

2016 : le « marché de la qualité » régulateur du marché de la formation professionnelle ?

1971– 2014 : Des 100 fleurs à la suspicion...

1. La formation professionnelle se définit comme une « prestation de service intellectuel » au sens du code des marchés publics ainsi que du droit européen. Cette activité est protégée en droit français par le principe constitutionnel de « la liberté d'entreprendre ». À la différence de l'enseignement primaire secondaire et supérieur elle ne relève pas d'un service public organique régi par le code de l'éducation. Elle n'est pas davantage assimilée à une profession réglementée comme le sont les avocats ou les médecins. On peut en effet considérer qu'il existe « un marché de la formation professionnelle » fondé sur une offre caractérisée par un grand nombre prestataires (de l'ordre de 60 000 professionnels ou occasionnels enregistrés en 2014), et une demande exprimée par les entreprises pour le compte de leurs salariés, les pouvoirs publics pour le compte de demandeurs d'emploi, les ménages pour leur propre compte. Les achats de formation représentent de l'ordre de 15 milliards d'euros en 2015 dont une moitié financée sur fonds publics (État, régions, Pôle emploi, OPCA/OPACIF), et une autre moitié sur fonds privés (entreprises et ménages).

L'activité des organismes de formation professionnelle fait l'objet d'un encadrement juridique spécifique régi par le code du travail. Ces prestataires de services, aux formes juridiques les plus diverses, sont soumis à une déclaration d'activité et à un bilan pédagogique et financier. Cette procédure d'enregistrement administratif ne vaut pas agrément. Elle a une fonction d'information et sert de référentiel au contrôle administratif qui porte sur le respect de règles de forme mais également de fond, notamment la justification du titre des qualités de leurs collaborateurs : encadrement et formateurs (article 6352-1, 6353-44, 6353-8). À la différence de l'apprentissage ou de l'enseignement technologique la formation professionnelle continue n'est pas soumise au contrôle pédagogique exercé par un corps d'inspection dédié.

Cette construction trouve son origine dans la loi fondatrice de 1971 (loi Delors) relative à « la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente ». Cette loi reposait sur le postulat selon lequel la formation professionnelle continue et l'éducation permanente étaient l'affaire de tous, chacun pouvant être tour à tour formé et formateur, les modalités de transmission des connaissances et des compétences, dans tous les domaines de la vie professionnelle, sociale et culturelle, pouvant prendre les chemins les plus divers par des voies formelles (opérateurs de marché) ou plus informelles. C'était la période des 100 fleurs ! (Que 100 fleurs s'épanouissent, que 100 écoles rivalisent. » Mao Ze Dong mai 1956). Cette vision garde aujourd'hui toute sa pertinence. Sauf que l'histoire nous enseigne que l'innovation engendre la suspicion puis le contrôle...

Et, de fait, dès le milieu des années 70 la suspicion pèse sur le marché de la formation professionnelle, entretenue au fil des années par les marronniers récurrents de la presse, y compris de la télévision de service public. Au fur et à mesure que s'installait un chômage de masse la formation professionnelle était érigée en bouc émissaire et vilipendée pour son incapacité à former les chômeurs. Cette suspicion largement « illégitime » (chronique 3) a débouché sur des lois de circonstances ayant pour objet d'accroître les contrôles de l'offre de formation. Aujourd'hui pas moins de 18 sanctions pénales menacent les dispensateurs de formation ! (Art. 6355-1 et suiv.). C'est le taux de sanctions pénales le plus élevé de tout le code du travail. Ainsi que le moins appliqué...

C'est dans ce contexte que la loi du 5 mars 2014, qui a failli transformer les dispensateurs de formation en profession réglementée soumise à un agrément administratif (chronique 99), a en définitive opté pour une tentative de régulation du marché de la formation professionnelle par le marché de la qualité, fondé sur des normes techniques définies et gérées par des opérateurs de droit privé, tout en maintenant l'encadrement juridique en vigueur des dispensateurs de formation.

La loi du 5 mars 2014 : le pari de la confiance par la qualité.

2. Cette loi institue à la charge des financeurs publics et assimilés une obligation de « s'assurer, lorsqu'ils financent une action de formation professionnelle continue, de la capacité du prestataire de formation à dispenser une formation de qualité » (Art. 6316-1). Seuls sont visés les financeurs qui disposent de ressources ayant un caractère public : État, région, Pôle emploi, OPCA/OPACIF, AGEFIPH. Les entreprises et les ménages qui financent la formation professionnelle sur leurs fonds propres ne sont pas, au plan juridique, concernés par ce texte. Ils peuvent cependant trouver un intérêt à s'y référer.

La loi n'apporte pas de définition juridique universelle de la qualité opposable « erga omnes ». Elle en serait d'ailleurs incapable. Il s'agit en effet d'une notion polysémique qui se caractérise par sa relativité. Il en va de la qualité comme de l'amour : « il n'y a pas d'amour il n'y a que des preuves d'amour » (Pierre Reverdy). C'est sur cette vérité que la loi s'appuie pour renvoyer au décret le soin de définir des critères de qualité, comme autant de présomptions, ainsi que des procédures de gestion comme autant de modalités d'administration de la preuve. Le décret retient six critères de qualité (R. 6316-1) : « 1° *L'identification précise des objectifs de la formation et son adaptation au public formé ; 2° L'adaptation des dispositifs d'accueil, de suivi pédagogique et d'évaluation aux publics de stagiaires ; 3° L'adéquation des moyens pédagogiques, techniques et d'encadrement à l'offre de formation ; 4° La qualification professionnelle et la formation continue des personnels chargés des formations ; 5° Les conditions d'information du public sur l'offre de formation, ses délais d'accès et les résultats obtenus ; 6° La prise en compte des appréciations rendues par les stagiaires.* »

À vrai dire ces critères sont des évidences pour les professionnels de la formation. Le critère 4 et 6 méritent cependant une mention particulière en ce qu'ils impliquent les formateurs et les stagiaires dans la construction de la qualité. Car celle-ci est bien « une construction sociale » qui repose sur l'implication de tous les acteurs concernés et pas seulement sur celle des financeurs et de la tutelle administrative. Quant aux procédures de gestion de la qualité, celles-ci se réfèrent aux procédures en vigueur dans l'univers « du marché de la qualité » : standards/normes, certification/labellisation.... **La loi et le décret renvoient en réalité la régulation du marché de la formation professionnelle, par un marché de la qualité.**

Dans cette perspective la définition qu'il convient de retenir de la qualité est celle donnée par ISO 9000 : « *La qualité est l'aptitude d'un ensemble de caractéristiques intrinsèques à satisfaire les exigences (besoins ou attentes formulées, habituellement implicites ou imposées) d'un produit ou*

d'un service ». Les procédures de gestion de la qualité (la démarche qualité) permettent alors de garantir aux clients que ces exigences sont respectées à tous les stades de la fabrication du produit, et pour ce qui concerne la formation professionnelle, à tous les stades de la conception et de la réalisation de « la prestation de service intellectuel » qu'elle constitue.

3. Le modèle idéal type de gestion de la qualité en économie de marché, applicable en l'occurrence à la formation professionnelle, repose sur des standards/normes de qualité qui sont autant de « signes » de qualité » destinés à éclairer le choix des clients, financeurs et consommateurs. Ces signes se construisent au sein d'organisme de normalisation par des « parties intéressées » (AFNOR, ISO... voir en annexe l'étude de François GALINOU). Des organismes de certification indépendante attestent que les opérateurs de formation respectent bien les standards/normes de qualité dont ils se prévalent. Leur activité peut être contrôlée par des organismes d'accréditation (en France le COFRAC. Comité français d'accréditation... est désigné comme unique instance nationale d'accréditation par le décret du 19 décembre 2008 qui met en œuvre le règlement européen du 9 juillet 2008 relatif à l'accréditation et à la surveillance du marché. Son rôle est d'accréditer et donc de contrôler les organismes certificateurs. Les prestations de service intellectuel entrent dans le champ de compétence du COFRAC).

Ce modèle idéal type qui exprime le marché de la qualité a en théorie vocation à s'installer progressivement dans le paysage français du marché de la formation professionnelle afin d'en assurer la régulation. En pratique le législateur français s'en est inspiré sans pour autant aller au bout de la logique.

4. Au plan juridique ce modèle repose sur l'incitation et non la contrainte.

Les prestataires de formation qui interviennent sur un marché ouvert à la concurrence peuvent apporter par tous moyens la preuve de la qualité de leurs prestations (Principe de libre Concurrence).

Les certificateurs/labellisateurs, ne sont pas tenus par une obligation juridique d'accréditation.

Quant au CNEFOP il n'est ni une Instance de normalisation, ni d'accréditation, ni de certification, ni d'agrément. Il a une mission de promotion des procédures et de la culture qualité dans le milieu de la formation professionnelle. Il peut à ce titre, à des fins d'information, établir une liste des certificats et labels de qualité qui répondent aux exigences du décret Il ne jouit ni des prérogatives du COFRAC ni de celles de la Haute autorité de santé (HAS). Cette dernière jouissant d'un pouvoir normatif de la mesure où les exigences de sécurité sont étroitement imbriquées avec celle de la qualité des soins. Il en va d'ailleurs de même dans le secteur agroalimentaire. Ce qui n'est pas le cas dans le secteur de la formation professionnelle.

Le fait pour un opérateur de formation de ne pas recourir à la procédure de certification qualité, c'est-à-dire de ne pas se référer « aux signes » proposés par le marché de la qualité n'entraîne pas de sanctions de nature juridique. L'unique sanction, de nature économique, pourra venir des clients en l'occurrence les acheteurs et les apprenants qui s'adresseront ou non à tel ou tel prestataire.

En revanche tout achat d'une prestation de formation faisant obligatoirement l'objet d'une convention ou d'un contrat de droit privé ou de droit public, entre le prestataire, le cas échéant le financeur, et l'apprenant, le non-respect des stipulations contractuelles formulées en termes d'obligation de moyens et/ou de résultat et d'engagements qualité pourra conduire à engager la responsabilité du prestataire et donner lieu à des pénalités contractuelles.

Le poids économique du marché de la qualité

5. Les volumes financiers du marché de la formation professionnelle sont en capacité d'absorber les coûts « d'un marché de la qualité » c'est-à-dire du financement de l'activité d'accréditation des organismes de certification et de certification des opérateurs de formation professionnelle personnes morales, ou personnes physiques. Sur les fameux 32 milliards consacrés par la Nation à la formation. 15 milliards sont en effet affectés à l'achat de formation. Environ 7 milliards d'euros sont soumis au nouvel encadrement juridique pesant sur les financeurs publics et assimilés (OPCA/OPACIF). Les autres achats relèvent du droit commun de la qualité. À ce jour 6 Organismes certificateurs sont significativement actifs en France (30 en Allemagne) : ISQ OPQF ; AFNOR certification ; bureau Veritas certification, ICP&PSI ; LRQA ; SGS. Dont certains bénéficient d'une accréditation délivrée par le COFRAC. Sur les 60 000 dispensateurs ayant produit une déclaration d'activité 1 000/1 200 bénéficient d'une certification ou d'un label (Contre 5 600 en Allemagne). Sur les 16 000 formateurs indépendants ayant un numéro d'enregistrement +/-600 bénéficient d'une certification « qualité ». **Autant dire que le marché de la qualité fondé sur des standards/normes techniques dont l'application et contrôlée par des certificateurs indépendants privés, eux-mêmes accrédités, n'en est qu'à ses balbutiements.**

La qualité des formations repose en réalité aujourd'hui sur « les titres et qualités » (article 6352-1 du code du travail), en d'autres termes sur la qualification professionnelle de milliers de formateurs et autres collaborateurs des prestataires de formation. Ces qualités reposent sur « des signes » délivrés par des autorités publiques investies d'un pouvoir normatif (délivrance de titres, de diplômes par des ministères certificateurs) ou par des autorités privées, en l'occurrence les

partenaires sociaux, investies d'un pouvoir de même nature à travers le droit de la négociation collective (CQP). L'inscription de ces titres, diplômes et certificats au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP) contribue à renforcer leurs effets juridiques. **Le pouvoir normatif de certification professionnelle qui est un pouvoir régalién échappe au marché de la certification de la qualité.**

