

# La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie

par Jean-Marie LUTTRINGER

Consultant en droit et politiques de formation

et Jean-Pierre WILLEMS

Consultant en ressources humaines

## INTRODUCTION

On allait voir ce qu'on allait voir... Le système de formation professionnelle à bout de souffle et à la dérive, véritable « pompe à finances », comme dirait le père Ubu, de 27 milliards d'euros, sans efficacité démontrée, allait être rénové de fond en comble en se fondant sur le nouveau paradigme de la personne au centre des dispositifs. Chacun aurait droit à un compte individuel de formation pour solvabiliser ses besoins, tout au long de la vie. Le rôle et la place des structures intermédiaires réputées générer de la complexité et du corporatisme allaient être réduits au strict minimum, les dispensateurs de formation allaient être mis au pas. Des milliers de pages de rapports ont étayé cette vision (1).

Cependant pour conduire cette réforme le Gouvernement n'avait d'autre choix que de proposer aux partenaires sociaux d'ouvrir une négociation au niveau national en application de l'article premier du Code du travail relatif au dialogue social. Ce qui fut fait. Sous la pression permanente du Gouvernement, les partenaires sociaux ont négocié et signé dans les délais impartis un nouvel accord interprofessionnel sur la formation, l'encre de l'accord ayant le même objet, conclu en 2003 et transposé dans une loi en 2004, étant à peine sèche (2). L'accord de 2009, loin d'introduire une rupture avec celui de 2003, s'inscrit au contraire dans la continuité et l'approfondissement des principes fondateurs de notre système de formation professionnelle. Il s'agissait en quelque sorte de l'acte II de la réforme de 2003-2004.

La nouvelle loi l'a transposé avec une relative fidélité. L'organisation des voies d'accès à la formation des salariés est pour l'essentiel maintenue sous réserve de quelques inflexions: le congé individuel de formation reste inchangé dans son principe; le droit individuel à la formation n'est pas modifié pour les salariés qui demeurent chez le même employeur, un principe de portabilité qui reste encore un peu confus est introduit pour les salariés licenciés; il en va de même du départ en formation dans le cadre du plan de formation de l'entreprise, les trois catégories du plan sont ramenées à deux, sans que pour autant sa nature et ses procédures ne se trouvent changées. Le mécanisme de financement de la formation professionnelle par les entreprises demeure inchangé aussi bien pour ce qui concerne sa qualification juridique (« contribution fiscale de toute nature »), que pour ce qui concerne le quantum (1,6 % de la masse salariale).

L'organisation collective du système de formation reste également ancrée dans ses piliers fondateurs que sont la négociation collective, la gestion paritaire, l'existence d'un marché de la formation, la compétence des conseils régionaux. La gestion paritaire est soumise à une tutelle renforcée de l'État qui souhaite par ce canal mieux contrôler les flux financiers de la formation pour les affecter à des objectifs de la politique de l'emploi à court terme et à des publics fragilisés en raison de leur faible niveau de qualification. Le nouveau fonds paritaire de sécurisation des parcours (FPSPP) bénéficiera à cette fin d'une contribution des entreprises collectée par les OPCA de 13 % du montant de leur participation au

(1) « Formation professionnelle: nouveaux chantiers », *Droit soc.*, n° 12, décembre 2008.

(2) « Le nouveau droit de la formation », *Dr. soc.*, numéro spécial n° 5, mai 2004.

développement de la formation. La répartition des compétences entre l'État et les conseils régionaux n'a guère bougé. Cette question est sujette à polémique à la veille des élections régionales et d'un grand débat sur l'organisation des collectivités territoriales. La loi ouvre par ailleurs la perspective d'un service public de l'orientation tout au long de la vie, attendu par tous, mais ce n'est encore qu'un brouillon, tout restant à construire dans ce domaine.

Cependant si l'architecture du système de formation fondée en 1971 demeure inchangée, la loi lui apporte de nombreuses retouches et inflexions dont il convient d'apprécier la portée. Ainsi seront successivement examinés le sens et la portée de la reformulation des principes généraux de la loi (I.), son impact sur la place des acteurs dans le système de formation professionnelle (II.), son impact sur deux points clés de la réforme que sont le DIF et le financement (III.).

## I. — PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA LOI

Le titre premier de la loi affiche d'emblée le droit à la formation, à l'orientation et à la qualification professionnelle. Le « droit à » n'est pas le « droit de ». La première formulation suppose un titulaire du droit, détenteur de droits subjectifs opposables à des tiers alors que la seconde définit un corps de règles applicables à un domaine particulier sans désigner les sujets de droit. Cette personnalisation des droits affichée dans le titre premier se retrouve sous une forme atténuée dans la formulation du premier alinéa de l'article L. 6111-1 du Code du travail: « *La formation tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle vise à permettre à chaque personne indépendamment de son statut d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle. Une stratégie nationale coordonnée est mise en œuvre par l'État, les régions et les partenaires sociaux* ». Le sens de chaque mot donne sa densité à cet article introductif.

**1. Obligation nationale signifie que toutes les composantes de la nation sont concernées, aussi bien les personnes physiques que les personnes morales et les institutions publiques et privées**

Mais l'obligation nationale n'emporte ni une obligation de se former à l'image de l'obligation scolaire, dont le non-respect est juridiquement sanctionnable, ni l'obligation de créer un service public organique de formation tout au long de la vie à l'image de l'éducation nationale. Que le service public d'éducation contribue à la formation tout au long de la vie est une chose, qu'il l'absorbe en est une autre. Cette orientation n'a fort heureusement pas été prise par la nouvelle loi alors que des voix s'élevaient lors des débats préparatoires pour aborder de front la réforme de la formation professionnelle initiale et continue. Le droit de l'éducation et celui de la formation professionnelle tout au long de la vie, sont en réalité deux univers différents aussi bien au plan pédagogique, juridique, institutionnel et financier. L'un est ancré dans les principes républicains d'égalité, l'autre dans la diversité des marchés du travail et des situations professionnelles des personnes. Transposer à l'identique le principe d'égalité, consubstantiel au droit à l'éducation, dans le domaine de la

formation continue est une fausse bonne idée. Favoriser l'évolution professionnelle de chaque personne, indépendamment de son statut, en est une bien meilleure.

La déclinaison du principe d'obligation nationale aurait pu conduire le législateur à mettre à la charge des collectivités publiques, État et région, *un droit à la formation différée* au bénéfice des personnes sorties du système éducatif sans qualification, comme le demandaient les partenaires sociaux dans l'ANI du 7 janvier 2009. Il n'en a rien été. Le Gouvernement a écarté la question au nom de considérations budgétaires et du caractère fictif d'un pareil droit. Les demandes réitérées des partenaires sociaux n'y ont rien changé. Diverses dispositions de la loi telles que le droit à la formation et l'orientation, le développement annoncé des écoles de la deuxième chance ainsi que les mesures pour éviter le « décrochage » scolaire répondent à cette question, selon le Gouvernement (3).

Il n'était pourtant pas illégitime de reconnaître à ceux qui sortent prématurément du système éducatif et contribuent à le financer par leur travail sans en bénéficier un droit de retour sous forme de créance sur la collectivité publique.

## 2. Favoriser l'évolution professionnelle de chaque personne indépendamment de son statut

La formation tout au long de la vie est un moyen parmi d'autres permettant d'atteindre cet objectif par l'acquisition et l'actualisation de connaissances et de compétences. Au plan sémantique, ce membre de phrase constitue une innovation majeure du texte de loi. Il représente la quintessence de milliers de pages de débats qui ont précédé la loi: la question de l'individu acteur, de la personne au centre, du compte individuel de formation, du décloisonnement des statuts. Il est à mettre en perspective avec le concept de sécurisation des parcours introduit dans l'article L. 6311-1 qui précise l'objet de la formation professionnelle. Le concept d'évolution professionnelle se substitue à celui de sécurité de l'emploi en vigueur dans les années 70. L'objectif n'est plus de garantir la sécurité du salarié dans l'emploi occupé mais de viser l'évolution professionnelle au-delà de l'emploi en passant, si besoin est, d'un statut – celui de salarié, de demandeur d'emploi, de fonctionnaire, de travailleur indépendant – à l'autre.

Remarquons qu'il n'est plus question ici de « droit à » affiché dans le titre premier de la loi mais seulement de favoriser l'évolution professionnelle de chaque personne active. Les collectivités publiques ainsi que les entreprises proposeraient diverses ressources – conseil, accompagnement, droit à la formation – qui peuvent s'analyser au plan juridique comme des obligations de moyens. Le résultat, non garanti au plan juridique, reste une affaire de circonstances et de détermination de chaque personne. Pourrait-il en aller autrement? Une obligation générale de résultats pourrait-elle être garantie à chaque personne? Certes non. La seule vraie question est alors celle de la réalité et de l'efficacité des obligations de moyens que chaque personne est en droit d'exiger des collectivités publiques et des entreprises

(3) Jean-Louis DAYAN, « Où en est la formation différée? », note de veille, Centre d'analyse stratégique (CAS), n° 160, déc. 2009.

pour favoriser son évolution professionnelle et par là, non pas obtenir la sécurité de l'emploi occupé, mais maîtriser le parcours entrepris dans le cadre d'une mobilité subie ou choisie (4).

