

84 En questions : où en est-on de l'obligation de formation et d'adaptation dans le cadre d'un licenciement pour motif économique ?

Virginie DEVOS,
avocat associé, August Debouzy,
membre d'AvoSial



C'EST bien une des rares mesures du volet portant sur le licenciement pour motif économique qui n'a pas été modifiée dans le cadre des réformes successives qu'a connu le Code du travail au titre de ces deux dernières années : « le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés » (C. trav., art. L.1233-4). Une telle exigence ne peut être méconnue eu égard à la sanction prononcée par les juridictions considérant le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les débats récurrents devant les juridictions sur les emplois qui auraient dû être proposés au titre du reclassement méritent de s'y attarder. Il n'est pas rare que des anciens salariés revendiquent des emplois relevant de la filière commerciale alors même qu'ils occupaient un emploi relevant de la filière administrative.

1. Que recouvre l'obligation de l'employeur de formation et d'adaptation hors procédure de licenciement pour motif économique ?

Il n'existe pas d'obligation générale de formation dans le Code du travail mais un droit d'accès du salarié à des actions de formation professionnelle continue (C. trav., art. L. 6312-1). Ces actions de formation peuvent prendre différentes formes telles que définies à

l'article L. 6313-1 du Code du travail dont les actions d'adaptation et de développement des compétences. L'adaptation n'est pas définie isolément dans le Code du travail. L'article L. 6313-3 vise en effet les actions d'adaptation et de développement des compétences des salariés qui ont pour objet de favoriser « l'adaptation au poste de travail, à l'évolution des emplois ainsi que le maintien dans l'emploi et de participer au développement des compétences ». La rédaction semble conduire logiquement à rattacher le maintien dans l'emploi à l'adaptation et non au développement des compétences. Ceci est confirmé par l'article L. 6321-2 du Code du travail qui traite de la même façon les formations d'adaptation et de maintien en précisant qu'elles sont nécessairement réalisées pendant le temps de travail.

Sous couvert de l'obligation d'adaptation, l'obligation de l'employeur est donc double : l'adaptation au poste de travail et l'obligation de veiller au maintien de la capacité du salarié à occuper un emploi au regard des évolutions des emplois, des technologies et des organisations (C. trav., art. L. 6321-1).

L'adaptation au poste de travail vise les formations de nature à lui permettre de maîtriser les fondamentaux de son poste en fonction des exigences de l'entreprise au sein de laquelle il travaille, à un instant donné, aux fins de lui permettre de réaliser sa mission. Il peut s'agir de formation aux fonctionnalités d'un nouveau logiciel, la formation au réglage d'une machine, la formation à la bureautique pour une secrétaire, les fondamentaux pouvant être différents d'une entreprise à une autre en raison des tâches confiées à la salariée. Une assistante peut être cantonnée à de la frappe de documents

Ndlr : dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat en droit social, membre d'AvoSial, association d'avocats d'entreprise en droit social, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

quand elle pourrait être tenue dans une autre entreprise à gérer en plus l'agenda.

La notion d'emploi correspond à un ensemble de postes de travail très proches les uns des autres, du fait de finalités et d'activités communes mettant en œuvre des compétences proches ou similaires (définition du glossaire GRH). Le fait de veiller au maintien de la capacité du salarié à occuper un emploi eu égard aux transformations juridiques, réglementaires, technologiques ou autres conduit à continuellement mettre à jour les compétences nécessaires du salarié par rapport aux évolutions des emplois pour qu'il puisse continuer à occuper un emploi. L'employeur doit s'assurer que le salarié conserve les compétences nécessaires pour lui permettre de réaliser les missions confiées ou qu'ils pourraient lui être confiés. La compétence se définit comme la combinaison de capacités à agir (possibilité de réussite et de mise en œuvre de compétences) et de comportements professionnels regroupés en savoirs (connaissances théoriques généralement certifiées par un diplôme pouvant correspondre à la qualification), savoir-faire en tant que savoir-faire technique et savoir-faire relationnel. Au travers de cette obligation de veille, il ne s'agit pas de permettre au salarié d'acquérir une nouvelle qualification mais au contraire de lui permettre de continuer à pouvoir occuper l'emploi pour lequel il est qualifié. Autrement dit, le maintien dans l'emploi respecte la qualification du salarié.

Ces deux exigences pèsent sur l'employeur en cours d'exécution du contrat de travail. Dès lors que cette double exigence a été respectée, il serait légitime de croire que l'employeur est libéré de toute obligation et que sa responsabilité ne peut être recherchée. Or, il n'en est rien. Avant même de notifier un licenciement économique, l'employeur doit chercher à reclasser le salarié en le formant et l'adaptant.

2. Quelle est alors la teneur de cette obligation dans le cadre d'un licenciement économique ?

L'exigence posée par le législateur est extrêmement forte. Tous les efforts de formation et d'adaptation doivent avoir été réalisés avant de notifier le licenciement. La formulation laisse à penser que deux obligations pèsent sur l'employeur de former et d'adapter. Or, **la formation n'est que le moyen permettant d'adapter**. Il ne s'agit que d'une seule et même obligation. Cette obligation d'adaptation doit permettre au salarié de pouvoir être reclassé sur un emploi « *relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe* » ou un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente, auprès de son employeur ou auprès d'autres entreprises appartenant au groupe (C. trav., art. L. 1233-64 alinéa 1, dans le cas d'un groupe « *sous réserve que l'organisation, les activités ou le lieu assurent la permutation de tout ou partie du personnel* »). A défaut et avec son accord, il peut s'agir d'un emploi d'une catégorie inférieure. Si l'on reprend la définition de l'emploi tel que ressortissant du glossaire GRH comme correspondant à des postes de travail ayant des finalités et des activités communes mettant en œuvre des compétences proches (savoir/qualification, savoir-faire et savoir-faire relationnel), il est clair qu'il ne peut s'agir d'un emploi supposant une qualification différente. La jurisprudence a posé le principe : l'adaptation ne peut avoir pour objet de donner la formation initiale qui fait défaut au salarié (Cass. soc., 6 déc. 2007, n° 06-43.346. – Cass. soc., 25 sept. 2012, n° 11-17.285). Schématiquement, la formation initiale correspond à l'acquisition d'une qualification donc d'un diplôme.

3. Qu'entend-on alors par emploi de même catégorie et emploi équivalent ?

La jurisprudence ne définit aucunement ces deux notions qui sont pourtant fondamentales en ce qu'elle fixe le type d'emploi pouvant être proposé au salarié. Or, l'analyse de la jurisprudence montre une prise en compte très pléthorique de diverses notions : acquisition de compétences (Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-13.594), capacité requise aux fins d'occuper un poste (Cass. soc., 7 juill. 2009 n° 08-40.637), adaptation à l'évolution de leur emploi (Cass. soc., 11 avr. 2008, n° 06-45.149). Une définition s'impose.

Un emploi se définissant par des compétences, les emplois de même catégorie ou emploi équivalent ne peuvent que s'entendre d'emplois dont les compétences sont transversales c'est-à-dire faisant appel aux mêmes savoirs, savoir-faire technique et relationnel quelle que soit la situation de travail. Il peut donc s'agir d'un même emploi au sein d'une structure ou organisation différente. Il peut également s'agir d'un emploi différent comportant des activités similaires. Il convient de rappeler que la notion d'activités correspond à un ensemble cohérent de tâches. Cette notion ressemble fortement à la notion de changement des conditions de travail lorsqu'il est confié des tâches différentes au salarié ressortissant de sa qualification (Cass. soc. 10 mai 1999 n° 96-45.673).

La notion d'emploi de même catégorie ressemble également fortement à la notion de catégorie professionnelle telle que visée à l'article L. 1233-31 du Code du travail pour l'application des critères d'ordre et définie par la jurisprudence comme regroupant des fonctions de même nature supposant une formation commune (Cass. soc., 13 févr. 1997, n° 95-16.648). La catégorie professionnelle a pour objet de regrouper par nature les fonctions interchangeables entre elles au sein de l'entreprise au-delà du service d'appartenance du salarié. Il a ainsi été jugé que la société ne pouvait scinder des fonctions au sein de deux catégories professionnelles distinctes alors même que le pilotage des machines de génération différente ne nécessitait ni une formation de base spécifique ni une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation (Cass. soc., 27 mai 2015, n° 14-11.688). A notre sens, la notion d'emploi de même catégorie doit être entendue comme toutes les fonctions identifiées dans l'entreprise au sein de la même catégorie professionnelle, le passage d'une fonction à l'autre pouvant conduire à une formation d'adaptation au nouveau poste de travail, la qualification étant acquise ainsi que les savoir-faire techniques et relationnels.

La notion d'emploi équivalent vise quant à elle les emplois disponibles appelant les mêmes compétences au sein des autres sociétés du groupe par nature non répertoriés dans la catégorie professionnelle qui est intrinsèquement liée à l'entreprise employeur. Une fois encore il s'agit au travers de l'obligation d'adaptation de permettre au salarié de bénéficier d'une formation aux fins d'occuper le poste de travail auprès d'un autre employeur.

Il appartient alors à l'employeur d'assurer le financement de la formation au poste de travail au sein d'une autre entreprise afin qu'il maîtrise les fondamentaux de son futur poste en fonction des exigences de l'entreprise au sein de laquelle il travaille. Il peut s'agir de formations aux fonctionnalités d'un nouveau logiciel, au réglage d'une machine, à la bureautique pour une secrétaire, les fondamentaux pouvant être différents d'une entreprise à une autre en raison des tâches confiées au salarié.

L'obligation d'adaptation au moment de la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement économique se différencie alors de l'obligation d'adaptation en cours d'exécution du contrat de travail. En cours d'exécution, l'employeur doit assurer l'adaptation du salarié au poste qu'il occupe. Dans le cadre du re-

classement en vue d'un licenciement économique, l'adaptation porte sur d'autres postes de travail au sein de l'entreprise ou d'une autre entreprise du groupe, poste de travail qui correspond à un métier appelant un noyau dur d'activités et de tâches communes et requérant des compétences proches ou similaires.

Dès lors, rien ne justifie les débats auxquels sont confrontés les juges du fond lorsqu'il est évoqué par les salariés des postes relevant d'une autre filière qui par nature n'appellent pas les mêmes qualifi-

cations ni les mêmes compétences. Au sein d'une même filière, il est important de s'attacher à la notion de métier et d'emplois qui circonscrivent le champ de l'obligation. À l'aune d'un nouveau bouleversement de la formation professionnelle continue, il sera important de mesurer l'impact des nouvelles dispositions sur les obligations incombant à l'employeur dans le cadre du reclassement du salarié dont le licenciement économique est envisagé.

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYN

Réforme

85 Ordonnances Travail : validation par le Conseil constitutionnel de l'essentiel du projet de loi de ratification

Cons. const., 21 mars 2018, déc. n° 2018-761 DC

Un mois jour pour jour après sa saisine (*JCP S 2018, act. 53*), le Conseil constitutionnel a donné son feu vert au projet de loi de ratification des 6 ordonnances modifiant le Code du travail (*V. JCP S 2017, act. 50*), déclarant conforme à la Constitution la majorité des dispositions qui lui avaient été soumises.

A seulement été censurée une mesure ayant trait aux élections partielles devant être organisées par l'employeur afin de pourvoir les sièges vacants au sein de la délégation du personnel du comité social et économique (*art. 6, 9°*), tandis que d'autres articles du texte déferé ont été invalidés parce que dénués de lien direct ou indirect avec le projet de loi initial (cavaliers législatifs) (*art. 9, 12, 14 et 20*). À cela s'ajoute une réserve d'interprétation sur le délai de recours de deux mois contre les accords collectifs.

● **Élections partielles.** – Les Sages ont censuré le 9° de l'article 6 du texte déferé, qui modifiait la rédaction de l'article L. 2314-10 du Code du travail issue de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Était prévue une dérogation aux règles de droit commun en matière d'élections partielles organisées par l'employeur afin de pourvoir les sièges vacants au sein de la délégation du personnel du comité social et économique : l'employeur était dispensé d'en organiser lorsque les vacances résultaient de l'annulation, par le juge, de l'élection de membres de ce comité en raison de

la méconnaissance des règles tendant à une représentation équilibrée des femmes et des hommes.

Dans leur décision les Sages commencent par souligner qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu : 1) éviter que l'employeur soit contraint d'organiser de nouvelles élections professionnelles alors que l'établissement des listes de candidats relève des organisations syndicales ; 2) inciter ces dernières à respecter les règles contribuant à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du comité social et économique. Il n'empêche : les dispositions contestées pouvaient aboutir à ce que plusieurs sièges demeurent vacants au sein de la délégation du personnel du comité social et économique, pour une période pouvant durer jusqu'à quatre ans, y compris dans les cas où un collège électoral n'est plus représenté au sein de ce comité et où le nombre des élus titulaires a été réduit de moitié ou plus. Ces dispositions pouvaient ainsi conduire à ce que le fonctionnement normal du comité social et économique soit affecté dans des conditions remettant en cause le principe de participation des travailleurs.

Le Conseil constitutionnel en a déduit que les dispositions issues de la loi contestée portaient une atteinte manifestement disproportionnée au principe de participation des travailleurs, tel qu'il est énoncé par le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

● **Recours contre les accords collectifs.** – S'agissant des conditions de recours contre les conventions ou accords collectifs, telles que prévues par l'article L. 2262-14 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 que ratifie l'article 1^{er} de la loi contestée, le Conseil a écarté les griefs allégués concernant des at-

teintes au droit à un recours juridictionnel effectif, au principe de participation et à la liberté syndicale. Il a notamment relevé qu'en fixant, par ces dispositions, à **deux mois** le délai de recours de l'action en nullité, le législateur a entendu garantir leur sécurité juridique en évitant qu'ils puissent être contestés longtemps après leur conclusion. Par ailleurs, l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre.

Mais examinant le 2° de l'article L. 2262-14 selon lequel, hormis à l'égard des organisations syndicales disposant d'une section syndicale dans l'entreprise, le délai de recours ne commence à courir qu'à compter de la publication de l'accord collectif dans une base de données nationale, le Conseil constitutionnel a relevé que le deuxième alinéa de l'article L. 2231-5-1 du Code du travail prévoit que les parties signataires de l'accord peuvent décider qu'une partie de cet accord ne fera pas l'objet de cette publication. Par une **réserve** d'interprétation, il a jugé que, dans ce cas, le délai de **recours contre ces parties d'accord non publiées** ne saurait, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance.

● **Cavaliers législatifs.** – D'autres mesures ont été censurées au motif qu'elles ont été adoptées selon une procédure irrégulière. En tout, quatre articles sont invalidés parce que dénués de lien (direct ou indirect) avec le projet de loi initial :

– l'article 9 prévoyant que 2 députés et 2 sénateurs siègent au sein du Conseil d'orientation de la participation, de l'intéressement, de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié ;