



## Formation professionnelle : Plaidoyer pour un nouveau service public

*Communication pour le 4<sup>ème</sup> forum de la formation en Poitou Charentes*

*Vers la construction de nouveaux marchés de la formation ?  
La formation professionnelle continue à la recherche d'une troisième voie*

Notre communication s'appuie sur les résultats de plusieurs travaux conduits sur la problématique de la commande publique en matière de formation et sur la faisabilité de la création d'un service public régional de la formation.

### Auteurs :

- Carine SEILER, consultante spécialisée en Droit et Politiques de formation, Circé Consultants.
- David SOLDINI, enseignant en Droit public à l'Université de Paris 1, consultant spécialisé en Droit de la concurrence et services publics

### Recherches de terrain et expériences en lien avec la problématique :

- Préparation d'un séminaire pour l'ARF à Charbonnières Les Bains sur le thème : « La formation entre marché et service public », octobre 2006
- Animation d'une demi-journée de réflexion sur « La commande publique de formation et les modes de contractualisation avec les prestataires de formation : état du débat et des réflexions » pour l'UROF Rhône Alpes, juillet 2007
- Étude sur la mise en place d'un Service Public Régional de la formation », Conseil Régional Nord-Pas-de-Calais, 2007
- Réalisation et animation d'un séminaire juridique sur l'opportunité et la faisabilité de la mise en place d'un Service Public Régional de la formation, Cycle de séminaire Experts, réalisé par Circé Consultants, Janvier 2008

## INTRODUCTION

---

Depuis plusieurs années, la question des règles juridiques applicables à la commande publique en matière de formation divise acteurs publics, prescripteurs et prestataires. La diversité des cultures et des pratiques des différents acteurs explique en partie ces divisions.

Historiquement, la formation professionnelle en France a été dominée par le secteur associatif et public ; ce n'est que tardivement que les acteurs privés se sont réellement affirmés en développant une offre de service compétitive et visant à concurrencer les opérateurs historiques. Si les acteurs privés ont eu particulièrement à cœur de faire reconnaître l'applicabilité des règles de concurrence à l'activité de formation, le secteur associatif, habitué à travailler en étroite collaboration avec les acteurs publics, a quant à lui accueilli cette évolution avec inquiétude, dans la mesure où elle pouvait signifier la perte d'une forme de monopole sur certaines activités et, à court ou moyen terme, la perte de « parts de marché » (ou d'activités) au profit des acteurs privés.

Le Conseil de la concurrence et les juges civils et administratifs ont eu à connaître de ces conflits. Mais, depuis 2004, plusieurs réformes ont encore complexifié les enjeux de ce débat et imposent aujourd'hui une clarification juridique.

1. D'une part, l'individualisation de la formation, la VAE et la nécessité de modulariser la formation, le développement d'une offre de formation hors temps de travail pour des salariés qui souhaitent mobiliser leur DIF, l'enjeu de la sécurisation des parcours professionnels ... ont modifié les besoins de formation. L'enjeu aujourd'hui n'est plus « d'acheter du stage » mais de commander des prestations diversifiées, susceptibles de prendre en compte des publics aux besoins différents. En outre, l'émergence des préoccupations autour de la sécurisation des parcours professionnels interroge également les élus régionaux sur les modalités de la prescription vers les dispositifs de formation afin d'assurer de réels parcours pour les individus (et non pas seulement dans une logique de gestion de flux et de placement) et sur la place de la fonction d'accompagnement, condition nécessaire à la réussite du projet professionnel et du parcours. Elle renvoie à la nécessité de réaliser un véritable diagnostic des besoins et d'articuler les différentes prestations existantes (prestations de bilan ou de positionnement, prestations de formation, de validation ou de certification, prestations d'accompagnement), ce qui suppose la conclusion de partenariats et complexifie encore la commande publique.
2. D'autre part, les relations entre la Région, commanditaire de formation, et les offreurs de formation se sont, elles aussi, complexifiées, notamment en raison de la publication du nouveau code des marchés publics en 2006 : les pouvoirs publics se voient contraints d'appliquer les procédures du Code lorsqu'ils décident d'acheter des prestations. Cette obligation nécessite une évolution de l'administration régionale mais également des acteurs locaux qui doivent s'adapter à ces nouveaux modes de contractualisation, au risque de perdre progressivement leur place d'acteurs privilégiés sur certaines prestations, au profit d'opérateurs privés plus rompus aux procédures de mise en concurrence et organisés en conséquence.

3. La décentralisation des financements de l'AFPA a, elle aussi, une incidence importante : elle interroge les collectivités régionales sur les modalités de contractualisation à adopter avec cet organisme et sur l'articulation entre leur programme régional de formations et l'offre de formation spécifique de l'AFPA. Par ailleurs, tel qu'il est envisagé, sans période transitoire, le passage en mode marché risquerait de mettre en difficulté cet opérateur historique. Pour toutes ces raisons, l'essentiel des Régions a aujourd'hui décidé de poursuivre le subventionnement de l'AFPA pour l'année 2009 car tout en étant conscient que ce type de financement est fragile d'un point de vue juridique. La mise en place d'une période de transition, permettant à l'AFPA de s'adapter aux nouvelles règles paraît fortement souhaitable. Dès lors plusieurs questions demeurent. Comment sécuriser d'un point de vue juridique une telle période transitoire ? Comment préparer l'évolution nécessaire de l'AFPA ? Quel mode de contractualisation adopter permettant de préserver la mission d'intérêt général de l'AFPA ? Faut-il régionaliser l'AFPA ou conserver l'organisation nationale ? Qu'en est-il de son patrimoine immobilier ? Si les activités aujourd'hui dévolues directement à l'AFPA font l'objet de marchés publics, quelles conséquences en matière de ressources humaines ?
4. La volonté de certaines Régions de solvabiliser individuellement une partie de la demande de formation bouleverse elle aussi les rapports avec les prestataires de formation. Plusieurs études soulignent l'intérêt de ces mécanismes de solvabilisation individuelle et plusieurs régions ont choisi de rendre « solvables » certaines prestations qu'elles délivrent. Toutefois ce choix de solvabiliser les individus modifie profondément la commande publique, puisque ce ne sont plus uniquement les autorités publiques qui décident des besoins mais également les individus qui doivent être libres de choisir entre différentes prestations et différents prestataires. Afin de répondre à cette nouvelle exigence, certaines Régions ont développé des systèmes de labellisation des organismes de formation. Toutefois, cette labellisation doit se faire dans le respect des règles de concurrence qui garantissent l'égalité entre l'ensemble des prestataires et la transparence des choix des autorités publiques. En outre, si ces procédures de labellisation permettent de guider le choix des bénéficiaires, il ne s'y substitue pas et cela pose la question de la prévisibilité de l'activité pour les prestataires de formation. Les opérateurs les plus fragiles, qui ne sont pas nécessairement les moins efficaces en termes de formation, risquent de disparaître faute d'être capable de prévoir leurs activités à court ou moyen terme.
5. Enfin, les débats européens autour des Services d'intérêt généraux - services économiques d'intérêt généraux (SIEG) et services sociaux d'intérêt généraux (SSIG) - interrogent également les élus régionaux sur les opportunités qu'ils seraient susceptibles d'offrir aux collectivités locales pour la mise en œuvre d'activités qui relèvent de l'intérêt général. L'irruption de ces notions de droit communautaire dans les débats nationaux est source de nombreuses confusions, entretenues volontairement ou non par les acteurs politiques. Les règles communautaires sont tour à tour l'objet d'une « diabolisation » excessive ou au contraire d'espérances difficilement justifiables. Certains commentateurs et acteurs y voient l'origine de tous les maux, et considèrent que l'Union européenne est responsable de la libéralisation excessive de certains secteurs et de la dérégulation, tandis que d'autres - qui sont d'ailleurs parfois les mêmes - considèrent que certaines notions d'origine communautaire, en l'occurrence la notion de Service social d'intérêt général (SSIG), peuvent apporter un éclairage au droit national et sont en mesure de limiter l'application du droit de la concurrence. Naturellement, aucune de ces visions ne

rend compte de l'évolution réelle du droit communautaire, et elles résultent davantage de considérations d'ordre idéologique et politique que d'une observation attentive des règles de droit européen. Il n'en demeure pas moins vrai que l'évolution du droit communautaire est parfois difficile à appréhender pour les acteurs régionaux et qu'elle renforce un sentiment diffus d'insécurité juridique.

