

# La formation sous le regard du juge acte II : le droit de la concurrence

Ecrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 11 juin 2010

« Tout acheteur de formation (collectivité publique ou Opca) doit se comporter en professionnel responsable soucieux du respect des règles du marché de la formation », soulignent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur deuxième volet de la trilogie consacrée à « la formation professionnelle sous le regard du juge » (AEF n°[dep=132953=dep]132953[/dep]). Cette fois, les deux juristes analysent deux décisions récentes rendues par le tribunal administratif de Limoges concernant le conseil régional du Limousin et par un juge judiciaire, et par le TGI de Créteil au sujet d'un litige opposant un organisme de formation au FAF Propreté. Bien que portant sur des objets différents et sur des cas d'espèce, ces deux jugements « mettent en lumière le caractère omniprésent et structurant des principes qui régissent le droit de la concurrence dans le champ de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie ».

## I. Obligation nationale et service public.

La formation tout au long de la vie constitue une « **obligation nationale** » selon le code du travail, alors qu'elle est qualifiée de « **service public** » par le code de l'éducation. Ces deux concepts ne doivent pas être confondus. Tous les acteurs de notre système socio-économique, quel que soit leur statut, public ou privé, sont invités à participer à égalité de droits, d'obligations et de moyens, à la mise en oeuvre de l'obligation nationale de formation. Il en va ainsi notamment de tous les opérateurs de formation publics ou privés, protégés par le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre et par les règles de la libre concurrence qui en découlent. En revanche, le service public d'éducation qui englobe tous les niveaux et toutes les modalités de la formation initiale est mis en oeuvre pour l'essentiel par « un service public organique », régi par des règles de droit public regroupées dans le code de l'éducation. Ni la liberté d'entreprendre, ni la libre concurrence ne lui sont applicables.

Le service public d'éducation ainsi défini peut contribuer, et contribue d'ailleurs largement, à la mise en oeuvre de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie. Il développe pour ce faire une offre de formation à destination de personnes, quel que soit leur statut et leur niveau de formation, au même titre que tous les opérateurs privés et publics appelés à contribuer à la mise en oeuvre de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie. Le statut public de l'opérateur de formation continue, ni d'ailleurs le statut associatif à but non lucratif, ne peut constituer d'aucune manière un critère discriminant pour l'accès aux financements publics et l'exonérer des règles de la concurrence.

Les regards croisés d'un juge administratif (tribunal administratif de Limoges) (1) et d'un juge judiciaire (tribunal de grande instance de Créteil) sur deux cas d'espèce relatifs au financement d'actions de formation professionnelle continue, par un conseil régional et par un OPCA, mettent en lumière le caractère omniprésent et structurant des principes qui régissent le droit de la concurrence dans le champ de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie.

## II. Le regard du juge administratif de Limoges.

Le 6 novembre 2008, les représentants de quatre grandes institutions chargées d'une mission de service public - le recteur de l'académie de Limoges, le directeur régional de l'agriculture et de la forêt, le président de l'association régionale du CNAM, et le directeur régional de l'AFPA, adressent au conseil régional du Limousin une **demande de subvention** « afin de répondre [au] souhait [de la région] de voir se mettre en place en Limousin un service public régional de formation ayant pour objectif d'organiser dès 2009 une offre de formation pérenne prioritairement à destination des demandeurs d'emploi ». Le 19 décembre 2008, le conseil régional du Limousin prend une délibération ayant pour objet de créer un dispositif permanent de formation intitulée « portail formation Limousin » et alloue diverses subventions pour un total de 2,25 millions d'euros aux opérateurs retenus qui sont ceux proposés par les opérateurs publics signataires de la lettre précitée.

Un opérateur privé de formation exclu de ce dispositif, soutenu par les organisations professionnelles du secteur de la formation, intente un recours devant le tribunal administratif de Limoges en vue d'annuler la délibération par laquelle le conseil régional du Limousin a décidé d'attribuer les subventions contestées. Ils font valoir que les actions financées par le conseil régional relèvent du code des marchés publics auxquels sont soumis tous les opérateurs économiques quel que soit leur statut, public ou privé. Peu importe la finalité poursuivie par l'action de formation ainsi que le public visé. L'article premier du code des marchés publics prévoit en effet que : « **Les marchés publics et les accords cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.** Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code... »

Le tribunal administratif de Limoges annule la délibération ayant pour objet d'accorder les subventions demandées en considérant notamment que : « si la région soutient que les actions de formation en faveur des demandeurs d'emploi ne relèvent pas du secteur concurrentiel, il ne ressort pas des pièces du dossier que, compte tenu des modalités d'organisation des structures concernées et des conditions dans lesquelles elles exercent leur mission, elle puisse être regardée comme n'étant pas des opérateurs économiques auxquels il pourrait être fait appel dans le cadre d'un marché public ; que, dans ces conditions, les sommes allouées doivent être regardées non comme des subventions, mais comme la contrepartie de l'offre permanente de formation de premier niveau proposé par les organismes concernés en réponse aux besoins de la région à laquelle il incombe d'organiser de telles actions ; qu'il s'ensuit que l'opération dont il s'agit relevait des règles fixées par le code des marchés publics ».

Rappelons qu'il s'agit là d'une décision d'espèce d'un tribunal administratif, et non de principe, du Conseil d'État. Cependant, elle nous livre plusieurs enseignements quant à la question débattue des rapports entre le droit de la formation professionnelle tout au long de la vie et celui de la concurrence, dans le cadre de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie : les opérateurs publics sont des opérateurs comme les autres sur « le marché de la formation », l'attribution de subventions à des opérateurs économiques, à raison de leur statut public, est contraire au droit. Le tribunal administratif se borne à appliquer une jurisprudence désormais bien établie selon laquelle l'octroi de subventions n'est possible que lorsque la demande de subvention est initiée par l'opérateur.

En revanche, dès lors qu'il s'agit de répondre à des besoins identifiés par la collectivité publique, les autorités publiques doivent procéder par appel d'offres et appliquer le code des marchés publics. Pour autant, rien n'interdit à un conseil régional de créer un service public régional de la formation tout au long de la vie, pour prendre en charge des missions d'intérêt général définies par les élus à condition que tous les opérateurs puissent, dans la transparence et à égalité, concourir à la mise en oeuvre de ces missions selon des techniques juridiques diverses et variées autorisées par le droit de la concurrence, et s'agissant de deniers publics par le respect du code des marchés publics (2).

### **III. Le regard du juge judiciaire du tribunal de grande instance de Créteil.**

Entre le 31 août 2007 et le 16 septembre 2008, le FAF Propreté a notifié à la société POLYFORM, des décisions de « **labellisation** » pour différentes formations professionnelles. Par décision du 16 juin 2009, le conseil d'administration du FAF Propreté a « **délabellisé** » la société POLYFORM et l'a avisée des conséquences financières qui en résultaient s'agissant des tarifs, des modalités de règlement et de la subrogation.

La société POLYFORM conteste cette décision devant le tribunal de grande instance de Créteil. Elle reproche au FAF Propreté la mise en place d'un système de labellisation en dehors de toute procédure légale, réglementaires ou contractuelles préétablies ; l'application, à cette occasion, de conditions tarifaires arbitraires et discrétionnaires ; le retrait de cette labellisation, également hors de tout cadre légal, et de manière tout aussi arbitraire et discrétionnaire. Elle soutient avoir ainsi été victime de **pratiques anticoncurrentielles** qui lui ont occasionné des préjudices dont elle est bien fondée à obtenir réparation, sans qu'il y ait lieu d'ordonner d'expertise et sans que le FAF Propreté ne puisse s'exonérer de sa responsabilité en tentant de justifier sa décision de délabellisation par de prétendus manquements de la société POLYFORM. Elle estime le préjudice subi au titre de ces pratiques anticoncurrentielles à 1 200 000 €, somme à laquelle s'ajoute une créance de 371 605,19 euros.

Au plan juridique la société POLYFORM s'appuie sur l'**article L420 - 1 du code du commerce** qui dispose que « sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, les actions concertées, convention entente expresse ou tacite ou coalition notamment lorsqu'elle tendent à : premièrement limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises... ».

Le FAF Propreté indique pour sa part qu'il a respecté la procédure de labellisation en s'appuyant « sur l'avis du comité technique agissant pour l'organisme certificateur », que cette labellisation a été obtenue, suite à un appel d'offres de la branche Propreté et à un cahier des charges auquel la société POLYFORM a répondu. Le FAF Propreté s'appuie par ailleurs sur un courrier du chef de la mission « droit et financement de la formation » attachée à la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP).

Celui-ci a confirmé qu'il appartenait bien à l'OPCA et donc à son conseil d'administration, organe décisionnaire et responsable juridiquement, de prendre cette décision, et ce sur le fondement de l'article R332-23 du code du travail qui dispose que les organismes collecteurs paritaires agréés établissent et rendent publique chaque année la liste des priorités, critères et conditions de prise en charge des demandes présentées par les employeurs. Ainsi, selon le FAF Propreté, le chef de la mission droit et financement de la formation de la DGEFP « a donc validé la procédure mise en place, dans un système manifestement en cours de construction ».

Après examen de l'ensemble des faits qui lui étaient soumis, le Tribunal de grande instance de Créteil arrive à la conclusion que « faute de rapporter la preuve qu'il lui incombe, au visa de l'article L420 - 1 du code de commerce, (ententes, coalitions, actions concertées, ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence...), il convient de débouter la société POLYFORM de l'ensemble de ses demandes au titre des pratiques anticoncurrentielles ». Il s'agit là encore, d'un cas d'espèce, traité en première instance, et non d'une décision de principe, qu'il faut interpréter avec prudence. Elle n'en soulève pas moins toute une série de questions relatives à la vague de fond de la labellisation qui déferle aujourd'hui dans le champ de la formation et de l'orientation tout au long de la vie et notamment celle de la définition même de la labellisation, de son usage par les OPCA et de ses effets juridiques (3). Il convient également de rappeler que l'Autorité de la concurrence s'est déjà penchée sur les questions de labellisation dans le domaine de la formation (4).

## Que recouvre le concept de label ?

Il est possible de classer les différentes utilisations de cette notion en trois catégories principales, correspondant à **trois phénomènes juridiques distincts** : le label au sens du droit de la consommation, le label-agrément et le label ayant pour effet d'organiser un marché en excluant les prestataires ou produits non labellisés. Dans le premier cas, l'utilisation de label est une pratique visant à informer le consommateur sans pour autant créer de distorsion de concurrence. Il peut être utilisé dans le cadre d'activités de formation professionnelle et d'orientation afin de distinguer certains opérateurs ou certains produits. Il doit alors être élaboré en respectant la réglementation du code de la consommation, c'est-à-dire qu'il doit notamment être accordé par un organisme indépendant et sur la base d'un référentiel spécifique avec des critères publics. Il semblerait que dans le litige qui oppose la société POLYFORM et le FAF Propreté, un référentiel ait été élaboré par la branche sur la base de critères publics, appliqués par l'OPCA considéré en la circonstance comme l'organisme labellisateur indépendant. Cependant seuls les organismes de formation labellisés accèdent au marché et de surcroît bénéficient d'un tarif préférentiel. Deux questions au moins méritent débat, celle de savoir si l'OPCA peut être considéré comme un organisme indépendant labellisateur (question que le tribunal ne s'est pas posée) et celle de savoir si l'octroi d'un tarif préférentiel n'est pas constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. Il est à ce titre légitime de s'interroger sur les moyens dont disposent les juges ordinaires pour vérifier l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques. En effet, contrairement à l'Autorité de la concurrence, qui dispose d'un service d'enquête dédié à cet effet, les juges ordinaires n'ont généralement pas la possibilité de réaliser des enquêtes approfondies pour vérifier l'effet réel de ces pratiques sur la concurrence.

En ce qui concerne la seconde catégorie, il s'agit d'un usage impropre du terme « label » puisqu'en réalité il s'agit d'une autorisation de faire, généralement définie comme un agrément. Le recours au terme label en lieu et place de l'agrément est lié à l'utilisation des critères techniques ou relatifs à la qualité et, éventuellement, à l'intervention d'un tiers chargé de labelliser. Toutefois cette qualification juridique est impropre dans la mesure où le fait de répondre à ces critères détermine la possibilité d'accéder ou non à un segment de ce marché. À titre d'exemple, le dispositif de « l'école de la deuxième chance » est en réalité une forme d'agrément ou, si l'on utilise la terminologie propre au droit communautaire, un mandatement avec octroi de droits. Il ne s'agit pas d'orienter ou d'informer le consommateur mais d'accorder le droit de rendre une prestation dont le financement public est assuré. Si l'on considère que les ressources dont dispose un OPCA pour le financement de la formation sont à l'origine qualifiées de « contributions fiscales toute nature » et que l'OPCA participe d'une mission d'intérêt général, ne faut-il pas considérer alors que la pratique du FAF Propreté se rapproche de l'agrément plus que du label au sens du code de la consommation. D'ailleurs, la prise de position de la DGEFP tend à renforcer cette interprétation. Ce qui renvoie à la question de savoir si les OPCA sont des institutions de garanties sociales de droit privé ou s'ils glissent progressivement dans la sphère publique.

