



**Avis n° 08-A-10 du 18 juin 2008
relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la
formation professionnelle (FFP)**

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 8 décembre 2006, sous le numéro 06/0102 A, par laquelle la Fédération de la formation professionnelle (FFP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce ;

Vu le Code du travail ;

Vu le Code de l'éducation ;

Vu l'article 13 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la Fédération de la formation professionnelle entendus au cours de la séance du 7 mai 2008 ;

Les représentants de l'Agence nationale pour la formation professionnelle des adultes et ceux du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministère du travail (délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) entendus, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 463-7 du Code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

1. La Fédération de la formation professionnelle (FFP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative aux prestations de formation professionnelle. La FFP souhaite que soient précisées les conditions de l'intervention du service public de l'emploi dans le secteur de la formation professionnelle, de telle sorte que puisse être évitée toute situation de concurrence faussée au détriment des prestataires privés. La FFP estime, en particulier, que le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la formation professionnelle est affecté par la position détenue par l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), notamment vis-à-vis des demandeurs d'emploi. La FFP s'interroge en particulier sur la justification de son financement public, sur le partage entre celles de ses missions relevant d'une activité de service public et celles relevant d'activités concurrentielles, sur son intervention dans le processus d'agrément des organismes habilités à délivrer des titres professionnels reconnus par le ministère du travail, sur sa fonction d'orientation et plus généralement sur sa position avantageuse sur le marché de la formation professionnelle.
2. A titre liminaire, le Conseil rappelle que, consulté en application de l'article L. 462-1 du Code de commerce, il ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général. Il ne lui appartient pas, dans ce cadre, de statuer sur le point de savoir si telle ou telle pratique est ou serait contraire aux articles 81 CE ou 82 CE et aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. En effet, seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure contradictoire prévue aux articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce, sont de nature à permettre l'appréciation de la licéité d'une pratique au regard des dispositions relatives aux ententes ou aux abus de position dominante.
3. En l'espèce, rien ne fait obstacle à ce que le Conseil réponde aux questions qui lui sont posées, dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant.
4. Après avoir décrit le cadre juridique et financier dans lequel l'AFPA intervient (I), puis analysé le secteur visé par la demande (II), le Conseil examine les conditions de l'exercice de la concurrence en matière de formation professionnelle (III).

I. Le cadre juridique et financier

5. Un certain nombre d'éléments figurant ci-dessous ont été exposés dans le précédent avis du Conseil n° [00-A-31](#) du 12 décembre 2000, déjà demandé par la FFP, auquel il est renvoyé pour le surplus.
6. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère celui de la Constitution du 4 octobre 1958, fait figurer la formation professionnelle au rang des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* ».
7. En conséquence, l'article L. 6111-1 du Code du travail dispose : « *La formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle comporte une formation initiale, comprenant notamment l'apprentissage, et des formations ultérieures, qui constituent la formation professionnelle continue, destinées aux adultes et aux jeunes déjà engagés dans la vie active ou qui s'y engagent. En outre, toute personne engagée dans la vie active est en droit de faire valider les acquis de son expérience, notamment professionnelle.* » La qualification d'« *obligation nationale* », figure également à l'article L. 122-5 du Code de l'éducation, s'agissant de l'éducation permanente, dont la formation professionnelle fait partie intégrante.

A. LE CADRE GÉNÉRAL DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE

8. Initialement conçue comme un simple instrument individuel de promotion sociale, la formation professionnelle est devenue un vecteur de la politique de l'emploi avec la création, par la loi du 18 décembre 1963, du Fonds national de l'emploi (FNE). Les lois du 3 décembre 1966 et du 31 décembre 1968 ont institué le congé individuel de formation (CIF) et organisé son financement. La loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 organisant la formation professionnelle dans le cadre de l'éducation permanente, vise à répondre à un objectif général de formation, permettant l'adaptation ou la reconversion des salariés, l'entretien et le perfectionnement des connaissances, la promotion sociale, ainsi que la préformation des plus jeunes. Le CIF y est maintenu comme un droit individuel.
9. L'organisation de la formation professionnelle repose sur la pluralité des financeurs et des offreurs, sur une politique concertée entre l'État, les régions, les organismes de placement et de formation et les partenaires sociaux, ainsi que sur la participation financière obligatoire des employeurs. La loi du 24 février 1984 a précisé les conditions dans lesquelles ceux-ci peuvent s'acquitter de leurs obligations : plans de formation internes, versement à un fonds d'assurance formation, financement d'actions de formation au bénéfice des travailleurs privés d'emploi, contribution au financement d'études ou de recherche. Ce texte étend, en outre, le droit au CIF à tous les salariés et institue le principe de la formation professionnelle en alternance. La loi n° 85-832 du 5 août 1985 relative au congé de conversion a complété les moyens d'intervention du FNE, la formation professionnelle étant utilisée pour le reclassement des travailleurs licenciés. La loi n° 90-579 du 4 juillet 1990 a reconnu à tout salarié entrant ou engagé dans la vie active un droit à congé formation permettant d'acquérir une qualification professionnelle, qui ouvre droit à un bilan de compétences et à l'élaboration d'un projet personnalisé de parcours de formation, ainsi qu'à la prise en charge totale ou partielle de cette formation. La loi quinquennale n° 93-1313 du 23 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, a réformé les modalités de financement, développé les mesures de formation en alternance, ainsi que les droits individuels des salariés. Elle institue, notamment, les plans régionaux de développement des formations professionnelles des jeunes couvrant l'ensemble des filières de formation des jeunes préparant l'accès à l'emploi : formation initiale, contrats d'insertion en alternance, formation professionnelle continue. La loi n° 95-116 du 4 février 1995 a posé le principe d'un agrément des organismes de formation par l'État. La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation, relative à la lutte contre les exclusions, renforce l'accompagnement personnalisé vers l'emploi pour les jeunes de 16 à 25 ans (programme TRACE). La loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social crée un droit individuel à la formation d'une durée de vingt heures par an, cumulable sur six ans, dont le déclenchement relève de l'initiative du salarié et le choix de l'action est arrêté par accord entre celui-ci et l'employeur.
10. La formation professionnelle continue a ainsi pour objet de permettre l'adaptation des travailleurs aux changements des techniques et des conditions de travail et de favoriser leur promotion professionnelle.
11. Elle est assurée dans le cadre des actions énumérées à l'article L. 6313-1 du Code du travail :
 - « 1° Les actions de préformation et de préparation à la vie professionnelle ;
 - 2° Les actions d'adaptation et de développement des compétences des salariés ;
 - 3° Les actions de promotion professionnelle ;

- 4° *Les actions de prévention ;*
- 5° *Les actions de conversion ;*
- 6° *Les actions d'acquisition, d'entretien ou de perfectionnement des connaissances ;*
- 7° *Les actions de formation continue relative à la radioprotection des personnes prévues à l'article L. 1333-11 du code de la santé publique ;*
- 8° *Les actions de formation relatives à l'économie de l'entreprise ;*
- 9° *Les actions de formation relatives à l'intéressement, à la participation et aux dispositifs d'épargne salariale et d'actionnariat salarié ;*
- 10° *Les actions permettant de réaliser un bilan de compétences ;*
- 11° *Les actions permettant aux travailleurs de faire valider les acquis de leur expérience ;*
- 12° *Les actions d'accompagnement, d'information et de conseil dispensées aux créateurs ou repreneurs d'entreprises artisanales, commerciales ou libérales, exerçant ou non une activité. »*

B. LA RÉGIONALISATION ET LE FINANCEMENT PUBLIC

12. L'élargissement du droit à la formation, qui est financé à titre principal par les entreprises mais aussi par les pouvoirs publics qui l'organisent également, s'est accompagné d'un transfert de compétences de l'État aux régions. Depuis la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, qui attribue à ces dernières la compétence de droit commun en matière de formation professionnelle continue, le mouvement de décentralisation s'est poursuivi. La loi quinquennale n° 93-1313 du 23 décembre 1993, relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, a posé le principe du transfert du financement des actions à destination des jeunes de l'État vers les régions. La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, renforce également leur rôle en la matière : l'article L. 214-12 du code de l'éducation, issu de cette loi, modifié par les lois n° 2004-809 du 13 août 2004, précitée, et n° 2006-340 du 23 mars 2006, reconnaît à la région une compétence de droit commun en matière de formation professionnelle continue et d'apprentissage. L'article L. 214-13 du code de l'éducation confère aux conseils régionaux la responsabilité d'arrêter un plan régional de formation professionnelle, et, dans sa version antérieure à la loi du 13 août 2004 précitée, d'arrêter le schéma régional des formations de l'AFPA. Il transfère de l'État aux régions la prise en charge des primes aux employeurs d'apprentis, tout en renforçant la coordination régionale par l'élargissement du champ d'intervention du plan régional de développement des formations professionnelles aux adultes.
13. L'article L. 214-12 du code de l'éducation est ainsi rédigé : *« La région définit et met 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. Elle organise sur son territoire le réseau des centres et points d'information et de conseil sur la validation des acquis de l'expérience et contribue à assurer l'assistance aux candidats à la validation des acquis de l'expérience. Elle organise des actions destinées à répondre aux besoins d'apprentissage et de formation en favorisant un accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formation. Elle veille en particulier à organiser des formations permettant d'acquérir une des qualifications mentionnées à l'article L. 900-3 du code du travail. Elle assure l'accueil en formation de la population résidant sur son territoire, ou dans une autre région si la formation désirée n'y est pas accessible. Dans ce dernier cas, une convention fixe les conditions de prise en charge de la formation par les régions concernées. Elle institue, notamment, les plans régionaux de développement des*

formations professionnelles des jeunes couvrant l'ensemble des filières de formation des jeunes préparant l'accès à l'emploi : formation initiale, contrats d'insertion en alternance, formation professionnelle continue », tandis que l'article L. 214-13 du même code prévoit notamment que le conseil régional approuve le plan régional de développement des formations professionnelles, qui a pour objet de définir « *une programmation à moyen terme des actions de formation professionnelle des jeunes et des adultes et de favoriser un développement cohérent de l'ensemble des filières de formation en favorisant un accès équilibré des femmes et des hommes à chacune de ces filières de formation* ». Ce plan est « *élaboré en concertation avec l'État, les collectivités territoriales concernées et les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives à l'échelon national* ». L'ANPE participe à cette élaboration.

14. Ce mouvement de transfert des compétences s'est accompagné d'un transfert, plus tardif, des crédits budgétaires antérieurement attribués par l'État à l'AFPA. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004, précitée, prévoit en effet que « *les compétences dévolues aux régions ... en matière d'organisation de formation professionnelle, lorsqu'elles donnent lieu à l'organisation et au financement, par l'État, de stages de l'AFPA, sont transférées au plus tard le 31 décembre 2008* ». Avant cette date, ce même texte prévoit que le transfert est possible, sous réserve de la signature d'une convention tripartite État - région - AFPA. Il donne alors lieu à compensation financière de la part de l'État. La quasi totalité des régions ont déjà opéré ce transfert. Les régions deviennent ainsi, en application des conventions tripartites, les donneurs d'ordre principaux de l'AFPA, jusqu'alors financée principalement par l'État au titre de politiques publiques. Dans ce contexte, même s'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, dans le cadre d'un avis, de prendre position sur l'interprétation des textes régissant la commande publique, il semble que dans de nombreux cas les régions seront appelées à recourir à la passation de marchés publics en matière de formation professionnelle. L'AFPA devrait ainsi être mise en concurrence avec d'autres opérateurs plus fréquemment qu'autrefois, dans le cadre d'appels d'offres. Dans son avis n° [00-A-31](#), précité, le Conseil de la concurrence avait déjà souligné les aspects positifs d'une telle évolution. Les crédits d'État transférés se rapportent à la formation qualifiante, à la rémunération des stagiaires et aux prestations associées à la formation des demandeurs d'emploi c'est-à-dire l'accompagnement, l'hébergement et la restauration. Les régions qui ont déjà opéré le transfert reçoivent une enveloppe globale de crédits qui correspond à la moyenne des dépenses actualisées constatées au cours des trois années précédant le transfert, versée par le biais d'une fraction de la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP).
15. L'État conserve la compétence en matière d'orientation des demandeurs d'emploi, de certification de titres, mais aussi, en ce qui concerne la formation proprement dite, les prestations relatives à l'accompagnement des jeunes de 16 à 25 ans, en application de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, de programmation pour la cohésion sociale. Il demeure en outre compétent s'agissant des programmes nationaux spécifiques, c'est-à-dire de la formation des Français établis hors de France (article 9 de la loi du 13 août 2004, codifié à l'article L. 214-12-1 du code de l'éducation), des détenus incarcérés ou en régime de semi liberté, des travailleurs handicapés, des anciens militaires, des salariés d'outre mer. Pour ces catégories de personnes, le contrat de progrès État-AFPA prévoit que l'État, qui assure le financement de ces actions, passe des conventions annuelles ou pluriannuelles avec l'AFPA.
16. En outre, la collectivité territoriale de Corse échappe aux modalités générales de décentralisation. En application de l'article L. 4424-34 du code général des collectivités territoriales, à l'occasion de la mise en œuvre du plan régional de développement : « *la*

collectivité territoriale de Corse signe une convention, notamment avec l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, dont elle arrête le programme des formations et le programme des opérations d'équipement pour la Corse. »

17. La formation professionnelle ne correspond pas dans sa globalité à un service public, même si cette qualification a parfois été retenue pour certaines situations en raison de la nature de l'organisme concerné (pour les centres de formation d'apprentis, Conseil d'État, 11 décembre 1996, FSUER, les établissements publics, Tribunal des conflits, 16 janvier 1995 ou les GRETA, Tribunal des conflits, 12 fév. 2001, Mme D) et même si la formation professionnelle participe, en vertu de l'article L. 5311-2 du code du travail, au service public de l'emploi qui : « *comprend le placement, l'indemnisation, l'insertion, la formation et l'accompagnement des demandeurs d'emploi* » (article L. 5311-1 du même code). L'AFPA, pour sa part, assume « *sous le contrôle de l'État une mission d'intérêt général* » (Conseil d'État, 13 février 1987, Nehal, 23 juin 2000, Adam). La participation à ce service public n'entraîne pas en elle-même la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.
18. Les procédés juridiques utilisés dans les relations entre personnes publiques et offreurs de formation professionnelle reposent sur l'agrément du stage, qui conditionne la rémunération du stagiaire par la collectivité publique concernée (art. L. 6341-4 du code du travail) et la convention de formation professionnelle, qui constitue la relation essentielle entre offreurs et demandeurs (articles D. 6122-4 et D. 6122-5 du code du travail). Celle-ci fixe :
 - la nature, l'objet, la durée et les effectifs des stages qu'elle prévoit ;
 - les modalités de leur déroulement ;
 - les prix et les contributions financières éventuelles des personnes publiques ;
 - les modalités de contrôle pédagogique et technique.
19. La loi du 13 août 2004, en même temps qu'elle organise la régionalisation, maintient d'ailleurs la possibilité pour l'État de contribuer financièrement tant aux dépenses de fonctionnement des stages qu'à la construction ou à l'équipement des centres. Cette contribution est établie sur la base d'une convention (article L. 6122-1 du code du travail).
20. Il en résulte que l'État, en application de ce texte, dispose toujours de la possibilité de s'engager, par convention, à financer sur fonds publics des actions de formation continue en contrepartie d'obligations de la part du cocontractant, qui peut être un centre de formation public ou privé, une entreprise ou un organisme paritaire.
21. Les régions utilisent également ce même outil juridique pour mettre en œuvre leur politique de formation, en en arrêtant librement les éléments, notamment en matière de contrôle.
22. Ce système de conventions n'apparaît pas incompatible, pour une même prestation, avec le recours aux appels d'offres.

C. LE FINANCEMENT PRIVÉ

23. La formation professionnelle est aussi financée par des sources privées.
24. Toutes les entreprises sont assujetties à l'obligation de formation professionnelle, dont elles peuvent s'acquitter de multiples manières : par des actions internes, par des conventions

conclues avec des organismes de formation librement choisis, par des conventions conclues avec un organisme paritaire collecteur agréé (OPCA), par le financement de centres de formation pour chômeurs ou des engagements de développement de la formation. A défaut, l'entreprise s'acquitte de ses obligations par un versement au Trésor public.

25. La participation des employeurs au développement de la formation professionnelle est définie aux articles L. 6331-1 et suivants du code du travail. Le taux légal, rehaussé par la loi n° 2004-391, précitée, du 4 mai 2004, varie selon la taille des entreprises. Les employeurs occupant moins de dix salariés doivent consacrer au financement de la formation professionnelle 0,55 % du montant des rémunérations payées au cours de l'année civile, pour le financement du plan de formation, intégralement versé à un organisme paritaire collecteur agréé (OPCA). Pour les entreprises employant de 10 à 19 salariés, ce taux est de 1,05 %. Les employeurs occupant au moins 20 salariés doivent consacrer un pourcentage minimal de 1,6 % du montant des rémunérations versées pendant l'année de référence, dont 0,9 % au titre du plan de formation. Pour les entreprises de travail temporaire employant au moins 20 salariés, ce taux s'élève à 2 %.

Décomposition de l'obligation légale des entreprises selon leur effectif

Obligation légale des entreprises selon leurs effectifs	Moins de 10 salariés (taux rehaussés au 1/1/2005)	De 10 à 19 salariés (catégorie créée à compter de 2005)	A partir de 20 salariés (taux rehaussés au 1/1/2005)
CIF	-	-	0,2 %
Professionalisation	0,15 %	0,15 %	0,5 %
Plan de formation	0,4 %	0,9 %	0,9 %
OBLIGATION LEGALE	0,55 %	1,05 %	1,6 %

26. En pratique, ces taux sont souvent dépassés, et atteignent, en moyenne, environ 3 % de la masse salariale globale, toutes entreprises confondues. L'effort financier tend à augmenter avec la taille de l'entreprise. Cette participation permet de financer le plan de formation de l'entreprise, qui regroupe les formations à l'initiative de l'entreprise et liées à l'entreprise, le CIF, le capital temps formation pour des formations d'initiative conjointe, lorsqu'il existe un accord sur ce point, et la formation en alternance des jeunes.

II. Le secteur de la formation professionnelle

A. LES DÉPENSES POUR LA FORMATION PROFESSIONNELLE

27. Les statistiques relatives à la formation professionnelle sont établies notamment à partir des déclarations déposées par les entreprises, des comptes rendus d'activité des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), des informations fournies par les organismes de formation, ainsi que des enquêtes individuelles de formation et de qualification

professionnelles réalisées par l'INSEE. En 2005, les dépenses totales consacrées à la formation professionnelle s'élèvent ainsi à 25,9 milliards d'euros, dont 3,7 milliards d'euros au titre de l'apprentissage.

28. Une partie de ces sommes est consacrée à la formation professionnelle réalisée par les entreprises elles-mêmes en direction de leurs salariés ou par les collectivités publiques pour leurs propres agents. Ces sommes correspondent à des prestations fournies en interne, par les entreprises (12 % de leurs dépenses, soit plus d'un milliard d'euros) et par les collectivités publiques (5,5 milliards), et ne font donc pas l'objet d'un échange sur le marché. Les statistiques comprennent les subventions globales, accordées par l'État à différents organismes (Conservatoire national des arts et métiers, Centre national d'enseignement à distance, universités, etc.) pour leur activité en matière de formation en direction d'adultes engagés dans des cursus de formation supérieure initiale.
29. L'autre partie de ces sommes, soit 19,4 milliards d'euros en 2005, correspond à des prestations qui font l'objet d'une transaction financière sur le marché et qui ont pour support les conventions ou contrats de formation professionnelle. Dans cet ensemble, les entreprises sont les principales sources de financement : 10,5 milliards d'euros. Les entreprises financent ainsi 40,5 % du total de la dépense. Les dépenses de l'État représentent 4,4 milliards d'euros, celles des régions 3,2 milliards d'euros, mais sont en forte progression du fait du transfert de compétences : + 2 % en 2005, + 17 % en 2006, le solde est financé par les bénéficiaires. De 1999 à 2005, la part des entreprises augmente de 16,5 %, celle des régions de 57 %, tandis que celle de l'État baisse de 16 %.
30. Globalement, l'activité de la branche a progressé de 3,5 %, en euros courants, de 2004 à 2005. Entre 1999 et 2005, les prestations internalisées ont, en tout cas pour la fonction publique, plus progressé que les prestations externalisées (21 % contre 11 %).

B. LES ACTEURS

31. Les statistiques de la formation professionnelle portent sur les organismes exerçant une activité de formation à titre principal, ou, à tout le moins, de façon pérenne et significative. Elles révèlent une grande diversité des acteurs et des situations.
32. La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a remplacé, à l'article L. 6351-1 du code du travail, la déclaration préalable des entreprises par une simple déclaration d'activité. Selon les derniers indicateurs généraux, qui concernent l'année 2004, 54 799 établissements dispensateurs de formation ont « *renseigné leur bilan pédagogique et financier* » et 45 777 ont effectivement réalisé des actions de formation professionnelle, ce qui représente un chiffre d'affaires global de 8,8 milliards d'euros. Les prestataires individuels, bien que numériquement importants sur le marché (30 %), n'en réalisent qu'une faible part, environ 4 %.
33. 13 500 établissements, soit environ le quart du total des organismes qui interviennent dans le secteur, ont l'enseignement ou la formation comme activité principale (+ 2,1 %). En 2004, ces 13 500 opérateurs ont dégagé un chiffre d'affaires de 5,4 milliards d'euros. Ils représentent ainsi 60 % du chiffre d'affaires global du marché. Les organismes appartenant au secteur public et assimilé, y compris les structures régionales de l'AFPA et ceux relevant de l'éducation nationale, ne représentent que 6 % de ces établissements, mais ils réalisent 21 % de l'ensemble de leur chiffre d'affaires.

C. LE RÔLE DE L'AFPA

34. Association nationale à gestion tripartite, l'AFPA a pris, en 1966, la suite de l'Association nationale interprofessionnelle pour la formation rationnelle de la main d'œuvre (ANIFRMO), laquelle avait été créée en 1949. L'AFPA est le premier organisme d'orientation et de formation professionnelle en France. L'article 4 de ses statuts prévoit que son administration est assurée, de façon paritaire, par 39 représentants : 13 des pouvoirs publics (État et deux représentants des conseils régionaux), 13 des organisations professionnelles d'employeurs, et 13 des syndicats de salariés. Elle est placée sous la tutelle de l'État. Cette tutelle se manifeste notamment par l'existence d'un contrôle d'État, néanmoins limité à certaines dépenses et aux recettes d'origine privée dont le montant excède un million d'euros, par la présence d'un commissaire du Gouvernement qui dispose d'un droit de veto (en pratique ce droit n'est pas utilisé, les décisions étant arrêtées en amont), ainsi que par l'approbation des emprunts et par l'agrément du ministre à la nomination du directeur général. Au niveau fonctionnel, la tutelle se traduit par le fait que l'AFPA met en œuvre, dans le cadre du service public de l'emploi, les politiques de l'emploi et de la formation professionnelle décidées par les pouvoirs publics.
35. Cependant, l'AFPA dispose d'une large autonomie par rapport à l'État : le budget est voté par l'assemblée générale, les implantations de centres dépendent largement de choix régionaux et répondent souvent aux sollicitations des conseils régionaux ou d'autres élus locaux, le recrutement des formateurs relève de la compétence des directeurs de centre, les décisions de créer une formation proviennent souvent de demandes des branches professionnelles prises en compte au niveau régional. Ses relations avec l'État et les régions et plus généralement avec les opérateurs publics, s'effectuent sur une base largement contractualisée, ce qui constitue une marque de cette autonomie.
36. L'AFPA occupe une place originale par rapport aux autres intervenants du secteur.
37. Elle est principalement orientée vers les besoins des demandeurs d'emploi qui représentent deux tiers environ des stagiaires. En 2006, 266 199 personnes ont été conseillées et orientées, dont 196 777 au titre des services d'appui à la définition d'un projet de formation à la demande de l'ANPE, 64 % des personnes ainsi dirigées ont ensuite bénéficié d'un parcours de formation, dont 43 % dans des formations assurées par l'AFPA elle-même, et 21 % dans d'autres organismes. Au total, l'AFPA a enregistré, en 2006, 159 000 entrées en formation, dont 104 320 étaient des demandeurs d'emploi.
38. L'AFPA répond, néanmoins, d'une manière croissante aux demandes de formation pour les salariés. Le nombre de stagiaires salariés a augmenté de 63 % entre 2005 et 2006, avec plus de 47 700 entrées en formation et 77 600 personnes en stage au cours de l'année 2006. Parmi les entrées, 42 000 personnes sont formées au titre d'un plan de formation d'entreprise et plus de 4 000 personnes au titre d'un CIF.
39. Ramenée au nombre total de personnes ayant bénéficié d'un stage de formation professionnelle, qui s'élève à 8,3 millions, l'activité de l'AFPA concerne en 2006 environ 1,8 % des stagiaires. Elle a assuré 57,6 millions d'heures de formation sur un total de 654 millions d'heures assurées annuellement (8,8 %), l'écart entre cette proportion et celle des stagiaires accueillis s'expliquant notamment par le fait que la formation de demandeurs d'emploi est, en moyenne, beaucoup plus longue que celle des autres stagiaires.

40. L'AFPA se consacre, en priorité et très largement, aux premiers niveaux de formation, destinés aux personnes les moins qualifiées et aux salariés touchés par des reconversions industrielles. 80 % à 90 % de ses stagiaires sont des personnes peu qualifiées, dont la mobilité géographique est souvent réduite. Près de 90 % des heures de formation concernent ainsi la formation qualifiante. De ce fait, l'AFPA intervient beaucoup dans les secteurs du bâtiment, des travaux publics et de l'industrie, souvent en fonction de spécialisations locales. Son intervention dans le cadre de la formation continue des salariés, par exemple pour des missions d'adaptation aux postes de travail, ou pour des stages de courte durée, est, comme indiqué précédemment, limitée.
41. L'AFPA est ainsi un instrument de mise en œuvre des politiques publiques de retour à l'emploi, et permet de mettre en œuvre une logique de solidarité, ce dont témoigne le caractère gratuit de la formation pour les bénéficiaires de ces pratiques. Concrètement, elle intervient seule dans certains secteurs où il n'existe pas, sur le même territoire, voire au niveau national, d'offre alternative, sinon de manière marginale.
42. L'AFPA est implantée sur tout le territoire national. Elle dispose de 272 sites de formation et de validation, de 215 sites d'orientation, et gère six établissements d'études. Cette présence permet d'assurer une bonne adéquation à la demande et de lutter contre le déficit d'offre de formation, ou du moins contre un risque de concentration géographique de l'offre. Les résultats positifs, sur le plan opérationnel, de cette situation ainsi que du caractère concerté avec de nombreuses branches professionnelles du contenu et de la nature des formations sont largement reconnus. De plus, la dimension de l'AFPA lui permet certaines souplesses, comme l'accueil continu en stage de formations qualifiantes, ce qui permet aux collectivités publiques, par exemple, de mettre en œuvre rapidement des plans de revitalisation de bassins d'emploi en cas de restructurations locales.
43. L'AFPA emploie près de 12 000 personnes (11 500 équivalents temps plein) dont environ 5 000 formateurs, près de 870 psychologues conseillers en formation et 350 ingénieurs de formation et consultants. Les formateurs sont souvent d'anciens professionnels, l'exigence requise étant d'au moins cinq ans de pratique professionnelle dans le métier concerné. La convention collective (article 8) exige de leur part une réussite à des essais professionnels. A l'exception de quelques personnes détachées de la fonction publique, le personnel est régi par un statut de droit privé, principalement sous contrats à durée indéterminée, et bénéficie d'une convention collective.

D. LES RESSOURCES DE L'AFPA

44. L'AFPA est actuellement attributaire, au total, de 4,2 % des produits de la formation professionnelle, essentiellement par le biais du financement émanant des pouvoirs publics (8,2 % de ce financement est destiné à l'AFPA).

Ressources de l'AFPA depuis 2005 (en M€)

	2005	2006	2007	2008 primitif
Crédits d'État prévus par la loi de finances (fonctionnement)	701,86	694,68	132,89	275,49
Ressource d'État extra budgétaire	0	0	175,00	0
Autres recettes publiques, y compris régions	74,81	96,67	497,04	518,51
Recettes privées (entreprises, fonds mutualisés, bénéficiaires)	115,31	149,76	155,17	161,43
Recettes ou concours reçus des institutions européennes	53,37	65,87	51,58	50,00

