



La commande publique de formation :

***à la recherche d'une troisième voie entre le
tout marché et le tout subvention***

***les apports des notions de service public et
de SIEG***

Formation CNFPT

Amiens - 2 juin 2009

Un contexte politique et juridique en pleine évolution

- ▶ ***La question des règles de la commande publique pour les prestations qui relèvent de l'intérêt général (service public) est actuellement au centre de nombreux débats en France et en Europe.***
- ▶ ***Plusieurs phénomènes impactent ce débat :***
 - ◆ ***Adoption des nouvelles règles en matière de passation des marchés publics***
 - ◆ ***Débats européens sur les SIEG et les SSIG***
 - ◆ ***Accélération de la décentralisation en matière de formation / d'insertion***

Le contexte national

- ▶ **Adoption du nouveau code des Marchés publics (2006) :**
l'ensemble des marchés publics (procédure adaptée ou non) est soumis au respect des principes de transparence et publicité
- ▶ **Enjeu de sécurisation des parcours et montée en puissance de prestations d'accompagnement / prestations adaptées à des publics fragilisés (impact sur la commande publique)**
- ▶ **Individualisation des actions de formation**
- ▶ **Solvabilisation de la demande de formation**
- ▶ **Démarches Qualité et de labellisation de l'offre de formation**
- ▶ **Décentralisation des financements de l'AFPA**
- ▶ **Multiplication de contentieux sur la commande publique**

**Sentiment d'insécurité juridique pour les acteurs concernés :
la « régulation » tend à se faire par le contentieux**

Le contexte communautaire

- ▶ *Le droit communautaire est souvent présenté comme ayant bouleversé les règles applicables à la **commande publique** (service public à la française).*
- ▶ *Le droit communautaire reconnaît les **Services d'intérêt économique général** (SIEG). Ils obéissent aux règles de la concurrence sauf lorsque leur application rend impossible la réalisation de la mission d'intérêt général.*
- ▶ *Les textes communautaires plus récents ont introduit une nouvelle notion : les **Services sociaux d'intérêt général** (SSIG) dont plusieurs Etats membres souhaitent la reconnaissance juridique communautaire.*
- ▶ *La **directive Services** doit être transposée avant déc. 2009. Elle oblige les Etats à revoir l'ensemble des procédures d'autorisation ou d'agrément dans le cadre de la prestation de service. Des doutes subsistent quant à son champ d'application qui devront être levés lors de la transposition.*

La formation est un marché

- ▶ ***La Formation : une pluralité d'acteurs qui entraîne l'application du droit de la concurrence***
 - **La formation professionnelle n'est pas fondée, à l'origine, comme un Service public organique** (type Education nationale) mais comme une « obligation nationale ».
 - La formation professionnelle tout au long de la vie englobe des **activités multiples et diverses** par leur finalité / cadre juridique.
 - C'est ce mode d'organisation fondé sur l'association d'acteurs qui constitue **l'originalité du « système » français** de formation professionnelle ...
 - ... et qui entraîne l'application de **la liberté d'entreprendre** au champ de la formation.

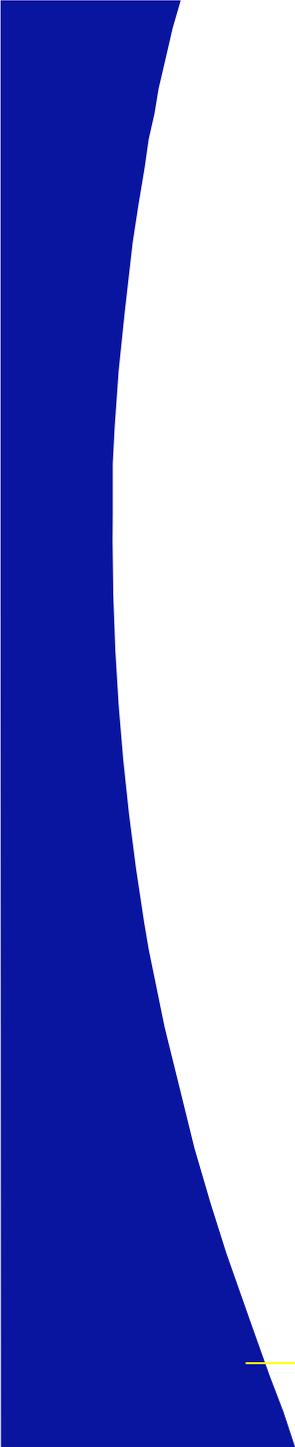
La formation est un marché (2)

