

Note à l'attention de France stratégie.

LA PENTE DU DROIT DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE APRES LA LOI DU 5 MARS 2014.

La présente note se veut une contribution à la réflexion critique sur la part du droit dans la régulation de notre système de formation professionnelle tout au long de la vie après la loi du 5 mars 2014. Elle n'a pas pour objet d'annoncer la prochaine réforme qui relève de choix idéologiques et politiques, mais plutôt d'identifier les effets structurants du nouveau corpus juridique issu de cette réforme, et de s'interroger sur la dynamique que produira nécessairement la logique interne du droit, en d'autres termes d'évaluer «la pente du droit». Elle se présente sous la forme de 10 thèses exposées le 13 janvier 2015 par l'auteur à l'occasion d'un séminaire de l'UODC (Université ouverte des compétences) est actualisée en août 2016 après la publication de « la loi travail ».

Thèse 1. À propos de la relativité du droit dans le domaine de la formation : de Robinson Crusoé à la république sociale française

Le droit est un fait de société (*ubi societas ibi jus*). Il se caractérise par des concepts, des mots, des règles, des institutions, des juges, des contraintes, des sanctions. La formation professionnelle, c'est-à-dire les processus d'apprentissage ainsi que leurs formes d'organisation et de financement, n'échappent pas au droit en vigueur dans une société donnée. Cependant Robinson Crusoé, qui par nécessité acquiert des savoir-faire en dehors de toute société organisée, infirme cette thèse.

Avant l'arrivée de Vendredi, Robinson Crusoé ne connaît pas le droit en général (règles, institutions, juges, contraintes...), ni celui de la formation en particulier. Et pourtant il acquiert des savoir-faire (Traire les chèvres, cultiver, construire, ...). Il pratique l'autodidactie en dehors de toute référence à un quelconque ordre juridique. Un Robinson Crusoé français des temps modernes pourrait à son retour, après un bilan de compétences faire valider les acquis de son expérience. Cette procédure de validation serait finançable de plein droit par des ressources accumulées sur son CPF (compte personnel de formation) avant le naufrage.

L'arrivée de Vendredi donne naissance au droit sous sa forme originelle décrite par l'anthropologue Marcel Mauss, caractérisé par le don et le contre don qui est à l'origine de la forme moderne du contrat dont la finalité est d'organiser un échange de biens ou de services à titre gratuit ou onéreux. Cette modalité, est présente dans les différentes pratiques de formation actuelle telles que le tutorat, le contrat de génération, ainsi que les diverses formes d'accompagnement et de coaching... Selon les spécialistes des sciences de l'éducation 80 % des savoirs et savoir-faire professionnel sont acquis selon des modalités « informelles », en dehors des institutions éducatives officielles.

La métaphore de Robinson Crusoé et de Vendredi illustre le fait que les processus d'apprentissage peuvent prospérer avec un encadrement juridique minimaliste, fondé sur le contrat et la traçabilité (la preuve en termes juridiques). Il suffit pour s'en convaincre de

constater le peu d'intérêt que portent les sciences de l'éducation dans notre pays à la question juridique du rapport au savoir et à sa transmission.

La complexité relative du droit de la formation, largement critiquée dans notre République sociale, ne résulte pas des processus d'apprentissage eux-mêmes, mais de choix de société, qui sont des choix idéologiques inscrits dans une histoire et dans une culture, relatifs aux garanties d'accès à la formation tout au long de la vie, à son organisation, à son financement à sa reconnaissance.

Le cadre juridique de la formation tout au long de la vie n'a rien d'universel il est au contraire placé sous le signe de la relativité la plus grande. La Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie qui sont devenues autonomes notamment dans ce domaine du droit du travail et de la formation professionnelle, fournissent un autre exemple du relativisme qui régit cette matière. Ces deux POM (Pays d'outre-mer) tentent aujourd'hui de construire des règles et des institutions qui se différencient du droit métropolitain compte tenu d'une part de leurs caractéristiques socioéconomiques et d'autre part des influences de leur environnement géopolitique (Culture juridique anglo-saxonne dans l'espace pacifique et influence du droit coutumier notamment en Nouvelle-Calédonie).

Le modèle de la formation professionnelle de la République fédérale allemande invoqué de manière récurrente en France depuis un discours de Valéry Giscard d'Estaing à Baume-les-Dames dans les années 80 fournit une autre illustration de ce relativisme juridique. Transposer en France le droit allemand de la formation professionnelle supposerait d'adopter au préalable des piliers de l'ordre juridique tels que le fédéralisme, l'unité syndicale, de renforcer le rôle formateur des chambres de commerce, de réduire la place dans le service public d'éducation de l'enseignement technologique, de changer radicalement la logique de financement de la formation professionnelle par la suppression de la taxe, ainsi que de l'intermédiation financière par les OPCA, d'instaurer dans l'entreprise le principe de paix sociale...

La pente du droit .

Elle est pour l'essentiel, s'agissant des règles d'organisation et de financement de la formation la résultante d'évolutions externes aux processus d'apprentissage eux-mêmes.

Les réformes récentes appellent une clarification de la répartition du pouvoir normatif en matière de formation entre l'État, les régions et les partenaires sociaux. La pente de ce pouvoir, encore fortement imprégné par le droit républicain de l'éducation (égalitarisme formel...), sera de plus en plus du relativisme qui caractérise les relations contractuelles : contrat collectif de branche et d'entreprise contrat de travail, contrat entre l'apprenant et le formateur...

Reste la question de la répartition du pouvoir normatif entre l'État et les régions celle-ci en étant dépourvu aujourd'hui alors que le discours politique affirme la compétence de plein droit en la matière.

L'acclimatation progressive à moyen long terme du CPF contribuera, peut-être, à réduire le poids des règles, institutions et contraintes qui sont aujourd'hui celles du droit périphérique de la formation professionnelle pour laisser davantage de place à la formation tout au long de la vie considérée comme un droit social fondamental de toute personne.

Le bon usage du CPF peut également avoir pour effet de promouvoir le développement à grande échelle de la VAE et du bilan de compétences.

Thèse 2. Le droit de l'éducation et celui de la formation professionnelle continue sont, dans notre système juridique, inconciliables comme l'eau et le feu; et pourtant l'organisation du continuum entre formation initiale et formation continue est un impératif absolu.

Le droit de l'éducation est placé sous le signe du service public organique et le droit de la formation continue sous le signe d'une « obligation nationale ». Chacun de ces concepts juridiques renvoie à des règles des institutions des juges et des sanctions qui lui sont propres. Le premier au nom du principe d'égalité, est régi par la loi de la République, impersonnelle et générale (même programme, statut uniforme des enseignants, statut tutélaire des élèves, obligation scolaire, droit disciplinaire interne), le second fait une place grandissante au contrat (individuel et collectif) dont la marque est d'être spécifique et individuel. Il fait également une place plus grande au principe constitutionnel de « la liberté d'entreprendre ». Le droit républicain de l'éducation (formation initiale) est influencé par les valeurs du catholicisme : la vérité révélée est la même pour tous, le dogme est garanti par l'infaillibilité pontificale, l'erreur est une faute. Dans le droit de la formation tout au long de la vie l'influence protestante l'emporte : ni vérités révélées ni dogmatisme ni pape. Cette différence culturelle est sans doute un facteur explicatif du remarquable taux d'accès à la formation tout au long de la vie dans les pays scandinaves de culture protestante.

Le choix fondateur (1971 nouvelle société de Chaban-Delmas, social delorisme) en faveur de « l'obligation nationale » qui se caractérise par un système ouvert à des acteurs multiples (République sociale) a été confirmé par la loi du 5 mars 2014. Cependant cette même loi institue le service public régional de formation tout au long de la vie ainsi que le service public d'orientation. Au nom de la mission de service public la région est tenue d'honorer le droit de créance à un premier niveau de qualification que toute personne issue du service public de formation initiale sans qualification n'est en droit de lui opposer.

Comparé à d'autres systèmes européens de formation professionnelle, celui des pays scandinaves ou des pays anglo-saxons, la porosité entre formation initiale et formation continue (reprise d'études...) demeure faible (à l'exception notable du CNAM) et les conditions juridiques du continuum demandent à être construites.

La pente du droit.

La loi du 5 mars 2014 pose quelques jalons au plan juridique, pour la construction du continuum entre formation initiale et formation continue notamment par le droit opposable un premier niveau de qualification et la consécration du droit à la formation différée.

La création du CPF par la loi du 5 mars 2014 ouvre des perspectives d'une plus grande porosité entre formation initiale et formation continue en facilitant la reprise d'études sous statut d'élève ou d'étudiant et non pas nécessairement de stagiaire de la formation professionnelle.

Il appartiendra aux pouvoirs publics dont la compétence s'étend à la formation professionnelle initiale et continue de construire au plan juridique le continuum qu'appelle la formation tout au long de la vie.

Thèse 3. À propos du conflit de logique entre la loi fiscale et la loi sociale. Depuis 1971, la loi fiscale a marqué de son empreinte la manière de penser et de gérer la formation des salariés ainsi que l'offre de services des dispensateurs de formation. Elle vient d'être détrônée dans l'entreprise au profit de la loi sociale. Mais elle demeure pour les OPCA (Voir thèse 8). Avant de gérer autrement la formation dans les entreprises il faut au préalable apprendre à la penser autrement. Dans la tradition de la loi fiscale l'administration gendarme dit « exécution », dans la tradition de la loi sociale fondée sur le contrat les parties au contrat d'abord, le juge ensuite, en cas de litige, disent « discutons ». La norme juridique issue de ces deux processus est fondamentalement différente.

La loi fiscale a été adoptée en 1971 après le constat de l'incapacité des partenaires sociaux à proposer un financement de la formation professionnelle par voie de cotisations sociales comparables à d'autres garanties sociales telles que l'assurance-chômage, les retraites complémentaires, la prévoyance individuelle et collective.

Les règles, les institutions, les sanctions de la loi fiscale sont d'essence prescriptive et régaliennne. L'administration définit par voie réglementaire et de circulaire ce qu'il est convenu de considérer comme de la formation professionnelle. Le juge administratif inflige en général les sanctions préconisées par l'administration. Au fil des décennies la logique inhérente à la loi fiscale, qui est celle de la conformité de gestion a modelé le comportement des professionnels de la formation. Le modèle économique de financement de la formation professionnelle résultant de la loi fiscale, adopté par les entreprises et par les OPCA, est mis à mal par sa rétrogradation au profit de la loi sociale. Celle-ci, en la légitimant, ouvre des espaces d'initiative à la relation contractuelle aussi bien individuelle que collective : elle renforce l'obligation contractuelle de formation qui pèse sur l'employeur (règles) sous le contrôle (dépourvu de sanction juridique) des IRP (institutions) et, le cas échéant, du juge judiciaire. Elle accroît la compétence des organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives, à négocier des accords de branche sur la formation portant sur des enjeux normatifs (financement conventionnel, listes de formations qualifiantes ouvertes au CPF, reconnaissance des qualifications acquises...). Le reflux de la loi fiscale (suppression du 0,9 %) conduit à réexaminer en profondeur ce qu'il est convenu de nommer « formation professionnelle » et qui sera désormais financé partiellement sur les fonds propres de l'entreprise et qui ne renverront plus ni à la qualification juridique d'impôt ni à celle de taxe ni de cotisations mais à celle de « l'investissement » dont le régime juridique reste à définir.

