

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3240/2010-MARPU

ATA/266/2011

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 3 mai 2011**

dans la cause

**SL&C - SUPERCOMM LANGUES & COMMUNICATION SUISSE S.A.**  
représentée par Me Olivier Jornot, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI**

---

## EN FAIT

1. SL&C - SUPERCOMM Langues & Communication Suisse S.A. (ci-après : SL&C), de siège à Genève, a pour but l'acquisition, la gestion, l'exploitation et le développement de centres de formation linguistique et de communication.
2. Depuis de nombreuses années, SL&C collabore avec l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) rattaché au département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures (ci-après : le département) dans le cadre du programme de l'offre de cours de langues mise à disposition des demandeurs d'emploi et de l'OCE.
3. Le 10 février 2003, l'OCE a établi un document intitulé « Directives en matière d'adjudication des mesures de marché du travail (ci-après : MMT) afin de régler la procédure d'adjudication des actions de formation et des programmes d'emploi temporaire fédéraux (ci-après : PETF) en faveur des demandeurs d'emploi et en assurer en permanence la qualité.
4. Dans le cadre des MMT financées par l'assurance-chômage aux fins de combattre le chômage, SL&C a conclu avec l'OCE plusieurs contrats de prestations (mesure individuelle ayant pour objet des cours d'anglais, des cours de français pour non francophones et en dernier lieu, des cours d'alphabetisation).

Le dernier contrat conclu a été celui du 6 janvier 2006 pour la durée de trois ans, soit jusqu'au 31 décembre 2008.

L'art. 13 ch. 3 dudit contrat précise que la mesure est financée sous la forme d'un cours individuel, en application de la circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO). Le montant pris en compte par participant et par leçon de 45 minutes d'enseignement varie entre CHF 15,80 et CHF 18,80 selon le cours envisagé. Le remboursement des frais intervient au terme de chaque cours. L'assurance-chômage subventionne jusqu'à la fin de leur déroulement tous les cours de courte durée jusqu'à huit semaines. Pour les cours d'une durée plus longue, l'assurance-chômage paie les cours jusqu'à la fin de la prochaine période de contrôle, toutefois au plus jusqu'à la fin de la période décidée.

Les conditions de résiliation figurent aux art. 16 et 17 du contrat. L'art. 18 ch. 2 précise que pour tout litige concernant l'application du présent contrat, les parties acceptent de se soumettre à la juridiction du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (ci-après : TPI).

5. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008, l'OCE a modifié sa politique d'octroi des MMT, ce dont les prestataires de formation avaient été informés en octobre 2007.

6. Le 25 novembre 2008, SL&C s'est adressée à l'OCE.

Ce dernier se devait de répartir équitablement l'argent de l'assurance-chômage auprès des différents instituts puisqu'il s'agissait d'un marché public de services à la valeur-seuil de plus de CHF 250'000.- et soumis comme tel à la procédure des art. 6, 7, 12 et annexe 2 AIMP ainsi qu'à l'art. 1 al. 3 let. b AIMP.

L'institut ASC International House (ci-après : ASC) recevait non plus 40 % mais 60 à 70 % des cours de langues. Les soumissionnaires n'avaient jamais reçu de statistiques ou de rapports concernant les adjudications. Mises à part les violations graves des règles de procédure instaurées par l'AIMP, l'attribution régulière disproportionnée des cours à une institution sur onze constituait une restriction illicite à la concurrence sur le marché libre de formation et par conséquent une violation de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels, LCart - RS 251).

SL&C demandait que lui soient transmises les statistiques illustrant la répartition des cours entre les différents instituts de formation et communiquées les mesures que l'OCE allait entreprendre pour mettre fin à cette restriction inadmissible à la concurrence dans un délai venant à échéance au 2 décembre 2008. Sans réponse dans le délai précité, elle dénoncerait la situation au SECO.

Copie de ce courrier a été adressée au président du département.

7. a. Le 22 janvier 2009, SL&C a saisi le SECO d'une dénonciation de l'OCE dans le cadre de la mise en œuvre des MMT et demande de données.

b. Par lettres des 9 et 25 février 2009, le SECO a demandé à l'office fédéral de la justice (ci-après : OFJ) de prendre position sur la question de savoir si le mandat relatif à la mise à disposition des MMT par des organisateurs privés devait être obligatoirement soumis à la procédure d'adjudication des marchés publics.

