



## Chronique 128

### Les ordonnances portant réforme du code du travail. Le primat de la négociation collective d'entreprise : quels enjeux pour la formation professionnelle

#### Introduction

1. La réforme annoncée de la formation professionnelle s'appuie sur deux référentiels : les engagements de campagne du président de la République à travers le programme « d'En marche »<sup>1</sup>, et leur première traduction dans les ordonnances portant réforme du code du travail. La présente chronique s'emploiera à identifier le sens et la portée des dispositions de ces textes ayant un rapport direct ou indirect avec le thème de la formation professionnelle.

2. Ce thème apparaît pour l'essentiel dans l'ordonnance relative à la négociation collective et dans celle relative au dialogue social dans l'entreprise. L'analyse de ces deux textes fait apparaître des problématiques classiques : celle de l'articulation des niveaux de négociation et de la hiérarchie des normes (voir la loi travail)<sup>2</sup>, mais qui reçoivent des réponses nouvelles en application du référentiel « d'En marche », qui est d'affirmer le primat de la négociation d'entreprise. L'articulation de la négociation collective de branche et d'entreprise s'en trouve modifiée, ainsi que l'articulation entre la négociation d'entreprise et les procédures d'information/ consultation des IRP dans le domaine qui nous intéresse ici, celui de la formation professionnelle. Le thème de la formation professionnelle est également présent dans l'ordonnance qui traite de licenciement sous la forme d'abondement au CPF, ainsi que dans des dispositions relatives à l'égalité femmes-hommes. Ces aspects seront traités dans une prochaine chronique consacrée à la recherche d'un équilibre, grâce notamment au recours à la formation professionnelle, entre la flexibilité du travail organisée par les ordonnances et la sécurité attendue par les salariés

#### Plan

3. Le recensement des diverses dispositions relatives aux liens entre négociation collective dialogue sociale et formation professionnelle, ainsi que

<sup>1</sup> Voir « la trilogie macron » consacrée à la place de la formation dans le projet « d'En marche ». Chronique 123, 124, 125

<sup>2</sup> Chronique 113 « la formation dans la loi travail »

l'analyse de leur sens et de leur portée, conduit à aborder dans un premier temps la formation professionnelle comme enjeu et objets de négociation collective au niveau de la branche et son articulation avec le niveau de l'entreprise (I) et dans un second temps comme enjeu et objet de négociation collectives et de dialogue social avec les nouvelles instances représentatives du personnel : le comité social et économique (II).

## I. La formation professionnelle objet de négociation collective au niveau de la branche et de l'entreprise

### Le référentiel d'« En marche » : rappel

4. Le référentiel d'« En marche » dans cette matière peut se résumer dans le primat de la négociation d'entreprise. Il s'inscrit, en l'amplifiant dans l'orientation empruntée par la loi travail qui avait donné lieu à un débat public enflammé sur « l'inversion de la hiérarchie des normes ». Les détracteurs de la loi travail avaient fait valoir que le primat donné à la négociation d'entreprise au détriment de l'ordre public social garanti par la loi de la République, et des garanties apportées par la négociation de branche, ainsi que l'abolition du principe de faveur, exposaient les salariés à la précarité et au dumping social.

5. Une première lecture des dispositions des ordonnances relatives au domaine de la formation (et seulement à ce domaine), ne permet pas de conclure à une inversion de la hiérarchie des normes dévastatrice des droits des salariés à la formation. L'essentiel des dispositions constitutives aussi bien du droit individuel à la formation (CIF, CPF, VAE, bilan de compétences, obligation d'adaptation et d'employabilité à la charge de l'employeur, entretien professionnel et bilan de parcours au terme de six ans...), que du droit collectif, ainsi que de son financement, relève en effet de la loi. La négociation collective, qu'elle soit de branche ou d'entreprise, remplit, pour l'essentiel dans le domaine de la formation professionnelle,<sup>3</sup> une fonction d'adaptation au contexte spécifique de secteurs d'activité d'entreprise, dans lesquelles ce droit trouve à s'exercer.

En revanche cette lecture est source de perplexité quant à la manière dont est abordée la question de la mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

### La question de « la sanctuarisation » de la mutualisation au niveau de la branche

6. le nouvel article L.2253-1 dispose que « *la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les*

---

<sup>3</sup> Voir à ce propos le bilan annuel de la négociation collective publié par le ministère du Travail

*garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes : (...) 4° la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ».*

Plus loin ce même texte précise que « dans les matières énumérées à 1° au 13°, les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, **sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalente** ».

**7. Une lecture littérale** de ce texte pourrait autoriser à conclure que le principe de mutualisation des ressources de la formation est laissé à l'appréciation de la négociation d'entreprise, ce qui aurait pour effet de mettre en cause le modèle économique sur lequel est fondée la gestion paritaire (OPCA/OPACIF) dès lors que l'accord d'entreprise (ou de groupe) proposerait des **avantages équivalents** dont les critères restent à trouver, à ne pas confondre avec le maintien des avantages acquis dans les critères sont définis par la jurisprudence.

**8. Cette lecture littérale ne résiste pas à la lecture « téléologique »**, au moins pour une partie des sommes mutualisées. En effet, la mutualisation, au sein d'instances paritaires de gestion, extérieures à l'entreprise, d'une partie des ressources affectées par celle-ci à la formation professionnelle, résulte d'une obligation de nature fiscale, par nature non négociable à quelque niveau que ce soit. Ces structures paritaires sont en effets délégataires d'une mission de service public que leur a confié le législateur.

**9. Il n'en va pas de même de ressources collectées** par les OPCA en vertu de stipulations de conventions ou d'accords collectifs. Ces ressources qui entrent aujourd'hui dans le périmètre de la mutualisation pourraient, en application de l'article L2253-1 du code du travail être gérées en application de l'accord d'entreprise ou de groupe, dès lors il pourra être démontré que cet accord apporte aux salariés concernés des avantages équivalents.

Ce qui renvoie la question de savoir selon quels critères la notion de garantie équivalente pourra être appréciée.

On peut par ailleurs remarquer que le code du travail prévoit d'ores et déjà la possibilité de déroger au principe de mutualisation de la contribution fiscale obligatoire pour le 0, 2 % consacré au financement du CPF. En application d'un accord d'entreprise cette ressource peut en effet être gérée directement au sein de l'entreprise pendant trois ans. À défaut d'être utilisée par l'entreprise pour le financement du CPF pendant cette période, elle retournera sa destination initiale « des fonds mutualisés » et devront être reversé à l'OPCA.

**10.** Cette interprétation fait, à vrai dire, écho au référentiel « d'En marche », qui d'une part dit pis que pendre de la gestion paritaire de la formation, telle qu'elle fonctionne aujourd'hui et qui d'autre part prône le recentrage sur la personne et sur l'entreprise en prônant « les circuits courts » de financement

de la formation professionnelle. Un accroissement des ressources fiscales et conventionnelles affectées au CPF pourrait conduire les entreprises à faire de cet outil juridique un objet de négociation collective, avec un enjeu fort de Co-investissement, ce qu'elles n'ont pas fait jusqu'à présent. Les ressources des OPCA s'en trouveraient réduites d'autant.

## II. La coexistence entre la négociation d'entreprise sur la formation professionnelle et les compétences consultatives du nouveau comité social et économique

### La formation « enjeu de pouvoir » dans l'entreprise

**11.** En instituant une représentation unique du personnel, le CSE (comité social économique) issu de la fusion des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT, l'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise se rapproche du modèle allemand<sup>4</sup>. Cependant il s'en distingue par le fait que les compétences du CSE demeurent de nature consultative sans franchir le Rubicon qui aurait conduit à la « codécision », voire à « la Cogestion », qui sont la marque de ce modèle. Il s'en distingue également par le fait qu'il laisse subsister deux formes de représentation de défense des intérêts des salariés dans l'entreprise, le CSE fondé sur l'élection, et les organisations syndicales de salariés (délégués syndicaux et sections syndicales), dont la légitimité est fondée sur la représentativité appréciée en fonction du nombre d'adhérents ainsi que des scores aux élections professionnelles. Lorsque celle-ci n'existe pas, ce qui est le cas pour la grande majorité des entreprises françaises, les ordonnances renvoient à des modalités « sui generis » d'attribution d'un pouvoir normatif à des salariés de l'entreprise. Cette formule, retenue à défaut de présence syndicale dans l'entreprise, renvoie à une question juridique inédite : comment des salariés, fussent-ils élus pour exercer un mandat consultatif peuvent-ils exercer un pouvoir normatif sur d'autres salariés, alors que ceux-ci ne leur ont pas donné mandat à cet effet. Là encore la différence avec le modèle allemand est éclairante. La collectivité des salariés (Belegschaft) constitue en quelque sorte l'assemblée générale d'une personne morale dont le conseil d'entreprise (Betriebsrat) est l'organe exécutif, investi d'un pouvoir de codécision qui peut s'exercer par le truchement d'accords collectifs négociés dans l'entreprise entre le conseil d'entreprise, mandatés par l'assemblée générale du personnel, par construction même indépendant de l'employeur, et ce dernier.

**12. Ce modèle de dialogue social « bicéphale »**, se caractérise par le fait que le pouvoir de décision appartient toujours, in fine, à l'employeur. Cela va de soi, par construction même, pour la compétence consultative du CSE, mais ce qui

---

<sup>4</sup> Voir chronique 126.

est également vrai pour la négociation collective car, si la loi institue une obligation d'engager une négociation et de la conduire de manière loyale elle n'institue d'aucune manière une obligation de conclure, qui serait antinomique avec le principe de la liberté contractuelle, qui est au fondement de la négociation collective.

**13.** C'est dans ce contexte, d'introuvable répartition du pouvoir sur la formation dans l'entreprise, qu'il est proposé de lire les dispositions des ordonnances relatives à la négociation collective sur la formation. Celles-ci concernent d'une part la GPEC et la formation professionnelle et d'autre part la base de données économiques et sociales.

### Primauté de la négociation sur la consultation du CSE

**14.** En vertu des dispositions d'ordre public (article L 2242-1), dans les entreprises d'au moins 300 salariés, l'employeur engage au moins une fois tous les 4 ans une négociation sur la GPEC et les parcours professionnels. Le Champ de la négociation est précisé par l'article L 2242-10 : dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales, peut être engagée une négociation précisant le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés (article L 2242-13 et 20), l'employeur engage tous les 3 ans une négociation sur la GPEC ainsi que sur les mesures d'accompagnement, en particulier en matière de formation.

Dans les autres entreprises, dès lors qu'il existe au moins une section syndicale, un « accord de méthode » prévu à l'article L 2242-10 peut organiser la négociation dans l'entreprise sur n'importe quel thème, dont la GPEC et la formation.

### La consultation du CSE

**15.** Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE est informé et consulté, notamment, sur la formation professionnelle. (L 2312-8). En matière de conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle, les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du CSE. (L 2312-14, alinéa 1)

**Cependant, primat de la négociation oblige**, la négociation d'un accord d'entreprise sur la formation et la GPEC avec une ou plusieurs sections syndicales se substitue à la consultation du comité social et économique. (Article L. 2312 14. Par ailleurs les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation, ne sont pas soumis aux consultations du comité.

### Base de données économiques et sociales : primauté de la négociation

**16.** Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE est consulté de manière récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière de l'entreprise et la politique sociale de l'entreprise,

les conditions de travail et d'emploi ou (L 2312-17 :) **Une base de données économiques et sociales rassemble l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations du CSE.** (L 2312-18)

Un accord d'entreprise (L 2312-21) conclu dans les conditions prévues au 1er alinéa de l'article L 2232-12 (avec des délégués syndicaux) ou, en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le CSE adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité, définit :

1° L'organisation, l'architecture et le contenu de la base de données économiques et sociales ;

2° Les modalités de fonctionnement de la base de données, notamment ses modalités de consultation et d'utilisation.

