

## Les apports de la jurisprudence à la structuration du droit de la formation

### I. La jurisprudence sur la formation : une jurisprudence quantitativement limitée

1. Le périmètre du droit de la formation, tel que dessiné par l'ANI (accord national interprofessionnel) du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnels et la loi du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente puis par les textes ultérieurs, est vaste, à un triple titre : le nombre d'acteurs concernés, la multiplicité des normes qui le façonnent et le champ couvert qui empiète sur de nombreuses autres branches du droit. Pour autant, il n'en est pas résulté un contentieux abondant en plus de 35 ans. Les recherches conduites auprès des différents tribunaux montrent en effet que d'une part l'entrée « formation » n'est pas toujours présente dans les index juridiques, d'autre part, lorsqu'elle est présente, ce qui est le cas dans le champ des relations de travail employeurs/salariés, elle occupe une place bien moindre que d'autres thématiques (rupture du contrat de travail, salaire, durée du travail, etc.).
2. Le droit de la formation s'applique à un nombre d'acteurs extrêmement élevé : 16 millions de salariés, plusieurs centaines de milliers d'entreprises, dont 100 000 de plus de dix salariés, des centaines de milliers de demandeurs d'emploi ayant qualité de stagiaire, 40 000 organismes de formation, une centaine d'Opca, une administration spécifique de contrôle de la formation, 22 conseils régionaux ayant compétence de principe dans ce domaine : le nombre de personnes ou d'organismes pouvant avoir un intérêt à agir, et la nature des actions pouvant être intentées (relations employeurs-salariés, stagiaires-organisme, administration-entreprises, Opca ou organismes de formation, etc.) pouvait laisser présager d'un contentieux abondant. Il n'en est rien, signe qu'à l'heure où est mise en cause la pluralité des acteurs et des responsabilités, **il faut convenir que la régulation négociée et/ou la concertation fonctionnent de manière bien plus importante que les voies contentieuses**. Les mécanismes de régulation sont sans doute moins grippés que l'on veut bien le laisser entendre.
3. Le droit de la formation est constitué de normes multiples qui auraient pu nécessiter un arbitrage de la part des tribunaux. Ancré par nature dans le droit du travail, la formation constituant une garantie sociale des travailleurs au sens de l'article L. 131-1 du Code du travail, le droit de la formation est logiquement né de la négociation collective, qui s'en est emparé à tous les niveaux. Si les accords nationaux interprofessionnels sur la formation professionnelle ont joué un rôle fondateur à plusieurs reprises (ANI du 9 juillet 1970, ANI du 21 juillet 1982, ANI 26 octobre 1983, ANI 3 juillet 1991, ANI 5 décembre 2003 notamment), la négociation de branche et la négociation d'entreprise, dans une moindre mesure, ont contribué à la production d'un droit conventionnel qui

s'articule avec les dispositions du Code du travail. L'articulation des sources et leur diversité auraient pu conduire à des difficultés de mise en œuvre ou d'interprétation, tel n'est pas le cas général. D'aucuns pourraient y voir une négociation faiblement normative et aux enjeux modestes, d'autres y trouveront la confirmation que le champ de la formation professionnelle demeure parmi les plus consensuels, **tous pourraient s'accorder pour reconnaître le rôle sans équivalent dans le champ du droit du travail des accords nationaux interprofessionnels qui garantissent la cohérence et la généralité des dispositions conventionnelles.**

4. **Le droit de la formation n'est pas un droit autonome constitué en branche spécifique du corpus juridique.** Il s'agit d'un droit qui rassemble des règles relevant du droit du travail, du droit fiscal, du droit de l'éducation, du droit de la concurrence, du droit administratif, etc. Ce caractère hybride est dû à sa nature : organisé initialement à partir de l'acte de formation, il intervient sur l'ensemble du processus, qu'il s'agisse de l'accès à la formation, des conditions de production des actions, de leur financement ou encore de leur reconnaissance. Cette nature polymorphe aurait pu générer des contentieux issus de l'incertitude liée à la règle applicable ou du cumul d'un droit général et d'un droit spécial. Là encore, il n'en a rien été, en tous les cas pas du point de vue quantitatif.
5. **La faiblesse relative du contentieux en matière de formation professionnelle trouve plusieurs explications.** La formation est un acte positif qui ne produit pas, ou peu, de contentieux sur la prise de décision. Ce n'est pas un hasard si les contentieux reparaissent à l'occasion de décisions négatives : clause de dédit-formation, licenciement pour insuffisance professionnelle, redressement fiscal ou du contrôle de la formation, etc. Par ailleurs, la formation est un sujet plutôt consensuel au plan des relations de travail, d'autres thématiques, telle la durée du travail, ayant un potentiel conflictuel supérieur. Enfin il peut arriver que la dimension polymorphe du droit de la formation, par difficulté d'identifier la règle applicable ou d'être informé sur cette règle, constitue un obstacle à l'exercice de recours juridiques.

## II. Le droit de la formation banalisé par la jurisprudence

6. **Droit jeune et droit nouveau, le droit de la formation aurait pu se constituer en droit autonome à partir de créations jurisprudentielles et d'une doctrine se donnant pour objectif de mettre en exergue ses spécificités. C'est exactement l'inverse qui s'est produit.** La jurisprudence portant sur les spécificités du droit de la formation, telle que l'imputabilité par exemple, n'a pas dégagé de dynamique particulière, les juges se contentant souvent d'un contrôle formel pas toujours favorable à l'administration. Ainsi, il a été rappelé qu'il ne pouvait y avoir de redressement en l'absence de convention de formation (CE, 16 janvier 2002, Capytools) ou encore que l'administration ne pouvait baser ses contrôles sur une approche statistique et des extrapolations (CE, 9 octobre 2002, ONILAIT). Le juge administratif, garant également des libertés publiques, a toujours eu le souci de maintenir le

contrôle dans le strict champ des textes, anticipant sur l'évolution de la réglementation qui, peu à peu, a reconnu que l'activité de formation devait être abordée comme d'autres activités de prestation de service.

7. **Ce n'est donc pas en renforçant ses particularismes que la jurisprudence a participé à la construction du droit de la formation mais au moyen de son irrigation par des principes structurants empruntés à d'autres branches du droit.** Ainsi, c'est par un retour aux fondamentaux du droit du travail que les juges ont contribué à l'essor du droit de la formation et c'est par le recours aux règles du droit de la concurrence qu'ils ont pu fournir un cadre mieux établi à l'activité de formation. C'est donc à l'aide de règles issues de branches connexes du droit et réinvesties dans l'arbitrage de litiges propres à la formation professionnelle que le juge a pu avoir une action structurante et parfois innovante.

### III. La jurisprudence source de structuration et d'innovation

8. Il n'est pas dans l'objectif de cette chronique de conduire une analyse exhaustive de la jurisprudence entrant dans le champ de la formation professionnelle. En nous centrant sur l'essentiel, **nous pouvons identifier deux apports structurants des tribunaux au droit de la formation professionnelle : les rapports entre formation et travail et la définition de la nature de l'activité de formation. Dans ces deux domaines, c'est le juge qui a ouvert la voie aux évolutions législatives** faisant preuve à la fois d'innovation et de mise en cohérence de la réglementation.

#### III.1 Formation et contrat de travail

9. Dans les rapports entre formation et contrat de travail, les juges ont construit un régime cohérent basé sur le contrat de travail dans trois domaines : les obligations respectives de l'entreprise et du salarié en matière d'employabilité ou de gestion des compétences, la définition du temps de formation et la reconnaissance de la notion de parcours professionnel.
10. L'introduction de la formation dans le contrat de travail est matérialisée par l'obligation pour l'entreprise de gérer les compétences des salariés. Cette émergence de la formation dans le contrat n'allait pas de soi. En instaurant une obligation de financer la formation, et non une obligation de former, la loi de 1971 n'a pas initié de remise en cause de l'approche traditionnelle du droit du travail : en dehors d'une obligation particulière, conventionnelle ou contractuelle tel le contrat d'apprentissage, l'employeur n'est tenu d'aucune obligation de formation envers le salarié (Cass. Soc., 4 janv. 1979, Société EGO Boniface c/Dame Touret ; Cass. Soc., 7 mai 1981, Bull. civ. V, n° 393). De ce fait, le choix des salariés qui accèdent à la formation relève du pouvoir de direction et de la libre appréciation de l'employeur, sauf détournement de

pouvoir ou discrimination (Cass. Soc., 23 octobre 1991, M. Gaudé c/Société Air France ; CA Paris 27 septembre 1979, Jurisdata n° 025410). **Après plusieurs décisions tempérant le caractère abrupt de tels principes, la Cour de cassation a posé en principe en 1992 dans son arrêt Expovit (Cass. Soc., 25 février 1992) qu'en vertu de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail, l'employeur est soumis à une obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois.**

Certains ont vu dans cette obligation une création ex nihilo de la Cour de cassation, et ont pu lui reprocher de disposer de manière générale et ainsi de se substituer à la loi. Cet argument a été rejeté, les juges affirmant qu'ils ne faisaient que constater l'existence d'une obligation incluse dans le contrat de travail lui-même<sup>1</sup>. Fondée dès l'origine sur l'article 1134 du Code civil et non sur une disposition spéciale du Code du travail, l'obligation n'avait en effet nul besoin d'un texte relai pour produire ses effets. Ce texte est tout de même venu sous la forme de l'article L. 930-1 du Code du travail qui explicite l'obligation pour l'employeur d'adapter les salariés à l'évolution de leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

11. **La jurisprudence relative à l'obligation d'adaptation a été étendue par les juges aux obligations de l'employeur en matière de protection de la santé des salariés.** Le principe est posé dans les mêmes termes généraux que l'obligation d'adaptation : l'obligation générale de formation à la sécurité est une obligation renforcée de résultat dont l'inexécution peut revêtir les caractères d'une faute inexcusable (Cass. Soc. 27 juin 2002, n° 00-14.744). Le fondement de la décision est identique à celui de l'obligation d'adaptation : maître de l'organisation des activités et des emplois, le chef d'entreprise a la responsabilité de l'impact des activités exercées sur la santé du salarié. Si de nombreuses décisions sont venues préciser cette obligation, notamment s'agissant de l'obligation renforcée de formation à la sécurité pour les salariés en contrat à durée déterminée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 31 mai 2006, n° 05-10.621) ou pour les intérimaires (Cass. Crim., 24 janvier 2007, n° 05-87.726), la Cour de cassation a réaffirmé récemment que l'employeur qui ne peut prouver qu'il a suffisamment formé deux salariés victimes d'un accident du travail est pénalement responsable du délit de blessures involontaires (Cass. crim., 6 novembre 2007 ; RJS n° 3/08, mars 2008).
12. **Après l'obligation d'adaptation et l'obligation de formation à la sécurité, un troisième pilier de l'obligation de gestion des compétences des salariés**

---

<sup>1</sup> Cass. Soc., 13 février 2001, n°98-45.464. L'obligation est d'ailleurs limitée, dans sa portée, aux emplois correspondant à la qualification reconnue au salarié par le contrat, l'employeur n'ayant jamais l'obligation de donner au salarié la formation initiale qui lui fait défaut (Cass. soc., 12 juillet 2006, Demant c/Assoc. Maternité hôpital Sainte-Croix. - Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.022 ; Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-42.190, Marzouk et a. c/ SA Aptargroup Holding).

**vient d'être posé par une décision de la Cour de cassation en date du 23 octobre 2007.** Deux salariés ont été licenciés pour un motif économique et réclament une indemnisation pour n'avoir été formés que trois jours en douze et vingt-quatre ans d'ancienneté. Il est intéressant de noter que l'employeur a recours à un argument en vogue au cours des années 70 : l'entreprise est tenue de financer la formation, pas de former, la formation professionnelle est une obligation nationale, pas une obligation à la charge de l'entreprise (C. Trav., art. L. 900-2). Les juges ne suivent pas le raisonnement de l'employeur et au contraire affirment que le salarié dont l'employabilité n'a pas été maintenue subit un préjudice distinct de celui lié à son licenciement. L'employeur est donc astreint à une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences en vue d'une double finalité : en vertu de l'obligation d'adaptation il doit permettre au salarié d'acquérir les compétences correspondant aux fonctions exercées, en vertu de l'obligation de veiller à la capacité à occuper un emploi, il doit lorsqu'il remet les salariés sur le marché du travail maintenir leur employabilité par rapport à celui-ci. L'employabilité est donc une obligation qui se mesure à l'aune des emplois de l'entreprise lorsque le contrat se poursuit et du marché du travail lorsqu'il est rompu. Les deux facettes interne et externe de l'employabilité sont ainsi précisément définies par les juges.

13. Ces trois obligations à la charge de l'employeur résultent du pouvoir de direction, nous l'avons indiqué, lui-même étant le produit de la subordination juridique qui définit le contrat de travail. **Selon la construction jurisprudentielle, ce n'est ni la loi ni la négociation qui fonde le champ des obligations de gestion anticipée des compétences mais le contrat de travail lui-même.** On mesure ici que, quelle que soit l'ardeur réformatrice, il faudrait toucher à la définition même du travail salarié pour que soit remise en cause la logique qui préside à l'évolution de la jurisprudence.
14. **Si l'employeur a des obligations, la nature synallagmatique du contrat de travail impose des obligations corrélatives au salarié.** Dans un premier temps, les juges ont imposé au salarié le suivi d'une formation décidée par l'employeur : faute de motif légitime, le refus de formation est une faute (Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-40.493 ; Cass. soc., 3 mai 1990, arrêt n° 1819 D, Capizzi c/ Sté d'exploitation des menuiseries françaises). Le refus sera toutefois possible pour un motif légitime. Tel est le cas lorsque la décision de l'employeur est discriminatoire ou relève de l'abus de droit (Cass. soc., 15 mai 1991 : JCP E 1991, I, 95, obs. A. Chevillard) ; l'entreprise ne respecte pas ses obligations. Par exemple lorsque la formation entraîne la réalisation d'heures supplémentaires non payées (Cass. soc., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-44.378, Khemili c/ Brunechay) ou lorsque l'employeur refuse de prendre en charge les frais de déplacement inhérents au suivi de la formation (CA Reims, 11 janv. 1995, SA Devalnay c/ Tanrey) ; la formation suivie n'entre pas dans le cadre de la qualification du salarié (Cass. soc., 30 nov. 1977 : Bull. civ. 1977, V, n° 661). En effet, le pouvoir de l'employeur a pour limite la qualification contractuelle du salarié qui ne peut se voir imposer d'effectuer des tâches ou

d'exercer des fonctions non prévues par son contrat de travail (Cass. soc., 28 mars 1995, CDTS c/ Cousinier, Cass. soc., 25 mars 1998, pourvoi n° 96-40-223) ; l'action proposée n'est pas une action de formation. Des salariés peuvent ainsi refuser de suivre une formation dispensée par un organisme qui utilise des pratiques de formation relevant de la manipulation psychologique et qui est répertorié parmi les organismes à caractère sectaire (CA Versailles, 22 mars 2001, Petitjean c/ SA Essor optique) ; le suivi de la formation est particulièrement contraignant pour la vie familiale du salarié (CA Toulouse, 24 mars 2000, SA SEGAFI). En l'espèce, le salarié a démontré que la formation était inutile et qu'il possédait toutes les compétences requises pour occuper son emploi, ce qui revient quasiment à établir un abus de droit de la part de l'employeur. Comme l'on peut le constater, le pouvoir de direction, loin d'être discrétionnaire, doit être justifié par des raisons objectives pour s'exercer pleinement.

15. **La seconde obligation du salarié, après le suivi de la formation, est celle de faire les efforts nécessaires pour acquérir les compétences visées par la formation.** Ce principe justifie le licenciement d'un salarié dont la mauvaise volonté pendant la formation est manifeste (CA Chambéry, 19 déc. 1995, Mme Donini c/ ATD Haute-Savoie) ou d'une salariée qui ne peut, comme ses collègues, s'adapter à un nouvel ordinateur bien qu'elle ait suivi un stage de formation (CA Versailles, 18 sept. 1985 : Juris-Data n° 1985-042400). La même solution a été retenue à l'encontre d'un salarié qui n'a pu acquérir aucune capacité technique à l'issue de la formation proposée par l'employeur (CA Riom, 3 juin 1997, Ortega c/ SA Auvergne Alu) ou d'une sténo-dactylo qui, malgré le temps d'adaptation laissé par l'employeur, n'atteint pas le niveau de qualification requis pour devenir secrétaire de direction (Cass. soc., 9 juill. 1997, Boitel c/ SARL Secri).

Plusieurs décisions, relativement anciennes, admettent que l'employeur peut se prononcer à tout moment, y compris en cours de formation, sur l'aptitude du salarié à apprendre un nouveau métier (Cass. soc., 2 juill. 1978 : JCP G 1978, II, p. 109. - V. également Cass. soc., 10 nov. 1976 : Bull. civ. 1976, V, n° 576). Cette solution a été réaffirmée plus récemment, la Cour d'appel de Paris admettant le licenciement d'un salarié pour inaptitude dans la mesure où les stages suivis ont révélé l'incapacité d'adaptation (CA Paris, 12 juill. 1985, Racine c/ Crédit Universel). La Cour de cassation, enfin, a admis le licenciement d'un salarié au vu de résultats insuffisants en cours de formation (Cass. soc., 14 nov. 1990, Thias c/ Sté Provençia).

Une décision a pu laisser penser que l'obligation d'adaptation, plus large que la formation, permettait d'inclure un droit à l'erreur dans la formation et sa mise en œuvre dans le travail. La Cour de cassation a en effet jugé que le licenciement d'une salariée pour insuffisance professionnelle ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse, lorsque l'intéressée commet des erreurs sur une courte période après la mise en place d'un nouveau logiciel. L'employeur n'a pas ainsi satisfait à son obligation d'adapter la salariée à l'évolution de son

emploi (Cass. soc., 21 oct. 1998, CPC France c/ Renaud et a., pourvoi n° 96-44.109). Toutefois, une décision plus récente reprend la formule de l'employeur seul juge en estimant qu'il revient à l'entreprise de fixer les critères de l'adaptation du salarié, sous le contrôle du juge (Cass. Soc., 21 décembre 2006, n° 05-20.712). Difficile donc en l'état de la jurisprudence de reconnaître un véritable droit à l'erreur du salarié ou temps d'apprentissage, sauf à mieux l'articuler à l'obligation d'adaptation qui ne se réduit pas à la délivrance d'une formation.

**16. Si les tribunaux ont largement contribué à définir la place de la formation dans la relation contractuelle, ils ont également apporté leur écot à la qualification du temps de formation.** La distinction entre plan et congé initiée par le Conseil d'Etat (CE 28 juin 1974, req. n° 85-881) a longtemps structuré le régime du temps de formation avec soit l'assimilation de la formation au travail (plan de formation) soit la bascule dans le régime de la suspension du contrat (congé). Ce principe a été entériné par la loi du 17 juillet 1978 et confirmé par la loi du 24 février 1984. Cette distinction binaire aura donc vécu 30 ans, jusqu'à l'introduction par la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social suite à l'ANI du 5 décembre 2003 du DIF (droit individuel à la formation) qui ouvre une tierce voie faisant place à la négociation, là où le droit ne connaissait que deux unilatéralités.

**17. L'assimilation du temps de formation au travail dans le cadre du plan de formation** a permis de solutionner nombre de problèmes pratiques : le salarié demeure sous la subordination juridique de l'employeur sans aménagement particulier par rapport au régime du travail. Est ainsi justifié le licenciement d'un salarié qui a un comportement particulièrement injurieux vis-à-vis d'un élu du personnel et de la direction de l'entreprise au cours d'une formation (CA Metz, 24 janv. 1994, SA Acmo c/ Martig), qui perturbe le déroulement des séminaires par des écarts de langage (Cass. soc., 16 janv. 1990, Frent c/ SA Revlon) ou qui ne se rend pas à des cours prévus sur son temps de travail (CA Grenoble, 23 janv. 1986, Clément c/ Sion. CA Paris, 25 sept. 1986, Sté Sidef Conforama c/ Chalon).

L'employeur peut également interrompre la formation, soit parce qu'il lui faut supprimer l'emploi du salarié, soit parce qu'il juge celui-ci inapte à acquérir les connaissances dispensées (Cass. soc., 10 nov. 1976 : Bull. civ. 1976, V, n° 576). Il lui faudra toutefois prendre garde de ne pas procéder à un détournement de pouvoir en invoquant une insuffisance professionnelle au tout début d'un stage manifestement destiné à permettre à l'intéressé d'actualiser ses connaissances théoriques et de parfaire sa formation professionnelle (CA Nancy, 25 févr. 1985, SA Crédit Lyonnais c/ Bonnin). Mais dès lors que l'interruption de la formation correspond à un intérêt légitime de l'entreprise, elle ne peut constituer un préjudice pour le salarié (CA Aix-en-Provence, 7 avr. 1992 : Juris-Data n° 1992-048077). Etant considéré comme au travail, le salarié bénéficie également de la présomption d'accident du travail pendant

l'envoi en formation. Il revient à l'employeur ou à la caisse primaire d'assurance maladie d'apporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel pour renverser cette présomption (Cass. soc., 19 juill. 2001, pourvoi n° 99-21.536, Framatome c/ Gicquiaux. Cass. soc., 19 juill. 2001, pourvoi n° 99-20.603, Salomon c/ CPAM Lyon)

18. **Le régime du congé de formation est celui de la suspension du contrat** : délié de l'obligation de travailler le salarié n'en demeure pas moins soumis à certaines obligations (obligation de loyauté, de confidentialité, de non-concurrence). Violent l'obligation de loyauté le salarié qui effectue son stage pratique, incluse dans la formation suivie en congé individuel, dans une entreprise concurrente ce qui justifie son licenciement (Cass. soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-40.584, Sté Métropolight c/Harter). De même, le salarié qui se livre à des actes de concurrence pendant le congé de formation commet une faute grave (CA Paris, 21e ch., 26 févr. 1988, Duffoure c/ Sté Bruneau). Les solutions sont classiques et témoignent d'une subordination atténuée mais d'un lien contractuel maintenu.
19. **L'assimilation de la formation au travail permet de régler les questions de régime du temps** : comme pour le travail effectif, la formation réalisée en dehors du temps de travail ne peut générer des heures supplémentaires que si elles ont été demandées par l'employeur (Cass. Soc., 30 janvier 1996, n° 92-43.097) et non si la formation est suivie à titre personnel en dehors du plan de formation (Cass. Soc., 21 novembre 2000, n° 98-43.377). La question du rapport entre temps de travail et temps de formation s'est toutefois posée de manière plus aigüe avec l'introduction, par l'ANI du 3 juillet 1991, du co-investissement puis de la possibilité de réaliser des formations en dehors du temps de travail dans le cadre de la première loi Aubry en 1998 et enfin avec l'instauration de possibilités de formation en dehors du temps de travail dans le plan et le DIF par la loi du 4 mai 2004 suite à la conclusion de l'ANI du 5 décembre 2003. Appelée à se prononcer sur la nature du temps de formation en application des règles nouvelles, la Cour de cassation a estimé que les formations destinées à assurer l'adaptation du salarié ou à assurer son maintien dans l'emploi devaient être du temps de travail effectif (Cass. Soc., 13 février 2007, n° 05-42.695). Cette solution, appliquée à des faits antérieurs à la loi du 4 mai 2004, est dans le droit fil des dispositions légales qui, une fois encore, peuvent être considérées comme un rappel, la Cour de cassation déduisant le régime applicable de la finalité de la formation au regard des obligations de chacun dans le cadre du contrat et non d'un régime spécial qui n'était pas encore en vigueur.
20. **Cette capacité d'innovation de la jurisprudence doit nous conduire à porter la plus grande attention à la décision de la Cour de cassation du 16 janvier 2008 (n° 07-10.095) par laquelle la Cour suprême interdit à l'employeur de débiter d'office des comptes épargne formation pour les formations suivies à l'initiative de l'entreprise (en fait imposées par elle)**. Dès lors que le salarié bénéficie d'une épargne, son accord est indispensable pour l'utilisation du crédit. La solution est nécessairement transposable au DIF qui est une épargne

à laquelle le salarié a droit et qui ne peut être utilisé d'office pour des formations choisies par l'employeur mais doit faire l'objet d'un accord formalisé avec le salarié. Il est remarquable que, dans une espèce pour laquelle la loi du 4 mai 2004 était inopérante et qui concernait un dispositif d'épargne formation purement conventionnel, **la Cour de cassation marque ainsi les conditions d'utilisation de tout crédit, démontrant que la logique juridique du crédit ne peut conduire à une autre solution que la négociation dès lors qu'existe une épargne attachée à la personne du salarié ou à son contrat.**

21. Le troisième champ de structuration et d'innovation, celui qui concerne les parcours de formation, est plus ténu que les précédents sans pour autant que cela ne préjuge de sa fécondité à venir. Moins construit à ce jour que l'articulation entre formation et contrat de travail ou que le régime du temps de travail, **le droit du parcours professionnel est en voie d'élaboration.** Plusieurs traces de cette construction sont néanmoins visibles. La notion de parcours professionnel est d'ores et déjà présente dans les décisions judiciaires et source de droits pour le salarié. Ainsi, les juges estiment qu'une femme divorcée peut invoquer, pour la détermination du montant de la prestation compensatoire, un parcours professionnel chaotique du fait de la naissance de quatre enfants (CA Paris, 26 octobre 2005). Le parcours professionnel peut également être pris en compte pour l'appréciation de la gravité d'une faute (CA Reims, 5 mars 2003). Enfin, en matière de classification et d'application du principe « à travail égal, salaire égal », les juges reconnaissent que des parcours professionnels différents constituent des éléments objectifs qui peuvent fonder des différenciations licites (Cass. Soc., 3 mai 2006, n° 03-42.920). Il en résulte que lorsque les parcours professionnels ne sont pas spécifiques, ils ne peuvent justifier un écart de rémunération (Cass. Soc., 31 octobre 2006, 02-45.480). **Les partenaires sociaux ayant largement repris, tant au niveau des ANI que de la négociation de branche, la notion de parcours professionnel, nul doute que les juges affineront le droit du parcours, avant, peut-être, de dessiner un droit au parcours.**

### III.2 Nature de l'activité de formation

22. Si les relations entre employeurs et salariés constituent le principal champ de structuration et d'innovation du droit de la formation que nous devons à l'apport de la jurisprudence, il en est un second que les juges ont largement contribué à construire : celui de la nature et du régime de l'activité de production des actions de formation.
23. La première décision de référence en la matière est sans doute la décision du tribunal des conflits du 20 janvier 1986 (Boënnec c/CCI de Quimper) qui affirme que la formation professionnelle n'est pas, par nature, un service public et qu'une convention de formation est un contrat de droit privé. Cette décision fondatrice n'empêchera pas que soit reconnu le caractère de service

public à la formation professionnelle lorsqu'elle est mise en œuvre par une collectivité publique avec des prérogatives de puissance publique (T.Conf., 12 février 2001, n° 03247 ; CE, 11 décembre 1996, n° 170194). La reconnaissance d'un service public n'a d'ailleurs pas une importance capitale dans le régime de l'activité de formation. En effet, selon l'avis rendu par le Conseil national de la concurrence en 2000 sur une saisine de la FFP (Fédération de la formation professionnelle) (CNC, avis n° 00-A-31 du 12 décembre 2000), les organismes publics peuvent intervenir sur des marchés concurrentiels mais ils doivent le faire dans le respect des règles de droit commun de la concurrence. L'application de cette décision se traduira, notamment, par l'inclusion dans la loi du 2 août 2005 en faveur des PME et réformant les chambres de commerce et d'industrie, d'une obligation, pour ces dernières, de tenue d'une comptabilité distincte en matière de formation professionnelle afin d'identifier si les conditions de concurrence sont effectivement respectées. La même obligation est applicable aux établissements publics intervenants dans le champ concurrentiel du marché de la formation (Greta, Universités, Cnam...) ou aux établissements privés largement subventionnés par les pouvoirs publics (Afp).

24. Dans le même esprit, on peut citer l'arrêt du Tribunal de grande instance de Paris du 17 mars 2005 (aff. 04-10922). Dans cette espèce, un Opcas s'est vu condamné sur le fondement de l'art. 420-1 du Code de Commerce après avoir volontairement refusé un financement à un opérateur sans motif valable. Ainsi, bien que l'activité de collecteur et de financeur de l'Opcas échappe effectivement à l'application des règles de concurrence, ce dernier est tenu de respecter les règles de concurrence dès lors qu'il finance des formations et qu'il existe plusieurs opérateurs susceptibles de concourir sur le marché. Ici encore, on relèvera que la loi du 4 mai 2004 a intégré cette obligation pour les Opcas de respecter le principe d'égalité de traitement des entreprises, salariés et prestataires de formation (C. Trav., art. L. 961-12). La volonté de banaliser l'activité de formation et l'intervention des organismes, y compris spécifiques, intervenant dans ce champ est ici tout à fait manifeste. Cette volonté jurisprudentielle fait partie des paramètres qui ont conduit à la disparition progressive des spécificités de l'activité de formation (suppression en 2004 et 2005 du contrôle du rattachement des dépenses à une convention de formation, de l'obligation de conclure une convention de formation, de la notion de prix excessif, des spécificités en matière de réglementation de la publicité, de l'interdiction du démarchage, etc.). Et l'on peut juger que la disparition de normes spécifiques, peu adaptées à la réalité de l'activité, n'a non seulement pas fait basculer l'activité de formation dans le non-droit, mais à au contraire permis à des règles plus adaptées de structurer les pratiques.

## CONCLUSION

**L'analyse partielle et choisie de la jurisprudence relative au droit de la formation professionnelle nous livre deux enseignements principaux. D'une part les juges**

ont largement contribué à l'évolution, la structuration et la mise en cohérence du droit de la formation, le plus souvent en le ramenant vers les branches du droit à l'intérieur desquelles il se développe. La singularité du droit de la formation est moins dans un contenu particulier que dans l'intervention croisée de règles de nature différentes auxquelles il confère une logique d'ensemble.

Le second enseignement est que ces logiques qui se sont développées au fil des années sont solidement ancrées dans des principes qui ne doivent rien à l'air du temps, même s'il s'agit de normes et de modes de raisonnement qui s'inscrivent dans une culture et un environnement juridique précis et datés. La réforme annoncée de la formation professionnelle, ou plus exactement la seconde étape de la réforme initiée par les partenaires sociaux en 2003, doit trouver dans les principes dégagés par les juges et inscrits dans des logiques juridiques fortes, préservées de la fièvre réformatrice, des dynamiques de nature à fournir des points d'appui aux négociations à venir ainsi qu'à leur traduction législative.

Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems, avril 2008, 2<sup>ème</sup> chronique pour L'AEF