

Place du champ conventionnel en formation : « la créativité des partenaires sociaux doit prévaloir » (Jacques Barthélémy)



Jacques Barthélémy, avocat-conseil en droit social © DR

« Dès qu'on sort de la mutualisation des sommes correspondant aux exigences légales de financement de la formation sanctionnées fiscalement, l'autonomie, donc la créativité des partenaires sociaux doit prévaloir au nom du droit constitutionnel à la négociation collective », estime pour l'AEF l'avocat-conseil en droit social Jacques Barthélémy. Il réagit ainsi à la position prise par la DGEFP (Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) dans son document « questions/réponses » relatif à la mise en oeuvre de la réforme des Opca diffusé le 16 mai dernier. Dans ce document qui n'a pas de réelle valeur juridique, l'administration édicte plusieurs règles concernant la gestion par les partenaires sociaux des contributions conventionnelles relatives au financement de la formation professionnelle continue créées par accord de branche et l'utilisation qui peut être faite de ces contributions. Pour le juriste, ces positions remettent en question l'existence des FAF (Fonds d'assurance formation) en supposant que le régime des Opca leur est intégralement applicable. Une « thèse » que « rien ne justifie », selon lui.

Plus largement, et en établissant le parallèle avec les thèmes de l'assurance chômage et de la protection sociale, Jacques Barthélémy considère que « l'enfermement des actes fondateurs des Opca dans des contraintes strictes fait d'autant plus question que naît progressivement, du fait de la jurisprudence, un authentique droit de l'employabilité, à l'image de la construction prétorienne du droit à l'intégrité physique par le biais de l'obligation générale de sécurité de résultats. » De même, il interprète la lecture faite par la DGEFP du lien conventionnel-légal en matière de formation professionnelle comme une « reprise en main par le législateur ». Selon lui, cette décision n'est pas « en harmonie avec la tendance, qui ne s'est pas départie de 1982 à 2008, à l'accroissement de la place et de l'autonomie de la convention collective dans la construction du droit social ».

AEF : Vous avez pris connaissance du questions/réponses relatif à la réforme des Opca que la DGEFP a diffusée le 16 mai dernier. Un point de ce document a à la fois surpris et fait réagir les acteurs de la formation : l'assimilation que l'administration fait entre contribution conventionnelle et obligation légale en matière de formation. Quel regard portez-vous sur cette lecture que la DGEFP livre ?

Jacques Barthélémy : Historiquement, le thème de la formation est le premier dans lequel a été concrétisée la volonté de privilégier le conventionnel sur le législatif sur le fondement de la « Nouvelle société » de Chaban-Delmas qui, quoiqu'on en pense, a ouvert la voie aux lois Auroux. S'inspirant très largement de l'accord interprofessionnel de 1969, la loi du 16 juillet 1971 jetait les bases de ce droit, trois jours après, c'est important à souligner, la loi du 13 juillet 1971 réformant le droit de la négociation pour y privilégier les aspects contractuels sur l'aspect loi professionnelle de la convention collective. À cet égard, un parallèle est intéressant à faire avec la loi Fillon de 2004 traitant simultanément des deux thèmes. Même si la dernière construction a été bâtie à partir d'un scénario identique, on assiste à une reprise en main par le législateur. Un parallèle est également à faire avec le thème de l'assurance chômage : mus par un réflexe déjà mis en oeuvre dans la retraite complémentaire, les partenaires sociaux avaient conçu un régime (l'Unedic) dans le double paritarisme - de conception et de gestion - créant ainsi une institution. Que ce soit dans le domaine de la formation ou dans celui du chômage, la dépossession de leurs prérogatives au profit de l'État, même justifiée par la nécessité de maîtriser les prélèvements obligatoires, n'est pas en harmonie avec la tendance, qui ne s'est pas départie de 1982 à 2008, à l'accroissement de la place et de l'autonomie de la convention collective dans la construction du droit social.

AEF : L'interprétation posée par la DGEFP aurait donc des conséquences qui iraient au-delà du seul droit de la formation professionnelle ?

Jacques Barthélémy : L'enfermement des actes fondateurs des Opca dans des contraintes strictes fait d'autant plus question que naît progressivement, du fait de la jurisprudence, un authentique droit de l'employabilité, à l'image de la construction prétorienne du droit à l'intégrité physique par le biais de l'obligation générale de sécurité de résultats. La mutualisation des fonds destinés au financement de la formation peut relever de la technique assurantielle, tout comme la couverture des risques liés aux aléas de la vie humaine ou de la perte d'emploi subie. Mais, comme l'assurance prévoyance ou l'assurance chômage, elle concrétise une garantie sociale, ce que Joseph Fontanet [alors ministre du Travail] s'était plu à souligner dans l'exposé des motifs de la loi du 16 juillet 1971, en particulier en raison du recours à la technique de mutualisation.

Dans ces conditions, c'est potentiellement altérer le droit constitutionnel à la négociation collective, dont les garanties sociales sont objets, que d'interdire de fait aux partenaires sociaux de constituer des moyens d'optimiser la gestion préventive du risque d'inemployabilité en complétant ceux insérés dans le droit légal des Opca. Celui-ci n'est, à l'instar de ce que sont l'Agirc et l'Arrco, qu'un des éléments du premier pilier de la protection sociale, en ce qu'il complète l'arsenal déployé par l'État pour donner un sens concret à l'affirmation selon laquelle la formation continue tout au long de la vie constitue une obligation nationale.

Soutenir, pour justifier cette altération de l'autonomie des partenaires sociaux, que seul le législateur a la capacité de créer des impositions de toutes natures, n'est pas convaincant :

- D'abord, en raisonnant par l'absurde, cet argument conduirait à interdire aux branches et aux entreprises de mettre en place des garanties collectives obligatoires de prévoyance et (ou) de retraite supplémentaire dont il n'est pas inutile de souligner que, n'étant pas qualifiées de prélèvements obligatoires mais de rémunérations différées, elles obéissent à d'autres impératifs que l'Agirc et l'Arrco.
- Ensuite, l'article L.6111-1 du Code du travail ouvre la porte à un deuxième et un troisième pilier en permettant à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser ses connaissances et ses compétences favorisant son évolution professionnelle.

AEF : Pour en revenir au champ de la formation professionnelle, ne peut-on toutefois considérer que la position de la DGEFP est juridiquement fondée ?

Jacques Barthélémy : Dès qu'on sort de la mutualisation des sommes correspondant aux exigences légales de financement de la formation sanctionnées fiscalement, l'autonomie, donc la créativité des partenaires sociaux doit prévaloir au nom du droit constitutionnel à la négociation collective. Rien ne justifie la thèse de la disparition des fonds d'assurance formation ou plutôt le fait que le régime des Opcas leur soit intégralement applicable. Si les partenaires sociaux décident la création d'une garantie sociale ayant une finalité différente, cela se traduit par la création d'un avantage ayant qualification de rémunération différée. De ce fait, les contributions des entreprises sont des sommes versées en contrepartie ou à l'occasion du travail, donc entrent dans l'assiette des cotisations sociales, de même qu'elles sont fiscalement un revenu du travail. C'était, par exemple, le cas des contributions alimentant les prestations de retraite et (ou) de prévoyance, jusqu'à ce qu'on les fasse bénéficier d'une neutralité sociale et fiscale sous plafond, laquelle ne remet pas en cause pour autant leur qualification théorique de salaire. De ce fait, on peut ne pas adhérer à la thèse de la qualification d'imposition de toute nature de contributions décidée conventionnellement et s'ajoutant, pour faire simple, au 1,60 %.

AEF : Selon vous, comment faut-il envisager l'évolution de la notion conventionnelle en matière de formation ?

Jacques Barthélémy : L'essentiel en la matière me semble tourner autour de deux idées fortes :

- Il faut investir le concept de garantie sociale et le décliner en donnant de la vigueur, en cette matière, à la notion d'institution à partir du double paritarisme, de conception et de gestion. La notion de fonds d'assurance formation doit alors être distinguée de celle d'Opcas, simple organisme mutualisateur hérité des anciennes Asfo patronales.
- Il faut préserver l'autonomie des partenaires sociaux ainsi qu'accroître la place et l'autonomie du tissu conventionnel, d'autant que les évolutions récentes vont dans ce sens. On ne peut dissocier cette exigence de la philosophie induite par la loi Larcher qui a fait des partenaires sociaux des pré législateurs. Les contraintes réglementaires réduisant cette autonomie vont à contre-courant de l'évolution récente du droit social. Cette remarque ne vaut bien sûr que pour ce qui concerne les droits excédant ce qui entre dans le 1,60 % fiscalisable.

Donner sa pleine mesure à la notion d'institution fondée sur le concept de garantie sociale induit la création de personnes morales sui generis à partir du double paritarisme, de conception et de gestion ; ceci fut le fondement, à partir de l'article L4 du Code de la sécurité sociale né de l'ordonnance de 1945, d'une authentique « sécurité sociale de nature conventionnelle ». L'institution de prévoyance actuelle (L.931-1 et suivants du Code de la sécurité sociale) a pris des distances avec ce concept en raison de l'impérialisme du droit de la concurrence qui a conduit, du fait des lois Évin du 31 décembre 1989 et du 8 août 1994, à abandonner la conception institutionnelle (sauf dans l'Agirc et l'Arrco) au profit d'une conception assurantielle. Cette expérience dans le droit de la retraite doit faire réfléchir pour ce qui concerne le droit de la formation. Dès lors que ces notions étant voisines, l'intérêt général induit que les solutions retenues dans tous les domaines où on a recours à la mutualisation soient sinon identiques, à tout le moins convergentes, les divergences ne devant être justifiées que par la finalité propre de chaque domaine.

L'institution identifiable au régime naissant du double paritarisme et organisant une mutualisation dans la perspective de décliner de la solidarité reste, à partir de sa vocation à concrétiser le concept de garantie sociale, un instrument d'autant plus vivace que c'est par là que passera nécessairement la flexicurité. Il faut donc favoriser l'émergence, par ce biais-là, non seulement d'un deuxième pilier, celui des garanties collectives, mais aussi d'un troisième pilier, celui de l'assurance individuelle ; le régime juridique de l'Opca n'est fondamentalement pertinent que pour le premier pilier dans lequel les contributions des employeurs sont des « impositions de toute nature » parce qu'étant des prélèvements obligatoires. Au-delà, on est sur le terrain des rémunérations différées (deuxième pilier, celui des garanties collectives naissant des accords collectifs de branche ou d'entreprise), voire de l'épargne collective (troisième pilier, celui du droit individuel de tirage sur un pot commun affecté au seul objet de formation), dans la perspective de l'actualisation des connaissances et des compétences favorisant l'évolution professionnelle (Cf. L.6111-1 du code du travail). À cet égard, rien n'interdit à une institution de prévoyance de gérer un fonds mutualisé sur lequel seraient prélevées des prestations liées à des actions de formation. La liste des opérations auxquelles elle peut se livrer, définie par l'article L.911-2 du Code de la sécurité sociale, est en effet seulement indicative, ce dont atteste l'adverbe « notamment ». Par exemple, elle pourrait gérer un système de prestations dues en cas de perte d'emploi subie complémentaire à celles gérées par les Assedic.

La très grande sensibilité du monde économique et social au thème de la formation - sur ce terrain-là, il faut saluer favorablement l'initiative de la DGEFP qui a une réelle valeur pédagogique - ne peut que faciliter, eu égard à l'importance du rôle de la négociation collective en ce domaine, une réflexion de fond, absolument indispensable aujourd'hui, sur l'intérêt de différencier la nature juridique des accords suivant leurs niveaux. Dans cette perspective, la négociation sur la formation pourrait être un levier efficace pour réduire drastiquement le nombre des conventions collectives de branche.