À cet égard, la lecture de la loi révèle un réel courant de *procéduralisation* des droits qui concerne aussi bien les entreprises et les salariés que les institutions paritaires gestionnaires de garanties sociales (OPCA fongecif..) et les collectivités publiques (État et régions).

Pour les salariés, les garanties procédurales sont issues du droit concret de la négociation collective qui se méfie des droits théoriques et déclaratoires. L'ANI de 2003 et de 2009 a largement ouvert cette voie relayée par la loi du 4 mai 2004 et par celle du 24 novembre 2009 : entretien professionnel, bilan d'étape, contractualisation pour le départ en DIF, passeport-formation en constituent des illustrations. La jurisprudence de la Cour de cassation en a consacré la portée juridique (5). La nouvelle loi leur fait une place de choix.

Si la mise en œuvre de ces garanties relève à titre principal de la responsabilité des employeurs, les OPCA et les FONGECIF qui sont en réalité des institutions paritaires gestionnaires de garanties sociales (6) attachées au contrat de travail, externalisées par les entreprises au profit de leurs salariés, sont invités par la nouvelle loi à y contribuer largement comme en témoignent les dispositions relatives à l'élargissement de leur objet social.

Concernant les garanties procédurales destinées aux personnes indépendamment de leur statut, seules les puissances publiques (État conseils régionaux, Pôle emploi) sont en situation de l'assurer. De fait, la nouvelle loi les affirme fortement au travers du droit dont dispose toute personne à être informée et conseillée en matière de formation professionnelle.

Mais entre l'affirmation de principe et sa mise en œuvre par un « service public » dédié à cet objectif, la route sera longue.

### 3. Permettre à chaque personne de progresser au moins d'un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle

Cette disposition est reprise dans l'article L. 6314-1 « *tout travailleur engagé dans la vie professionnelle ou toute personne qui s'y engage doit pouvoir progresser au cours de sa vie professionnelle d'au moins un niveau en acquérant une qualification correspondant aux besoins de l'économie à court et moyen terme* ».

Cette nouvelle rédaction d'un texte sans réelle portée juridique, qui date de 1991 contient deux innovations : la substitution du terme progression à celui d'acquisition et un objectif mesurable sur une vie professionnelle (40 ans...) soit au moins un niveau de qualification. Il signifie au plan symbolique que l'évolution professionnelle, la mobilité, les parcours peuvent être sur le long

terme payants. Il renoue avec le concept de promotion professionnelle, il réhabilite le concept juridique de qualification décrié à l'époque du débat sur les compétences. Cependant, au plan juridique, sa portée est aussi faible que celle du texte de 1991 ; il demeure dans la catégorie des principes d'interprétation, voire des objectifs revendicatifs pour les organisations syndicales de salariés, mais il n'est guère justiciable sauf peut-être pour le salarié n'ayant connu qu'un seul employeur pendant toute sa vie professionnelle et aucune progression de qualification.

Ici manque cruellement un droit procédural visant à faciliter l'atteinte de l'objectif fixé. Et l'on comprend pourquoi. La qualification est en effet au cœur du rapport salarial. C'est la qualification contractuelle convenue entre l'employeur et le salarié quelle que soit par ailleurs la qualification personnelle de ce dernier qui détermine le niveau de salaire. Dire qu'un salarié doit pouvoir bénéficier au moins d'un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle, c'est dire qu'il doit connaître une progression salariale à due concurrence. Or si la loi peut fixer le SMIC, elle ne peut définir les salaires conventionnels, encore moins les salaires réels.

Bref ce coin de ciel bleu promis aux personnes qui prennent le risque de l'évolution professionnelle, au-delà de l'emploi, est loin d'être garanti juridiquement. À moins que... une obligation de procédure y contribue par exemple l'obligation pour toutes les branches d'ouvrir des négociations sur les accords de classification afin d'y inscrire concrètement le principe, les modalités et les étapes de ce nouveau droit à la qualification inscrit dans la loi. Le même objectif procédural pourrait s'appliquer aux accords salariaux d'entreprises et aux accords de branche sur la formation.