La pente du droit

La loi fiscale bénéficie du bras armé de l'État (service de contrôle, contraintes, sanctions...). Elle est un facteur de stabilité et de sécurité juridique. Le respect de la loi sociale engage la responsabilité des différentes parties aux contrats collectifs et individuels. C'est à la fois sa force et sa faiblesse.

La « loi travail » qui impacte de manière indirecte le droit de la formation repose sur le pari de la mobilisation des acteurs de la démocratie sociale dont la fragilité est par ailleurs un fait avéré. Il est par conséquent impératif que l'objectif de renforcement de la légitimité et de l'efficacité des acteurs de la démocratie sociale porté par cette même loi du 5 mars 2014 et par « la loi travail » soit couronné de succès pour gagner le pari « de la loi sociale » : financement de la démocratie sociale, réduction du nombre de branches professionnelles, clarification de la représentativité des organisations syndicales de salariés ainsi que d'employeurs ...

Thèse 4. La formation professionnelle tout au long de la vie peut être considérée au plan juridique comme une « garantie sociale » destinée à prévenir des risques tels que l’obsolescence des connaissances (facteur aggravant du risque d’inemployabilité), la déqualification, la stagnation ou la régression sociale.

Le concept de « garantie sociale » appartient à l’univers du droit privé. Son régime ainsi que les institutions qui gèrent la garantie sociale relèvent du droit de la négociation collective. Le juge et les sanctions relèvent également du droit privé.

La formation n’est pas un risque qu’il conviendrait d’assurer mais un moyen pour prévenir ce risque, et éventuellement, en réparer les conséquences en cas de survenance. Le fait générateur du risque s’agissant d’obsolescence des connaissances et de déqualification est plus difficile à appréhender que la survenance d’autres risques tels que la maladie l’incapacité totale ou partielle de travailler, la vieillesse....

En dépit de ces difficultés, la loi 5 mars 2014 contient plusieurs innovations permettant de rattacher la formation professionnelle au concept de garantie sociale : l’employeur est tenu de « veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi », le nouvel entretien professionnel et le bilan de parcours au terme de six ans lui permettent d’assurer la traçabilité (la preuve au sens juridique) de cette obligation, le CPF orienté vers l’acquisition d’une qualification invite le salarié à se préoccuper de sa propre employabilité, le conseil en évolution professionnelle permet de construire un projet en vue de l’anticipation du risque.

La possibilité pour les OPCA de percevoir des contributions conventionnelles en application d’un accord collectif de travail est une autre manifestation du concept de garantie sociale. Au sens juridique du terme ces contributions ne sauraient être que des cotisations sociales destinées à financer une garantie sociale à savoir le risque d’obsolescence des connaissances par le recours à la formation (Voir aussi sur cette question la thèse numéro 8 relative à la nouvelle identité des OPCA.

La pente du droit.

À la différence de la notion de service public d’éducation (formation initiale) considérée comme un bien public financé sur le budget de l’État au nom de la solidarité nationale, la notion de garantie sociale renvoie au concept d’assurance ou de prévoyance individuelle ou collective elle relève par nature du droit privé aussi bien au regard des règles qu’il institue que des institutions gestionnaires, que des sanctions.

La prééminence de la loi sociale, le CPF, la référence au concept de garantie sociale laissent entrevoir des perspectives de réorganisation de la formation professionnelle tout au long de la vie autour de ce concept. Ce serait en quelque sorte un retour aux sources du concept de fonds d’assurance formation préconisé par le « social delorisme ».

Le CPA réceptacle du CPF et d’autres comptes ayant une dimension formation, s’inscrit dans la même ligne de pente.

Thèse 5. L’employeur doit « veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi », le cas échéant par le recours à la formation, dans le même temps l’institution du CPF signifie au salarié qu’il porte une part de responsabilité dans le maintien de son employabilité.

Au début des années 70 la Cour de cassation considérait que le contrat de travail de droit commun, dès lors qu’il ne s’agissait pas d’un contrat d’apprentissage, ne mettait aucune obligation de formation à la charge de l’employeur. Dans le même temps les premières décisions de conseils de prud’hommes mettaient à la charge de l’employeur une obligation d’adaptation du salarié à l’emploi, si nécessaire par la formation, dès lors que cette adaptation était rendue

nécessaire en raison d'une décision d'organisation du travail qui relève du seul pouvoir de direction de l'employeur. Au fil des années et des décennies cette jurisprudence prud'homale a prospéré. Depuis les années 90 la Cour de cassation l'a adoptée.

Elle a, par ailleurs, fondé ses arrêts sur le principe civiliste « de la bonne foi contractuelle » et applicable à tous les contrats, y compris le contrat de travail. Cette jurisprudence, qui aurait pu se suffire à elle-même, a été confirmée par la loi du 5 mars 2014 qui la prolonge par l'institution d'un entretien professionnel. Celui-ci s'analyse au plan juridique comme un droit procédural de nature à permettre à l'employeur de favoriser l'adaptation du salarié à l'emploi « et de veiller à la capacité à occuper un emploi ». Le non-respect de ces procédures (obligation de moyens) et le non-respect de la capacité à occuper un emploi (obligation de résultat) relève de la compétence du juge judiciaire et peut déboucher sur diverses sanctions : « abondement correctif » du CPF (qui est en réalité une pénalité) afin de permettre au salarié de prendre en charge la prévenance du risque d'inemployabilité, indemnité liée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et le cas échéant, dommages et intérêts pour « perte d'une chance », celle de rester employable en conservant sa qualification .

Dans le même temps, en instituant le CPF, la loi, tout en dotant le salarié de ressources pour sa formation, lui signifie qu'il est coresponsable du maintien de son employabilité. D'ailleurs, l'architecture du CPF, constitué d'un socle de ressources apportées de plein droit par l'entreprise et d'abondements issus de la négociation mais également d'une possible contribution directe de l'employeur et du salarié lui-même, ouvre la voie au Co- investissement.

La pente du droit.

La jurisprudence et la loi fixent les limites des obligations à la charge de l'employeur. Celles-ci ne sauraient en principe sortir des limites de la qualification contractuelle définie à l'occasion de la conclusion du contrat de travail (Le prêtre-ouvrier fraiseur et docteur en théologie ne pourra faire valoir que sa seule qualification de fraiseur).. Les juges auront sans doute l'occasion de préciser dans des contentieux à venir ce que cette locution « veille à la capacité occuper un emploi » encore un peu vague veut dire notamment au regard du recours à la formation professionnelle.

Le renforcement de l'obligation de formation à la charge de l'employeur n'exonère pas le salarié de l'obligation de se former lorsque l'employeur le lui demande ou de se préoccuper du maintien de son employabilité par le recours au CPF. À cet égard il pourra le cas échéant s'appuyer sur le conseil en évolution professionnelle pour construire son projet.

La procéduralisation de l'entretien professionnel vient renforcer considérablement les obligations de formation à la charge de l'employeur en vertu de la bonne foi contractuelle. Il appartiendra à la négociation de branche et d'entreprise de préciser les trois critères qui devront être examinés au moment du bilan du parcours au terme de six ans : l'évolution salariale, une formation, une certification...

Thèse 6. Le CPF, innovation emblématique de la dernière réforme, s'inscrit dans le courant de personnalisation des droits sociaux fondamentaux, il exprime un projet sociétal. C'est un pari sur l'avenir.

Dès les années 60 Jacques Dutronc annonce le CPF dans « Les playboys », « c'est un joujou extra qui fait crac boum hue... les filles en tombent à mes genoux... ». De fait, si par sa conception et par sa construction le CPF est un joujou extra (voir le site du gouvernement et celui de la Caisse des dépôts et consignations), pour les filles et pour le reste de la population ce n'est pas encore gagné. L'attractivité du CPF demeure encore incertaine pour le plus grand nombre.

40 millions de CPF et moi et moi et moi aurait également pu chanter Jacques Dutronc alors que seulement 23 millions de salariés et de demandeurs d'emploi pourront en bénéficier à ce jour, sous réserve des disponibilités financières. L'universalité du CPF reste à construire.

S'il est dans la compétence du législateur (et non dans celle des partenaires sociaux) de créer les conditions de l'universalité en ouvrant le compte aux fonctionnaires, aux travailleurs non-salariés, aux professions libérales etc. (ce que la loi travail vient de faire), la question « culturelle » de la séduction lui échappe largement. La question est en effet celle de savoir si le pari « de l'investissement Immatériel dans la qualification » considérée comme un bien patrimonial de chaque personne sera gagné sur le long terme. Dit plus concrètement, si, face au choix d'un investissement matériel tel que le logement, une voiture, ou d'une dépense de loisir, les individus et les ménages arbitreront en faveur de l'entretien et du développement de leur qualification, considérée comme un bien immatériel.

La pente du droit.

Le CPF est un droit quasi patrimonial. Il se rattache à l'univers du droit de propriété qui est l'un des fondements de notre ordre juridique. La personne est en effet « propriétaire des ressources exprimées en heures de formation, créditées sur son compte, la question du niveau de la valorisation financière de ces heures ainsi que du volume des ressources disponibles restant ouvert à ce jour. Elle est également « propriétaire » de la qualification qu'elle peut acquérir grâce au CPF.

Le CPF appelle la coresponsabilité de la part de la personne et le cas échéant le co-investissement. À long terme son avenir dépendra sans doute, de la mise en place par la loi d'un système d'épargne rendu fiscalement incitatif, permettant aux ménages qui disposent de ressources suffisantes de co-investir, ce qui permettra à ceux dont les ressources sont plus modestes d'accéder à des abondements au titre de la solidarité nationale et de la notion « de garanties sociales » instituées par voie de négociations de branche et d'entreprise.

Thèse 7. Le retour du concept polysémique de qualification comme viatique au service de la sécurisation des parcours professionnels c'est-à-dire de la mobilité subie ou choisie.

S'il est un thème qui donne sens et cohérence à la réforme portée par la loi du 4 mars 2015, c'est bien celui de l'affirmation du droit à la qualification (Voir Pascal Caillaux Droit social décembre 2014) Il est opposable aux pouvoirs publics par toute personne sortie du système éducatif sans qualification, soit dans le cadre du service public d'éducation, soit aux régions dans le cadre du service public régional de formation professionnelle. La loi affirme par ailleurs le droit de toute personne d'évoluer au moins d'un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle. L'obligation mise à la charge de l'employeur « de veiller à la capacité du salarié à occuper un

emploi » (voir thèse 4) peut également s'interpréter comme le droit au maintien de la qualification contractuelle.

Le nouveau compte personnel de formation a pour objectif la qualification personnelle de ses titulaires. Les nouvelles règles de financement de la formation par les entreprises (suppression du 0,9% « plan de formation » des employeurs de plus de 10 salariés) et mutualisation du 1% (le 0,2% CPF (sous réserve que l'entreprise ne conserve 0,2% en application d'un accord d'entreprise pour financer le CPF) ont pour effet de concentrer les ressources légales de nature fiscale, sur des formations à finalité qualifiante : contrat de professionnalisation, financement partiel de l'apprentissage, période de professionnalisation, congé individuel de formation, compte personnel de formation... Au référentiel fiscal de la formation qui englobe une grande variété d'actions, se substitue un référentiel « social » dont le critère déterminant est la qualification.

Le « droit subjectif » de toute personne à la qualification, indépendamment de son statut, doit désormais être décliné en trois objectifs opérationnels afin de garantir son effectivité : la garantie d'accès à un premier niveau de qualification pour tous, l'entretien de la qualification des salariés en activité, la garantie de progression d'au moins un niveau de qualification au cours d'une vie professionnelle. Cependant, une chose est l'affirmation de principe d'un droit, autre chose est son effectivité.

Toute formation n'a pas nécessairement vocation à déboucher sur une forme de reconnaissance juridique. L'accès à la connaissance, au savoir, à la compétence relève autant de la sphère de l'intime (estime de soi) que du social. Cependant si la figure de l'autodidacte et du self-made-man méritent d'être valorisée en dehors d'un système juridique formalisé, il demeure que « là où il y a société il y a droit ». À ce titre les acquis de la formation doivent pouvoir être reconnus dans trois espaces juridiques distincts, celui système éducatif, celui de la formation professionnelle continue, et celui du travail.

La pente du droit

Le recentrage sur la qualification entraînera nécessairement le recentrage des ressources disponibles autour de cette finalité. D'autres finalités telles que l'éducation permanente ou le développement culturel devront trouver d'autres ressources. Sans doute du côté des ménages grâce à une fiscalité incitative (voir le modèle allemand).

La mise en œuvre opérationnelle du droit de créance de toute personne sortie du système éducatif sans qualification, à un premier niveau de qualification par le retour à l'école par l'opposabilité à un conseil régional reste à construire. La loi travail vient d'y apporter sa contribution.

Dans l'entreprise le concept de compétence, qui exprime d'abord des règles de gestion, et celui de qualification qui exprime d'abord des règles de droit, seront appelés à cohabiter. La négociation collective de branche devra prendre en compte davantage qu'elle ne le fait aujourd'hui les qualifications acquises au cours de la vie professionnelle, dans les grilles de classification qui sont autant de repères pour les transitions professionnelles.

Thèse 8. Les OPCA, serviteurs de trois maîtres et d'eux-mêmes, à la recherche de leur identité.

Les OPCA sont dorénavant les serviteurs de 3 maîtres : les pouvoirs publics, au titre de la gestion d'une contribution fiscale fixée à 1% de la masse salariale pour les entreprises de plus de 10 salariés et à 0,55% pour les entreprises de moins de 10 salariés ; la branche professionnelle au titre d'une possible contribution conventionnelle mutualisée pour le compte des entreprises de la branche ; des entreprises individuelles qui décident d'effectuer des versements volontaires à un OPCA en dehors de toute contrainte juridique et de mutualisation. Par ailleurs les OPCA

n'échappent pas à la loi sociologique du développement de toute technostructure au nom de de ses intérêts propres.

Chacun de ses maîtres impose à l'OPCA sa propre loi qui résulte de la qualification juridique et du régime des ressources dont la gestion lui est confiée.

Au titre de la contribution légale (1 % ou 0,55 % de la masse salariale), dont la qualification juridique est celle d'une contribution fiscale de toute nature, l'OPCA est délégataire, sous le contrôle de la puissance publique, d'une mission de service public. Les mécanismes de contrôle et de sanctions de la loi fiscale instaurée en 1971, demeurent en vigueur pour cette ressource.

Au titre de la contribution conventionnelle supplémentaire instituée librement par accord collectif de branche, les OPCA gèrent des ressources dont la qualification et le régime juridique, relèvent du droit privé comme c'est le cas d'autres « garanties sociales ». Ni le contentieux du recouvrement, ni l'affectation des ressources au développement de la formation professionnelle, ni d'éventuelles sanctions en cas de mauvais usage des ressources ne sauraient relever des mêmes règles que celles qui prévalent pour la contribution légale qualifiées de contribution fiscale de toute nature.

Quant aux versements volontaires des entreprises, elles s'analysent au plan juridique comme l'achat d'une prestation de service à l'OPCA ce qui fait de celui-ci un commerçant et l'expose (au-delà d'une limite tolérée par l'administration fiscale) à l'application du droit de la concurrence, et de la fiscalité des sociétés commerciales.

Le fait que le même agrément délivré par les pouvoirs publics englobe trois types de ressources ne changera rien à la différence radicale de qualification et de régime juridique. La qualification juridique d'une ressource résulte de l'acte juridique qui l'institue et non de la structure qui la gère. Il n'est pas certain que la coexistence de ces trois logiques résiste à l'épreuve du temps sans entraîner des tensions et des contentieux qui conduiront à un réexamen de l'identité de cette institution paritaire : délégataire d'une mission de service public ? Gestionnaire d'une garantie sociale ? Prestataire de services soumis au droit de la concurrence et à la fiscalité des activités commerciales ?

La réponse à ces questions appartient en priorité aux partenaires sociaux eux-mêmes, en fonction de la place qu'ils donneront à la gestion paritaire lorsque la modernisation du dialogue social aura porté ses fruits par la modification des règles de représentativité des organisations syndicales de salariés et d'employeurs, par les nouvelles règles du financement de la démocratie sociale déconnectée des ressources de la formation.... Et par la volonté qu'ils exprimeront de gérer la formation tout au long de la vie comme une « garantie sociale » au bénéfice des salariés ou une prestation de service commerciale

La pente du droit

La loi du 5 mars 2014 a instillé un conflit de logique au coeur des OPCA, susceptible d'entraîner des tensions dont l'issue n'est pas écrite à ce jour, d'autant que leur modèle économique fondé sur une contribution captive de nature fiscale se trouve ébranlé.

Les FAF puis les OPCA sont un produit de la République sociale française (social délorisme des années 70) leur existence juridique n'a rien d'universel comme cela est le cas pour le droit des personnes, de la propriété et du contrat. Peu de pays au monde connaissent cette forme juridique et cette technique de gestion.

Le renforcement de l'individualisation et la personnalisation des droits (CPF, CIF, VAE, droit à la formation des demandeurs d'emploi...) interroge l'objet social des OPCA dont « le client/usager ? » revendiqué est l'employeur et non le salarié. Il en résulte une interrogation sur le sens et la pertinence de la coexistence entre OPCA et Fongecif.

À terme, la suppression de l'obligation fiscale, et l'incapacité des partenaires sociaux à instituer des contributions conventionnelles est susceptible de conduire à la disparition du modèle «

d'intermédiation paritaire ». Celui-ci d'ailleurs n'existe pas en Allemagne ni pour l'apprentissage ni pour la formation professionnelle. L'influence des partenaires sociaux s'exerce à l'extérieur de l'entreprise sur les référentiels de certification qui contribuent à structurer l'apprentissage et la formation professionnelle et dans l'entreprise par un pouvoir de codécision du conseil d'entreprise sur les questions relatives à l'apprentissage et à la formation professionnelle.

Thèse 9. À propos de « la qualité » l'offre de formation : de la célébration des 1 000 fleurs au purgatoire des mal-aimés.

L'offre de formation (privée) a connu une période « des 1000 fleurs » au cours des années 70, suivie d'une longue période de purgatoire à laquelle sont condamnés les mal-aimés et les boucs émissaires. La loi du 5 mars 2014 mettra peut-être fin au désamour.

Dans l'idéal de 1970 chacun pouvait être tour à tour formé et formateur dans la société rêvée après mai 68, fondée sur l'éducation permanente. Le choix stratégique de la loi Delors en faveur du concept « d'obligation nationale » en lieu et place d'un service public organique (ministère bis de l'éducation permanente) rendait cette utopie possible. Dès 1978 avec l'adoption d'une loi sur le contrôle du dispensateur de formation (démarchage, publicité, prix excessifs...), les 1 000 fleurs furent soumises à une taille sévère ainsi qu'à un contrôle et des sanctions administratives pouvant aller jusqu'aux sanctions pénales, au nom de la protection des usagers, du bon usage des deniers publics, et au final de la qualité de la formation dispensée.

Mais contrairement à une idée communément reçue la qualité de la formation dispensée aux apprenants ne résulte pas du statut public (qui serait de qualité par nature...), ou privé (marchands de soupe par nature...), du dispensateur de formation, ni de celui, réglementé ou non des formateurs et d'autres personnes en charge de la transmission de savoirs et de savoir-faire (maître d'apprentissage tuteurs...), ni de mécanismes de contrôle a priori de l'activité de formation (agrément...) contrôlés et sanctionnés par l'administration. L'excès de ce type de droit comme le mauvais cholestérol « nuit gravement... » voire tue le droit.

Le contrôle exercé par les financeurs sur l'affectation des ressources destinées à la formation, pour légitime qu'il soit ne constitue pas une garantie de la qualité de la formation, mais simplement de sa conformité au référentiel fixé par les financeurs. Là encore l'excès « nuit gravement... ».

La question de la qualité de la formation, au-delà de la conformité, pose celle de sa pertinence, de sa cohérence avec le projet de la personne, et de son efficacité c'est-à-dire l'adéquation entre la prestation délivrée et les ressources engagées. Elle renvoie également à des règles qui relèvent de l'ordre public et qui ne sont pas spécifiques au domaine particulier de la formation (Dérives sectaires...)

La loi du 5 mars 2014, guettée par la dérive du formalisme juridique n'y a pas succombé à ce jour. Elle ouvre au contraire des voies nouvelles de nature à approcher l'objectif « de garantir aux apprenants la qualité de la formation ».

La première voie est celle du recentrage de la formation professionnelle sur l'objectif de qualification qui suppose la définition préalable d'un référentiel de certification dont le respect est de nature à garantir la pertinence, la cohérence et l'efficacité de la formation au regard du projet de la personne (Voir thèse 7).

La seconde voie est celle de la mise à la charge des OPCA d'une obligation « de contrôle de la qualité de l'offre de formation » qui à terme engagera leur responsabilité de financeurs au plan juridique.

La troisième voie pourrait bien se construire au fur et à mesure que se développe l'usage du CPF. On peut imaginer que la personne qui affectera au financement d'un projet de formation des

ressources dont elle a la pleine propriété aura à coeur de contrôler la qualité de la prestation qui lui est offerte. Elle pourra alors s'appuyer sur le contrat de formation qui nécessairement la liera au prestataire en s'appuyant notamment sur le droit de protection des consommateurs applicable en la matière.

La pente du droit.

La grande diversité des finalités de la formation tout au long de la vie appelle une toute aussi grande diversité des modalités de transmission de savoirs et de savoir-faire ainsi que de processus d'apprentissage (Voir thèse 1).

Le concept d'obligation nationale qui reconnaît la place d'une grande diversité d'acteurs y compris sur « marché de la formation » demeure pertinent.

Au plan juridique toutes les situations d'apprentissage ne nécessitent pas un cadre juridique spécifique. Les principes généraux du droit (ordre public) ainsi que le droit des contrats et des obligations qui en résultent sont largement suffisants. Au surplus la protection des consommateurs est également applicable aux contrats individuels de formation .

Dès lors que la formation a un objectif de qualification (d'insertion, de reconversion...) et qu'elle engage des ressources publiques, parapubliques ou privées d'un montant significatif, des mécanismes spécifiques de contrôle du bon usage de ces ressources sont bien entendu nécessaires. Cependant cela ne préjuge pas de la qualité de l'offre de formation. Ce contrôle devra alors s'appuyer non seulement sur un référentiel formel permettant le contrôle de conformité, mais sur des référentiels de certification permettant un contrôle de la pertinence, de la cohérence de l'efficacité du processus de formation engagé sur la base de ce référentiel.

Il semble bien que la réforme issue de la loi du 5 mars 2014, qui place la certification au coeur de l'activité de formation, s'engage dans cette voie.

Thèse 10. Les limites du droit idéal et formel, la quête du droit effectif, le choc de la simplification....

Notre système de formation professionnelle est soumis à trois critiques récurrentes : sa complexité, son opacité et sa faible effectivité, alors que la qualité première attendue de tout système juridique est la clarté la transparence ainsi que l'effectivité de la norme.

En quoi le droit de la formation professionnelle, qui se caractérise comme tous les droits par des concepts, des mots, des règles, des institutions, des juges, des contraintes et des sanctions (voir thèse 1) est-il justiciable de ces critiques. La réforme issue de la loi du 5 mars 2014 est-elle de nature à y apporter les corrections qui s'imposent : moins d'idéalisme juridique et de formalisme, plus effectivité, simplification....

- Le droit est fait de concepts et de mots en lieu et place du sabre et du colt encore faut-il que les concepts soient clairs et les mots précis.

Le langage pratiqué dans l'univers de la formation professionnelle est loin de remplir ces critères. Il est constitué d'emprunts au langage sociologique, économique, pédagogique, de la gestion et très peu à celui du droit.

À titre d'illustration, n'ont guère de valeur juridique des concepts et des mots le plus fréquemment utilisés en raison de leur trop grande généralité ou de leur polysémie : éducation permanente, formation tout au long de la vie, alternance, dialogue social, stagiaire, parcours, compétence, qualité... ils demandent tous être traduits en langue juridique c'est-à-dire à recevoir « une qualification juridique » pour qu'à chaque concept ainsi qualifié un régime juridique puisse être rattaché. L'insuffisante précision des concepts et des mots qui structurent

l'univers de la formation professionnelle est propice à l'émergence d'un jargon technique d'essence principalement gestionnaire qui contribue à son opacité et à son intelligibilité pour les profanes. Lorsque 40 millions de personnes pourront dire « je suis propriétaire d'un compte personnel de formation qui me permet de financer la qualification professionnelle dont je peux avoir besoin au cours de ma vie professionnelle » les choses auront progressé. En effet dans cette phrase accessible au grand public tous les mots utilisés ont une portée juridique. Le reste est affaire de back office qui relève des spécialistes.

- Les règles : dispersées, peu éclairées par la réflexion doctrinale.

Il n'existe pas de code de la formation professionnelle comme il existe un code du travail, de la sécurité sociale, de l'éducation, du sport... le droit de la formation professionnelle est dispersé dans une douzaine de codes différents, même s'il est vrai que le code du travail lui accorde une place importante. Il ne s'est pas constitué en une branche du droit. Il ne s'est pas davantage constitué en un corps de doctrine. Il n'est enseigné au niveau universitaire que de manière marginale. Comme toutes les matières considérées comme techniques et subalternes il n'est pas valorisé dans les carrières universitaires juridiques. Les sciences de l'éducation l'ignorent.

- Les institutions : équilibre précaire et tensions.

L'équilibre interne aux institutions publiques reste un combat : État régions, service public de l'emploi, ministère de l'éducation nationale, ministères certificateurs, répertoire national de la certification.... La France en effet, n'est pas un État fédéral. La découverte et la pratique du quadripartisme et du concept de gouvernance sont encore trop récents pour emporter la conviction. D'autant que parallèlement aux institutions publiques, ont été mises en place des institutions paritaires aussi bien au niveau national que territorial, qui se réclament de leur propre légitimité.

- Le juge les contraintes les sanctions : la question de l'effectivité du droit.

Longtemps l'idée a prévalu que la formation professionnelle continue était un objet de consensus social qui pouvait prospérer sans normes juridiques contraignantes, c'est-à-dire sans juge ni sanctions. La question de l'effectivité de la norme, au sens juridique du terme n'était guère posée celle-ci étant subordonnée à la question centrale de l'allocation des ressources. La loi du 5 mars 2014 donne un regain d'intérêt à la question de l'effectivité en raison notamment du développement de la personnalisation du droit et de son opposabilité.

- Un détour par la philosophie du droit permettra d'éclairer la question.

Il convient en la matière de suivre la distinction entre la validité normative ou juridique (Hans Kelsen) et la validité sociale (Max Weber, Jurgen Habermas). La validité normative, est conditionnée au fait que la règle est conforme avec les normes qui lui sont supérieures dans l'ordre juridique (la constitution, le droit international, la loi...). En revanche, la validité sociale dépend du fait que les membres – ou du moins une majorité de membres – de la collectivité auquel s'applique la règle, acceptent celle-ci comme légitime. Ces deux composantes de la validité conditionnent l'effectivité de la règle, c'est-à-dire le fait que cette dernière est réellement suivie et appliquée. Enfin, l'effectivité est naturellement conditionnée au caractère obligatoire de la règle, c'est-à-dire au fait que son inapplication ou son irrespect est sanctionné. Le caractère obligatoire constitue également un élément de la validité normative en ce sens que seule une règle sanctionnée peut être qualifiée de norme juridique.

Ce bref rappel théorique trouve deux applications immédiates dans le processus de réforme de la formation professionnelle.

La première illustration concerne la négociation collective, source privilégiée du droit de la formation professionnelle, qui est au coeur de la logique contractuelle. Elle favorise la rencontre de la validité sociale et de la validité normative, en garantissant la participation des destinataires de la norme à sa création. Toutefois, son effectivité dépend aussi et surtout des mécanismes,

judiciaires ou non, permettant de faire respecter la norme négociée. A ce titre, il faut veiller à ce que le caractère négocié ne constitue pas un obstacle à l'effectivité en ne donnant aux accords négociés qu'un contenu méthodologique et en favorisant une interprétation trop souple de la norme, qui empêcherait sa véritable sanction. C'est le risque de la négociation de branche sur la formation professionnelle souvent plus méthodologique que normative.

