

Réforme de la formation professionnelle, acte 2.

Après la loi le contrat : réflexions sur « l'autonomie de la volonté » et la responsabilisation des acteurs du système de formation professionnelle.

1. La loi, le contrat, « l'autonomie de la volonté ».

Dans sa partie relative à la formation professionnelle la loi du 5 mars 2014 a manifestement pris le parti de valoriser « l'autonomie de la volonté », que ce soit celle des personnes qui décident d'accéder à la formation, celle des partenaires sociaux dans l'exercice « du droit des salariés à la négociation collective » de la formation professionnelle et de leurs garanties sociales. Ces deux espaces d'autonomie font l'objet de la présente chronique.

Le même principe vaut pour les chefs d'entreprise qui auront à décider de financer, ou non, sur leurs fonds propres une partie de leur politique de formation, (voir chronique 88. La responsabilité formative de l'entreprise). Il en va de même pour divers prestataires de services dans le champ de la formation. (Voir chronique 86. Liberté d'entreprendre et formation).

Pour les salariés ce choix s'inscrit dans le courant général de personnalisation des droits sociaux et d'individualisation de la gestion des compétences par les entreprises. Mais, plus généralement il est en cohérence avec le rapport que tout « apprenant » entretient avec cette activité singulière que constitue la formation, c'est-à-dire des processus d'apprentissage de savoirs, savoir-faire, et savoir-être, qui s'inscrivent dans un « contrat pédagogique » dont le critère distinctif est celui de « l'autonomie de la volonté de l'apprenant », c'est-à-dire de la liberté la plus totale. En effet, on ne forme pas une personne, a fortiori en ne l'oblige pas à se former, elle se forme si elle y trouve un intérêt.

Au plan juridique « l'autonomie de la volonté est une théorie fondamentale du droit selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi. D'où, positivement pour l'individu, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par un accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des

conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle, en principe, d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque. » Gérard Cornu. Vocabulaire juridique PUF.

Les ruptures (suppression d'une partie de l'obligation fiscale), et les innovations (entretien professionnel, compte personnel de formation, conseil en évolution professionnelle), introduites par la loi du 5 mars 2014 renvoient à un ordre juridique dans lequel le contrat, individuel et collectif, qui exprime « l'autonomie de la volonté » est appelé à prendre une place nouvelle dans l'ordre juridique de la formation.

Ce principe est à l'exact opposé de la logique tutélaire du droit de l'éducation (statut de l'élève et des programmes décidés par une institution à leur bénéfice...) , et prescriptive de la loi fiscale (logique de l'imputabilité), qui ont profondément imprégné les esprits et structuré la manière de penser la formation professionnelle ces dernières décennies, en particulier dans l'entreprise, (Voir chronique 88), mais également parmi les décideurs politiques dont la pensée « approximative » en matière de formation professionnelle peut être illustrée par cette proposition absurde d'affecter les 32 milliards consacrés par le budget de la nation à la formation professionnelle de tous les citoyens, tous statuts confondus, à celle des demandeurs d'emploi pour que la question de leur formation soit réglée une fois pour toutes.

« L'autonomisation » des acteurs du système français de formation professionnelle induite par la réforme, suppose une responsabilisation de ces derniers afin de, précisément, pouvoir jouir de cette autonomie. Ce qui n'est pas une mince affaire tant la prescription par un tiers, aussi bien de l'accès à la formation que son financement demeure une spécificité de notre système de formation professionnelle.

La réforme, à ce jour, n'est pas achevée, car la loi ne fait pas (tout) le droit. Et peut-être échouera-t-elle, si « les parties contractantes » et tout particulièrement les employeurs, les salariés et les partenaires sociaux au niveau des entreprises et des branches ne se l'approprient, par l'exercice de « l'autonomie de la volonté » qui s'exprime à travers le contrat individuel et collectif.

Les dizaines de décrets attendus ne changeront rien à l'affaire. Un grand nombre concerne l'organisation administrative du système de formation professionnelle au niveau de l'État et au niveau territorial. Ils n'ont pas d'incidence directe sur l'autonomie contractuelle. D'autres concernent la gestion des ressources publiques de nature fiscale, confiée par la loi aux OPCA. Ils n'ont pas davantage d'incidence directe sur l'autonomie contractuelle. D'autres encore encadrent les diverses formes de dialogue social en vigueur dans le champ de la formation. Ils ne mettent pas en cause le principe même de la liberté de négociation (autonomie contractuelle). Cependant l'interventionnisme des pouvoirs publics dans la sphère de dialogue social demeure une spécialité française et mérite vigilance.

2. Le contrôle de l'autonomie contractuelle

L'exercice de l'autonomie contractuelle sera placé davantage sous le contrôle du juge qui verra sans doute son influence, déjà grande, s'accroître avec le développement des relations contractuelles. (Voir notamment la jurisprudence de la Cour de Cassation sur l'obligation d'employabilité chronique 60).

Le contrôle de l'administration verra son rôle se réduire en particulier au niveau des entreprises avec la diminution des ressources de nature fiscale affectées à la formation qui lui conférait une partie de sa légitimité. Celle-ci demeure cependant sur le bon usage des ressources de nature fiscale gérées par les OPCA ainsi que sur les autres ressources publiques affectées à la formation (taxe d'apprentissage, fonds sociaux européens...) .Par ailleurs si l'administration n'a pas à interférer directement dans les relations contractuelles, elle doit veiller au respect de l'ordre public, notamment social auquel sont soumises les relations contractuelles (égalité de traitement, non-discrimination pour les relations individuelles, procédure d'extension pour les accords collectifs de travail...).

Dans l'entreprise, le reflux du contrôle administratif devra être compensé par « le contrôle social » sur la formation exercé par les IRP, en amont du contrôle juridictionnel qui ne saurait être que l'ultime recours. La loi a d'ailleurs apporté quelques précisions en la matière notamment en mettant à la disposition des IRP un flot d'informations sur la gestion individuelle des compétences par l'entreprise.

Il reste que l'un des éléments clés de la réforme que constitue l'entretien professionnel tous les deux ans et le bilan de parcours tous les six ans, qui viennent se greffer sur le contrat de travail qui lie le salarié et de l'employeur, et qui dans les faits faciliteront la cour construction de projets entre le salarié l'employeur, demeure d'une grande fragilité au plan strictement juridique. Il n'est pas sûr en effet que la « pénalité » d'un abondement correctif de 100 à 130 heures au compte personnel de formation en cas de non-respect de ces obligations soit de nature à assurer l'effectivité du droit. Par ailleurs aussi bien le contrôle social par les IRP que le contrôle par le juge risque fort d'être curatif et se traduire par une indemnisation, alors que sa vocation serait d'être préventif, c'est-à-dire d'anticiper le risque d'obsolescence des connaissances, lui-même générateur du risque d'inemployabilité. À cet égard une formule comparable à celle d'un droit d'alerte en vigueur en matière de sécurité et de santé des salariés serait plus appropriée.

Quoi qu'il en soit, la loi qui a laissé dans le flou les sanctions du non-respect du processus d'entretien professionnel et du bilan du parcours au terme de six ans, pourrait utilement apporter quelques précisions dans cette matière.

Mais on peut également imaginer que le développement de la personnalisation des droits dans le domaine de la formation, notamment du fait du compte personnel de formation, appelle la généralisation d'une fonction « de médiation », en dehors de l'entreprise, dédiée à ce domaine , qui permettrait d'éviter une judiciarisation contre-productive en raison de sa

nature indemnitaires et réparatrices et non préventives. Cette fonction existe déjà au sein de l'AFPA et de Pôle Emploi. Elle pourrait être généralisée à tous les dispositifs de formation.

3. Le compte personnel de formation emblématique de « l'autonomie de la volonté ».

L'ouverture à 25 millions de personnes d'un compte personnel de formation, dont elles ont la pleine propriété et la pleine jouissance, géré par la caisse des dépôts et consignations, aura nécessairement pour effet de « stimuler l'autonomie de la volonté » d'un grand nombre de personnes, indépendamment de leur statut, en vue d'accéder à une formation. C'est le fait majeur de cette réforme, qui est aussi un pari sur la prise en compte par les personnes de l'intérêt que représente pour elles « l'investissement immatériel » dans la formation en vue notamment du maintien ou du développement de leur qualification.

Dès lors, la question se pose de savoir si l'encadrement juridique et financier proposé par la loi est en cohérence avec sa finalité, à savoir de substituer à la logique prescriptive et tutélaire en vigueur depuis des décennies, une logique de personnalisation des droits qui trouve son fondement dans l'autonomie de la volonté ?

Plusieurs observations peuvent être faites à cet égard :

- Le niveau de financement du CPF par capitalisation est garanti par la loi en de ça du seuil de crédibilité, et le financement par voie d'abondements de nature contractuelle demeure aléatoire.

La capitalisation initiale du CPF repose sur des obligations légales à la charge de l'employeur. Elle a été conçue comme « un effet levier » pour engager un parcours de formation, qui le plus souvent ne pourra se réaliser à défaut « d'un abondement » qui repose, quant à lui, sur l'autonomie de la volonté, soit des partenaires sociaux dans le cadre d'un accord collectif de branche ou d'entreprise, soit de la décision de l'employeur, ou encore de la décision de la personne elle-même qui pourra faire un apport en temps (RTT, compte épargne temps, temps personnel...), ou en argent par le recours à l'épargne ou au crédit.

Concernant ces deux dernières modalités qui relèvent de l'autonomie de la volonté de chaque personne, la loi garde un silence prudent. Pourtant chacun sait qu'on ne peut pas doter 25 millions de personnes d'un compte personnel de formation avec une capitalisation conçue comme un effet levier et ne pas leur proposer des modalités optionnelles de financement de nature à rendre crédible une démarche « d'investissement immatériel » dans la formation, fondée sur « l'autonomie de la volonté ». Le financement du CPF devra sans doute être complété le moment venu par la création d'un régime optionnel d'épargne formation incitatif au plan fiscal à l'image de l'épargne logement, assorti de prêts à taux zéro, pour les personnes qui font le choix de parcours de formation à finalité qualifiante,

dépassant ce que permet le modèle économique d'une capitalisation assurée par l'entreprise, de 150 heures, dont la valorisation monétaire fixée par décret sera sans doute fort modeste.

C'est précisément en raison des lacunes du financement du CPF que la CGT, qui par ailleurs a apporté des contributions significatives à la négociation, n'a pas signé l'Ani du 14 décembre 2013. Elle considère en effet que le régime légal de base (contribution unique de 1 % de la masse salariale dont 0,20 % affecté au CPF) est insuffisant et que le régime complémentaire (abondements par voie contractuelle), reste aléatoire.

- Liste des formations qualifiantes éligibles au titre du CPF : malthusianisme ou ouverture ?

La loi encadre l'usage du compte personnel de formation par le salarié ou le demandeur d'emploi aux seules formations à finalité qualifiante. À défaut de définition stabilisée de la notion de qualification la loi renvoie une grande variété de listes qui définiront de manière pragmatique cette notion. (RN CP, CPNE, CPNFP, Conseils Régionaux, Pôle Emploi, socle de compétences de base définie par voie de décret, inventaire supplémentaire établi par le RN CP notamment pour l'accès aux professions réglementées...).