L'OFJ s'est déterminé dans un avis de droit du 10 janvier 2010. En substance et en résumé, le recours à des tiers pour accomplir une tâche publique pouvait constituer un marché public pour autant que certains critères soient réalisés. Il convenait dans chaque cas d'examiner si l'attribution de la MMT en cause tombait ou était exclue des règles sur les marchés publics. Lorsque les autorités cantonales commandaient des MMT par la voie des marchés publics en vue d'exécuter une tâche publique fédérale (mise à disposition d'une offre suffisante et adéquate de MMT), seules les règles cantonales et intercantionales sur les marchés publics s'appliquaient au choix, à la désignation des organisateurs et à la procédure de conclusion du contrat. Le contenu du contrat devait respecter les exigences des art. 81d al. 2 de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (Ordonnance sur

l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02) et 17 de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (loi sur les subventions, LSu - RS 616.1).

c. Le 19 mars 2010, le SECO a transmis l'avis de droit précité à SL&C ainsi que son point de vue sur la question. En substance et en résumé, il était difficile, compte tenu de la complexité du domaine des marchés publics et du rôle des cantons dans l'exécution des MMT, de répondre de manière uniforme à la question de la soumission de toutes les MMT collectives à la procédure sur les marchés publics.

En raison du partage des compétences entre l'Etat fédéral et les cantons, la Confédération ne pouvait intervenir directement dans le choix d'organismes travaillant pour l'OCE. En revanche, il était volontiers à disposition des parties afin de tenter de trouver une solution convenant à celle-là. Dans cette perspective, il prendrait langue avec le canton de Genève et tiendrait SL&C au courant dans les meilleurs délais.

d. Le 17 mai 2010 une séance s'est tenue dans les locaux du SECO à Berne à laquelle participait le SECO, l'OCE et SL&C.

SL&C estimait être victime d'une inégalité de traitement avec ASC, la part du marché octroyée à celle-ci s'élevant à 40 % alors que pour elle-même, elle ne s'élevait qu'à 3 %.

La représentante de l'OCE a confirmé que tous les cours proposés correspondaient aux critères de qualité européens. Une enquête de satisfaction relative aux écoles de langues était en cours dont les résultats apporteraient des réponses aux questions de SL&C.

A la question posée par SL&C de savoir sur quelles directives, lois ou documents intervenait le choix de l'organisateur lors de l'octroi d'une MMT, la représentante du SECO a précisé qu'au niveau fédéral il n'y avait aucune réglementation car les cantons avaient une grande liberté dans l'exécution de la loi sur l'assurance-chômage.

8. a. Le 23 janvier 2009, SL&C a saisi la commission de la concurrence (ci-après : COMCO) d'une dénonciation pour restriction à la concurrence par l'OCE et ASC.

b. Dans sa réponse du 2 juillet 2009, la COMCO a constaté que la problématique soulevée par le dénonciateur ne relevait pas de la LCart. Toutefois, dans la mesure où il s'agissait de questions ressortant à la procédure des marchés publics, le dossier était transmis à la personne compétente afin d'analyser les problématiques liées à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).

9. Le 20 avril 2009, SL&C a requis du professeur François Bellanger un avis de droit sur le choix des écoles de langues chargées de dispenser des cours financés par l'OCE.

Celui-là est arrivé à la conclusion que l'Etat de Genève, plus particulièrement l'OCE, devait respecter l'AIMP dans son volet relatif aux marchés non soumis aux traités internationaux lorsqu'il acquérait des prestations de services de cours de langues (avis de droit du 23 avril 2009).

10. Par courrier recommandé du 25 août 2010, l'OCE a confirmé à SL&C qu'en raison du redimensionnement du dispositif de formation concernant le domaine des langues prévu à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2011, il n'entendait pas poursuivre la collaboration avec SL&C au-delà du 31 décembre 2010, selon les dispositions figurant au contrat n° 054-05-C06/1, renouvelé tacitement à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2009. Les mesures concernées étaient l'ensemble des cours de langues dispensés par SL&C tels que figurant dans le catalogue de l'OCE des mesures d'insertion.
11. Le même jour, SL&C a sollicité de l'OCE la remise d'une décision formelle, de même que les critères sur la base desquels elle avait été écartée.
12. L'OCE a répondu le 2 septembre 2010. Les propos formulés par SL&C, notamment lors de la séance du 17 mai 2010 au SECO, étaient réfutés dans leur ensemble. Aucun élément n'avait démontré le bien-fondé des allégations formulées par SL&C.

S'agissant du réajustement de l'offre de cours de langues, il s'inscrivait dans le cadre de l'évaluation des besoins posés à l'art. 59a let. a de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Pour le surplus, le redimensionnement de l'offre se basait sur la satisfaction des conseillers en personnel.

En annexe de ce courrier figuraient les résultats de l'enquête de satisfaction concernant les cours de langues 2009/2010.

13. Le 8 septembre 2010, SL&C s'est adressée à nouveau à l'OCE. Elle demandait que lui soient transmis par retour du courrier une décision motivée de l'OCE ou de toute autre autorité l'ayant prise, de l'écarter de la liste des écoles susceptibles de prodiguer des cours aux demandeurs/euses d'emploi ainsi que le rapport établi à la suite de l'enquête interne auquel il était fait référence dans le procès-verbal de la réunion du 17 mai 2010 au SECO.
14. Par courrier du 14 septembre 2010, l'OCE a confirmé à SL&C que leur collaboration était fondée sur un contrat de droit privé résilié le 25 août précédent.

15. Le 15 septembre 2010, SL&C a demandé une nouvelle fois à l'OCE de lui indiquer les raisons précises qui avaient conduit ce dernier à ne pas la retenir comme partenaire pour les cours de langues.
16. Le 24 septembre 2010 l'OCE a répondu à SL&C. Les raisons qui avaient conduit l'OCE à ne pas retenir SL&C comme prestataire de formation pour les cours de langues étaient précisées dans le courrier du 2 septembre précité auquel il était fait référence.
17. Par acte daté du 27 septembre 2010, SL&C a saisi le Tribunal administratif, devenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision rendue le 25 août 2010 par l'OCE.

En tant qu'elle écartait un prestataire de services d'un marché dont l'Etat, par le truchement de l'OCE, était le maître, elle aurait dû s'inscrire dans le cadre d'une procédure formelle conforme à l'AIMP, le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et la LMI.

A défaut, la décision attaquée était nulle, subsidiairement annulable.

D'entrée de cause, SL&C a sollicité un délai pour compléter son recours, ce qu'elle a fait le 1<sup>er</sup> novembre 2010. A cette occasion, elle a confirmé ses conclusions à savoir la constatation de la nullité de la décision du 25 août 2010 de l'OCE.

18. Dans sa réponse du 30 novembre 2010, l'OCE a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Les cours de langues étaient des cours individuels ouverts à tous et pas seulement aux demandeurs d'emploi. L'OCE ne remboursait aux prestataires que le prix convenu par participant et par leçon de 45 minutes. Il ne fixait pas au préalable et de manière précise les contours des cours de langues. Une mise en concurrence entre les différents prestataires n'était pas possible en relation avec les prix ou la qualité de ces prestations de sorte qu'il apparaissait manifestement qu'il ne s'agissait pas là d'un marché public. C'était précisément dans le but d'éviter toute confusion entre les cours de langues agréés par l'OCE et ceux qui ne l'étaient pas au sein d'une même école que cet office avait choisi de conclure également des contrats de prestations, bien qu'il s'agisse là de mesures individuelles pour lesquelles le législateur n'a pas formellement exigé la conclusion de tels contrats contrairement à ce qui était exigé à l'art. 81b OACI pour les mesures collectives.

L'OCE avait procédé au réajustement de son offre en matière de cours de langues suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi cantonale en matière de chômage et de la nouvelle politique d'octroi des cours de langues dès lors qu'il

était apparu que l'offre en la matière apparaissait trop étendue par rapport aux besoins.

19. SL&C ayant sollicité de pouvoir répliquer, un délai lui a été imparti pour ce faire.

Dans ses écritures du 31 janvier 2011, SL&C a précisé que le recours n'avait pas été déposé contre le courrier de résiliation du 25 août 2010 mais contre l'absence d'un appel d'offres qui constituait une décision sujette à recours.

Pour le surplus, elle a persisté dans ses précédentes explications.

20. L'OCE a dupliqué le 25 février 2011.

Dans sa réplique, SL&C avait admis que le courrier du 25 août 2011 de l'OCE ne constituait pas une décision au sujet d'un recours mais bien un « courrier de résiliation » et que les cours de langues devaient être considérés comme des « cours individuels, au sens de la définition du SECO ». Dès lors que SL&C soutenait qu'elle contestait l'absence d'appel d'offres suite à la résiliation de son contrat de prestation pour le 31 décembre 2010, l'OCE s'en remettait à l'appréciation de la chambre administrative concernant la recevabilité du recours.

