

GRAND LIVRE DE LA FORMATION (DUNOD) - CONCLUSION

LE DROIT DE LA FORMATION : DU DROIT DE L'ACTION DE FORMATION AU DROIT DE LA COMPETENCE PROFESSIONNELLE RECONNUE

Le droit de la formation professionnelle est né et s'est développé à partir de la notion d'action de formation. Elément central d'un droit organisé autour de l'accès à la formation et de son financement, l'action de formation a donc constitué le pivot de la législation, depuis la loi de 1971 jusqu'à celle du 5 mars 2014 qui, pour la première fois, rompt avec cette logique pour tenter de mettre les acteurs (entreprises et salariés) au cœur du droit et s'intéresser davantage aux résultats de la formation, la compétence et la certification, qu'à l'action elle-même. Deux mouvements inscrits dans le temps ont porté cette rupture : la jurisprudence de la Cour de cassation qui a construit un droit de la compétence et défini les responsabilités respectives de l'employeur et du salarié et la culture de la certification, inscrite dans la loi de 1971, développée par la création de la VAE en 2002 et dont l'aboutissement nécessaire était de s'intéresser davantage aux compétences acquises qu'aux modalités de leur acquisition.

1 A L'ORIGINE, UN DROIT DU FINANCEMENT ET DE L'ACCES A LA FORMATION

Il est fréquent de dater la naissance du droit de la formation du début des années 1970, et plus précisément de considérer que l'accord national interprofessionnel du 9 juillet 1970 ainsi que la loi du 16 juillet 1971 constituent les textes fondateurs de l'ensemble de notre système de formation. En vérité, il serait aisé de démontrer que bien des dispositions contenues dans ces textes n'étaient pas nouvelles mais s'inspiraient tant de la loi du 31 juillet 1959 relative à la promotion sociale, que de la loi du 3 décembre 1966 d'orientation et de programmation sur la formation professionnelle ou encore de la loi du 31 décembre 1968 sur la formation professionnelle et la rémunération des stagiaires.

La spécificité des textes de référence et d'être à l'origine de la dialectique accord-loi qui donnera toute sa dynamique au droit de la formation.

1.1 La dialectique accord-loi

Le droit de la formation professionnelle continue est véritablement né au début des années 1970 sous la double influence de l'Accord national interprofessionnel (ANI) du 9 juillet 1970 et de la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 dont la codification entraînera la création du Livre IX du Code du travail intitulé "De la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente". Ces textes fondateurs seront plusieurs fois amendés dans le cadre d'une dialectique accord-loi, les partenaires sociaux prenant l'initiative d'une réforme complétée par le législateur. Ainsi la loi du 17 juillet 1978 fait suite à l'ANI, du 9 juillet 1976, la loi du 24 février 1984, dite "Loi Rigout", consacre les ANI, du 21 juillet 1982, relatif au congé individuel de formation, et du 26 octobre 1983, créant les formations alternées, les lois des 4 et 12 juillet 1990 s'appuient, pour partie, sur l'ANI, du 29 mai 1989, et enfin la loi du 31 décembre 1991 reprend et complète l'ANI, du 3 juillet 1991. Ce processus de création des normes a connu une longue éclipse à compter de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle (*L. n° 93-1313, 20 déc. 1993*), qui n'a pas suivi mais précédé l'ANI du 5 juillet 1994. La prééminence de la loi s'est poursuivie pendant plus de dix ans :

- loi n° 96-376 du 6 mai 1996 qui réforme le capital de temps de formation afin de permettre l'entrée en vigueur des dispositions négociées dans les branches professionnelles ;
- loi du 19 janvier 2000, dite "Loi Aubry II", qui précise les conditions dans lesquelles un accord collectif peut organiser la formation hors temps de travail ;
- loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, qui crée le dispositif de validation des acquis de l'expérience.

Les partenaires sociaux ont repris, en 2003, l'initiative dans le cadre d'une réforme d'ensemble du dispositif de formation professionnelle. Leur accord, intervenu le 20 septembre 2003, sera finalement adopté sous la forme d'un accord national interprofessionnel daté du 5 décembre 2003 qui reprend l'ANI du 20 septembre ainsi que les dispositions demeurant valides des accords antérieurs. Deux avenants ont été conclus le 20 juillet 2005 : le premier porte sur l'entretien professionnel et le passeport formation, le second sur la validation des acquis de l'expérience et le bilan de compétences.

Le législateur a repris, et généralisé, les principales dispositions de l'ANI du 5 décembre 2003 et de ses avenants par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

Cette loi sera l'occasion de généraliser à l'ensemble du Code du travail le principe selon lequel une consultation des partenaires sociaux est systématiquement organisée, et s'ils le souhaitent une négociation, avant toute réforme du code du travail. Ce principe constitue dorénavant l'article 1^{er} du Code.

En vertu de ce principe, les partenaires sociaux ont été invités à négocier en juillet 2008 sur la formation professionnelle avant que la représentation nationale ne se saisisse de la question. L'ANI est intervenu le 7 janvier 2009 et la loi le 24 novembre 2009.

Enfin, saisis en juillet 2013 d'une nouvelle demande de réforme, les partenaires sociaux ont conclu un accord le 14 décembre de la même année, largement repris par la loi du 5 mars 2014.

La méthode dite « de la loi négociée » est donc un produit du droit de la formation aujourd'hui décliné à l'ensemble du droit du travail.

1.2 La difficile articulation de droits aux logiques différentes

Le droit de la formation professionnelle ne constitue pas une branche particulière du droit du travail. Il est constitué d'un ensemble de normes qui, si elles empruntent majoritairement au droit du travail, relèvent également du droit civil, du droit administratif, du droit commercial, du droit de la concurrence, du droit de la sécurité sociale ou encore du droit fiscal. C'est dire qu'il n'y a pas un régime pour le droit de la formation, mais autant que de droits mobilisés. Ainsi, l'accès à la formation relève d'un droit spécifique de la formation, les obligations de l'employeur et du salarié en matière d'employabilité relèvent du droit du travail, la participation financière des entreprises relève du droit fiscal, les OPCA relèvent du droit de la formation, du code des marchés publics, du droit fiscal, du droit de la concurrence et du droit de la négociation collective, l'activité des organismes de formation relève du droit de la formation et du droit de la concurrence, le contrôle de la formation professionnelle relève du droit fiscal, du droit administratif et du droit pénal, etc.

Ce manque d'homogénéité du droit de la formation est un obstacle à son appréhension mais également à sa mise en œuvre. Chaque droit ayant sa logique, les conflits d'articulation ne contribuent pas à l'efficacité de sa mise en œuvre. Ainsi, l'inscription de l'action des OPCA tout à la fois dans le champ de l'action publique (ressource principale fiscale, contrôle de l'Etat, gestion encadrée...), dans celui de la négociation collective (création par accord, appui aux branches professionnelles, services rendus à des opérateurs privés...) mais également dans celui de la concurrence (offre de services en direction d'entreprise sur des fonds non mutualisés) ne permet guère d'avoir une approche cohérente de la réglementation applicable à ces structures.

1.3 Un droit de l'accès à la formation

Le droit de la formation s'est construit sur deux unilatéralités : le droit de l'employeur de décider des formations que doivent suivre les salariés dans le cadre du plan de formation et le droit des salariés à l'absence pour suivre la formation de leur choix dans le cadre du congé individuel de formation. Cette segmentation, apparue dès 1966 et confortée par la suite, correspond à deux logiques distinctes : l'employeur maîtrise la formation liée aux situations

de travail qu'il organise et le salarié dispose d'un outil de promotion sociale dont il peut faire librement usage.

Ce paysage binaire s'enrichira, sous l'effet du chômage des jeunes et du besoin de qualification que la formation initiale n'a pas satisfait, des formations en alternance qui organiseront des obligations de formation incluses dans un contrat de travail de type particulier. Mais si le droit de la formation définit précisément les obligations de formation dans le cadre de l'alternance (contrat de qualification en 1983 puis contrat de professionnalisation à compter de 2004 ou contrat d'apprentissage), il s'agit d'un recrutement sur lequel l'employeur garde la main, malgré une politique de quota qui s'est développée à la fin des années 2000 pour les entreprises de plus de 250 salariés (la norme étant à ce jour de 5 % de l'effectif en contrat en alternance avec une pénalité financière pour les entreprises qui n'atteignent pas ce niveau).

L'accord des partenaires sociaux du 5 décembre 2003, et la loi du 4 mai 2004, ont créé une innovation avec le dispositif du Droit individuel à la formation (DIF) qui se proposait de rompre avec la logique de l'unilatéralité pour faire place à la codécision. La particularité du DIF était en effet de nécessiter un accord entre l'employeur et le salarié pour pouvoir être utilisé, que la formation ait lieu pendant ou en dehors du temps de travail. Hors l'accord, point de salut. La logique de la codécision est avant tout pédagogique : si l'entreprise et le salarié s'entendent sur un projet de formation, les conditions de l'efficacité sont a priori mieux réunies. En effet, on ne forme pas les personnes, selon la formule de Bertrand Schwartz, elles seules peuvent décider de se former si elles y trouvent un intérêt. Le Droit individuel à la formation était donc un pari visant à privilégier les formations codécidées par rapport à celles qui peuvent être unilatéralement mises en œuvre.

Tant au plan quantitatif que qualitatif, le DIF fut considéré comme un échec. Avec 700 000 bénéficiaires par an, il avait pourtant pris sa place dans certaines entreprises. Sur le plan qualitatif, les critiques se concentraient sur la faible différenciation entre les formations du DIF et du Plan en terme d'objectifs et de durée. Mais quoi de plus normal dès lors que l'entreprise doit donner son accord ? dans les faits le DIF était le plus souvent utilisé pour des compétences transversales (langues, bureautique, informatique, management, développement personnel...), l'entreprise concentrant le plan de formation sur les formations métiers. Cette ligne de partage, entre un plan orienté vers les compétences spécifiques à l'entreprise et un DIF tourné vers des compétences plus facilement transférables, n'était pas dépourvu de sens. Elle ne trouva cependant grâce ni aux yeux des partenaires sociaux ni aux yeux du législateur qui, à l'issue d'un diagnostic peut être un peu rapide, en conclure à la nécessité de le remplacer par le compte personnel de formation qui marquera plusieurs ruptures avec le DIF, dont le fait qu'il s'agit moins d'accéder à la formation qu'à la certification.

2. LA JURISPRUDENCE ET L'EMERGENCE D'UN DROIT DE LA COMPETENCE

Si le contentieux de la formation professionnelle est peu abondant au regard du nombre de salariés concernés, il n'en constitue pas moins un segment fécond et dynamique du droit du travail, notamment dans les relations entretenues par la formation professionnelle et le contrat de travail. Dans ce domaine, en 25 ans, le juge est passé de l'affirmation d'une obligation de formation inscrite au sein du contrat de travail à une obligation de gestion des compétences et de l'évolution professionnelle du salarié. Autrement dit, il a d'abord construit l'obligation de former ceux qui ont des perspectives de carrière avant de développer l'obligation de former également ceux qui n'en ont pas.

2.1 Compétence et performance

En 1985, la Cour d'appel de Paris prend une décision qui fournira à la Cour de cassation l'occasion de bâtir une obligation de formation ancrée dans la relation contractuelle de travail. Dans cette affaire, une compagnie aérienne renouvelle sa flotte d'avion. Les nouveaux aéronefs nécessitent une qualification supérieure à celle que possèdent les pilotes de la compagnie. Constatant que les pilotes ne remplissent plus les conditions de qualification pour occuper les emplois ainsi transformés, l'entreprise procède à des licenciements et embauche des pilotes plus qualifiés. Le licenciement est justifié par l'insuffisance professionnelle des pilotes insuffisamment qualifiés. La Cour d'appel censure l'entreprise au motif qu'ayant pris l'initiative de modifier les conditions d'exécution du contrat de travail, il en résultait l'obligation pour elle de former les salariés afin qu'ils puissent s'adapter aux nouvelles exigences de leur emploi. En d'autres termes, si le pouvoir de direction confère à l'employeur la possibilité de faire évoluer l'organisation du travail et le contenu des postes de travail, il en résulte pour lui une responsabilité vis-à-vis des salariés : les faire évoluer conjointement. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation (*Cass. soc., 20 avr. 1988, SA Europe Aéro Service c/ Dipace*). Elle servira de point d'appui pour, quelques années plus tard, poser un principe qui ne sera plus jamais remis en cause. L'affaire qui servit de prétexte à la cause concernait une salariée embauchée en qualité de facturière et licenciée sans que lui soit proposé un poste de gestionnaire de fichiers clients. Poste différent selon l'entreprise, compétences comparables avec un accompagnement formation répond la Cour de cassation.

Mais c'est surtout l'argumentaire qui a fait date : se référant à l'article 1134 du Code civil, et donc à la nature contractuelle de la relation davantage qu'à une obligation spécifique de droit du travail ou de la formation, la Cour de cassation pose en principe que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, doit adapter les salariés à l'évolution de leur poste de travail (*Cass. Soc., 25 février 1992, Expovit c/Dehaynain*). Cette jurisprudence a été constamment maintenue depuis cette date (*Cass. soc., 18 déc. 2000, pourvoi n° 98-41.975. – Cass. soc., 30 oct. 2000, pourvoi n° 98-44.350*). Elle fait du contrat de travail, la source même de l'obligation d'adaptation. En effet, le contrat de travail confère à l'employeur un pouvoir de direction, le travail salarié étant par nature un travail prescrit.

La subordination juridique fait du salarié un travailleur à qui l'employeur peut prescrire à la fois les moyens à mettre en oeuvre et les résultats à atteindre. Quelle que soit l'indépendance technique ou organisationnelle du salarié, il ne s'agit jamais que d'indépendance concédée.

Cette obligation d'adaptation sera introduite dans le Code du travail par la loi Aubry du 19 janvier 2000. Elle figure aujourd'hui à l'article L. 6321-1 du Code du travail. Elle vise l'adaptation au poste de travail et l'obligation de veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi. Il ne s'agit toutefois que d'un rappel. La source de l'obligation n'est pas dans l'article L. 6321-1 mais dans la nature même du contrat de travail. En vertu de son pouvoir de direction, l'employeur doit donner aux salariés les moyens d'exercer leurs activités présentes ou futures, dans la limite de leur qualification professionnelle. En effet, l'entreprise n'a d'obligation d'adaptation que dans le cadre du contrat de travail. La Cour de cassation a rappelé à de multiples reprises que l'employeur ne peut être tenu de fournir aux salariés la formation initiale qui leur fait défaut (*Cass. soc., 12 juillet 2006, Demant c/Assoc. Maternité hôpital Sainte-Croix*. - *Cass. soc., 17 mai 2006, pourvoi n° 04-43.022* ; *Cass. soc., 3 avr. 2001, pourvoi n° 99-42.190, Marzouk et a. c/ SA Aptargroup Holding*). Il n'est pas non plus tenu de former un salarié à des techniques industrielles de production alors que le salarié est compétent pour mettre en oeuvre des techniques artisanales (*Cass. soc., 4 févr. 1998, Macary c/ Sté Piano de France*). Enfin, la Cour de cassation rappelle que l'obligation d'adaptation ne joue qu'en cas d'évolution de l'emploi : l'employeur n'est pas tenu de former un salarié à l'utilisation de logiciels indispensables à l'exercice de ses fonctions dès lors que le CV du salarié recruté pour ce poste mentionne qu'il en maîtrise l'usage (*Cass. soc., 31 janv. 2006, pourvoi n° 05-42.130*).

Cette jurisprudence a imprégné tout le droit de la gestion des compétences dans l'entreprise, notamment celui de l'appréciation de la performance du salarié. Il a ainsi été jugé que lorsque l'entreprise affecte un salarié à une nouvelle fonction avec une formation de quinze jours seulement, insuffisante par rapport à son niveau, elle ne peut lui reprocher une insuffisance professionnelle (*Cass. Soc., 29 novembre 2007, n° 05-42.004 F-D*). La solution serait identique si l'entreprise privait le salarié d'une rémunération variable ou d'un bonus au motif que ses objectifs ne sont pas atteints : l'entreprise devrait établir qu'elle a fourni au salarié les moyens de réaliser les objectifs fixés. Ici, la négociation collective et la loi sont venus en appui des tribunaux.

Il a toutefois été jugé que l'obligation d'adaptation au poste de travail ne s'opposait pas à la conclusion d'un contrat de travail dans lequel le salarié s'engage, suite à son embauche, à suivre à ses frais et sur son temps personnel, une formation indispensable pour occuper le poste de travail. En l'espèce, une entreprise avait recruté un ingénieur-commercial ne possédant pas le permis de conduire sur un poste itinérant nécessitant l'usage d'un véhicule. Elle lui avait fait souscrire l'engagement de passer le permis dans un délai maximum de 6 mois. Devant l'inertie du salarié, après un an de contrat, l'entreprise a procédé à son

licenciement. A juste raison selon la Cour de cassation qui affirme que l'obligation d'adaptation ne s'oppose pas à ce qu'il en soit convenu autrement lors de la conclusion du contrat (Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 11-27.636).

En conclusion, l'obligation d'adaptation au poste de travail suppose une double action de la part de l'employeur : un diagnostic sur la capacité du salarié à tenir son poste de travail, ce qui peut notamment être réalisé dans le cadre d'un entretien managérial (mais pas de l'entretien professionnel qui ne porte pas sur le travail du salarié) et la mise en place d'actions d'accompagnement, dont éventuellement des actions de formation, si le diagnostic révèle un besoin d'adaptation lié une maîtrise insuffisante du poste de travail liée à son évolution.

QU'EST-CE QU'UN SALARIE COMPETENT ?

La compétence professionnelle du salarié ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques dans le code du travail. Toutefois, tout le contentieux de l'insuffisance professionnelle a conduit les juges à préciser les contours de la définition de la compétence du salarié et de son régime. Le salarié compétent peut être défini comme celui qui parvient à mobiliser les ressources dont il dispose pour atteindre les objectifs qui lui ont été fixés dans un contexte donné.

Cette définition a trois dimensions :

- la compétence est définie par rapport à des objectifs ;
- elle est contextualisée ;
- elle distingue les ressources dont dispose le salarié et sa capacité à les mobiliser.

Des objectifs

Une entreprise peut fixer deux sortes d'objectifs à un salarié : l'atteinte de résultats ou la maîtrise de certaines situations de travail. Concernant les résultats, il peut s'agir de quantités (volume de travail, nombre de tâches, périmètre des activités...) mais aussi de dimensions qualitatives (nature des activités, qualité des prestations réalisées, etc.).

Pour la maîtrise des situations de travail, il convient de distinguer les situations prescrites (les processus de travail sont définis, formalisés et connus du salarié) pour lesquelles la compétence relèvera de la conformité, et les situations non prescrites (pas de mode opératoire à respecter) pour lesquelles le salarié compétent sera celui qui se comporte en « bon professionnel » selon les exigences liées à la nature de l'emploi concerné.

Une contextualisation

La compétence ne s'apprécie qu'in concreto. Autrement dit, elle ne peut être établie et appréciée que dans une situation de travail. L'évaluation de la compétence du salarié suppose donc une évaluation de son travail et ne peut être appréciée en dehors de celui-ci.

Une distinction entre ressources et compétences

Les ressources d'un salarié sont constituées par l'ensemble des connaissances, capacités, comportements qu'il a pu acquérir dans le cadre de ses activités, expériences, formations, etc. La compétence est la capacité à mobiliser ses ressources dans le cadre d'une activité professionnelle. De ce point de vue, une action de formation peut avoir pour objectif soit l'apport de ressources (acquisitions de connaissances par exemple), soit le développement de compétences (mises en situation, formations-action, formations en situation de travail...) qui vont entraîner le salarié à mobiliser ses ressources.

Compétence et performance

La performance, autrement dit l'atteinte des objectifs du salarié tels que définis ci-dessus, est le seul critère de la compétence professionnelle. L'entreprise qui reproche à un salarié une insuffisance professionnelle, un défaut de compétence ou la non atteinte d'un résultat devra donc :

- établir que la performance attendue était atteignable au regard des moyens internes mis à disposition du salarié mais également de l'environnement externe ;
- démontrer qu'un diagnostic a bien eu lieu pour vérifier la capacité du salarié à réaliser les activités confiées et atteindre les objectifs ;
- démontrer que les moyens d'adaptation éventuellement mobilisés étaient suffisants au regard du diagnostic réalisé. Il a ainsi été jugé que lorsque l'entreprise affecte un salarié à une nouvelle fonction avec une formation de quinze jours seulement, insuffisante par rapport à son niveau, elle ne peut lui reprocher une insuffisance professionnelle (Cass. Soc., 29 novembre 2007, n° 05-42.004 F-D).

A défaut d'avoir rempli ses propres obligations, l'entreprise ne pourra imputer l'insuffisance professionnelle au salarié.

2.2 Compétence et santé au travail

Si l'employeur doit veiller à ce que tout salarié puisse exercer son activité en disposant des compétences nécessaires pour atteindre le niveau de performance attendu de lui, il doit également veiller à ce que tout salarié puisse travailler en préservant sa santé physique et mentale. La Cour de cassation a fait de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur une obligation de résultat (Cass. Soc., 28 février 2002, Société Allevard). Selon la Cour, c'est en vertu même du contrat de travail que l'employeur a une obligation de sécurité de résultat. La solution est logique en droit : le contrat de travail faisant du salarié un subordonné, et donc un préposé, c'est le commettant qui assume la responsabilité en cas d'accident. Là encore, les textes relatifs à la santé au travail ne sont que des rappels d'obligations contractuelles fondamentales.

Le fondement de la décision est donc 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. 2ème 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 jugé 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).

Plus récemment, à l'occasion du suicide d'un salarié que la Caisse primaire d'assurance maladie a considéré comme un accident du travail, la Cour de cassation a retenu la faute inexcusable d'une entreprise qui a affecté un salarié à un poste qu'il maîtrisait mal sans lui donner de formation en le faisant accompagner par un salarié exerçant les mêmes fonctions, sans réduction d'activité compensant cette aide ponctuelle (Cass. soc., 19 septembre 2013, n° 12-22156).

Sur la base de cette décision, et si l'on se réfère à la définition du stress qui est considéré comme le déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face, on peut arriver à considérer que tout manquement à l'obligation d'adaptation du salarié à son poste de travail est également de nature à poser un problème au regard des règles relatives à la protection de la santé au travail.

De ce fait, l'obligation de veiller à la santé des salariés et l'obligation de veiller à leur adaptation à leur poste de travail tendent à se confondre dans une même obligation qui trouve sa source dans le pouvoir de direction résultant de la nature même du contrat de travail. On notera d'ailleurs que l'entreprise a l'obligation dans les deux cas de procéder à un diagnostic (capacités du salarié, évaluation des risques) et de mettre en place les actions d'accompagnement nécessaires si le diagnostic révèle un décalage entre la situation de travail et la maîtrise qu'en a le salarié.

Autre conséquence de cette évolution jurisprudentielle, on voit mal après la décision du 19 septembre 2013, quel argument l'entreprise pourrait opposer à un CHSCT qui demande à examiner l'intégralité du plan de formation aux fins de vérification que l'entreprise met bien en place les moyens nécessaires pour que les salariés soient à même d'atteindre la performance qui leur est demandée. Il ne s'agirait que de la déclinaison de la jurisprudence selon laquelle le contenu de l'entretien d'évaluation doit être soumis pour consultation au CHSCT avant sa mise en place (Cass. Soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964). Santé et performance sont donc désormais, au plan juridique, irrémédiablement liées.

2.3 La gestion de l'employabilité et des parcours professionnels

Si l'article L. 6321-1 du Code du travail oblige l'employeur à assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail, il prévoit également que l'employeur «veille au maintien de la capacité du salarié à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Sur la base de cet article, les tribunaux ont imposé aux entreprises une véritable obligation de gestion de l'employabilité de leurs salariés, distincte de l'obligation d'adaptation au poste de travail puisqu'il s'agit moins de former les salariés en fonction de leurs besoins au regard de leur activité professionnelle, que de considérer qu'il est nécessaire de former les salariés même lorsque le poste de travail ne l'exige pas.

La jurisprudence s'est essentiellement développé à partir de situations concernant des salariés peu qualifiés.

La première décision en ce sens date du 2 mars 2010 (Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914 à n° 09-40- 917).

Des salariés ont été employés en qualité de plongeurs de restaurant par un hôtel et n'ont suivi aucune formation pendant les 10 à 20 ans qu'ils ont passés dans l'entreprise. L'employeur considère que ces salariés à qui aucun reproche n'a été formulé dans le cadre de leur emploi et qui n'ont pas été licenciés n'ont subi aucun préjudice. Bien plus, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, l'entreprise considère que pour ces salariés qui maîtrisent mal le français, il ne revient pas à l'employeur de leur donner la formation initiale qui leur fait défaut. L'argument n'est pas retenu par le juge qui considère qu'en maintenant dans un emploi à faible contenu et non évolutif des salariés pendant une longue période, l'entreprise a contribué à les déqualifier et n'a pas compensé cette situation par de la formation. Il en résulte un préjudice que l'employeur doit indemniser.

Cette décision a été confirmée par plusieurs autres rendues à l'automne 2011. Tout d'abord le 28 septembre 2011 à propos de préparateurs de véhicules. La Cour d'appel avait débouté les salariés de leur demande d'indemnisation de l'absence de formation aux motifs que l'employeur n'avait aucune obligation de les former à leur tâche de préparateurs qu'ils occupaient avec succès et dont ils ne prouvaient pas qu'elle ait fait l'objet d'une évolution, et qu'il n'existait pas de tâches d'un niveau plus élevé à leur proposer. Censure de la Cour suprême qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si, au regard de la durée d'emploi de chacun des salariés, l'employeur avait rempli son obligation de veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi (Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 09-43339).

Le 17 novembre 2011, la Cour de cassation se prononce dans le même sens pour une salariée marocaine qui n'a suivi aucune formation pendant la durée de son emploi, et notamment pas de formation en français ce qui a rendu plus difficile sa recherche d'emploi après son licenciement. Là encore la Cour de cassation reproche à l'entreprise de ne pas avoir veillé à la capacité du salarié à occuper un emploi en tenant compte de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations (Cass. Soc., 17 novembre 2011, n° 09.02443).

De manière implicite, les juges considèrent que soit le salarié occupe un emploi évolutif et qu'il doit être formé dans le cadre de l'obligation d'adaptation au poste de travail, soit il occupe un emploi qui n'évolue pas ou peu, ce qui le conduit à se déqualifier s'il reste sur l'emploi pendant un temps long. Au plan pratique, on pourrait donc considérer que l'absence de besoin de formation sur le poste fait naître...un besoin de formation pour préserver l'employabilité.

Ce que la Cour de cassation indique ici aux entreprises c'est que lorsque l'emploi occupé est fait de tâches simples, répétitives, qui ne permettent pas le développement professionnel, il est indispensable de compenser par de la formation, serait-elle inutile par rapport aux fonctions exercées. En d'autres termes, l'entreprise qui a la liberté de création des emplois et de leur contenu, doit assumer les responsabilités liées à cette liberté. Elle ne peut laisser des salariés se déqualifier sans veiller à maintenir leur capacité à occuper un emploi, y compris en dehors de l'entreprise. Il est évident que cette obligation de maintien de la capacité à occuper un emploi est remplie, et ne crée donc pas un droit particulier à la formation, lorsque l'entreprise garantit au salarié soit une situation de travail évolutive soit un parcours professionnel au sein de l'entreprise. A l'entreprise de déterminer le bon équilibre entre les compétences acquises par l'activité et celles qui peuvent l'être par la formation.

Confrontée à cette responsabilité, une entreprise a tenté de la reporter, au moins partiellement, sur le salarié : aux reproches de ce dernier quant à l'absence totale de formation pendant la durée de son emploi, une entreprise de travaux publics a tenté de se justifier par la carence du salarié, aucune demande de formation ne lui ayant été présentée et le salarié ne pouvant se prévaloir d'aucun refus de formation de la part de l'entreprise. Ce serait-là ajouter une condition à la loi lui répond la Cour de cassation. C'est à l'employeur de veiller à la capacité d'occuper un emploi, pas au salarié (Cass. Soc., 5 octobre 2011, n° 08-42909). En l'espèce, l'entreprise estimait que le salarié disposait d'un droit à la formation avec le DIF et que le fait de n'avoir jamais demandé l'usage de ce droit ne lui permettait pas de se plaindre d'un défaut de formation. L'argument a été écarté par les juges. On peut penser qu'il en serait exactement de même avec le compte personnel de formation. L'obligation de gérer l'employabilité est une responsabilité exclusive de l'employeur, découlant du pouvoir de direction.

Le droit à indemnisation en cas de carence de l'employeur dans l'exécution de son obligation d'assurer le maintien de l'employabilité de son personnel n'est donc pas subordonné à une demande de formation préalable de la part du salarié. Seules compteront les propositions effectivement formulées par l'employeur pour apprécier le respect de cette obligation.

Cette solution a été confirmée, la Cour de cassation réfutant l'argument d'une cour d'appel, selon lequel il appartenait au salarié de demander, en cours de contrat, à bénéficier d'un congé individuel de formation ou du droit individuel à la formation (Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255).

Pour les tribunaux, plus l'ancienneté dans l'entreprise est importante, plus les perspectives d'indemnisation sont favorables pour les intéressés.

Il a en effet été jugé que le fait de n'avoir suivi qu'un stage de formation de trois jours, sur 24 ou 12 ans de carrière ouvre droit à réparation (Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950), de même que le fait de n'avoir bénéficié d'aucune formation en 16 ans (Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255) ou de n'avoir suivi qu'une formation de 5 jours en trente ans (Cass. soc., 21 novembre 2012, 11-22.255). Plus récemment, une secrétaire s'est vue octroyer 6 000 € de dommages-intérêts pour absence de formation continue délivrée en sept ans de présence (Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-14.749 F-D.). Par contre, l'absence d'action de formation sur une période d'emploi d'un an et huit mois ne semble pas, en revanche, devoir emporter de telles conséquences (Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-16.848). Finalement, seule la brièveté de la relation de travail ou encore le refus du salarié de suivre une formation proposée par l'entreprise permettra d'exonérer l'employeur en cas de poursuites (Cass. soc., 13 février 2008, n° 06-43.844 F-D). Ainsi, une entreprise n'est pas fautive de n'avoir donné aucune formation, en l'absence d'évolution du poste de travail, à un salarié qui occupe de nouvelles fonctions depuis dix mois (Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-14.136).

C'est en s'inspirant de cette jurisprudence que le législateur a créé l'obligation pour toute entreprise de donner à chaque salarié au moins une formation tous les six ans, consacrant ainsi le fait que la responsabilité de l'entreprise couvre à la fois ceux qui ont besoin d'acquérir de nouvelles compétences et ceux dont l'emploi ne le nécessite pas à court terme mais qui doivent préparer l'avenir.

3 L'APORIE DU DROIT DE LA FORMATION AU PROFIT DU DROIT DE LA COMPETENCE

La loi du 5 mai 2014 marque une rupture forte en matière de droit de la formation. Car elle produit un droit qui est beaucoup moins centré sur la formation (le moyen) que sur la compétence et sa reconnaissance (le résultat). Deux dispositions sont emblématiques de cette orientation :

- La défiscalisation des plans de formation ;
- L'obligation de certification attachée à quasiment tous les dispositifs de formation.

3.1 Du plan de formation au plan de développement des compétences

L'appellation « plan de formation » renvoie à un ensemble d'actions de formation. Toutefois, la défiscalisation des plans de formation et la disparition de la notion de formation imputable, modifient sensiblement le périmètre du plan de formation. En effet, pour faire face à ses obligations de gestion des compétences, qui le plus souvent ne sont pas des obligations de formation au sens strict du terme, l'employeur peut mettre en place des actions de formation mais également des actions d'acquisition de compétence qui ne prennent pas nécessairement la forme d'actions de formation et que l'on pourrait dénommer actions de développement des compétences. Ces actions peuvent être financées dans le cadre de l'investissement formation, qu'il soit géré en direct par l'entreprise ou même par l'OPCA qui a désormais la capacité d'intervenir au-delà du champ des seules actions de formation notamment dans le cadre des contributions conventionnelles et volontaires.

Dès lors, le plan de formation apparaît comme un sous-ensemble, ou une partie, d'un plan plus large de développement des compétences des salariés qui associerait actions de formation et actions professionnalisantes. La loi du 5 mars 2014 a sur ce point radicalement modifié les intérêts attachés à la distinction entre ces deux catégories d'action.

Les actions de développement des compétences ne sont pas définies par le code du travail. Elles regroupent toutes les actions qui ont pour objet principal l'acquisition de connaissances, capacités ou compétences mais qui ne prennent pas la forme d'actions de formation, même si parfois elles peuvent s'en rapprocher.

Peuvent ainsi constituer des actions de développement des compétences :

- les actions d'information à caractère scientifique ou technique, tels que séminaires, congrès, colloques,... qui ne sont pas organisées autour de l'acquisition de compétences mais de témoignages, analyses, informations qui permettent de favoriser la réflexion sans être elles mêmes tournées vers l'action ;
- les actions d'analyse de pratique, de retour d'expériences, de simulations, de coproduction, qui prennent appui sur les échanges en matière de pratiques professionnelles pour permettre aux participants un travail réflexif destiné à l'amélioration de leurs propres pratiques ;

- les actions de coaching, accompagnement, tutorat, parrainage, supervision, conseil, qui ont pour objet d'accompagner les personnes dans la réalisation de leurs activités par l'analyse et la prise de recul notamment ;
- les mises à dispositions de ressources : informations, outils documentaires, FAQ, personnes ressources, bases de données, ...qui peuvent être utilisées soit de manière systématique soit en cas de besoin ;
- les outils de formation à distance (digitalisés ou non) mis à disposition sans aucun accompagnement et/ou encadrement ;
- les mises en situation professionnelles, apprentissages organisés en situation de travail, participation à des projets ou activités périphériques ou transversaux ;
- les actions qui utilisent le détour pédagogique comme technique de réflexion sur ses pratiques : learning expédition, activités culturelles, artistiques, journées « vit ma vie »,...
- les visites de site, de chantier, les tests de produits nouveaux, d'outils,...
- etc.

Les actions de développement des compétences peuvent permettre à l'entreprise de remplir certaines de ses obligations de gestion des compétences, qui n'exigent pas nécessairement un recours à la formation. Ainsi il peut être satisfait :

- à l'obligation de former les salariés à la sécurité de leur poste de travail par de l'information, des exercices pratiques, de l'analyse de pratique, etc. ;
- à l'obligation d'adapter les salariés à l'évolution de leur poste de travail par de l'accompagnement individuel, de la mise à disposition de ressources, la participation à des séminaires, un programme d'intégration fait d'informations et de participation à des activités ou visites de site, etc ;
- à l'obligation de maintien dans l'emploi par l'exercice d'activités nouvelles visant à développer la polyvalence et la mobilité professionnelle ;
- etc.

Les actions de développement des compétences peuvent donc permettre d'assumer des responsabilités juridiques liées à la qualité d'employeur sans pour autant constituer des actions de formation faute d'en remplir tous les critères.

La distinction entre les actions de formation et les autres actions a longtemps eu comme enjeu premier le financement dans le cadre de la fiscalité des plans de formation et la distinction entre les actions de formation imputables et celles qui ne l'étaient pas. Avec la suppression de la fiscalisation des plans de formation par la loi du 5 mars 2014 et l'absence de définition légale de l'investissement formation, c'est enjeu a disparu. L'entreprise peut librement décider d'inclure dans son plan de formation et de financer des actions de développement des compétences. Il s'agit d'une question sociale interne débattue avec les

représentants du personnel sur les meilleurs moyens à mobiliser pour, notamment, remplir ses obligations de gestion des compétences des salariés.

Toutefois, certains intérêts peuvent demeurer attachés à la qualification d'action de formation :

- si l'entreprise sollicite des financements externes, notamment de la part de son OPCA, pour financer des actions de développement des compétences, elle aura toujours plus de capacités à obtenir des financements pour des actions de formation que pour des actions de développement des compétences, même si celles-ci peuvent désormais être prises en charge au titre des éventuelles obligations conventionnelles de financement de la formation ou dans le cadre de versements volontaires (voir partie Financement) ;
- tous les dispositifs de formation (Plan, périodes de professionnalisation, compte personnel de formation, CIF) peuvent être mis en œuvre soit pendant le temps de travail soit, à certaines conditions, en dehors du temps de travail. Il n'en va pas de même pour les actions de développement des compétences qui, n'étant pas des actions de formation ne peuvent des règles permettant de suivre les actions en dehors du temps de travail en bénéficiant d'un régime juridique spécifique. Dès lors, toutes les actions de développement de compétences doivent être organisées pendant le temps de travail et ont exactement le même régime que le travail. ;
- Dans le cadre de ses obligations de gestion des parcours professionnels, l'entreprise doit justifier avoir fait suivre à ses salariés au moins une action de formation tous les six ans. Seules les actions qui remplissent les conditions légales pour être qualifiées de formation peuvent être retenues à ce titre. En d'autres termes, si les actions de développement de compétences peuvent répondre à certaines obligations de gestion des compétences, elles ne peuvent être utilisées pour satisfaire aux strictes obligations de formation.

Un dépassement de ces clivages pourrait toutefois résider dans une évolution de la définition de l'action de formation, notamment si le législateur acceptation de retenir la définition posée par les partenaires sociaux dans l'ANI du 14 décembre 2013, selon lequel la formation associe un objectif (les compétences), un dispositif d'apprentissage (pédagogique) et une évaluation (ou certification). La suppression de toute référence à la notion de programme, notion qui relève davantage de la formation professionnelle initiale que de la formation professionnelle continue, pourrait permettre de déplacer la frontière entre formation et professionnalisation/développement de compétences, au profit d'une définition élargie de la formation.

3.2 Du développement à la reconnaissance des compétences

La loi du 5 mars 2014 fait de la certification l'objectif quasi-exclusif de tous les dispositifs de formation.

Une certification professionnelle est une attestation de maîtrise de connaissances, aptitudes ou compétences professionnelles. Elle est délivrée par une autorité légitime à l'issue d'un processus d'évaluation qui peut prendre différentes formes : tests, examen, mise en situation, réalisation de productions, mémoire, rapport, etc.

Tout organisme, quels que soient son statut ou sa nature, peut mettre en place une certification qu'il délivre sous son autorité. Il peut s'agir d'un ministère, d'une organisation professionnelle, d'une entreprise, d'un établissement de formation, etc.

Il convient de distinguer les certifications reconnues sur l'ensemble du territoire national (C. educ., art. R. 335-12) et celles qui ne bénéficient pas d'une reconnaissance par une autorité légitime. Constituent des certifications reconnues (C. educ., art. L. 335-6) :

- les certifications professionnelles enregistrées au Répertoire national des certifications professionnelles (RNCP) ;
- les habilitations et certifications recensées à l'inventaire établi par la Commission nationale de la certification professionnelle (CQP) ;
- les certificats de qualification professionnelle (CQP).

Toutes les certifications qui n'entrent dans aucune de ces catégories ne bénéficient pas d'une reconnaissance officielle au sens du Code du travail et du Code de l'éducation.

Diplômes nationaux et diplômes d'université Si les diplômes nationaux délivrés par le ministère de l'Éducation nationale sont enregistrés de droit au RNCP, tel n'est pas le cas des diplômes d'université (DU), qui sont créés au niveau des établissements. Toutefois, ces DU peuvent faire l'objet d'un enregistrement sur demande, ce qu'il convient de vérifier si l'on veut accéder à une certification enregistrée au RNCP (C. educ., art. L. 613-1 et L. 613-2).

Il est possible d'acquérir une certification :

- par la voie de la formation (initiale ou continue) ;
- par la voie de la validation des acquis de l'expérience (VAE) ;
- en passant directement les épreuves de certification.

Si un référentiel de formation est parfois associé à une certification, il n'est pas systématique. Une même certification peut donc être accessible dans le cadre de parcours de formation diversifiés, voire sans que le suivi d'une formation ne soit indispensable.

Certifications et dispositifs de formation						
Dispositifs	Certification RNCP	Certification inventaire	CQP	Qualification reconnue CNE	Autre formation	Action autre que formation
Plan de formation	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Période de professionnalisation	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Non
CPF	Oui (si éligible)	Oui (si éligible)	Oui (si éligible)	Non	Non	Non
CIF	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Contrat de professionnalisation	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Non
Contrat d'apprentissage	Oui	Non	Non (sauf si enregistré au RNCP en tant que titre)	Non	Non	Non
VAE	Oui	Non	Oui si inscrit au RNCP	Non	Non	Non

Le « tout certification » imposé par la loi du 5 mars 2014 modifie radicalement le positionnement du droit, qui s'intéresse beaucoup moins au parcours, aux modalités d'apprentissage, aux acquisitions de compétences, qu'à leur reconnaissance officielle aux fins de leur valorisation sur le marché du travail. La loi du 5 mars 2014 aura donc eu comme conséquence de rompre avec un droit de la formation centré sur l'acte d'apprentissage pour aller vers un droit de la compétence centré sur la reconnaissance sociale des compétences acquises, quels qu'aient été les moyens de cette acquisition. Certains y verront un pas de géant vers la normalisation des activités et des comportements, d'autres une formidable occasion de valoriser toutes les formes d'apprentissage.