- ▶ **Application des règles de concurrence au champ de la formation**
 - **Le droit de la concurrence doit être appliqué entre opérateurs privés, entre opérateurs privés et publics et entre opérateurs publics** (Cf. art. L. 410-1 & suiv. Code Commerce - Ordonnance dite « Balladur » du 1^{er} décembre 1986)
 - ***Sont soumis au respect des principes de la mise en concurrence***
 - ***l'ensemble des acteurs économiques, y compris publics,***
 - ***dans leurs activités de « production, distribution et services, y compris dans le cadre des délégations de service public ».***
 - **Ces textes s'appliquent donc à la formation.**

Qualifier la formation professionnelle : une activité économique

► **Plusieurs avis / décisions des juridictions qualifient la formation d'activité économique**

- **Deux avis du Conseil de la concurrence intervenus suite à des demandes de la FFP du 12 déc. 2000 et du 18 juin 2008.**
 - *Ainsi, ces règles n'écartent pas les personnes publiques a priori des marchés concurrentiels, mais les soumettent aux règles de droit commun qui sont édictées pour préserver le bon fonctionnement des marchés. La nature publique des GRETA ou des centres de formation des chambres de commerce et d'industrie ne les fait donc pas échapper aux règles du droit de la concurrence. »*
Cf. Avis n° 00-A-31 du 12 décembre 2000
- **Conseil de la concurrence, décision n° 07-D-27 du 31 juillet 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie



***Vers une nouvelle
conception de la
commande publique
centrée sur la personne
et sur la mission ?***

Comment faire reconnaître la spécificité de l'activité de formation ?

- ▶ **Comment préserver la spécificité de l'activité de formation qui relève de l'intérêt général ?**
- ▶ **Quel apport peut fournir la notion de service public ? Et celle de SIEG ?**
- ▶ **Comment reconnaître et faire appliquer aux opérateurs les critères et obligations de service public ?**
- ▶ **Est-il possible de trouver une 3^{ème} voie entre le « tout code des marchés » et les logiques de subventionnement qui interdisent le pilotage de l'offre de formation ?**

Enjeu : que le service soit rendu de la façon la plus efficace possible en satisfaisant l'ensemble des besoins de la collectivité et les critères / obligations de service public.

La notion de service public aujourd'hui

- ▶ ***Fin de la conception classique du « service public » organique.***
- ▶ ***Définition moderne du service public (conception large) :***
 - 1. Critère finaliste: l'intérêt général.***
 - 2. Prise en charge par une personne publique***
 - 3. Des clauses exorbitantes du droit commun
(s'apparentent aux obligations de service public (OSP)
en droit communautaire)***
- ▶ ***Les activités de service public n'échappent pas ipso facto aux règles de concurrence: la jurisprudence Million et Marais, CE Sect. 3 nov. 1997.***

Les notions de SIEG et de SSIG (1)

- ▶ ***Le droit communautaire reconnaît l'existence des SIEG :***
 - ◆ ***« 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 » (COM 2000.580)***
- ▶ ***Les SIEG, comme toutes les activités économiques, sont soumises au droit de la concurrence.***
- ▶ ***L'art. 86 al. 2 du Traité permet des exceptions :***
 - ◆ ***« lorsque l'intérêt général ne peut être satisfait par l'application des règles de libre concurrence ».***

