

Le temps de formation, Du temps de travail au temps personnel à finalité professionnelle

I. Quand travaillons-nous ? Quand nous formons-nous ?

1. **Le droit du travail peut être envisagé comme une question de frontières : chaque qualification juridique définit un espace dans lequel peuvent prendre place une ou plusieurs situations concrètes.** Il en est ainsi des différentes catégories de temps : temps de travail, temps de repos, temps de trajet, temps d'astreinte, temps d'habillage... et temps de formation. Faire du droit, c'est définir les critères qui permettront de rattacher chaque situation à une qualification juridique, permettant par là même de la traiter. L'exercice n'est pas toujours aisé. Que l'on en juge avec cette simple question : **quand travaillons-nous ?**

La question pourrait paraître provocante, tel n'est pas son objet, pour qui s'échine pendant plusieurs heures devant un laminoir, un écran, un volant, une machine-outil, une caisse, des clients agressifs ou encore des tapis roulants chargés d'ordures ménagères. Et pourtant ! qui peut dire qu'il ne s'évade pas de la contrainte physique par la divagation de l'esprit et qui peut dire que le bruit, les odeurs, la tension physique et mentale cessent dès la sortie de l'atelier ou du bureau. Si l'on approche le regard, la frontière entre le travail et l'autre chose nous fuit comme la ligne d'horizon.

2. Si l'on transfère la question vers la formation, elle ne se simplifie pas pour autant : **quand nous formons nous ?** en travaillant, c'est ce que nous dit la VAE (validation des acquis de l'expérience), en formation, pour le temps observable de face-à-face pédagogique ou de mise en situation d'apprentissage, mais au-delà ? Toute formation ne suppose-t-elle pas un temps de réappropriation, d'assimilation, de réflexion qui constitue la condition de l'apprentissage effectif ? Comment tracer les limites du temps de formation et définir le régime applicable à ce temps ?

La présente chronique fait l'hypothèse que la définition d'un régime propre du temps de formation peut résulter des dispositions actuelles relatives à la formation en dehors du temps de travail et que ce temps peut préfigurer une nouvelle approche du temps de formation, question qui ne pourra sans doute pas être occultée dans le cadre de la réforme annoncée de la formation professionnelle.

II. Le temps de formation hors-temps de travail, temps spécifique

3. La réforme introduite par l'ANI (accord national interprofessionnel) du 5 décembre 2003 et la loi du 4 mai 2004 a généralisé les possibilités de se former en dehors du temps de travail. Dans le cadre du plan de formation, le code du Travail prévoit cette possibilité pour les trois catégories d'action de formation : adaptation, maintien dans l'emploi ou évolution de l'emploi et développement des compétences.

Pour les deux premières catégories, le temps de formation constitue du temps de travail effectif (C. trav., art. L. 6321-2 à L. 6321-4). Par contre, les actions de développement des compétences peuvent se dérouler en dehors du temps de travail effectif (C. trav. , art. L. 6321-6) et font l'objet d'un régime spécifique (C. trav. , art. L. 6321-10 et 11). Ce régime est identique à celui prévu pour les actions de formation suivies dans le cadre du DIF (droit individuel à la formation) qui se déroulent en dehors du temps de travail (C. trav., art. L. 6323-11 à 15). Enfin notons que le CIF (congé individuel de formation) peut également se réaliser en partie en dehors du temps de travail effectif (C. trav., art. L. 6322-2).

4. La question posée est celle de la nature de ce temps, qui n'est pas un temps de travail effectif. S'agit-il d'un temps personnel ? Initialement oui, il s'agit d'un temps dont dispose le salarié et qu'il fait le choix, avec l'accord de l'employeur, de consacrer à la formation. Mais s'il s'agissait véritablement d'un temps personnel, il se situerait en dehors du rapport de travail. Tel n'est pas le cas : que ce soit dans le cadre du plan ou du DIF, l'accord de l'employeur est requis, l'entreprise finançant la formation suivie. Par ailleurs, le salarié doit justifier de sa présence en formation, perçoit une allocation de formation et bénéficie de la protection contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Le régime du temps rend difficile de considérer que sa nature peut être purement et simplement celle du temps personnel. Même dans le cadre du CIF, le temps de formation effectué en dehors du temps de travail ouvre droit à une protection sociale et permet au salarié de bénéficier d'un financement de la formation ce qui le met en demeure de justifier de sa présence, soumettant ainsi le salarié à un contrôle de l'OPACIF et de l'employeur. Comment qualifier ce temps de formation qui n'est pas du temps de travail, qui est mis en œuvre sur le temps personnel du salarié mais qui pour autant conserve une dimension professionnelle à la fois par la finalité de l'action suivie qui relève de la formation professionnelle continue et par le régime du temps qui fait bénéficier le salarié de garanties propres à l'activité professionnelle ?

5. Cette difficulté de qualification peut être illustrée par une question pratique : peut-on faire un DIF pendant un arrêt maladie ? Là encore, la question pourrait paraître saugrenue. Elle n'est pourtant pas purement théorique et plusieurs

situations vécues peuvent l'alimenter : une entreprise a ainsi réalisé dans le cadre du DIF des cours de langues par téléphone avec un salarié immobilisé chez lui du fait d'une jambe cassée. Ou encore un salarié en longue maladie et bénéficiant d'autorisations de sortie, a suivi une formation avant la reprise programmée de son activité. Ajoutons encore, même s'il ne s'agit pas de maladie, le cas de la salarié qui suivait une formation dont la fin a été repoussée au-delà du début de son congé maternité et qui a donc terminé son cursus pendant celui-ci. Ces situations sont-elles contestables ? Sur le principe, dès lors que le salarié respecte les obligations liées au congé maladie, et notamment les temps de présence à domicile pendant les horaires imposés, rien ne nous dit à quelles activités le salarié doit consacrer son temps de congé maladie dès lors qu'il n'exerce pas une activité professionnelle.

La formation suivie dans le cadre du DIF est-elle une activité professionnelle ?

Sans doute serait-ce la position de la sécurité sociale en cas d'accident du travail : on imagine difficilement la CPAM (Caisse primaire d'assurance-maladie) accepter sans rechigner un accident du travail pendant un congé maladie. Notons de manière incidente que cette problématique n'est pas propre à la formation : la question se pose également pour les représentants du personnel. La Cour de cassation jugeant de manière constante que la suspension du contrat ne suspend pas le mandat, les représentants du personnel doivent être convoqués pendant un congé maladie. De ce fait, s'ils se rendent en réunion, ils bénéficient de la protection contre les accidents du travail. Si la CPAM refuse le maintien des IJ (indemnités journalières) pendant les jours payés en heures de délégation, la reconnaissance d'un accident du travail doit pouvoir intervenir. Par analogie la même solution devrait être appliquée au temps de formation hors-temps de travail dans le cadre du DIF.

6. Est-il possible de conclure sur la nature du temps de formation en dehors du temps de travail ? tel la chauve-souris, je suis oiseau voyez mes plumes- je suis souris voyez mes poils, **le temps de formation en dehors du temps de travail peut être défini comme un temps personnel utilisé pour une finalité professionnelle.**

Raisonner dans les catégories habituelles du temps de travail ou du temps personnel ne permet pas d'aboutir à une solution satisfaisante et il faut faire œuvre créatrice sur un **type de temps nouveau** si l'on veut dégager un régime cohérent pour ce temps de formation.

III. Le temps de formation hors-temps de travail, temps négocié

7. Sauf lorsque le salarié suit une formation de sa propre initiative et sans intervention de l'entreprise dans le cadre d'une formation purement personnelle, **toute formation suivie en plan, DIF ou CIF dans le cadre du temps personnel à finalité professionnelle suppose d'avoir conclu un avenant au contrat de travail prévoyant l'accord des parties sur l'opération, voire en réglant les modalités.** Sauf

dans le cadre du CIF qui permet au salarié d'imposer sa volonté à l'employeur dans le cadre d'un droit à l'absence auquel il peut ajouter un temps supplémentaire pris hors-temps de travail, le recours au plan dans le cadre du développement des compétences ou du DIF suppose un accord sans que l'une ou l'autre des parties ne puisse imposer sa volonté.

8. Le recours à l'accord peut se déduire de cette nature de temps personnel à finalité professionnelle : **l'accord du salarié est requis sur l'usage d'un temps personnel, celui de l'employeur l'est également sur le caractère professionnel dans lequel l'entreprise assume des obligations** (financement intégral de la formation, versement d'une indemnité et dans le cadre du développement de compétences prise d'engagements spécifiques). La dualité du temps trouve sa traduction dans l'accord des volontés pour le mobiliser. On mesure, de ce point de vue, la différence avec un crédit de temps personnel mobilisable à la seule initiative du salarié, qui n'aurait ni la même nature, ni la même finalité et à l'évidence ne relève pas des mêmes mécanismes.

L'analyse des conditions de mise en œuvre du temps fait apparaître d'une part un temps négocié inscrit dans le contrat de travail, et d'autre part un temps octroyé mobilisable par le salarié qui trouve sa source non dans le contrat mais dans un engagement de la collectivité à garantir à tous un niveau minimal de formation, ou plus précisément essaie d'établir une égalité des temps de formation.

IV. Le temps de formation, un double régime

9. **Lorsque le temps de formation a valeur de (plan) ou est assimilé (DIF) au temps de travail, il en suit intégralement le régime.** Il est rémunéré au taux de travail, éventuellement en heures supplémentaires s'il est effectué en plus du travail, le code du Travail réservant une seule exception pour les actions de maintien dans l'emploi ou d'évolution de l'emploi (C. trav., art. L. 6321-4) qui, sous réserve d'un accord collectif ou d'un accord individuel, peuvent être rémunérées sous forme d'heures complémentaires, c'est-à-dire peuvent être soustraites de manière dérogatoire au régime des heures supplémentaires. Qu'un accord soit nécessaire pour cela est dans la logique du droit dérogatoire en matière de droit du travail, la spécificité ici étant que l'accord individuel est suffisant. Mais l'on peut déjà constater que cette dérogation par accord individuel initiée par les dispositions relatives à la formation a inspiré le législateur dans le cadre de la loi de modernisation sociale.

10. **Lorsque le temps de formation est du temps personnel à finalité professionnelle, son régime n'est plus celui du travail.** Le salarié n'est pas rémunéré mais indemnisé pour l'effort qu'il fait de prendre sur son temps personnel pour suivre la formation. C'est une sujétion qui est compensée et non un travail ou

une activité professionnelle qui est rémunérée. La dualité du temps retrouve ici ses pleins effets. Le caractère indemnitaire est d'ailleurs spécifique car contrairement à une sujétion incluse dans le travail (pénibilité, froid, hauteur, déplacement...), il s'agit ici d'une sujétion externe au travail, ce qui peut justifier que les sommes versées ne soient pas, contrairement aux primes de sujétion, traitées comme du salaire mais bénéficient d'une exonération totale de charges sociales. Par contre, la finalité professionnelle ne permet pas de faire échapper l'allocation de formation à l'impôt.

11. Plus délicate est la question du pouvoir de direction, et du pouvoir disciplinaire, pendant le temps de formation. Lorsqu'il relève du temps de travail, l'assimilation doit jouer, sous réserve de la reconnaissance d'un droit à l'apprentissage pouvant prendre la forme d'un droit à l'erreur (voir n° 14 infra). Par contre, la question se pose de l'autorité de l'employeur sur un temps de formation personnel à finalité professionnelle, dont la mise en œuvre a été négociée. L'employeur a sans nul doute le droit de contrôler le respect des engagements pris dans le cadre de l'accord passé avec le salarié pour la mise en œuvre de la formation.

Si l'on applique la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle un avenant au contrat de travail constitue le contrat lui-même, il faut en déduire que le pouvoir de direction s'exerce dans le respect du contrat passé avec le salarié. Il en résulterait que l'absence de suivi de la formation sans motif ou un comportement en cours de formation de nature à remettre en cause son efficacité pourrait faire l'objet d'une sanction disciplinaire dès lors que la faute est établie. Même si la subordination juridique n'est pas exactement de même nature que dans le cadre du travail, elle n'est pas absente du fait de la finalité professionnelle du temps de formation, mais se trouve limitée au contrôle de la bonne exécution de l'accord.

12. La qualification du temps de formation de temps personnel à finalité professionnelle est donc de nature à fonder un régime spécifique et cohérent du temps de formation lorsqu'il n'est pas assimilé au temps de travail. Sans doute le régime de ce temps pourrait-il être affiné dans le cadre de la réforme à venir.

V. Le temps de formation, un temps d'apprentissage ?

13. Il est admis de longue date que l'employeur ne peut reprocher une insuffisance professionnelle à un salarié s'il ne lui a pas donné la formation adéquate. Par exemple : ayant constaté que la formation personnalisée d'une quinzaine de jours dispensée à la salariée, seulement titulaire d'un brevet de technicien, était insuffisante pour lui permettre l'exercice des fonctions de seule comptable de l'entreprise qui lui étaient en réalité imparties, la Cour d'appel a décidé à bon droit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc., 29 novembre 2007, n° 05-42.004).

14. **C'est une autre question de savoir si le temps de formation est un temps « protégé » pendant lequel le salarié, en situation d'apprentissage, dispose d'un droit à l'erreur et ne peut faire l'objet d'une sanction sur la base du seul résultat de la formation.** C'est ce que les tribunaux ont longtemps retenu et qui 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). La Cour d'appel de Paris a admis 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).

Mais plus récemment elle a estimé 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).

Le temps de formation inclut ainsi un temps d'apprentissage mais également un temps d'appropriation et de transfert sur les situations de travail, c'est-à-dire un temps d'adaptation, conformément à l'article L. 6321-1 qui pose une obligation d'adaptation, dont la formation est un des moyens, et non une stricte obligation de formation. Il devrait en résulter **la reconnaissance d'un droit à l'erreur pour le salarié en formation**, à l'instar du droit à l'erreur que les tribunaux ont reconnu aux salariés dans le cadre des contrats en alternance (Jen-Marie Luttringer : « L'entreprise formatrice sous le regard des juges », Droit social n° 3 mars 1994). Peut-être toutefois faut-il réserver le cas où la formation révèle que la mise du salarié en situation de

travail présenterait un danger pour sa santé ou celle d'autrui compte tenu de sa manifeste incompétence dans la maîtrise des situations professionnelles ?

VI. Le temps de formation, un temps forfaitaire ?

15. Si l'on admet que la formation ne peut être intégralement réalisée par l'acte formatif et qu'un temps d'appropriation et de transfert est nécessaire, alors se pose la question du temps de formation. **On pourrait ici raisonner par analogie avec le bilan de compétences** : la durée maximale de la prise en charge de la rémunération du salarié en congé de bilan de compétences est limitée par la loi à 24 heures (C. Trav., art. R. 6322-48). Ce temps consacré au bilan inclut la phase préliminaire, la réalisation du bilan de compétences et le temps de restitution. Mais il n'inclut pas le travail personnel de réflexion, d'appropriation et de préparation des entretiens, tests, mises en situation ou autres opérations constituant le bilan. Une partie du temps n'est donc pas prise en compte par la réglementation, qui reproduit le même mécanisme pour la VAE.

16. **L'approche fiscale du temps de formation**, qui exige traçabilité, valorisation et contrôle du temps, a conduit à retenir comme temps de formation le temps d'absence du poste de travail, ou le temps de production de la formation lorsque celle-ci a lieu en dehors du temps de travail. Mais même cette logique fiscale a pris en compte une approche forfaitaire de la formation, dans le cadre des FOAD (formations ouvertes et à distance). Ainsi, l'article R. 6341-6 du Code du travail prévoit que les stages de formation peuvent prévoir le nombre d'heures estimées nécessaires pour réaliser les travaux demandés à chaque stagiaire.

De même, la circulaire DGEFP du 20 juillet 2001 précise : « *En l'absence de repères habituels propres aux actions de formation en «présentiel», il est possible pour certains apprentissages dispensés en totalité ou en partie à distance de déterminer la durée estimée nécessaire pour effectuer les travaux demandés.* ». Cette solution a été confirmée par la circulaire DGEFP du 14 novembre 2006. **L'approche forfaitaire du temps de formation fait donc partie intégrante de notre droit positif.**

17. Si l'on considère que le temps de formation ne peut être précisément délimité à l'intérieur d'un temps tracé et chronométré, il faut envisager comme en matière de temps de travail, d'avoir une approche forfaitaire du temps de formation, non pas dans une simple logique quantitative qui serait la traduction du «travailler plus», mais pour **mieux appréhender la réalité de ce temps particulier qu'est le temps de formation.**

Conclusion

18. La réforme intervenue en 2003-2004 a créé une nouvelle catégorie de temps, le temps de formation en dehors du temps de travail, qui peut être défini comme un temps personnel à finalité professionnelle. Cette nature hybride est à l'origine d'un régime spécifique qui fonde tant les modalités d'utilisation du temps que son régime. Dès lors, le temps de travail ne constitue pas, ou plus, la référence indépassable pour envisager la question du temps de formation.

La réforme à venir pourrait se donner comme objectif d'une part de mieux préciser les contours du temps personnel à finalité professionnelle et d'autre part de poser, ou reposer, la question de la ligne de partage entre les formations relevant du temps de travail sans dérogation possible et celles qui peuvent avoir une nature et un régime distincts et spécifiques, prenant en considération la porosité naturelle du temps de formation et la difficulté à l'enfermer dans des frontières trop étroites.

La négociation devra en tout hypothèse aller au-delà, tant dans la conceptualisation que dans la traduction opérationnelle, du débat qui vient de s'achever à l'Assemblée nationale sur l'utilisation du CET (compte épargne temps) aux fins de formation.

Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, le 29 juillet 2008