Cet article détaille les thèmes que doit comporter la base de données ou qui sont facultatives.

**17. A défaut d'accord d'entreprise, un accord de branche peut définir l'organisation, l'architecture le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données dans les entreprises de moins de 300 salariés. Si le contenu des informations et les modalités de fonctionnement de la base de données ne sont pas organisées par un accord d'entreprise (ou à défaut par un accord de branche) ce contenu et ces modalités sont déterminés par décret.**

**18.** Cette disposition ouvre aux entreprises qui le souhaitent, et qui disposent d'une capacité réelle de négociation de la formation professionnelle, de développer grâce aux indicateurs de la base de données sociales économiques un **pilotage stratégique de la formation en lieu et place une gestion administrative formelle** induite par le modèle historique de financement fiscal de la formation professionnelle.

## CONCLUSIONS

**19.** Les ordonnances portant réforme du code du travail, comme leur nom l'indique, ne portent pas réforme de l'entreprise, ce qui était une option possible, en reconnaissant une existence juridique et des pouvoirs d'agir à la collectivité des salariés, érigée en personne morale, comme c'est le cas en droit allemand. Elles auraient plutôt pour effet de distendre le lien entre chaque salarié et la collectivité de travail de l'entreprise. Elles ne modifient en rien « le pouvoir sur la formation dans l'entreprise » qui demeure d'essence patronale, encadré par des procédures d'information, de consultation et de négociation, qui ne le mettent pas en cause dans son principe même.

**20.** Le primat de la négociation collective d'entreprise, notamment dans le domaine qui nous intéresse ici, de la formation professionnelle, crée une situation nouvelle relativement à l'articulation entre la négociation de branche

la négociation d'entreprise, et à l'articulation entre la négociation d'entreprise et les procédures d'information consultation du CSE. L'accord d'entreprise peut, en effet, déroger à l'accord de branche dès lors qu'il propose au salarié « des garanties équivalentes ». Si cette règle ne s'applique pas aux ressources mutualisées issues d'une obligation fiscale, elle est applicable aux ressources instituées en vertu d'une obligation conventionnelle.

Il en va de même de la négociation d'entreprise sur les procédures d'information consultation du CSE (comité social et économique) ainsi que des règles qui régissent la base de données économiques et sociales.

**21.** L'affirmation du primat de la négociation d'entreprise dans tous les domaines, y compris dans celui de la formation professionnelle, est sans doute une réponse adaptée à la demande de plus grande flexibilité formulée par les chefs d'entreprise. En effet l'entreprise n'est pas une institution éducative et elle n'est pas à confondre avec l'école de la République. La réponse formative qu'elle apporte à ses salariés doit nécessairement être en cohérence avec son métier, son marché, son organisation, sa technologie.

**22.** Cependant le principe de réalité conduit à apporter plusieurs réserves au primat du contrat collectif d'entreprise appliqué au domaine de la formation professionnelle : le bilan de la négociation collective publié chaque année par le ministère du Travail met en évidence la très faible appétence des entreprises pour la négociation de cette thématique ; la grande majorité des salariés exerce leur activité dans des PME/TPE dans lesquelles les collectifs de travail sont trop étroits pour générer des organisations représentatives, dont l'indépendance par rapport à l'employeur puisse être garantie, en capacité d'exercer un pouvoir normatif opposable à d'autres salariés.

La réforme annoncée de la formation professionnelle et de l'apprentissage changera-t-elle la donne en apportant du grain à moudre à la négociation d'entreprise dans ce domaine en vue d'un deal équilibré entre flexibilité et sécurité ? Tel est bien l'enjeu de cette nouvelle réforme annoncée de la formation professionnelle et de l'apprentissage. Ce sera l'objet de la prochaine chronique.

Jean-Marie Luttringer ([www.jml-conseil.fr](http://www.jml-conseil.fr)).

Octobre 2017