

L'inversion de la hiérarchie des normes et la formation professionnelle.

Réflexions à propos de « la loi travail ».

« Non à l'inversion de la hiérarchie des normes ! » Qui aurait pu imaginer que cette notion juridique équivoque deviendrait un jour le slogan mobilisateur d'un mouvement social opposé à une réforme du « marché du travail » initiée par un gouvernement de gauche ! Sans doute la question est-elle porteuse d'enjeux lourds, aussi bien au plan de la culture juridique française¹, (le déclassement de la loi au profit de l'accord collectif d'entreprise), qu'au plan de l'action syndicale comme l'illustre la profonde division du mouvement syndical français, entre les organisations qui considèrent que « les acquis sociaux s'arrachent par la lutte » et sont gravés dans le marbre de la loi, et celles qui considèrent qu'ils sont le résultat de compromis inscrits dans un contrat par des « partenaires sociaux » dont les forces seraient équilibrées.

¹ Kelsen H. « La théorie pure du droit » 1934. La hiérarchie des normes a été théorisée par ce grand philosophe du droit. En substance chaque norme juridique doit respecter une norme supérieure. Toute loi doit respecter la constitution et une certaine conception des droits de la personne humaine. La théorie de Kelsen a été développée en matière de négociation collective par Nikita ALIPRANTIS « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes » Paris LGDJ 1980. Pour une approche plus contextualisée en lien avec le débat sur « la loi travail », voir sur le site de Alain Lipietz : « Mourir pour la « hiérarchie des normes » ?

Le mouvement social engendré par le projet de « loi travail » montre que le modèle social à l'allemande (voir chronique 109) ou à la scandinave, qui inspire « la deuxième gauche française », et auquel aspire « le social hollandisme » des conférences sociales, est loin d'être acquis.

Mais là n'est pas l'objet principal de la présente chronique, qui se propose plus modestement d'appliquer, après l'avoir explicitée, la grille d'analyse juridique qui sous-tend la problématique de « l'inversion de la hiérarchie des normes » au champ de la formation professionnelle des salariés. La formation professionnelle est en effet l'un des domaines dans lequel s'exerce, au même titre qu'en matière de conditions d'emploi, de travail et de garantie sociale « le droit des salariés à la négociation collective ». (Art. L. 2221-1 code du travail).²

²Si la « petite loi » en cours d'examen au Parlement ne concerne à ce jour que les négociations relatives au temps de travail, les débats pourraient dans un avenir proche s'élargir à d'autres pans du droit du travail. C'est d'ailleurs ce que souligne explicitement la commission des affaires sociales du Sénat (1er juin 2016) en précisant que le Gouvernement n'avait « abordé que les accords d'entreprise portant sur la durée du travail, renvoyant à de futurs textes le soin de poursuivre cette refondation pour les accords relatifs aux conditions de travail, à l'emploi et aux salaires. »

I. La hiérarchie des normes en droit du travail: clarification sémantique.

1. Notre ordre juridique, dont relève le droit du travail, y compris la formation professionnelle des salariés, est construit selon un principe hiérarchique fondé sur des normes supranationales (traités et conventions, européens et internationaux, ratifiés par la France) dont l'autorité est supérieure à celle des lois (article 55 de la constitution), des normes de droit interne (la Constitution, les lois et règlements, article 34 de la constitution), les accords collectifs de tous niveaux (interprofessionnel, de branches, de groupes, d'entreprises, régional...), d'usages et du contrat individuel de travail. (Article L. 2251-1 du code du travail).

2. Les normes nationales doivent respecter les normes supranationales, par exemple les conventions de l'OIT relatives au travail et à la formation professionnelle. C'est ainsi que le contrat de première embauche (CPE) institué à l'initiative du gouvernement de Villepin a été jugé non conforme à la convention 158 de l'OIT, ratifiée par la France, qui met à la charge de l'employeur l'obligation de justifier une décision de licenciement, ce dont le CPE, au mépris de principes élémentaires du droit, l'exonérait.

3. Le principe « de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure, s'applique également en « droit interne ». Les lois et règlements doivent être en conformité avec la constitution. Ainsi « les droits sociaux fondamentaux » garantis par la constitution, dont « le droit à un premier niveau de qualification », peuvent trouver un prolongement dans la loi. Ce qui est le cas de l'une des dispositions de « la loi travail » qui institue pour toute personne sortie du système éducatif sans diplôme « un droit opposable à la collectivité publique » à un premier niveau de qualification.

4. Spécifiquement en matière de droit du travail la hiérarchie des normes englobe des normes de droit privé que sont les conventions collectives et les accords collectifs de travail conclus à différents niveaux par des organisations syndicales d'employeurs et de salariés dûment légitimés par la loi pour exercer un pouvoir normatif. L'autonomie conventionnelle de ces acteurs ne peut s'exercer que pour les matières limitativement énumérées par la loi à savoir : les salaires, l'emploi, les conditions de travail, la formation professionnelle, les garanties sociales.

La mobilisation sociale qui s'est organisée autour du refus de « l'inversion de la hiérarchie des normes » concerne d'une part la hiérarchie entre normes étatiques et normes conventionnelles, et d'autre part la hiérarchie entre accords de branche et accord d'entreprise.

II. L'objet du litige.

1. En ce qui concerne la hiérarchie entre la loi et les accords collectifs, l'article L 2251-1 dispose « *qu'une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ». Ce qui est en cause dans « la loi travail » ce n'est pas la légalité de l'inversion

de la hiérarchie entre dispositions d'ordre public de la loi et stipulations des conventions et accords collectifs, mais la décision politique de déclasser la notion d'ordre public. Ce choix politique s'exprime dans le désormais célèbre article 2 de « la petite loi travail », celle adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale en application de la procédure du 49/3.

Par exemple, en matière de rémunération des heures supplémentaires, ce texte prévoit le dispositif suivant : Toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire de 35 heures est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale. Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche, prévoit le taux de majoration des heures supplémentaires. Ce taux ne peut être inférieur à 10%. A défaut d'accord, les heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire de 25% pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50%.

L'accord d'entreprise vient en premier. L'accord de branche est supplétif s'il n'y a pas d'accord d'entreprise, et la loi devient supplétive là où il n'y a pas d'accord du tout. Autrement dit, l'article L. 3121-22 qui fixe le taux de majoration des heures supplémentaires n'est plus d'ordre public et l'accord collectif peut y déroger.

En matière d'inversion de la hiérarchie des normes, le Sénat conserve le dispositif relatif à la rémunération des heures supplémentaires exposé ci-dessus, mais va plus loin : la loi ne fixe plus de durée légale de travail, les accords d'entreprise fixent une

durée de référence au delà de laquelle les heures accomplies sont des heures supplémentaires, à défaut d'accord d'entreprise cette durée est fixée par accord de branche, et à défaut c'est fixé par décret dans la limite de 39 heures par semaine.

2. En ce qui concerne la hiérarchie entre différents niveaux d'accords collectifs la loi Fillon du 4 mai 2004 renforcée par la loi du 20 août 2008 avait déjà conféré un rôle majeur aux accords d'entreprise. La « loi travail » s'inscrit dans cette filiation en donnant notamment en matière de temps de travail et par conséquent de rémunération des heures supplémentaires la prééminence absolue à l'accord d'entreprise. Si la culture du dialogue social en France était fondée sur le contrat, comme c'est le cas dans les pays nordiques et en Allemagne, et non sur la prééminence de la loi, cette évolution ne porterait guère à conséquence, sauf que cette culture reste à construire, notamment au niveau de l'entreprise (voir chronique 109) , alors qu'elle l'est davantage au niveau des branches professionnelles en dépit de leur faiblesse.³ Un rapport récent du CESE a d'ailleurs fait des propositions dans ce sens, reprises sous forme d'amendement par le gouvernement.

Les accords d'entreprise susceptibles d'être conclus dans ce nouveau contexte s'imposent évidemment aux salariés concernés, sauf dans le cas où le contrat individuel écrit de travail comporte des stipulations plus favorables.

³Bertrand Martinot, Franck Morel « Un autre droit du travail est possible » fayard 2016. Cet ouvrage propose un diagnostic rigoureux et très documenté. Il contribue à l'installation de la réforme du droit du travail dans le débat public. Les préconisations des auteurs, sont néanmoins à examiner sous réserve d'inventaire.

III. La formation professionnelle des salariés à l'aune de l'inversion de la hiérarchie des normes : le financement, les garanties d'accès, la reconnaissance des acquis.

1. Le financement de la formation professionnelle par les entreprises.

L'obligation à la charge des entreprises de contribuer au développement de la formation professionnelle en versant une contribution de nature fiscale à un OPCA a son siège dans le code général des impôts et dans le code du travail. Ni l'accord de branche ni l'accord d'entreprise ne sauraient déroger à cette obligation qui s'analyse comme une disposition « d'ordre public absolu ».

Cependant la loi du 5 mars 2014 a introduit une dérogation relative au financement du CPF. Un accord d'entreprise peut en effet décider de gérer au sein de l'entreprise la contribution de 0,2 % de la masse salariale, pendant une durée de trois ans. Si cette disposition peut s'analyser comme une dérogation au principe de hiérarchie des normes en matière de financement de la formation professionnelle, on ne peut considérer qu'elle porte atteinte « au principe de faveur ». La gestion directe par l'entreprise de cette ressource est nécessairement réalisée au bénéfice de ses salariés.

De plus la loi autorise les OPCA à collecter et gérer des contributions conventionnelles supplémentaires dès lors que celles-ci sont mises à la charge des entreprises par des accords collectifs de branche étendus ainsi que des versements volontaires. Les contributions conventionnelles s'imposent sans possibilité de dérogation aux entreprises (article L. 2253,) et le principe de mutualisation applicable à ces ressources est également d'ordre public, ni l'accord de branche ni un accord d'entreprise ne sauraient y déroger (article L. 6332-1-2).

2. L'accès des salariés à la formation à l'initiative de l'entreprise (plan de formation).

Le code du travail met à la charge de l'employeur une obligation d'adaptation à l'emploi. Il doit en outre « veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi compte tenu des évolutions technologiques et de l'organisation du travail. Cette stipulation législative, qui traduit une jurisprudence constante de la Cour de cassation est fondée sur un principe général du droit des contrats édicté par le Code civil, qui est celui « de la bonne foi contractuelle ». Ni l'accord de branche, ni l'accord d'entreprise ni une décision unilatérale de l'employeur ne sauraient déroger à ce principe fondamental du droit des contrats.

3. L'accès à la formation en alternance par la voie du contrat d'apprentissage et du contrat de professionnalisation.

Les éléments substantiels de ces contrats à savoir leur finalité, l'organisation de l'alternance entre travail productif et formation, le statut et la rémunération des alternants font l'objet de dispositions législatives et réglementaires d'ordre public. Les branches professionnelles et les entreprises qui souhaitent développer ces voies d'accès à la qualification sur leur marché du travail spécifique, pour des raisons liées à la pyramide des âges ou à un déficit d'attractivité de leur secteur peuvent proposer des avantages supplémentaires aux dispositions législatives et réglementaires aussi bien par voie d'accord de branche que d'entreprise, dans le respect de la hiérarchie des normes, en application du principe de faveur. Tout risque de dumping social est ici écarté par l'encadrement juridique, d'ordre public, et par les mécanismes de financement fondés sur la mutualisation, également d'ordre public.

IV.L'Accès des salariés à la formation dans le cadre du congé individuel de formation, du CPF, du bilan de compétences, de la VAE.

Toutes ces voies d'accès à la formation à l'initiative du salarié sont garanties par des dispositions d'ordre public auxquelles ni un accord de branche ni un accord d'entreprise ne sauraient déroger « In pejus ». Pour le congé individuel de formation, un accord d'entreprise peut assouplir les conditions d'ouverture du droit, prévoir des modalités de prise en charge plus avantageuses que celles prévues par l'OPACIF, s'engager sur la prise en compte des acquis de la formation à l'issue du CIF etc. Seul est recevable « le principe de faveur ».

De la même manière un accord d'entreprise peut assouplir les conditions d'accès au bilan de compétence et à la VAE.