45. Opérateur au sens du droit budgétaire, l'AFPA est principalement financée par des ressources publiques. En premier lieu, elle reçoit des crédits d'État, pour son fonctionnement comme pour son équipement. Ces crédits s'élèvent dans la loi de finances pour 2008 à 400 millions d'euros environ, toutes dotations confondues.
46. Ils se décomposent de la manière suivante :
- 109 millions d'euros au titre de la subvention de fonctionnement inscrits au programme accès et retour à l'emploi ;
 - 75 millions d'euros au titre des publics en situation difficile ;
 - 77 millions au titre des actions de formation qualifiantes ;
 - 65 millions pour la politique de certification.
47. 74 millions de crédits de paiement sont en outre destinés, en 2008, à l'investissement, au titre de la remise à niveau du patrimoine dont l'État est propriétaire, mais qui est mis à disposition de l'Agence, dont 10 millions au titre des contrats de plan État-région. Au titre de ces contrats, pour l'ensemble de la période 2007-2013, la part de l'État doit s'élever à 73 millions d'euros, et celle des régions à 54,3 millions d'euros.
48. Les crédits directement versés par l'État, visés par la saisine de la FFP, sont en forte baisse du fait du transfert des compétences aux régions ainsi que le montre le tableau précédent. Corrélativement, les autres recettes publiques de l'Agence sont en très forte augmentation, puisque ce poste inclut notamment les dotations des collectivités locales. Au total, les recettes de l'Agence, prévues pour 2008 à hauteur de 1 078 millions d'euros environ, sont en augmentation, y compris la part des recettes privées, qui doivent atteindre 161 millions d'euros pour 2008.
49. Les recettes privées de l'AFPA proviennent de plusieurs sources. Leur décomposition en 2008 est prévue de la manière suivante :
- 59 millions d'euros proviennent des entreprises, dans le cadre de leur plan de formation ;
 - 51 millions d'euros, au titre des CIF, dont le financement provient des OPCA, des fonds de gestion individuelle du congé de formation (FONGECIF) et pour une part des bénéficiaires ;

- 33 millions d'euros au titre des contrats en alternance, par exemple des contrats de professionnalisation, en vertu desquels le stagiaire a le statut de salarié en apprentissage, c'est-à-dire une alternance entre l'apprentissage en centre de formation et l'apprentissage dans l'entreprise ;
 - 14,3 millions d'euros sont des recettes provenant des bénéficiaires de formation : il s'agit pour l'essentiel de la contribution de l'ensemble des stagiaires aux frais de restauration. Les stagiaires formés à titre lucratif payent leur repas. S'agissant des demandeurs d'emploi, la prise en charge est faite par la subvention publique ;
 - 3,7 millions d'euros qui, pour l'essentiel, recouvrent la contribution des personnels aux frais de restauration.
50. Cette comparaison de la part respective des financements publics et privés de l'AFPA montre la spécificité de son activité : la part des recettes privées, même si elle augmente régulièrement, ne représente actuellement que 16 % de l'ensemble de ses ressources. Ceci montre que l'AFPA est toujours pour l'essentiel un acteur auquel les pouvoirs publics recourent dans le cadre de politiques publiques d'intervention.

III. Les conditions de la concurrence sur les marchés de la formation professionnelle

51. Le Conseil n'aborde ci-après que des aspects n'ayant pas fait l'objet de considérations dans son précédent avis n° [00-A-31](#) et renvoie à nouveau à celui-ci pour le surplus.

A. L'ASSUJETTISSEMENT AUX RÈGLES DE CONCURRENCE

52. L'AFPA ne dispose pour aucune de ses activités d'un monopole légal, pas plus que les entreprises membres de la FFP. Si les employeurs sont soumis à une obligation de formation professionnelle au profit de leurs salariés, ils peuvent s'en acquitter soit directement, soit au moyen de leur participation financière aux actions en la matière, mais l'effort qui leur est demandé ne fait pas l'objet d'une mutualisation au sein d'un dispositif unique. Par ailleurs, si l'État, ou le cas échéant les régions, ont mis en place au profit de certains publics des politiques de formation professionnelle fondées sur le principe de la solidarité qui poursuivent différents objectifs d'intérêt public, notamment d'ordre social, la mise en œuvre de celles de ces politiques qui sont visées par la présente demande d'avis n'est pas effectuée directement « en régie » par les pouvoirs publics, mais est confiée à l'AFPA ou à d'autres prestataires de la formation professionnelle qui l'assurent contre rémunération, même si cette rémunération est prévue sous forme de crédits spécifiques prévus dans les budgets des collectivités publiques concernées.
53. Il ressort de l'ensemble de ces éléments, et compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en la matière, qu'aussi bien l'AFPA que ces autres prestataires exercent une activité économique et répondent a priori à la qualification

d'entreprise au sens des articles 81 CE à 89 CE, qui définissent les règles de concurrence au sein du traité instituant la Communauté européenne. Cette qualification les soumet à ces règles lorsque le commerce entre États membres est affecté par leurs comportements ou par des interventions financières publiques les concernant. Pour les mêmes raisons, l'AFPA et ces autres prestataires exercent aussi dans leur ensemble une activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, ce qui les soumet aux dispositions du livre IV dudit code, relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

54. Cette appréciation est en l'occurrence indépendante du contrôle que peuvent exercer les pouvoirs publics sur les organismes concernés (voir en ce sens les arrêts de la Cour de justice du 23 avril 1991, Höfner, C-41/90, Rec. p. I-1979 et du 16 novembre 1995, FFSA, C-244/94, Rec. p. I-4013).
55. Cet assujettissement de principe aux règles communautaires et nationales de la concurrence n'exclut pas que, le cas échéant, l'AFPA ou un autre opérateur se voie déléguer une prérogative de puissance publique de nature non économique dont l'exercice pourrait ne pas être soumis aux règles de concurrence (voir en ce sens l'arrêt de la Cour de justice du 18 mars 1997, Diego Cali, C-343/95, Rec. p. I-1547). On peut penser à cet égard aux fonctions d'élaboration de titres professionnels d'État et au processus de leur délivrance ainsi qu'au contrôle des organismes y préparant, ou à des fonctions de gestion pour le compte de l'État, comme celle consistant à verser pour celui-ci la rémunération due à certains stagiaires. Néanmoins, comme il sera vu plus avant, les conditions dans lesquelles la délégation de ce type de compétence à des entreprises, au sens précité, s'opère et l'exercice conjoint de certaines de ces compétences avec une activité économique sur le marché peuvent parfois poser des problèmes de concurrence susceptibles de contrevenir aux règles en la matière.
56. Il n'est pas non plus exclu que si une mission de service public confiée à l'un de ces organismes était mise en échec par l'application normale des règles de concurrence, celles-ci pourraient être écartées sur le fondement de l'article 86, paragraphe 2, CE, qui stipule : *« les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) 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. »*
57. A cet égard, l'exercice de la concurrence, tout comme les missions de service public, n'ont pas de raisons d'être mis en cause par la présence de sources de financement et d'organismes de statuts divers sur le marché dès lors que les principes énoncés à l'article 86, paragraphe 2, CE sont respectés. De nombreux opérateurs de la formation professionnelle ont, comme l'AFPA, un statut d'association et non de société commerciale, et, symétriquement, la participation au service public de l'emploi peut être le fait d'organismes variés, même s'il s'agit d'organismes lucratifs. En effet, l'exercice du service public de l'emploi n'est pas réservé à une catégorie d'opérateurs, comme l'indique l'article L. 5311-4 du code du travail qui dispose : *« peuvent également participer au service public de l'emploi :*
 - 1° les organismes publics ou privés dont l'objet consiste en la fourniture de services relatifs au placement, à l'insertion, à la formation et à l'accompagnement des demandeurs d'emploi ;
 - 2° les organismes liés à l'État par une convention mentionnée à l'article L. 5132-2, relative à l'insertion par l'activité économique de personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières ;

3° les entreprises de travail temporaire ;

4° les agences de placement privées mentionnées à l'article L. 5323-I. »

58. Par ailleurs, certaines restrictions de concurrence pourraient également être justifiées sur le fondement des exemptions « de droit commun » énoncées à l'article 81, paragraphe 3, CE ou à l'article L. 420-4 du code de commerce. Dans de tels cas, cela voudrait dire qu'elles sont acceptables au regard du progrès économique qu'elles apportent.
59. Les financements publics apportés à ces organismes en contrepartie d'actions effectuées à la demande des différentes collectivités publiques ne peuvent pour leur part le cas échéant poser un problème de concurrence que s'ils constituent des aides d'État au sens de l'article 87 CE. Or les financements résultant de mises en concurrence avec appels d'offres échappent en principe à cette qualification. Il en est de même si ces financements répondent aux conditions exposées par la Cour de justice dans l'arrêt du 24 juillet 2004, *Altmark Trans* (C-280/00, Rec. p. I-7747), à savoir :
- l'entreprise doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
 - les paramètres de la compensation doivent être établis de manière claire et objective ;
 - la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par les obligations de service public en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Le respect d'une telle condition est indispensable afin de garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise ;
 - lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, et en tenant compte des recettes et du bénéfice raisonnable évoqué précédemment.
60. Enfin, même si des financements publics apportés directement ou indirectement à des organismes de formation répondent à la qualification d'aide d'État, il est possible qu'ils soient autorisés par la Commission européenne sur le fondement de l'article 87, paragraphe 3, CE ou de l'article 86, paragraphe 2, CE. Pour ce faire ils doivent :
- soit satisfaire aux conditions de règlements d'exemption catégoriels ou de décisions catégorielles en matière d'aides d'État (voir par exemple le règlement (CE) n° 68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation, JOCE L 10, p. 20, ainsi que la décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE L 312, p. 67, laquelle peut en

l'occurrence concernent les entreprises de formation dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint 100 millions d'euros au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi d'un financement public pour la mise en œuvre d'actions de service public),

- soit bénéficiaire, après notification à la Commission, d'une décision individuelle positive de celle-ci (voir notamment l'encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, JOUE 2005, C 294, p. 4, pour les entreprises de formation ne pouvant pas bénéficier de la décision catégorielle évoquée ci-dessus).

61. D'une manière générale, le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de rappeler que le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation exactement identiques. Il suppose, toutefois, qu'aucun opérateur ne bénéficie, pour son fonctionnement ou développement, de facilités dont les autres intervenants seraient privés et qui seraient d'une ampleur telle, qu'elles lui permettraient de fausser le jeu de la concurrence, sauf alors à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De tels avantages pourraient en effet faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, quel que soit par ailleurs le niveau des performances des opérateurs. Ceci est d'autant plus vrai que les choix des bénéficiaires des actions de formation, qui le plus souvent ne les financent pas, ne répondent pas à des critères économiques.
62. A cet égard, s'agissant du recours à des appels d'offres, le Conseil a observé dans son avis n° [00-A-31](#) : *« le secteur de la formation professionnelle continue repose ainsi sur des mécanismes spécifiques, qui l'apparentent à un marché de prescription. Les individus qui bénéficient d'actions de formation professionnelle n'ont pas, dans la très grande majorité des cas, à financer celles-ci, dès lors qu'elles sont prises en charge par une collectivité publique ou par l'employeur selon le type de stage, et qu'ils n'auront pas non plus été, dans bon nombre de cas, à l'origine du choix de l'action de formation suivie. Cette intermédiation peut être encore renforcée dans le cas des PME-PMI par la mutualisation et la gestion par les OPCA des fonds de la formation professionnelle continue que ces entreprises destinent à leurs salariés.*

Dans un tel contexte, l'équilibre du marché de la formation professionnelle continue ne conduit pas à une allocation optimale des ressources, dès lors que la demande qui s'exprime ne maximise pas l'utilité inter temporelle des individus concernés in fine par les actions de formation professionnelle continue : d'une part, l'expression des besoins par le truchement de l'entreprise peut être biaisée par la prise en compte de ses seuls intérêts propres, d'autre part, les individus ne disposent que d'une information imparfaite sur les prestations existantes. La demande ne peut ainsi exercer la même fonction que sur un marché sur lequel le consommateur exerce directement ses choix en fonction des prix et de la qualité des prestations recherchées en disposant d'une information complète sur les avantages qu'il peut attendre de l'acquisition des différents produits qui lui sont proposés. Dans la mesure où la demande ne peut jouer son rôle, il convient donc de rechercher d'autres mécanismes qui puissent venir compenser cette imperfection du marché. L'élaboration particulièrement précise des cahiers de charges qui expriment les besoins propres des bénéficiaires de l'action de formation peut constituer un de ces mécanismes. »

63. Comme indiqué précédemment, le Conseil a, dans ce contexte, souligné les aspects positifs d'un recours accru aux mécanismes d'appels d'offres.
64. Ces observations conservent toute leur pertinence, alors que le financement public de la formation professionnelle sera désormais majoritairement le fait des régions. La

régionalisation devrait avoir pour effet d'accroître la diversité de l'offre de formation, les régions étant en particulier à même dans de nombreuses situations de mettre l'AFPA en concurrence avec d'autres opérateurs et de substituer à l'ancien système de commande publique un système d'appels d'offres. Pour autant, il n'est pas exclu que dans certaines circonstances seule l'AFPA ou seul tel ou tel autre organisme soit manifestement en mesure de répondre à certaines demandes d'une collectivité publique ou que des infrastructures financées sur fonds publics soient significativement sous utilisées dans un cadre de libre concurrence entre prestataires de services de formation professionnelle. Dans le premier cas, il pourrait être justifié de s'écarter du recours à des appels d'offres et dans le second de confier au bénéficiaire de l'infrastructure les formations qui l'ont justifiée pendant une durée assez longue pour que les investissements publics en cause soient « rentabilisés ». Il n'est a contrario pas non plus exclu de recourir à des mécanismes permettant de remettre en compétition assez régulièrement la gestion (y compris la maintenance) d'infrastructures dont la réalisation a nécessité un soutien public prépondérant.

65. L'octroi d'aides publiques indépendamment des cas où il s'agit de financer la réalisation d'une politique publique demeure également possible, sous réserve de respecter les règles communautaires relatives aux aides d'État rappelées précédemment. Ainsi une collectivité publique peut, dans le cadre de ses compétences, apporter son soutien à un projet initié par un organisme de formation.
66. L'application de l'ensemble de ces règles devrait non seulement permettre de concilier concurrence et missions de service public, mais aussi de mieux identifier pour les différents prestataires les charges particulières qu'ils assument à cet égard. En particulier, l'AFPA devrait en bénéficier. En effet, son dernier contrat de progrès identifiait ses charges de service public de la manière suivante : « (...)l'AFPA constitue un service d'intérêt économique général que l'État soutient en compensant les charges occasionnées par l'exécution de sa mission d'intérêt général. La subvention d'exploitation versée par l'État prend ainsi en compte les frais de structure consécutifs au rôle de l'AFPA dans le Service Public de l'Emploi, les frais de structures générés par les règles publiques de gestion financière et comptable et de contrôle que l'État lui impose, ainsi que, à échéance du présent Contrat de progrès, les contraintes de service public répondant à une logique de proximité et d'universalité de services sur l'ensemble du territoire. » Or, la subvention de l'Etat présentée dans ledit contrat comme compensant ces charges y est traitée comme suit : « La subvention d'exploitation, fixée pour les exercices 2004 à 2006 à hauteur de 44 millions d'euros, sera ramenée à 32 millions d'euros en 2007, 27 millions d'euros en 2008 et 22 millions d'euros en 2009. ». Même si, comme indiqué paragraphes 44 et suivants, l'AFPA a reçu en fait des dotations de l'Etat bien plus importantes, le caractère à tout le moins « forfaitaire » du chiffrage de ces compensations peut poser à divers titres des difficultés à l'organisme.
67. C'est au regard des différents principes rappelés ci-dessus qu'il faut maintenant examiner les questions plus précises nouvellement soulevées par la demande de la FFP.

B. LA PARTICIPATION À LA GESTION DES TITRES D'ÉTAT ET L'AGRÈMENT DES ORGANISMES HABILITÉS À DÉLIVRER CES TITRES

68. Il existe environ 500 types de métiers répertoriés au répertoire opérationnel des métiers et des emplois (ROME) de l'ANPE : 350 correspondent à un titre du ministère du travail. Ces

derniers font l'objet d'une redéfinition tous les cinq ans, après avis de commissions consultatives professionnelles. L'AFPA est présente à tous les stades, de la définition et la maintenance des référentiels de ces titres à l'agrément des organismes habilités à les délivrer. Le contrat de progrès indique ainsi que : « *l'AFPA contribue, dans le cadre de sa délégation de service, à la définition, la construction et la maintenance du patrimoine des titres professionnels délivrés au nom du ministère.* » Cette mission correspond à quatre types d'activités et, au regard du principe d'une concurrence non faussée, elle devrait s'exercer dans des conditions non discriminatoires.

69. Tout d'abord l'AFPA assure le secrétariat des commissions professionnelles consultatives qui valident les titres. Cette activité, purement administrative, n'a a priori pas d'incidence en matière de concurrence. Elle pourrait toutefois, si les services de l'État auxquels elle devrait par nature incomber ne l'assurent pas, aussi être confiée à d'autres organismes qui en exprimeraient l'intérêt.
70. En deuxième lieu, l'AFPA définit les référentiels qui sont liés à ces titres, et notamment les règles d'évaluation des compétences des stagiaires. Il s'agit aussi d'une activité de service public, qu'elle exerce au nom de l'État. Si des professionnels des métiers et de la formation sont sans doute bien placés pour assurer cette mission, il ne semble pas non plus qu'il y ait de raison s'opposant à ce que d'autres organismes que l'AFPA interviennent parallèlement à celle-ci, notamment pour des titres nouveaux.
71. En troisième lieu, l'AFPA bénéficie d'une habilitation de droit commun pour la délivrance de ces titres alors que les autres intervenants sur le marché doivent se soumettre à une procédure d'agrément. Aux termes de l'article 8 du décret du 2 août 2002, codifié à l'article R. 338-8 du code de l'Éducation nationale : « *sont autorisés à organiser la formation et, sous l'autorité du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, les sessions de validation conduisant à la délivrance du titre, l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) ainsi que les organismes ayant fait l'objet d'un agrément, accordé par le préfet de région. Les critères et les modalités de cet agrément sont fixés par arrêté du ministre chargé de l'emploi.* » En la matière, l'égalité de traitement devrait être mieux assurée. En particulier, des organismes de formation autres que l'AFPA répartis sur le territoire national devraient pouvoir prétendre à un agrément national. Si les agréments de certains opérateurs sont soumis à des réexamens aléatoires ou périodiques, tous les opérateurs devraient être soumis au même régime.
72. Enfin, l'AFPA joue, à la demande des directions régionales du travail, un rôle d'audit des organismes qui demandent l'agrément, en particulier pour contrôler leurs formateurs, leurs plateaux techniques et les conditions de délivrance des titres. L'instruction des demandes d'agrément peut en effet être réalisée par des agents de la direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, ou par des personnels de l'AFPA, commandités par la direction régionale. Dans la pratique, cette seconde solution est très fréquente du fait de la grande capacité d'expertise technique de l'AFPA et de sa connaissance des référentiels. L'activité correspondante prévue pour 2008 dans le budget de l'AFPA est de 2 219 jours d'intervention pour un montant de 1 392 620 euros, payé par l'État au titre de l'appui au service public de l'emploi. Cette activité, effectuée à la demande des pouvoirs publics, est cantonnée à des vérifications techniques. Cependant, elle conduit l'AFPA à jouer un rôle dans le processus conduisant à la délivrance de l'agrément au profit d'autres opérateurs, ainsi habilités à intervenir sur un marché où elle est, par construction, elle-même présente. Elle confère de plus à l'AFPA une connaissance précise de ces opérateurs.

73. A cet égard, à plusieurs reprises, notamment dans les arrêts du 19 mars 1991, dit « Terminaux », France/Commission (C-202/88, Rec. p. I-1223), du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM, (C-18/88, Rec. p. I-5941), et du 27 octobre 1993, Decoster (C-69/91, Rec. p. I-5335) et Taillandier (C-92/91, Rec. p. I-5383), la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. La Cour en a conclu que le maintien d'une concurrence effective et la garantie de transparence exigent que la formalisation de spécifications techniques, le contrôle de leur application et l'agrément soient effectués par des entités indépendantes de celles qui offrent les biens ou les services concernés en concurrence sur le marché. De même, par exemple, dans l'avis n° [94-A-15](#) du 10 mai 1994, relatif à la diversification des activités d'EDF et de GDF, le Conseil de la concurrence a estimé souhaitable d'interdire à ces entreprises de certifier ou de prescrire du matériel ou des services qui seraient également proposés par leurs filiales. Dans la décision n° [04-D-75](#) du 22 décembre 2004, câbles informatiques pour réseaux locaux, comme dans celle du 17 novembre 2005, n° [05-D-63](#) relative à la Poste, le Conseil a considéré qu'un organisme certificateur a un devoir d'impartialité et d'indépendance, et que les pratiques anticoncurrentielles étaient aggravées lorsqu'elles émanaient d'un tel organisme.
74. Certes en l'occurrence, deux éléments peuvent être considérés comme atténuant le conflit d'intérêt résultant de la position de l'AFPA comme « juge et partie » dans le processus concernant « *la définition, la construction et la maintenance du patrimoine des titres professionnels délivrés au nom du ministère* ». D'une part, une fois un titre professionnel du ministère du travail défini, sa délivrance n'est en principe pas réservée à l'AFPA. D'autre part, celle-ci n'exerce qu'un rôle d'instruction des demandes d'agrément, de nature technique, l'administration conservant le pouvoir de décision. A cet égard, dans un troisième arrêt du 27 octobre 1993, Lagauche (affaires jointes C-46/90 et C-93/91, Rec. p. I-5267), la Cour de justice a dit pour droit qu'un système dans lequel une entreprise offrant des biens et des services de télécommunications instruisait les demandes d'autorisation de détention d'appareils de télécommunications déposées auprès du ministre chargé du secteur, lequel conservait le pouvoir de décision, et dans lequel elle vérifiait la conformité technique d'appareils de radiocommunication aux prescriptions fixées par ledit ministre n'était pas contraire aux règles de concurrence du traité. Toutefois, s'agissant du premier aspect, même si l'AFPA n'a pas de monopole sur la délivrance des titres du ministère du travail, son rôle dans l'octroi des agréments des opérateurs habilités à délivrer les mêmes titres pourrait lui permettre de limiter la concurrence à cet égard. S'agissant du second aspect, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Lagauche, où l'entreprise en cause se bornait à effectuer des essais sur des produits, le personnel de l'AFPA instruisant les demandes d'agrément des autres organismes de formation contrôle le personnel, les installations et les pratiques professionnelles de ces derniers. La situation pose donc, de l'avis du Conseil, un problème de concurrence.
75. A la supposer établie, l'absence de lien fonctionnel entre, d'une part, les ingénieurs conseils chargés du contrôle dans le processus d'agrément d'entreprises qui sont en concurrence avec l'AFPA et, d'autre part, les centres de formation de l'AFPA n'efface pas leur appartenance à un même organisme. Ainsi, dans l'arrêt du 9 novembre 1995, Tranchant (C-91/94, Rec. p. I-3911), la Cour de justice a indiqué en substance que le fait qu'un laboratoire d'essais chargé de contrôler le respect de spécifications techniques soit

organiquement rattaché à un opérateur offrant les biens et services concernés sur le marché n'assure pas son indépendance par rapport à ce dernier.

