

La déferlante de la labellisation dans le domaine de la formation et de l'orientation tout au long de la vie.

Questionnements juridiques.¹

1. La déferlante.

Qu'y a-t-il de commun entre un poulet de Loué, doc Gynéco, les pistes cyclables en Alsace, les écoles de la deuxième chance et le service public régional de la formation tout au long de la vie en Poitou-Charentes ? Le label bien sûr. Les poulets de Loué bénéficient du très convoité label rouge, doc Gynéco a créé son label musical dans la société de production de Pierre Sarkozy ; le label des pistes cyclables en Alsace s'inscrit dans le prolongement de la loi Novelli sur le tourisme qui préconise l'usage de la labellisation dans ce secteur d'activité.

L'emploi ainsi que la formation et l'orientation tout au long de la vie ne sont pas en reste : les maisons de l'emploi, les écoles de la deuxième chance, les centres inter institutionnels de bilan de compétences (CIBC) sont labellisés. Plusieurs conseils régionaux, dont celui de Poitou-Charentes, ont instauré des procédures de labellisation des offreurs de formation. Dans un rapport remis au gouvernement mardi 19 janvier 2010, François Guégot, député (UMP) de Seine-et-Marne, se prononce en faveur d'une labellisation des structures participant au futur service public de l'orientation.

L'ANI du 7 janvier 2009 rappelle dans son article 53 que l'OPCA, sans se substituer à l'entreprise dans le choix de l'organisme de formation, pourra veiller au respect des critères de qualité et notamment tenir compte de la labellisation de cet organisme. Le projet de loi relatif à la formation et à l'orientation professionnelle tout au long de la vie a également préconisé le recours à la procédure de labellisation, en particulier pour l'orientation professionnelle. La loi du 24 novembre 2009 ne reprend pas cette terminologie mais confie au Fonds paritaire de sécurisation des parcours (FPSPP), ainsi qu'au nouveau délégué interministériel à l'orientation (DIO), la mission de promouvoir des normes de qualité dans leurs champs respectifs de compétences.

La vague de fond de labellisation, qui déferle aujourd'hui sous nos yeux dans tous les domaines de l'activité économique et dans le champ de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelle, est pour partie le fait d'agents économiques désireux de promouvoir leurs produits et services mais également des pouvoirs publics qui s'inscrivent dans ce mouvement réputé accroître la productivité des services publics et la qualité des

¹ Cette chronique s'appuie sur un dossier technique réalisé dans le cadre d'un séminaire Circé avec le concours de David Soldini, enseignant à l'Université Paris-I et expert auprès de Circé. Le dossier peut être obtenu auprès de Circé.

services rendus aux usagers. La direction générale de la modernisation de l'État (DGME) a d'ailleurs créé à cette fin le label Marianne qui établit les standards de l'accueil dans les services publics. Ce label s'applique aussi bien au greffe de la Cour des Comptes qu'à Pôle emploi, qu'aux établissements hospitaliers publics.

Ainsi les pouvoirs publics encouragent-ils par voie législative et réglementaire des opérateurs économiques à s'engager dans des procédures de labellisation en conférant un caractère public à ces procédures qui relèvent de l'initiative privée. Cet usage polysémique du concept de labellisation conduit à préciser sa définition, à le distinguer d'autres concepts voisins tels que la marque, le référencement, la certification, l'agrément, et à explorer les conditions de son application dans les domaines de l'orientation et de la formation tout au long de la vie.

2 .Définition et usages de la labellisation et des concepts voisins

Le terme « label » est un anglicisme qui signifie étiquette. Il s'agit d'un signe distinctif apposé sur un produit ou un service attestant d'un ensemble de qualités et de caractéristiques techniques. La définition de la labellisation par le dictionnaire est celle d'un acte qui garantit une origine ou une qualité par une organisation de nature professionnelle. Le code de la consommation utilise la notion de certification, qui englobe la labellisation telle que définie habituellement, notamment dans le cadre des labels agricole (le label rouge bénéficie d'une définition légale précise (art. L 115-19 et suiv. du Code de la consommation). La certification au titre du droit de la consommation est « l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur, du prestataire ou du client, atteste qu'un produit, un service ou une combinaison de produits et de services est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification.

