

Le Président

ARF

Association
des Régions de France

Paris le 6 Sep. 2009

Monsieur le Ministre,

Nous avons bien reçu votre courrier du 23 juillet et nous vous en remercions. **Nous sommes naturellement pleinement satisfaits de l'intérêt que vous portez au développement de politiques régionales ambitieuses en matière de formation professionnelle.**

Nous ne pouvons cependant nous satisfaire de l'argumentation juridique qui sous-tend le rejet des amendements visant à permettre aux régions de mettre en œuvre une procédure alternative à l'application du Code des marchés et à la délégation de service public.

Vous contestez dans votre courrier l'interprétation que nous faisons du droit communautaire en arguant du fait que la notion de mandatement n'est pas une procédure spécifique mais une notion transversale qui recouvre différentes réalités juridiques nationales. Nous partageons pleinement cette interprétation. En revanche, **vous réfutez l'existence de formes de mandatement, alternatives à celles définies par le Code des marchés publics et par la délégation de service public.** Si ces deux modes de contractualisation constituent bien des « mandats » au sens du **droit communautaire**, ce dernier admet l'existence d'autres formes de mandats, et en particulier le mandatement avec octroi de droit exclusifs et spéciaux. Cette possibilité est explicitement reconnue par l'article 86 du Traité communautaire¹.

¹ Article 86 du Traité communautaire

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.
2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal 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. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.
3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

Le Code des marchés publics prend d'ailleurs acte de l'existence de ce type de mandat en prévoyant, à son article 3, une exception à l'application du Code « *lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne* ».

La Circulaire portant manuel d'application du Code des marchés (Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics) précise les conditions d'octroi de ce mandatement spécifique en affirmant que « le droit exclusif doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt économique général confiée au contractant :

- lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des « 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 » (6) (ex. : services de réseaux de transports, d'énergie ou de communication)
- lorsque le droit exclusif peut être regardé comme justifié si, en son absence, son bénéficiaire n'est pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été impartie.

Dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles du traité CE de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à condition que les restrictions auxdites règles soient propres à garantir l'objectif qu'elles visent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. »

L'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics fait également référence à cette procédure, notamment à l'article 4.

Cette possibilité de mandatement spécifique existe donc bien et est reconnue en droit français. Elle est d'ailleurs largement utilisée par l'État dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle.

- **Les Missions locales** bénéficient ainsi d'un mandat spécifique (Cf. article R. 5131-4 C. trav.) pour l'accompagnement des jeunes de seize à vingt cinq ans révolus, prévu à l'article L. 5131-3 du code du travail. Les conditions de financement de ces structures sont d'ailleurs définies par voie de circulaire² qui précise que « le financement des missions locales s'inscrit dans le régime des subventions : il est accordé sur la base d'un projet associatif présenté par le Président de la mission locale. Il doit s'assurer d'une cohérence entre les objectifs fixés en fonction des besoins du territoire et l'allocation des moyens par l'État ».

² Circulaire DGEFP n° 2007-26 du 12 octobre 2007 relative au financement du réseau des missions locales et PAIO

- Il est également possible de citer le cas des **centres d'apprentissage**³ ou encore des **PLIE** (Plan local d'insertion économique)⁴ qui fonctionnent sur la base d'un mandat spécifique.
- Enfin, plus récemment encore, vous avez vous-même participé à la mise en œuvre du dispositif prévu par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 concernant **les écoles de la deuxième chance**, dispositif qui s'apparente également à un mandatement spécifique en vue de réaliser une mission d'intérêt général⁵.

La limite du droit national tient au fait que, malgré les nombreuses délégations de compétences aux collectivités territoriales, celles-ci n'ont pas la faculté, sauf dispositions spécifiques prévues par le législateur national, de déroger aux procédures formalisées du Code des marchés publics et de la délégation de service public, même lorsque ces procédures s'avèrent être incompatibles avec le fonctionnement du service tel que défini par la collectivité. En somme, la procédure d'octroi de droits spéciaux est une prérogative exclusive de l'État.

Le droit communautaire ne distingue pas, en la matière, entre la puissance publique nationale et la puissance publique régionale ou locale : ce qui est autorisé à l'un l'est également aux autres. C'est donc bien le droit national qui empêche aujourd'hui la mise en œuvre de ce type de procédure par les collectivités territoriales, et en particulier par les régions.