L'ensemble de ces évolutions et le fait que la « régulation » tend à se faire par le contentieux donnent aujourd'hui aux acteurs un sentiment d'insécurité juridique. Face aux difficultés évidentes d'adaptation de la part des différents acteurs, les juges sont de plus en plus amenés à intervenir afin de faire respecter les nouvelles règles en vigueur. Si ces interventions du pouvoir judiciaire permettent de clarifier les règles applicables, elles peuvent également avoir des conséquences lourdes sur le pilotage des programmes de formation. Ainsi, la jurisprudence en matière de requalification des subventions en marchés publics<sup>1</sup> a sans doute forcé les administrations régionales à un meilleur respect de la réglementation en vigueur, notamment en matière de transparence des financements, mais elle a également mis en difficulté les administrations territoriales qui ont parfois dû modifier leurs procédures dans l'urgence. L'intervention du juge risque finalement de s'avérer particulièrement déstabilisante et de se répercuter sur l'ensemble des acteurs, y compris les citoyens bénéficiaires des actions de formation financées par les Régions.

Une clarification des règles juridiques applicables à la commande publique en matière de formation apparaît nécessaire et une meilleure connaissance de ces règles par les différents acteurs pourra sans doute aider les autorités régionales à améliorer leur offre de formation tout en garantissant à chaque catégorie d'acteurs – publics, associatifs et privés – les conditions nécessaires à leur développement.

---

<sup>1</sup> La jurisprudence en matière de requalification d'une subvention en marché public est très riche. La requalification dépend de différents critères :

- exécution réelle d'une prestation de service (CAA Marseille 20 juillet 1999, Ville de Toulon, AJDA 2002, p.266, obs. L. Benoit)
- lien direct entre le montant des subventions versées et les prestations réalisées (CE. Sect., 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais, préc. ; CE Avis 18 mai 2004, Cinémathèque française, préc. ; CAA Bordeaux 24 mai 2005, Région de la Réunion, BJDCP n°42 sept. 2005, p.398 (existence d'un lien direct entre une subvention et des prestations de formation professionnelles, alors même que la collectivité publique n'avait pas désigné les bénéficiaires de ces prestations, car la subvention avait été calculée et versée en contrepartie de ces prestations)
- avantage immédiat retiré par la collectivité publique de l'action menée par le prestataire (CE Avis 18 mai 2004, Cinémathèque française, préc. : l'Etat n'est pas titulaire d'un droit patrimonial sur les collections de la Cinémathèque de nature à établir que cette dernière fournirait une prestation en les gérant.)
- action du prestataire considérée comme répondant à un besoin que la collectivité a souhaité satisfaire. En d'autres termes, il existe une différence fondamentale entre la promotion d'une activité d'intérêt général préexistante et d'ores et déjà initialisée et la satisfaction d'un besoin apparaissant à l'initiative de la collectivité (CAA Marseille 1<sup>er</sup> mars 2004, Groupement agricole d'exploitation en commun "L'Aurier", BJDCP n°38, janv. 2005, p.16, concl. Louis)
- besoin de la collectivité et non celui de ses administrés (CAA Marseille 12 juin 2001, Synd. Mixte d'étude, d'aménagement, d'équipement et de gestion de l'Europole méditerranéen de l'Arbois, n°00MA02504)

Comme l'indique la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, si une Région est dans l'obligation de définir des besoins et que la contrepartie financière apparaît comme la rémunération de ces prestations, il faut alors se tourner vers la passation d'un marché public de services.

Il est pour cela nécessaire de résoudre un certain nombre de questions :

- La formation est-elle bien un marché ?
- Si oui, comment prendre en compte la spécificité de ce marché, considérant que la formation est un bien immatériel ?
- Comment concilier la qualification de marché et le fait que la formation constitue une activité d'intérêt général (la formation est définie par la loi comme une obligation nationale) ?

La tentation est grande d'adopter une vision manichéenne et d'opposer les concepts de service public ou de service social d'intérêt général (SSIG) à toute mise en concurrence. Cette qualification de SSIG, qui pourrait être appliquée à l'ensemble de la politique de formation ou uniquement à certaines activités spécifiques, permettrait, selon certains commentateurs, d'échapper à l'application du droit de la concurrence et de rendre un meilleur service aux citoyens. Cette analyse ne tient cependant pas compte de la réalité économique et juridique. D'une part, la mise en concurrence peut être utile afin précisément d'améliorer l'offre de service, d'autre part, la qualification juridique de service public ou de service d'intérêt général ne signifie pas *ipso facto* que ces activités ne seront pas soumises au droit de la concurrence. Contrairement à une idée reçue, les qualifications de marché et de service public peuvent coexister et, si la formation professionnelle est effectivement une activité d'intérêt général, elle n'en constitue pas moins un marché, c'est-à-dire une activité économique. Cette qualification explique que les Régions soient soumises au droit de la concurrence lorsqu'elles interviennent dans le domaine de la formation, notamment en tant que financeurs (A).

S'il ne fait aucun doute qu'il existe un marché de la formation professionnelle, il faut cependant également admettre les spécificités propres à cette activité. Tout d'abord, il s'agit d'une mission d'intérêt général et il est donc dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité qu'il soit rendu de la façon la plus efficace possible, en satisfaisant l'ensemble des besoins de la collectivité, qui sont par nature très diversifiés. Un pilotage public important est donc nécessaire, ce qui suppose une implication forte de la part des autorités régionales, à tous les niveaux (élus et services). Le recours aux marchés publics favorise généralement un tel pilotage en obligeant la collectivité à mieux formaliser les besoins de sa population. Toutefois, dans certains cas, le mode Marchés peut trouver ses limites, notamment lorsque la collectivité souhaite prendre en charge directement une activité qu'elle estime ne pas pouvoir être correctement réalisée par des prestataires sélectionnés sur la base d'un appel d'offres, lorsqu'elle souhaite collaborer de façon pérenne avec un même opérateur ou encore lorsqu'elle souhaite privilégier, pour certaines activités, l'intervention d'acteurs spécifiques (les associations notamment) regroupés en réseau. La formation n'est pas une activité comme une autre, sa spécificité mérite d'être reconnue (B).

Dès lors, n'est-il pas possible de concilier ces deux réalités : la formation professionnelle constitue une activité économique mais répond également à une exigence d'intérêt général? A l'instar de ce qu'ont déjà fait ou s'approprient de faire différentes régions françaises, la création d'un service public régional de la formation professionnelle peut être le point de départ de cette conciliation, au profit d'un meilleur service pour les citoyens. Il faut pour cela se fonder sur une conception renouvelée de la notion de service public, centrée sur la personne et capable de réconcilier des logiques qui sont souvent présentées comme contradictoires : la satisfaction d'un intérêt général et le respect des règles d'égalité et de transparence, propres au droit la concurrence (C).

## A. LA FORMATION EST UN MARCHÉ ... QUELLE QUE SOIT LA QUALIFICATION

---

De nombreux commentateurs et acteurs souhaiteraient opposer la qualification de service public ou de service d'intérêt général à la qualification d'activité économique ou marchande. Ainsi, la formation professionnelle (ou certains pans de cette activité), pourrait être qualifiée de service public ou de service social, et ainsi échapper à l'application des règles de concurrence. Cette analyse méconnaît la réalité juridique : les notions de service public (1) et de service d'intérêt général (2) ne permettent pas, ipso facto, d'échapper à l'application des règles de concurrence. C'est la qualification marchande ou non marchande de l'activité qui va déterminer le régime juridique applicable (3). Dans cette perspective, il est évident que la formation professionnelle est clairement une activité marchande soumise aux règles de concurrence.

### 1. La notion de service public aujourd'hui

La notion de service public est actuellement au centre de nombreux débats en France et en Europe. C'est une notion en constante évolution.

La frontière entre le public et le privé apparaît moins certaine qu'elle ne le fut pendant l'âge d'or du service public à la française : 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.

En effet, à l'origine, la notion de service public faisait référence à la fois à une mission d'intérêt général, mais avait également un sens organique et renvoyait à l'idée d'organisme public. Le service public se caractérisait traditionnellement par la présence de deux éléments : une mission d'intérêt général et la prise en charge de cette mission par les pouvoirs publics.

Aujourd'hui, le droit français contemporain s'attache essentiellement à une approche subjective, c'est-à-dire à la volonté des pouvoirs publics. 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 la prise en charge par la personne publique (en l'occurrence la collectivité régionale) et qu'existe un certain régime qui permette de détecter cette volonté<sup>2</sup>. Cette prise en charge peut être directe ou indirecte, le critère organique a perdu de sa pertinence.

**Actuellement, trois critères cumulatifs permettent de définir le service public :**

- la présence d'un intérêt général,
- la prise en charge par une personne publique
- la spécificité des caractéristiques du régime juridique applicable.

En l'absence de disposition claire, le juge se fondera sur ces critères pour déterminer l'existence ou non d'une mission de service public.

---

<sup>2</sup> Voir en ce sens P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> édition, 2003, p. 176 et suiv.

**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>3</sup>. Ainsi, pour qu'une activité soit qualifiée de service public, il faut une intervention des pouvoirs publics.

Les collectivités territoriales – et notamment les régions – peuvent donc constituer un service public. Ce dernier doit être créé par une délibération des organes délibérants dans le respect de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales afin notamment de ne pas empiéter sur le rôle conféré aux services publics nationaux. Cette création se fait dans le cadre d'habilitations législatives précises pour les services publics obligatoires ou certains services facultatifs. Dans les autres hypothèses, la décision de l'assemblée délibérante – qui doit notamment respecter la liberté de commerce et de l'industrie – se fonde sur la clause générale de compétence<sup>4</sup>.

**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.

**Les caractéristiques du régime juridique applicable.** Dans les cas d'intervention d'organismes privés, en dehors de toute délégation par voie contractuelle, l'examen du régime juridique applicable peut être un indice de la volonté des pouvoirs publics. Ainsi, la détention de prérogatives de puissance publique<sup>5</sup> ou encore l'existence d'obligations de service public sont des indices permettant de déterminer l'existence d'un service public.

**Quel que soit le critère permettant de qualifier une activité de service public, cette qualification ne permet pas d'échapper *ipso facto* à l'application des règles de la concurrence.** Cette solution est clairement et régulièrement réaffirmée par le Conseil d'État depuis l'arrêt du Million et Marais de 1997<sup>6</sup>.

---

<sup>3</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'État ou du département.

<sup>4</sup> Le Conseil d'État affirme, au sujet de la clause générale de compétence : « la clause consacre l'initiative possible de la collectivité au-delà d'une liste fixée de compétences, elle signifie plus que ce que l'État donne à faire. Il faut cependant qu'il y ait un rôle intérêt local et respect de la loi. CE 4 février 1991, Commune de Marignane/Ass. Reconstruction Ecole Sainte Marie et CE novembre 1985, Commune Aigues-Mortes.

<sup>5</sup> CE Sect. 21 mai 1976, GIE Brousse-Cardell, R. 268 ; AJDA 1977.42, concl. Grévisse.

<sup>6</sup> CE, sect., 3 nov. 1997, Sté Million et Marais, AJDA déc. 1997, p.12

## 2. Les notions de SIEG et de SSIG : les qualifications communautaires

Du point de vue de l'applicabilité des règles de concurrence, le droit communautaire ne diffère pas réellement du droit français. 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.

Le Traité ne fait pas référence à la notion de service public, sauf pour le cas très particulier de la politique de transport. En revanche, il utilise la notion de service d'intérêt économique général, qui s'apparente à la notion de service public en droit interne français.

L'article 86 alinéa 2 du Traité 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 Commission a précisé, dans plusieurs communications<sup>7</sup>, les contours de 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 États membres à des obligations spécifiques de service public »<sup>8</sup>.

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

### - 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>9</sup>, la surveillance anti-pollution dans un port maritime<sup>10</sup>) et de solidarité<sup>11</sup>. Ainsi, les soins hospitaliers par exemple sont des activités économiques et donc des SIEG.

<sup>7</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>8</sup> Communication de la commission au Parlement européen du 20 sept. 2000 : « Les services d'intérêt général en Europe » (COM 2000.580).

<sup>9</sup> CJCE, 19 janvier 1994, aff. 364/92, SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol : Rec. CJCE 1994, I, p. 43

<sup>10</sup> CJCE, 18 mars 1997, aff. C-343/95, Diégo Cali et Figli : Rec. CJCE 1997, I, p. 1547

<sup>11</sup> CJCE, 7 févr. 1993, aff. Jtes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre.

- 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>12</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.

Les activités de SIEG, comme toutes les activités économiques, sont normalement soumises au droit de la concurrence. Toutefois, l'art. 86 al. 2 du Traité permet certaines atténuations à ce principe lorsque l'activité est d'intérêt général<sup>13</sup>.

Il convient d'ailleurs de souligner que, dans de nombreux cas, l'application de ces règles de concurrence, contrairement à des idées reçues trop répandues, a pour vocation d'améliorer le service rendu aux citoyens en réduisant les coûts et en améliorant la transparence, sans pour autant obliger les pouvoirs publics à choisir le moins disant (c'est en effet aux pouvoirs publics que revient le soin de définir les besoins de la collectivité).

Enfin, dans les traités, aucune mention n'est faite des services sociaux d'intérêt général (SSIG). Il s'agit en effet d'une catégorie qui n'a pas été pleinement reconnue par le droit communautaire. Ainsi, si le régime juridique des SIEG est désormais clairement défini, la notion de SSIG peine à émerger.

Selon la communication de la Commission du 26 avril 2006 sur les Services sociaux d'intérêt général (SSIG) dans l'Union européenne<sup>14</sup>, **la notion de SSIG « ne constitue pas une catégorie juridique distincte (...) ils occupent néanmoins une place spécifique comme piliers de la société et de l'économie européennes. Elle résulte d'abord de leur contribution à plusieurs objectifs et valeurs essentiels de la Communauté, tels qu'un haut niveau d'emploi et de protection sociale, un niveau élevé de protection de la santé humaine, l'égalité entre hommes et femmes, et la cohésion économique, sociale et territoriale ».**

La récente communication du 20 novembre 2007 de la Commission reprend cette définition et souligne « l'importance de ces services pour la réalisation d'objectifs fondamentaux de l'UE, tels que l'achèvement de la cohésion sociale, économique et territoriale ou un niveau élevé d'emploi, d'inclusion sociale et de croissance économique, de même que leur interconnexion étroite avec les réalités locales. »<sup>15</sup>

**Pourtant, malgré cette reconnaissance de la spécificité des activités qualifiées de SSIG, la Commission s'est refusée à établir une liste de ces activités et à les soumettre à un régime juridique particulier.** La Commission souligne en effet la responsabilité des autorités publiques nationales et locales, qui peuvent, dans le respect de leur compétence respective, prévoir des modes de gestion spécifiques pour ces activités.

---

<sup>12</sup> CJCE, 21 mars 1974, aff. 127/73, BRT c/ SABAM : Rec. CJCE 1974, p. 51

<sup>13</sup> Voir infra B.1

<sup>14</sup> Communication de la Commission : « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne. » Bruxelles, le 26 avril 2006, COM(2006) 177

<sup>15</sup> Communication de la Commission « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen » accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle", Bruxelles, le 20 novembre 2007 COM (2007)725.

### **3. La défaillance du marché justifie la dérogation aux règles de concurrence**

Le droit de la concurrence définit ses propres catégories, indépendamment des qualifications qui peuvent être données par les autres branches du droit. Ainsi, la qualification de service public, comme celle de service d'intérêt économique général, ne permet-elle pas d'échapper *ipso facto* aux règles de concurrence.

Toutefois, dans le cadre de l'article 86 du Traité CE, certaines restrictions à la concurrence sont possibles notamment lorsque l'intérêt général ne peut être satisfait par le libre jeu de la concurrence.

La qualification de service d'intérêt général permet d'échapper à l'application des règles de concurrence 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. 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 et le caractère profitable de l'activité économique.

Ces restrictions aux règles de concurrence peuvent cependant difficilement s'appliquer à l'ensemble des activités de formation professionnelle. Il ne fait d'ailleurs aucun doute pour les juges que la formation professionnelle constitue un marché.

### **4. La formation professionnelle constitue un marché.**

La qualification d'activité marchande n'est pas antinomique avec la qualification de service public ou de service d'intérêt général. C'est ce que souligne le Conseil de la Concurrence dans ces avis de 2000 et de 2008 concernant l'AFPA<sup>16</sup>. La qualification de service public qui peut également être donnée à la formation professionnelle ne modifie en rien cet état de fait. En effet, le secteur de la formation professionnelle apparaît rentable. Il n'y a pas lieu de l'exclure des activités marchandes.

---

16 Avis n° 08-A-10 du 18 juin 2008 et n° 00-A-31 du 12 décembre 2000 relatifs à des demandes d'avis présentées par la Fédération de la formation professionnelle. Sur le sujet voir, D. SOLDINI, *Droit de la concurrence et formation professionnelle: une analyse de David Soldini*, Dépêche AEF, Dépêche n°98453 du 26 juin 2008.

