



Trilogie. Le système de formation professionnelle à l'épreuve de la crise sanitaire économique et sociale

Les trois prochaines chroniques coécrites par Jean-Marie Luttringer et Sébastien Boterdael propose au lecteur une analyse de la part du droit dans la gestion de la crise sanitaire et de la crise économique et sociale consécutive.

La chronique 156 s'intéresse aux conséquences de la crise sanitaire pour l'activité économique du secteur de la formation professionnelle. « Le droit de la crise » est caractérisé par la maxime selon laquelle « nécessité fait loi ». Ce droit dérogatoire est constitué d'un champ sémantique juridique totalement inhabituel comme, la force majeure, le fait du prince, l'état d'urgence sanitaire, le droit de retrait, etc. Ces notions juridiques n'ont pas fini de produire des effets, notamment pour les prestataires de services de formation et leurs clients.

La chronique 157 s'intéresse à la capacité des acteurs institutionnels du système de formation professionnelle issus de la réforme du 5 septembre 2018 à faire face aux enjeux de la crise économique et sociale. Les principes et les mécanismes de la régulation de l'univers de la formation professionnelle résisteront-ils aux tempêtes qui s'annoncent ? L'État aura-t-il laissé sa place au dialogue social ? Les entreprises seront-elles au rendez-vous « de l'investissement dans les compétences » et à la hauteur de leur responsabilité sociale ?

La chronique 158 s'intéressera plus particulièrement à la question de l'initiative individuelle telle que formulée dans le théorème de Bertrand Schwartz « on ne forme pas une personne elle se forme si elle y trouve un intérêt ». Alors que la crise économique, et la politique de relance appellent, au-delà des formations courtes d'adaptation des formations d'acquisition, de nouvelles qualifications et de reconversion lourde, rien ne serait pire que le retour « au stage parking » et à la prescription obligatoire « pour faire du chiffre ». Ce sera l'heure de vérité pour les dispositifs complémentaires issus de la dernière réforme, notamment l'entretien professionnel dans l'entreprise, le conseil en évolution professionnelle à l'extérieur de l'entreprise et le CPF.



Chronique 156

Les offreurs de formation à l'épreuve de la crise sanitaire et de ses conséquences économiques et sociales

Introduction

1. « Nécessité fait loi ». Cet adage, que l'on peut rattacher à la pensée de Montesquieu exprimé dans « L'Esprit des lois », dessine le contour du champ sémantique juridique résultant de la crise sanitaire. Gérard Cornu en propose la définition suivante : « *Situation critique qui, abolissant en fait le choix des moyens, dicte et justifie une solution même exorbitante comme étant, raisonnablement, dans le cas, la seule de nature à sauvegarder un intérêt légitime ; situation plus déterminante que l'utilité, la commodité ou l'opportunité* »¹. (G. Cornu -Vocabulaire juridique puf).

2. C'est bien la « nécessité » qui a conduit les pouvoirs publics à prendre « des mesures exorbitantes du droit commun » : celle de protéger les intérêts supérieurs que sont la santé de la population et ainsi que la sauvegarde de l'économie, et ce au prix d'une privation temporaire de libertés. La liberté individuelle « d'aller et de venir » d'abord, qui concerne toutes les personnes indépendamment de leur statut (dont celle engagée dans un processus de formation professionnelle) mais également celle « d'entreprendre » (reconnue constitutionnellement) qui concerne de nombreux secteurs économiques (dont celui de la formation professionnelle).

3. Le champ sémantique utilisé ces derniers mois est polysémique. Il mêle des terminologies bien ancrées dans notre ordre juridique mais également de néologismes ou de notions jusque-là utilisées hors du champ social. On citera sans les prioriser « l'état d'urgence sanitaire », de « la force majeure », le « fait du prince », « l'imprévision », « la fermeture administrative », le recours à la techniques assurantiel « pour perte exploitation » des entreprises privées, l'obligation d'assurer la santé et la sécurité des salariés qui pèse sur tout employeur, le « droit de retrait » ...

4. Ces différents principes et mécanismes juridiques s'appliquent bien entendu au secteur économique de la formation professionnelle, en tenant compte de ses spécificités, notamment celle consistant accueillir du public. La notion de responsabilité apparaît au centre de ce champ sémantique juridique : la responsabilité politique et juridique de la puissance publique ; la responsabilité respective des employeurs et des salariés des organismes de formation ; la responsabilité du prestataire de services de formation envers ses « client/stagiaire » dans le cadre de la relation pédagogique présente ; ...

¹ G. Cornu -Vocabulaire juridique, PUF

Comme beaucoup d'autres secteurs d'activité, les offreurs de formation ont vu leur équilibre économique bouleversé pendant le confinement du fait d'une transformation, voire d'une remise en cause, de leurs engagements contractuels avec leurs clients (première partie). En tant qu'employeurs, ils ont parallèlement dû se réorganiser dans le respect des mesures de protection de leurs salariés, notamment les formateurs (seconde partie).

Première partie. Les relations contractuelles en matière de formation face à l'état d'urgence sanitaire.

5. L'économie de marché dans laquelle s'inscrit l'univers de la formation professionnelle se caractérise par des relations contractuelles de droit privé et de droit public entre acteurs économiques fondés sur l'autonomie de la volonté. Les prestataires de services de formation professionnelle n'échappent pas à cette logique économique et juridique. Dès lors se pose la question de savoir si un événement extérieur à la volonté des parties et imprévisibles, tel que le coronavirus, est constitutif d'un cas de force majeure qui justifie l'interruption des relations contractuelles établies avant son apparition (I). Face aux effets potentiellement dévastateurs du recours à cette théorie civiliste, « l'État protecteur » est entré en jeu (II).

I. L'épée de Damoclès de la théorie civiliste de la force majeure

6. En droit français, un cas dit de force majeure est un événement exceptionnel auquel on ne peut faire face². Traditionnellement, et bien que la récente formulation de l'article 1218 puisse paraître plus ouverte, on considère que la force majeure est « imprévisible », « irrésistible » et « extérieure ». Un incendie, une guerre, un cataclysme naturel peuvent relever de cette qualification juridique dès lors qu'il constitue la source directe de l'impossibilité d'exécution. **La force majeure permet une exonération de la responsabilité en invoquant les circonstances exceptionnelles qui entourent l'événement.** Elle s'applique, aussi bien en droit privé qu'en droit public³. La reconnaissance de la force majeure a pour effet de libérer les parties liées par un contrat ou une convention de droit privé de leurs obligations respectives : l'employeur, par exemple celui de l'entreprise de formation, pourra rompre le contrat de travail sans recourir à la procédure de licenciement et mettre fin à un contrat à durée déterminée⁴. En sa qualité de prestataire, il pourra mettre fin aux conventions de formation conclues

² Article 1218 du code civil : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

³ Article L. 2195-2 du code de la commande publique : « L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure. »

⁴ Elle peut être reconnue à l'occasion d'un incendie ou d'un cyclone entraînant la destruction totale de l'entreprise sans possibilité de reprise de l'activité. Une décision administrative peut aussi constituer un cas de force majeure (par exemple, le retrait d'un agrément obligatoire pour exercer l'activité).

avec ses clients. En qualité de locataire, il pourra être dispensé de payer les loyers à son bailleur. Par ailleurs ses clients, financeurs et fournisseurs pourront suspendre l'exécution des contrats et conventions qui les lient à l'entreprise de formation, dès lors qu'ils peuvent eux-mêmes invoquer le cas de force majeure.

7. On peut peut-être considérer, avec le ministre de l'économie Bruno Le Maire, et le ministre du travail, que la pandémie du coronavirus constitue un cas de force majeure⁵. Cependant cette qualification juridique ne relève pas de la compétence de l'administration. Elle s'apprécie par les tribunaux en prenant en compte les circonstances spécifiques à chaque situation. À titre d'exemple, l'épidémie de Dengue en Martinique en septembre 2007 n'a pas été considérée comme un cas de force majeure par la Cour d'Appel de Nancy, car selon la Cour cette épidémie n'était pas imprévisible « *en raison du caractère endémo-épidémique de cette maladie dans cette région* » et n'était pas irrésistible compte tenu de « *l'existence de moyens de prévention* ». Le virus Chikungunya aux Antilles n'a pas été non plus qualifié de cas de force majeure par la Cour d'Appel de Basse Terre.

8. Ces exemples qui ne sont pas nécessairement transposables à la pandémie que nous connaissons illustrent la très grande réticence des juridictions à reconnaître cette qualification juridique. Dans une économie de marché fondée sur le « contrat », puisse-t-il prendre la forme d'un marché public, sa reconnaissance, surtout à grande échelle, aurait pour effet d'entraîner la suspension ou l'annulation de tous les engagements contractuels. En d'autres termes, le risque serait grand que plus personne ne soit responsable de rien.

9. En revanche, si le doute persiste sur la caractérisation de cette épidémie comme force majeure (pour les seules relations contractuelles conclues antérieurement), cette qualification peut sans conteste résulter d'une décision prise par les pouvoirs publics pour en endiguer les effets. Tel est le cas de la fermeture administrative d'entreprises de toute nature y compris d'établissements de formation professionnelle. Ce qui pourrait encore se produire si un ou plusieurs formateurs ou plusieurs stagiaires étaient reconnus positifs à la COVID 19. On parlera alors « de fait du prince, » générateur de la qualification de force majeure. Tel est le cas des mesures prises par une autorité administrative, par voie d'arrêtés, de fermeture des lieux accueillant du public. Les établissements d'enseignement et de formation sont expressément visés par cette mesure. Ces arrêtés constituent un cas de fait du prince qui justifie le recours à la qualification de la force majeure. Il en va de cette même théorie quand l'autorité publique, par décision unilatérale et extracontractuelle, décide de suspendre les engagements pris dans le cadre d'un marché public de formation.

10. Dans le cadre d'un marché public de formation, le recours à la « théorie de l'imprévision » semble du fait de la COVID 19 ouvert aux prestataires ayant maintenu leur activité malgré le confinement. En effet, selon cette doctrine reconnue depuis plus d'un siècle par le juge administratif, le cocontractant de l'administration pour lequel

⁵ Bruno Lemaire, 28 février 2020.

l'exécution serait rendue plus difficile à la suite d'un « événement imprévisible et temporaire » peut bénéficier d'une indemnisation partielle du préjudice qui lui a été causé. Il est toutefois impératif que l'exécution du contrat se soit poursuivie. Ouvert contre la jurisprudence judiciaire par le récent article 1195 du code civil aux contrats passés entre personnes privées, cette possibilité ne connaît en France qu'un très faible cas de recours.

11. L'impossibilité totale ou partielle d'exécuter les contrats passés avant la crise a évidemment des conséquences directes sur l'équilibre économique déjà fragile des offreurs de formation. On notera que la technique assurancielle n'a guère été à la hauteur des enjeux de cette crise, alors même qu'elle a pour finalité de couvrir les risques de toute nature auxquels les acteurs de l'économie de marché, dont les prestataires de services de formation, prestataires de biens immatériels, peuvent être confrontés. Ni le régime d'assurance catastrophes naturelles, conçu pour assurer la couverture des dommages liés aux inondations, ni la garantie obligatoire catastrophes technologiques, n'ont pu répondre aux conséquences économiques de cette crise sanitaire⁶. Ce constat a conduit les pouvoirs publics à s'interroger sur la mise en place d'un nouveau régime d'assurance obligatoire conçu pour permettre aux acteurs économiques de faire face à une baisse de leur chiffre d'affaires et poursuivre leurs activités dans les meilleures conditions, à un coût abordable pour les entreprises et maîtrisé pour la collectivité publique⁷.

II. L'État protecteur au chevet de l'économie de marché : « L'état d'urgence sanitaire »

12. Par nécessité, l'État protecteur a cherché à endiguer les effets dévastateurs d'un potentiel recours à la qualification de force majeure, grâce à la reconnaissance juridique du concept « d'état d'urgence sanitaire ». Ce cadre juridique a été codifié par les articles L. 3131-12 à L. 3131-20 du code de la santé publique⁸. Son déclenchement a pour effet de rendre difficile, voire impossible, en raison des restrictions apportées aux libertés individuelles, notamment la mobilité et la liberté d'entreprendre, les relations contractuelles antérieures qui structurent l'économie de marché qui est la nôtre : le contrat de travail, les contrats et conventions de formation, les contrats commerciaux, ... qui régissent l'activité de prestataire de services de formation ainsi que des services associés.

13. Dans le même temps qu'ils instituaient le droit dérogatoire de l'état d'urgence sanitaire, les pouvoirs publics ont mis en place des mesures destinées à en atténuer les effets. Un document « questions-réponses » du ministère du Travail les explicite

⁶ Parmi les plus médiatiques, la récente décision du tribunal de commerce de Toulouse, le 18 août dernier, concernant les établissements du chef étoilé Michel SARRAN le déboutant de ses demandes d'indemnisations par son assureur des pertes d'exploitation liées à la COVID 19.

⁷ Voir Les Échos du 9 mars 2020, "[Coronavirus : les entreprises sont-elles assurées en cas de pertes d'exploitation ?](#)" Alexandra Cohen-Jonathan, associée chez August Debouzy.

⁸ Instauré pour deux mois par la loi du 23 mars 2020, l'état d'urgence sanitaire a été prolongé une fois jusqu'au 10 juillet inclus. La loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire met en place un régime transitoire qui autorise le gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles jusqu'au 31 octobre 2020.

notamment dans le champ de la formation professionnelle et de l'apprentissage⁹. Ces mesures peuvent être regroupées en trois catégories : permettre la continuité des financements des dispositifs de formation par les financeurs, préserver les emplois et les compétences et aider au maintien de la trésorerie de ces établissements. Deux principes ont été posés pour éviter les ruptures de financement et sécuriser les parcours de formation : maintenir le financement des formations notamment lorsque les formations démarrées pouvaient être transformées en formation à distance et maintenir la rémunération du demandeur d'emploi en formation.

14. Comme tout employeurs concernés par les mesures palliatives de temps partiel pour leurs salariés, les offreurs de formation ont pu pour certains bénéficier du plan massif de formation pour les salariés en activité partielle avec une prise en charge intégrale des coûts pédagogiques. Ce financement par le Fonds national de l'emploi (FNE-Formation) concerne les prestataires de formation à un double titre : pour leurs propres salariés et pour développer une offre spécifique, destinée à des personnes disposant du fait du régime d'activité partielle de temps pour se former. Le recours à la VAE a également été encouragé par un « forfait parcours VAE » plafonné à 3000 euros.

III. Le droit commun de protection de la santé des salariés.

15. Le droit dérogatoire de l'état d'urgence sanitaire ne se substitue qu'en partie au droit commun de protection de la santé et de la sécurité des salariés, régi par le code du travail. Le protocole, au demeurant sans valeur juridique contraignante¹⁰, publié par le ministère du travail le 31 août 2020 propose un « mode d'emploi ». Il permettra aux employeurs d'apporter la preuve « *in concreto* » de moyens mis en œuvre pour assurer leurs obligations sans pour autant avoir pour effet de les exonérer de plein droit de la responsabilité. Il leur permettra également de rechercher la responsabilité des salariés qui n'ont pas respecté les consignes édictées par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction.

L'employeur, responsable de la santé et de la sécurité des salariés.

16. En application du code du travail, « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* »¹¹. Il doit veiller à « *l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ». La responsabilité de l'employeur est évaluée au cas par cas ; l'employeur qui ne respecte pas ces obligations s'expose à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement. Quant à la responsabilité du salarié soumis au pouvoir de direction de l'employeur, elle

⁹ Questions-réponses Formation professionnelle des salariés, alternants et personnes en recherche d'emploi, DGEFP, 19 mars 2020

¹⁰ La valeur juridique de ce protocole ne semble à tout le moins pas clairement établie. Le décret n°2020-860 du 10 juillet 2020 prévoyant un certain nombre des dispositions contenues dans le protocole, mais pas toutes loin s'en faut, et même des dispositions qui lui sont contraires (par exemple, le port du masque n'est rendu obligatoire qu'à la condition que le respect de la distanciation ne soit pas possible).

¹¹ Article L4121-1 du code du travail

ne peut être engagée qu'en cas de faute de sa part, celle-ci pouvant être caractérisée par un manquement aux mesures sécuritaires mises en place dans l'entreprise.

17. Le « Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19 », mis à disposition de toutes les entreprises à compter du 1^{er} septembre 2020 (masque obligatoire, gestes barrières, ...) vient éclairer le droit commun des obligations qui pèsent sur l'employeur en matière de préservation de la santé des salariés. Cette démarche engagée par le gouvernement a fait l'objet de critiques aussi bien des organisations patronales que de certaines organisations syndicales de salariés, qui considèrent qu'un protocole arrêté dans le cadre du dialogue social, adapté au contexte de chaque entreprise, serait préférable un protocole de portée générale¹². Au demeurant, ce protocole n'a pas de portée juridique directe : celle-ci peut résulter d'une part de son inscription dans le règlement intérieur de l'entreprise, d'une note de service explicite ou encore d'un accord collectif. Il peut contribuer à l'actualisation du Document unique d'évaluation des risques professionnels.

18. Cette formule permet à l'employeur de sanctionner les salariés qui n'en respectent pas les dispositions. En effet, les « règlements de police » permettant de sanctionner par une contravention toute personne qui ne respecte pas l'obligation de port du masque dans la rue, ne s'appliquent pas dans l'entreprise au sein de laquelle le pouvoir de police appartient à l'employeur. C'est à lui qu'il appartient de sanctionner les salariés sans pour autant pouvoir leur infliger des amendes prohibées par la loi, ni leur faire porter la responsabilité du non-respect de la mise en place de procédures de protection sanitaire, sauf faute intentionnelle de leur part. Les salariés ne sont dans l'entreprise que de simples « préposés » de l'employeur, soumis, du fait de la subordination juridique à son pouvoir de direction.

Le droit de retrait.

19. Le droit de retrait permet au salarié¹³ ou à l'agent public¹⁴ de quitter son poste de travail ou de refuser de s'y installer sans l'accord de son employeur. Il peut s'exercer à deux conditions : s'il a un motif raisonnable de penser que la situation de travail présente « *un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* » ou en cas de « *défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection* ». Selon la doctrine administrative ("questions/réponses pour les entreprises et les salariés" du [ministère du Travail](#) publié dès la fin février 2020 et régulièrement actualisé par la suite), si l'employeur met en œuvre les recommandations du gouvernement, les conditions d'exercice du droit de retrait ne seraient pas réunies. En principe, le travailleur n'aurait alors pas de motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Si ces recommandations ne sont pas suivies par l'employeur, alors le travailleur pourra exercer à moindre risque son droit de retrait

¹² MEDEF, CFE-CGC, etc.

¹³ Article L. 4131-1 du code du travail

¹⁴ Jurisprudence administrative : Conseil d'État, 15 mars 1999

jusqu'à ce que celles-ci soient mises en œuvre. Dans tous les cas la légitimité de l'exercice du droit de retrait relève de l'appréciation du juge

Conclusion

20. « L'État protecteur » s'est porté au secours de l'économie de marché, à fin d'endiguer les effets dévastateurs d'un potentiel (mais incertain) recours à la technique civiliste de la force majeure, en instituant le cadre juridique de « l'état d'urgence sanitaire » comparable à l'état de catastrophe naturelle ou technologique.

21. Dans le même temps qu'il assure la protection de la population contre un risque sanitaire, ce cadre juridique permet de limiter les effets économiques et sociaux de la crise sanitaire pour les entreprises et les salariés. Les entreprises et les salariés du secteur de la formation professionnelle, ainsi que les stagiaires et alternants, ont bénéficié de ces mesures.

22. Le recours à la technique assurancielle, fondée sur la mutualisation du risque consubstantiel à l'économie de marché, a été manifestement défailante. Dès lors se pose pour l'avenir la question pour les prestataires de formation de droit privé (l'Etat étant son propre assureur) de s'assurer contre les risques de perte d'exploitation pouvant survenir à l'occasion d'une crise sanitaire majeure.

23. Le droit commun de protection de la santé des salariés, fondé sur des dispositions d'ordre public absolu, donc non négociable, est une contrepartie du pouvoir de direction du chef d'entreprise : la responsabilité pénale du chef d'entreprise peut être engagée en cas de non-respect de cette obligation. Il ne peut transférer « l'obligation de moyens renforcés qui pèsent sur lui » sur les salariés qui sont ses « irresponsables » en situation de subordination juridique. Il peut en revanche user du pouvoir disciplinaire pour sanctionner les salariés qui ne respectent pas ses prescriptions, dès lors qu'ils ont en été informés soit par le règlement intérieur, soit par note de service.

Jean Marie Luttringer (JML Conseil) - Sébastien Boterdael (Sauléa)
11 septembre 2020