Sur le fond, l'OCE a persisté dans ses précédentes explications relevant que la recourante avait admis que les cours de langues étaient bien des mesures du marché du travail individuel. Dans ce contexte, la réglementation applicable aux marchés publics ne trouvait pas application.

21. A la demande de la chambre administrative, les parties ont complété leur dossier de pièces.

## **EN DROIT**

1. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Il convient en premier lieu de définir l'objet du litige.

Dans son recours du 27 septembre 2010, la recourante précise que la décision attaquée est le courrier du 25 août 2010 de l'OCE. Elle conclut principalement à la constatation de sa nullité, subsidiairement à son annulation. Les mêmes conclusions figurent dans son complément au recours du 1<sup>er</sup> novembre 2010. Ce nonobstant, dans sa réplique du 31 janvier 2011, la recourante ne craint pas d'affirmer que son recours n'a pas été déposé contre le courrier de résiliation du 25 août 2010 mais contre l'absence d'appel d'offres qui constitue une décision sujette à recours et elle persiste dans ses conclusions initiales. Ce faisant, la recourante déplace l'objet du litige, lequel, de la question de la résiliation du contrat qui le lie à l'OCE devient celle de la procédure d'agrément par laquelle l'OCE choisit une MMT. Or, il s'agit de deux questions fondamentalement distinctes, dont la résolution de la première ne dépend pas de l'examen de la seconde. Ce n'est en effet pas à l'occasion de la résiliation du contrat dûment signé et exécuté par les parties pendant plusieurs années qu'il y a lieu d'examiner la régularité de la procédure d'agrément par laquelle l'OCE choisit et organise une MMT. De plus et contrairement à ce que soutient la recourante, la lettre du 25 août 2010 de l'OCE a pour objet exclusif la résiliation du contrat, sans l'écarter pour autant de manière générale des listes des écoles à disposition des conseillers en placement.

L'objet du litige est ainsi circonscrit à la résiliation du contrat liant les parties.

3. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire pour connaître des recours en matière administrative.

Selon l'art. 11 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable à la procédure par-devant la chambre de céans (art. 76 LPA) l'autorité administrative saisie examine d'office la compétence.

4. En l'espèce, l'examen de la recevabilité à raison de la matière implique de déterminer si les parties sont liées par un contrat de droit administratif ou de droit privé.

Le critère déterminant pour qu'un acte soit qualifié de contrat de droit administratif est que l'accord auquel il se rapporte porte sur une tâche d'intérêt public. Il ne suffit donc pas qu'un contrat soit conclu par une collectivité publique avec un administré pour ressortir le droit public. C'est l'objet du contrat qui est déterminant, lequel dépend de sa nature (ATF 103 II 318 ; ATA/578/2010 du 31 août 2010 ; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, 1984, p. 445 ss).

Dans le cas particulier, la recourante a conclu avec l'OCE des contrats portant sur l'enseignement de langues destiné aux demandeurs d'emploi dans le cadre des MMT prévues par l'art. 59a LACI. Il s'agit en l'occurrence de mesures

individuelles dont les bénéficiaires directs sont les assurés eux-mêmes, et non pas de mesures collectives, objet de l'avis de droit du 23 avril 2009 du professeur Bellanger. La LACI règle le recours à des privés pour l'organisation de MMT non pas par le biais d'une délégation de tâches mais dans le cadre de l'octroi de subventions. Selon l'art. 81d al. 1<sup>er</sup> OACI, l'autorité compétente et l'organisateur de la MMT établissent et signent un accord de prestation avant le début de la mesure.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, l'objet du contrat n'est pas la délégation d'une tâche d'intérêt public, l'Etat, soit pour lui l'OCE, agissant comme toute société privée qui conclut un contrat avec une entreprise, une société ou une école qui dispense des cours de langues.

Partant, les relations des parties sont soumises au droit privé. En application de l'art. 18 ch. 2 du contrat de prestation du 6 janvier 2006, seul le TPI est compétent à connaître du litige.

Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable. Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

déclare irrecevable le recours interjeté le 27 septembre 2010 par SL&C - SUPERCOMM Langues & Communication Suisse S.A. contre la lettre du 25 août 2010 de l'office cantonal de l'emploi ;

met à la charge de la recourante un émoulement de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Olivier Jornot, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office cantonal de l'emploi.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges,  
M. Torello, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

la présidente siégeant :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :