Chronique 119

L'EXPERIMENTATION DE LA FORMATION EN SITUATION DE TRAVAIL (FEST) INTERROGE LES CATEGORIES JURIDIQUES DU DROIT DE LA FORMATION

I. La formation en situation de travail (Fest) au programme des « Jeudis de l'AFREF » en 2017

1. La dernière séance des « jeudis de l'AFREF »[1] était consacrée à un premier retour d'expérience de la formation en situation de travail (Fest) mise en œuvre par l'AFDAS[2] dans le cadre de la démarche expérimentale initiée par la DGEFP et le FPSPP. Le lecteur intéressé trouvera annexé à ce billet l'exposé de la problématique et du cahier des charges de cette expérimentation dans un article de Laurent Duclos et Béatrice Delay publié dans la revue Droit social (décembre 2016)[3]. Dans ce même numéro le lecteur pourra trouver deux autres contributions en rapport avec ce thème, celle d'Yves Lichtenberger intitulée « Entre travail et formation : la valeur de l'expérience » et celle de Sébastien Boterdael intitulée « Exécution du contrat de travail et formation en situation de travail ».

2. À ce jour 14 OPCA se sont engagés dans cette expérimentation dont des premiers résultats devraient être connus d'ici la fin de l'année 2017. La séance du 23 février des « Jeudis de l'AFREF » a permis à Béatrice Delay de rappeler le cadre et les objectifs de l'expérimentation et à l'équipe de l'AFDAS de présenter l'ingénierie du projet.

3. L'AFREF reviendra sur ce même thème dans la séance du 29 juin et dans celle du 23 novembre intitulées toutes les deux « apprendre en situation de travail »

[1] Association française pour la réflexion et l'échange sur la formation. Site : www.fr.afref
[2] AFDAS. Fonds d'assurance formation des activités du spectacle. Site : www.afdas.com
[3] Droit social «Mutations de la formation »n° de décembre 2016. Dossier coordonné par Jean-Marie LUTTRINGER.

11 Jardins Boieldieu 92800 Puteaux – tel : 06 15 10 47 37
Site : www.jml-conseil.fr Email : jmluttringer.conseil@orange.fr
SIRET : 494 436 405 00018 RCS Nanterre SAS au capital de 1000 € Code APE 7022Z

La séance de l'intitulée « l'éducation informelle » s'inscrit dans la même ligne de réflexion.

La séance inaugurale du 23 février a donné l'occasion d'esquisser une première approche des questions juridiques auxquelles renvoie la mise en œuvre opérationnelle de ce concept. C'est l'objet des développements qui suivent.

II. Clarifications sémantiques préalables

4. Les règles de droit qui régissent aujourd'hui les rapports entre le travail et la formation renvoient à **un « modèle séparatiste »[4] que le concept de formation en situation de travail ambitionne de transcender en reconnaissant d'emblée la valeur formative du travail productif.** À cet égard, si l'on se réfère à une typologie européenne de nature socio pédagogiques qui distingue **formation formelle** (cadre juridique institutionnel, titre diplôme), de la **formation non formelle** (identification d'une action de formation caractérisée par d'un programme, sans nécessairement déboucher sur un titre un diplôme ou une certification), de **la formation informelle** (sans encadrement juridique spécifique), **la formation en situation de travail renvoie au non formel.**

5. Or, si dans notre droit positif la formation professionnelle formelle est l'un des plus sophistiquées au monde, il ne fait guère de place à la formation « non formelle ». En revanche, et paradoxalement, il connaît la formation informelle à travers des dispositifs tels que le bilan de compétences et la VAE qui permettent d'identifier, et le cas échéant, de valider l'expérience et des compétences acquises de manière informelle à l'occasion du travail, sans le truchement d'un processus de formation formelle.

6. Ces remarques préalables conduisent à une autre question de nature sémantique qui est de savoir si l'appellation « FEST » retenue pour cette expérimentation n'introduit pas un biais, en ce qu'elle risque de tirer le concept, au plan juridique et financier, vers le modèle séparatiste de la formation formelle, dominant en France depuis l'instauration en 1971 d'une obligation fiscale à la charge des entreprises, alors que le concept « d'apprentissage en situation de travail » (AST), qui renvoie à un processus pédagogique, sans nécessairement se référer à un dispositif juridique, ou encore le concept de « professionnalisation en situation de travail » (PST), sont en quelque sorte « libres de droit » et davantage propices à l'innovation juridique.

7. **Construire le cadre juridique de la FEST/AST/PST, comme une modalité de la formation formelle, qui resterait la référence, risque fort de conduire cette**

[4] Voir le site : www.jml-conseil.fr : « chronique 95 « L'Entreprise formatrice et le droit après la loi du 4 mars 2014.

expérimentation dans une impasse. Ce risque est d'autant plus réel que la pente naturelle des OPCA, auxquels la conduite de cette expérimentation est confiée sera de reproduire ce qu'ils savent faire, c'est-à-dire gérer des dispositifs normés en leur allouant des ressources financières prédéterminées. Ou alors il faudrait dans le cadre de cette expérimentation, et si elle est probante au-delà, les libérer des contraintes attachées « à la formation formelle et autoriser leur intervention financière dès lors qu'une démarche Fest/AST/PST est encadrée par un accord d'entreprise (voir plus loin les développements sur ce point). Ce questionnement trouvera une réponse à l'heure de l'évaluation de l'expérimentation dont le cahier des charges fait place à plusieurs options. **L'approche qui est développée dans le cadre de cette note de réflexion se réfère largement à une expérimentation conduite dans une grande entreprise qui en assure le financement sur ses fonds propres et qui par conséquent n'est pas tenue de s'inscrire, ni dans le cahier des charges de l'action expérimentale de la DGEFP, ni dans les critères de financement des OPCA.**

8. La FEST/AST/PST, ne renvoie à aucun des dispositifs de la formation formelle qui au plan juridique se caractérisent soit pas la suspension du contrat de travail (CIF), l'existence d'un contrat de type particulier associant un emploi et une formation en alternance (contrat d'apprentissage et de professionnalisation). **Le support juridique est celui du contrat de travail de droit commun.** La FEST/AST/PST s'exécute sur le temps de travail payé au tarif contractuel sans abattement au motif d'une productivité plus faible, (à la différence du contrat de professionnalisation et d'apprentissage). Ce processus relève du pouvoir de direction du chef d'entreprise qui seul peut l'instituer et décider de la catégorie de salariés à laquelle il est destiné. Seul l'employeur (le management) pourra désigner chaque salarié concerné. **Le recours à la définition « légale » de l'action de formation même dans sa version modernisée[5] ainsi que les conditions de financement de droit commun ne sont pas pertinents pour conférer une qualification et un régime juridique à la réalité recouvre une démarche Fest/AST/PST.**

9. Dès lors que l'on accepte le postulat que la FEST/AST/PST ne saurait être pensée au plan juridique comme une modalité du droit commun de la formation formelle, telle qu'elle est aujourd'hui financée par les OPCA, il faut proposer une construction juridique qui prenne en compte la singularité de ce concept et qui permette de dépasser le modèle séparatiste historique sur lequel est fondé notre droit de la formation depuis 1971.

---

[5]. Article L6353-1 : « *Les actions de formation professionnelle mentionnées à l'article L. 6313-1 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. La formation peut être séquentielle. (…).*