### 4. Une stratégie nationale coordonnée et définie est mise en œuvre par l'État, les régions et les partenaires sociaux

La lecture littérale de ce membre de phrase conduit à considérer que les trois acteurs sont traités sur un pied d'égalité quant à la définition de la stratégie et de sa mise en œuvre. La question tant débattue de la gouvernance du système de la formation aurait-elle trouvé sa réponse ? Il s'en faut de beaucoup si l'on considère l'équilibre des pouvoirs dans les lieux institutionnels créés à cet effet : CNFPTLV, FPSPP, CCREFP, ... (7). D'autres partenaires non investis d'une compétence normative ou stratégique s'y trouvent représentés (chambres consulaires, dispensateurs de formation publics et privés... ) et l'équilibre des pouvoirs penche singulièrement du côté de l'État.

## II. — LE SYSTÈME ET LES ACTEURS

Les piliers du système demeurent, tels que la négociation collective et la gestion paritaire, le rôle de l'en-

(4) Jean-Yves KERBOUC'H, « Paritarisme et maintien de la capacité des travailleurs à occuper un emploi », *Semaine sociale Lamy, op. cit.*, page 25.

(5) Cass. soc. 23 oct. 2007, n° 06-40.950, *Dr. soc.* 2008, note Jean SAVATIER.

(6) Jacques BARTHÉLÉMY, « L'assurance formation, une garantie sociale », *Dr. soc.*, n° 12, décembre 2008, p. 1199.

(7) Pour les principaux sigles, voir *Dr. soc.*, n° 12, déc. 2008, *op. cit.*

treprise, la place des dispensateurs de formation. Cependant la coopération entre les acteurs clés du système n'a pas encore trouvé son point d'équilibre. Ce qu'il est convenu d'appeler la « gouvernance » du système de formation n'a pas fini de se chercher.

### 1. Négociation collective

Ce pilier sort sanctifié du débat parlementaire, à tout le moins dans le discours. Il n'est de modification proposée par un parlementaire qui ne rende hommage aux négociateurs de l'ANI et qui ne soit inspirée du souci d'en respecter l'esprit. Ce débordement de déférence ne peut qu'entraîner la suspicion dès lors qu'il concerne l'affectation des fonds de la formation. En effet, les branches verront leur capacité de régulation financière, par l'affectation à des priorités définies par elles, réduites au profit du FPSPP qui devient la véritable « holding » du système paritaire. Il disposera des moyens de peser sur les orientations et priorités des négociations par le biais de l'allocation des ressources, comme d'ailleurs le font toutes les holdings pour leurs filiales.

Mais il est de fait que le droit des salariés à la négociation collective de la formation professionnelle et des garanties sociales, tel qu'il est ancré dans le droit commun de la négociation collective, n'est en rien remis en cause par la loi. La formation professionnelle demeure un objet de négociation collective à tous les niveaux, national, interprofessionnel, de branche et d'entreprise. La négociation triennale de branche sur les objectifs, les priorités et les moyens de la formation est maintenue et son objet est précisé. Le regroupement des OPCA est annoncé dans les deux années à venir, il s'effectuera certes par voie d'agrément ministériel en raison de la nature fiscale du financement mais il sera précédé par la négociation d'accords collectifs ayant pour objet la détermination du champ d'application des futurs OPCA. D'autres négociations interprofessionnelles, de branche ou d'entreprise auront de plus en plus à traiter du rapport entre la formation, qui n'est qu'un moyen, et des objectifs plus larges tels que la GPEC, la modernisation du marché du travail (8), la sécurisation des parcours, les classifications, les seniors. La logique de branche reste prégnante même si des ajustements sont souhaitables (voir à ce sujet le rapport de Jean-Frédéric Poisson) (9). Pour la logique territoriale, à défaut d'acteurs mandatés et d'enjeux identifiés, elle restera marginale ou se développera dans des formes souples de dialogue social territorial multipartite, autour de projets ponctuels (10). Cette question cependant ne fait pas l'objet de la loi.

### 2. Gestion paritaire

Si la volonté du législateur et du Gouvernement de promouvoir la négociation collective ne fait aucun doute, il n'en va pas de même de la gestion paritaire. Ici la suspicion est flagrante, elle s'exprime par l'enca-

drement du FPSPP dont le qualificatif paritaire arraché de haute lutte ne doit pas faire illusion et par celui des OPCA, placés sous une étroite tutelle des pouvoirs publics au moyen d'un ensemble de règles nouvelles, telles que l'obligation de conclure des conventions d'objectifs et de moyens...

Il serait trop long d'analyser ici les causes profondes et multiples de cet état de fait. Circé a tenté une première approche dans le cadre d'un colloque qui s'est tenu au Conseil économique, social et environnemental (CESE) le 9 juillet dernier intitulé « Sens et valeur ajoutée de la gestion paritaire dans le domaine de la formation » (11). Mais l'on peut sans grand risque de se tromper émettre l'hypothèse que la question du financement de la formation par les entreprises y est pour beaucoup. L'obligation qui pèse sur les entreprises s'analyse en effet comme une contribution de nature fiscale et non comme une cotisation sociale comparable à celle versée pour l'assurance chômage et pour les retraites complémentaires ou encore la prévoyance collective. L'État en délègue partiellement la gestion aux partenaires sociaux par le biais des OPCA mais il n'en a jamais abandonné la maîtrise, encore moins en période de crise alors que la formation fonctionne comme un amortisseur social de premier rang et que ses propres caisses sont vides.

En dépit de ces limites, la gestion paritaire tient sa place comme pilier du système de formation aux côtés de la négociation collective. Ces deux piliers structurants qui donnent sens et cohérence à l'édifice de la formation professionnelle sont pour l'instant confirmés par le processus de réforme alors que tout et son contraire ont été affirmés. Mais la prudence reste de mise dans cette matière car la suspicion de l'État à l'égard de la gestion paritaire demeure présente. Peut-être la négociation qui vient de s'ouvrir sur l'avenir du paritarisme contribuera-t-elle à assainir l'atmosphère.

### 3. L'entreprise

L'entreprise, c'est-à-dire l'employeur, les salariés et les institutions représentatives du personnel est en réalité peu affectée de manière directe par la réforme. Aucune obligation nouvelle n'est mise à la charge de l'entreprise, aucun droit nouveau n'est accordé aux salariés, ni aucune nouvelle compétence aux institutions représentatives des salariés. Le réseau actuel de droits et d'obligations est maintenu dans ses principes.

En revanche les modalités de mise en œuvre des obligations ainsi que d'exercice et d'usage des droits des salariés sont de çà de là retouchées. Loin d'une taille sévère, il s'agit d'une taille de rafraîchissement, effectuée dans l'intérêt de l'entreprise et des salariés selon le législateur. Ainsi le quantum de l'obligation de financement à la charge de l'entreprise est-il maintenu (1,6 % de la masse salariale) mais son affectation modifiée au profit d'un accroissement de la part mutualisée qui échappe au pouvoir direct d'affectation par le chef

(8) « L'accord interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail », *Dr. soc.*, n° 3, numéro spécial, mars 2008.

(9) Jean-Frédéric POISSON, « Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles », Doc. fr. 2009.

(10) Jean-Louis WALTER, « Réalité et avenir du dialogue social territorial », Conseil économique, social et environnemental (CESE), 17 septembre 2009.

(11) Jean-Marie LUTTRINGER (coordonné par), « Sens et valeur ajoutée du paritarisme dans la formation professionnelle », *Semaine sociale Lamy*, suppl. n° 1434, 22 février 2010.

d'entreprise. Cette limitation du pouvoir du chef d'entreprise sur l'affectation de ses ressources est justifiée par la solidarité interprofessionnelle introduite par l'ANI au profit des salariés fragiles par le biais du FPSPP et par la priorité donnée aux PME-TPE.

La procéduralisation du droit permettant de prévenir le risque d'inemployabilité et de favoriser l'évolution professionnelle sort renforcée de la loi alors qu'elle était déjà présente dans la négociation collective (entretiens professionnels périodiques, bilan, passeport-formation, exercice du DIF...).

Les trois principales voies d'accès à la formation des salariés sont maintenues : plan de formation, CIF, DIF ; la fusion entre le CIF et le DIF n'est plus à l'ordre du jour. Le CIF est confirmé dans sa spécificité historique de voie d'accès à la promotion sociale. Le DIF reste en l'état pour les salariés dont l'emploi est stable ; il est modestement réorienté vers l'accompagnement de la mobilité externe (licenciement) par l'introduction dans le corpus juridique du concept prometteur, mais encore peu opérationnel de portabilité des droits.

Quant à la compétence des IRP, elle reste ce qu'elle a toujours été depuis les années 70/80, consultative pour le C.E. avec un luxe d'obligations procédurales sans que jamais ne soit franchi le Rubicon et mis en cause *in fine* le pouvoir de décision du chef d'entreprise (ni codécision du plan de formation, ni négociation collective).

Les diverses modalités de la formation en alternance, apprentissage-contrats de professionnalisation, stagiaire sont également confirmées. Elles sont assorties d'une foison de mesures techniques à vocation incitative pour les employeurs et les jeunes en raison de la situation dramatique qui est la leur sur le marché du travail à la rentrée de 2009 et des rentrées suivantes ainsi que du taux élevé de chômage des jeunes sortis sans qualification du système éducatif. Oubliée la fusion de l'apprentissage et des contrats de professionnalisation.

#### 4. L'offre de formation

La mise en œuvre concrète de l'obligation nationale de formation tout au long de la vie nécessite des acteurs en charge de la stratégie et de l'élaboration des normes mais aussi des prestataires de services de formation et de prestations associées. Que reste-t-il d'un débat de deux années au cours duquel ils ont beaucoup servi de bouc émissaire et souvent été cloués au pilori ? Autant dire rien au regard des principes structurants qui donnent sens et cohérence. Pas de service public organique généralisé, pas de profession réglementée, pas d'agrément préalable à l'exercice de l'activité de prestataire de formation, pas de réglementation des prix. L'activité de formation demeure une activité économique soumise aux règles du marché et de la concurrence sous réserve que la nouvelle procédure d'enregistrement préalable ne se révèle pas à l'usage être un agrément déguisé.

La loi retouche quelques modalités au demeurant déjà présentes telles que les règles de protection de l'usager, de transparence de la gestion, de meilleure connaissance du potentiel de l'offre existante.

Bref, rien de substantiel. La vraie question n'est pas celle d'un surencadrement juridique de l'offre, mais celle de la construction d'une demande pertinente par

les individus, les entreprises et les prescripteurs auxquels des moyens méthodologiques et financiers doivent être apportés.

#### 5. Les conseils régionaux

Il en va des conseils régionaux comme des IRP, de la négociation collective, de la gestion paritaire,... leur compétence de principe n'est pas mise en cause, mais les modalités d'exercice de celle-ci, à travers notamment le PRDF, continuent de soulever des interrogations.

### III. — DEUX QUESTIONS SENSIBLES : LE DIF ET LE FINANCEMENT

#### 1. Droit personnel ou droit négocié : le DIF au milieu du gué

Le droit individuel à la formation est le dispositif emblématique de l'ANI du 5 décembre 2003 et de la loi du 4 mai 2004. Pour la première fois depuis la création du système de formation professionnelle continue en 1970-1971, un dispositif d'accès à la formation n'était pas envisagé comme le droit de l'une ou de l'autre des parties à imposer son choix de formation, comme le sont le Plan au profit de l'employeur et le CIF au profit du salarié, mais une invitation à la négociation pour parvenir à un accord sur un projet de formation et, quasi-nécessairement, sur les objectifs que la formation, qui n'est jamais qu'un moyen et non une fin en soi, permet d'atteindre. Le DIF est une rupture radicale tant avec la culture managériale, plutôt directive et descendante malgré les discours participatifs, qu'avec l'essence du droit du travail, conçu essentiellement comme un droit de protection et qui à ce titre ne reconnaît qu'une place très mineure à la négociation individuelle considérée comme une quasi-impossibilité juridique du fait de la subordination qui définit le rapport de travail salarial. De ce fait, il a été difficilement appréhendé et souvent retraduit en des habitudes ou modalités plus proches des habitudes et conditionnements. L'ANI du 7 janvier 2009 et la loi du 24 novembre 2009 auraient dû faire du DIF, de nouveau, le pivot de la réforme de la formation professionnelle en le consacrant premier dispositif d'accès à la formation centré sur la personne et non sur le contrat de travail. Pour ce faire, il fallait organiser une transférabilité du droit en l'attachant à l'individu et non à l'entreprise dans lequel le droit a été acquis. Tel n'a pas été le choix effectué par les partenaires sociaux et le législateur. En lieu et place d'une transférabilité qui aurait permis au salarié de retrouver l'intégralité de ses droits au DIF chez un nouvel employeur, a été créée une portabilité dont la définition n'est pas arrêtée et dont les modalités de mise en œuvre sont incertaines.

La portabilité peut être définie, en l'absence de définition légale ou conventionnelle, comme la possibilité de solder un droit à l'issue du contrat de travail qui a permis de l'acquérir. En l'occurrence, il s'agit de la possibilité pour le salarié de solder le droit au DIF acquis dans une entreprise après la fin du contrat de travail.

La transférabilité est une notion différente qui consiste en une reprise par un nouvel employeur des droits acquis dans une entreprise précédente. La transférabilité existe dans notre droit positif en cas de

reprise d'ancienneté par exemple ou dans le cas du transfert légal des contrats de travail (C. trav., art. L. 1224-1, anciennement article L. 122-12).