Dès lors que le financement des formations choisies par le bénéficiaire d'un compte personnel de formation est assuré au titre de la capitalisation ou de l'abondement par l'entreprise, il est légitime d'orienter le choix des personnes dans l'univers de la formation professionnelle à finalité qualifiante. Dans cette logique des formations à finalité générale, non nécessairement qualifiantes, ne seront pas éligibles. Ce choix risque de priver des bénéficiaires du compte personnel de formation les centaines de milliers d'étudiants dits « hors âge », ils seraient de l'ordre de 800 000, qui suivent des formations générales de l'enseignement supérieur ou un grand nombre d'auditeurs du CNAM. Certaines de ces formations seront sans doute modularisées et inscrites au RN CP, et à ce titre éligibles. Mais beaucoup d'entre elles ne rempliront pas ces critères. Seront-elles prises en compte dans le cadre du décret relatif au socle de compétences de base ? Ou celui-ci sera-t-il dédié à l'accès à un premier niveau de qualification ? Cette question n'a rien d'anecdotique, il s'agit en effet de favoriser la porosité entre le système éducatif et la formation tout au long de la vie par l'encouragement à la reprise d'études quel que soit l'âge, grâce au compte personnel de formation.

- La question des listes de formations qualifiantes éligibles soulève d'autres questions de nature juridique, qui feront l'objet d'une prochaine chronique, notamment celle des notions de certification et de qualification, qui en constituent le fondement ainsi que celle de leur valeur juridique au regard « du droit opposable des salariés à un premier niveau de qualification ou à l'évolution d'un niveau de qualification au cours de leur vie professionnelle.

4. « Autonomie de la volonté » et droit des salariés à la négociation collective dans le domaine de la formation professionnelle.

Le droit des salariés à la négociation collective dans le domaine de la formation est relativement vivace depuis des décennies et repose sur le principe de l'autonomie contractuelle. Cependant la loi du 5 mars 2014 introduit une novation qui mérite que l'on s'y attarde. Il s'agit de la possibilité donnée aux OPCA et fonds d'assurance formation de collecter et de gérer selon des règles spécifiques, des contributions conventionnelles supplémentaires (aux contributions légales de nature fiscale), versées par les entreprises en application d'un accord collectif de branche.

Rappelons que jusqu'ici toutes les entreprises étaient tenues de contribuer au financement de la formation professionnelle par une contribution légale de nature fiscale d'un montant minimum de 1,6 % de la masse salariale. Une partie de cette somme était obligatoirement versée à un OPCA, les entreprises pouvant « se libérer » de cette obligation selon diverses modalités. Certaines d'entre elles avaient opté pour un versement complémentaire à l'OPCA en vertu d'un accord collectif. Cependant ces versements étaient considérés par l'administration comme « libératoires » d'une obligation de nature fiscale. Désormais les entreprises sont tenues par la loi de verser une contribution unique de 1 % de la masse salariale. Pour le reste elles sont libres, sur leurs fonds propres, de financer leurs politiques de formation comme elles l'entendent.

C'est dans ce contexte qu'il faut situer une éventuelle obligation mise à leur charge par un accord collectif de versements « de contribution conventionnelle supplémentaire ». Celles-ci ne seront plus considérées comme libératoires de l'obligation de nature fiscale. Il en résulte que les partenaires sociaux, notamment la partie patronale, (qui par sa signature engage les entreprises adhérentes), négociateurs d'un accord de branche, seront tenus d'obtenir un mandat de négociation de leurs instances statutaires en vue d'instituer une telle contribution, car aussi bien le contexte que les enjeux de cette négociation sont profondément modifiés après la loi du 5 mars 2014, mettant ainsi en cause l'équilibre même des accords négociés antérieurement.

Ce sera une épreuve de vérité pour beaucoup de branches professionnelles qui connaissaient des contributions conventionnelles, qui en réalité n'étaient que des modalités d'affectation de l'obligation légale. Dire, comme l'a fait l'Ani du 14 décembre 2013 que les clauses des accords de branche relatives à des contributions conventionnelles restaient en vigueur après la suppression du 0,9 % n'a guère de fondement juridique, sauf dans les cas, au demeurant rares, où le texte de l'accord est sans ambiguïté sur le caractère extra légal et non imputable de ces contributions, ainsi que sur leur affectation à des garanties sociales individuelles ou collectives au bénéfice des salariés.

