public n'entraîne ni dissolution ni création d'une personne morale nouvelle.

- le décret n°2001-757 du 28 août 2001, pris en application de l'article L. 423-1 du code de l'éducation et relatif aux groupements d'intérêt public constitués entre l'Etat et des personnes morales de droit public ou de droit privé dans le domaine de la formation continue, de la formation et de l'insertion professionnelles (publié au J.O. n° 200 du 30 août 2001)

La création d'un GIP résulte d'un accord entre plusieurs personnes morales, accord qui se concrétise par une convention établie entre les futurs membres, qui répond le plus souvent au nom de « convention constitutive ». Cette convention est le contrat régissant les droits et obligations entre les membres fondateurs et à venir du GIP.

Le décret du 15 février 2002<sup>71</sup> prévoit que l'approbation des conventions constitutives de GIP constitués dans les domaines de la formation, de l'orientation professionnelle et sociale des jeunes est confiée aux préfets.

Dans le cadre de la création d'un GIP en matière de formation professionnelle, quel sera le régime juridique applicable aux contrats conclus entre le GIP et les opérateurs publics ou privés ?

## **2. Quel régime juridique ?**

### L'application du Code des marchés publics

L'article 2 du code précise les personnes soumises au code : l'Etat et ses établissements publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Il semble donc que les GIP peuvent échapper au champ d'application du Code des marchés publics. Il s'agit cependant de vérifier que la personne publique n'agit pas en qualité de mandataire, auquel cas, l'application du Code des marchés publics apparaît comme automatique.

### L'application de l'ordonnance du 6 juin 2005

En cas de non application du Code des marchés publics, les GIP restent soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. L'article 6 prévoit que ces marchés doivent respecter les principes de libertés d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures afin d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

Ces règles ne sont pas fondamentalement différentes de celles prévues par le Code des marchés publics pour les marchés publics en matière de formation. En tout état de cause, la constitution d'un GIP, qu'il relève ou non du champ d'application du Code des marchés publics, ne permet pas d'échapper automatiquement à l'application des règles de mises en concurrence. A défaut d'appliquer les

---

<sup>71</sup> Décret n°2002-209 du 15 février 2002 relatif aux groupements d'intérêt public intervenant dans les domaines de la formation et de l'orientation professionnelle et de l'insertion professionnelle et sociale des jeunes

dispositions du code ce seront les principes posés par l'ordonnance qui devront être respectés.

En définitive, la difficulté juridique tient moins à la détermination des règles juridiques applicables au GIP lui-même en matière de passation d'un marché qu'à la manière d'envisager la dévolution de l'organisation de certaines prestations au GIP lui-même. En effet, le GIP pourrait apparaître comme prestataire de service pour le compte de la Région, ce qui suppose la passation d'un marché. L'exclusion liée à la théorie des prestations intégrées ou prestations "in house" est d'interprétation stricte. Un pouvoir adjudicateur peut passer un marché sans appliquer les règles de passation propres aux marchés publics s'il s'adresse à une structure sur laquelle il exerce un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services et si cette structure réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les collectivités qui la détiennent.

L'exception ne peut fonctionner si la structure comporte une personne privée. Si la structure ne comporte que des personnes publiques, cela ne suffit pas à établir l'existence d'un contrôle analogue à celui exercé par le pouvoir adjudicateur sur ses propres services, dès lors que la structure agit comme opérateur économique bénéficiant d'un minimum d'autonomie (CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen).