

La formation professionnelle, le droit de la concurrence et les services d'intérêt général

Une analyse des échanges entre Laurent Wauquiez, secrétaire d'Etat chargé de l'Emploi et les députés, lors de l'examen à l'Assemblée nationale du projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie

David Soldini, chargé d'enseignement et de recherche en droit public à l'Université Paris-I (Panthéon Sorbonne), expert auprès du groupe Amnyos

Le débat sur le projet de loi sur la formation professionnelle a donné lieu à des échanges vifs et intéressants entre le secrétaire d'Etat chargé de l'Emploi, Laurent Wauquiez, et les parlementaires de l'opposition, notamment sur la portée des dispositions communautaires et plus particulièrement du droit de la concurrence. Après avoir été interpellé par des députés sur différentes questions concernant l'application des règles de concurrence à l'activité de formation professionnelle, suite à des propositions d'amendements visant à introduire un nouveau type de contractualisation entre les collectivités régionales et les opérateurs de formation et à exclure les actions de formation financées par les régions du champ d'application de la directive « Services », le secrétaire d'Etat a tenu à apporter quelques précisions. Toutefois, s'il faut se féliciter qu'un tel débat ait effectivement lieu à l'Assemblée nationale, certaines affirmations gouvernementales méritent d'être nuancées et ne donnent pas nécessairement une image très fidèle d'une réalité qui apparaît plus complexe que ce que laisse entendre Laurent Wauquiez (*lire les propos du ministre à la fin de cette chronique*).

En premier lieu, le secrétaire d'Etat rappelle à juste titre qu'en l'état actuel du droit « *la formation professionnelle est considérée comme une activité économique, soumise à ce titre au droit de la concurrence* » et que la notion de Services sociaux d'intérêt général « *ne permet pas de se soustraire à l'application* » de ces règles. Ceci est tout à fait correct, bien qu'il eut pu ajouter à cette déclaration que le fait d'être soumis à ces règles signifie également que ces activités peuvent, le cas échéant, bénéficier des dispositions de l'article 86.2 du Traité communautaire qui précise justement que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de 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.* »

Un rapide survol de la jurisprudence de la CJCE (Cour de justice des communautés européennes) permet de mieux comprendre la portée de cet article fondamental. Elle peut se résumer ainsi : dès lors qu'un Etat membre a clairement défini une mission d'intérêt général, et que l'application stricte des règles de concurrence constitue une entrave à sa réalisation, alors certains aménagements sont possibles. Les autorités nationales peuvent notamment décider d'attribuer cette mission à un opérateur spécifique en prévoyant une compensation pour les activités relevant du service d'intérêt général. C'est d'ailleurs ce que fait l'Etat lorsqu'il accorde des compétences particulières à un opérateur comme Pôle emploi – opérateur certes public mais qualifié d'entreprise au regard du droit communautaire – pour réaliser des activités de placement, qui constituent, au même titre que la formation professionnelle, des activités économiques. Les autorités communautaires se limitent à un simple contrôle minimal d'appréciation, comme l'a rappelé le Tribunal de première instance de l'Union européenne dans l'arrêt BUPA du 12 février 2008, en soulignant que « *les Etats membres ont un pouvoir discrétionnaire dans la détermination des SIEG et que la définition par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste* ». Les juges ont tenus à préciser que la dérogation de l'art. 86.2 ne « *pourrait jamais produire ses effets si son application devait en même temps assurer le plein respect des règles auxquelles elle est censée déroger* ».

L'Etat français a largement recours à ces dérogations dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle. L'Afpa, entre autre, bénéficiait jusqu'à récemment de dispositifs de ce type. C'est actuellement également le cas des CFA (centres de formation d'apprentis). On retrouve des dispositifs similaires aussi dans le domaine de l'insertion où les missions locales, par exemple, se voient confier la mission d'accompagnement des jeunes en vertu de l'article R. 5131-4 du code du travail. A la lumière de ces quelques exemples, qui illustrent une pratique très courante de l'Etat français, les déclarations du secrétaire d'Etat apparaissent pour le moins surprenantes. Alors que l'Etat a régulièrement recours aux dérogations prévues par le droit communautaire pour organiser certains services publics, cette possibilité serait interdite aux régions, pourtant en charge d'activités d'intérêt général !

Pour autant, si ces dispositifs existent en droit français, ils ne sont d'ailleurs pas tous très bien sécurisés juridiquement au regard du droit communautaire, notamment du point de vue de l'organisation du financement, comme le souligne pertinemment le rapport de l'Igas (Inspection générale des affaires sociales) sur la prise en compte des spécificités des services d'intérêt général dans la transposition de la directive « Services » et dans l'application du droit communautaire des aides d'Etat. Ces structures « *bénéficient d'un jeu de conventions très structurées, généralement en référence à des schémas nationaux de conventionnement qui précisent les conditions de contrôle et d'évaluation*

et qui gagneraient à se référer explicitement à la notion de service d'intérêt économique général ». Ce même rapport, rédigé par Michel Thierry, propose d'ailleurs « de donner une base légale à la notion de convention de partenariat d'intérêt général pour régler les problèmes de recours à la subvention et de ne disposer que de quatre vecteurs juridiques pour l'application de la notion de mandat (marchés, DSP, partenariats publics / privés et convention de partenariat d'intérêt général) »

Le mandatement avec octroi de droits spéciaux, une troisième voie entre marché public et DSP

La référence à la notion de « mandat » permet de soulever la seconde imprécision du secrétaire d'Etat. Laurent Wauquiez s'interroge, après avoir été saisi par Alain Rousset (député SRC de Gironde), également président de l'ARF (Association des régions de France), sur la portée de la notion de mandatement en droit communautaire. Il conclut qu'il s'agit pour la Commission de « *la simple transcription de ce que nous appellerions une délégation de service public* » et que naturellement « *les règles du droit de la concurrence s'appliquent* ». S'il est effectivement juste d'affirmer qu'une délégation est une forme de mandatement, il est juridiquement inexact de réduire cette dernière aux seules délégations. La notion de mandatement, comme de nombreuses notions en droit communautaire, n'a pas vocation à correspondre à un dispositif unique mais recouvre de multiples mécanismes juridiques nationaux qui, du point de vue du droit communautaire, apparaissent similaires. Aussi, l'attribution d'un marché public ou une délégation de service public est un acte de mandatement, tout comme une disposition législative attribuant une mission de service public à un opérateur.

Naturellement, les règles du droit de la concurrence s'appliquent également mais, comme nous l'avons déjà rappelé, les dérogations prévues par ce même droit aussi. De surcroît, si le droit communautaire exige le respect des règles de concurrence, là encore leur mise en œuvre ne répond pas nécessairement à la seule procédure prévues par le code des marchés publics ou celle de délégation de service public. L'application de ces procédures permet certes le respect des principes de transparence, publicité, et d'égalité entre les prestataires, qui constituent le socle du droit public de la concurrence, mais ce n'est pas le seul moyen pour y parvenir. Il est juridiquement concevable, du point de vue du droit communautaire comme du droit constitutionnel français, de prévoir que les régions, dans certains cas spécifiques, puissent déroger aux procédures de marché public et de délégations de service public, tout en définissant des procédures de mandatement spéciales respectant les principes de concurrence. C'est ce que fait notamment la région Poitou-Charente, qui ne peut être assimilé à l'exemple cité par Laurent Wauquiez de la région Limousin qui subventionne les organismes. Cette possibilité

de déroger au code des marchés publics et de définir des procédures spécifiques doit cependant être prévue expressément et légalement, ce qui n'est actuellement pas le cas.

Le secrétaire d'Etat estime que « *même si le Parlement adoptait une loi, le Conseil d'Etat la balayerait d'un revers de main* ». Pourtant, il est probable que le Conseil d'Etat, qui, faut-il le rappeler, n'a pas compétence à contrôler la constitutionnalité des lois ni même la conformité de celles-ci au droit communautaire, ne trouve rien à redire à un tel dispositif. Le contrôle du Conseil d'Etat ne pourrait porter que sur d'éventuels décrets d'application. Le juge administratif se montrerait cependant plus royaliste que le roi s'il décidait de sanctionner un acte sur le fondement d'une incompatibilité avec le droit communautaire, alors que la CJCE considère, elle, que les Etats sont légitimes pour réglementer les services d'intérêt général et prévoir, le cas échéant, des modes de contractualisation spécifique. A-t-on jamais vu le juge administratif français plus européen que son homologue communautaire ?

Ainsi, en autorisant les régions à utiliser le mandatement avec octroi de droits spéciaux – c'est ainsi que ce type de dispositif est généralement nommé en droit communautaire – dans le domaine de la formation professionnelle, il ne s'agit pas de contrevenir au droit de la concurrence, mais de laisser aux régions, qui disposent d'une compétence large en matière de formation professionnelle, la liberté de définir elles-mêmes les contractualisations permettant le respect des principes de publicité et de transparence tout en facilitant la réalisation des missions d'intérêt général telles qu'elles définissent, notamment lorsque le recours aux marchés publics ou à la délégation de service public n'est pas satisfaisant. Naturellement, si cette compétence devait aboutir à des pratiques anti-concurrentielles de la part des autorités régionales, alors le Conseil d'Etat pourrait, dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et en tant que juge de la concurrence, « *balayer d'un revers de la main* » les choix des régions.

La directive « Services » concerne la formation professionnelle

Enfin, la troisième remarque concerne la fameuse directive « Services », autrefois nommée directive Bolkenstein. Le secrétaire d'Etat affirme : « *la directive « Services » ne porte pas sur la formation professionnelle* ». Il faut probablement attribuer cette formule maladroite à la spontanéité propre aux débats parlementaires. Sans doute le secrétaire d'Etat voulait-il dire que la directive en question n'est pas de type sectoriel, mais a une portée générale et a vocation à s'appliquer à l'ensemble des prestations de service. La directive en question concerne donc bien la formation professionnelle au même titre que tous les autres types de services.

Le ministre a néanmoins raison d'affirmer qu'il est impossible « *d'utiliser sa transposition pour soustraire la formation professionnelle au champ de l'activité économique* ». Toutefois, il ne semble pas que les demandes de l'opposition aillent aussi loin...

La directive « Services » risque de poser certains problèmes d'application dans des secteurs spécifiques, et en particulier dans le cadre des services sociaux financés par les pouvoirs publics, notamment du fait des dispositions relatives aux systèmes d'autorisations. La notion d'autorisation, au sens de la directive, englobe l'ensemble des techniques visant à encadrer des marchés en prévoyant une préselection d'opérateurs. Cela pourrait notamment avoir un impact sur les labellisations dans le domaine de l'orientation et la formation professionnelle, alors même que le projet de loi insiste sur la mise en place de tels dispositifs. Les autorités communautaires, conscientes des difficultés que peut faire peser une telle réglementation dans certains secteurs, ont prévu de nombreuses exceptions à l'application de la directive. L'article 2.2.j du texte communautaire prévoit notamment une exception pour « *les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État* ».

Cette exception pourrait probablement s'appliquer aux activités de formation professionnelle financées par les régions si l'Etat français le souhaitait. Il faut cependant pour cela une disposition législative le prévoyant expressément et la loi sur la formation professionnelle est sans doute le meilleur moment pour le faire.

Nul besoin pour les autorités françaises de tenter de « *modifier dans les cinq années à venir* » le droit européen pour satisfaire les demandes des régions, comme le suggère Laurent Wauquiez. Le droit communautaire reconnaît largement aux Etats membres le droit d'organiser les services d'intérêt général. Il considère que les Etats sont légitimes pour déterminer ce qui relève de l'intérêt général et définir les modalités pour satisfaire cet intérêt comme le rappelle notamment la Communication de la Commission de novembre 2007, « *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen* » : « *Les autorités compétentes des États membres sont libres de définir ce qu'elles considèrent comme des services d'intérêt économique général et disposent d'une grande marge de manoeuvre pour décider des modalités d'organisation, de régulation et de financement de ces services, en conformité avec le droit de l'UE et dans les limites de l'erreur manifeste.* »

Dés lors, que les raisons juridiques n'existent pas, c'est sur le terrain politique que le gouvernement devrait justifier son choix de ne pas satisfaire aux demandes des régions. A défaut, le risque est d'alimenter,

encore, l'idée d'une politique nationale impuissante face au droit communautaire.

Assemblée nationale, extraits de la séance publique du 17 juillet 2009, propos de Laurent Wauquiez, secrétaire d'Etat chargé de l'Emploi

Premièrement, en l'état actuel du droit communautaire, de notre point de vue – mais l'État n'impose pas à tout un chacun, et notamment pas aux responsables des collectivités locales, d'avoir la même analyse que lui –, il n'y a aucune marge de manœuvre : la formation professionnelle est considérée comme une activité économique, soumise à ce titre au droit de la concurrence.

Deuxièmement, de l'avis des plus grands experts que nous avons consultés, la notion de SSIG est totalement vide. Autrement dit, elle ne reçoit aucune application en droit communautaire permettant de l'utiliser pour se dérober au droit de la concurrence. La notion de services sociaux d'intérêt général ne permet pas de se soustraire à l'application du droit de la concurrence. Si jamais vous avez une autre vision de la jurisprudence de la CJCE, je suis preneur. Pour notre part, nous avons saisi le Conseil de la concurrence, demandé des expertises, consulté la direction des affaires juridiques, posé la question au Conseil d'État, bref, nous nous sommes adressés à tout ce qui fait l'expertise du droit public en France. Personne n'est parfait, me direz-vous, peut-être ont-ils manqué quelque chose ; reste que la doctrine sur ce sujet est tout de même assez unanime.

Troisièmement, la directive « services » ne porte pas sur la formation professionnelle et ne permet pas d'utiliser sa transposition pour soustraire la formation professionnelle au champ de l'activité économique.

Reste un problème qu'a soulevé le député Rousset, qui m'a écrit à ce sujet en tant que président de l'ARF : l'ambiguïté, en droit communautaire, de la notion de mandatement. On s'est parfois demandé ce que la Commission européenne avait exactement en tête. Le mandatement n'offre-t-il pas un biais permettant d'atténuer, notamment pour les personnes les plus éloignées de l'emploi, l'application du droit de la concurrence ? Cette notion apparaît dans une décision du 28 novembre 2005 relative à l'application des dispositions de l'article 86-2. Or il apparaît, après avoir interrogé la Commission, que la notion de mandatement est pour elle la simple transcription de ce que nous appellerions une délégation de service public. Ils considèrent que les règles du droit de la concurrence s'appliquent, que vous l'exerciez vous-même ou que vous l'exerciez sous forme de délégation de service public.

Ce qui n'autorise pas à se soustraire aux règles du droit de la concurrence.

En outre, il faut savoir que le droit communautaire est supérieur, dans la hiérarchie des normes, au droit national. Même si le Parlement adoptait une loi, le Conseil d'État la balayerait d'un revers de main. Même une loi ne nous protégerait pas.

Autrement dit l'état actuel du droit, de notre point de vue, ne nous permet pas de faire autrement que de nous soumettre au droit de la concurrence. Nous le faisons donc sur nos propres marchés.

Certaines régions ont la même lecture que nous. C'est le cas de la région Bretagne, qui s'est engagée dans cette démarche. D'autres régions en ont une autre : la région Limousin, par exemple, a considéré qu'elle pouvait continuer à subventionner l'Afpa. Un contentieux est en cours. J'attends de voir quel en sera le résultat. Mais, comme je vous l'ai dit, je suis très inquiet de la prise de risque juridique. Si, comme je le pense très fortement, les tribunaux annulent les subventions, il pourrait être demandé rétroactivement à l'Afpa de reverser les sommes qu'elle a reçues. C'est une grosse prise de risque.

Reste l'ouverture qui a été faite par le député Rousset, et sur laquelle je suis totalement prêt à travailler. Le code des marchés publics nous laisse des marges. La Bretagne les a exploitées, avec un appel d'offres contenant des clauses qui valorisaient les services publics et l'accompagnement des personnes les plus éloignées de l'emploi. Je crois que c'est dans cette voie qu'il faut s'engager. Nous y sommes prêts. Je vous ai donné l'exemple de l'appel d'offres que nous avons lancé pour les détenus et autres publics très spécifiques. C'est l'Afpa qui l'a remporté, et notamment parce que nous avons veillé à ce que les clauses de l'appel d'offres valorisent la dimension de service public. Au vu de l'état du droit européen et de notre capacité – soyons lucides – à le modifier dans les cinq années à venir, cela me semble la meilleure voie. Je suis tout à fait prêt à travailler avec vous dans ce sens.

Le compte-rendu intégral de la séance du 17 juillet 2009 est disponible à l'adresse suivante:

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2008-2009-extra/20091022.asp>