

Le numérique, la formation professionnelle continue et le droit : état des lieux, réflexion prospective.

Synthèse : L'observation des nouvelles pratiques de formation professionnelle grâce au numérique fait émerger plusieurs questions de nature juridique : dans le modèle traditionnel, la formation des salariés est assimilée à du temps de travail effectif. Le temps asynchrone que permet le numérique peut-il toujours être considéré comme du travail effectif et être rémunéré comme tel ? Le développement des formations collaboratives dans « les entreprises apprenantes/capacitantes » ne conduit-il pas à s'interroger sur l'applicabilité du code de la propriété intellectuelle au profit des apprenants qui sont en quelque sorte des « co-auteurs » de supports pédagogiques ? La certification peut-elle être effectuée en dehors de la présence physique de l'apprenant ? Le modèle économique du numérique/digital soulève également de nouvelles questions en comparaison du modèle traditionnel fondé sur le financement de l'heure stagiaire, alors que le numérique appelle le financement d'investissements préalables qui peuvent être lourds ? Ne faudrait-il pas mettre en place une fiscalité incitative, ou un modèle de financement de l'investissement comparable à celui de l'industrie cinématographique française ? Bref, un peu d'innovation juridique pour accompagner et encourager les innovations technologiques et pédagogiques ne ferait pas de mal ! Reste la question de la fracture numérique que certains nomment « illectronisme » par comparaison avec l'illettrisme. Il y a là, sans doute, « du grain à moudre » pour les partenaires sociaux à travers la négociation collective de branche et d'entreprise et la gestion paritaire (OPCA FPSPP) ainsi que pour les conseils régionaux.

I. État des lieux.

1. Un récent rapport de l'Igas consacré à « La transformation digitale de la formation professionnelle continue »¹ propose un état des lieux exhaustif des enjeux pédagogiques, organisationnels, financiers, juridiques... du numérique dans le champ de la formation professionnelle. Il met en évidence deux dimensions essentielles, en soulignant leur interdépendance : le renouvellement en profondeur des pratiques pédagogiques et l'accroissement de l'autonomie « des apprenants ». Ce dernier aspect fait par ailleurs écho aux évolutions récentes du droit des salariés à la formation, caractérisées par l'individualisation et la personnalisation. Le compte personnel de formation (CPF) et le conseil en évolution professionnelle (CEP) sont emblématiques de ces évolutions.²

2. **Les ressources pédagogiques apportées par le numérique se caractérisent** par une plus grande **accessibilité et immédiateté**, en comparaison de l'action de formation traditionnelle fondée sur un programme préétabli³ qui se déploie selon les canons du théâtre classique que sont « l'unité de temps, l'unité de lieu et l'unité d'action ». Elle favorise la modularisation des séquences de formation, l'autoformation⁴, les pratiques collaboratives. L'influence anglo-saxonne exprimée à travers la sémantique : digital learning, e-learning, mixed-learning, blended-learning, mobile-learning, serious games, open classes, virtual classes, social learning, MOOC (Massive Online Open Course) : cours en ligne ouverts à tous, COOC (Corporate Online Open Course) : cours en ligne dispensés par une entreprise auprès de ses salariés, SPOC (Small Private Online Course) : cours en ligne dispensés en cercle restreint (nombre d'accès volontairement limité, webinar..., suggère, au-delà des effets de mode, une diversité plus grande des ressources et des méthodes pédagogiques.⁵ En France, le sillon a été creusé par le Forum français pour la formation ouverte et à distance (FFFOD)⁶. Cependant, il reste des interrogations sur la réalité d'une plus grande efficacité pédagogique de ces méthodes, comparées aux méthodes traditionnelles de transmission des connaissances et des savoirs, depuis l'aube de l'humanité⁷. Au surplus, comme l'a souligné Pierre Caspar, il ne faut pas confondre informations et connaissances⁸

¹ IGAS. « La transformation digitale de la formation professionnelle continue ». Rapport mars 2017.

² Voir : www.jml-conseil.fr chroniques 107, 95,93...

³ Article L. 6351-1 code du travail

⁴ Sur l'autoformation voir notamment les travaux de Philippe Carré « Traité des sciences et des techniques de la formation » Dunod 2017.

⁵ Denis Cristol « Les communautés d'apprentissage : apprendre ensemble à l'ère numérique. Éditions ESF 2016

⁶ Jacques Bahry interview AEF n°503560 et le site du FFOOD «

⁷ Sandra Enlart, Pascale Fotius avec la collaboration de Cyril Pattegay. « Efficacité et efficience de la formation ». Étude E5P 2016.

⁸ Dépêche AEFn°440249

3. **Au plan juridique**, aussi bien le législateur que les partenaires sociaux ont pris en compte cette vague de fond, sans pour autant en avoir approfondi à ce jour toutes les dimensions, qu'il s'agisse du droit des salariés à la formation, ou de l'encadrement juridique de l'activité de formation à proprement parler.

Ainsi, la loi pour une République numérique⁹ a-t-elle inscrit dans le code du travail les actions en faveur des compétences numériques : sont désormais reconnues comme des actions de formation professionnelle tout au long de la vie, les actions en faveur des compétences numériques, au même titre que les actions de lutte contre l'illettrisme et en faveur de l'apprentissage de la langue française¹⁰. L'employeur peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, y compris numériques, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme, notamment des actions d'évaluation et de formation permettant **l'accès au socle de connaissances et de compétences**. (Art. L6321-1 du Code du travail modifié). À vrai dire ces dispositions sont largement symboliques. Elles inscrivent les formations numériques dans le périmètre de la formation professionnelle continue sans pour autant créer de nouveaux droits.

4. Cette même loi stipule que les enseignements mis à disposition sous forme numérique par les établissements d'enseignement supérieur ont un statut équivalent aux enseignements dispensés en présence des étudiants, selon des modalités traditionnelles. **Ce qui soulève la question de la certification de ces formations**. Le rapport Igas a évoqué cette question dans les termes suivants : *« il y a là un double enjeu : économique, d'accès des nouvelles start-ups 100 % numériques au marché de la formation certifiant, éligibles au CPF, mais aussi juridique, lié aux difficultés d'authentification au cours des évaluations, si celle-ci ne se déroule pas dans le cadre classique d'examen en présentiel. Les systèmes existants ne peuvent pas encore garantir que la personne passant les épreuves d'évaluation à distance en vue de la certification est bien le candidat » inscrit » et qu'elle effectue seul et sans aide l'évaluation. (...) Certains acteurs s'investissent aujourd'hui dans la recherche de moyens probants pouvant sécuriser le déroulé des examens à distance. La société Isograd a mené des efforts en ce sens et annonce la possibilité prochaine d'obtenir la certification en ligne. Pour cela elle développe un système de surveillance « software secure » qui permet de surveiller à distance via la webcam le micro et l'écran du candidat, un examen passé en ligne. »* Les pouvoirs publics préparent un décret ayant le même objet.

⁹ Journal Officiel du 8 octobre 2016

¹⁰ Art. L6111-2 du Code du travail modifié.

5. « **La loi travail** » du **8 août 2016**, quant à elle, encadre **le droit à la déconnexion**, qui peut concerner la formation digitale sur le temps travail, le télétravail, la responsabilité sociale des entreprises qui recourent aux plates-formes, les conditions d'usage du compte personnel d'activité grâce au numérique.

6. Cette même loi prolonge celle **du 5 mars 2014 portant réforme de la formation professionnelle**, et apporte une définition plus large de l'action de formation en l'ouvrant sur **la notion de parcours qui devient une unité d'œuvre** dans laquelle peuvent prendre place notamment des formations ouvertes et à distance reposant sur l'usage du numérique. (Article L. 6353-1). **L'action de formation peut s'effectuer en tout ou partie à distance, le cas échéant en dehors de la présence des personnes chargées de l'encadrement.** Dans ce cas, le programme précise : 1° la nature des travaux demandés au stagiaire et **le temps estimé pour leur réalisation** ; 2° les modalités de suivi et d'évaluation spécifique aux séquences de formation ouverte ou à distance ; 3° les moyens d'organisation, d'accompagnement ou d'assistance, pédagogique et technique, mis à disposition du stagiaire. À l'issue de la formation, le prestataire délivre au stagiaire une attestation mentionnant les objectifs, la nature et la durée de l'action et les résultats de l'évaluation des acquis de la formation ».

7. L'action des partenaires sociaux en faveur du développement du numérique dans le champ de la formation professionnelle s'exprime notamment à travers le programme « Mutations économiques et technologies », lancé en 2014, qui a permis à plusieurs branches professionnelles et OPCA de s'engager dans cette voie (voir le site du FPSPP).

8. De ce corpus juridique en cours de construction émergent quelques questions, d'ores et déjà identifiés, mais qui en raison de l'ampleur de la vague de fond du numérique, méritent une réflexion prospective plus approfondie. Il en va ainsi :

- de **l'effectivité du droit d'accès à la formation pour tous**, du fait de « la fracture numérique »,
- de la qualification et le régime juridique du temps de formation du fait du caractère asynchrone de la formation numérique,
- des questions juridiques liées à la preuve des acquis d'une formation numérique et notamment de la certification, du fait du développement de « l'autoformation »,
- des questions relatives à l'application du code de la propriété intellectuelle aux salariés parties prenantes à « des formations collaboratives », et, qui de ce fait, peuvent devenir auteurs ou co-auteurs de supports de formations numériques au sein de leur entreprise...
- et d'autres questions encore qui ne seront pas abordées dans les développements qui suivent, notamment celle de l'évolution des métiers de la formation, du modèle

économique de la formation professionnelle fondé sur le financement de l'investissement et non plus sur l'heure stagiaire, de la propriété industrielle et des brevets, des critères qualité appliqués au numérique etc.

II. Réflexions prospectives.

9. **L'illectronisme et l'effectivité du droit d'accès à la formation pour tous, tout au long de la vie.** L'accès à la formation professionnelle continue, par le numérique, sera sans doute naturel dans le long terme pour les jeunes générations, qui auront bénéficié de programmes dédiés dans le cadre de la formation initiale. Cependant, à court et moyen terme l'accès au numérique suppose des prérequis dont ne disposent pas toutes les personnes concernées ni tous les territoires de la république. La question juridique posée est alors celle de **l'effectivité du droit** compte tenu des particularités des outils et des méthodes pédagogiques du numérique.

Au même titre qu'il apporte des réponses à l'illettrisme notre système de formation professionnelle devra apporter des réponses à « **illectronisme** ». Pour les travailleurs salariés la négociation collective de branche et celle d'entreprise représentent sans doute le moyen juridique le plus approprié pour faire face à ce défi. Certaines branches professionnelles et entreprises se sont d'ores et déjà engagées dans cette voie, aussi bien celles dont les métiers traditionnels sont impactés par le développement du numérique que par celles dont le cœur de métier repose sur ces technologies, en particulier la Fédération de la formation professionnelle (FFP).

10. Quant à la garantie d'égal accès à la formation, pour tous, sur tous les territoires de la République, il appartient aux pouvoirs publics de l'assurer notamment par le recours à la loi et à des politiques publiques ambitieuses. La loi récente (mars 2017) relative à « l'égalité réelle des outre-mer » en apporte une illustration. Par ailleurs, plusieurs conseils régionaux ont engagé des plans d'action en vue de promouvoir le développement du numérique dans le domaine de la formation professionnelle.

11. **La formation numérique asynchrone.** L'essentiel du temps consacré par les travailleurs salariés à la formation professionnelle est réputé être du temps de travail effectif. Il est en conséquence rémunéré comme tel. Le recours aux outils et méthodes pédagogiques fondés sur le numérique dans le cadre de processus d'apprentissage soulève deux questions principales relatives au régime juridique du temps de formation : celle de **la preuve** du temps consacré à la formation, réputé temps de travail, et celle de **la porosité** de la frontière entre le temps de formation

assimilé à du temps de travail, et temps personnel relevant de la vie privée. Le schéma ci-dessous illustre les évolutions du rapport au temps (de travail et de formation grâce au numérique) des jeunes générations, comparé au rapport au temps de la génération baby-boom.¹¹

La journée de travail des Baby-boomers et de la génération X



La journée de travail nouvelle génération (Y et Z)



12. **Commentaires** : Rien, ni personne, ne pourra interdire à un salarié ou à une personne, quel que soit son statut, de se former, à son rythme, en dehors du temps de travail effectif, grâce aux outils numériques, de sorte que la question de la qualification et du régime du temps de formation asynchrone, déconnecté du travail effectif devra être clarifiée. Une réponse pourra sans doute être trouvée dans le développement de formules « de co-investissement » négociées entre l'employeur et le salarié, encadrées par les accords d'entreprise et ou de branche, notamment lorsque ces accords traitent de la déconnexion.

13. **La question de la porosité** entre travail effectif et vie privée dans le domaine de la formation professionnelle pourra trouver une réponse dans la mise en œuvre « **du droit à la déconnexion** ». Les entreprises de plus de 50 salariés ont en effet désormais le devoir de mettre en place des instruments de régulation de l'outil numérique. Ces mesures visent à assurer le respect des temps de repos et de congés ainsi que l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale. C'est dans le cadre de la **négociation annuelle** sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail que les partenaires sociaux d'entreprise devront définir les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion. À défaut d'accord, l'employeur élaborera une **charte**, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Ce document définit les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.

¹¹ livre blanc « Mobile Learning ». 360learning.com

14. Quant à la question de la preuve (traçabilité) du temps effectivement consacré à la formation, la question est d'ores et déjà réglée par l'article 6351-1 du code du travail relatif à la définition de l'action de formation, qui admet que ce temps puisse être « estimé » sans donner lieu à une attestation de présence contrôlée par un tiers. (Voir infra n°6)

15. **L'irruption du droit de la propriété intellectuelle dans l'univers de la formation numérique.** Dans le modèle pédagogique classique de la formation continue, inspiré du modèle scolaire, la connaissance à transmettre par « le sachant », enseignant ou formateur, est produite par l'institution éducative ou le dispensateur de formation, et transmise à l'apprenant (élève, étudiant, stagiaire...), dont il est attendu assiduité et capacité de « reproduction », sans aucune contribution à la production des savoirs à acquérir et à transmettre. La question de la propriété intellectuelle est par conséquent affaire « de professionnels » et ne concerne pas les « les apprenants ». L'émergence de nouvelles pratiques pédagogiques rendues possibles par le numérique, notamment **les formations collaboratives**, conduit à s'interroger sur une plus large applicabilité du droit de la propriété intellectuelle à ces nouvelles pratiques.

16. En effet, selon certaines études¹² il semblerait aujourd'hui admis que la formation « formelle » délivrée par des institutions éducatives ne représente que de l'ordre de 10 % du savoir des salariés des entreprises, les 70 % restants étant acquis par l'expérience et la pratique professionnelle et 20 % par les interactions sociales dans les rapports de travail. Ainsi, une grande part des processus d'apprentissage en entreprise relèveraient-ils du « social-learning » ou formations collaboratives, et pourraient renvoyer à la création de supports pédagogiques dédiés. Le développement des campus numériques qui s'appuieront nécessairement sur des supports pédagogiques proches du contexte de l'entreprise devraient renforcer cette tendance.

17. **Au plan juridique, cette question renvoie au code de la propriété intellectuelle qui consacre le principe énoncé dans le préambule de la Constitution française de 1948, selon lequel "chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire et artistique dont il est l'auteur".** La déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 affirme le même principe, ainsi que la charte des droits fondamentaux de l'union européenne (18 décembre 2000 article 17), qui spécifie que la propriété intellectuelle est protégée au même titre que la propriété de biens matériels. Ces principes s'appliquent à

¹² Aurélie Tache exclusive RH t. « Digital Learning : les cinq tendances à suivre ». Exclusiv RH

toute personne indifféremment de son statut, y compris les salariés. **Contrairement à une idée communément reçue, la propriété intellectuelle de la création n'est pas cédée à l'employeur du seul fait du lien subordination. Les œuvres créées par un salarié avec les moyens de l'entreprise ne peuvent être utilisées qu'avec l'accord écrit du créateur salarié.**

Cette protection, qui contribue à la promotion de la dignité humaine et de l'identité culturelle, apparaît aujourd'hui dans le cadre de la société de la connaissance comme un réel moteur de croissance économique qu'il conviendrait de promouvoir en encourageant par des mesures financières appropriées, l'initiative des salariés dans ce domaine. **Le concept « d'entreprise apprenante/capacitante » pourrait ainsi devenir une réalité concrète.**

18. La loi prévoit une exception, en faveur de l'employeur, dans le cas des logiciels. Le contrat de travail de programmation implique la cession des droits d'auteur à l'employeur. (Article L 113-9 code de la propriété intellectuelle). Les créations logicielles du personnel intérimaire appartiennent à l'employeur en l'occurrence la société de travail temporaire. Ceux de l'étudiant à l'Université ceux du stagiaire de l'entreprise leur appartiennent en propre, sauf clause contraire, puisqu'il n'y a pas, dans ces cas, de contrat de travail...

Conclusions.

19. La réduction de la fracture numérique, qui est d'ores et déjà considérée par les partenaires sociaux au niveau national interprofessionnel comme un enjeu majeur, devrait être inscrite à l'agenda prioritaire de la négociation de branche et d'entreprise sur la formation.

20. Le dépassement du modèle traditionnel de l'action de formation, inspiré du théâtre classique construit sur « l'unité de temps, l'unité de lieu et l'unité d'action », invite à repenser le modèle économique de la formation continue des entreprises. Le développement de la formation « asynchrone » ouvre de nouvelles perspectives de co-investissement, réduisant d'autant les charges salariales de la formation, les classes virtuelles réduisant les coûts de logistique (salles, déplacements, contraintes horaires...). En revanche, il sera nécessaire de dépasser le financement fondé sur « l'heure stagiaire » pour accroître la part consacrée au financement des investissements nécessaires à l'ingénierie pédagogique que requiert le numérique.

21. Le développement du numérique est susceptible de donner consistance au concept « d'entreprise apprenante/capacitante », en favorisant l'activité de production pédagogique des salariés, en cohérence avec le développement de la personnalisation des parcours et de la formation en situation de travail. Dans cette perspective, l'application du code de la propriété intellectuelle « aux œuvres de l'esprit » des salariés pourraient déboucher sur des modalités adéquates de reconnaissance, y compris financière.

Jean-Marie Luttringer (www.jml-conseil.fr)