Au plan économique ce dernier est estimé par les professionnels à 50 millions d'euros dans sa phase de démarrage : 16 000 formateurs indépendants certifiés pour un coût moyen de 1000 € soit 16 millions d'euros. 7 000 organismes de formation d'une taille conséquente certifiés pour un coût moyen de 5 000 € soit 35 millions d'euros. À ces coûts s'ajoute celui de l'accréditation par le COFRAC qui est variable en fonction du volume d'activité de l'organisme. Sachant que les certifications de marché sont délivrées pour une durée limitée de l'ordre de trois ans, à la différence des certifications « régaliennes » délivrées sans limitation de durée, ce marché est récurrent. Il reste cependant de dimension modeste comparé au marché de la certification dans des secteurs comme celui de l'eau ou celui de l'industrie agroalimentaire. À titre d'exemple, le chiffre d'affaires du bureau Veritas en France, toutes certifications confondues, s'élève à 50 millions d'euros.

Marchés publics, droit de la concurrence, qualité.

6. L'achat de formation professionnelle par les collectivités publiques relève depuis toujours du code des marchés publics. L'ordonnance du 23 juillet 2015 a procédé à sa mise à jour ainsi qu'à sa mise en conformité avec le droit européen. La stipulation de l'article L 6 1316-1 du code du travail qui impose aux financeurs, notamment publics, de s'assurer de la capacité des prestataires qu'ils financent à dispenser une formation de qualité » et à prendre en compte dans leurs critères d'achat les critères qualité institués par le décret ne constituent à vrai dire pas une innovation. Ces critères sont pour l'essentiel présent dans les cahiers des charges des marchés publics de formation professionnelle. Il en va de même du respect des principes de concurrence dans les marchés publics en vertu duquel un prestataire de services de formation dans l'incapacité de produire un label ou un certificat de qualité délivré par un tiers indépendant doit pouvoir apporter la preuve par tout moyen de sa capacité à concourir dans le respect des critères qualité du marché public en cause.

L'application du nouveau corpus juridique de la qualité aux OPCA/OPACIF renvoie en revanche à plus de complexité juridique et d'interrogations.

Il ne fait pas de doute que les OPCA/OPACIF en leur qualité « d'organismes de droit privé gestionnaires d'une mission de service public » relèvent de la réglementation des marchés publics résultant de l'ordonnance du 23 juillet 2015. En effet ce texte vise expressément les personnes morales de droit privé qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont : a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composée de membres dont plus de la moitié sont délégués par un pouvoir adjudicateur. En pratique l'interprétation que font les OPCA/OPACIF de leur histoire, et de leur objet social les conduit à ne pas se reconnaître dans la réglementation des marchés publics. Leur statut d'organisme « intermédiaires » entre l'offre et la demande de formation, ainsi que l'affirmation par le code du travail du principe de libre choix du prestataire de formation par l'entreprise (article L. 63 51-1) les conduit à considérer qu'ils sont « tiers payants » pour le compte des entreprises ou, s'agissant des FONGECIF pour les comptes des bénéficiaires d'un congé individuel de formation, plutôt qu'acheteur de formation. Ces questions devront faire l'objet d'une clarification dans les mois qui viennent. En tout état de cause, un grand nombre d'actions financées notamment par les Fongecif mais aussi par les OPCA, ne dépassera pas le seuil de 25 000 euros, fixé par le décret n° [2015-1163](#) du 17 septembre 2015 et en deçà duquel les procédures d'achat public ne s'appliquent pas.

Outre le respect des règles des marchés publics, les OPCA/ OPACIF doivent s'assurer de la capacité des prestataires de formation qu'ils financent à dispenser une formation de qualité (Article L. 6316-1, critères du décret, présomption de la liste CNEFOP). Ils doivent établir un catalogue de référence des prestataires de formation dans le respect du droit de la concurrence (article R. 6316-2). Ils doivent assurer le contrôle du service fait (article R. 6332-25 et 26). L'article L. 6332-1-1 précise en outre qu'ils ont pour mission au titre de leur agrément, « de s'assurer de la qualité des formations dispensées, notamment en luttant contre les dérives thérapeutiques et sectaires ». Le non-respect de leurs obligations est susceptible d'être sanctionné par l'administration (retrait d'agrément...).

La lecture téléologique de l'ensemble des dispositions qui pèsent sur les OPCA/OPACIF met en évidence la volonté du législateur de faire peser sur les OPCA une obligation non seulement de veiller à la capacité des prestataires à proposer des formations de qualité, mais d'en assurer le contrôle effectif dès lors qu'ils sont impliqués dans le financement. Et le cas échéant sanctionner au plan financier les prestataires de services qui ne respecteraient pas leurs engagements

contractuels. Certes le contrôle du bon usage des ressources des OPCA par les pouvoirs publics demeure, mais le contrôle du bon usage des ressources qu'ils ont allouées à des prestataires de formation est mis à leur charge.

La charte « contrôle § qualité » que l'OPCAIM vient de rendre public rend compte de cette évolution majeure pour les OPCA ([Voir AEF du 22/12/2015](#)).

À la recherche du client : le financeur ? L'apprenant ?

7. « L'apprenant » est « un sujet de droit » nécessairement partie prenante à la relation contractuelle entre le financeur et le prestataire de formation. Il est fondé à se prononcer sur la qualité et/ou la non qualité de la prestation servie (Voir point 6 du décret). La convention de formation conclue entre financeurs et prestataires de services est nécessairement tripartite elle fait une place à l'apprenant. La relation contractuelle entre le prestataire de formation et l'apprenant peut être précisée par un contrat bilatéral précisant les obligations de moyens auxquels s'engage le prestataire. Le non-respect des engagements contractuels peut donner lieu à réparation pécuniaire. Par ailleurs Lorsqu'une personne physique finance elle-même sa formation elle bénéficie des dispositions de l'article L. 6351-3 du code du travail inspiré du droit de la consommation.

Conclusions

1. L'apport de la loi du 5 mars 2014 matière de qualité a consisté à organiser la régulation du marché de la formation professionnelle, considérée comme une prestation de service intellectuel, par un marché de la qualité fondé sur des standards/normes de nature technique et non juridique, dont la production et la gestion sont assurées par des opérateurs dépourvus de pouvoir normatif régalién.

2. Les règles de droit qui encadrent ce marché ne sont pas spécifiques au droit de la formation qui n'est ici qu'un réceptacle, mais résultent d'une part du droit public économique (marchés publics et concurrence) et d'autre part du droit privé des contrats et de la responsabilité contractuelle ainsi que de la protection des consommateurs.

3. La qualité en matière de formation professionnelle peut être prouvée par tout moyen. Le recours à des normes, certificats et labels de qualité proposés par des opérateurs de marché, constituent autant de présomptions simples, et non irréfragable de qualité. Il en résulte que les financeurs publics et assimilés (OPCA/OPACIF, AGEFIPH) à qui la loi du 5 mars 2014 impose l'obligation « de s'assurer de la capacité des dispensateurs de formation à proposer des formations de qualité » sont tenus d'accepter la preuve de la qualité par tout moyen sous peine de porter atteinte à la liberté d'entreprendre et aux principes généraux de la concurrence.

4. À la différence de la qualité d'un produit ou d'un service proposé aux clients « clés en main », la qualité de cette prestation de service intellectuelle singulière que constitue la formation professionnelle suppose une Co construction avec l'apprenant/client. En effet « on ne forme pas une personne, elle se forme si elle y trouve un intérêt ». Il n'y a pas conséquent pas de formation qui vaille sans un contrat de formation entre le formateur et l'apprenant, ayant pour objet les obligations de moyens et/ou de résultat ainsi que les engagements qualité des cocontractants, quel que soit par ailleurs le tiers payant.

5. 2016, année de naissance « d'un marché de la qualité » ?

Les lecteurs qui préfèrent des réponses aux interrogations en trouveront dans la remarquable analyse de François GALINOU, annexée à la présente chronique, intitulée : « La montagne dans la brume : démarches qualité et certification en formation professionnelle ». Décembre 2015).

Jean-Marie Luttringer.

30 décembre 2015