Par ailleurs la contribution conventionnelle aura une qualification juridique et suivra un régime différent de la contribution légale. Les négociateurs des accords de branche devront

nécessairement préciser à quelles garanties sociales individuelles ou collectives cette contribution est destinée et en permettre la traçabilité. La simple mention d'une affectation au plan de formation de l'entreprise ne pourrait pas recevoir de justification juridique dès lors que le plan de formation est un attribut du pouvoir de direction du chef d'entreprise et ne s'analyse pas comme une garantie sociale individuelle ou collective des salariés.

Le législateur qui a ouvert cet espace d'autonomie contractuelle devrait aller au bout de la logique et préciser le régime de cette contribution, qui devrait comme la contribution de nature fiscale être libre de toutes charges sociales et fiscales. (Voir chronique numéro 87).

Conclusions : La loi ne fait pas (tout) le droit.

1. La loi du 5 mars 2014 ouvre des espaces nouveaux et déterminants « à l'autonomie de la volonté ». La réforme, qui à cet égard s'inscrit dans une temporalité de moyen/long terme en raison des changements culturels qu'elle suppose, sera une réussite ou un échec selon que les acteurs concernés s'en empareront ou non, et, au-delà du droit fondé sur la loi, prendront l'initiative de créer à droit fondé sur le contrat, qui lui-même sera peu à peu façonné par la jurisprudence.

2. L'appropriation par un pourcentage significatif des 25 millions de propriétaires d'un compte personnel de formation, et l'apprentissage de l'autonomie et de la responsabilité contractuelle que cela suppose, sera largement tributaire de la qualité des procédures d'entretien professionnel dans l'entreprise et de conseil en évolution professionnelle à l'extérieur de l'entreprise à la disposition de toute personne souhaitant « entretenir et développer son capital immatériel » de qualification. Le compte personnel de formation, l'entretien professionnel, et le conseil en évolution professionnelle « font système ». La tentative d'instaurer un compte personnel de formation dans plusieurs pays européens a échoué, ou alors le compte est restée marginal, précisément parce que les procédures d'aide à l'élaboration d'un projet (entretien et conseil en évolution professionnelle) n'étaient pas associés à son usage.

3. La loi, sans être prescriptive, a vocation à faciliter et encourager l'expression « de l'autonomie de la volonté ». À cet égard, elle pourrait utilement être apporté des précisions le moment venu sur les conditions dans lesquelles la personne elle-même, qui en a les moyens, peut contribuer à la capitalisation et à l'abondement de son compte personnel de formation (encouragement à l'investissement immatériel par l'épargne, le crédit, la fiscalité...). Cette manière de voir les choses permettrait d'affecter aux personnes plus faiblement qualifiées et ne disposant que de moyens modestes, les ressources (financière et méthodologique publiques et mutualisées) disponibles. Le droit opposable à un premier niveau de qualification, dont dispose aujourd'hui toute personne sortie du système éducatif sans qualification reconnue devra bien entendu être assurée par le service public régional de formation et ne saurait être mis à la charge de la personne.

4. Il revient également à la loi de préciser la qualification et le régime juridique des contributions conventionnelles supplémentaires susceptibles d'être instituées par voie d'accords de branches et gérées par les OPCA, faute de quoi les entreprises adhérentes aux organisations patronales de branches risquent fort de ne pas mandater ces dernières à cet effet.

5. Le principe d'autonomie contractuelle concerne également les rapports entre les prestataires de formation, les apprenants et les financeurs. (Définition de l'action de formation, Obligation de moyen et de résultat, référencement, relation contractuelle et droit de la concurrence, contrôle de la qualité...). Ces questions feront l'objet de prochaines chroniques.

Jean-Marie LUTTRINGER.