III. Pour un encadrement juridique autonome de la FEST/AST/PST

10. Le fondement juridique de la FEST/AST PST est apporté par l'article 63 21-1 du code du travail qui met à la charge de l'employeur une obligation, qui va de soi, « *d'adaptation des salariés au poste de travail* » et une obligation plus contraignante « *de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* ». Il appartient à l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, de mettre en œuvre les voies et moyens qu'il jugera les plus efficients pour rendre compte de cette double obligation. Il pourra recourir à la formation formelle, caractérisée par une action de formation comportant un programme préalablement défini, dont la réalisation est confiée à un prestataire extérieur à l'entreprise, ou dont il assure lui-même la réalisation au sein de l'entreprise à la condition que lieu de production et de formation soit dissociés[6]. Ou recourir à un processus d'apprentissage en situation de travail dans lequel, par définition même, la dissociation entre lieu de formation et lieu de production est abolie. **L'employeur peut également s'acquitter de cette obligation par des moyens autres que la formation telle que la mobilité sur plusieurs postes de travail, le tutorat…**

11. Dès lors que le coût du processus d'apprentissage en situation de travail, qu'il soit caché ou apparent, est financé sur les fonds propres de l'entreprise celle-ci en a la totale maîtrise. Elle n'est assujettie d'aucune manière, ni au contrôle de l'OPCA de rattachement, ni à celui de l'administration en charge du contrôle de la formation professionnelle. La construction du référentiel juridique de la FEST/AST/PST ne saurait par conséquent être tributaire des critères de financement d'un OPCA sous peine d'en faire un dispositif « de formation formelle » ce que, par définition même, ce concept ne doit pas être.

12. Cependant si la FEST/AST/PST échappe au contrôle de l'OPCA dès lors que celui-ci ne finance pas, et au contrôle de l'administration, **cette modalité d'apprentissage qui relève d'abord du pouvoir de direction de l'entreprise est soumise au contrôle social exerce par les IRP au sein de l'entreprise, ainsi que bien entendu, in fine, au contrôle judiciaire**. L'employeur devra à cet égard être en mesure d'apporter la preuve, en cas de litige avec le salarié, qu'il s'est bien acquitté de la double obligation d'adapter ce dernier au poste de travail et de veiller à sa capacité à occuper un emploi. Il devra aussi, 6 années après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, être en mesure d'apporter la preuve que chaque salarié aura bénéficié, non seulement d'entretiens professionnels réguliers tous les deux ans, mais également d'une évolution salariale, d'une formation ou d'une VAE. **La traçabilité de la FEST/AST PST est par conséquent déterminante pour permettre à cette modalité d'apprentissage d'avoir une existence juridique autonome qui permette de la**

[6] voir article D. 63 21-3 du code du travail

distinguer du travail productif dont elle se nourrit et de la formation formelle dont elle n'est pas un sous-produit

13. Si l'on admet le postulat que la FEST/AST/PST n'est pas un sous-produit dérogatoire de la formation formelle mais un objet juridique autonome, quels sont alors les conditions qui permettent de la distinguer du travail productif, en garantissant la liberté, la prise de risque, le droit l'erreur, la confidentialité, qui sont autant de facteurs de réussite d'un apprentissage en situation de travail ?

Trois problématiques juridiques méritent à cet égard d'être explorées : quels sont les critères d'une situation de travail susceptible d'être formative ou apprenante ? Comment protéger le salarié engagé dans un processus d'apprentissage en situation de travail ? Comment inscrire la FEST/AST/PST dans les procédures de gestion individuelle et collective des compétences de l'entreprise et par là même dans les procédures du dialogue social ?

14. Les critères d'une **situation « formative/apprenante ».**

Tout travail n'est pas formateur, toute situation de travail ne se prête pas à l'extraction d'une valeur formative. « La situation de travail » qui servira de base à la formation devra par conséquent respecter des critères préalablement définis au sein de chacune des entreprises, ces situations étant par définition même caractérisées par la plus grande relativité en fonction des technologies, de l'organisation du travail et du marché de chaque entreprise singulière. L'organisation du travail et par conséquent l'identification de situation pouvant avoir une valeur formative est au cœur du pouvoir de direction du chef d'entreprise et par délégation une prérogative managériale. La définition de ces critères est sans aucun doute un objet pertinent de dialogue social pour l'entreprise qui souhaite mettre en place une FEST/AST/PST. Ainsi les IRP devront-ils, en application du code du travail être informés et consultes au titre de leur compétence générale sur orientations stratégiques de l'entreprise, sur la GPEC et sur l'organisation du travail. (Voir notamment les articles 2323-10,22327-2).

15. Comment protéger le salarié engagé dans un processus d'apprentissage en situation de travail ?

L'extraction d'une valeur formative d'une situation de travail ne saurait relever de l'exécution pure et simple d'un travail prescrit. À défaut d'une suspension du contrat de travail (CIF), de stipulations contractuelles particulières (contrat d'apprentissage et de professionnalisation) ou encore de stipulations d'une convention de formation conclue avec un prestataire externe à l'entreprise, le processus d'apprentissage en situation de travail doit d'une part être traçable notamment pour des raisons de preuve évoquée ci-dessus, et d'autre part et surtout donner lieu à des aménagements du pouvoir de direction du chef

d'entreprise afin de **garantir le principe de liberté qui est consubstantiel à tout processus d'apprentissage en ce qu'il renvoie à l'erreur, à l'expérimentation, à la prise de risque, qui ne sont pas des critères habituels du travail prescrit.** Aussi bien l'exigence de traçabilité que celle de préservation de la liberté du salarié de s'engager ou non dans une démarche de Fest/AST/PST, que la garantie de confidentialité contrepartie de la prise de risque inhérent à tout processus d'apprentissage, pourront faire l'objet d'un **protocole d'accord** qui conférera une valeur contractuelle à la FEST/AST PST. En quelque sorte comme un aménagement temporaire du contrat de travail de droit commun.

16. La question du « **droit à l'erreur »** mérite ici une mention particulière sous le double aspect pédagogique[7] et juridique.

Le droit à l'erreur signifie d'une part, qu'en phase d'apprentissage, il est possible de se tromper, d'autre part, que l'erreur peut être source d'apprentissage, lorsqu'elle est repérée, reconnue, analysée et fait ensuite l'objet d'un remaniement des savoirs et savoir-faire.
Une « pédagogie » du droit à l'erreur est un environnement propice aux feed-back et à l'autoévaluation qui sont des facteurs fondamentaux des processus d'apprentissage. Le droit à l'erreur peut être élargi au droit à l'ignorance, l'hésitation, le doute, la maîtrise partielle d'une action.
Lorsque le droit à l'erreur est effectivement reconnu et pratiqué, il contribue à construire un environnement d'apprentissage sécurisant. Le droit à l'erreur joue donc un rôle psychosocial pour assurer la sécurité et l'apprentissage comme prise de risque, et un rôle cognitif par les possibilités qu'il ouvre d'essayer, de constater les effets de l'action.

Cette notion qui est au cœur de la relation pédagogique est inconnue de la relation de travail. Le salarié doit être en mesure de remplir les tâches qui lui sont confiées compte tenu de la qualification contractuelle définie dans son contrat de travail et pour laquelle il est rémunéré. Un droit à l'erreur, à l'expérimentation, au tâtonnement peut être toléré pendant une période d'essai contractuellement définie mais ce droit ne saurait être structurant de la relation de travail. Au plan juridique l'erreur devient alors une faute professionnelle qui sera jugée, apprécier et sanctionnée comme tel dans le cadre du pouvoir de direction du chef d'entreprise délégué le cas échéant au management.

Le conflit de logique auquel renvoie le droit à l'erreur, fondateur et structurant de la relation pédagogique et irrecevable dans la relation de travail, est sans doute la question la plus délicate à résoudre dans la

[7] Les pratiques d'apprentissage en situation de travail, Pascale Fotius & Sophie Pagès, dans *Apprendre dans l'entreprise,* PUF, 2014, sous la direction de Sandra Enlart et Etienne Bourgeois
La sécurité psychologique ou comment démystifier l'apprentissage en situation de travail, Cécilia Mornata dans *Apprendre dans l'entreprise,* PUF, 2014, sous la direction de Sandra Enlart et Etienne Bourgeois

construction d'un corpus juridique de la Fest/AST/PST, autonome par rapport au corpus juridique de la formation « formelle ».

17. Comment inscrire la Fest/AST/PST dans les procédures spécifiques à l'entreprise, de gestion individuelle et collective des compétences des salariés ?

Trois procédures de gestion individuelle des compétences devront faire une place à la FEST/AST/PST mise en œuvre par l'entreprise : l'entretien professionnel, l'entretien d'évaluation et de performance, le bilan de parcours au terme de six ans. L'entretien d'évaluation mérite une mention particulière. Les critères sur lesquels il est construit devront valoriser la fonction « pédagogique » du management en l'occurrence son implication dans la définition des situations pouvant donner lieu à FEST/AST/PST et son action pour la mise en place d'organisations du travail « capacitante ». Pour les salariés, l'entretien professionnel devra être l'occasion de connaître les différentes voies d'évolution professionnelle proposée par l'entreprise afin de pouvoir apprécier l'intérêt que présentera le cas échéant une démarche de FEST/AST/PST. Une question plus délicate est celle de la prise en compte des résultats que le salarié aura obtenus à l'issue d'une démarche de FEST/AST/PST dans le cadre de l'évaluation de ses performances réalisée par le mandat. La prise de risque, le droit l'erreur et à l'expérimentation consubstantiels au processus d'apprentissage, même en situation de travail, qui suppose un principe de confidentialité ne sauraient relever des mêmes critères que ceux applicables à l'évaluation « du travail prescrit ».

IV. Conclusions

18. Concevoir et mettre en œuvre la FEST/AST/PST comme un sous-produit de la formation formelle risque de conduire ce concept dans une impasse. Sa construction juridique devra résulter d'une analyse préalable de situations de travail identifiées potentiellement formaté, fondée sur la didactique professionnelle qui permettra de déterminer « ce qu'apprendre au travail veut dire »[8].

19. Au plan sémantique, l'acronyme « Fest » gagnerait à être remplacé par celui d' « AST » (apprentissage en situation de travail) ou, mieux encore, celui de « PST » (professionnalisation en situation de travail) qui présente l'avantage de s'éloigner du concept de formation formelle et d'ouvrir des perspectives vers un droit plus large de l'évolution professionnelle. L'acronyme FEST renvoie en effet au modèle séparatiste de formation professionnelle formelle, structuré en France par quatre décennies de définition fiscale, et par la référence au modèle scolaire. L'enjeu de la démarche FEST/AST/PST étant précisément de déscolariser les apprentissages en situation de travail.

[8] Apprendre au travail, Etienne Bourgeois et Marc Durand, PUF, 2012

20. Le processus d'apprentissage en situation de travail, pour pouvoir être distingué du travail prescrit conformément à la qualification contractuelle du salarié, devra faire l'objet d'un protocole d'accord apportant d'une part des garanties de confidentialité à l'apprenant et précisant d'autre part la répartition des compétences entre les différents acteurs de l'entreprise impliquée dans le processus d'apprentissage : le référent, le compagnon, le manager de proximité…

21. Ces règles et procédures de gestion des compétences et du processus d'apprentissage devront être encadrées par des procédures de gestion internes à l'entreprise relevant de la sphère du dialogue social : information, consultation des IRP, possibles dispositions d'un accord d'entreprise consacrée à ce thème innovant en cohérence et en complémentarité avec le développement des compétences et la formation professionnelle formelle.

****

L'encadrement juridique qu'appelle la pérennisation des démarches FEST/AST/PST, pour en assurer la traçabilité et pour apporter les garanties nécessaires aux salariés/apprenants peut-il/ doit-il résulter du droit d'origine légale de la formation au prix d'adaptations qui restent à inventer, ou d'un droit de la gestion des compétences fondé sur le droit contractuel, individuel et collectif prenant en compte les spécificités de chaque entreprise de chaque situation de travail ?

Continuons le débat…

Jean-Marie Luttringer mars 2017.
www.jml-conseil.fr