



CHRONIQUE 99

LA QUALITE DE L'OFFRE DE FORMATION SAISIE PAR LE DROIT

1. Quel droit pour la qualité ?

L'irruption de la qualité dans l'univers du droit de la formation professionnelle s'est jouée sur le rejet d'un seul terme: **l'agrément**. En droit, en effet les mots ont « un poids », et sont chargés de pouvoir, comme en d'autres temps et d'autres lieux, le sabre, le colt ou le goupillon.

L'affaire s'est déroulée au Sénat, et n'a duré que quelques instants, le temps d'expulser la notion « **d'agrément** », qui exprime le pouvoir unilatéral de l'administration d'autoriser ou d'interdire en fonction de critères définis par elle, les activités qui relèvent du droit de la formation. En lieu et place de cette notion régaliennne le législateur a préféré retenir **une formulation qui place la qualité de la formation au cœur de la logique économique et du droit de la concurrence ainsi que de celui de la consommation**.

Le fer a été engagé par Madame Jouanno, sénatrice UDI, sous forme de l'amendement numéro 157 formulé dans les termes suivants « *les formations dispensées par des prestataires **agréés** dans des conditions déterminées par décret en conseil d'État. Cet **agrément** garantit que les formations dispensées dans le cadre de la formation professionnelle continue le sont par des professionnels qualifiés et sont effectivement diplômants ou qualifiantes* ». Le ministre du travail, sans doute échaudé par une émission à scandale de France 2 sur l'argent de la formation (chronique n°77) reconnaît la nécessité du contrôle de la qualité de l'offre de formation professionnelle. Il fait toutefois remarquer que toute formation n'a pas vocation à être qualifiante ou diplômante, il écarte le recours à **l'agrément** comme condition préalable à l'exercice de l'activité de dispensateur de formation, et propose en lieu et place une formulation qui est aujourd'hui celle du droit positif aux termes de laquelle les OPCA, les OPACIF, l'Etat, les régions, Pôle emploi et l'AGEFIPH « *s'assurent, lorsqu'ils financent une action de formation professionnelle continue, et sur la base de critères définis par décret en Conseil d'Etat, de la capacité du prestataire de formation (...) à dispenser une formation de qualité* »

Ce texte n'a pas pour objet d'imposer une obligation de qualité à des prestataires, mais de confier aux OPCA et aux autres financeurs, la mission de s'assurer de la qualité des

L'Innovation juridique au service de vos projets

formations qu'ils financent. Les dispensateurs de formation bénéficient du principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, ainsi que du droit européen exprimé à travers la directive services. Ils ne sont ni soumis à un agrément préalable à l'exercice de leurs activités, ni transformés en profession réglementée. Cependant la charge de la preuve de la qualité des prestations proposées leur incombe.

Il appartient aux financeurs, gestionnaires de fonds, quelle que soit la qualification juridique de ces derniers, de s'assurer de la qualité des formations financées, sur la base de critères définis par décret, et non pas à la seule administration du contrôle de la formation professionnelle. Ni les entreprises, ni les ménages qui financent des formations sur leurs fonds propres ne sont directement visés par ce texte. Cependant ils pourront bénéficier des retombées de la diffusion d'une culture « qualité » dans l'univers de la formation professionnelle en précisant à l'occasion de tout contrat conclu en vue d'une formation, leurs exigences en matière de qualité sous la forme d'obligations de moyens, voire de résultat, à la charge du prestataire.

Il reste que la loi ne définit pas la notion de qualité. Elle renvoie à des critères institués par un décret en conseil d'État : définition des objectifs adaptés aux publics, système de suivi pédagogique et d'évaluation différenciée, cohérence des moyens pédagogiques techniques et d'encadrement, information sur les résultats notamment en matière de réussite aux examens, accès à l'emploi, qualification des formateurs etc. Les travaux préparatoires au décret se sont appuyés sur rapport de l'IGAS qui est aujourd'hui le document de référence pour ceux qui s'intéressent à la qualité de la formation (Philippe Dole, « Les conditions du développement de la qualité et l'impact sur le CPF de l'offre de formation » novembre 2014).

Il faut souligner que « la culture qualité » n'est pas étrangère à l'univers de la formation professionnelle. Aussi bien des dispensateurs de formation que des financeurs ainsi que les entreprises l'ont adoptée de longue date. Divers travaux ont conclu à la nécessité de sa promotion (Bernard Masingue, René Tijou, André Gauron « La professionnalisation de l'offre de formation et des relations entre les utilisateurs les organismes » ; rapport réalisé à la demande de Nicole PERY, septembre 2000. Rapport sur « la qualité de l'offre et de l'achat de formation », sous la direction de Charlotte Duda, présidente de l'ANDRH, décembre 2008).

Les partenaires sociaux ont relayé cette préoccupation notamment par des dispositions substantielles dans l'ANI du 14 décembre 2013.

La nouveauté de la situation résulte aujourd'hui du fait que la qualité fait son entrée dans l'univers juridique de la formation professionnelle du fait d'une loi et d'un décret en voie de parution. Or la notion de qualité se caractérise par sa polysémie et sa grande relativité.

2. Polysémie et relativité de la notion de qualité.

- Polysémie

La qualité est une notion polysémique qui renvoie « à l'état » d'une personne, (état civil, titre diplômé, mais aussi qualités personnelles...) à une fonction sociale (ministre, magistrat,

officier de police...). Dans l'univers de la gestion de référentiels et de normes dont le respect est attesté par « une tierce partie » indépendante (Normes ISO, AFNOR...). Dans le domaine qui nous concerne, la formation professionnelle, considérée comme une prestation de service, la notion renvoie « à des critères de valeur qui permettent de classer une chose par ordre de mérite à un niveau supérieur, inférieur au moyen relativement aux choses de même genre » (Dictionnaire juridique Cornu). Cette classification permet de déceler un éventuel défaut ou un vice de qualité, de mettre en place des procédures permettant de s'assurer de la qualité d'un produit ou d'un service ou d'un processus, et, sur le fondement de ces critères et de ces procédures d'en assurer le contrôle pouvant déboucher sur des sanctions (administratives, fiscales, contractuelles) prononcées par une autorité « ayants qualité/autorité » pour ce faire.

- Relativité

Qu'est-ce qui distingue le poulet aux hormones produit selon des « normes » strictes contrôlées par les autorités sanitaires, rendu célèbre par Jean Ferrat (mon dieu que la montagne est belle...), du poulet de Loué, dont « les normes de production » sont également contrôlées et dont « le label rouge », attribué par « un tiers indépendant » est vanté par la publicité ? Au plan de la qualité gustative tout, au plan du prix également, au plan de l'existence de normes de production, rien. Ces deux produits correspondent en effet chacun à des « normes » qui lui sont spécifiques. Le poulet aux hormones représente « la qualité générique du poulet », possiblement certifié ISO, alors que le poulet de Loué représente un niveau supérieur de qualité sur le marché des poulets, attesté par le label rouge.

La relativité est un critère distinctif de la notion de qualité. Celle-ci n'est pas immanente et ne se décrète pas. Elle résulte d'un processus de construction sociale.

3. La qualité construction sociale : les ambiguïtés du modèle français.

Cette construction est inhérente aux économies « de marché » contemporaines qui ont engendré, à partir d'un « marché générique », le développement de catégories particulières de produits (le poulet), et de services, (les écoles de la deuxième chance ou les pistes cyclables dans le Ried alsacien), qui portent **des « signes de qualité » dans le cadre d'une stratégie de différenciation**. Ils ont pour fonction d'apporter aux consommateurs une connaissance honnête et suffisante sur la qualité des produits ou des services qu'ils achètent, et pour certains d'entre eux de leur assurer qu'ils sont sains et propres à la consommation. **Ces signes sont, pour la plupart, privés et engagent le nom et la responsabilité d'un acteur identifié.**

Dans de nombreux pays, et à tout premier lieu **en France, on a vu également émerger des « signes publics »**, voire officiels, qui tout à la fois entendent définir et distinguer des produits spécifiques et leurs conditions de production (principe d'objectivité) et garantir au consommateur que l'objectif est atteint (principe de crédibilité). Pour réaliser l'ensemble de ces objectifs, générique et spécifique, les acteurs privés et les pouvoirs publics ont été conduits à négocier les définitions de la qualité à atteindre, les conditions pour les atteindre et

les modalités des informations à élaborer et à échanger. Le secteur alimentaire et celui de la santé sont représentatifs de ces évolutions.

Ce processus s'analyse comme la construction sociale de la qualité. En tant que processus social, il est sujet à diagnostic, critique, et amélioration de la part des parties prenantes (Pour approfondir la notion de qualité considérée comme une construction sociale on se reportera au rapport du CNA -Conseil national de l'alimentation- Jean-Claude OLIVIER, Bertil SYLVANDER, « Avis sur la Notion de qualité », avis n°36 du CNA adopté le 26 mars 2002 par procédure écrite).

La loi du 5 mars 2014 a engagé un processus de même type dans le champ de la formation professionnelle en y impliquant les acteurs privés et les pouvoirs publics.

4. La qualité de la formation pour qui ?

L'obligation qui pèse sur les financeurs, dont les OPCA et les OPACIF, de s'assurer de la qualité des prestations financées ne trouve pas sa finalité en elle-même, mais, en ce qu'elle est susceptible d'apporter à chaque « apprenant » la formation, la plus pertinente par rapport à ses objectifs, la plus efficiente au regard des moyens mobilisés, la plus conforme aux engagements contractuels du prestataire Le critère qualité relatif aux « apprenants », oublié dans la première mouture du décret, a d'ailleurs été introduit in extremis dans le projet de texte à l'occasion de la consultation f du CNEFOP : « *le recueil et la prise en compte des appréciations rendues par les bénéficiaires sur les formations suivies* ».

Si la formation de qualité constitue « l'objet du contrat de formation » qui lie nécessairement le formateur et l'apprenant, la personne apprenante en est « le sujet », y compris le salarié en situation de subordination juridique, peu importe qu'elle en assure ou non le financement, a fortiori lorsqu'elle se trouve en situation de « Co investissement (exprimé en temps ou en argent) ou encore lorsqu'un « reste à charge » lui incombe. Ce qui est une situation de plus en plus fréquente.

Le fait que la formation dont bénéficient les « apprenants » soit « prescrite » (par l'employeur pour le salarié), et financée par « un tiers payant », ne place pas pour autant « l'apprenant » en dehors de la relation contractuelle de formation. Celui-ci est partie prenante à cette relation ne serait-ce que par l'intermédiaire de la technique juridique « de la stipulation pour autrui ».

Le code du travail affirme en effet le droit à la formation tout au long de la vie pour toute personne quel que soit son statut. Il s'inscrit dans un courant plus large « de personnalisation des droits sociaux fondamentaux » qui a pour conséquence de faire évoluer le droit à la formation vers « **un droit subjectif** » qui par là-même devient « opposable » à des tiers. **À ce titre « l'apprenant » est nécessairement partie prenante à tout acte juridique relatif à sa formation, qui le concerne.**

Ce qui renvoie à la question centrale, au plan juridique, de savoir si les obligations contractées par le prestataire de formation, au nom de l'obligation de qualité (respect des critères réglementaires et contractuels complémentaires), s'analysent comme des obligations de moyens et/ ou des obligations de résultat.

5. Le débat « obligation de moyens/obligation de résultat ».

L'obligation du médecin envers son patient ne saurait être qu'une l'obligation de moyens, il ne peut s'engager, sous peine de pénalités, sur le résultat à savoir la guérison. Le rapport entre le formateur et le formé peut-il s'analyser de la même manière ? Le formateur peut-il s'engager sur les résultats d'un processus d'apprentissage, c'est-à-dire sur le fait que la personne ai effectivement appris quelque ? Le financeur peut-il imposer des obligations de résultat aux prestataires de formation, si oui lesquels, sous peine de pénalités contractuelles ? L'apprenant peut-il engager la responsabilité du formateur en cas de non-respect des obligations de qualité qui pèsent sur et lui demander réparation pécuniaire au motif que l'obligation de résultat qui pèserait sur lui « être formé » n'aurait pas été respectée ?

La question, on le voit, est loin d'être seulement théorique dès lors que l'on place « la personne apprenants » au centre de la réflexion sur la finalité de la qualité.

- Le recours à la fiction juridique

La réponse à la question de savoir s'il existe une obligation de résultat en matière de formation sera négative dès lors que l'on admet que l'action formative suppose une implication de la personne elle-même dont le formateur n'a pas la maîtrise. «**On ne forme pas une personne, elle se forme si elle y trouve un intérêt** » **Bertrand Schwartz**.

Ontologiquement le formateur est par conséquent dans la même situation que le médecin. On ne saurait d'office lui imputer une obligation de résultat formulée en termes de réussite d'un processus d'apprentissage qui dépend autant des moyens qu'il aura mis en œuvre que des contreparties apportées par l'apprenant notamment son implication, mais également de sa volonté de faire usage de ce qu'il a acquis à l'occasion de la formation et qui est un bien immatériel lui appartenant en propre.

Au prix d'une **fiction juridique** la réponse à la question posée pourra être oui, dès lors que l'on admet que le résultat contractuellement convenu s'exprime à travers un élément objectivable tel que l'obtention d'une certification ou mieux encore par la démonstration en situation de travail de l'acquisition d'une nouvelle compétence. Le recours à la fiction juridique permettra de qualifier de moyens ou de résultat des obligations réciproques librement contractées entre les parties au contrat de formation. Des résultats pourront être convenus tels que le taux d'insertion dans l'emploi, (résultat pour le financeur public) le pourcentage d'apprenants présentés à la certification, un retour d'investissement estimé par l'employeur en raison de la contribution de la formation au développement de la compétitivité, l'obtention d'une certification etc.

Que les financeurs soient tenus de veiller à la qualité des formations qu'ils financent, est une chose, que les dispensateurs de formation engagent contractuellement leur responsabilité, y compris financière, sur des obligations de résultat, en est une autre... comme le montrent, à titre d'illustration deux récentes décisions de justice.

- le regard des juges.

Le tribunal d'instance d'Alès a eu se prononcer le 18 février 2014 sur un recours de plusieurs stagiaires (class action...) qui soutenaient la non-conformité du contrat signé au regard de l'intitulé de la formation, le non-respect de la durée de la formation, de l'insuffisance de matériel pendant les exercices et le non-respect de l'engagement de la part de l'AFPA d'assurer un plan de réentraînement en cas d'échec à l'examen. La juridiction, après avoir examiné les faits rejette la demande qui lui est présentée. Au plan juridique il est rappelé que les parties sont liées par contrat de formation professionnelle. Que celui-ci est régi comme tout contrat par l'article 1134 du Code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... » Les juges précisent le raisonnement au considérant que **« le travail des uns et des autres est sanctionné par une réussite ou un échec lors de l'examen final sans que pour autant pèse sur le formateur l'obligation de résultat, les deux parties étant impliquées dans l'acte de formation ».**

Bref, le résultat d'un processus d'apprentissage qu'il se solde par une réussite ou un échec, ne saurait relever que d'une responsabilité partagée.

Le tribunal d'instance de DAX, raisonne de la même manière dans un cas d'espèce différent dans lequel il était reproché à l'AFPA un échec à l'examen. « Il sera relevé (...) comme il a été mentionné à l'article 10 du contrat, que l'obligation souscrite par l'AFPA dans le cadre des prestations délivrées **est une obligation de moyens et non une obligation de résultat.** Le stagiaire ne démontre pas que sa note d'évaluation et sa note de pratique serait le résultat d'une formation pratique insuffisante au cours de la session ou encore d'une lacune de formation théorique du formateur ».

La relation entre tout formateur et tout apprenant est régi par un contrat de formation professionnelle qui fixe les engagements respectifs des parties en particulier les obligations de moyens à la charge de chaque qu'une d'entre elles. En matière de formation le résultat est toujours aléatoire quel que soient les critères de qualité mis en œuvre...

7. Comment les OPCA/OPACIF peuvent-ils s'assurer de la qualité des formations qu'ils financent ?

La qualité considérée « comme une construction sociale », s'organise selon le nouveau droit en quatre principales étapes : 1. La présomption de qualité par la référence à « des signes » élaborés par des tiers indépendants des financeurs et des offreurs (labels, certification, habilitation... liste du CNEFOP), 2. Le référencement établi par les financeurs ; 3. Les engagements contractuels, aux termes de moyens et ou de résultat, conclus avec les prestataires de formation dans le respect du droit de la concurrence, 4. Les contrôles et les sanctions en cas de non-respect des critères qualité..

- **La présomption de qualité et la liste du CNEFOP.**

À côté des normes techniques génériques (ISO) ou spécifiques à la formation (AFNOR, OPQF, etc), dont le non-respect pourra être sanctionné par le comportement des « consommateurs » sur un marché donné, qui n'achèteront plus tel ou tel produit ou service

dont la qualité est jugée insuffisante, et des normes éthiques et déontologiques (dont certaines chartes) sanctionnées par l'exclusion d'une communauté professionnelle d'appartenance, les textes législatifs et réglementaires ont institué de nouvelles normes juridiques relevant du droit économique caractérisé par les relations contractuelles et le droit de la concurrence. Celles-ci viennent s'ajouter aux normes administratives d'essence fiscale (qui subsistent), qui jusqu'à ce jour régissaient à titre quasi exclusif ce qu'il est convenu d'appeler « la qualité de la formation », à vrai dire essentiellement le respect de la conformité aux critères de financement à l'exclusion de la qualité des processus d'apprentissage apprécié par « les consommateurs en l'occurrence « les apprenants ».

Le projet de décret relatif à la qualité de l'offre de formation a confié au CNEFOP la prérogative d'établir une liste des labels et certificats de qualité disponibles dans l'univers de la formation professionnelle. Dès lors que les OPCA et les OPACIF (mais également tous les autres financeurs publics de la formation professionnelle) financent des prestataires figurant sur cette liste ils bénéficient d'une présomption relative qui ne les exonère pas de l'obligation « de s'assurer de la qualité des prestations qu'ils financent ».

- **Le référencement effectué par les OPCA/OPACIF.**

Cependant cette présomption (simple non irréfragable) n'exonère pas l'OPCA et l'OPACIF de l'obligation de mettre en place des procédures internes ayant pour objet la qualité de l'offre de formation. Depuis de nombreuses années ces organismes paritaires se sont d'ailleurs dotés de moyens internes pour la réalisation de cet objectif (Rapport IGAS novembre 2014 et Philippe Dole).

Il faut par ailleurs rappeler qu'en vertu des principes du droit de la concurrence (Décision de l'autorité de la concurrence n° 07-D-27 du 31 juillet 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie), le référencement, ne saurait avoir pour effet d'interdire l'accès au marché à un prestataire de formation dès lors que celui-ci est en mesure d'apporter « par tous moyens » la preuve qu'il est en capacité de respecter les critères qualité imposés par les textes.

- **Les conventions et contrats de formation.**

Tout engagement financier d'un OPCA/OPACIF aura pour support juridique une convention ou un contrat de formation (L. 6353-1 et suivants du code du travail). Ces conventions et contrats devront désormais faire état des procédures de labellisation et de référencement dont peut se prévaloir le dispensateur de formation, (présomption de qualité) ou alors indiquer les autres moyens de preuve de la conformité aux critères « qualité » institués par le décret.

Les conventions et contrats de formation professionnelle devront par ailleurs préciser les obligations de moyens (locaux adaptés, personnels qualifiés...) et/ou de résultats (taux d'insertion dans l'emploi, obtention d'une certification...) auxquels le prestataire de formation s'engage, d'une part auprès du financeur, et d'autre part auprès « des apprenants ».

Ces derniers, en leur qualité de « sujets de droit » devront être expressément associés en qualité de parties signataires à tout contrat de formation les concernant.

En cas de non-respect des obligations « qualité » contractuellement convenues » le dispensateur de formation pourra encourir, outre les sanctions d'ores et déjà prévus par le code du travail en cas d'inexécution totale ou partielle de la convention, des pénalités contractuelles définies dans la convention de formation en cas de non atteinte par le dispensateur de formation des obligations de moyens/résultat auxquels il s'est engagé. Il appartient à l'Opc/OPACIF d'effectuer, outre les contrôles a priori (liste CNEFOP, référencement...), les contrôles a posteriori relatifs à l'exécution de la convention de formation.

En cas de fraude, de dérives sectaires thérapeutiques, mais également de non-respect caractérisé des obligations de moyens par le dispensateur de formation, l'OPCA/OPACIF sera tenu par la procédure « de signalement » au service du contrôle de la formation professionnelle qui décidera, ou non, d'engager des poursuites à l'encontre du dispensateur soupçonné de fraude ou de défaillance. L'OPCA sera également tenu d'engager à son initiative propre tout recours devant le juge judiciaire compétent.

Conclusions.

1. Le modèle français de « construction sociale » de la qualité de la formation professionnelle se caractérise par son ambiguïté en ce qu'il met en jeu des opérateurs privés et les pouvoirs publics. Il repose en effet :

- d'une part sur la régulation de la qualité par le droit économique caractérisé par le respect des principes du droit de la concurrence, l'information « des apprenants » (protection des consommateurs) par l'exigence de « signes de qualité » établis par des tiers indépendants (labels certification), par des engagements contractuels exprimés en termes d'obligation de moyens et ou de résultat, dont le non-respect peut donner lieu à des pénalités contractuelles (Voir sur cette question Philippe Dole rapport Igas proposition n° 57).
- et d'autre part sur un contrôle administratif et financier exercé par les pouvoirs publics en raison de la nature fiscale des ressources affectées à la formation par les entreprises à travers les OPCA mais également en raison de la mission de service public qui caractérise en dernière analyse l'activité des OPCA (voir Stéphane Rémy « La régulation et le contrôle du système de formation professionnelle » Droit social décembre 2014). Ici le non-respect des obligations respectives des financeurs (OPCA/OPACIF) et des dispensateurs de formation, peut donner lieu à des sanctions fiscales et pénales.

2. La notion de qualité se caractérise par sa relativité : sur le socle « d'une qualité générique » (poulet aux hormones...) pourront se développer des formations de « qualité supérieure » (poulet de Loué). À chaque niveau de qualité devrait correspondre un prix non réglementé que

l'usager, en l'occurrence « l'apprenant », ou le tiers payant pour le compte de ce dernier, est prêt à payer.

3. En dépit des ambiguïtés du modèle français de formation professionnelle tout au long de la vie qui oscille entre marché et service public, et que mettent à nu les dispositions de la loi relative à la qualité de l'offre de formation, l'injonction « de qualité » et les procédures qui l'accompagnent constituent une voie de progrès. Celui-ci aura d'autant plus de chances de se concrétiser que les bénéficiaires finaux de « la construction sociale de la qualité » à la française, à savoir « les apprenants » s'impliqueront dans cette construction. Ils sont en effet les premiers à pouvoir apprécier la qualité, c'est-à-dire l'adéquation à leur projet professionnel, de la formation qui leur est délivrée. Le développement de la certification pour accéder à une formation au titre du compte personnel de formation ou de la période de professionnalisation (listes, inventaires, socle...) leur fournira des éléments objectifs pour faire valoir des exigences de qualité exprimées en obligations de moyens et/ ou de résultat. À condition que cette certification repose elle-même sur des référentiels qui ne soient pas simplement déclaratifs mais qui soient validés par un tiers. C'est d'ailleurs l'angle mort et toute la faiblesse de ce décret qualité de méconnaître la capacité des usagers eux-mêmes à peser sur la qualité des formations qui leur sont proposées.

La généralisation d'une fonction de médiation à l'image du médiateur de l'AFPA par exemple, réceptacle des observations « des apprenants », qui d'ores et déjà s'expriment à travers les réseaux sociaux, relatifs aussi bien la qualité qu'à la non qualité de leur formation, constituerait un levier supplémentaire pour mettre notre système de formation professionnelle « sous contrôle qualité ».

Jean Marie Luttringer www.jml-conseil.fr

Cette chronique qui n'engage que l'auteur s'appuie sur des échanges avec Bernard DREANO, consultant, ancien chef de la mission du contrôle de la formation professionnelle (DGEFP) ; David SOLDINI maître de conférences à l'université Paris I, spécialiste de droit de la concurrence ; Sébastien BOTERDAEL consultant Cabinet Sémaphores. Tous les quatre ont engagé un travail de réflexion juridique et méthodologique sur la qualité dans le domaine de la formation comme composante du droit économique (droit de la concurrence, responsabilité contractuelle...).