## B. LA FORMATION EST UN MARCHE ... DONT LA SPÉCIFICITÉ DOIT ÊTRE RECONNUE

---

Si la formation professionnelle est une activité marchande, elle n'en demeure pas moins spécifique. Cette spécificité explique entre autre la qualification de service public (1). La reconnaissance de cette spécificité repose sur une analyse de l'activité économique que constitue la formation professionnelle (2). Dans cette perspective, l'application du Code des marchés publics peut parfois s'avérer contreproductive et des voies alternatives peuvent être envisagées (3).

### 1. La formation professionnelle est un service public qui suppose une application rationnelle des règles de concurrence

Le code de l'éducation qualifie la formation professionnelle d'obligation nationale. Suivant la jurisprudence du Conseil de la concurrence et du Conseil d'état, la formation professionnelle peut être qualifiée de service public<sup>17</sup>. L'article L. 5311-1 du code du travail définit d'ailleurs le service public de l'emploi qui : « *comprend le placement, l'indemnisation, l'insertion, la formation et l'accompagnement des demandeurs d'emploi* ». Le juge administratif considère également que l'AFPA, pour sa part, assume « *sous le contrôle de l'État une mission d'intérêt général* »<sup>18</sup>.

Or, le Traité communautaire 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* » (art. 86 al. 2).

Il faut en conclure que si l'application des règles de concurrence constitue un obstacle à la réalisation de la mission de service public telle que définie par les pouvoirs publics nationaux ou régionaux, alors il est possible de les écarter. Du point de vue du droit interne français, le Code des marchés publics prévoit des exceptions similaires<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Avis du Conseil de la concurrence précités et décision n° 07-D-27 du 31 juillet 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie

Voir également la jurisprudence du Conseil d'État, 11 décembre 1996, FSUER, concernant les centres de formation d'apprentis, Tribunal des conflits, 16 janvier 1995 concernant les activités des établissements publics, Tribunal des conflits, 12 fév. 2001, Mme D, au sujet des GRETA

<sup>18</sup> Conseil d'État, 13 février 1987, Nehal, 23 juin 2000, Adam

<sup>19</sup> L'article 35 II du CMP dispose au 3<sup>ème</sup> alinéa : « *Les marchés et les accords cadres passés selon la procédure d'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposées ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées* » peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

## 2. Les cas d'incompatibilité entre la logique de marché et la logique de service public

Si, dans la plupart des cas, l'application des règles de concurrence facilite la réalisation des missions de service public, en permettant aux pouvoirs publics de choisir l'offre la mieux adaptée aux besoins qu'ils doivent eux-mêmes définir, dans certains cas, relativement isolés, l'application de ces règles peut représenter un obstacle à la réalisation des missions d'intérêt général.

Tout d'abord, il y a naturellement le cas dans lequel il n'existe pas d'opérateurs susceptibles de réaliser la prestation ou lorsqu'il n'existe manifestement qu'un seul opérateur. Dans ce cas, la mise en concurrence n'a pas de sens puisque, précisément, il n'y a pas de concurrents.

En second lieu, il y a les cas où l'application du Code des marchés risque d'aboutir à un moins bon service rendu au citoyen, ce qui apparaît contraire à l'objectif de mise en concurrence. En réalité ces cas sont relativement peu nombreux car le Code des marchés est finalement relativement flexible si l'on en utilise toutes les potentialités<sup>20</sup>. On peut néanmoins envisager au moins trois cas de figures :

1. Dans certains cas spécifiques, les autorités publiques peuvent souhaiter établir des relations à long terme avec un prestataire particulier pour réaliser une mission qui nécessite un investissement important et des échanges réguliers entre le prestataire et les pouvoirs publics. La mise en place d'une délégation de service public peut alors apparaître plus adaptée que le simple marché public.
2. Pour d'autres activités, l'intervention d'opérateurs a priori peu concurrentiels peut se révéler particulièrement utile afin de fournir un service de qualité aux citoyens. Un opérateur incapable de répondre efficacement à un appel d'offres peut en revanche avoir une très bonne connaissance de la réalité économique et sociale du territoire sur lequel il faut intervenir. Ces opérateurs, de par leur présence permanente sur le territoire, peuvent disposer d'une connaissance ou d'une expertise particulière ou mettre en œuvre des « valeurs » qui sont autant de conditions permettant de répondre au besoin de la collectivité mais qui sont difficiles à apprécier dans le cadre d'un appel d'offres si l'on se réfère uniquement à des critères objectifs. C'est notamment le cas pour certaines formations à destination des publics les plus éloignés de l'emploi où la proximité et le suivi social peuvent apparaître plus important que l'activité de formation au sens strict.
3. En outre, la constitution de réseaux, qu'ils soient composés d'associations ou d'opérateurs publics ou privés, peut apparaître particulièrement utile dans le cadre de la politique de formation, notamment là encore pour les publics les plus éloignés de l'emploi (cas des Ateliers pédagogiques personnalisés). Or, cette logique de réseaux n'est pas toujours compatible elle non plus avec l'organisation de marchés publics.

Ainsi, sans pour autant renier l'intérêt de la mise en concurrence dans la gestion des politiques publiques, favorisant la transparence et imposant aux pouvoirs publics de définir avec précision les besoins de la collectivité, la logique du tout marché ne paraît

---

<sup>20</sup> Voir Annexe 1.

pas une solution adaptée pour construire un véritable service public de formation professionnelle. Il paraît nécessaire et constructif sortir de l'opposition stérile entre logique de service public et logique de marché, au profit d'une troisième voie, qui met la personne au cœur de la notion de service public.

## **C. VERS UNE NOUVELLE CONCEPTION DU SERVICE PUBLIC CENTREE SUR LA PERSONNE ET LA MISSION**

---

Le débat autour de l'applicabilité du droit de la concurrence, de ses avantages et de ses limites apparaît en effet paralysant. Les arguments avancés sont pour la plupart d'ordre idéologique et ne permettent pas d'envisager des solutions pour répondre au mieux aux finalités de l'action publique : la satisfaction de l'intérêt général qui se traduit par un service rendu aux citoyens.

Une conception renouvelée de la notion de service public qui servirait de socle à la constitution d'un service public régional de formation, pourrait s'articuler autour de deux lignes directrices :

- Donner à tous citoyens le droit d'accéder à une formation, indépendamment des mécanismes utilisés pour financer et gérer ce service ;
- Permettre au politique de piloter avec cohérence une activité complexe qui peut parfois être gérée efficacement par les mécanismes de marché et parfois nécessiter un investissement public plus important.

**La création d'un Service public régional de la formation pourra permettre aux Régions de définir leur conception de la commande publique.**

1. **L'achat public se distingue de la marchandisation dans la mesure où ce qui est en jeu tient à la satisfaction d'un intérêt.** Dans le cadre de l'achat public, c'est à la collectivité publique (en l'occurrence la région) de définir des critères d'achat qui permettent de satisfaire de la meilleure façon possible l'intérêt général qu'elle entend couvrir.
2. **Dans ce cadre, il appartiendra aux Conseils régionaux de fixer les conditions et les critères de mise en œuvre des prestations qu'ils achètent,** contrairement au régime de la Subvention qui n'est pas un mode de gestion dans le cadre du Service public dans la mesure où ce mode de financement leur interdit de fixer les conditions de réalisation des prestations.
3. **Dans la mesure où la formation n'est pas un bien comme un autre, les Régions peuvent définir des conditions de réalisation particulières permettant de prendre en compte la spécificité de cette activité.** Ces conditions de réalisation spécifiques seront précisées lors de l'élaboration des cahiers des charges.

4. **En matière de formation, la région n'est nullement obligée de choisir les prestataires sur la base du moins disant** ; elle peut choisir le prestataire répondant le mieux aux conditions qu'elle fixe (choix du mieux disant).
5. **La définition des caractéristiques de la commande publique constitue autant d'engagements de la région vis-à-vis des usagers.** L'enjeu est, à cette occasion, de préciser le service que l'on veut rendre à la population.
6. **Naturellement ces engagements de la région vis-à-vis des usagers devront se traduire en autant d'obligations vis-à-vis des prestataires.**

Cette approche suppose d'inverser celle qui prévaut en matière de subvention et de piloter l'offre. C'est en effet aux autorités publiques d'identifier les besoins réels de la collectivité et donc de définir les droits des usagers (critères d'accessibilité, de proximité, d'égalité) et les obligations des prestataires.

Il s'agit donc, avant de réfléchir à la question des modes de gestion, de définir le périmètre et les finalités du service public de formation professionnelle. C'est cette approche qui permet ensuite de préciser les critères applicables au Service public régional qui se déclinent en autant d'obligations pour les prestataires et de droits pour les usagers. Et, c'est à partir de cette définition des principes qui doivent guider l'action publique que les régions pourront préciser les modes de gestion les plus adaptés à chacun des segments de leur offre de formation.