La portabilité telle que créée par la loi est donc une transférabilité réduite aux acquêts puisqu'elle se limite à permettre l'exercice d'un droit au-delà du contrat qui a permis de l'acquérir, sans droit de suite à l'intérieur d'un contrat nouveau. En pratique, elle prend la forme d'une possibilité pour le salarié de demander à bénéficier d'un financement pour suivre une formation, soit pendant une période de chômage, soit après une embauche chez un nouvel employeur. La demande doit être adressée à l'OPCA de l'ancien ou du nouvel employeur selon les cas, le financement étant forfaitairement fixé à 9,15 € par heure de formation acquise, soit un maximum de 1098 € pour 120 heures de DIF. Une bien maigre récolte on en conviendra pour six années de capitalisation. D'autant que les OPCA ne sont pas tenus par une obligation impérative de financer la portabilité, et ce pour au moins trois raisons : la première est que les OPCA ne sont pas des organismes, contrairement aux organismes de Sécurité sociale, qui dans le cadre d'un régime assurent des paiements de prestations en contrepartie de droits garantis. Il s'agit d'institutions dotées de ressources fiscales dont elles assurent la gestion, sous la responsabilité d'un conseil d'administration souverain. La seconde raison est qu'un OPCA peut manquer de fonds par rapport aux demandes présentées, ce qui sera le cas pour un nombre sans doute important d'OPCA au titre de la professionnalisation qui doit prioritairement financer la portabilité, et que dans ce cas il lui revient de fixer des priorités pour l'attribution des fonds disponibles. Même s'il devrait revenir au Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP) de garantir le financement du droit à portabilité par les OPCA, force est de constater qu'aucune automaticité n'existe en la matière. La troisième raison rejoint la seconde et résulte du texte même de la loi du 24 novembre 2009 qui prévoit que les actions de formation, de bilan ou de VAE doivent entrer dans les priorités du DIF définies par accord de branche. Le droit à portabilité n'est donc garanti qu'à hauteur des politiques que les OPCA adopteront et des ressources qu'ils mobiliseront à cet effet.

Au-delà des difficultés pratiques et financières liées à la portabilité, au plan des principes elle ne s'inscrit pas dans la logique de la réforme de 2003-2004 qui visait à la fois à reconnaître un crédit et un droit d'initiative au salarié et à faire de la négociation un passage obligé de l'utilisation du droit. Elle se rapprocherait de l'idée d'un compteur personnel que le salarié peut utiliser librement dans la limite des ressources financières disponibles pour ce faire. Il est vrai que l'idée d'un compte-épargne formation avait largement été discutée avant le vote de la loi (12). Le problème est que les régimes aux principes hybrides sont rarement les plus efficaces et que si les voies de la négociation individuelle ou celle du compte-épargne droit personnel ont chacune leurs limites, faire le choix de l'une ou de l'autre est une nécessité à laquelle on ne saurait échapper sous peine de priver le DIF de toute cohérence et de ce fait d'entraver son développement.

## 2. La réforme du financement paritaire de la formation professionnelle

Si la loi du 24 novembre 2009 doit être considérée comme une loi de réforme, c'est avant tout en matière de fonctionnement du système paritaire de financement de la formation professionnelle. La création d'un Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP), la réforme des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) et la définition de nouveaux modes de relations entre ces structures et l'État constituent en effet des modifications considérables dans les modalités de financement paritaire de la formation qui ne seront pas sans influence sur la nature même du système.

Au niveau des modalités de fonctionnement, la principale disposition de l'ANI du 7 janvier 2009 et de la loi du 24 novembre 2009 est sans conteste l'introduction d'une obligation de financement du FPSPP à la charge des entreprises. Cette obligation nouvelle oblige toutes les entreprises à verser une cotisation à un OPCA au titre du plan de formation, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent. Pour les autres dispositifs (DIF et Professionnalisation, CIF), l'intégralité des ressources étant mutualisée, le versement sera effectué directement par les OPCA. Présentée comme réalisée à charge constante pour les entreprises, la loi instaure bel et bien un impôt nouveau dont les entreprises se sont acquittées pour la première fois le 28 février 2010 au titre de l'année 2009. Le montant de l'obligation sera fixé chaque année par arrêté entre 5 et 13 % de l'obligation légale de financement de la formation professionnelle. Pour 2009 le montant maximal de 13 % a été retenu par l'État sur proposition des partenaires sociaux en vue de doter immédiatement le FPSPP de ressources qui lui permettront d'intervenir en direction des salariés statistiquement les moins formés (salariés les moins qualifiés, salariés des PME et TPE, salariés alternant emploi et chômage, salariés à temps partiel, etc.) mais également d'accompagner l'embauche de demandeurs d'emploi par la formation lorsque celle-ci s'avère nécessaire pour répondre à une offre d'emploi identifiée (dispositif de la Préparation Opérationnelle à l'Emploi). Si l'intention est louable, dans un premier temps le prélèvement au profit du FPSPP constituera une diminution des ressources pour les dispositifs existants, générant un risque de rupture dans les financements qui devrait s'estomper les années suivantes.

