

Quelques réflexions sur la liberté d'entreprendre dans le domaine de la formation (Le quatrième pilier de la réforme...)

1. Du Pacte de responsabilité proposé par le président de la République à la liberté d'entreprendre.

À l'heure où le président de la République encourage à travers « le Pacte de responsabilités » l'esprit d'entreprise fondé sur le principe constitutionnel de « la liberté d'entreprendre » (à ne pas confondre avec la notion de libre entreprise), il peut être utile de lire le projet de réforme de la formation professionnelle à l'aune de ce principe constitutionnel qui constitue l'un des piliers de notre système de formation professionnelle tel qu'il a été institué en 1971. Les trois premiers piliers étant le droit à la qualification, la bonne foi contractuelle, le droit des salariés à la négociation collective. (Voir chronique 83. Le cinquième pilier, objet de la prochaine chronique, étant le service public régional de formation et d'orientation.)

La liberté d'entreprendre qui s'exprime également à travers la liberté d'enseignement et de formation, englobe la formation professionnelle continue régie par le Code du Travail ainsi que l'enseignement technique et professionnel, régi par le Code de l'Éducation. En guise de fil conducteur de cette réflexion nous nous interrogerons sur la question de savoir si les lois qui encadrent cette liberté en préservent l'essence, ou si leur application est susceptible de le mettre en cause dans son principe même.

Deux lois jumelles, adoptées toutes les deux en juillet 1971, l'une consacrée à la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, et l'autre à l'enseignement technique et professionnel constituent le référentiel historique « du droit positif ». Les deux textes sont animés par l'esprit « de la nouvelle société » et du « social-delorsisme » qui ont marqué cette époque. L'encouragement prodigué par la loi « Delors » à

tous les acteurs de notre système socio-économique à « entreprendre » dans le nouveau champ de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente représente la marque de fabrique de cette législation. L'appel « à entreprendre » dans le champ de l'enseignement technique et professionnel n'est pas de même nature. C'est en effet au service public d'éducation que revient le premier rôle. Cependant la loi est ouverte à l'initiative privée, quel que soit le statut juridique des opérateurs, sans distinction de son caractère lucratif ou non.

Avant d'ausculter le projet de réforme en cours sous l'angle « de la liberté d'entreprendre, d'enseigner et de former », rappelons en quelques mots le sens et la portée de ces principes constitutionnels.

2. La liberté d'entreprendre et les libertés associées, dans le champ de la formation professionnelle initiale et continue.

« **La liberté d'entreprendre** » : c'est à propos des nationalisations du 11 février 1982 que le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre par une décision fondatrice du 16 janvier 1982, confirmée par une décision du 11 février 1982 : « **la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre** ». Le Conseil constitutionnel déduit la liberté d'entreprendre de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen, et précisément de son article 4.

La liberté d'entreprendre permet donc le libre exercice de toute activité économique et lui donne primauté : on ne peut restreindre l'activité entrepreneuriale que pour des raisons d'intérêt général, et de manière proportionnée par rapport aux objectifs poursuivis. **Ni la formation professionnelle initiale, ni l'apprentissage, ni la formation professionnelle continue ne sont placés à l'écart de cette liberté fondamentale qui trouve un prolongement dans la liberté d'enseignement ainsi que dans le principe général d'égalité qui constitue l'un des principaux piliers de l'État de droit.**

La liberté d'enseignement : La reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la liberté de l'enseignement en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République résulte de la décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 (loi Guermeur). En conséquence de ce principe, toute personne est libre d'assurer des enseignements (dans le respect des conditions fixées par la Loi), avec ou sans contrat avec l'État. Par ailleurs, toute disposition législative qui aurait pour effet de créer un monopole au profit des établissements d'enseignement public porterait atteinte au principe de liberté de l'enseignement.

Quant au principe d'égalité, il est inscrit au fronton de la République depuis « l'abolition des privilèges » la nuit du 4 août 1789. Il a valeur constitutionnelle et constitue l'un des principaux piliers de l'État de droit.

En application de ces principes tous les dispensateurs de formation professionnelle initiale et continue ainsi que d'apprentissage peuvent contribuer à la formation tout au long de la vie quelle que soit par ailleurs leur statut, public ou privé, à but lucratif ou non. L'attribution de ressources publiques, qu'elles résultent de l'impôt ou de taxes affectées, (formation professionnelle continue, apprentissage...), doit être effectuée par les autorités compétentes dans le respect du principe d'égalité (et de non-discrimination).

3. Application « des droits libérés » au domaine de la formation professionnelle continue.

Depuis des décennies, « **une suspicion illégitime** », (voir AEF n°102583 du 8 octobre 2008) entretenue régulièrement par les marronniers des journalistes (voir AEF n°188520 du 8 octobre 2013), pèse sur les dispensateurs de formation, qu'il faudrait mettre sous tutelle, soumettre à des agréments préalables, organiser en profession réglementée, voire interdire purement et simplement, pour ne laisser subsister que le service public « organique » de la formation réputé être le meilleur garant de la qualité de la formation. Bref, les dispensateurs de formation ne seraient pas dignes « de la liberté d'entreprendre d'enseigner et de former ». Fini par conséquent « le social delorisme » dans le champ de la formation professionnelle continue fondée sur la confiance aux acteurs de notre système socio-économique.

Une lecture attentive du projet de loi ne permet pas de conclure à l'enterrement du « social delorisme par le « social Hollandisme ». Le principe de « la liberté d'entreprendre » n'est pas mis en cause, en tous les cas dans le champ de la formation professionnelle continue, ce qui ne semble pas être le cas dans le champ de l'enseignement technique et professionnel (voir plus loin l'amendement « Hibernatus »).

S'agissant de la formation professionnelle continue les interrogations soulevées à la lecture du projet de loi relèvent plutôt d'une réflexion inaboutie sur les effets produits sur l'encadrement juridique de l'activité de formation professionnelle, par des ruptures et des innovations introduites par le projet de loi : la suppression du 0,9 %, le recentrage de la formation professionnelle sur la qualification, le développement sans précédent de l'initiative individuelle par l'institution du compte personnel de formation, le renforcement du dialogue social et par conséquent du contrôle social sur la formation dans l'entreprise les branches et les OPCA. Le projet de loi fixe d'ailleurs aux OPCA une mission « de contrôle de la qualité de la formation » qui le conduira sans doute à mettre en place des procédures de référencement des actions de formation en amont de toute décision de financement.

4. L'hypothèse de la prééminence de la demande sur l'offre

On peut faire l'hypothèse que ces ruptures et innovations auront pour effet de **renforcer la position des demandeurs** face aux offreurs de formation, ce qui ne met nullement en cause le principe de la liberté d'entreprendre, mais fait simplement perdre aux offreurs la rente de situation qui était la leur du fait de l'achat de formation par des tiers payants dont la pérennité et la stabilité était assurée par la qualification et le régime fiscal de la ressource et

les pratiques d'achat de formation par les « tiers payants ». Si cette hypothèse devait se vérifier la réforme sonnerait le glas « de la dictature de l'offre ».

On peut également faire l'hypothèse que l'obligation de contribuer au financement de la formation du 1 % de la masse salariale, intégralement mutualisée au sein d'un OPCA, et qui ne pourra être affectée qu'à des dispositifs « normés », qui tous débouchent en principe sur une qualification, conduiront les offreurs (sans doute moins nombreux) à s'adapter à cette nouvelle donne. **L'offre de formation financée par les OPCA sur le 1 % mutualisé sera par conséquent guidée par la demande de qualification elle-même fondée sur des référentiels de certification et non de formation.** Le contrôle devra être repensé en fonction de l'objectif de la formation à savoir la qualification ou l'acquisition de compétences et non en fonction du formalisme de l'imputabilité fiscale. Ces évolutions créeront des exigences nouvelles pour les dispensateurs de formation mais ne mettent pas en cause le principe de la liberté d'entreprendre.

La suppression du 0,9 %, qui a pour conséquence de laisser l'entreprise libre de définir son plan de formation et les actions qu'elle entend y inscrire, aura pour effet d'une part de « déclassifier » des actions indûment qualifiées d'actions de formation **professionnelle** telles que l'adaptations au poste de travail, des actions d'information, de sensibilisation, de développement personnel, des démarches qualité, ou de management participatif. Il appartient à l'entreprise et à elle seule, sous réserve de la procédure de consultation du plan de formation, de décider des actions qu'elle entend mener mais qui ne seront plus, au sens juridiques du terme, des actions de formation professionnelle ouvrant des droits pour les salariés et donnant accès à des financements externes à l'entreprise (fonds publics, fonds mutualisés ayant la nature d'une contribution fiscale d'une cotisation...). Cette évolution majeure du projet de loi enlève ipso facto tout fondement juridique à un éventuel contrôle fiscal et à d'éventuelles sanctions relatives à des formations organisées par les entreprises sur leurs ressources propres, sans se référer à l'encadrement juridique fiscal de la formation exprimée à travers la notion « d'imputabilité », qui aura disparu. Les entreprises continueront d'acheter des prestations nécessaires à leur bon fonctionnement qui pourront être assimilées au sens commun du terme à des formations, (transmission de savoirs et savoir-faire, apprentissage en situation de travail...) sans pour autant pouvoir être qualifiées de **formation professionnelle** au sens juridique du terme. Les entreprises qui le souhaitent pourront s'inspirer de l'article 11 de l'Ani du 14 décembre 2013 consacré à la qualité de la formation. Selon ce texte, au demeurant sans valeur juridique, « *la qualité d'une formation réside dans sa capacité à conduire ceux qui en bénéficient à l'acquisition de la qualification et/ou des compétences visées. Elle suppose : la définition des objectifs de la formation ; la définition de la des modalités pédagogiques adaptées aux capacités d'apprentissage de la personne, à son parcours de formation et aux besoins de l'entreprise ; la définition des modalités d'évaluation des compétences et qualifications acquises à l'issue de la formation.* » La lecture en creux de ce texte signifie que selon les partenaires sociaux il n'y a pas de formation sans objectif de qualification de développement des compétences, traçable et

évaluable. Tout le reste relève du fonctionnement normal de l'entreprise et ne mérite pas d'être qualifié de « formation professionnelle ». Cependant il faudra bien lever une des incertitudes engendrées par la suppression de l'imputabilité fiscale et définir des critères pour distinguer, ce qui dans l'entreprise relève de l'exécution pure et simple d'une obligation de travail, de ce qui peut être considéré comme de la formation, peu importe qu'elle soit imputable. (Contrôle social des IRP, régime fiscal des prestations achetées par les entreprises, obligation de formation à la sécurité...).

À défaut de la rente de situation que constituait l'obligation fiscale pour les dispensateurs de formation, ceux-ci pourront enfin faire l'expérience de la véritable « liberté d'entreprendre », avec les risques associés, en proposant aux entreprises de nouvelles prestations innovantes et de qualité.

5. Le compte personnel de formation saura-t-il imposer la prééminence de la demande sociale sur celle de l'offre ?

On peut faire l'hypothèse que l'arrivée du compte personnel de formation dans l'univers de la formation professionnelle continue, parce qu'il a pour finalité la qualification, pourrait avoir pour effet de redonner à la demande la prééminence sur l'offre.

Le compte personnel de formation bénéficiera certes d'une « capitalisation initiale » de l'entreprise prélevée sur une ressource de caractère fiscal, mais il pourra également recevoir « des abondement » de caractère conventionnel, ou volontaire à l'initiative du bénéficiaire lui-même (épargne temps, épargne financière fiscalement encouragée...). Dès lors que des ressources sont créditées sur son compte le titulaire en devient le propriétaire. La question est ici de savoir si le demandeur individuel de formation visant une qualification, dûment solvabilisé, grâce au compte personnel de formation, saura faire primer la logique de la demande sur celles de l'offre. Quelle sera à cet égard l'effet structurant sur l'offre de formation des listes de formations qualifiantes à la disposition du titulaire d'un compte personnel de formation ?

Ici la liberté d'entreprendre devra être nécessairement encadrée par des règles de protection « des consommateurs » (d'ores et déjà prévues par le code du travail article L.6354 -4, mais qu'il faudrait sans doute revisiter), que sont les bénéficiaires de la formation afin d'éviter une offre de formation simplement calibrée sur la capacité financière, hors abondement des titulaires d'un compte personnel de formation. (Il conviendra à cet égard de méditer l'échec du compte personnel de formation en Grande-Bretagne notamment en raison de l'inadéquation entre l'offre calibrée par rapport aux ressources disponibles sur les comptes des individus et la réalité de leur demande, par ailleurs non « accompagnée). Là encore le principe de liberté d'entreprendre n'est pas en cause mais les exigences de qualité la capacité d'adaptation (horaires, rythmes...) et de professionnalisme des offreurs de formation doivent être les plus rigoureuses.

En bref, le recentrage de la formation professionnelle sur la qualification (contrats et périodes de professionnalisation, apprentissage, compte personnel de formation, congé individuel de formation...), ainsi que le renforcement des procédures d'accompagnement des salariés dans leurs parcours professionnels (entretien professionnel dans l'entreprise et conseil en évolution professionnelle à l'extérieur de l'entreprise), sont susceptibles de modifier profondément le rapport entre l'offre et la demande de formation au profit de la demande fondée sur un référentiel de qualification, à laquelle la formation peut contribuer.

Tout ceci ne met en cause le principe de la liberté d'entreprendre, au contraire. En enlevant aux offreurs la rente du financement fiscal, la loi libère l'innovation qui est au fondement de l'esprit entrepreneurial.

6. La liberté d'entreprendre dans le champ de l'enseignement technique et professionnel ou le retour« d'Hibernatus ».

Un événement étrange s'est produit à l'occasion de l'adoption de la loi de finances rectificative pour 2013, en rapport avec le principe « de la liberté d'entreprendre » dans le champ de l'enseignement technique et professionnel pourtant reconnu depuis 1971. Cet événement serait passé inaperçu si le Conseil constitutionnel n'avait attiré l'attention du chroniqueur en censurant un amendement du gouvernement (Voir AEF n°191847 du 30 décembre 2013). Ce texte a pour effet d'exclure les établissements privés d'enseignement professionnel à but lucratif de la perception d'une partie de la taxe d'apprentissage, et sa rédaction ambiguë laisse planer un doute sur le fait que les diplômes délivrés puissent être inscrits au RNCP (Répertoire national des certifications professionnelles). Certes les motifs de la censure du Conseil constitutionnel n'ont rien à voir avec le principe de liberté d'entreprendre, mais une lecture attentive du texte, qui devrait être à nouveau présenté par le gouvernement à l'occasion du débat parlementaire sur la réforme de la formation (voir AEF n°192739 du 22 janvier 2014) laisse entrevoir un risque réel d'atteinte à ce principe, et, en tous les cas, il entretient l'esprit « de **suspicion illégitime** qui pèse sur les opérateurs privés de formation ».

Voici l'histoire de cet amendement que nous appellerons « Hibernatus » pour des raisons que le lecteur patient découvrira au fil des lignes qui suivent.

Depuis l'instauration de la taxe d'apprentissage comportant une part affectée à l'enseignement technologique sous statut scolaire, en 1971, tous les établissements d'enseignement, quel que soit leur statut, public, ou privé, à but lucratif ou non, pouvaient en théorie accéder à cette taxe dont la qualification juridique est celle « d'une contribution fiscale de toute nature semblable à celle applicable à la contribution des entreprises au développement de la formation professionnelle continue. Celle-ci finance d'ailleurs un grand nombre d'opérateurs privés à but lucratif qui proposent des contrats de professionnalisation, sans que personne ne trouve à y redire.

L'adoption de l'amendement à la loi de finances rectificative pour 2013, censuré par le conseil constitutionnel (AEF n°191013 du 9 décembre 2013) aurait eu pour effet d'exclure les établissements d'enseignement technologique à **but lucratif** de la capacité à percevoir cette part de la taxe d'apprentissage.

Si ce texte était adopté il aurait pour effet de conférer une base légale à une circulaire de 1953 formulée dans les termes suivants « **les organismes gérés par des sociétés commerciales qui sont créées en vue de faire des bénéfices ne peuvent bénéficier de versement en provenance de la taxe d'apprentissage** ». Le ministère de l'Éducation nationale par circulaire du 25 octobre 2010 et du 24 octobre 2011 avait tenté de lui redonner vie avant de renoncer devant l'impossibilité (confirmée par divers contentieux) de pouvoir justifier d'une base légale excluant les entreprises privées. **C'est par conséquent une circulaire de 1953 que le projet d'amendement à l'intention de ressusciter comme si au cours des 60 années écoulées le cadre juridique et financier de l'apprentissage, de l'enseignement technologique, de la formation en alternance et de la formation professionnelle continue n'avait pas évolué.**

Le fonctionnaire méritant qui a exhumé cette « circulaire momie » en 2010 a battu le record d'Hibernatus (Louis de Funès incarne dans un film d'Édouard Molinaro un personnage pris dans les glaces du Groenland en 1905 et qui revient parmi les siens 25 ans après dans un monde qu'il ne comprend plus). Il faut espérer que les parlementaires en charge de la réforme, dont beaucoup sont nés après 1953, sauront nous épargner un mauvais remake de cet excellent film, et qu'ils auront à cœur, non seulement de répondre au souhait du président de la République de créer « un Pacte responsabilité » avec tous les acteurs économiques quel que soit leur statut, en vue notamment du développement de la formation en alternance, (500 000 ? 1 million ?) Mais aussi de respecter les principes de l'État de droit qui depuis 1953 ont quelque peu été précisés par le Conseil constitutionnel...

La liberté d'entreprendre, la liberté d'enseignement, l'égalité face à l'impôt et la non-discrimination en raison d'un statut juridique, l'impérative nécessité de construire un continuum entre formation professionnelle initiale et formation continue, et ceci **indifféremment du statut public ou privé des opérateurs, des lors que ceux-ci respectent le cahier des charges définis par la loi, au nom de l'intérêt général.**

7. L'introuvable définition du caractère non lucratif.

La lecture du texte révèle d'autres surprises. S'il était adopté il devrait conduire les pouvoirs publics à appliquer les mêmes règles à toutes les associations qui déclarent formellement être à but non lucratif, alors qu'à défaut de définition générale de cette notion elles peuvent être requalifiées « à but lucratif » en application du droit fiscal dès lors qu'elles vendent des prestations de services dans une proportion significative. En application de cette doctrine fiscaliste du caractère « lucratif » qui ne s'encombre pas du caractère formel du statut de

l'activité réellement exercée, ce texte devrait s'appliquer à divers établissements par exemple à ceux qui gravitent autour des chambres de commerce ou encore aux Greta qui sont en réalité des « annexes commerciales » des établissements publics d'enseignement professionnel, en quelque sorte « un service public marchand ». L'appliquer aux seuls établissements à statut juridique commercial, qui est au plan moral une pure hypocrisie, constituerait au plan juridique une atteinte aux principes fondamentaux rappelés plus haut, mais également une distorsion de concurrence comme d'ailleurs le Conseil national de la concurrence a eu l'occasion de le rappeler (n°07-D-27 du 31 juillet 2007).

Mais peut-être la circulaire « Hibernatus » restera-t-elle enfouie dans les tréfonds d'un bureau ministériel, et n'accédera-t-elle pas à la solennité de la loi. Si tel n'était pas le cas on pourrait alors considérer que cette discrimination est de nature à porter atteinte au principe « de la liberté d'entreprendre », y compris dans le domaine de l'enseignement technique et professionnel.

Conclusions.

- **Refonder la doctrine du contrôle de la formation professionnelle**

Les dispositions du projet de loi relatives à la formation professionnelle continue, si elles ne mettent nullement en cause « la liberté d'entreprendre », manquent encore de précision sur les conséquences juridiques, notamment au regard du contrôle de la formation, des ruptures et des innovations introduites par la réforme, notamment la suppression du 0,9 %, qui a pour conséquence de restituer aux entreprises la responsabilité de définir leur propre politique de formation ainsi que les différentes modalités de la mise en œuvre. L'ombre tutélaire du contrôle fiscal de la formation qui plane depuis plus de quatre décennies sur l'activité de formation est encore présente. Il faudra l'extirper au profit de la régulation de la formation par la demande (référencement par les OPCA...), en raison de la prise en compte « des référentiels de qualification en amont de la formation », et par le renforcement du contrôle social sur les résultats de la formation (reconnaissance de la qualification acquise dans les actions collectives), enfin, par un renforcement des règles de protection « des consommateurs » individuels que sont les titulaires du compte personnel de formation (Article 6354-4 code du travail).

- **Laisser « Hibernatus » hiberner.**

L'amendement « Hibernatus » a été introduit dans le débat parlementaire « entre chien et loup » sans débats ni concertations préalable sur son sens et sa portée pourtant prévue par l'article premier du Code du Travail. L'unique argument invoqué par le député en charge de l'amendement était que : « ce n'est pas bien de gagner de l'argent avec la formation... » ! Certes. Sauf que la formation a un coût, et qu'il faut bien l'assurer d'une manière ou d'une autre. Le statut public, privé, à but lucratif ou non, du dispensateur de formation n'y change rien. Il est même possible que le coût de la formation et la qualité de la prestation délivrée par un offreur privé à but lucratif l'emporte dans la comparaison avec un

dispensateur de « statut à but non lucratif ». Quoi qu'il en soit la teneur « morale » de l'argumentaire avancé pour justifier l'amendement ne saurait se substituer aux principes juridiques qui régissent cette matière à savoir la liberté d'entreprendre, encadrées par la loi, au nom de l'intérêt général, y compris dans le domaine de l'enseignement et de la formation, et l'égalité face à la loi qui a pour conséquence l'interdiction de toute discrimination et de toute distorsion de concurrence.

Jean Marie Luttringer

Prochaine chronique : le cinquième pilier, le service public régional de la formation et de l'orientation.