## **1. La définition du périmètre du service public régional de formation**

La création du service public régional de formation pose nécessairement la question de son périmètre. Cette question, éminemment stratégique, constitue une des premières questions à résoudre pour créer un service public de formation.

Plusieurs approches sont possibles pour définir le périmètre du Service public régional. Les différentes options se décomposent en sous ensemble :

1. Le 1<sup>er</sup> choix que les élus régionaux doivent faire est de savoir si le Service public doit couvrir toutes les prestations régionales : Formation professionnelle continue, Apprentissage, Formations sanitaires et sociales ...ou se limiter – au moins dans un 1<sup>er</sup> temps – aux prestations comprises du Programme régional de formation ?
2. Si le périmètre porte sur le programme régional de formation, deux options sont encore envisageables : le SPRF doit-il couvrir l'ensemble des prestations comprises dans le programme régional ou une partie seulement de ces prestations et notamment ceux qui touchent les publics les plus en difficulté ou ceux qui supposent un accompagnement important.

**Ces différentes options sont toutes juridiquement possibles. Il s'agit d'un choix politique et stratégique de la part de la région.**

Le tableau suivant présente les avantages et inconvénients de ces deux hypothèses.

<i>Le SPRF</i>	<i>couvre tout le PRF</i>	<i>ne couvre pas tout le PRF</i>
<i>Avantages</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Donne une lisibilité à l'ensemble de l'intervention régionale</li> <li>2. Permet d'afficher les objectifs de la politique régional pour chaque prestation</li> <li>3. Place toutes les prestations dans une optique de service public</li> <li>4. Permet de réinterroger les modes d'organisation de <u>toutes</u> les prestations, les partenariats, les critères exigés des organismes de formation</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Met l'accent sur les prestations destinées aux publics les plus en difficulté</li> <li>2. Affiche la priorité régionale sur ces interventions (vis-à-vis du public et des organismes de formation)</li> <li>3. Couvre les risques juridiques qui existent surtout sur ces prestations</li> <li>4. Permet de réinterroger les modes d'organisation, les partenariats, les critères exigés des Organismes de formation de ces seules prestations</li> </ol>
<i>Inconvénients</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Les modes de gestion des différentes prestations ne seront pas nécessairement les mêmes.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cantonne la région dans une mission d'aide aux publics les plus en difficulté</li> <li>2. Affiche le programme qualifiant comme ne relevant pas d'une mission de service public</li> </ol>

## 2. La définition des critères du service public régional de formation

En second lieu, la région qui souhaite créer un service public régional doit réfléchir aux critères de mise en œuvre qu'elle souhaite adopter et qui vont permettre de déterminer les droits des usagers et les obligations des prestataires. Cette analyse des critères doit également donner des indications sur les choix en matière de modes de gestion. En effet, ces derniers doivent avant tout dépendre de l'objectif poursuivi par la collectivité.

- Principe d'égalité d'accès. Application du principe de non discrimination dans l'accès au service public. Cela n'interdit pas de définir des publics prioritaires pour certaines prestations<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> N'est pas considérée comme une discrimination des décisions d'exclusion de certains publics fondés sur des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. Voir à ce sujet plusieurs décisions de jurisprudence et notamment Conseil d'État statuant au contentieux, 18 mai 1988, JOBERT / Garde des Sceaux : « **le ministre de la justice a pu légalement classer les demandes en fonction de critères tirés de la durée des activités professionnelles antérieures et des ressources personnelles et familiales du demandeur, dès lors que ces critères ne sont pas étrangers au but poursuivi par le législateur et que le ministre a procédé à l'examen particulier de la demande du requérant** ».

Ce sont ces éléments étrangers que la Région doit pouvoir le cas échéant justifier dans la mesure où il appartient au candidat éconduit à une formation de présenter des « *éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » sur le fondement de l'article L. l'article L 122-45 du code du travail qui prévoit qu'« aucune personne ne peut être écartée (...) de l'accès à un stage ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (...), directe ou indirecte, **notamment en matière de (...) formation**, en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques de son appartenance ou de sa non appartenance vraie ou supposée à

- Principe de gratuité. Les prestations sont prises en charge par la région. Il n'est pas exigé de contribution des usagers. Si le critère de gratuité n'est pas aujourd'hui considéré comme un critère fondamental du service public (et de fait, de nombreux services publics sont effectivement payants), il est tout à fait possible d'ériger le principe de gratuité pour l'utilisateur en principe de fonctionnement de l'offre de formation professionnelle.
- Principe d'accessibilité. Une action conjointe de la Région et des différents prestataires doit rendre les prestations accessibles aux différents types de public, indépendamment de leur condition sociale ou de leur domicile.
  - Sous l'angle de l'accessibilité territoriale (notion de proximité), la plupart des prestations doivent être mobilisables sur chaque territoire, notamment dans le cadre d'une concertation territoriale (rôle de l'animation territoriale).
  - La question de l'accessibilité sociale et culturelle se pose également à travers l'accompagnement que met en place la région dans le cadre de certaines de ses prestations (hébergement, restauration, conseil, accompagnement, tutorat, contrôle médical, aide à la mobilité ...) et à travers le ciblage prioritaire de certains publics. Ces critères peuvent se définir comme des conditions de réussite de tout ou partie des prestations délivrées par la région, dans le cadre de sa mission de Service public.
- Principe de pérennité et d'adaptabilité. Les prestations doivent à la fois correspondre à des besoins pérennes et elle doit aussi prendre en compte l'évolution des dispositifs lorsque cela est nécessaire. Cela suppose que l'offre de formation régionale soit construite et adaptée régulière à partir d'une évaluation des besoins de formation de sa population. L'étape de conceptualisation des besoins est déterminante. Cela suppose le déploiement et le renforcement d'une fonction d'observation et de prospective permettant d'accompagner l'évolution des qualifications et cela suppose de faire des choix, notamment sur les priorités que les élus régionaux, en charge de l'intérêt général, souhaitent cibler<sup>22</sup>.

A partir de cette définition des principes (ou critères) qui doivent guider l'action publique, les Régions pourraient alors construire une politique de formation, avec des modes de gestion diversifiés en fonction des activités, et capable de répondre au mieux aux besoins de la population. La politique de formation pourrait alors s'appuyer sur différents modes de gestion, selon le type de prestations envisagées.

---

*une ethnie, une nation, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son appartenance physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».*

C'est alors à la partie défenderesse de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

<sup>22</sup> En effet, des choix très différents peuvent être faits. Parmi les priorités, les arbitrages peuvent porter sur les alternatives suivantes : privilégier l'accès à la qualification, privilégier une approche autour des métiers en tension, intervenir sur les trous des dispositifs ...

### 3. Des marchés publics adaptés à la finalité du service public de formation

La passation de marchés publics constitue un mode de gestion adapté dans le cadre d'un service public. Il permet de choisir parmi plusieurs prestataires celui qui répond le mieux au besoin exprimé par la collectivité. Il offre en outre de nombreuses potentialités<sup>23</sup>, si la collectivité publique en utilise efficacement toutes les marges de manœuvre.

L'application du nouveau code des marchés publics est propice au développement d'un véritable pilotage de la politique de formation professionnelle par les instances régionales. Dans une logique de marché public, c'est aux instances politiques et non aux prestataires qu'il revient de définir clairement les besoins des citoyens en matière de formation (contrairement à ce que passe dans une logique de subventionnement). La passation de marchés permet une mise en concurrence efficace des prestataires, tout en permettant aux pouvoirs publics de choisir l'offre qui répond le mieux à ces exigences et donc aux besoins de la population.

La définition de critères qui permettent d'encadrer les prestations en matière de formation et qui se déclinent en autant d'exigences vis-à-vis des prestataires de formation est une étape importante pour la définition des cahiers des charges : elle est l'occasion d'instiller les valeurs du Service public dans la commande publique.

Intégrer les valeurs de service public dans la réflexion sur l'élaboration des marchés publics (qui se déclinent alors en autant de critères) permet également d'éviter une dérive vers le moins-disant et une valorisation de la qualité des prestations rendues.

**On peut citer à titre d'exemple les critères / valeurs suivants (sans que cette liste ne soit bien entendu limitative) :**

- La mutualisation de l'ingénierie, de la recherche - développement au moins sur certains segments ;
- La définition d'une offre pérenne (principe de pérennité), notamment sur les segments nécessitant des équipements coûteux et donc souvent moins investie par l'offre privée.
- L'exigence, pour certains lots, d'accompagner les actions de formation de prestations d'appui au parcours (AIO, aide au montage de projet, accompagnement, certification, services associés ...)
- Un positionnement des organismes de formation permettant la construction de parcours (modularisation, individualisation, accompagnement, ...)
- Une animation plus forte par la région et un pilotage plus important, permettant une mission de contrôle et d'évaluation des opérateurs prestataires du SPRF (démarche Qualité). Cette dimension est le corollaire de la mission de Service Public.
- Une plus grande lisibilité pour les citoyens aboutissant à une meilleure accessibilité de l'offre de formation régionale et à une plus grande égalité entre les citoyens.

---

<sup>23</sup> Voir annexe 1

L'ensemble des éléments critères / valeurs retenus pourraient être rassemblés dans une charte du service public formalisant le cahier des charges du SPRF et les droits et obligations des prestataires de la région.

#### **4. Diversifier les modes de gestion en fonction des finalités de l'action publique.**

Naturellement, d'autres modes de gestion peuvent être envisagés. Il convient à cet égard de rappeler que si l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics a profondément modifié les règles de la commande publique, elle n'a pour autant pas fait disparaître les différents modes de gestion d'un service public (délégation de service public, gestion en régie...).

Dans certains cas, le recours au Code des marchés peut se révéler peu adapté. Rappelons quelques exemples déjà cités.

1. Ainsi, par exemple, pour certaines prestations, la région peut souhaiter préserver et amplifier la logique de réseau. En effet, la mission d'intérêt général dans le domaine de la formation professionnelle peut rendre nécessaire l'intervention coordonnée de plusieurs acteurs. Cela pourrait par exemple être le cas pour certaines activités relatives à l'acquisition des savoirs fondamentaux mises en œuvre par des opérateurs associatifs implantés localement. L'articulation en réseau de ces différents opérateurs peut s'avérer particulièrement utile, notamment pour assurer la continuité du service public au niveau du territoire et dans le temps. Une application trop rigide du code des marchés publics ne permet pas toujours de répondre à cette exigence de travail en réseau qui peut pourtant s'avérer nécessaire au bon accomplissement de la mission d'intérêt général. Dans ce cas, la constitution d'un Groupement d'intérêt public (GIP) pourrait par exemple être envisagée.
2. La délégation de service public peut également apparaître particulièrement utile pour établir des relations à long terme avec un prestataire ou plusieurs prestataires qui feraient le choix de se regrouper dans cette optique. Ce mode de gestion suppose une mise en concurrence préalable mais les procédures peuvent paraître moins rigides que dans le cadre du Code des marchés publics.
3. Enfin, la question de l'avenir de l'AFPA mérite d'être mentionnée. Soumettre les activités aujourd'hui réalisées par l'AFPA, et financées publiquement par des subventions, à des procédures d'appel d'offres risque de placer l'AFPA dans une position très délicate, sans pour autant que le bénéfice d'une mise en concurrence soit évident à court terme. Pour éviter ce risque, la possibilité de prévoir un régime transitoire pourrait être explorée, permettant aux pouvoirs publics régionaux de continuer à subventionner l'AFPA le temps que cette dernière se restructure et s'adapte au nouveau cadre réglementaire<sup>24</sup>. Dans un second temps, différentes

---

<sup>24</sup> Les politiques de formation professionnelle et d'insertion ne sont pas les seules à s'être appuyées sur des opérateurs qui bénéficiaient d'un monopole ou d'un quasi-monopole. Dans ces cas là, le passage fait souvent l'objet d'un régime transitoire, notamment afin de permettre à l'opérateur historique de s'adapter progressivement sans que cela n'entraîne de conséquences sociales trop lourdes et tout en maintenant la qualité du service rendu. A ce titre, la jurisprudence communautaire OLSEN (décision du Tribunal de première instance de la Communauté européenne du 12 juin 2005) peut sans doute apporter un éclairage intéressant. Elle pourrait permettre d'appliquer au domaine de la formation, le

solutions peuvent être envisagées : évolution vers un établissement public régional ou fédéral, intégration complète ou partielle de l'offre AFPA dans les programmes régionaux, constitution de délégation de service public au niveau régional ... La question de l'avenir de l'AFPA mérite sans doute une réflexion spécifique au niveau national et interrégional dans la mesure où elle intéresse toutes les régions ; il s'agit d'une réflexion que les régions ont tout intérêt à mutualiser.

En tout état de cause, la réflexion sur les modes de gestion ne peut être un préalable à la définition d'un service public de formation. La création d'un service public régional, qui suppose une délibération du Conseil régional, doit accompagner un processus de reprise en main de cette politique par les instances élus : c'est avant tout aux élus du peuple que revient la tâche de définir les attentes des populations et les moyens pour y répondre. Cette réappropriation par le politique doit naturellement s'appuyer sur l'ensemble des expériences des différents opérateurs de formation ce qui suppose naturellement une large concertation afin de définir les besoins de la population et les moyens pour y répondre. Les modes de gestion doivent être choisis en fonction de ces attentes, en respectant naturellement la réglementation en vigueur, qui offre, à condition que les besoins soient clairement définis, de nombreuses marges de manœuvre aux autorités régionales.

---

bénéfice d'une période transitoire pour l'AFPA afin de conduire sa restructuration. Cette possibilité ne permettra sans doute pas, à terme, de conserver le régime de subventions, mais permettrait de sécuriser les subventions pendant un laps de temps raisonnable, permettant à l'opérateur historique de s'adapter.

# ANNEXE 1 LES MARGES DE MANŒUVRE OUVERTES PAR LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS

---

## Problématique générale

L'entrée en vigueur du code des marchés publics a été accompagnée par de nombreuses critiques, stigmatisant notamment le caractère procédurier et trop formalisé des procédures prévues pour la passation des marchés publics. Il est vrai que le Code peut paraître peu flexible et surtout peu susceptible d'adaptation. De plus, contrairement au Code des marchés de 2001, la nouvelle version ne prévoit pas que certains services échappent à son application.

Pour autant, s'il est exact que l'ensemble des services sont désormais soumis aux dispositions du code, les procédures définies par le Code sont variées :

- Ainsi, l'article 29 établit la liste des services soumis à la procédure dite formalisée.
- L'article 30 précise que « *les marchés et accords cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 (ce qui est le cas pour la formation et l'insertion) peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 28* ».
- L'article 28 définit les procédures pour les marchés inférieurs à certains seuils, fixés à l'article 26, c'est-à-dire en dessous de 206 000 Euros HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales<sup>25</sup>. Cet article dispose que les modalités de la procédure adaptée « sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du norme ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstance de l'achat. Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code ».
- L'article 35 II du Code prévoit également, dans certains cas, la possibilité de passer des marchés publics sans réelle mise en concurrence, lorsque certaines conditions sont réunies et notamment lorsque les marchés organisés selon la procédure d'appel d'offre se sont révélés infructueux, faute d'opérateurs.

**Ce sont les dispositions de l'article 28 qui s'appliquent aux marchés concernant les politiques de formation et d'insertion des collectivités territoriales.**

Ces dispositions portant sur la procédure adaptée et celles de l'article 35 II sur les cas de marchés infructueux laissent aux pouvoirs publics des marges de manœuvre dans l'organisation des marchés publics.

---

<sup>25</sup> 133 000 Euros HT pour les fournitures et les services de l'Etat

## La procédure adaptée (article 28 du CMP)

**Modalités juridiques.** La jurisprudence a confirmé la soumission des procédures adaptées aux principes généraux de la commande publique : liberté d'accès, égalité de traitement et transparence.

Dans une communication interprétative du 23 juin 2006, la Commission européenne a également rappelé la soumission des entités adjudicatrices aux principes du Traité et notamment, la non-discrimination et la transparence des procédures. Elle recommande à cette fin aux pouvoirs publics de mieux décrire l'objet des marchés et de fournir aux soumissionnaires potentiels des informations détaillées garantissant leur égal accès à la commande publique et la transparence de la procédure.

Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont respectivement donné aux principes proclamés à l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics valeur de principes généraux du droit et de principes constitutionnels<sup>26</sup>. Il ressort de la jurisprudence qu'il n'est possible de se soustraire à la publicité et à la mise en concurrence des marchés que si ces conditions sont, au vu des caractéristiques des dits marchés (montant, objet, degré de concurrence entre les prestataires concernés), « manifestement inutiles » ou « rendues impossibles »<sup>27</sup>.