Le référentiel de certification est un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter un produit, un service ou une combinaison de produits et de services, et les modalités de contrôle de la conformité à ces caractéristiques. L'élaboration du référentiel de certification incombe à l'organisme certificateur qui recueille le point de vue des parties intéressées. »

La technique de la labellisation s'est développée comme un mode d'information du consommateur. Cette pratique bien qu'elle ait des effets sur le marché - les biens ou services labellisés disposant a priori d'un avantage concurrentiel - n'est pas critiquable en tant que telle. En effet, le droit de la concurrence admet la possibilité d'introduire de tels mécanismes notamment dans un but d'amélioration de l'offre et de l'information donnée aux consommateurs.

Le droit applicable à la labellisation est celui applicable aux normes techniques en général. Il prévoit notamment la délivrance du label par un tiers, sur le fondement de critères transparents, publics, et fixés par une autorité indépendante. La démarche de labellisation repose sur le volontariat des opérateurs économiques concernés. Les règles du droit de la

concurrence permettent de sanctionner toute pratique n'ayant pas ces objectifs d'information du consommateur et de transparence et qui vise en réalité à restreindre l'accès au marché pour certains prestataires.

Dans le domaine de la formation professionnelle, cette approche de la labellisation est celle préconisée par la fédération de la formation professionnelle (FFP) qui propose de développer une politique de labellisation s'appuyant sur la qualification professionnelle. Elle doit associer les organismes de formation, les clients publics et privés et les pouvoirs publics. Elle propose de s'appuyer sur une structure existante comme l'Office professionnel de qualification des prestataires de formation (OPQF) qui a d'ores et déjà fait ses preuves en qualifiant plus de 750 organismes de formation dans 22 domaines de formation. La délivrance du certificat OPQF garantit que l'organisme dispose des moyens suffisants pour délivrer des prestations de qualité attestées par des clients. Il garantit aussi que la structure présente des garanties sur le plan économique et constitue un partenaire crédible. La FFP a proposé que ce label soit utilisé pour l'accès à la commande publique (marché réservé aux titulaires de la qualification) ou privés (appel d'offres de formation uniquement ouverts aux organismes labellisés).

Les organismes de formation peuvent bien entendu être labellisés par d'autres organismes que l'OPQF, soit par des organismes spécialisés pour les prestations de formation (label EQUIS pour les écoles de commerce et de management par exemple) soit par des organismes spécialisés dans le domaine des prestations intellectuelles (normes AFNOR de certification de services), soit par des organismes qui certifient tous types de prestations (normes ISO). Le comité français d'accréditation (COFRAC) accrédite les organismes habilités à délivrer des normes (Décret n° 2008 – 104 19 décembre 2008. JO du 26 décembre 2008).

Les concepts d'agrément et de référencement qui gravitent dans le champ sémantique de la labellisation doivent en être distingués avec le plus grand soin pour éviter toute confusion quant à leurs effets juridiques. Les trois procédures ont en commun le fait de garantir un niveau de professionnalisme ou des conditions pour agir de manière professionnelle. Il s'agit donc de mécanismes de régulation du marché ou de protection du consommateur.

L'agrément est un acte unilatéral émanant d'une autorité publique qui a pour effet d'autoriser ou d'interdire la création ou le fonctionnement d'un organisme. Dans le domaine de la formation la loi soumet les OPCA à une procédure d'agrément pour accéder à la contribution des entreprises au financement de la formation. Seul l'État peut accorder cet agrément en raison de la nature fiscale de ces contributions. Tous les OPCA actuellement agréés perdront leur agrément à la fin de l'année 2011 et devront demander son renouvellement sur la base de nouveaux critères déterminés par la loi du 24 novembre 2009. En effet, les OPCA ne sont pas des opérateurs de marché susceptibles de labellisation mais des institutions paritaires créées par voie d'accords collectifs et investies par la loi d'une mission d'intérêt général qui est de contribuer au développement de la formation. Un OPCA pourrait-il lui-même être accrédité en qualité d'organisme labellisateur ? Sans doute non car

d'une part cela n'entre pas dans son champ de compétence telle que nouvellement redéfini par la loi du 24 novembre 2009 (développement de la formation professionnelle, analyse des besoins de formation, diagnostic en matière de compétences) et d'autre part sa composition est « fermée » et n'a pas pour objet d'associer tous les représentants et professionnels d'un secteur.

En revanche rien ne lui interdit de faire figurer parmi ses critères de financement des prestataires de formation ou d'autres services associés celui de pouvoir justifier d'un label de qualité délivré par un organisme tiers indépendant.

Le référencement est le fait d'être inscrit sur une liste de prestataires potentiels, faute d'inscription sur cette liste l'accès aux prestations n'est pas possible. Cette pratique est largement utilisée par les services achats des entreprises. Elle est susceptible de s'appliquer à tous domaines. Les entreprises peuvent en particulier référencer des organismes de formation sur des critères qui leur sont propres, aucune règle ne s'imposant à elle pour l'achat de formation. La procédure du référencement est également utilisée par les OPACIF pour les prestataires de bilans de compétences. La question de savoir si les OPCA peuvent référencer les organismes de formation qui seuls pourraient recevoir leur financement est sujette à débat. Si la loi rappelle, le principe du libre choix du prestataire de formation par l'entreprise, la disposition ne figure pas dans la partie du Code du travail relative aux OPCA mais dans celle relative à l'offre de formation, rappelant simplement que la formation est un marché. En revanche, la loi fixe à l'OPCA une mission d'information et de conseil, tant pour les salariés que pour l'entreprise, dont l'objet est d'éclairer leur choix face à l'offre de formation disponible aussi bien sur le plan de la qualité que sur celui du coût. Et, comme on l'a vu, elle confie explicitement le référencement des prestataires de bilan de compétences aux OPACIF.

S'il décide de procéder à un référencement d'organismes de formation, l'OPCA devra bien évidemment respecter le principe d'égalité de traitement des entreprises, organismes de formation et salariés (article L. 6332 – 6 code du travail). Les conditions de référencement devront être publiques, tout organisme devra pouvoir y concourir et, en cas de refus de référencement, disposer de la possibilité d'en connaître les raisons et donc de contester, éventuellement par la voie judiciaire, ce refus.

3. L'usage de la labellisation par les pouvoirs publics dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie.

Deux exemples permettront d'illustrer l'usage fait par les pouvoirs publics de la labellisation : les écoles de la deuxième chance et le service public régional de formation tout au long de la vie en Poitou-Charentes.

a. Les écoles de la deuxième chance.

Selon le code de l'éducation, les écoles de la deuxième chance sont des établissements où des organismes de formation gérés par toute personne physique ou morale auquel a été attribué sur leur demande le **label école de la deuxième chance**. Les formations dispensées s'inscrivent dans le cadre de la programmation des actions de formation professionnelle des jeunes mentionnés à l'article L. 214-13 du code de l'éducation. Le label école de la deuxième chance est délivré pour une durée de quatre ans par l'association « réseau des E2C en France » aux établissements et organismes de formation se conformant aux critères définis par un cahier des charges établi par cette association, sur avis conforme des ministres chargés de l'éducation et de la formation professionnelle. Le label peut être renouvelé au vu d'une évaluation dont les modalités sont précisées par les textes réglementaires en vigueur.

La spécificité de ce dispositif tient au fait que la notion de label est ici utilisée comme synonyme d'agrément. En effet, en labellisant les écoles de la deuxième chance l'association réseau des E2C leur octroie le droit de participer à un dispositif spécifique leur assurant un financement pour la réalisation de certaines actions. En fait, le législateur utilise cette technique pour assurer la régulation d'activités qui relèvent de l'intérêt général mais qui sont soumises au droit de la concurrence.

b. Le label service public régional de la formation tout au long de la vie en Poitou Charente.

Dans le cadre de ses compétences en matière de formation professionnelle, la région Poitou-Charente a mis en place un service public régional de formation professionnelle constituée en service d'intérêt économique général (SIEG). Ce service public s'appuyait sur une procédure de labellisation des opérateurs de formation.

La procédure de labellisation comporte plusieurs étapes décrites dans une note technique du conseil régional de Poitou-Charentes :

« Dans un premier temps, tous les opérateurs de la formation professionnelle, sans discrimination, sont invités à participer à une phase publique de sélection, transparente et interactive. Devant un jury composé d'élus régionaux, d'usagers et d'experts, les opérateurs économiques pourront présenter leurs activités et répondront aux questions du jury, pour mesurer l'adéquation pédagogique et économique (expertise, savoir-faire, le résultat obtenu) de leur offre de formation et des obligations de service public pour toute la durée du mandatement. »

« Dans un deuxième temps, une phase de sélection portant sur les obligations comptables à respecter dans le cadre du SIEG et les capacités financières des opérateurs aura lieu, avec l'appui d'un expert comptable indépendant. »

« Les deux premières phases de sélection - premier et deuxième jury - vise à retenir les organismes de formation qui satisfont aux exigences posées par la région en termes de service public (qualité, continuité, accessibilité...) et de stabilité économique (analyse des comptes...) au terme d'une procédure de labellisation régionale. »

« Enfin, le dernier temps de sélection aura lieu devant le jury, qui ouvrira un échange technique avec les candidats, sur leurs aptitudes concrètes à mettre en oeuvre les actions de formation en fonction des périmètres sectoriels et géographiques établis par la région, à destination des publics les plus fragiles et selon les obligations de service public établies dans le cadre du SIEG. Le choix final des opérateurs retenus sera tranché par la commission permanente. »

« Chaque niveau de sélection doit permettre la sélection des candidats retenus pour l'étape suivante au regard de critères objectifs et exigés par le caractère et les spécificités du SIEG, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence et du droit communautaires. »

« Les relations entre la région et les opérateurs retenus prendront la forme d'une convention cadre de mandatement : ceux-ci recevront mandat pour prendre en charge les formations pour lesquelles ils ont été retenus (périmètre sectoriel et géographique). »

« Les organismes de formation seront labellisables à l'issue de la phase deux et labélisés « service public régional de la formation professionnelle » à l'issue de la phase trois. Cette disposition permettra d'octroyer aux organismes de formation des droits spéciaux, selon une procédure de sélection et de labellisation qui ne relève pas du code des marchés publics, mais qui, de par sa nature même (transparence, jury public), respectent les principes du droit communautaire, notamment au regard de la protection du droit des consommateurs. »

Du point de vue de l'amélioration de la qualité de l'offre de formation, la procédure mise en place par la région Poitou Charente présente sans doute des avantages considérables. Toutefois, il est légitime de s'interroger sur la compatibilité d'une telle procédure avec le droit de la commande publique. Le dispositif régional ne semble en effet pas être couvert par la définition légale des exceptions au Code des marchés publics. Les collectivités locales n'ont en effet pas la compétence pour octroyer elles-mêmes des droits exclusifs ou spéciaux pour la réalisation de mission d'intérêt général, sauf lorsqu'une telle attribution est prévue par un texte légal ou réglementaire. De surcroît, le dispositif régional tombe sans doute également sous le coup de la définition du « régime d'autorisation » au titre de la directive « services » 2006/123/CE qui suppose un contrôle a posteriori de la part des autorités communautaire de la légitimité de ce type de restriction du marché. En tout état de cause, le mécanisme de labellisation en question s'apparente clairement à une forme d'agrément, très éloigné de la définition classique du label.

4. Quelques problèmes juridiques soulevés par le recours à la procédure de labellisation dans le domaine de la formation tout au long de la vie.

L'orientation et la formation tout au long de la vie constituent une obligation nationale à laquelle des opérateurs aussi bien publics que privés peuvent concourir dans le respect des règles de la concurrence. On sait que le financement de ce marché est assuré pour l'essentiel

par des tiers payants gestionnaires de fonds publics - État et conseils régionaux - et par une contribution des entreprises de nature fiscale dont la gestion est pour partie confiée aux OPCA. Il ne fait pas de doute que la mise en place de procédures de labellisation aura pour effet de mieux garantir le bon d'usage de ces ressources.

Elle est à cet égard de loin préférable à l'encadrement administratif de l'activité économique de formation et des prestations associées. Cependant la généralisation de ces procédures ne doit pas avoir pour effet d'exclure du marché des prestataires qui n'auraient pas engagé cette démarche qui rappelons-le est par construction volontaire, ou auxquelles le label aurait été retiré. À cet égard le conseil de la concurrence a été saisi d'un litige opposant un opérateur privé de formation au conseil régional de Picardie². Il faudra également veiller à éviter l'abus de position dominante de labellisateurs en situation de contrôler tel ou tel marché. Ainsi, le conseil de la concurrence a-t-il condamné la fédération nationale des gîtes de France pour abus sur le marché de la labellisation des gîtes et chambres d'hôtes (Cons.con., déc. Numéro 06 - D. - 06, 17 mars 2006).

Par ailleurs le fait pour les pouvoirs publics de promouvoir dans tous les domaines le recours à la labellisation en lieu et place de l'intervention unilatérale par la voie notamment de l'agrément administratif ne doit pas les conduire à se substituer aux autorités indépendantes de certification. Au sens de la labellisation telle qu'elle résulte du code de la consommation, **un conseil régional ne saurait être lui-même labellisateur pas plus qu'un OPCA, organisme privé investi d'une mission d'intérêt général de développement de la formation.**

Enfin, il est également légitime de s'interroger sur les risques que comportent l'utilisation de label par les OPCA dans leur activité de conseil aux entreprises en matière de choix des offreurs de formation. La labellisation peut entraîner des situations de position dominante de certains organismes de formation sur certaines prestations, confortées par le comportement des OPCA qui orienteront systématiquement les entreprises vers ces prestataires. Ils risquent alors d'empêcher d'autres acteurs de concurrencer les organismes de formation en position dominante en leur rendant impossible l'accès à ces marchés. Naturellement, ces risques doivent s'évaluer au regard de situations concrètes et ne remettent pas en cause l'utilité du recours à la labellisation afin d'améliorer la qualité du conseil et, in fine, de l'offre de formation. Il n'en demeure pas moins réels et les différents acteurs, en particulier les OPCA, devront veiller à ne pas encourir ce genre de risques, sous peine de sanctions qui peuvent être très lourdes (en cas d'entente, les amendes peuvent atteindre 10% du CA).

4. Conclusions

² Sur ce sujet, lire l'entretien accordé à l'AEF par David Soldini, enseignant à l'université Paris-I et expert auprès de Circé (dépêche n°114459).

Les usagers (salariés, ménages et entreprises) des prestations délivrées dans le cadre de la formation et de l'orientation tout au long de la vie ne peuvent que tirer bénéfice de l'aide au choix que l'existence de prestataires labélisés leur propose face à une offre foisonnante. Il en va de même pour les financeurs, tiers payants ou ménages soucieux de l'efficacité des ressources allouées en contrepartie de services de qualité.

Par ailleurs les nouvelles formes de coopération entre la puissance publique et les communautés professionnelles des prestataires de services, sont de nature à faire reculer la pratique de l'acte administratif unilatéral décidé dans le silence des bureaux. De même, le concept moderne de mission de service public délégué, qui se substitue peu à peu aux services publics organiques, constitue un progrès certain que la procédure de labellisation en amont de **l'octroi de droits spéciaux** rend possible. Il convient cependant de garantir un équilibre entre ces procédures visant à limiter ou encadrer l'accès à certains marchés de prestations nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général et le respect des règles de concurrence et en particulier les principes de transparence, publicité et égalité de traitement des opérateurs économiques.

Bref, si les bénéfices attendus sont incontestables, il reste au plan juridique, à clarifier de nombreuses et cruciales questions que fait apparaître la rencontre entre le droit économique et de la concurrence, dont la labellisation n'est qu'une expression procédurale, et l'univers de l'orientation et de la formation tout au long de la vie, trop habitué au confort de la réglementation administrative par voie de circulaire.

La clarification sémantique est un préalable à tout travail sérieux dans ce domaine : labellisation, référencement, agrément, etc., ne relèvent ni de la même qualification ni du même régime juridique. Le champ respectif des normes juridiques et des normes techniques, leur articulation, ainsi que l'application de normes techniques aux personnes, constituent un autre chantier à explorer. Enfin, si comme tout l'indique, un nouveau marché de la labellisation se crée il faudra veiller au respect des principes de la concurrence - transparence, non-discrimination - entre labellisateurs financeurs et prestataires de services.

Les choix méthodologiques et de procédures que fera le nouveau délégué interministériel à l'orientation pour structurer par la labellisation les quelques 700 opérateurs en charge de l'information du conseil et de l'orientation tout au long de la vie, représenteront un moment clef dans la régulation du système d'orientation. Il en va de même des choix qui seront opérés par le FPSPP chargé de diffuser une charte de bonnes pratiques fondée sur l'approche qualité auprès du réseau des OPCA.

La déferlante annoncée de la labellisation n'a pas fini de produire ses ondes de choc.