

« La loi du 05/09/2018 bouscule les fondamentaux du droit de la formation » (J-M Luttringer)

Paris - Publié le lundi 14 janvier 2019 à 17 h 39 - Entretien n° 137445

La réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage modifie des règles de financement, des dispositifs, de procédure mais elle a également pour effet de bousculer des « fondamentaux » du droit de la formation, c'est-à-dire des principes de raisonnement et d'action.

C'est l'idée que **Jean-Marie Luttringer**, expert en droit de la formation professionnelle défend dans le numéro de décembre 2018 de la Revue Droit social qui consacre un dossier à la réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage.

Il livre son analyse dans un entretien avec News Tank.

Jean-Marie Luttringer répond aux questions de News Tank

La réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage modifie des règles de financement, de procédure, des dispositifs mais elle a également pour effet de bousculer « des fondamentaux » du droit de la formation, c'est-à-dire « des principes de raisonnement et d'action », dites-vous. C'est-à-dire ?

Je constate, comme beaucoup d'autres, qu'il ne s'agit pas d'une énième « réforme de tuyauterie » et qu'il est important que les acteurs du système prennent la mesure des évolutions de quelques fondamentaux du droit, qui sont autant de principes de raisonnement et d'action qu'ils devront s'approprier. Car le droit est dialectique. Il a pour fonction de reconnaître et de légitimer des pratiques sociales existantes, et dans le même temps il induit, et structure de nouveaux comportements et de nouvelles pratiques sociales.

« *Le droit induit et structure de nouveaux comportements et de nouvelles pratiques sociales*

 *Plus de place à une logique du droit fondé sur l'autonomie contractuelle aussi bien individuelle que collective*

Les effets structurants de la logique fiscale et « administrée » qui ont dominé le droit et les pratiques dans le domaine de la formation professionnelle pendant plusieurs décennies s'estompent progressivement pour laisser plus de place à une logique du droit fondé sur l'autonomie contractuelle aussi bien individuelle que collective. Or l'autonomie appelle la responsabilité (au sens juridique du terme). Les personnes titulaires

de droits, mais aussi d'obligations, les employeurs, les prestataires de services de formation devront apprendre à s'inscrire dans des logiques d'action fondées sur ces deux concepts qui sont eux-mêmes consubstantiels à l'univers d'un marché régulé, celui du travail et de la formation professionnelle et non d'un service public administratif.

Pouvez-vous préciser par quelques exemples ?

- L'affirmation d'un droit universel de la personne, à la formation tout au long de la vie ;
- La rupture avec le modèle scolaire grâce à une définition de l'action de formation ouverte à une grande diversité de processus pédagogique ;
- Le renforcement de « la responsabilité sociale de l'entreprise » dans le domaine de l'employabilité au même titre que dans celui de la santé et de la sécurité ;
- La valorisation de la formation professionnelle en alternance qui suppose la mise en place par les entreprises d'organisation du travail « capacitanes » ;
- Une diversification de l'allocation des ressources affectées à la formation que sont le temps, l'argent ;
- L'apparition de la notion « de régulation par la puissance publique » en lieu et place de la notion de contrôle administratif (France compétences).

On note aussi un recentrage des partenaires sociaux sur leur cœur de métier : la négociation collective de branche et d'entreprise et moins la gestion de ressources de nature fiscale en qualité de délégataires d'une mission de service public... Un pas de plus dans le processus de rupture du monopole étatique de délivrance des diplômes par l'accroissement de la compétence des partenaires sociaux dans le domaine de la certification professionnelle.

Voilà quelques domaines dans lesquels les concepts d'autonomie contractuelle et de responsabilité pourront prospérer.

Quels pourraient être les impacts de ces évolutions sur la stratégie et la pratique du dialogue social dans les entreprises, en particulier dans le domaine de la formation et de la gestion des compétences ?

La loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » s'inscrit dans le prolongement direct des ordonnances portant réforme du Code du Travail. L'objectif est de faciliter le développement de l'emploi et des compétences. Le nouveau cadre juridique respecte les fondamentaux du droit du travail que sont le pouvoir de direction du chef d'entreprise et son corollaire, la subordination juridique, dans laquelle se trouve le salarié.

« *Le nouveau cadre juridique respecte les fondamentaux du droit du travail : le pouvoir de direction du chef d'entreprise et la subordination juridique dans laquelle se trouve le salarié*

Dans le même temps, il renforce la responsabilité sociale de l'employeur. Celui-ci peut être financièrement sanctionné si pendant une période de 6 ans il n'a mis en œuvre aucune procédure ni action de formation destinée à prévenir le risque d'inemployabilité du salarié. L'entretien professionnel périodique très encadré par la loi, peut en quelque sorte être comparé à la visite médicale. Ces deux procédures ont pour objectif la prévention d'un risque :

- la maladie dans un cas,
- la perte de compétences/qualification facteur aggravant de l'inemployabilité dans un autre cas.

Le recours périodique à la formation permettra de prévenir « le petit risque » d'inemployabilité. Quant au « grand risque » qui nécessite une reconversion lourde, la loi prévoit deux dispositifs :

- le CPF de transition professionnelle d'une part,
- le recours à la formation professionnelle en alternance en CDI grâce au dispositif Pro-A, d'autre part.

« *La responsabilité sociale donc juridique de l'employeur est clairement affirmée. En même temps, le salarié est invité à se préoccuper, grâce au CPF, de sa propre employabilité*

Il faut souligner que la loi n'opère pas un transfert du risque d'inemployabilité de l'employeur sur le salarié grâce au CPF. La responsabilité sociale donc juridique de l'employeur est clairement affirmée mais en même temps, le salarié est invité à se préoccuper, grâce au CPF, de sa propre employabilité dans une logique de co-investissement avec l'employeur, ou alors à sa seule initiative.

Au contrôle administratif et anciennement fiscal, à la responsabilité sociale de l'employeur se substituera progressivement le contrôle judiciaire en cas de non-respect des obligations contractuelles par l'employeur et de celles en contrepartie de son pouvoir de direction. Ce nouveau cadre juridique fondé sur le contrat et par conséquent le contrôle du juge peut être aussi exigeant que le précédent cadre fondé sur la règle fiscale et un contrôle administratif dédié.

Vous n'évoquez pas ce que l'on appelle le « contrôle social » dans l'entreprise exercée par les syndicats et les représentants du personnel. Les fondamentaux du droit connaissent-ils des évolutions dans ce domaine ?

Le cadre juridique a été remodelé par les réformes successives du droit du travail que nous avons connues dans la dernière période et notamment par les ordonnances de 2017. La réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage s'inscrit dans ce cadre. Celui-ci se caractérise par la priorité donnée à la négociation d'entreprise (inversion de la hiérarchie des normes).

« *Les thèmes potentiels de la négociation d'entreprise n'ont jamais été aussi importants*

Les thèmes potentiels de la négociation d'entreprise n'ont jamais été aussi importants : les abondements au CPF, l'entretien professionnel, la formation en situation de travail, la mise en œuvre par l'entreprise des différentes modalités de formation professionnelle en alternance etc. Mais il y a un paradoxe, la capacité à négocier de la grande majorité des entreprises, à quelques exceptions près, est inversement proportionnelle à l'intérêt de la négociation.

« *Un regain d'intérêt de la négociation de branche dans le domaine de la formation professionnelle et de l'apprentissage en raison de la fusion des branches*

Le bilan de la négociation collective établie par le ministère du Travail en 2017 fait état de 450 accords d'entreprise pour la France entière, ayant pour objet la formation professionnelle. Le droit, fondé ici sur le principe de liberté contractuelle se heurte à un principe de réalité qui est celui de la faible capacité des organisations syndicales de salariés à négocier à ce niveau. Mais il y a un second paradoxe qui permet d'apporter une réponse un peu plus optimiste à votre question. Il s'agit du regain d'intérêt de la négociation de branche dans le

domaine particulier de la formation professionnelle et de l'apprentissage en raison d'une part de la réduction de 600 champs conventionnels à 250 qui devraient entraîner une capacité d'action des branches au service des entreprises, ces dernières ainsi que les branches pouvant bénéficier d'un appui méthodologique et technique des Opcos dont c'est précisément une mission essentielle.

L'avenir de la négociation collective dans le champ de la formation professionnelle résultera d'une bonne articulation entre la négociation de branche et la négociation d'entreprise. La réussite de ce pari aura pour effet de relativiser la place disproportionnée de la gestion paritaire, sans réelle autonomie, par les partenaires sociaux, de ressources de nature fiscale, sous le contrôle des pouvoirs publics.

La loi est intitulée « pour la liberté de choisir son avenir professionnel ». On peut supposer que la liberté dont il s'agit est celle de « toute personne indépendamment de son statut », l'intention de législateur étant d'inscrire la formation tout au long de la vie dans la catégorie du « droit universel ». Cette option s'inscrit-elle d'ores et déjà dans le droit positif ou s'agit-il d'un « droit déclaratif » ?

L'ambition « universaliste » du CPF, mais également du CEP, a été affirmée à plusieurs reprises à l'occasion des travaux préparatoires de la loi ainsi que des travaux parlementaires. Cette notion renvoie à un droit admis dans tous les pays ou ayant vocation à l'être comme l'est par exemple la déclaration universelle des droits de l'homme. Au sein d'un même État, c'est un droit ouvert ou imposé à tous les citoyens comme l'est le suffrage universel ou alors le service national universel.

« *La formation professionnelle est un droit non pas imposé, comme l'est le droit de l'éducation, mais ouvert comme l'est le droit au logement*

S'agissant de la formation professionnelle, le périmètre est celui de l'État français, et il s'agit d'un droit non pas imposé, comme l'est le droit de l'éducation, mais ouvert comme l'est le droit au logement (Dalo) ou la protection universelle maladie. La personne titulaire d'un droit universel « ouvert » est libre d'y recourir ou non, alors que la personne titulaire du droit l'éducation est tenue de respecter « l'obligation scolaire » sous peine de sanctions. Ce droit est par ailleurs réservé « aux actifs occupés de 16 ans jusqu'à l'âge de la retraite ». Ce qui a pour effet d'exclure de son bénéficiaire « les femmes au foyer » (réputées non actives...) ou les « retraités actifs ».

« *Investissement
immatériel dans sa
compétence : aucun pays
au monde n'a fait jusqu'ici
ce pari culturel*

Sont aussi exclues de son périmètre, délimité par des objectifs professionnels, des actions de formation autres que professionnelles, relevant plus largement de l'éducation permanente. Il demeure qu'en régime de croisière la CDC aura en charge la gestion de près de 40 millions de CPF ayant pour objectif d'inciter toute personne à se préoccuper de l'investissement immatériel dans sa compétence. Aucun pays au

monde n'a fait jusqu'ici ce pari culturel.

Par ailleurs, alors que le droit universel « imposé » de l'éducation est mis en œuvre par un service public organique qui en garantit l'effectivité par le financement public, ainsi que l'opposabilité par la garantie d'accueil de tous les bénéficiaires de ce droit dans un établissement d'enseignement public ou privé sous contrat, il n'en va pas de même du « droit universel de formation tout au long de la vie » dont la mise en œuvre échappe à la logique de service public et s'inscrit dans une logique de marché régulé.

Vous évoquez à plusieurs reprises cette notion de régulation, ou de « marché régulé ». A-t-elle une valeur juridique, et si oui laquelle dans le champ de la formation professionnelle et de l'apprentissage. Ou bien, s'agit-il d'une notion économique sans consistance juridique particulière ?

Cette notion a effectivement une portée juridique comme l'explique Cédric Puydebois dans une remarquable contribution consacrée à ce thème dans le dossier publié par la Revue Droit social en décembre 2018. La loi du 05/09/2018, explique-t-il, fait progresser les logiques de marché au sein de la formation continue, aussi bien avec la création d'un CPF réellement autonome - à la main des individus, sans intermédiation des Opco - qu'avec la libéralisation de l'offre en matière d'apprentissage, et la création d'un financement à l'activité (financement au contrat).

Dans ce contexte, préserver, garantir le libre jeu du marché, tout en le corrigeant, en l'orientant et en assurant, la protection d'intérêts publics non économiques, tels que l'équité d'accès à la formation de tous les actifs, les droits des consommateurs sur les produits « formation » ou « certification professionnelle » nécessitent de modifier les schémas institutionnels et les outils des pouvoirs publics. C'est la mission confiée par la loi à France compétences, Nouveau centre autonome de régulation qui jouit d'un « soft power » au champ large. La création de France compétences traduit le besoin d'efficacité, d'adaptation, d'indépendance et d'expertise sur le champ complexe de la formation professionnelle.

« *France
compétences, un
nouveau centre autonome
de régulation qui jouit d'un
"soft power" au champ
large*

France compétences est bien une autorité de régulation, en ce qu'elle surveille le fonctionnement d'un marché, désormais davantage unifié compte tenu du rapprochement du droit des prestataires de formation par apprentissage (CFA) de celui des prestataires de formation continue et l'ouverture de l'offre.

Le « Soft Power » de France compétences s'exerce principalement par la technique de la « recommandation », adoptée par le conseil d'administration et nécessairement rendue publique. La portée juridique de ces recommandations, couvrant 6 champs différents, se construira par la pratique. Cédric Puydebois rappelle que Le Conseil d'État a pu, dans le passé, analyser le contenu d'une simple recommandation d'autorités de régulation, parce qu'elle avait des conséquences, notamment, sur la tarification des actes ou sur l'engagement de la responsabilité du médecin.

Cependant, cette capacité d'influencer les rapports économiques et sociaux ne s'analyse pas comme un pouvoir normatif qui reste l'apanage de l'État auquel France compétences est tenue de rendre des comptes.

« La réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage », Revue Droit social, n° 12, déc. 2018

La Revue Droit social n° 12 de décembre 2018 comporte un dossier sur « la réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage » qui a été coordonné par Jean-Marie Luttringer.

Il comporte un préambule signé de Muriel Pénicaud et des contributions d'universitaires, de hauts fonctionnaires, de syndicalistes, d'avocats, de professionnels de la formation. « Le dossier a pour ambition de nourrir une réflexion de nature doctrinale », précise Jean-Marie Luttringer.

La Revue française des affaires sociales (RFAS) qui consacrent son numéro 4 octobre/décembre 2018 comporte un dossier thématique sur « les tendances récentes à l'universalisation de la protection sociale ». On y trouve une contribution de David Soldini, directeur des études de l'Institut d'études judiciaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Jean-Marie Luttringer sur « l'ambition universaliste du nouveau droit de la formation tout au long de la vie ».