### **En application de ces principes, ce qui est possible :**

- **Le pouvoir adjudicateur définit lui-même les critères à prendre en compte pour sélectionner le prestataire.** Cela permet de favoriser la qualité du service. Le Code permet la sélection du prestataire le mieux disant (en matière de qualité) et ne soumet pas nécessairement l'attribution du marché au moins disant (en matière de prix).
- **La définition des modalités de mise en œuvre par le cahier des charges n'est pas nécessairement très précise et peut permettre au prestataire de faire preuve d'autonomie.** En fonction des marchés, la collectivité peut décider de donner une plus ou moins grande marge de manœuvre au prestataire.
- **L'application de l'article 10 du Code<sup>28</sup> favorise l'allotissement.** Mais, dans l'hypothèse où celui-ci serait nuisible à la qualité du service rendu, la collectivité peut néanmoins recourir au marché global. Conditions :

---

<sup>26</sup> Cons. Const. Déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit et CE avis, 29 juillet 2002, n°246921, Sté MAJ Blanchisserie de Pantin.

<sup>27</sup> CE, 9 août 2006, n° 286316 et 286347, Association des avocats conseils d'entreprises.

<sup>28</sup> Article 10 du CMP :

*« Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.*

*Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des*

- l'allotissement présente un inconvénient technique lié à la cohérence de la prestation en cause. A titre d'exemple, lorsque la collectivité n'est pas en mesure d'assurer elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
  - l'allotissement présente un inconvénient économique ou financier. Le coût global d'une prestation peut se révéler plus élevé en ayant recours à un marché alloti.
- Il est possible de prévoir différents types et degrés de publicité en fonction de plusieurs critères propres au marché : nombre de prestataires potentiels, localisation des prestataires potentiels, valeur du marché...

### **Quelques limites : exemples de pratiques interdites**

- Un pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer une obligation de transmission des candidatures et des offres par voie dématérialisée, ni fournir à certains candidats une information privilégiée au détriment des autres opérateurs économiques ;
- Il ne peut pas modifier de manière substantielle l'objet du marché en cours de procédure ou retenir des critères de sélection des candidatures et des offres discriminatoires.
- Concernant l'obligation de publicité dans le cadre des procédures adaptées, le Conseil d'État a, lors d'un arrêt concernant la région Nord Pas de Calais<sup>29</sup>, apporté quelques précisions.
  - Tout d'abord, l'arrêt affirme que seules les publications réalisées par le pouvoir adjudicateur sont à prendre en compte pour déterminer si l'obligation de publicité a été remplie. Le pouvoir adjudicateur ne peut se prévaloir de la publication spontanée par un tiers.
  - En second lieu, et c'est sans doute l'enseignement le plus intéressant, l'arrêt affirme sans ambiguïté que la procédure adaptée doit être déterminée au cas par cas, au vu de l'ensemble des éléments propres au marché et entourant la passation de celui-ci.
  - Enfin, le juge administratif estime que les acheteurs doivent déterminer la procédure en fonction d'une série de critères : l'objet du marché, son montant, le degré de concurrence entre les entreprises concernées. La publicité doit être d'autant plus large que les opérateurs économiques pourront tirer un profit du marché, qu'il soit financier ou en terme de prestige.

---

*prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.*

*Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction. »*

<sup>29</sup> CE, 7 octobre 2005, n°278732, Région Nord Pas de Calais.

### **L'absence d'opérateur (article 35-II du CMP)**

L'article 35 II dispose au 3<sup>ème</sup> alinéa : « *Les marchés et les accords cadres passés selon la procédure d'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposées ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées* » peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

L'absence d'opérateurs permet donc à la puissance publique de choisir librement le prestataire et de lui attribuer le marché. La mise en œuvre de cette disposition permet précisément de faire évoluer l'offre des prestataires lors du passage au mode marché.

Constatant l'absence de réponse des opérateurs, les pouvoirs publics ne sont pas dans l'obligation d'organiser un nouvel appel d'offre. Ils peuvent décider de maintenir leurs exigences et négocier directement avec un prestataire susceptible de répondre à leur demande.

## ANNEXE 2 – LES MARGES DE MANŒUVRE OUVERTES PAR LA CRÉATION DE SERVICES PUBLICS RÉGIONAUX OU DÉPARTEMENTAUX (MODES DE GESTION POSSIBLES)

---

Il existe de nombreux modes de gestion possibles pour un service public. Le choix entre les différents modes dépend à la fois du service public lui-même mais également des choix opérés par les pouvoirs publics.

Il est possible de distinguer entre différentes techniques : la régie, la prestation in house, la constitution d'un Groupement d'intérêt public, la passation de marchés publics, la délégation unilatérale ou contractuelle.

### 1. La gestion en 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. 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.

#### **Impacts de ce mode de gestion pour la collectivité territoriale**

Ce système ne semble pas toujours adapté à l'activité de formation professionnelle ou d'insertion (obligation nationale) qui fait intervenir de nombreux acteurs. Cependant, il n'est pas exclu que la collectivité puisse intervenir directement dans l'activité de formation professionnelle ou d'insertion sur certaines actions ciblées.

Impact sur le pilotage interne. Ce mode d'intervention suppose un pilotage interne direct. Ce sont des personnels de la région qui interviennent sur ces prestations, ils doivent être rattachés à un service de la région et contrôlés par lui.

Impact sur les partenariats. La collectivité peut conclure des partenariats directs, notamment pour permettre l'articulation des prestations afin de construire des parcours. En revanche, elle ne peut envisager de cofinancements sur les prestations gérées dans ce cadre.

### 2. La prestation « in house »

Le code des marchés publics définit la gestion « in house » comme un contrat « conclu entre une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 du code des marchés publics<sup>30</sup> - les régions notamment - et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle

---

<sup>30</sup> Art.2 du Code des marchés publics :

Les dispositions du présent code s'appliquent :

1° Aux marchés conclus par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;

comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que – même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 – il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés publics.

Ainsi, une association contrôlée par la collectivité territoriale et qui réalise l'essentiel de ses prestations pour le compte de la collectivité est considérée comme une simple « extension » de l'administration.

Dans le domaine de la formation professionnelle ou de l'insertion, comme dans de nombreux autres domaines qui relèvent de l'intérêt général, la détermination d'une situation « *in house* » n'est pas toujours aisée. Elle repose sur des critères objectifs (financiers et statutaires notamment) et seule une analyse au cas par cas des différentes structures prestataires pourrait faire apparaître des cas de gestion « *in house* ».

En réalité, la gestion « *in house* » apparaît comme une variante de la gestion directe en régie. Cela signifie notamment que les rapports entre l'organisme en charge du service public et l'administration ne sont pas soumis au respect des règles du droit de la concurrence.

#### **Impacts de ce mode de gestion pour la collectivité**

La création de modes de gestion « *in house* » n'apparaît pas nécessairement comme une solution pour financer des activités de formation. En effet, la notion de « *in house* » peut davantage être utilisée pour justifier l'absence de procédures de mise en concurrence dans l'octroi de financement public à des structures préexistantes. Il semble assez hasardeux d'essayer de créer ex-nihilo des cas de gestion « *in house* ». Le recours à la régie directe, au groupement d'intérêt public ou à la délégation de service public semble plus prudent. En effet, la notion de « *in house* » est pour l'heure simplement un moyen qu'a le juge pour détecter des cas de gestion directe masquée. Si la Région souhaite gérer directement une activité autant le faire de façon transparente en prévoyant une régie ou encore la constitution d'un GIP.

Cependant, dans certains cas précis, cette méthode peut être utilisée pour développer les activités d'un prestataire qui dépendrait presque exclusivement de financements publics. L'exemple donné par la récente affaire concernant le festival d'art lyrique d'Aix en Provence<sup>31</sup> apparaît particulièrement riche en enseignements puisque c'était effectivement la volonté de la commune de confier l'essentiel de la réalisation du festival à une association qui est à l'origine de la « prise de contrôle » de l'association par les pouvoirs publics et donc de la qualification « *in house* ». Le fait que l'objet social de l'association était exclusivement lié à la réalisation de l'activité d'intérêt général, et que le financement était presque entièrement public a permis au juge d'identifier un cas de gestion « *in house* ».

2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

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 à leurs établissements publics.

<sup>31</sup> Selon le Conseil d'État, l'existence d'un organisme intermédiaire ne signifie pas exclusion d'une gestion « *in house* ». CE 6 avril 2007, Cne d'Aix en Provence<sup>31</sup>.

Impact sur le pilotage interne : ce mode de gestion suppose de la part de la collectivité un pilotage interne similaire à celui de la régie.