La théorie de la validité sociale issue de la négociation collective soulève par ailleurs la question de la pratique dite « de la loi négociée » qui s'est instaurée dans le champ de la formation professionnelle. Dans quelle mesure les partenaires sociaux ont-ils compétences pour édicter des normes applicables à toute personne indépendamment de son statut c'est-à-dire de celui de salarié ? À titre d'exemple dans quelle limite le législateur peut-il déléguer aux partenaires sociaux le pouvoir normatif sur la VAE qui est un droit de la personne ainsi que sur le compte personnel de formation ou encore sur le CPA « réceptacle de comptes » dont le périmètre dépasse le seul travail salarié ?

La pente du droit.

La formation professionnelle tout au long de la vie est un moyen au service d'objectifs multiples. Elle ne saurait par nature s'inscrire dans un cadre juridique monolithique. Le droit de la formation professionnelle ne constitue pas une branche autonome du droit. Il serait pourtant utile de procéder à un toilettage du code du travail dans ses dispositions relatives à la formation professionnelle afin de les rendre plus lisibles en affirmant leur cohérence.

« La théorie de la loi négociée » c'est-à-dire la transcription d'un accord national interprofessionnel par le législateur, pour pertinente qu'elle soit pour garantir l'effectivité de la norme sociale, notamment celle du travail et de la formation en rapport avec le travail, doit être revisitée dès lors qu'il s'agit d'un pouvoir normatif de nature universelle, concernant toute personne indépendamment de son statut.

La question des institutions spécifiques au champ de la formation : CNEFOP et CREFOP, COPANEF et COPAREF, CPNE, OPCA, OPACIF et FONGECIF, CPC, CNCP, RNCP ... n'est pas close tant que le processus de modernisation du dialogue social ne sera pas achevé ainsi que celui de la décentralisation. Le développement des processus de certification en lien avec le CPF aura nécessairement des incidences sur la CNCP, la réduction annoncée du nombre de branches professionnelles aura un impact sur la qualité de la négociation de branche ainsi que sur la configuration des OPCA, la réduction programmée du nombre de régions aura des incidences sur leurs compétences dans le domaine de la formation et fera ressurgir la question de leur pouvoir normatif dans ce domaine.

La récente réforme de la formation professionnelle pourrait bien avoir pour effet de renforcer le rôle du juge en particulier celui du contrat de travail (Voir thèse 5). Cependant l'objectif à poursuivre n'est pas celui de la judiciarisation de la formation professionnelle. Il doit être au contraire celui de l'anticipation du risque d'obsolescence des connaissances (voir thèse 4 et 5). Par ailleurs le mouvement de personnalisation des droits auxquels contribue le CPF pourrait utilement déboucher sur la mise en place d'une fonction de médiation (pré contentieux) ouvert, à l'initiative des pouvoirs publics, à toute personne quel que soit son statut qui rencontre des difficultés de nature juridique, financière et procédurale pour la concrétisation d'un projet de formation dûment validé.

... et le choc de la simplification

Reste le choc de la simplification. Se produira-t-il sur la pente du droit tracée par la loi du 5 mars 2014 ? Étant entendu que la simplification ne saurait être érigée en finalité dans une organisation sociale complexe dont la formation professionnelle est une résultante.

Pour les entreprises la simplification résulte d'ores et déjà du reflux de la loi fiscale qui les concernait à titre principal. L'espace libéré par la loi fiscale a vocation à être comblé par la loi sociale (contrats individuels contrats collectifs). La question posée ici n'est pas celle de la simplification mais celle de l'effectivité du droit au bénéfice des salariés. Ni l'existence d'un contrat de travail comportant des obligations synallagmatiques de formation, ni la procédure de l'entretien professionnel conçue pour anticiper le risque d'in employabilité, ni la consultation des IRP ne peuvent être considérées comme de la complexité en tous les cas dans le modèle de la République sociale qui est le nôtre. La simplification résultera peut-être dans le droit périphérique de la formation de la restructuration des IRP qui fait l'objet actuellement d'une négociation interprofessionnelle sur la modernisation du dialogue social.

Quant au CPF, en ce qu'il repose sur le postulat de l'implication et de la prise de responsabilité de la personne dans son projet de formation, il ne saurait être à terme que source de simplification et d'effectivité du point de vue de l'entreprise. Que le back office du CPF soit source de complexité n'est pas un sujet en soi, dès lors que celle-ci est gérée par des tiers dont c'est le métier (Caisse des dépôts et consignations, OPCA...).

Reste le chantier de la formation en alternance qui représente sans doute le véritable « gisement de simplification ». La complexité qui résulte de l'existence de trois voies juridiquement organisées de formation en alternance : la voie scolaire, la voie de l'apprentissage, la voie du contrat de professionnalisation. Est-elle compensée par une plus grande efficacité que celle qui résulterait d'un dispositif unique : un contrat d'une durée variable en fonction de l'objectif de qualification visé, un statut unique des dispensateurs, la fusion de la taxe d'apprentissage et de la contribution au titre de la formation professionnelle, les deux ayant déjà pour objectif unique le financement de la qualification ?

« Ubi societas ibi jus ». La simplification susceptible de résulter de la création d'une voie unique d'alternance n'est pas induite par la pente du droit issu de la loi du 5 mars 2014. Elle ne saurait résulter d'un nouvel aménagement technique résultant de « la gestion des lobbys », ce qui constitue le moteur des réformes récurrentes dans ce domaine, mais de choix idéologiques et politiques tels que l'accroissement de l'influence des acteurs économiques dans le pilotage de ce nouveau dispositif, le repositionnement de l'enseignement technologique,...

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

Août 2016.