Les notions de SIEG et de SSIG : les qualifications communautaires (2)

- ▶ **La notion de SSIG n'est pas présente dans le Traité.**
 - ◆ **Elle « ne constitue pas une catégorie juridique distincte » (COM 2006.177)**
- ▶ **La Commission s'est refusée à établir une liste de ces activités et à les soumettre à un régime juridique particulier.**
- ▶ **La définition des exceptions est renvoyée au droit national**
 - ◆ **Pas d'établissement au niveau communautaire d'une liste de SSIG et d'un régime juridique spécifique applicable.**
 - ◆ **Les Etats membres disposent en la matière d'une grande marge de manœuvre. Cf. Protocole 2008 annexé au Traité de Lisbonne.**
 - Il précise la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales, locales dans la gestion des SIEG
 - *et rappelle que « les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général »*

Un régime juridique spécifique applicable aux activités d'intérêt général?

- ▶ ***L'Union européenne a prévu la possibilité pour les pouvoirs publics de financer des activités de service d'intérêt général = **mandatement d'un opérateur par une puissance publique.*****
- ▶ ***Le droit communautaire connaît 3 formes de mandatement***
 - ▶ ***Le marché public : **existe en France*****
 - ▶ ***La concession : **connue en France sous le nom de DSP*****
 - ▶ ***Le mandatement avec octroi de droits spéciaux quand les 2 formules ne permettent pas la satisfaction de l'intérêt général***
- ▶ ***La collectivité peut alors compenser le coût engendré par l'activité d'intérêt général si plusieurs critères sont remplis :***
 - ◆ ***acte officiel / mandat précis (l'attribution du marché vaut acte officiel)***
 - ◆ ***transparence dans le calcul de la compensation***
 - ◆ ***proportionnalité de la compensation***

Une mise en œuvre incomplète en droit français

- ▶ **Le droit français ne reconnaît pas aux collectivités la possibilité de réaliser *un mandatement avec octroi de droits spéciaux***
 - ◆ **Le droit communautaire ne fait que fixer les règles minimales de respect du droit de la concurrence: les Etats peuvent choisir d'imposer des réglementations plus strictes.**

- ▶ **Pourtant, cette question de la contractualisation avec des prestataires qui assurent une mission d'intérêt général *est importante et pas seulement dans le domaine de la formation.***
 - ◆ **Variété des missions, hétérogénéité dans le statut des intervenants (importance du monde associatif, fonctionnement en réseau) et des modes de régulation ...**
 - ◆ **... le secteur des services sociaux est en pleine mutation : passage d'une logique de subventionnement (initiative ≠ pas la collectivité) à une logique d'objectifs avec démarches d'évaluation ...**
 - ◆ **Enjeu : définir un cadre de contractualisation adapté au développement des services sociaux permettant d'accompagner les évolutions du secteur, sans remettre en cause les réformes entreprises et fragiliser les opérateurs historiques.**

Le droit n'est pas figé : des évolutions attendues ...

▶ *Nombreux arguments en faveur d'une évolution législative au niveau national.*

◆ *Plusieurs rapports :*

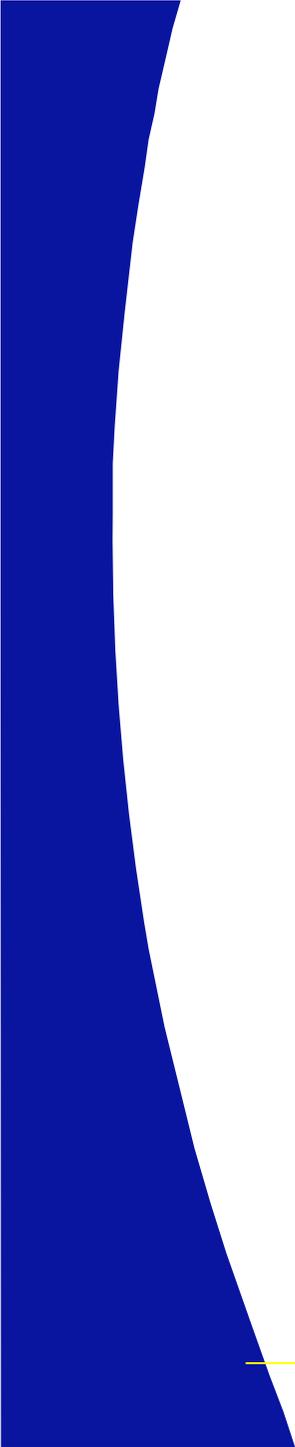
- *Rapport du Sénat (juin 08) considère comme « embarrassant » le décalage entre la réglementation communautaire, notamment en ce qui concerne le mandatement, et le droit national.***
- *Rapport de l'IGAS (janv. 09) qui suggère de donner « une base légale à la notion de convention de partenariat d'intérêt général »,***
- *Rapport de l'Assemblée Nationale sur les SSIG (avr. 09) qui réaffirme la nécessité d'introduire un nouveau dispositif de partenariat.***

◆ *Positions de plusieurs personnalités politiques de droite et de gauche.*

▶ *Un débat qui pourrait rebondir lors de la **transposition de la directive « services » qui doit être réalisée avant le 31 décembre 2009.***

Le droit n'est pas figé : des évolutions attendues ...

- ▶ ***A moyen terme, possible évolution du droit communautaire : vers une clarification du régime applicable aux activités d'intérêt général ?***
 - ◆ **Le traité de Lisbonne prévoit explicitement que l'UE doit statuer pour établir (...) les principes et fixer les conditions dans lesquelles fournir, de faire exécuter et de financer les SIG (art. 16)**
 - ◆ **Pourrait être l'occasion pour reconnaître explicitement et juridiquement les SSIG, poser les conditions de leur définition par les Etats membres et prévoir un régime juridique spécifique (voir Ccl° du groupe d'experts réuni par la Commission – juin 08).**



***Sans attendre, quelles
sont les potentialités
offertes par la création
d'un Service Public
régional de la Formation ?***

Le périmètre du SPRF

- ▶ **Le périmètre du service public peut aller :**
 - ◆ ***du plus large, couvrant l'ensemble de la compétence régionale (PRDF, Apprentissage, Formations sanitaires et sociales...)***
 - ◆ ***au plus ciblé (notamment sur les publics les + en difficulté)***

- ▶ ***Périmètre du SPRF ne signifie pas nécessairement périmètre du mode de contractualisation alternatif.***

- ▶ ***Lorsqu'un périmètre large est défini, il est possible d'affecter critères / obligations de SP à certains segments ou de faire varier leur intensité.***
 - ◆ ***Cf. SPE : l'intensité des prestations varie en fonction des besoins des individus***

La création du SPRF conduit à préciser la conception de la commande publique

- ▶ ***La puissance publique peut (doit ?) définir les conditions de réalisation particulières (prise en compte de la spécificité de l'activité)***
- ▶ ***Cela suppose de fixer les principes fondateurs de mise en œuvre des prestations qu'elles souhaitent développer***
- ▶ ***= engagements de la région vis-à-vis des usagers qui peuvent se décliner en :***
 - ◆ ***critères de sélection des opérateurs***
 - ◆ ***obligations de service public = autant de clauses contractuelles que les prestataires devront respecter.***
 - ◆ ***Ces obligations de SP pourront être financées (compensées) par la collectivité publique.***

Le processus conduit à la formalisation d'un Service d'intérêt économique général (SIEG) au sens du droit communautaire

Définir des critères / obligations de Service Public

- ▶ **Principes et obligations de service public sont des notions avec des fonctions différentes bien qu'elles englobent des caractéristiques similaires.**
 - ◆ **Les critères de service public :**
 - **Ils guident l'action publique et caractérisent les rapports entre le citoyen (usager du service public) et la puissance publique en charge de la mission de service public.**
 - **Ce sont des obligations qui pèsent avant tout sur les autorités publiques. Ils peuvent éventuellement se traduire en obligations contractuelles.**
 - ◆ **Les Obligations de service public**
 - **C'est une notion d'origine communautaire. Elles désignent des obligations spécifiques dans les rapports contractuels entre la personne publique et le prestataire qui met effectivement en œuvre le service public.**

Définir des critères / obligations de Service Public

- ▶ **Socle commun des obligations / missions à remplir par les SIG (doctrine communautaire) :**
 - ◆ **Égalité d'accès pour les usagers, en termes économique (prix abordable voire gratuité), social (interdiction de discriminations fondées sur le statut social ou personnel) et territorial (égalité entre zones géographiques) ;**
 - ◆ **Universalité : couverture totale de l'ensemble du territoire ;**
 - ◆ **Continuité et régularité de la prestation ;**
 - ◆ **Qualité de la prestation ;**
 - ◆ **Protection de l'environnement et respect de la sécurité et de la santé ;**
 - ◆ **Transparence ;**
 - ◆ **Participation des usagers ;**
 - ◆ **Adaptabilité, en fonction des besoins des utilisateurs et de l'environnement économique et social.**

Définir des critères / obligations de Service Public

- ▶ ***Critères et obligations de service public renvoient le plus souvent à des principes similaires.***
- ▶ ***Dans le cadre d'un SPRF, quelques exemples de critères :***
 - ◆ ***Égalité d'accès;***
 - ◆ ***Gratuité;***
 - ◆ ***Universalité ;***
 - ◆ ***Accessibilité /Pérennité***
 - ◆ ***Qualité***
 - ◆ ***Transparence***
 - ◆ ***Participation***

Critères / obligations de Service Public mobilisables dans le domaine de la formation

Egalité

- Accessibilité territoriale
- Accessibilité sociale : hébergement, restauration
- Accessibilité temporelle : accès permanent aux centres
- Accompagnement
- Gratuité
- Individualisation des prestations

Continuité

- Pérennité
- Adaptabilité

Démocratie

- Transparence des pouvoirs publics vis-à-vis des opérateurs
- Gestion transparente des fonds publics par les opérateurs (compta analytique ...)
- Qualité
- Transparence vis à des usagers
- Principe de participation

Principe de coopération

- Coopération longue (permettant financement Investissements lourds)
- Choix intuitu personae des opérateurs
- Prise en compte des expériences passées
- Association des opérateurs à la réflexion sur l'évolution des prestations
- Coopération des prestataires / travail en réseau
- Évaluation participative / formative

1. Le marché public

▶ Avantages :

- ◆ *Les régions peuvent instiller les « valeurs » du Service Public dans la construction des appels d'offre , par exemple si l'unité d'œuvre est le parcours et non l'heure de formation ;*
- ◆ *Le choix peut s'opérer sur la base du mieux disant ;*
- ◆ *La compensation des obligations de Service public = prix du marché; pas de notion de risque économique*
- ◆ *Transparence.*

▶ Limites :

- ◆ **Complexité** dans la construction des appels d'offre (comment individualiser les prestations ? L'achat de parcours et non d'heures stagiaires peut conduire à ce que l'organisme soit juge et partie)
- ◆ **Lourdeur** administrative (mise en œuvre, gestion, suivi)
- ◆ **Pas de choix intuitu personae ni de coopération** des opérateurs
- ◆ **Adaptation des prestations difficile**, voire impossible après attribution des marchés.
- ◆ **Nombreux obstacles pour des commandes interrégionales**

▶ Risques :

- ◆ *Essentiellement liés à la mise en œuvre de la procédure adaptée (allotissements, risque de favoritisme...)*

2. La Délégation de Service Public

▶ Avantages

- ◆ *Choix intuitu personae des opérateurs possible*
- ◆ *Possibilité de financer des investissements lourds / contractualiser sur une longue période*
- ◆ *Possibilité d'agir sur le dispositif avant le compte rendu d'exécution.*
- ◆ *Possibilité d'adapter les prestations (à prévoir dans le contrat)*
- ◆ *Véritable gouvernance possible*

▶ Conditions : suppose une commande initiale plus forte et bien construite.