L'accès des salariés à la formation dans le cadre du CPF est protégé par des dispositions d'ordre public comme le sont les autres voies d'accès à l'initiative des salariés. Outre la possibilité ouverte par la loi de déroger par accord d'entreprise aux règles de financement, sans mise en cause du principe de faveur, (voir plus haut), un accord de branche, (sur les fonds conventionnels) et/ou un accord d'entreprise (sur les fonds du plan de formation) peuvent prévoir des conditions plus favorables de financement sous forme d'abondement. Les accords de branche conclus depuis 2014 ne sont pas très généreux à cet égard : sur les 100 premiers accords conclus en 2014 et 2015 seulement six comportent des dispositions sur le CPF notamment en ce qui concerne le calcul des droits des salariés à temps partiel.⁴

4. Le temps de formation, enjeu potentiel de l'inversion de la hiérarchie des normes ?

La définition du temps de travail effectif n'est pas modifiée par la « loi travail » : « *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de*

⁴Voir le site www.jml-conseil.fr. Chronique 98

l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles » (Art. L 3121-1). Cependant, l'inversion de la hiérarchie des normes aura des effets sur la gestion du temps de travail des salariés, donc sur le statut des salariés pendant le temps consacré à la formation.

Les formations décidées par l'employeur dans le cadre du plan de formation se déroulent pendant le temps de travail. Il s'agit d'une modalité d'exécution du contrat de travail. Le salarié reste placé sous la subordination de l'employeur, la rémunération et les droits attachés au contrat de travail sont maintenus. Si la formation décidée par l'employeur se déroule en dehors de l'horaire habituel de travail, il s'agit d'heures supplémentaires. Le seuil de déclenchement de ces heures supplémentaires et les modalités de leur rémunération seront fonction des accords d'entreprise, ou à défaut des accords de branche, susceptibles d'intervenir.

Les formations décidées par le salarié dans le cadre du CIF se déroulent soit sous le régime de la suspension du contrat de travail soit partiellement en dehors du temps de travail. Il en est de même des formations dans le cadre du CPF, sauf si le salarié obtient de l'employeur l'accord de bénéficier de la formation pendant le temps de travail. Inversement, l'employeur peut obtenir l'accord du salarié pour effectuer hors temps de travail, dans la limite de 80 heures par an, des actions de développement des compétences décidées dans le cadre du plan de formation. Les accords d'entreprise ou de branche sont susceptibles de modifier les possibilités de recourir à ces accords entre employeurs et salariés.

Conclusions.

1. Les éléments structurants du droit de la formation professionnelle que sont le financement mutualisé, les garanties d'égal accès à la formation, les conditions de reconnaissance des acquis de la formation, échappent à l'inversion de la hiérarchie des normes. Ils sont protégés d'une part par l'ordre public absolu, non négociable, ainsi que par l'ordre public social délégué par la loi aux seules branches professionnelles. La négociation d'entreprise, là où elle existe,⁵ comportera pour l'essentiel des dispositions d'adaptation des textes de rang supérieur ou des dispositions plus favorables aux salariés en application du principe de faveur.

2. Les enjeux du développement de la négociation sur la formation dans l'entreprise sont autres : la prévention du risque d'inemployabilité du fait de l'obsolescence des connaissances, le développement des compétences, l'accompagnement des mobilités internes et externes... . Dans toutes ces situations la première question est celle de l'appétence des salariés pour la formation que seules des mesures incitatives sont de nature à développer. En effet il faut toujours et encore le répéter avec Bertrand Schwartz, « ***on ne forme pas une personne, elle se forme si elle y trouve un intérêt*** ».

28 juin 2016.

Jean-Marie Luttringer.

⁵ La négociation collective d'entreprise sur la formation se caractérise par « un encéphalogramme plat » (voir chronique 97. Depuis des décennies elle représente de l'ordre de 2 % du volume des accords négociés au niveau de l'entreprise. La réforme récente de la formation professionnelle du 5 mars 2014 lui apporte un peu « de grain à moudre ». Le cadre normatif de la formation professionnelle est fixé par la loi et par la négociation de branche (ordre public social) prolongée par la gestion paritaire. Sa mise en œuvre dans l'entreprise relève du pouvoir de direction du chef d'entreprise et de la compétence consultative des comités d'entreprise. Son espace vital « normatif » est par conséquent résiduel. Son avenir possible est celui d'une simple technique gestion en lien avec la GPEC.