

Quelle place pour la délégation de service public en matière de formation professionnelle ?

- La mise en place d'un service public régional délégué de la formation professionnelle est désormais possible sous réserve de respecter les conditions légales de la délégation de service public : une mission de service public, le pouvoir d'organisation de l'activité par la collectivité, l'autonomie de gestion de l'exploitant, une rémunération liée aux résultats de l'exploitation.
- Il est néanmoins indispensable de redéfinir le périmètre des missions confiées au cocontractant.

Auteur

Gilles Le Chatelier, conseiller d'État, directeur général des services de la région Rhône-Alpes

Mots clés

Formation professionnelle • Droit de la concurrence • Contrat • Gestion du service • Mission de service public • Pouvoir d'organisation de l'activité • Autonomie de gestion • Résultat d'exploitation •

Si l'introduction du droit de la concurrence en matière de formation professionnelle est aujourd'hui assez largement acceptée par les acteurs publics, il y a aujourd'hui en revanche un débat assez animé sur la question de savoir quel type de contrat peut lier la collectivité publique responsable à l'opérateur chargé de prodiguer ses services aux stagiaires de la formation professionnelle.

S'agissant des régions, cette question a été particulièrement avivée par le transfert par l'article 13 de la loi du 13 août 2004 des compétences « donnant lieu à l'organisation et au financement par l'État des stages de l'AFPA ». Dans la pratique, à compter du 1^{er} janvier 2009 pour l'ensemble des régions, il s'est agi de renouveler le mode de relations les liant à l'AFPA, le système de la subvention semblant très largement exclu, à terme, par les règles de concurrence issues notamment du droit européen⁽¹⁾. Partant en particulier de la spécificité des missions confiées à l'AFPA et des prestations assurées par cette dernière, plusieurs régions se sont interrogées sur la possibilité de mettre en place un véritable « service public régional de la formation professionnelle » ; certaines ont déjà à ce jour délibéré pour instituer de tels services publics dont les prestations confiées à l'AFPA ne constituent d'ailleurs le plus souvent qu'une partie.

Bien que l'organisation d'une activité en service public dûment reconnue n'impose pas nécessairement le choix d'un outil contractuel déterminé pour les relations entre la collectivité publique organisatrice et les opérateurs, il était inévitable qu'on s'interroge sur la place que la délégation de service public pouvait détenir dans cet ensemble. Même si la pratique habituelle, « encouragée » par le juge, consiste plutôt aujourd'hui à recourir aux marchés publics⁽²⁾ pour assurer ce type de prestations,

(1) Voir pour un exemple récent de condamnation d'un système de financement par la Région des actions de formation professionnelle TA Limoges 6 mai 2010 Association pour la formation dans le Massif Central, AJDA 2010.1323, note J.D. Dreyfus.

(2) CE 26 mars 2008 Région de La Réunion n°284412, AJDA 2008.1152 avec note J.D. Dreyfus ; CE Section 20 janvier 2009 ANPE, n°290236, AJDA

le recours à d'autres modes contractuels – délégation de service public – ou quasi contractuels – procédure d'investissement avec droits exclusifs – a pu apparaître *a priori* intéressant pour permettre en particulier de conclure des partenariats de plus longue durée sur des missions d'accueil de publics spécifiques. Le recours à la délégation de service public n'est possible que si les conditions légales, éclairées par la jurisprudence, sont remplies. L'application à la formation professionnelle de cette formule contractuelle constitue aussi l'occasion de revenir sur l'ensemble de ces conditions légales, compte tenu d'une actualité jurisprudentielle particulièrement nourrie sur ce sujet.

Les questions qui se posent sont donc les suivantes: l'activité en cause constitue-t-elle une mission de service public (I), la collectivité régionale dispose-t-elle d'un pouvoir d'organisation de cette activité (II), l'opérateur bénéficiaire du contrat dispose-t-il d'une véritable autonomie de gestion (III) et enfin sa rémunération est-elle substantiellement liée aux résultats d'exploitation (IV). Ce n'est qu'à l'issue de la réponse à ces quatre questions qu'il sera possible d'indiquer à quelles conditions les collectivités régionales peuvent recourir à la délégation de service public pour gérer leurs actions en matière de formation professionnelle.

I. L'activité constitue-t-elle une mission de service public ?

La reconnaissance d'une activité comme constituant un service public résulte de trois critères jurisprudentiels bien connus: une mission d'intérêt général, un contrôle de l'exécution de l'activité par une personne publique qui impose aux acteurs des obligations particulières et la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, même si ce troisième critère est optionnel⁽³⁾. Si la première condition est assez facilement remplie en pratique, la seconde donne parfois lieu à des appréciations plus délicates, comme l'illustre le débat sur la nature juridique du titre d'occupation du stade Jean Bouin par l'opérateur qui est chargé de sa gestion⁽⁴⁾. C'est toute la distinction entre activité d'intérêt général et mission de service public, comme le montre l'exemple de l'exploitation des salles de cinéma⁽⁵⁾. Il est ici certain que l'intervention du législateur clôt aussi toute forme de débat.

Tel n'a pas été le cas pour la formation professionnelle, la récente loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 n'ayant pas franchi ce pas. Néanmoins, si la loi ne qualifie pas «*expressis verbis*» la formation professionnelle d'activité de service public, de nombreux indices, issus tant des textes que de la jurisprudence, plaident fortement en ce sens.

S'agissant des textes, il convient tout d'abord de rappeler que la formation professionnelle bénéficie d'un statut constitutionnel, le préambule de la Constitution de 1946 disposant que: «La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture». Ce lien fort entre éducation – dont la qualification de service public

n'est plus sujette à débat – et formation professionnelle entraîne nécessairement la seconde vers la qualification donnée à la première.

Les dispositions pertinentes du code de l'éducation vont d'ailleurs en ce sens. L'article L.211-1 du code de l'éducation dispose ainsi, à titre liminaire que «L'éducation est un service public national, dont l'organisation et le fonctionnement sont financés par l'État, sous réserve des compétences attribuées par le présent code aux collectivités territoriales pour les associer au développement de ce service public». Dans le même livre du code, consacré à l'administration de l'éducation, c'est l'article L.214-12 qui définit les compétences de la région chargée de définir et de mettre en œuvre «la politique régionale d'apprentissage et de formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle». Ces compétences s'exercent notamment à travers l'élaboration d'un plan régional de développement des formations professionnelles (PRDF) soumis à une forme contractuelle (article L.214-13 du code de l'éducation).

Le livre VI du code du travail fait largement écho à ces dispositions. L'article L.6111-1 pose que «la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale». Il ajoute qu'elle «vise à permettre à chaque personne... d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant une évolution professionnelle, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle». L'activité de formation professionnelle est en lien avec celle d'orientation professionnelle «tout au long de la vie» que l'article L.6111-3 du code du travail qualifie expressément de service public. Dans le même sens, l'article L.6311-1 qui définit la formation professionnelle continue lui assigne à l'évidence des objectifs d'intérêt général particulièrement importants en cette période de chômage élevé: «favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle des travailleurs, permettre leur maintien dans l'emploi, favoriser le développement de leurs compétences et l'accès aux différents niveaux de la qualification professionnelle, contribuer au développement économique et culturel, à la sécurisation des parcours professionnels et à leur promotion sociale».

Au-delà de l'ensemble de ces dispositions qui paraissent tourner autour d'une qualification en bonne et due forme comme mission de service public, le code du travail définit des règles très précises sur l'accès à la formation, son financement et le contrôle des activités afférentes⁽⁶⁾. Il s'agit bien donc là d'une activité d'intérêt général soumise à diverses obligations et contrôles de la part de l'autorité administrative, justifiant que cette activité soit qualifiée de service public. Les articles L.6112-1 à 3 du code du travail sur l'égalité d'accès à la formation professionnelle confirment à l'évidence cette analyse.

Le juge ne s'y est pas trompé, en qualifiant ces activités de service public lorsque l'occasion se présentait à lui. Ainsi, l'AFPA, en tant que gestionnaire d'un centre de formation «assume sous le contrôle de l'État une mission d'intérêt général»⁽⁷⁾. Le Tribunal des conflits est allé pour sa part au bout du raisonnement en indiquant que les GRETA géraient «un service public de la for-

2009.902, note J.D. Dreyfus.

(3) CE 20 juillet 1990 Ville de Melun, Rec.p.220 ; CE 22 février 2007 Association du personnel relevant des établissements pour handicapés n° 264541, AJDA 2007.793.

(4) CE 13 janvier 2010 Association Paris Jean Bouin, n° 329576 et CE 13 janvier 2010 Ville de Paris n° 329625 JCP – administration et collectivités territoriales, 15 février 2010 p.49 avec note C. Devès.

(5) CE 5 octobre 2007 Société UGC-Ciné Cité, n° 298773, JCP – administration et collectivités territoriales, 12 novembre 2007 avec note F. Linditch.

(6) Voir notamment les dispositions des articles L.6361-1 et suivants du code du travail.

(7) CE 3 juillet 1981 Syndicat FO des ouvriers coiffeurs du Puy-de-Dôme, Rec.p.302 ; CE 13 février 1987 Nehal, Rec.p.54 ; CE 23 juin 2000 Adam, n° 193191.

mation professionnelle»⁽⁸⁾. Néanmoins, cette position n'est pas unanime, puisque le Conseil de la concurrence a estimé pour sa part que «la formation professionnelle ne correspond pas dans sa globalité à un service public»⁽⁹⁾. En tout état de cause, c'est *a minima* reconnaître que certaines de ces activités peuvent relever de la qualification de service public.

II. La collectivité régionale dispose-t-elle d'un pouvoir d'organisation de cette activité ?

La question n'est pas sans lien avec la précédente. En particulier, l'architecture des textes qui règlent l'organisation des compétences en matière de formation professionnelle pose une certaine difficulté dès lors qu'ils n'attribuent pas une compétence exclusive et claire à la collectivité régionale. Ainsi, l'article L.6111-1 du code du travail prévoit la mise en œuvre d'une stratégie nationale coordonnée «définie et mise en œuvre par l'État, les régions et les partenaires sociaux». Cette «concurrence» pourrait mettre en cause l'idée selon laquelle la région disposerait d'un réel pouvoir d'organisation. De la même manière, la mise en œuvre du PRDF sous forme contractuelle avec l'État peut encore faire douter de cette capacité d'organisation, préalable indispensable à une délégation de service public.

Il faut également citer ici le rôle du service public de l'emploi dans le domaine de la formation auquel les collectivités territoriales peuvent concourir. L'article L.5311-1 du code du travail donne ainsi au service public de l'emploi la responsabilité principale en matière de sécurisation des parcours professionnels à laquelle doivent normalement contribuer, comme on l'a vu précédemment, les actions menées dans le cadre de la formation professionnelle continue.

Néanmoins et malgré tous ces éléments, la loi donne effectivement une responsabilité particulière aux collectivités régionales et précisément définie. L'article L.214-12 du code de l'éducation donne en effet aux régions le soin de définir et de mettre en œuvre «la politique régionale de formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle». On pourra ici considérer que cette base juridique est suffisante pour donner aux régions un pouvoir général d'organisation d'une partie des activités de ce «service public», malgré la présence d'autres acteurs ayant des responsabilités également reconnues par la loi dans ce système. Rappelons à cet égard que l'ambition de la loi du 13 août 2004, même si elle s'est considérablement estompée depuis, consistait bien à donner aux régions une responsabilité principale pour cette politique, comme pour celle d'ailleurs de l'apprentissage. L'autre question est celle des relations avec les acteurs privés qui, à travers les obligations pesant sur les employeurs et l'action des partenaires sociaux, disposent également de responsabilités particulières qui pourraient être opposées à l'action organisatrice de la Région. Le Conseil d'État a ici clarifié la situation en posant les conditions de légalité de l'intervention de la puissance publique dans un champ largement ouvert au principe de liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, «les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de

puissance publique; en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence; à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée»⁽¹⁰⁾. De plus, l'action de la collectivité publique ne doit pas fausser le jeu de la libre concurrence «en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait la personne publique par rapport aux autres opérateurs».

Ce raisonnement paraît pouvoir être pleinement transposé à la situation de la formation professionnelle, hypothèse au demeurant où la loi confie bien une compétence particulière à la région pour intervenir dans ce domaine. Une décision récente du Conseil d'État reconnaît à un département la capacité d'organiser un service public de la téléassistance aux personnes âgées et d'en déléguer la gestion, alors que des sociétés privées assurent sur le marché concurrentiel un tel service, dès lors qu'il est ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes, indépendamment de leurs ressources. L'intervention de la collectivité est donc légale puisqu'elle «satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local»⁽¹¹⁾.

La région nous paraît dès lors pouvoir organiser sur ces bases un «service public de la formation professionnelle», sans porter atteinte ni aux compétences des autres acteurs publics et privés, ni au principe de liberté du commerce et de l'industrie. Il reviendra cependant dans la définition du périmètre et des modalités d'action de ce service public de ne pas porter atteinte au principe de libre concurrence, ni directement, ni par l'intermédiaire de l'opérateur désigné⁽¹²⁾. Nul doute en effet, au regard notamment des textes européens, que l'activité en cause est bien assurée par des opérateurs économiques soumis pour l'essentiel de leurs actions au droit de la concurrence⁽¹³⁾.

III. L'opérateur délégataire dispose-t-il d'une véritable autonomie de gestion ?

L'autonomie de gestion du délégataire dans une DSP est un des éléments identifiant de cette formule contractuelle vis-à-vis de plusieurs formules concurrentes. La Cour de justice de l'Union européenne en fait d'ailleurs un élément de «liberté économique» qui caractérise la situation du concessionnaire par rapport à celle du titulaire d'un marché public⁽¹⁴⁾.

Cette notion d'autonomie de gestion, outre ce qu'elle implique dans les relations entre délégant et délégataire, a des conséquences sur le contenu même des missions confiées. Ainsi, il ne peut y avoir délégation de service public si l'opérateur n'est pas mis en situation d'exploiter ledit service public, se com-

(10) CE ass. 31 mai 2006 *Ordres des avocats au barreau de Paris*, n°275531, Rec.p.272, CP-ACCP, octobre 2006, p.78 note Renouard.

(11) CE 3 mars 2010 *Département de la Corrèze*, n°306911 JCP - administration et collectivités territoriales, 21 juin 2010 p.33 avec note de P. Idoux.

(12) Voir Avis n°08-A-10 du 18 juin 2008 du Conseil de la concurrence précité.

(13) Voir pour les hypothèses où tel n'est pas le cas, CE Avis du 23 octobre 2003 *Fondation Jean Moulin, EDCE* n°55 p.209 ; CE Section 6 avril 2007 *Commune d'Aix-en-Provence* n°284736, AJDA.2007.1020.

(14) CJCE 11 juin 2009 *Hans et Christophorus Oymanns* GLR C-300/07.

(8) TC 16 janvier 1995 *M.Marques-Rodrigues* n°02944.

(9) Conseil de la concurrence avis n°08-A-10 du 18 juin 2008 sur la demande d'avis présentée pour la Fédération de la formation professionnelle (FFP).

portant dès lors comme un simple prestataire de services⁽¹⁵⁾. Inversement, la collectivité publique ne peut aller jusqu'à déléguer à l'opérateur l'ensemble des missions de service public, y compris celles ayant trait à l'exercice de compétences réglementaires⁽¹⁶⁾.

La difficulté qui pourrait apparaître est ici la suivante : comment définir une certaine globalité de missions à l'opérateur pour qu'il dispose d'une réelle autonomie dans la gestion de sa délégation ? À ce titre, il convient de rappeler que rien n'interdit à une collectivité locale de ne déléguer qu'une partie du service – en termes fonctionnels ou géographiques – dès lors que le périmètre des missions déléguées demeure suffisant⁽¹⁷⁾ pour que sa responsabilité d'exploitant s'exerce dans les conditions requises. Le risque sinon est de constituer une DSP qui ne serait qu'un marché de services déguisé⁽¹⁸⁾.

À cet égard, il appartient à chaque région de veiller à ce que le périmètre de la mission déléguée réponde aux conditions précitées : un champ d'action suffisamment large (et non un découpage en missions ponctuelles qui répondrait à une logique de marchés publics), une convention qui raisonne davantage en termes d'objectifs (nombre de stagiaires à accueillir, objectifs en termes de contenu de formation...) que de moyens attribués pour les atteindre, une responsabilité globale de l'opérateur vis-à-vis de la collectivité délégante, les processus et moyens de contrôle dont la collectivité dispose pour vérifier que l'opérateur atteint ces objectifs. L'écriture des cahiers des charges sera ici déterminante pour permettre de valider la qualification de délégation de service public.

IV. La rémunération de l'opérateur est-elle substantiellement liée aux résultats d'exploitation ?

Il s'agit du critère distinctif majeur entre DSP et marché public. La jurisprudence nationale s'est ici récemment alignée sur la jurisprudence européenne pour considérer que la condition posée par la loi était remplie si le contrat procédait à un transfert à l'opérateur d'une part significative du risque d'exploitation⁽¹⁹⁾. La région doit donc veiller aux éléments suivants dans la détermination des modalités de rémunération de l'opérateur. D'abord, la collectivité délégante ne doit pas réduire excessivement, voire interdire purement et simplement tout risque de déficit dans l'exploitation du service délégué⁽²⁰⁾. Cela suppose d'une part que la structure de la rémunération du délégataire inclue une certaine part de variabilité, d'autre part que l'opérateur assume une partie du risque de fréquentation⁽²¹⁾. Ce dernier

point est sans doute celui qui est le plus délicat à organiser, compte tenu des modalités actuelles de fonctionnement des actions de formation professionnelle où la collectivité s'engage par contrat sur un certain nombre de stagiaires à accueillir par l'organisme de formation.

Le passage ici à la DSP suppose, comme on l'a déjà évoqué précédemment, une définition différente des missions confiées au cocontractant de l'administration par rapport à celle qui figure dans l'architecture des marchés publics. De même, toute clause prévoyant une forme plus ou moins déguisée de subvention d'équilibre est à proscrire, car elle entraînerait quasiment automatiquement une requalification en marché public. Ensuite, la rémunération doit inclure une part de variabilité en fonction des performances de gestion de l'opérateur. On le sait, l'intervention de la loi du 29 janvier 1993 a cessé de faire de l'origine de la rémunération un critère distinctif entre DSP et marchés publics⁽²²⁾. Désormais, le titulaire d'un marché public peut voir une partie de sa rémunération provenir de redevances versées par les usagers, de la même manière qu'un délégataire de service public peut voir l'essentiel (la totalité ?) de sa rémunération provenir de paiements effectués par l'autorité délégante.

La seule condition – mais elle est de taille – est que cette rémunération versée par la collectivité publique organisatrice soit suffisamment variable pour qu'une part significative du risque d'exploitation reste supportée par l'opérateur. La difficulté principale réside sans nul doute dans la définition des éléments de performance pertinents pour introduire une part de variabilité dans la rémunération de l'opérateur. Là aussi, le changement avec les modes opératoires actuels est loin d'être négligeable et doit être particulièrement anticipé et réfléchi par la collectivité. Une solution consisterait alors à rendre payante une partie de la rémunération acquittée par le stagiaire, pour faire varier la rémunération de l'opérateur en fonction de recettes propres d'exploitation du service. La difficulté consiste cependant en ce qu'il n'est pas toujours possible d'organiser un tel système dans la pratique, compte tenu des publics accueillis et des systèmes d'indemnisation des stagiaires mis en place.

Pour conclure, on s'en tiendra à un constat nécessairement nuancé. En l'état actuel des textes et de la jurisprudence, on peut raisonnablement estimer que la gestion d'une partie des attributions des régions par la voie de la délégation de service public est possible. Aucun obstacle dirimant ne peut être valablement opposé à un tel projet. En revanche, la validité juridique de ce montage suppose une attention particulière au champ des attributions déléguées, au mode de relations contractuelles instituées entre l'autorité organisatrice et l'opérateur, et parmi elles, aux conditions de rémunération du délégataire. Si une telle option est possible, elle suppose une réflexion préalable approfondie incluant un véritable changement par rapport aux pratiques actuelles qui ont pleinement épousé la logique des marchés publics. S'il est un écueil à éviter c'est bien celui d'essayer de déguiser un marché public en contrat de délégation, le risque juridique étant alors élevé pour la collectivité, dans un contexte concurrentiel particulièrement vif aujourd'hui dans l'ensemble de ce domaine. ■

(15) CE ass. 4 novembre 2005 Société Jean-Claude Decaux, n°247298, AJDA 2006.120 avec note A. Ménéménis.

(16) CE 27 mars 1995 Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes, n°108696, Rec.p.142.

(17) CE 8 avril 1998 Association pour la protection et la rayonnement des Orres, n°127205, Rec.t.p.709 ; CE 28 juin 2006 Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, AJDA 2006.1781

(18) CE 26 mars 2008 Région de la Réunion précité.

(19) CE 7 novembre 2008 Département de la Vendée n°291794, CP-ACCP mars 2009 p.59 avec note G. Le Chatelier.

(20) CE 5 juin 2009 Société Avenance-enseignement-santé, n°298641, CP-ACCP janvier 2010 p.32 avec note G. Le Chatelier.

(21) CE 7 avril 1999 Commune de Guilhaud-Granges, Rec.t.p.878, AJDA 1999.517 conclusions C. Bergeal ; CE 20 octobre 2006 Commune d'Andeville, n°289234, AJDA 2006.2340 avec conclusions D. Casas.

(22) CE 28 juin 2006 Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de la moyenne vallée du Gier précité ; CE 5 juin 2009 Société Avenance-enseignement-santé précité.