▶ Inconvénients ?

1. La notion de risque économique ?

- ◆ *L'opérateur peut être financé intégralement mais une part du financement doit varier en fonction de critères liés à son efficacité (Cf. Jurisprudence).*
- ◆ *Si cette évolution n'est pas totalement stabilisée, les conséquences du risque sont limitées.*

2. Une délégation de responsabilité ?

- ◆ *La collectivité n'entraîne pas perte de responsabilité si les modalités de pilotage et de contrôle sont définies dans le contrat.*

3. *Le mandatement avec octroi de droits spéciaux*

▶ Avantages :

- ◆ *Permet à une collectivité de charger un (ou plusieurs) organisme de la réalisation d'une mission d'intérêt général ...*
- ◆ *... sans procédure formalisée de mise en concurrence (Marché public)*
- ◆ *... sans faire peser sur l'opérateur un risque d'exploitation (DSP).*
- ◆ *Suppose le respect des principes de publicité et de transparence.*

▶ Limites :

- ◆ *Mise en œuvre possible seulement si le marché public / la concession ne permettent pas la réalisation de la mission d'intérêt général.*

▶ Risques :

1. *Modalité non traduite en droit français*

- *Possibilité de paralyser l'action administrative par voie de référé ;*
- *Requalification du mandatement en marché public avec obligation de reprendre la procédure.*

2. *Même si le mandatement était autorisé en droit français, la charge de la preuve pèse sur la région : prouver que les autres modes de contractualisation ne permettraient pas de réaliser la mission.*

Impact des OSP sur les modes de contractualisation

Critères de jugement :

Complexité de mise en œuvre

- mesure la difficulté, du point de vue juridique et opérationnel, de la mise en œuvre du critère / obligation de SP

Degré d'implication de la région

- évalue l'implication de la région nécessaire à la réalisation du critère

Risque d'inexécution de l'obligation

- évalue le risque que le critère ne soit pas mis en œuvre

Difficulté pour traduire le critère en OSP

- évalue la pertinence d'introduire une OSP dans le contrat liant le prestataire à la Région. L'alternative étant que ce soit la région elle-même qui se charge de mettre en œuvre le critère

Résultat :

- ▶ **Tous les modes de gestion envisagés sont compatibles avec la mise en œuvre des obligations « classiques » de service public (égalité, continuité, démocratie).**
- ▶ **Toutefois, le choix du mode de contractualisation n'est pas neutre :**
 - ◆ **Impact sur la complexité de mise en œuvre, sur la lourdeur administrative, sur le degré d'implication de la région, sur la nécessité d'en faire une obligation contractuelle, sur le risque d'inexécution ...**
 - ◆ **Sont particulièrement visés : Accessibilité sociale, pérennité, adaptabilité, individualisation**
- ▶ **Les critères / OSP qui supposent une coopération entre la puissance publique et les opérateurs (et qui va au-delà de la simple consultation) ne sont pas adaptés au mode de contractualisation Marché Public.**

Conclusion ...

- ▶ ***La formation peut être gérée dans le cadre d'un service public. L'affirmer permet de passer de l'innommé au nommé.***
- ▶ ***S'inscrire dans la logique du SIEG affiche la volonté de permettre / se préparer à l'application d'un régime juridique particulier.***
- ▶ ***La création du SPRF / SIEG est l'occasion de définir / réinterroger les critères / obligations de Service public***
- ▶ ***Dans le cadre d'un SPRF, la loi française reconnaît (aujourd'hui) comme mode de mandatement possible le Marché et la délégation de Service public. Il n'existe pas de mandatement simple sans mettre en œuvre une procédure formalisée (CMP ou DSP).***