La troisième catégorie est en réalité une sous-catégorie de la première puisqu'elle vise des formes de labellisations classiques. La distinction tient aux effets de la labellisation sur un marché donné. Ainsi, sur des marchés à prescription, la labellisation peut avoir pour effet d'exclure définitivement certains prestataires ou certains produits non labellisés. Les prestataires labellisés, sans bénéficier d'un réel « droit de faire », comme dans le cadre du label-agrément, ne sont plus concurrencés par les opérateurs non labellisés car les prescripteurs vont systématiquement se référer au label pour sélectionner l'opérateur. Ces phénomènes sont fréquents dans les domaines de la formation professionnelle, de l'orientation et des politiques de l'emploi. Il convient alors de porter une attention particulière aux règles de concurrence qui s'appliquent et d'évaluer la marge de liberté dont bénéficient les prescripteurs, personnes publiques ou privées, dans leurs efforts pour organiser ces activités d'intérêt général. Le tribunal de grande instance de Créteil a, de fait, opté pour cette troisième définition en considérant, après analyse des faits qui lui étaient soumis, qu'il n'y avait pas matière à pratiques anticoncurrentielles. Dans un autre cas d'espèce, les conclusions du tribunal pourraient être inverses.

#### **IV. Qu'y a-t-il de commun entre Limoges et Créteil ?**

Transparence, égalité d'accès et de traitement aussi bien pour les usagers que pour les prestataires, libre concurrence... Ce sont autant de principes qui s'appliquent aussi bien au financement de la formation tout au long de la vie assurée par une collectivité publique, en l'occurrence un conseil régional, que par un OPCA, organisme de droit privé mais qui dispose de ressources dont la qualification originelle est de nature fiscale. Certes, dans les deux cas, les textes auxquels se réfèrent les juges diffèrent, le code des marchés publics dans le cas du Limousin, le code de commerce dans le cas du TGI de Créteil, mais les deux sont également irrigués par les principes du droit de la concurrence.

Faut-il pour autant conclure que l'application de ces principes et des règles de droit qui en découlent entraîne la formation tout au long de la vie vers l'enfer de la marchandisation ? Ni le juge administratif de Limoges, ni le juge judiciaire de Créteil ne tire pareille conclusion. Les deux sont préoccupés par l'égalité de traitement aussi bien des usagers que des prestataires de formation, et par le bon usage des deniers publics.

Aucune loi écrite, ni aucune donnée d'expérience ne permettent d'ailleurs de conclure que seule la forme juridique, historiquement datée, du service public organique, (une administration détenant un monopole de service public et des fonctionnaires dédiés) serait la meilleure forme d'organisation pour répondre « à l'obligation nationale de formation tout au long de la vie ». Le service public peut en effet être mis en oeuvre par des structures privées qui respectent le cahier des charges spécifiques du service public. Le statut d'un organisme qu'il soit public, privé non lucratif, ou privé lucratif - ne saurait par nature déterminer la qualité des prestations fournies.

Le juge administratif de Limoges et le juge judiciaire de Créteil sont, de manière identique, sur des affaires pourtant très différentes, préoccupés par l'égalité de traitement des opérateurs intermédiaires dans le cadre d'une action d'intérêt général dans le champ de la formation professionnelle. À leur manière, c'est-à-dire en répondant à des questions concrètes qui leur sont posées, les juges ne font au final que rappeler cette exigence simple : que tout acheteur de formation (collectivité publique ou OPCA) doit se comporter en professionnel responsable soucieux du respect des règles du marché de la formation. Il contribue ainsi à sa structuration et à son bon fonctionnement, si l'on veut bien considérer que la règle de droit présente plus de garanties que la relation réputée « de proximité » qu'elle soit de nature corporatiste, idéologique, personnelle, voire népotique, pour confier le soin d'organiser des actions de formation.

**Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems - Juin 2010.**