

L'abondement correctif au CPF, épée de Damoclès pour les entreprises occupant 50 salariés et plus

Introduction

1. Le futur article R6323 - 3 du code du travail¹ fixe à 3000 € par salarié, le montant d'une pénalité prenant la forme d'un « abondement correctif au CPF » auquel s'expose l'employeur occupant 50 salariés et plus, qui n'aura pas conduit avec chaque salarié un entretien professionnel tous les deux ans couronnés par un bilan récapitulatif tous les six ans, et qui n'aura pas proposé à chaque salarié une action de formation « non obligatoire », ces deux obligations étant cumulatives.

¹ Projet de décret relatif aux modalités d'abondement et de mobilisation du compte personnel de formation présenté au CNEFOP le 24 octobre 2018

2. Alors que l'obligation d'entretien professionnel et de bilan de parcours ainsi que de formation concerne toutes les entreprises, dès le premier salarié, l'abondement correctif n'est applicable qu'aux entreprises occupant 50 salariés et plus. Elles confèrent une consistance juridique à ce qu'il est convenu d'appeler l'obligation « d'employabilité », à laquelle est tenu l'employeur envers chaque salarié sans référence à un seuil d'effectif. Le non-respect de ces obligations peut être sanctionné à tout moment dans le cadre d'une procédure de licenciement d'un salarié est donné lieu à dommages et intérêts au motif « de la perte d'une chance² ».

3. En revanche la première échéance de l'abondement correctif applicable aux entreprises occupant 50 salariés et plus, se présentera en mars 2020, 6 ans après l'adoption de la loi du 5 mai 2014. À cette date l'épée de Damoclès aujourd'hui suspendue sur la tête des entreprises risque de s'abattre sur celles qui ne pourront pas justifier avoir conduit tous les deux ans des entretiens professionnels avec chaque salarié et leur avoir proposé au moins une action de formation. À titre d'exemple, pour une entreprise de 100 salariés qui n'aura respecté ses

² Jacques Barthélemy « le rôle de la jurisprudence dans le droit de la formation » Droit social décembre 2014

obligations que pour la moitié d'entre eux, l'abondement correctif sera de 150 000 €. Or une récente étude du Cereq³ montre que les entretiens professionnels ne sont pas encore une pratique courante pour la grande majorité des entreprises. Loin s'en faut !

4. « L'obligation d'employabilité » résulte d'une construction jurisprudentielle bien antérieure à la loi « avenir professionnel ». Elle est fondée, d'une part, sur un principe général du droit des contrats, applicables aux contrats de travail, celui de la bonne foi contractuelle, et d'autre part, comme contrepartie du pouvoir de direction du chef d'entreprise. Ce double fondement juridique est traduit par l'article L6 321 - 1, qui met à la charge de l'employeur d'une part « l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés au poste de travail » et, d'autre part, « l'obligation de veiller à leur capacité à occuper un emploi », le cas échéant par la formation. La loi « avenir professionnel » a confirmé ces obligations. Ne l'eût-elle pas fait elles n'en existeraient pas moins, fondées sur les principes généraux du droit qui viennent d'être rappelés.

³ Bref Cereq, juin 2018

5. On s'emploiera dans les développements qui suivent à mettre en évidence le sens de l'obligation de formation composante de l'obligation d'employabilité, à la charge de l'employeur, (I), à caractériser le droit procédural et les sanctions qui contribue à son effectivité (II) et à identifier quelques questions juridiques qui méritent clarification (III).

I. Le sens de l'obligation de formation composante de l'obligation d'employabilité à la charge de l'employeur

6. La vulgate politique qui a présidé à la réforme de la formation professionnelle concernant les entreprises tient en trois slogans : « former au lieu de payer » (sous-entendu une taxe) ; « après la flexibilité pour l'entreprise viendra l'heure de la sécurité pour les salariés grâce à la formation » ; l'entreprise est un eldorado du dialogue social appliqué à la formation.

L'exercice consiste à traduire cette vulgate en langage juridique dans lequel chaque mot à son poids spécifique en ce qu'il exprime des obligations, des procédures pour leur mise en œuvre et des sanctions en cas de non-respect

7. Le slogan « formait au lieu de payer » ne mérite pas que l'on s'y attarde tellement il est absurde. La formation a en effet nécessairement un coût pour l'entreprise. Ce qui a changé en 2014, et en 2018 c'est la réduction du montant de la contribution fiscale à la charge de l'entreprise et son affectation. Ces mutations ne suppriment pas pour autant le coût de la formation pour l'entreprise fondée en tout premier lieu sur son intérêt, sur des obligations légales,

non fiscale et sur des obligations contractuelles. En définitive la part consacrée par l'entreprise au financement de la formation de ses salariés sur ses fonds propres demeurera sans doute, la même que celle qu'elle était antérieurement et devrait en toute logique croître.

8. En revanche la deuxième proposition de la vulgate, « après la flexibilité accordée à l'entreprise viendrait l'heure de la sécurité pour les salariés grâce à la formation » mérite que l'on s'y attarde. Elle trouve sa traduction juridique dans la confirmation et la consolidation de « l'obligation d'employabilité » à la charge de l'employeur à travers la procédure des entretiens professionnels, de l'état des lieux récapitulatifs du parcours professionnel tous les six ans, de l'obligation de proposer une formation pendant cette même période et de la sanction « de l'abondement correctif » en cas de non-respect de ses obligations. Le législateur s'est appuyé sur une disposition de l'Ani du 14 décembre 2013 (articles 1 et 2). Il s'agissait pour les partenaires sociaux signataires de cet accord de substituer au contrôle (largement théorique exercée par l'administration sur la contribution fiscale à la charge des entreprises (une nouvelle procédure ayant pour objet de

renforcer l'obligation de formation à la charge de l'employeur).

9. L'obligation d'employabilité est comparable toute proportion gardée, aux obligations qui pèsent sur l'employeur en matière de santé et de sécurité des salariés. Le fait de ne proposer aucune formation à un salarié pendant une certaine période expose celui-ci au risque d'obsolescence des compétences et des qualifications et d'in employabilité dont la responsabilité revient à l'employeur, dès lors qu'en vertu de son pouvoir de direction il est le maître de l'organisation du travail et de la place du salarié dans cette organisation.

II. La procédure de l'entretien professionnel et la pénalité de l'abondement correctif comme garanties de l'effectivité du droit des salariés à la formation

10. La sanction à laquelle s'expose l'employeur qui ne respecte pas les deux obligations cumulatives, de l'entretien professionnel périodique et d'une action de formation tous les six ans, se caractérise par une certaine originalité. Il ne s'agit pas en effet d'une indemnisation dont le salarié peut user à sa guise, comme il en va des indemnités de licenciement, ni même d'un versement au trésor comme il en va du mauvais usage des fonds traditionnel de la formation professionnelle. Il s'agit en effet « d'un abondement correctif » au compte personnel de formation qui permettra aux salariés de bénéficier de ressources supplémentaires pour maintenir son employabilité grâce à une formation qu'il aura choisie lui-même. À défaut de se former il en perdra le bénéfice. En d'autres termes la loi lui confie des ressources supplémentaires en vue du maintien de sa propre employabilité en raison de la défaillance de son employeur.

11. L'échéance de mars 2020 sera d'autant plus aisée à aborder aussi bien pour l'employeur que pour les salariés que les deux parties auront pris soin d'assurer la traçabilité aussi bien des entretiens professionnels que de la, ou des actions de formation au bénéfice du salarié. La réalité des entretiens professionnels pourra être attestée par le compte rendu signé des deux parties, ou par tout autre moyen de preuve. La preuve de la réalité de l'action de formation pourra également être apportée par les documents contractuels propres à toute action de formation. Quant à la preuve d'un possible renoncement par le salarié à une action de formation proposée par l'employeur, elle devra également faire l'objet d'un document signé des deux parties.

III. Quelques questions juridiques à clarifier

12. Au-delà de sa faisabilité opérationnelle la mise en œuvre de ce droit procédural soulève des questions juridiques qui méritent examen.

Il en va ainsi notamment des formations libératoires de la pénalité de l'abandonnement correctif, de la modification de la procédure légale par la voie d'accord d'entreprise et des voies de recours ouvertes aux salariés en cas de non-respect par l'employeur des obligations cumulatives d'entretiens professionnels et de formation.

13. Formation obligatoire, formation non obligatoire... Toute action de formation au sens de la nouvelle définition donnée par la loi du 5 septembre 2018 (article L6313-2), est réputée être libératoire de l'obligation de formation mise à la charge de l'employeur dans le cadre de l'état des lieux de parcours dès lors qu'elle ne revêt pas un caractère obligatoire au sens de l'article L6321-2 à savoir: « *Toute action de formation qui conditionne l'exercice d'une activité ou d'une fonction, en application d'une convention internationale ou de dispositions légales et réglementaires* ».

Il résulte de l'interprétation littérale de ce texte que les formations obligatoires pour obtenir une « habilitation » ou une « certification » requise pour l'exercice « d'une activité ou d'une fonction », ne sont pas libératoires. À titre d'exemple, il en va ainsi des habilitations délivrées par l'aviation civile ou encore celle nécessaire pour intervenir sur des systèmes électriques ou des sites nucléaires, ou encore de l'obligation de formation à la sécurité qui pèse sur l'employeur en vertu de l'article L4141-2 du code du travail, pouvant tomber sous le coup de sanctions pénales en cas de non-respect.

14. A contrario toutes les formations non obligatoires, réalisées en l'absence de « convention internationale ou de dispositions légales et réglementaires », sont réputées libératoires. Il en va ainsi des formations inscrites au plan de développement des compétences de l'entreprise, de toute formation suivie au titre du CPF dans le cadre d'un co-investissement avec l'employeur (qui par définition ne peuvent être conduites sur des actions d'adaptation sans en détourner l'usage) qu'il se traduise en temps ou en abondements financiers. Les formations en situation de

travail, désormais reconnues par la loi comme « actions de formations », dès lors que le salarié demeure libre de s’y engager, doivent également être considérées comme exonératoires de « l’abondement correctif ».

15. Dès lors se posent la question de savoir quel est le statut des « formations d’adaptation au poste de travail » que l’employeur est tenu d’assurer en application d’une disposition législative, (article L6321-1). Entrent-elles dans le périmètre des formations obligatoires c’est-à-dire non libératoires au titre de l’abondement correctif ? L’interprétation littérale du texte peut conduire à apporter une réponse positive à cette question. En effet « l’adaptation » du salarié au poste de travail le cas échéant par une action de formation, résulte d’une obligation légale à la charge de l’employeur. Cependant l’ambiguïté résulte de la sémantique de l’article L6321-2 qui mentionne une action de formation conditionnant l’exercice « d’une activité ou d’une fonction » et non un poste de travail ou un emploi⁴. L’exposé des motifs de l’amendement ne nous éclaire pas beaucoup plus sur les

⁴ Selon le dictionnaire juridique « l’activité salariée est définie comme un travail dépendant, effectué pour autrui, moyennant rémunération en vertu d’un contrat de travail », Gérard Cornu, vocabulaire juridique PUF. L’activité du salarié s’exerce dans le cadre du poste auquel il est affecté par l’employeur qui est tenu par une obligation légale de formation. Il en va de même pour l’exercice d’une fonction par un salarié qui se réfère nécessairement à un poste de travail attribué par l’employeur. Au plan juridique la notion de fonction renvoie au droit public. Elle n’est guère connue en droit du travail.

intentions du législateur qui, outre une simplification du dispositif, visait à renforcer « l'engagement des entreprises d'au moins 50 salariés dans la mise en œuvre des actions de formation non obligatoires ». Cette ambiguïté pourrait sans doute être levée dans le cadre d'un accord d'entreprise qui pourrait avoir pour objet de préciser les formations qui dans le contexte particulier d'une entreprise sont considérées comme obligatoires. Mais, dès lors que cette disposition renvoie à une sanction financière de nature fiscale, elle ne saurait être que d'interprétation stricte. Elle devra nécessairement être précisée par l'administration en charge du contrôle de la formation professionnelle.

16. La doctrine administrative devra s'appuyer, outre sur l'interprétation littérale du texte et de l'intention du législateur, sur la jurisprudence. Celle-ci a d'ores et déjà apporté une réponse à la question en considérant que l'employeur n'avait pas respecté l'obligation d'adaptation en ne proposant aux salariés qu'une formation de courte durée ou insuffisante (voir l'étude de Jacques Barthélemy note 1). Si l'interprétation de la définition des formations obligatoires devait conduire à exclure les formations d'adaptation de leur champ, il en résulterait un conflit de

logique entre la définition légale de l'action de formation et sa définition jurisprudentielle.

17. A l'échéance de la période de six ans, soit en mars 2020 l'employeur sera tenu d'organiser « un état des lieux récapitulatifs » du parcours de chaque salarié. Cet entretien permettra de vérifier si l'employeur s'est acquitté de ses obligations. À défaut le salarié pourra engager la procédure « de l'abondement correctif ».

Il pourra saisir les représentants du personnel, dans le cadre, de leur mission générale de défense des intérêts des salariés et/ou la commission de suivi de l'accord d'entreprise dans l'hypothèse où il en existerait un, traitant de ce thème, ainsi que l'inspection du travail, qui pourra, également dans le cadre de sa compétence générale vérifier si l'employeur à respecter ou non ses obligations.

18. En cas de réponse négative, les services du contrôle de la formation professionnelle pourront être saisi et déclencher la procédure contentieuse de l'abondement correctif en application de l'article L6323-13, al. 2. : « A défaut, l'entreprise verse au Trésor public un montant

équivalent à l'insuffisance constatée majorée de 100 % ». En outre, ces contributions seront désormais prélevées par les URSSAF au même titre que les autres contributions à la formation. Elles entrent par conséquent dans le périmètre de ses contrôles, tant sur pièces que sur place. Le salarié devra être informé par l'entreprise de la réalisation de ce versement.

19. le contentieux administratif ne fait pas obstacle au contentieux judiciaire engagé par un ou plusieurs salariés (actions collectives) en vue de faire respecter par l'employeur ses obligations. Le salarié pourra également, en cas de licenciement, réclamer des dommages et intérêts au motif « de la perte d'une chance⁵ », motif reconnu par les tribunaux de l'ordre judiciaire pour sanctionner le non-respect par l'employeur de son obligation de formation.

⁵ Cour de cassation chambre sociale 5 juillet 2018 numéro 16 – 19 895, non publié.

Conclusions

20. L'épée de Damoclès aura rempli sa fonction si aucune entreprise n'est condamnée à s'acquitter de la pénalité de « l'abondement correctif ». Il faudra pour cela mettre en place des pratiques de gestion des compétences qui sont à la portée de toutes les entreprises, y compris les PME/TPE, pour peu qu'elles décident de s'y investir. Elles pourront bénéficier de l'appui des Opco qui ont précisément pour mission d'accompagner les entreprises dans ce domaine. Des entretiens professionnels réguliers et de qualité permettront à l'employeur de s'acquitter de la double obligation « d'assurer l'adaptation des salariés au poste de travail » et de veiller à leur « capacité à occuper un emploi ».

21. Le recours au dialogue social dans l'entreprise notamment sous la forme d'un accord collectif permettra également de maîtriser le risque juridique, que la loi fait peser sur l'entreprise, en inscrivant la gestion individuelle des compétences dans un cadre juridique tenant compte des spécificités de chaque entreprise. Cette démarche est d'ailleurs encouragée par la loi « L6315-1 III. – *Un accord*

collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche peut définir un cadre, des objectifs et des critères collectifs d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation des salariés. Il peut également prévoir d'autres modalités d'appréciation du parcours professionnel du salarié que celles mentionnés aux 1o à 3o du II du présent article ainsi qu'une périodicité des entretiens professionnels différente de celle définie au I. » Outre le droit procédural de l'entretien professionnel et du bilan de parcours de nombreux autres thèmes innovants sont ouverts à la négociation d'entreprise en particulier le périmètre des formations obligatoires et non obligatoires, le co-investissement entre l'employeur et le salarié dans le cadre du CPF, l'encadrement des processus pédagogiques faisant appel au numérique, ainsi que de la formation situation de travail etc. À condition que ces nouveaux enjeux apportés par la loi « *pour la liberté de choisir son avenir professionnel* » sortent la négociation d'entreprise sur la formation de la léthargie qui la caractérise depuis des décennies⁶.

Jean Marie Luttringer – Sébastien Boterdael

⁶ Le dernier bilan de la négociation collective publié par le ministère du travail fait état de 38 000 accords d'entreprise tous thèmes confondus dont à peine 460 sont consacrés à la formation professionnelle. Voir Jean-Marie Luttringer, chronique 128 « Les ordonnances portant réforme du code du travail. Le primat de la négociation collective d'entreprise : quels enjeux pour la formation professionnelle »