76. Dans ces conditions, le Conseil estime préférable, indépendamment de l'existence, ou non, d'une position dominante de l'AFPA sur certains marchés, que l'instruction des demandes d'agrément soit effectuée par les seuls services de l'État ou à tout le moins, si pour des raisons pratiques cette solution était difficile à mettre en œuvre, que cette instruction soit effectuée par des commissions conduites par l'État et comprenant des membres issus de plusieurs organismes de formation.

C. L'ORIENTATION DES DEMANDEURS D'EMPLOI

77. La FFP évoque la mise en place de « *plates-formes communes rassemblant dans un même lieu des conseillers de l'ANPE et les salariés de l'AFPA axés sur les actions d'orientation professionnelle* », ce qui souligne la présence de l'AFPA au stade de l'orientation de la demande et dans la formulation des besoins de formation.
78. L'entrée en stage est en effet subordonnée à un examen médical et psychotechnique, destiné à orienter le futur stagiaire. Cette mission, qui fait partie du service d'appui à la demande de formation, dit « S2 », incombe, depuis l'origine, largement à l'AFPA. Elle est par exemple rappelée en annexe à la convention État - ANPE - UNEDIC. Cette activité est largement assurée par les psychologues de l'AFPA, rattachés aux centres régionaux d'orientation professionnelle (CROP). Elle est financée par l'État. La relation entre les structures de formation de l'AFPA et les psychologues de l'AFPA se fait sur une base contractualisée. Le « document d'orientation » de cette contractualisation note que « *l'offre de service de l'AFPA en matière d'orientation se fait par les CROP ou les centres de formation* ». C'est l'ANPE qui conserve la compétence de prescrire la formation. Toutefois, les CROP jouent un rôle déterminant dans le processus d'orientation de la demande. Les psychologues de l'AFPA, auxquels sont adressés les demandeurs d'emploi les plus hésitants, notamment ceux qui ne parviennent pas à concrétiser un souhait d'orientation, ont une connaissance exhaustive des centres de formation AFPA, même situés dans des régions voisines, et des filières offertes par celle-ci et sont donc plus facilement portés à orienter ces personnes vers ces centres. Ainsi qu'indiqué au paragraphe 37 du présent avis, l'AFPA a reçu plus de 250 000 personnes en 2006 dont 197 000 lui étaient adressées par l'ANPE, dans le cadre des centres d'orientation. Deux tiers d'entre elles, soit 130 000 personnes environ, ont été orientées par les CROP vers une formation. L'AFPA a formé elle-même 104 300 demandeurs d'emploi, dont 85 000 au moins provenant directement des CROP. Le flux de personnes qui ont été orientées vers une formation AFPA après passage par le service d'appui de l'ANPE, et donc entretien avec un psychologue de l'AFPA, représente donc une part prépondérante de l'activité concurrentielle de l'AFPA en matière de formation des demandeurs d'emploi.
79. Comme l'avait constaté le Conseil dans son avis n° [00-A-31](#), précité : « *l'accès privilégié à l'information résultant de la participation aux instances de concertation et les actions d'aide à la décision ne doivent pas donner aux organismes publics, en tant que dispensateurs de formation, des avantages tels qu'ils leur permettraient d'évincer leurs concurrents.* »

Par ailleurs, la concertation entre les organismes publics participant au "service public de l'emploi" doit préserver la transparence et l'égalité entre les dispensateurs de formation, en prohibant toute orientation privilégiée vers la structure publique, à partir du moment où il existe deux offres concurrentes émanant d'un organisme privé et d'un organisme public de formation, de telle sorte que les mérites de chacun d'entre eux puissent être objectivement comparés. »

80. Même si aucun élément concret ne permet de savoir si les flux de personnes orientées vers les différents opérateurs de la formation professionnelle seraient très différents si les psychologues concernés étaient indépendants de l'AFPA, le système actuel, en dépit de l'affirmation de la neutralité de ses psychologues par l'AFPA et de la mise en place de procédures internes visant à assurer cette neutralité, n'apporte pas de véritable garantie que toutes les offres de formation sont concrètement connues et prises en compte sur un pied d'égalité. Il n'élimine donc pas les risques que la concurrence soit faussée au stade de l'orientation de la demande de formation. En tout état de cause, pour des raisons voisines de celles exposées en ce qui concerne la participation à la « gestion » des titres d'État, le système actuel n'est pas conforme aux exigences découlant de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes visant à assurer une concurrence non faussée.
81. S'il est important que le rôle joué par les psychologues au titre du service public de l'emploi, dont l'orientation vers une formation est un élément essentiel, demeure assuré et soit clairement identifié, lesdits psychologues ne devraient donc pas être employés par l'un des organismes chargé d'assurer les prestations de formation. Ces psychologues devraient par conséquent être rattachés aux services de l'État. Leur position devrait les conduire à établir des contacts suivis avec l'ensemble des organismes de formation de leur zone d'activité. En l'occurrence, la solution alternative envisagée pour l'agrément des organismes habilités à délivrer des titres d'État, à savoir recourir à des commissions auxquelles participent des personnes issues de différents organismes, ne paraît pas praticable compte tenu du « volume » et du caractère permanent de l'activité d'orientation.

D. LA QUESTION DE LA COMPTABILITÉ ANALYTIQUE DE L'AFPA

82. L'ordonnance du 7 novembre 2004 et le décret du 23 novembre 2004, pris pour son application, imposent aux organismes comme l'AFPA la tenue d'une comptabilité séparée distinguant entre d'une part l'activité de service public (ou résultant de droits exclusifs ou spéciaux), et d'autre part les activités de production de biens et de services marchands. Le contrat de progrès État-AFPA prévoyait une comptabilité analytique au plus tard en 2006. Celle-ci a été mise en place ou est en passe de l'être s'agissant des comptes de résultat par financeur. En produits, la comptabilité analytique de l'AFPA opère une distinction entre le secteur « lucratif » qui est celui où le bénéficiaire supporte la charge de la prestation et le secteur « non lucratif », pour lequel l'origine du financement est de nature publique. Cette répartition, même si elle ne correspond pas à la grille d'analyse suivie dans le présent avis, a le mérite d'identifier les recettes obtenues dans le cadre de la réponse à des appels d'offres lancés par les régions et certaines compensations pour charges de service public, comme celles liées à l'hébergement et à la restauration des demandeurs d'emploi. En ce qui concerne les charges, la distinction est opérée en fonction des coûts de revient des prestations analysées. Cette sectorisation permet d'affecter 98 % des charges. S'agissant des éléments qui ne peuvent clairement être affectés, comme par exemple les produits

exceptionnels, les produits financiers ou les transferts de charges, les conventions comptables, qui retiennent une répartition en proportion du chiffre d'affaires ne peuvent appeler de critiques au regard du droit de la concurrence. La mise en place effective depuis 2007, de ces règles de comptabilité analytique permet ainsi en principe de clarifier l'affectation des financements publics.

Délibéré sur le rapport oral de M. Camby, par Mme Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Béhar Touchais, MM. Ripotot, Flichy et Piot, membres.

Le rapporteur général adjoint,

Jean-Marc Belorgey

La vice-présidente,

Françoise Aubert

© Conseil de la concurrence