

De l'art de légiférer en matière de formation professionnelle tout au long de la vie ...

I- Les enjeux de la transposition législative

Le Conseil d'Etat s'est livré à une critique sévère de l'obésité législative qui menace notre droit et en détruit le sens et la portée (Conseil d'Etat « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006). Il en va d'une mauvaise loi qui tue la loi, comme de la « malbouffe » qui tue l'art culinaire et le goût des bonnes choses... quand ce n'est pas le consommateur. La loi relative à la formation professionnelle risque fort, si l'on n'y prend garde de dépasser le seuil critique de l'obésité.

Aux facteurs de risque dénoncés par le Conseil d'Etat viennent s'ajouter des facteurs spécifiques au domaine de la formation dont voici quelques illustrations :

- La formation est devenue depuis une ou deux décennies un enjeu majeur du débat politique européen et français. Seul un haut niveau de qualification de la main d'œuvre permettra aux pays européens de tirer leur épingle du jeu de la mondialisation. L'investissement dans le « capital humain » devient une priorité de premier plan. Face au chômage structurel notamment des jeunes et au taux élevé de salariés faiblement qualifiés plusieurs pays européens dont la France attendent de la formation des réponses quasi miraculeuses. L'allongement tendanciel de la vie au travail (retraite à 70 ans...) accroît encore ces attentes.
- Le discours politique au plus haut niveau (campagne présidentielle) s'est emparé de ce thème. Du discours relayé à l'infini à la mystique d'une loi salvatrice relative à la formation il n'y a qu'un pas, dans la tradition française. Ce pas est franchi d'autant plus allègrement que dans l'esprit de bon nombre de nos décideurs les principes et les modalités qui valent pour le droit républicain de l'éducation, seraient transposables au domaine de la formation continue. Or, il n'est en rien. **La formation professionnelle tout au long de la vie, à l'inverse de la formation initiale, ne trouve pas sa finalité en elle-même.** Elle est un simple instrument au service de finalités qui la dépassent : la compétitivité des entreprises, les compétences des salariés, l'insertion sociale et professionnelle, la promotion sociale... C'est en réalité la place qu'occupe chaque personne en référence au marché du travail qui commande celle de la formation. Elle peut donc être inégalitaire, à la différence de la formation (éducation) initiale qui est par construction politique et juridique (le droit républicain) égalitaire. Le droit de la formation, qui est une branche du droit du travail empruntera à ce dernier

ses principes et procédures pour atteindre les objectifs opérationnels assignés à la formation professionnelle (insertion, compétitivité, adaptation, employabilité...).

On peut noter à ce sujet que les partenaires sociaux ont, dans l'ANI du 7 janvier 2009, tracé une ligne de démarcation des compétences. Très précis sur la gestion de la formation en entreprise, ils renvoient au contraire et logiquement à l'Etat le soin d'organiser la formation différée, c'est-à-dire un crédit de formation pour les personnes qui seraient sorties plus tôt que la moyenne du système éducatif et n'auraient donc pas bénéficié de l'effort de la Nation à la même hauteur que ceux qui ont suivi des études plus longues. Cette invite au rétablissement de l'égalité devant les moyens fournis par la collective trouverait plus de sens à figurer dans la loi à venir que des dispositions relatives aux modalités de management des salariés et d'accompagnement de leur développement professionnel dans l'entreprise.

- Le droit de la formation professionnelle continue ne peut ni être strictement égalitaire, ni relever à titre principal de la loi. Ce n'est pas à la loi en effet, d'organiser la gestion opérationnelle du marché du travail, mais au contrat individuel de travail et au contrat collectif. Ce qui n'interdit pas au législateur de déterminer des principes généraux en la matière, comme d'ailleurs la Constitution l'invite à le faire.
- Cependant, la formation tout au long de la vie ne saurait être réduite à la formation professionnelle continue dans ses rapports au travail et à l'emploi, que l'on pourrait qualifier de **bien privé collectif** en ce qu'il concerne les salariés les employeurs et leurs organisations représentatives. Elle est aussi un **« bien public »** qui concerne les personnes (citoyens) quel que soit leur statut dans leurs rapports à la République, et qu'il appartient à la puissance publique de favoriser au nom de l'intérêt général. Enfin, elle est un **« bien privé personnel »** qui concerne les projets de chaque personne dans ses rapports avec elle-même c'est-à-dire la sphère de la vie privée.
- Notre législation issue de la loi de 1971 contient de manière entremêlée ces trois dimensions, ce qui explique au moins pour partie sa complexité.
- **Le législateur de 2009 restera-t-il dans cette lignée d'une loi totalisante, quasi mystique qui constituerait le relais de la seule volonté de nos gouvernants, ou s'en écartera-t-il progressivement pour une approche plus « opérationnelle » d'un droit au service de la « modernisation » négociée du marché du travail impliquant les acteurs sociaux.** Tout conduit à penser que cette dernière option sera retenue en raison de la nouvelle procédure d'élaboration du droit du travail introduite par l'article 1 du Code du Travail qui subordonne la loi à un processus préalable de concertation et de négociation. Il reste à opérer la transposition de l'accord (ANI du 7 janvier 2009) dans la loi. Cet exercice n'interdit pas au législateur de légiférer sur la formation bien public et la

formation bien privé personnel, en complément de la transposition de l'ANI, en instituant par exemple un droit concret et financé à la formation différée et une fiscalité incitative à l'investissement formation pour les personnes privées.

II- Les problèmes liés à cette transposition

La transposition pose un problème politique et de multiples problèmes techniques.

- La question politique qui est celle de la confiance accordée par le Président, le gouvernement et le Parlement vient d'être réglée par deux faits politiques incontournables : la signature de l'ANI du 7 janvier 2009 par les partenaires sociaux unanimes et surtout la « crise » qui appelle la recherche d'une alliance entre le pouvoir politique et les partenaires sociaux (Sommet social du 18 février 2009). Alors que l'entrée dans le processus de la réforme voulue par Nicolas Sarkozy était placée sous le signe de la défiance à l'égard des partenaires sociaux (système à bout de souffle, à la dérive, 27 milliards utilisés sans efficience,...) la sortie du processus de réforme est placée sous le signe d'une confiance (en apparence et par la force des choses) retrouvée. Au plan politique la messe est dite (discours de la Drôme). L'ANI sera transposé, Jean-Paul Anciaux, l'un des parlementaires en charge du dossier à l'Assemblée Nationale a d'ores et déjà indiqué la ligne à tenir (dépêche de l'AEF n°110650)...

Reste à savoir si la discipline parlementaire jouera à plein alors que depuis le 1^{er} mars 2009 s'applique l'article 42 de la Constitution qui conduit l'Assemblée à se prononcer sur le projet de texte adopté en commission et non sur celui du Gouvernement. Il est à craindre qu'une intense activité de lobbying s'exerce sur les parlementaires rendant imprévisibles les écarts à la ligne politique de transposition de l'ANI aussi fidèlement que possible.

Il demeure qu'au plan politique, la transposition semble devoir se réaliser loyalement.

- Au plan technique, l'exercice ne manque ni de complexité ni de chausse-trappes.

Premier sujet de complexité, renforcée par la récente recodification du Code du Travail, la distinction entre ce qui relève de la loi et ce qui relève des dispositions réglementaires, mais aussi ce qui ne relève ni de l'une ni de l'autre mais qui appartient à la seule sphère contractuelle, voire aux simples pratiques de gestion relevant de l'entreprise. Il appartiendra aux Parlementaires, qui ont voté à la fois la recodification du Code du travail et le principe selon lequel la formation professionnelle relève à titre principal de la négociation collective, d'être les garants de la cohérence du texte. A quoi bon voter des principes et conduire un travail de recodification si à la première occasion il n'en est plus tenu compte.

Deuxième sujet de complexité : le caractère supplétif ou normatif général de la loi pour les entreprises relevant du champ de l'ANI et situé hors champ.

Troisième sujet : les dispositions d'ordre public, social, auxquelles un accord collectif ne saurait déroger. En l'espèce on chercherait en vain dans l'ANI des dispositions qui posent problème car négociée *in pejus*.

Le quatrième sujet renvoie à la fois à la complexité et aux chaussees trappes. Il s'agit de la nécessité de l'intervention législative pour rendre applicables toutes les dispositions financières. En effet, la formation est financée par une « imposition fiscale de toute nature », seule « la loi fiscale » peut donner son efficience à la « loi sociale ». C'est d'ailleurs toute l'ambiguïté de la législation sur la formation qui est largement assujettie à la logique structurante de la loi fiscale, ainsi que le talon d'Achille des partenaires sociaux. Ils affirment l'autonomie contractuelle par la définition de droits et de priorité, mais l'Etat par la loi fiscale, reste maître du jeu. Il peut par la qualification fiscale de la ressource leur accorder plus ou moins de confiance et les traiter en réalité comme des auxiliaires du fisc. Les ponctions effectuées sur l'Agefal et le Copacif prédécesseurs du FUP (Fonds unique de péréquation) en sont une illustration (près d'un milliard d'euros) ainsi que les négociations sur le volume de ressources à affecter au nouveau FPSPP (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels), successeur probable du FUP.

Mais revenons sur quelques points clefs de la transposition de l'ANI dans le corpus législatif et réglementaire.

III- Les dispositions non transposables

Il s'agit notamment des dispositions relatives à la gouvernance de l'accord lui-même par les CPNE (Commissions paritaires nationales de l'emploi), les COPIRE (Commissions paritaires interprofessionnelles régionales pour l'emploi), le CPNFP (Comité paritaire national pour la formation professionnelle) ainsi qu'à l'évaluation et au renvoi à la négociation de branche. Toutes ces règles relatives à la vie de l'ANI n'engagent que les signataires entre eux. Elles se réfèrent au droit commun de la négociation collective que l'ANI n'a ni pour objet ni pour effet de modifier. Le hors champ : agriculture, professions libérales, économie sociale, peut lui-même transposer des règles équivalentes par voie l'accord sans intervention législative. Point de loi dans ces domaines. Il faut impérativement éviter de créer un droit spécifique de la négociation collective appliqué à la formation.

Faut-il transposer dans une loi des procédures et outils de gestion des ressources humaines tels que le passeport formation, les bilans d'étape et entretiens professionnels... En principe non, si l'on veut éviter le risque d'obésité législative. Cependant, ces outils et procédures sont des éléments du droit précisément « procédural » de la formation qui permet de donner au « salarié acteur » des

points d'appui objectifs dans sa relation avec l'employeur. Le non respect par celui-ci de ces procédures pouvant être invoqué en justice, en cas de litige sur l'obligation de veille au maintien de son employabilité. Si juridiquement un accord interprofessionnel, de branche ou d'entreprise peut suffire à fonder le droit du salarié, on comprend la portée symbolique de l'inscription de ces repères dans la loi.

IV- La transposition législative ou réglementaire

La recodification du Code du Travail intervenue en 2008 a eu notamment pour effet de renvoyer de nombreuses dispositions traitées dans la partie législative à la partie réglementaire. Le Conseil d'Etat lorsqu'il sera saisi du projet de loi veillera au respect de cet équilibre. Les partenaires sociaux pour leur part, qui savent d'expérience que le diable est dans les détails, en l'espèce dans une tournure de phrase d'un décret, ne pourront que se montrer méfiants et vigilants car l'avis du Conseil d'Etat l'emportera. A titre d'exemple de quel véhicule juridique relève la question très débattue de la réduction du nombre des Opcva sujet sur lequel le président de la République lui-même s'est exprimé : des accords collectifs, de la loi codifiée ou non, de dispositions réglementaires ? En réalité tous ces supports seront mobilisés.

Les FAF (Fonds d'assurance formation) et les Opcva étant issus d'un accord collectif il appartient aux signataires d'en déterminer le champ d'application en vertu du principe de liberté de négociation qui gouverne cette question. Mais s'agissant d'organismes dont les ressources sont constituées par une « imposition fiscale de toute nature » seule une « loi fiscale » peut les habilitier à bénéficier d'une pareille ressource. Cependant, la détermination d'un seuil minimal de collecte n'est pas un principe général du droit, il ne relève pas de la loi mais d'un simple acte administratif unilatéral à savoir un agrément.

Ainsi, la loi quinquennale du 20 décembre 1993 qui avait eu à traiter de cette même question a-t-elle dans un article 74 mis fin à la validité des agréments en vigueur, et indiqué qu'une nouvelle procédure d'agrément serait engagée sur la base de critères rénovés. Si, comme il est probable, cette même procédure est retenue en 2009, le seuil de collecte sera déterminé par l'autorité administrative et non par la loi.

V-La loi passage obligé pour conférer une force juridique « erga omnes » à l'ANI du 7 janvier 2009

L'ANI même étendu ne s'applique qu'au seul champ d'application délimité par la capacité d'engagement juridique des organisations patronales signataires (Medef, CGPME, UPA). Les organisations patronales situées hors de ce champ pourraient volontairement « adhérer » à cet accord et le rendre ainsi applicable dans leur propre champ. La question est autant politique que juridique. A défaut il appartient à la loi de procéder à un « élargissement » de l'accord à tous les

employeurs de droit privé. Elle pourrait le faire de façon supplétive en stipulant que la loi ne s'applique qu'à défaut d'accord interprofessionnel conclu traitant du même objet. C'est la technique retenue par l'article L.6322-14 du Code du Travail relatif au CIF (congé individuel de formation). La loi fixe le principe du CIF, qui est d'ordre public, l'ANI en précise les modalités dans son champ par délégation de la loi, qui reprend ces mêmes dispositions applicables aux entreprises et aux salariés hors champ de l'ANI.

Cette question de la transposition de l'ANI dans la loi, en vue de lui conférer la force juridique qui lui fait défaut, dans le respect des équilibres issus de la négociation, est sans doute l'exercice le plus délicat car il renvoie à la dialectique des sources du droit du travail, la loi et le contrat collectif.

VI- Les interférences de la loi fiscale dans le domaine de la loi sociale

La dialectique des sources conventionnelles et législatives du droit de la formation serait plus aisément maîtrisable si la loi fiscale ne venait imposer sa propre logique. Or, celle-ci est particulièrement prégnante. En effet, toutes les mesures édictées par les deux premières sources comportant des incidences financières, demeurent inopérantes tant que la « loi fiscale » ne les a pas autorisées. Il en résulte non seulement un risque d'obésité de la loi, mais aussi une perte d'autonomie contractuelle allant de pair avec l'appropriation politique excessive d'un thème qui pour ce qui concerne la formation professionnelle relève en premier lieu de la compétence des acteurs en charge de la régulation du marché du travail.

On peut d'ailleurs s'interroger sur la pertinence même d'un travail de transposition qui ne peut que modifier la nature de l'accord. Souhaitons que le Parlement, qui en est le garant, n'oublie pas que l'Etat de droit repose sur la cohérence juridique et la mémoire historique et que volonté de puissance du politique prise isolément en constitue la négation.

Ndlr : la question de la prégnance de la loi fiscale, qui est au cœur de la réforme de la formation, sans avoir jamais été abordée au fond, fera l'objet de la prochaine chronique.

Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems, mars 2009