Impact sur les partenariats : La collectivité peut conclure des partenariats directs, notamment pour permettre l'articulation des prestations afin de construire des parcours. En revanche, elle ne peut envisager de cofinancements sur les prestations gérées dans ce cadre. (Idem Régie)

### 3. La constitution d'un GIP

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 GIP est soumis au contrôle de l'administration qui en a autorisé la création<sup>32</sup>. Les personnes chargées de la gestion d'un service public – notamment les régions dans le domaine de la formation professionnelle – doivent être majoritaires dans l'assemblée du groupement. Les GIP ne sont pas soumis au Code des marchés publics, ni à l'obligation d'avoir un personnel fonctionnaire.

#### Impacts de ce mode de gestion pour la collectivité

##### Impact du point de vue juridique :

- Les rapports entre les différents membres du GIP ne sont pas soumis au respect des règles de concurrence.
- En revanche, pour les prestations qu'un GIP commande, il faut appliquer les règles de concurrence.

Impact du point de vue du pilotage. Il y a deux types de partenariats possibles dans ce cadre :

- le partenariat entre structures adhérentes au GIP (dans ce cas, pas d'application des règles du marché à l'intérieur du GIP)
- le partenariat entre les acteurs du GIP vis-à-vis de l'extérieur (avantages et difficultés de l'expression convergente des parties prenantes du GIP).

### 4. La passation de marchés publics

Dans le cadre d'une gestion directe, les pouvoirs publics peuvent faire appel à des prestataires externes pour réaliser certaines actions. Les pouvoirs publics peuvent prévoir la passation de marchés publics : il s'agit pour la collectivité publique d'acheter une (ou plusieurs) prestation à un opérateur qui demeure extérieur au service public et qui ne supporte pas la charge du service.

---

<sup>32</sup> Dans les domaines de la formation, de l'orientation professionnelle et sociale des jeunes, le décret du 15 février 2002 prévoit que l'approbation des conventions constitutives de GIP constitués est confiée aux préfets. Cf. 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 professionnelles et de l'insertion professionnelle et sociale des jeunes

Il n'y a pas de transfert de responsabilité ni d'ailleurs d'octroi de droits spéciaux au prestataire. Il ne s'agit pas véritablement d'un mode de gestion d'un service public mais plus simplement de l'achat de prestations de la part d'une collectivité publique.

L'organisation de la passation du marché public doit être conforme aux dispositions du code des marchés publics qui encadrent les procédures.

### **Impacts de ce mode de gestion pour la collectivité**

#### Impact du point de vue juridique.

**Le code des marchés publics prévoit une procédure simplifiée pour les prestations de l'article 30 (dont la Formation et l'insertion).** La collectivité est tenue de respecter des règles de transparence, publicité et mise en concurrence mais pas d'appliquer l'ensemble des règles du CMP. Les principes « de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » (art. 1 du CMP) doivent être respectés pour élaborer la procédure<sup>33</sup>. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics<sup>34</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

#### Impact du point de vue du pilotage interne.

Le contrôle de la collectivité sur l'activité des prestataires dépend du cahier des charges et du contrat conclu avec les prestataires.

#### Impact du point de vue des partenariats. La collectivité peut réfléchir à :

- l'articulation de son offre avec celle des autres financeurs
- à la mise en place d'appels d'offre groupés (avec d'autres financeurs)

## **5. La délégation de service public**

L'administration délègue véritablement la gestion d'un service public à un organisme qu'elle ne contrôle pas. La loi définit la délégation comme « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.* »<sup>35</sup>

Une délégation de service public peut être réalisée unilatéralement ou contractuellement. La délégation unilatérale ne peut être que le fait de la loi<sup>36</sup>, les autres collectivités (dont les régions) établissent, quant à elles, des délégations contractuelles (les articles L.1411-1 et suiv du CGCT définissent la délégation comme un contrat).

<sup>33</sup> Conseil d'État, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres.

<sup>34</sup> Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics.

<sup>35</sup> Art 3 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, codifié à l'article L. 1411-1 du CGCT.

<sup>36</sup> CE 3/11/97 Sté Million et Marais.

### **Impacts de ce mode de gestion pour la Collectivité**

Il semble possible de prévoir des délégations de service public pour certaines prestations.

Impact d'un point de vue juridique. La DSP est attribuée dans le cadre d'une passation de marché, avec le respect de l'ensemble des règles de transparence ... Cela suppose pour la région de construire un cahier des charges très précis, car la durée d'engagement est longue.

Impact du point de vue du pilotage. Le prestataire se trouve dans une relation où il doit rendre des comptes. Cela suppose un pilotage interne important afin de ne pas perdre le fil (durée longue de la prestation).

Impact du point de vue des partenariats. La création d'une délégation de service public aboutirait à restructurer profondément le segment d'offre de formation qui serait concerné par la DSP : en assurant une durée plus longue dans la gestion de la prestation et en désignant pour chaque territoire un prestataire unique, la DSP poussera sans doute à des regroupements ou à la présentation d'offres groupées d'organismes.

## **6. La subvention**

La subvention 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 implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition. ». Cf. Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics.

### Critères <sup>37</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.
- La subvention ne constitue pas la contrepartie du travail réalisé et ne peut être regardée comme un service rendu

---

<sup>37</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'État 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

- 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).
- 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

***Attention : Cela signifie que la subvention n'est pas réellement un mode de gestion du Service Public.***

- ♦ *En effet, la subvention interdit un contrôle sur l'exécution des prestations.*
- ♦ *La gestion d'un service public suppose un intérêt général et la prise en charge par la région qui va définir des moyens pour satisfaire cet intérêt général. Cela nécessite un contrôle et un pilotage par la collectivité.*

#### **Impacts de ce mode de contractualisation pour la Collectivité**

Impact du point de vue du pilotage interne / externe. Le mode subvention exclut toute possibilité de pilotage de la part de la collectivité dans la mesure où la subvention ne constitue pas la contrepartie du travail réalisé et ne peut être regardée comme un service rendu et où la personne publique ne peut pas avoir pris l'initiative, ni supporter la responsabilité de la réalisation des activités subventionnées.

Impact du point de vue des partenariats. Dans le cadre de la subvention, le cofinancement des actions est obligatoire, c'est même une condition pour appliquer le régime juridique de la subvention. Cela ne signifie toutefois pas la nécessité de définir un partenariat structuré avec les autres financeurs.

**L'impact des modes de gestion sur le pilotage par la collectivité, sur le contrôle de l'exécution des prestations et sur la définition de partenariats**

	<b>Pilotage interne</b>	<b>Contrôle sur des prestations</b>	<b>Partenariats</b>
<b>Régie</b>	Pilotage interne direct. (personnels de la région rattachés à un service du CR / CG et rendant des comptes dans ce cadre)	Évaluation interne ou évaluation par un prestataire extérieur	Partenariats <u>directs</u> possibles, notamment pour permettre l'articulation des prestations afin de construire des parcours Pas de Cofinancements possibles
<b>In House</b>	Pilotage interne direct, via une structure indépendante d'un point de vue juridique des pouvoirs publics (association)	Évaluation interne ou évaluation par un prestataire extérieur	Idem Régie
<b>GIP</b>	Suppose une fonction de pilotage interne : - le GIP doit être piloté par les pouvoirs publics régionaux/ départementaux s'ils en sont à l'initiative - la collectivité a quoiqu'il en soit intérêt à créer une fonction de pilotage interne.	L'évaluation suppose une fonction transversale aux différents acteurs du GIP	<u>2 types de partenariats</u> : - dans le cadre du GIP - des acteurs du GIP vis-à-vis de l'extérieur (multilatéraux)
<b>Marché Public</b>	Suppose une fonction de pilotage pour : - l'analyse des besoins - l'analyse des offres - les conditions d'exécution	Contrôle à toutes les étapes.	La collectivité peut réfléchir à : - l'articulation de son offre avec celle des autres financeurs - ou à la mise en place d'appels d'offre groupés (avec d'autres financeurs)
<b>Délégation de Service Public (DSP)</b>	Pas de transfert de la responsabilité du Service Public mais transfert de l'exécution : Suppose un pilotage interne important en amont (la définition du cahier des charges doit être d'autant plus précise que la DSP porte sur une durée longue)	Contrôle du respect du cahier des charges par le délégataire Suppose une fonction de contrôle (≠ pilotage).	La DSP va restructurer l'offre de formation en région (pousser à des regroupements)
<b>Subvention (qui n'est pas un mode de gestion du service public)</b>	Pilotage interne possible des conventions d'objectifs mais pas de définition des besoins.	Fonction de contrôle a posteriori. Pas de contrôle sur l'activité mais sur le bon usage des crédits. Sanction : non conduction de la Subvention.	Cofinancement obligatoire des actions = condition de la subvention. Ne signifie pas la définition d'un partenariat structuré.