Il convient enfin de souligner que **la mise en place d'un tel dispositif ne contrevient pas nécessairement aux principes du droit de la concurrence, et en particulier à l'exigence de publicité et de transparence.** Comme l'illustre la procédure mise en place en Poitou Charente dans le cadre de son Service public régional de formation, il est tout à fait possible de définir une procédure dérogatoire du Code des marchés publics, adaptée à la réalisation de la mission d'intérêt général telle que définie par la collectivité et néanmoins respectueuse des principes de concurrence.

Il est d'ailleurs symptomatique que le Préfet de région n'ait pas jugé utile de soulever un risque d'illégalité devant le juge administratif.

³ En ce qui concerne l'Apprentissage, l'article R. 6233-8 du Code du travail précise qu'un organisme gestionnaire de centres de formation d'apprentis peut recevoir des subventions d'équipement et de fonctionnement de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics.

⁴ En ce qui concerne les PLIE, l'article R. 5131-3 dispose « L'Etat apporte son concours, pour une durée maximale de cinq ans, à la mise en œuvre des PLI, dans le cadre d'accords conclus avec les collectivités intéressées et les agences d'insertion mentionnées à l'article L.522-1 du code de l'action sociale et des familles ».

⁵ La circulaire (<http://i.ville.gouv.fr/divbib/doc/CD017circulaireecoles2chance2009.pdf>) précise les conditions de ce mandatement dont le financement est réalisé sur la base d'un appel à projet. Voici le détail du dispositif défini par la circulaire (citation textuelle) qui est un parfait exemple de mandatement "ad hoc" en effet :

« Il importe que les conditions de conventionnement et de labellisation soient parfaitement connues des structures qui répondront aux appels à projets.

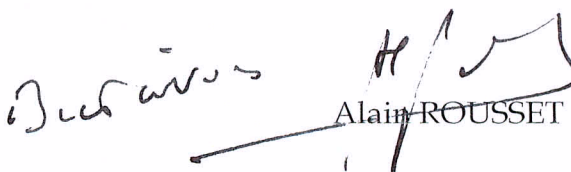
Vous veillerez par conséquent à ce que les principes de conventionnement susmentionnés au I-2 ainsi que le cahier des charges et le guide de labellisation puissent être largement diffusés auprès de l'ensemble des acteurs de la formation professionnelle et de l'emploi de votre territoire ».

Pour autant, si cette procédure est effectivement conforme au droit communautaire, des risques subsistent quant à sa légalité au regard du droit national puisqu'a priori – à c'est bien là l'objet de notre démarche –, aucune disposition nationale n'autorise les régions à procéder ainsi.

Plutôt que de laisser les régions dans une situation d'insécurité juridique avec un risque d'annulation par le juge administratif, préjudiciable au bon fonctionnement du service public régional de formation, il nous paraît légitime de demander aux autorités compétentes, c'est-à-dire au gouvernement et au Parlement, de modifier l'état du droit existant afin de rendre cette procédure légale.

Enfin, une dernière remarque concernant le Code des marchés : les Régions sont pleinement conscientes des potentialités qu'offre le Code (et y recourent quotidiennement). Justement, **cette pratique régulière du Code des Marchés publics a permis d'identifier un certain nombre de limites**, notamment en matière de contractualisation sur le long terme et de recours à des opérateurs travaillant en réseau. **Le recours à la procédure de mandatement avec octroi de droits spéciaux ne doit intervenir que si le Code ne permet pas d'accomplir la mission de service public.** Naturellement, ces dérogations seront réalisées sous le contrôle du juge qui a la charge de veiller à ce que les dérogations soient effectivement nécessaires et proportionnelles ».

Monsieur le Ministre, vous êtes comme nous-mêmes attachés à la qualité du service public de formation. Nous comptons sur vous pour faire sauter les verrous du droit français pour que les régions puissent pleinement mettre en œuvre, dans un contexte juridique sécurisé, et au bénéfice de l'ensemble de nos concitoyens, un service public de formation de qualité sur l'ensemble de nos territoires.


Alain ROUSSET

Monsieur Laurent WAUQUIEZ
Secrétaire d'État chargé de l'Emploi, auprès de la
Ministre de l'Économie,
139 rue de Bercy
75572 – PARIS CEDEX 12