

Du bon usage du droit de la négociation collective appliquée à la formation professionnelle

Contribution à l'acte II de la réforme

I. La négociation collective sur la formation professionnelle pour des salariés : principe fondamental du droit du travail

- D'un point de vue juridique, la place de la négociation collective dans la réforme en cours de la formation professionnelle, n'aura jamais été aussi importante. En effet, pour la première fois l'article L.1 relatif au « dialogue social », placé au frontispice du code du travail recodifié, trouvera à s'appliquer à la formation professionnelle. « Tout projet de réforme envisagé par le gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et **la formation professionnelle** et qui relève du champ de la négociation nationale interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs **représentatives au niveau national et interprofessionnel** en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».
- La concertation préalable prévue par ce texte est en cours au sein du groupe multipartite. Il en résultera selon toute probabilité une négociation collective au niveau national interprofessionnel. Cependant, la place éminente faite à la négociation collective préalable à l'action législative ne signifie nullement un dessaisissement de la loi. Celle-ci peut intervenir en cas de succès de la négociation, pour en généraliser les effets, à titre subsidiaire ou complémentaire, ou encore en cas d'échec de la négociation pour s'y substituer.
- Cette relation dialectique complexe entre la loi et l'accord collectif est connue dans le domaine de la formation professionnelle depuis 1971 sous le vocable de « loi négociée ». Cet « usage » a connu des périodes fastes (1971 et 2003 par exemple) et des périodes plus sombres (loi quinquennale de 1993), selon les humeurs des gouvernants et le degré d'autonomie concédé aux partenaires sociaux. **Aujourd'hui, il ne s'agit plus d'un usage mais d'un principe juridique.** Les stratégies des partenaires sociaux et des pouvoirs publics s'en trouveront nécessairement modifiées. Quoi qu'il en soit, la remarque du regretté professeur Gerard Lyon-Caen relative à « l'autonomie » des partenaires sociaux et à la loi négociée, demeure d'actualité : en droit du travail, la loi ne saurait être la simple reproduction ou la paraphrase d'un accord national interprofessionnel préalable, comme c'est le cas depuis vingt ou trente ans. Les représentants du peuple sont élus, pas les représentants du patronat et des confédérations syndicales. Ce n'est plus une

démocratie, celle qui se décharge de son rôle sur les professions. Les organisations professionnelles ont leur légitimité...: elle n'est pas de tenir la plume des parlementaires... » (L'Etat des sources du droit du travail » Droit Social N°12 décembre 2001, p.1033).

- Il demeure que la détermination des relations collectives entre employeur et salariés, qui est l'objet même de la négociation collective englobe « les conditions d'emploi (des salariés) de **formation professionnelle** et de travail ainsi que de **leurs garanties sociales** » article L.221-1 du Code du Travail). La formation professionnelle étant ainsi doublement mentionnée, pour elle-même et comme « garantie sociale », au même titre que l'assurance chômage et les régimes de retraites complémentaires.
- La légitimité des partenaires sociaux à se saisir de la formation professionnelle comme objet de négociation collective, à tous les niveaux, ne fait pas de doute, d'autant qu'elle est ancrée dans les principes fondamentaux du droit du travail garantis par la constitution. En revanche, ce qui est en jeu, c'est le partage des compétences entre les pouvoirs publics, Etat et régions, et les partenaires sociaux pour la promotion du concept de formation tout au long de la vie qui est un projet de société plus large que celui de la « formation professionnelle » des salariés. Il appartiendra à la concertation engagée et à la négociation qui en résultera, de préciser non pas les règles du jeu de la négociation collective, qui sont acquises, mais de clarifier ce qui relève de la compétence de l'Etat et des Régions. C'est là que réside le véritable enjeu de la réforme à venir.
- Etant admis la légitimité à traiter de la formation professionnelle des salariés par la négociation collective et le fait que ce thème relève d'une compétence partagée avec l'Etat et les Régions aujourd'hui mal délimitée, il reste à s'interroger sur les effets produits par les principes juridiques et les procédures de la négociation collective lorsqu'elle s'applique à cet objet singulier que constitue la formation professionnelle. C'est l'objet de cette chronique qui traitera, des effets structurants du droit de la négociation collective à tous les niveaux, interprofessionnels, de branches et d'entreprises, sur la régulation de la formation professionnelle des salariés et s'interrogera non pas sur la réforme de la formation mais sur le bon usage de la négociation collective appliquée à la formation.

II. Liberté de négociation et détermination du champ d'application professionnel d'une convention ou d'un accord collectif de travail

Le champ d'application d'un accord collectif est librement déterminé par les organisations signataires représentatives dans le champ d'application de l'accord (article L2233-1 et L2231-2). De fait le champ d'application résulte de la capacité des organisations patronales à engager leurs mandants dans un champ déterminé pour lequel elles ont été dûment mandatées. C'est ensuite seulement que les procédures d'extension ou d'élargissement peuvent intervenir.

Ces principes ont plusieurs effets dont l'incidence sur le système de formation doit être soulignée : le principe fondamental de liberté de détermination des champs conventionnels a conduit à la création en France de 350 champs conventionnels qui tous sont invités à négocier un accord sur la formation, à désigner un Opcv existant, à en créer un par voie d'accord entre organisations représentatives, ou à défaut d'accord de branche à adhérer à un Opcv interprofessionnel existant dont les objectifs et les priorités ont été définis par un « accord ad hoc » à défaut d'accord de branche.

L'application de ces règles conventionnelles est le résultat quasi mécanique de l'inscription de la formation professionnelle dans le droit des salariés à la négociation collective (article L221-1 du code du travail). Cette inscription demeure t-elle pertinente en considération de ses effets ? Non, diront ceux qui assimilent la formation professionnelle au service public d'éducation et qui considèrent que doit l'emporter le principe républicain d'égalité pour tous. Oui, dirons ceux qui considèrent que la formation professionnelle des salariés n'est pas une fin en soi mais un simple moyen au service de la qualification des salariés qui est l'objet même du contrat de travail. Dans cette perspective (qui est celle des signataires de la présente chronique) seul le droit flexible de la négociation collective peut apporter dans chaque champ conventionnel, qui est aussi un champ économique, la « réponse formation » la plus adéquate.

Si la critique externe de complexité du champ conventionnel voire de « corporatisme » n'est pas recevable en ce qu'elle est fondée sur un référentiel inadéquat. Il demeure que la critique interne du droit flexible de la négociation est aujourd'hui nécessaire. Nous nous y emploierons en examinant chacun des niveaux de la négociation collective, interprofessionnelle, de branche, d'entreprise.

Champ d'application

La question du champ d'application des conventions et accords collectifs de travail, traitant à titre subsidiaire ou principal de la formation doit être dissociée de celle du champ d'application des Opcv, FAF et Opacif pour plusieurs raisons.

Tout d'abord parce que l'accord fondateur d'un Opcv **n'est pas un accord collectif de travail** au sens du Livre II du code du travail mais un simple accord collectif conclu par des organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatifs dans un champ donné. Il n'a pas pour objet, au sens strict la détermination des relations collectives de travail entre employeurs et salariés (Article L2221-1) mais la création d'une institution de garantie sociale pour les FAF, ou d'une simple association habilitée à collecter des contributions de nature fiscale dues par les employeurs au titre de la formation professionnelle pour les Opcv. Le principe de « liberté-économique » qui fonde l'accord collectif de travail n'a pas la même portée lorsqu'il s'agit de créer une institution de garantie sociale dont le champ et le dimensionnement doivent aussi prendre en compte des critères fonctionnels d'efficience en vue d'une allocation optimale des ressources mises en commun.

A cet égard, les accords collectifs fondateurs des Opcas et FAF sont à rapprocher des accords de sécurité sociale au sens de l'article L2221-3 du Code du travail qui renvoie au titre 1^{er} du Livre IX du Code de la sécurité sociale.

En second lieu, parce que l'autonomie de la négociation et la liberté de détermination du champ d'application professionnel et territoriale sont obérées par la nature fiscale de la ressource collectée : Tant qu'il en sera ainsi, seul « l'agrément fiscal » donnera aux pouvoirs publics droit de vie et de mort sur les Opcas même si l'article 8-17-5^e de l'ANI du 5 décembre 2003 donne compétence au CPNFP (Comité paritaire national pour la formation professionnelle) pour se prononcer sur la régulation du système paritaire par une procédure interne d'agrément. Celle-ci est en réalité dépourvue de force juridique tant que la maîtrise de la ressource des FAF et Opcas n'appartiendra pas aux partenaires sociaux eux-mêmes, par la transformation de la contribution légale en contribution conventionnelle.

III. La négociation interprofessionnelle nationale

Trois fonctions sont assignées à ce niveau de négociation : une fonction de préparation de la loi (loi négociée) une fonction institutionnelle par la création d'organismes paritaires conçus pour prendre en charge un certains nombres de risques ou de charges nés du contrat de travail (chômage, retraite, formation...), une fonction d'orientation pour la négociation de branche. Ces trois fonctions s'appliquent sans réserve au domaine de la formation professionnelle. Elles méritent un examen critique dans la perspective de la nouvelle réforme annoncée.

La première observation a trait à la **représentativité des organisations patronales** signataires d'un accord interprofessionnel national sur la formation (cf. Jacques Barthélémy « Les accords nationaux interprofessionnels » droit social Mai 2008 page 566). Certes, ni la représentativité du MEDEF, de la CGPME et de l'UPA, signataires de l'ANI du 5 décembre 2003, ne sont en cause. Ce qui l'est c'est le fait qu'aucune de ces trois organisations ne représente ni le secteur agricole (FNSEA) ni les professions libérales (UNAPL) ni l'économie sociale (notamment l'Usgeres), qui de ce fait se trouvent exclues aussi bien de la fonction de préparation de la loi, que de la « gouvernance » du système paritaire de la formation assurée par le CPNFP, le FUP (Fonds unique de péréquation), et le Fongecif pour ce qui est du financement. La même question qui s'est posée au niveau européen à trouvé des solutions. Elle renvoie à l'absence de définition reconnue du terme « interprofessionnel » sous réserve de celle de la circulaire du 22 septembre 2004 prise en application de la loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social et à la formation tout au long de la vie. Celle-ci indique que « un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels sans lien direct entre eux. Le champ de ce type d'accords ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. »

« Plusieurs espaces interprofessionnels possibles »

On peut en conclure qu'il existe plusieurs espaces interprofessionnels possibles, le MEDEF, la CGPME, l'UPA n'ayant pas l'exclusivité. C'est ainsi que les employeurs

de l'économie sociale ont construit, à la suite de l'UNAPL et de l'UPA, leur propre espace interprofessionnel à l'occasion d'un accord sur la formation professionnelle. Le rapport entre démocratie politique et démocratie sociale (loi négociée) gagnerait en qualité par la prise en compte équitable de la totalité des organisations d'employeurs représentatifs au niveau national (intersectoriel et/ou interprofessionnel). Il en irait de même du dépassement de la distinction du champ et du hors champ » spécifique à la formation. Il serait de bonne politique que les organisations patronales « représentatives dans le champ » de l'ANI rendent possible l'association des organisations représentatives « hors champ » à l'élaboration d'un accord préparatoire à une loi et à la gouvernance d'un dispositif paritaire qui concerne toutes les entreprises et tous les salariés du secteur privé.

La troisième fonction qui est celle d'orientation de la négociation de branche n'appelle pas d'observations de même niveau d'enjeu politique que celles qui précèdent, dans la mesure où l'accord de branche est encadré par la loi et qu'il ne peut déroger « in pejus » à l'accord interprofessionnel que si celui-ci autorise ces dérogations. En revanche, sur le plan de la méthode de négociation, la fonction d'impulsion et d'orientation pourrait utilement être repensée par les négociateurs de l'ANI en révisant périodiquement ces orientations par la prise en compte des innovations de la négociation de branche et par la promotion de thèmes de négociation expérimentaux proposés à des branches volontaires avant d'inscrire dans le marbre des dispositions normatives.

« Fonction institutionnelle »

La fonction « institutionnelle » de création et de pilotage d'organismes paritaires conçus pour prendre en charge des risques ou des charges nés du contrat de travail (c'est le cas des Opcas et des FAF et de Opacif...) connaîtra dans les mois qui viennent un regain d'actualité dans la perspective annoncée d'une réduction du nombre des Opcas et d'une redéfinition de leur objet social rendu nécessaire en raison de la nouvelle approche de la formation tout au long de la vie promue par l'ANI du 5 décembre 2003 (diversification des prestataires concourant à la professionnalisation des « salariés » acteur de leur projet de formation et d'évolution professionnelle).

Si le principe d'autonomie de la négociation a un sens, **c'est aux partenaires sociaux et non à l'administration de définir les critères qui doivent présider au regroupement et à la redéfinition de l'objet social.** Ceci peut se faire par voie de négociation soumise à un contrôle, non pas d'opportunité, mais de légalité exercé par les pouvoirs publics. Mais c'est là que réside le talon d'Achille de la fonction institutionnelle de la négociation nationale interprofessionnelle en raison du fait que les ressources qui permettraient d'assurer le financement des « garanties sociales » créées par voie de négociation, sont de nature fiscale et que l'Etat « tient » les partenaires sociaux par le portefeuille. Cette forme de « néo corporatisme » est d'autant plus perverse que les partenaires sociaux eux-mêmes sont les premiers à s'abriter derrière le bras armé du fisc tout en s'insurgeant contre l'intervention des pouvoirs publics dans la négociation collective.

IV. La négociation de branche

Elle constitue l'épicentre de la négociation sur la formation en raison d'une obligation triennale d'ouvrir des négociations sur les priorités les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés (article L222-41-6) et surtout par le fait que seul l'accord de branche, sans dérogation possible, est habilité à traiter de la mutualisation des fonds recueillis au titre de la participation des entreprises. Ce thème est prohibé pour les accords de groupe et les accords d'entreprises. Les ressources mutualisées au titre du CIF (congé individuel de formation) (0,20 %) et au titre du 0,5 % affectées selon le choix des branches (fongibilité) à la professionnalisation, à l'apprentissage au DIF (droit individuel à la formation), etc. échappent à l'entreprise individuelle et entrent dans le champ de la solidarité professionnelle ou interprofessionnelle (CIF) par le jeu de la mutualisation.

Cette « sanctuarisation » des ressources mutualisées au niveau de la branche, et ses effets sur l'accès des salariés à la formation ainsi que sur la régulation de l'offre est au cœur de critiques aussi bien de représentants des pouvoirs publics que de ceux des dispensateurs de formation situés sur le marché « interprofessionnel » (transversal). Ceux qui se situent dans la proximité des branches ou en sont issus sont accusés par les premiers de distorsion de concurrence en raison du fait que les partenaires sociaux des branches dont ils sont issus définissent les priorités de la formation, contrôlent les ressources mutualisées et accordent des certifications. Faut-il encore le démontrer, ce qui n'est pas acquis. Car la logique de branche dont la finalité est de contribuer à conduire les salariés nouvellement embauchés vers les qualifications cœur de métier, et à renforcer leur professionnalisation est totalement fondée et légitime. Certes la part des qualifications transversales à plusieurs métiers augmente ainsi que les flux de mobilité interbranches mais pas au point de délaisser le « cœur de métier » et transférer les ressources aujourd'hui mutualisées au niveau des branches dans un espace interprofessionnel territorial indéterminé.

Tâche prioritaire

Dans la logique du droit des salariés à la négociation collective, des conditions de la formation professionnelle, la définition et le financement par les branches des formations liées à la « qualification cœur de métier » sont une tâche prioritaire. Dans le même temps, la négociation collective doit prendre en compte l'émergence des qualifications transversales liées aux mutations technologiques et aux évolutions de l'organisation du travail.

Ceci peut se faire et d'ailleurs se fait déjà par voie d'accords intersectoriels ou entre les branches et l'interprofession. Une modification de l'article L6314-1 serait judicieuse pour acter l'importance des qualifications transverses.

En revanche, casser la logique de négociation de branche au profit d'une régulation intersectorielle et interprofessionnelle territoriale n'aurait aucun sens à défaut de véritable tradition de négociation à ce niveau qui ne constitue pas un échelon de régulation sociale à ce jour.

Si donc les partenaires sociaux veulent rester maître de l'acte II de la réforme de 2003 (ANI du 5 décembre) il devrait soumettre à la critique l'article L6314-1 du Code du travail et dans le souci de faciliter les parcours de mobilité professionnelle, facteur de réduction du taux de chômage, construire un nouvel équilibre entre cœur de métier et transversalité.

V. La négociation d'entreprise sur la formation

Sous l'angle juridique, la négociation d'entreprise peut bien entendu traiter de la formation sous réserve du respect du principe d'ordre public social. Et des dispositions de l'article L2253-3 qui permet à l'accord d'entreprise de déroger à un accord de branche sauf pour la mutualisation, à condition que celui-ci l'ait expressément autorisé. Les textes prévoient également une articulation entre la consultation du CE (comité d'entreprise) sur la formation et une éventuelle négociation d'entreprise sur ce même thème.

Pour ce qui est de l'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise sur la formation il faut constater que la grande majorité des accords de branche ont adopté des clauses de sécurité juridique interdisant la dérogation « in pejus » par l'accord d'entreprises. De plus s'agissant du financement du DIF, les dispositions d'un éventuel accord d'entreprise ne seraient pas opposables à l'Opca. Ces mécanismes juridiques réfrènt les ardeurs d'éventuels négociateurs d'entreprise sur la formation.

Principe de réalité

Mais là n'est pas l'essentiel qui se trouve dans le principe de réalité, selon lequel la formation considérée de façon isolée, ne constitue pas une enjeu de négociation pour l'entreprise dans le contexte actuel de prise en compte de ce thème par la branche et les Opca pour les ressources mutualisées, par l'ANI, la loi et les accords de branche pour les droits et obligations des parties au contrat de travail (accès à la formation, reconnaissance de ses effets...) par le CE pour la consultation/délibération sur le plan de formation.

Si l'on voulait faire de la formation un objet de négociation dans l'entreprises il faudrait transférer la compétence du CE et créer une obligation annuelle de négocier le plan de formation dans l'entreprise. Si cette option qui a été évoquée de façon récurrente depuis plus de 40 ans n'a jamais abouti, c'est qu'il y a de sérieuses raisons et en premier lieu le fait que la stratégie de l'entreprise (technologie, marchés, compétences, investissements...) dont la formation est un moyen parmi d'autres, ne se négocie pas. Elle peut être comme en Allemagne soumise à des procédures de cogestion au sein du directoire de la société et de co-décision dans le cadre du Conseil d'Entreprise « betriebsrat ». Cette procédure de la co-décision est obligatoire, ce qui explique que l'entreprise allemande ne connaisse pas l'obligation financière de contribuer au développement de la formation.

La seconde raison qui explique le peu d'engouement pour la négociation d'entreprise sur la formation, considérée comme un objet à part entière, est le processus d'externalisation, hors de l'entreprise, de la formation considérée comme une garantie sociale: le CIF, le congé de bilan de compétence, le congé de VAE (validation des acquis de l'expérience) sont externalisées au sein du Fongecif ou de l'Opacif. La professionnalisation (contrat et période) ainsi que le DIF (pour partie) sont externalisés au sein d'Opca et de FAF. Dès lors que ces garanties sociales et leur règles de financement sont définies, c'est ce qu'a fait l'ANI du 5 décembre 2003, il n'y a plus lieu de les renégocier à perte de vue dans l'entreprise ; seul reste négociable le meilleur usage de la formation dans des contextes d'entreprise aussi divers que les marchés du travail sur lesquels elles se trouvent situées. La formation alors n'est plus une totalité mais un moyen au service d'objectifs plus larges tels que l'égalité professionnelle, l'emploi des seniors, les procédures de GPEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences), etc.

Au total, le faible ratio d'accords d'entreprise enregistré depuis plus de 40 ans trouve son explication non pas dans les choix idéologiques des partenaires sociaux (au demeurant contradictoires) mais dans le principe de réalité qui n'a pas de raison de ne pas perdurer et qui se décline en trois propositions :

1. La **stratégie de l'entreprise** à laquelle la politique de formation est associée n'est **pas par nature « négociable »** au sens du droit de la négociation collective.
2. La **formation** qui s'est construite au fil des années comme une « garantie sociale » des salariés contre le risque d'obsolescence des connaissances et d'inemployabilité, **est externalisée au sein d'institutions paritaires issues de la négociation collective**. Les principes et les procédures de cette garantie sociale échappent à la négociation d'entreprise. En revanche, elles sont largement promues par la négociation interprofessionnelle et de branche (ex : la transférabilité ou portabilité du DIF)
3. **L'usage que fait chaque entreprise de la formation en fonction de sa technologie, son marché, son « capital humain » peut donner lieu à négociation dans laquelle la formation sera un « accessoire » au service d'un objectif principal**. La négociation d'entreprise, outre l'inévitable part d'adaptation, est surtout une négociation de mise en œuvre, d'opérationnalisation voire de procéduralisation des dispositifs et moyens de formation, à l'instar de ce que l'on trouve dans la négociation sur la GPEC à laquelle elle est aujourd'hui souvent liée.)

Conclusion :

1. Le droit des salariés à la négociation collective de la formation professionnelle et de garanties sociales fait partie intégrante de notre ordre juridique. Il ne s'agit pas d'une pièce rapportée révocable « at nutum ».
2. La gouvernance interne du système de formation issue de la négociation collective à tous les niveaux et de la gestion paritaire est perfectible. A titre d'exemple, des voies de progrès existent par le dépassement du champ et du

hors champ, par la restructuration du CPNFP et du FUP en vue d'un pilotage plus responsable et plus lisible.

3. Il en va de même de la restructuration des organismes de gestion paritaire (FAF, Opca, Opacif). Celle-ci peut intervenir par voie conventionnelle sans les pouvoirs publics. A vrai dire, elle doit intervenir en raison du fait que l'ANI du 5 décembre 2003 en modifiant le spectre des prestations éligibles au titre de la formation n'a pas modifié l'objet social et les procédures d'intervention des instances de gestion paritaires qui restent définies par voie réglementaire.
4. L'existence de 350 champs conventionnels est une réalité de notre système de relations professionnelles. Si elle est adaptée pour la négociation salariale, elle n'est sans doute pas pertinente pour la formation qui, doit certes répondre en priorité aux besoins en qualification de « cœur de métier », mais aussi faciliter l'émergence des qualifications transversales, accompagner les mobilités intersectorielles, contribuer à la sécurisation des parcours professionnels. La recherche de meilleurs équilibres dans ces domaines est sans doute une tâche urgente des partenaires sociaux en charge de la gouvernance du système négocié et paritaire de la formation.
5. L'équilibre qui prévaut aujourd'hui au niveau de l'entreprise, peut difficilement être modifié en raison de la seule formation, sauf à vouloir modifier la nature du pouvoir du CE (comité d'entreprise) en l'alignant sur le modèle allemand. Ce qui n'a guère de sens. En réalité la formation, du point de vue de l'entreprises obéit à une double logique, celle de l'investissement qui relève du pouvoir économique, non « négociable » et celle de la couverture du risque d'inemployabilité des salariés, qui elle est négociable comme garantie sociale externalisée.
6. La négociation collective et la gestion paritaire de « garanties sociales » qui en résulte est fondé sur un corps de règles communes à tous les domaines de la négociation (salaire, emploi...) et qui produisent des effets quasi automatiques sur la régulation du système de formation. Ces règles et leurs effets, c'est-à-dire la culture de la négociation collective, sont insuffisamment maîtrisés par les acteurs du système de formation (pouvoirs publics, régions, dispensateurs...). Ce « gap » culturel rend compliquée la « gouvernance » générale du système de formation qui suppose au plan global une « compétence partagée ».
7. La pratique, que l'on espère régulière, de l'évaluation des accords collectifs aussi bien interprofessionnels que de branche, que les partenaires sociaux viennent d'inaugurer avec l'évaluation de l'ANI du 5 décembre 2003, devrait contribuer à une meilleure gouvernance du système de la formation professionnelle des salariés et faciliter une connaissance partagée avec les autres acteurs des logiques de la négociation collective.