



Chronique 113.

Le pouvoir sur la formation dans l'entreprise après la loi travail

La présente chronique se fixe pour objectif d'apprécier la réalité de l'équilibre flexibilité/sécurité, au regard « du droit positif » de la formation dans l'entreprise, tel qu'il résulte de la loi du 5 mars 2014 portant réforme de la formation professionnelle, complétée par « la loi travail » du 8 août 2015.

1. La loi travail s'inscrit dans le prolongement de la réforme de la formation professionnelle introduite par la loi du 5 mars 2014.

Globalement, « la loi travail », dont l'objet n'était pas la réforme de la formation professionnelle, conserve et consolide les murs porteurs de la formation dans l'entreprise que sont « l'obligation de formation à la charge de l'employeur, les droits et obligations des salariés, les obligations en matière de financement et de dialogue social ».

Cependant la trentaine d'articles qui concernent de manière directe ou indirecte ce thème, sur 121 que comporte la loi travail, est porteuse d'évolutions qui méritent un examen attentif, aussi bien au plan de l'analyse littérale des principales dispositions qu'au plan de l'interprétation systémique, pour tenter de comprendre « la pentes du droit de la formation » désormais applicable dans l'entreprise.

Cet examen est d'autant plus utile que la loi n'a pas fait l'objet avant son adoption d'une concertation voire d'une négociation par les partenaires sociaux, ni d'ailleurs d'un débat parlementaire à proprement parler puisqu'elle a été adoptée en application de la procédure de l'article 49-3. Le texte adopté est en définitive l'œuvre du gouvernement.

Voici quelles sont en substance les dispositions formation de la loi travail qui concernent de manière directe ou indirecte la fonction formation des entreprises :

L'Innovation juridique au service de vos projets

- l'assouplissement de la notion d'action de formation et des modalités de formation : liberté laissée à l'entreprise d'organiser la formation sur ses fonds propres, apparition du forfait parcours, extension de l'usage de la FOAD... ;
- l'irruption dans l'espace juridique de la formation de la notion « de comptes personnels » ayant pour objet principal (CPF) ou accessoire (C3P, CEC) la formation, dont la gestion est assurée à l'extérieur de l'entreprise ;
- L'attribution de droits renforcés aux personnes non qualifiées ou faiblement qualifiées ;
- l'assouplissement des conditions d'accès à la VAE ;
- la valorisation du dialogue social, susceptible de se saisir des questions de la formation, à tous les niveaux et en particulier au niveau de l'entreprise, ainsi que l'invitation à former les acteurs du dialogue social ;
- les nouvelles charges dans le domaine de la formation, qui pèsent sur les entreprises du fait de la loi travail sont modestes : elles concernent principalement des abondements au CPF ;
- une ouverture plus large des conditions d'accès à l'apprentissage (ouverture renforcée au secteur public, relèvement du seuil d'âge à 30 ans...) et des ajustements des circuits de financement.

Il apparaît à la lecture globale de ces dispositions, que la liberté d'initiative de l'entreprise dans le champ de la formation se trouve consolidée dans le nouveau paysage issu de la réforme de 2014 et de la loi travail, en même temps que les droits du salarié, considéré comme « une personne indépendamment de son statut », sont renforcés aussi bien au sein de l'entreprise (obligation d'adaptation et d'employabilité, entretien professionnel, bilan de parcours...), qu'à l'extérieur de l'entreprise (comptes personnels, conseil en évolution professionnelle...).

2. Le pouvoir de l'employeur sur l'accès des salariés à la formation.

Rappelons que la formation dans l'entreprise, avant d'être un droit des salariés et un possible objet de dialogue social, est d'abord un attribut du pouvoir de direction du chef d'entreprise. Ce pouvoir s'exerce à l'occasion de l'embauche des salariés et de l'attribution de la qualification contractuelle en fonction d'un niveau de formation, le cas échéant par le recours, à l'initiative de l'employeur à un contrat de professionnalisation ou d'apprentissage.

Ce pouvoir est encadré par le principe « de bonne foi contractuelle » qui est un principe général du droit des contrats, repris par la loi à l'article L. 6321-1 du code du travail selon lequel employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Cela suppose un éventuel diagnostic sur la capacité du salarié à

tenir son poste, et, le cas échéant, la mise en place d'actions d'accompagnement qui peuvent notamment prendre la forme d'actions de formation au sens classique du terme, mais également d'actions de formation en situation de travail sans exclure d'autres modalités de nature à remplir l'obligation d'adaptation. L'employeur doit en outre veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Là encore, les modalités sont libres. L'employeur peut, ou non, recourir à la formation pour satisfaire cette obligation. Ces obligations à la fois contractuelles et légales sont mises en œuvre dans le cadre de trois procédures de gestion individuelle des compétences :

L'entretien professionnel est obligatoirement *proposé* par l'employeur au salarié tous les deux ans. Celui-ci peut refuser sa participation s'il le souhaite (il s'agit d'une obligation relative : elle porte sur l'employeur, non sur le salarié). Il doit permettre d'envisager les perspectives d'évolution professionnelle du salarié, notamment en termes de qualification et d'emploi.

Un « bilan de parcours professionnel » doit être établi tous les six ans permettant de s'assurer que le salarié a connu des évolutions dans son parcours professionnel : à défaut, l'employeur est tenu d'abonder de manière corrective le CPF du salarié. Une copie du compte-rendu de ces entretiens est obligatoirement remise au salarié concerné.

L'entretien d'évaluation lui n'est pas rendu obligatoire par la Loi. Il s'analyse comme un acte managérial réalisé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction (un salarié qui s'y refuse pourrait être sanctionné). Néanmoins, en créant une telle procédure dans son entreprise, l'employeur doit respecter certaines obligations (réalisation par le manager direct, critères objectifs, transparence du procédé évaluatif, consultation des IRP...)

La loi travail n'a en rien modifié le pouvoir de l'employeur sur la formation des salariés et son inscription dans les procédures gestion individuelle des compétences telles qu'elle résulte de la loi du 5 mars 2014.

3. Le pouvoir de l'employeur sur les modalités de la formation ».

Selon le code du travail, les actions de formation professionnelle « *sont réalisées conformément à un programme préétabli qui, en fonction d'objectifs déterminés, précise le niveau de connaissances préalables requis pour suivre la formation, les moyens pédagogiques, techniques et d'encadrement mis en œuvre ainsi que les moyens permettant de suivre son exécution et d'en apprécier les résultats* ». En

outre, une action de formation est « *en principe dispensée dans des locaux distincts des lieux de travail* ». Même lorsque la formation comporte un *enseignement pratique* » qui peut alors « *être donné sur les lieux de travail* », elle se présente comme devant être dans la continuité à un enseignement dispensé hors des installations productives.

Les actions de formation peuvent se dérouler sous la forme d'un parcours comprenant, outre les séquences de formation, le positionnement pédagogique, l'évaluation, et accompagnement de la personne qui suit la formation. Ce parcours doit permettre d'adapter le programme et les modalités de déroulement de la formation.

Les OPCA peuvent désormais prendre en charge sur la base d'un forfait les parcours comprenant des actions de positionnement, d'évaluation, d'accompagnement et de formation prévue dans le cadre du contrat de professionnalisation. Cette modalité de financement doit faire l'objet de dispositions d'une convention de l'accord de branche ou à défaut, d'un accord collectif conclu entre les organisations représentatives employeurs et de salariés signataires d'un accord constitutif d'un organisme paritaire interprofessionnel collecteur des fonds de la formation professionnelle continue. A défaut d'un tel accord, un montant forfaitaire horaire est déterminé par décret.

La loi travail prévoit par ailleurs des actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. Ce thème sera abordé à l'occasion de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail.

Un continent à explorer : la formation situation de travail.

La formation situation de travail (FEST) ou l'apprentissage en situation de travail (AST) ou encore la professionnalisation en situation de travail (PST), se réalise dans la même unité de temps et de lieu que le « travail productif ». Ces formations ne sont pas dispensées « *dans des locaux distincts des lieux de travail* » comme l'exige le code du travail fondé historiquement sur un modèle « séparatiste » entre le travail subordonné réputé aliénant et prédateur, et la formation réputée « émancipatrice ».

La définition classique de l'action de formation caractérisée par d'un « *programme préétabli et par des objectifs préalablement déterminés* » ne correspond pas au postulat pédagogique de la FEST qui confronte le salarié (mais aussi l'organisation pédagogique mis en œuvre) à une situation inconnue de tous avant de la découvrir. Plus qu'un programme, c'est une « **situation** » qui est prédéterminée dans les FEST.

Au plan juridique ce processus d'apprentissage, dès lors qu'il ne renvoie pas à un contrat de travail « en alternance » de type particulier tel que le contrat d'apprentissage où le contrat de professionnalisation s'inscrit nécessairement dans le cadre de l'exécution du contrat de travail de droit commun auquel l'employeur apportera des aménagements temporaires en vue de créer les conditions d'implication du salarié dans un processus d'apprentissage (exigences moindres de productivité, droit à l'erreur et à l'expérimentation plus large, évaluation pédagogique distincte de l'évaluation managériale...

Cette modalité d'apprentissage peut être encadrée dans l'entreprise par le recours au dialogue social avec les IRP voire même par accord d'entreprise ayant vocation à la sécuriser.

La qualité de la formation.

L'obligation juridique de s'assurer de la qualité des formations pèse sur les financeurs disposant de fonds publics ou assimilés : OPCA, les conseils régionaux, pôle emploi, l'Agefiph. Cette obligation ne s'applique pas à l'entreprise dès lors qu'elle achète, ou organise elle-même de la formation sur ses fonds propres. Dans cette hypothèse le principe « de libre choix » du prestataire de formation est total ce qu'il n'est pas le cas lorsque l'entreprise demande à l'OPCA une prise en charge totale ou partielle d'une formation. Le prestataire retenu doit alors respecter les critères de qualité qui s'impose à l'OPCA financeurs et faire l'objet d'un référencement par ce dernier.

Cependant les entreprises n'ont pas attendu qu'une obligation juridique pèse sur les financeurs pour se préoccuper de la qualité des formations qu'elles achètent ou produisent, de la même manière qu'elles se préoccupent de la qualité d'autres prestations de service intellectuel qu'elles achètent (voir la chronique n°99 "[La qualité de l'offre de formation saisie par le droit](#)").

Le dispositif « qualité de la formation » qui se met en place et qui entrera en vigueur en janvier 2017, même s'il ne s'applique pas directement aux entreprises pourra leur être utile par ricochet en raison notamment de « la professionnalisation » des dispensateurs de formation attendue de la mise en place des procédures qualité telles que la certification, la labellisation, référencement par les OPCA et les autres financeurs. À cet égard l'article R. 6316-1 précise les 6 critères Qualité à prendre en compte (adéquation des objectifs au public ; accueil suivi pédagogique et évaluation des stagiaires ; adéquation des moyens pédagogiques, techniques et d'encadrement à l'offre de formation ; qualification professionnelle et formation continue des personnels chargés des formations ; information du public sur l'offre de formation, ses délais

d'accès et les résultats obtenus ; prise en compte des appréciations rendues par les stagiaires).

Du point de vue de l'entreprise, deux faits marquants méritent d'être soulignés : la diversification des modalités « d'apprentissage » auxquelles l'entreprise peut recourir dès lors qu'elles financent la formation sur ses fonds propres, y compris les formations en situations de travail ; la limitation du libre choix de la formation des lors qu'elle en demande de financement par l'OPCA, celui-ci étend désormais autoriser à financer que des actions remplissant les critères de qualité exilée par la loi.

4. Le pouvoir des salariés sur leur formation : l'irruption des comptes personnels.

La loi travail ne met pas en cause l'architecture des voies d'accès traditionnelles à la formation à l'initiative des salariés que sont le congé individuel de formation (CIF), le bilan de compétences, la VAE. Elle apporte cependant des assouplissements aux deux derniers dispositifs cités. Son apport principal réside dans les développements que connaît la notion de compte personnel dans l'univers du droit de la formation et dans les assouplissements apportés au CPF.

Trois comptes personnels ayant pour objet direct ou indirect de formation : le compte personnel de formation (CPF), le compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P) et le compte engagement citoyen (CEC) ont vocation à être « enregistrés » selon la loi travail dans un réceptacle de comptes, le compte personnel d'activité (CPA). Le compte épargne temps (CET) dont dispose déjà de nombreux salariés en application d'accords d'entreprise ou de branche a également vocation à être enregistré dans le CPA « réceptacle de comptes ».

Le compte personnel de formation (CPF) issu de deux accords, nationaux interprofessionnels et de la loi du 5 mars 2014 a vocation à contribuer à l'effectivité du droit de toute personne une formation qualifiante tout au long de la vie. Il est constitué d'un capital temps initial (socle), rechargeable, plafonné à 150 heures. Il peut être complété par divers abondements.

Le CPF est attaché à la personne, indépendamment de son statut. Seul le titulaire du CPF à le pouvoir de le mobiliser. Il est intégralement transférable. Le législateur l'a conçu comme un droit universel. La loi travail on a assoupli les conditions d'usage et l'a ouvert aux travailleurs indépendants et a prévu son extension aux fonctionnaires. Le financement du CPF des travailleurs salariés est assuré par les OPCA, dans la limite des ressources disponibles qui lui sont

dédiées. Il peut donner lieu à des abondements en application d'accords collectifs de branche ou d'entreprise.

Au CPF malthusien issu de la loi du 5 mars 2014, dans les principales caractéristiques d'être rappelées, la loi travail substitue un CPF « conquérant » par l'ouverture à de nouveaux publics (professions libérales travailleurs indépendants, fonctionnaires...), par l'élargissement des formations éligibles, ainsi que par l'assouplissement des règles de financement et d'abondement (voir AEF n°[542167](#) du 19/07/2016, "PL El Khomri : les évolutions du CPF adoptées par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture").

Elargissement des formations « hors liste ».

En complément des formations inscrites sur les diverses listes et des formations hors liste permettant d'acquérir le socle de connaissances et de compétences le CPF sera ouvert à de nouvelles formations hors liste : les actions permettant l'évaluation des compétences préalablement ou postérieurement à ces formations ; des actions permettant de réaliser un bilan de compétences ; des actions dispensées aux créateurs ou repreneurs d'entreprises ; des actions destinées à permettre aux bénéficiaires et aux volontaires du service civique d'acquérir les compétences nécessaires à l'exercice de leur mission.

Alimentation plus favorable du CPF.

Le CPF des salariés peu ou pas qualifié (titre ou diplômes inférieur au niveau cinq) bénéficie d'une alimentation de leurs comptes de 48 heures par an dans la limite de 400 heures dont le financement est assuré par la contribution CPF.

Les salariés à temps partiel et les travailleurs saisonniers pourront bénéficier de majoration des droits au CPF si un accord collectif d'entreprise le prévoit.

Prise en charge plus favorable de l'abondement pour les moins qualifiés.

Les jeunes sortis du système scolaire sans qualification bénéficient d'un abondement à hauteur du nombre d'heures nécessaires au suivi une formation qualifiante dans le financement est assurée par la région au titre du droit d'accès un premier niveau de qualification (article L 6121-2 alinéas deux du code du travail). Les formations éligibles à cet abondement sont exclusivement celles inscrites au programme régional de formation professionnelle.

En vue de favoriser la mise en œuvre du CPF pour les salariés dont le nombre d'heures inscrites au compte serait insuffisant pour suivre une formation éligible (liste ou hors liste), le conseil d'administration de l'OPCA peut décider d'apporter un abondement imputé sur la contribution relative au CPF. Pour les salariés à temps partiel et les travailleurs saisonniers cette charge financière

supplémentaire pourra résulter soit d'un accord collectif soit une décision unilatérale de l'employeur.

Le compte pénibilité. Le titulaire du C3P peut décider d'affecter en tout ou partie les points inscrits sur son compte à une ou plusieurs des trois utilisations suivantes : la prise en charge de tout ou partie des frais de l'action de formation professionnelle continue en vue d'accéder à un emploi non exposé ou moins exposé à des facteurs de pénibilité ; la réduction de la durée du travail, le financement d'une majoration de durée d'assurance vieillesse et d'un départ en retraite avant l'âge légal de droit commun.

Le compte d'engagement citoyen recense les activités bénévoles ou de volontariat de son titulaire. Il permet d'acquérir - 1° Des heures inscrites sur le compte personnel de formation à raison de l'exercice de ces activités - 2° Des jours de congés destinés à l'exercice de ces activités. Les activités bénévoles ou de volontariat permettant d'acquérir des heures inscrites sur le compte personnel de formation sont énumérés dans l'article L. 5151-9. Le financement est assuré par l'État, les communes, les établissements publics chargés de la gestion de la réserve sanitaire (Art. L. 5151-9). L'employeur a la faculté d'accorder des jours de congés payés consacrés à l'exercice d'activités bénévoles ou de volontariat. Ces jours de congés sont inscrits sur le compte d'engagement citoyen.

Le compte personnel d'activité (CPA). À la différence des comptes qui viennent d'être brièvement présentés le CPA n'est pas en lui-même créateur de droit. Chacun des comptes enregistrés connaît un régime spécifique qui lui permet d'être mis en œuvre indépendamment du CPA. Celui-ci n'est pour l'essentiel qu'une plate-forme d'information accessible à tous les titulaires, sur les dispositifs et les droits qui y sont enregistrés. Quant à la fongibilité entre divers comptes, largement orientée vers la formation, elle est en l'état actuel du droit loin d'être évidente (voir chronique n°111, ["Décryptage de la loi travail, la difficile naissance du CPA"](#)).

L'irruption dans l'univers de la formation professionnelle de comptes, gérés par un tiers indépendant de l'entreprise, a pour effet, d'une part, de soustraire l'initiative du salarié à la sphère du pouvoir de direction de l'employeur et d'autre part de renvoyer au développement du co-investissement entre l'employeur et le salarié, dès lors que la formation éligible au titre du compte présente un intérêt pour les deux parties. Pour l'employeur le co-investissement pourra prendre la forme d'un abondement volontaire, pour le salarié la forme de la mobilisation, grâce à la fongibilité, des droits enregistrés sur d'autres comptes, mais également par l'apport d'une épargne personnelle

constituée à cet effet (voir le compte épargne formation dans différents pays européens).

5. La formation objet de dialogue social dans l'entreprise

La loi travail ne modifie pas les compétences des IRP en matière de formation professionnelle cependant elle stipule que la formation des acteurs du dialogue social en dehors de l'entreprise et dans l'entreprise est une condition nécessaires à sa réussite. Des conventions ou accords collectifs de branche peuvent définir le contenu les modalités de formation ainsi que les modalités de financement. Le CE peut notamment décider, par une délibération, de consacrer une partie de son budget de fonctionnement au financement de la formation des DP et des DS de l'entreprise.

6. L'option de la négociation d'un accord d'entreprise sur la formation.

Si l'on excepte les thèmes de négociation sanctuarisés au niveau de la branche (l'inversion de la hiérarchie des normes ne touche pas le domaine de la formation professionnelle, voir la chronique 110, "[L'inversion de la hiérarchie des normes et la formation professionnelle](#)"), tels que la mutualisation des contributions légales et conventionnelles et des questions en rapport avec les classifications et la qualification, il ne manque pas « de grain à moudre » pour le possible négociation d'entreprise dans une approche élargie de la formation professionnelle : l'usage à des fins de formation des comptes personnels dont disposent désormais les salariés : éventuel abondement, fongibilité, Co investissement... l'aménagement des temps de formation à l'intérieur du temps de travail effectif, les procédures de gestion individuelle des compétences à travers l'entretien professionnel et le bilan de parcours au terme de six ans, le développement de VAE « collectives ».

Parmi les thèmes émergeant figure une vision partagée entre le management et les représentants du personnel de la formation en situation de travail et la sécurisation juridique de ce processus d'apprentissage.

Conclusions.

L'analyse téléologique des dispositions formation de la loi travail applicables à l'entreprise, dans la continuité de la loi du 5 mars 2014, laisse entrevoir deux mouvements de sens opposé, non nécessairement antagonistes :

- **un mouvement centripète** qui reconnaît le pouvoir de l'employeur sur la formation des salariés ainsi que sa liberté d'organiser les processus d'apprentissage dès lors qu'il en assure le financement sur ses fonds propres, en même temps qu'il affirme, en contrepartie de la liberté plus grande la responsabilité juridique de former les salariés. L'exercice de ce pouvoir et de cette liberté sont exonérés d'un contrôle administratif fondé sur la définition fiscale de la formation et s'inscrivent dans un contrôle social renforcé, ainsi que le cas échéant dans le contrôle judiciaire.
- **Un mouvement centrifuge** qui reconnaît le pouvoir du salarié sur sa propre formation et qui s'exprime à travers un droit personnel universel à la formation, opposable à des tiers, qui est au fondement du compte personnel de formation, ainsi que des dispositions formation d'autre compte et du bénéfice du conseil en évolution professionnelle externe à l'entreprise. La gestion externalisée des comptes personnels au sein du CPA, « réceptacle de comptes », a pour vocation de garantir l'effectivité de « ce droit liberté ».
- le dialogue social sur la formation dans l'entreprise, notamment par le truchement de la négociation collective, encouragée par la loi travail (inversion de la hiérarchie des normes) qui n'avait guère de grain à moudre, au cours des dernières décennies, est désormais doté d'enjeux substantiels l'abondement des comptes, la formation situation de travail, les procédures de gestion individuelle des compétences, les équilibres entre temps de travail et temps de formation.... Pour peu qu'existe la volonté (employeur) et la capacité (représentants des salariés) à négocier sur ces thèmes. Ce qui à ce jour n'est pas démontré.

Jean-Marie Luttringer.
Octobre 2016.