Cette centralisation au niveau du FPSPP des moyens financiers et de la détermination de l'affectation des ressources s'accompagne d'une réforme des OPCA, au nom de la rationalisation des moyens, qui devraient voir leur nombre passer d'une cinquantaine (OPCA de branches et interprofessionnels) à une quinzaine. La restructuration s'accompagne d'un élargissement des missions des OPCA désormais compétents sur le champ du diagnostic en matière de ressources humaines et de GPEC en complément de leurs missions sur le champ de la formation. Il reviendra aux partenaires sociaux de conduire cette négociation sur la restructuration des OPCA, organismes créés par voie d'accord collectif et dont la redéfinition des périmètres relève donc en premier lieu de la négociation collective. À cette occasion, pourrait être clarifiée la question de la juxtaposition d'OPCA, organismes agréés pour collecter et gérer les contributions fiscales des entreprises, et de FAF, fonds d'assurance formation qui ont la qualité d'OPCA mais sont dotés en outre de la capacité de gérer des contri-

(12) Jean-Marie LUTTRINGER, « Opportunité et faisabilité d'un compte d'épargne formation », Demos, 2008, 187 pages.

butions conventionnelles destinées au financement de la formation professionnelle, au-delà des obligations fiscales des entreprises. Du règlement de cette question apparemment purement technique dépend en fait la nature même du régime de gestion paritaire du financement de la formation professionnelle: la logique des OPCA conduit à un système de gestion paritaire par délégation de l'État d'une ressource fiscale et dans un cadre strictement défini et contrôlé par l'État. La logique des FAF consacre une autonomie plus grande des partenaires sociaux sur le financement de la formation professionnelle, dont la dimension fiscale n'est qu'un des éléments d'un tout plus vaste. L'arbitrage entre ces deux options n'est pas réalisé à ce jour comme en témoignent les tensions qui président à la mise en place du FPSPP et aux dispositions législatives qui imposent aux OPCA et au FPSPP lui-même de contractualiser avec l'État pour déterminer l'affectation de leurs ressources ou tout au moins d'une partie de celles-ci. Si l'ANI du 7 janvier 2009 a mis en place les structures qui peuvent conduire à l'autonomie des partenaires sociaux sur le champ de la formation professionnelle, le défaut d'unanimité sur le sujet du passage d'une obligation fiscale de financement de la formation professionnelle à une obligation conventionnelle a permis au législateur d'imposer un tripartisme de gestion qui trouve sa légitimité dans la nature fiscale de la ressource principalement gérée.

#### CONCLUSION

Rarement loi aura donné matière à la production de tant de rapports préalables, à la qualité certes inégale mais qui avaient permis d'identifier les questions clés à résoudre dans le cadre de la réforme annoncée: gouver-

nance du système de formation professionnelle, orientation des financements vers les publics prioritaires, passage d'un droit de dispositifs à un droit centré sur l'individu et garanti tout au long de sa vie professionnelle. Force est de constater que les objectifs ne sont pas atteints et que sur ces trois sujets la réforme apporte plus de questions nouvelles qu'elle ne propose de réponses pertinentes.

Parmi les causes de ce maigre résultat pourrait bien figurer, ce qui ne serait guère rassurant, le processus de production de la norme sociale lui-même. Pour la première fois, une loi portant sur un sujet majeur en matière sociale a été élaborée en respectant à la fois l'obligation de consultation préalable des partenaires sociaux en vertu de l'article premier du Code du travail et la nouvelle procédure parlementaire, issue de la réforme de la Constitution opérée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui conduit le Parlement à se prononcer sur la base d'un texte élaboré en commission et non sur le projet du Gouvernement. Si la démocratie a sans nul doute gagné à la mise en place d'une procédure qui permet à différents points de vue de s'exprimer et de trouver des traductions dans les textes, force est de constater qu'il est très difficile dans un tel processus de conserver une logique d'ensemble, des principes structurants et une cohérence forte et que l'effet « patchwork » de dispositions de circonstance se trouve conforté au détriment de la qualité rédactionnelle. Mais peut-être, il faut le souhaiter, cette procédure nouvelle doit-elle se roder et les différents acteurs mieux appréhender leur rôle dans un processus plus complexe que précédemment. Nous aurons vraisemblablement l'occasion de le constater car s'il est bien une certitude sur ce texte nouveau, c'est que l'ouvrage devra être remis sur le métier ■