

Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

La formation continue dans le droit du travail

(Manifestation de l'OFFT du 24 mai 2011)

par

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, HSG

Contenu

I. Situation initiale	3
II. Règles en matière de formation continue dans le droit actuel	4
1. <i>Les différents types de formation continue</i>	4
2. <i>Fondements juridiques</i>	4
a. <i>Constitution</i>	4
b. <i>Lois et ordonnances</i>	6
3. <i>Questions ouvertes à propos de la formation continue</i>	8
4. <i>Temps de travail et salaire</i>	8
a. <i>Temps de travail au sens du Code des obligations</i>	8
b. <i>Durée du travail au sens de la loi sur le travail</i>	8
a. <i>Formation continue visant à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail</i>	9
b. <i>Formation continue générale</i>	9
5. <i>Frais</i>	10
a. <i>Principes généraux</i>	10
b. <i>Frais de formation et frais en lien avec la familiarisation de l'employé avec son travail</i>	11
c. <i>Remboursement après la résiliation</i>	11
6. <i>Autres conséquences juridiques</i>	11
7. <i>Obligation de suivre une formation continue?</i>	13

<i>a.</i>	<i>Obligations de l'employeur</i>	13
<i>b.</i>	<i>Obligations de l'employé</i>	14
III.	Recommandations de lege feranda	15
1.	Nécessité d'encourager la formation continue	15
<i>a.</i>	Situation initiale	15
<i>b.</i>	Coûts.....	16
2.	Avantages et inconvénients d'une obligation de formation continue	16
3.	Solutions de réglementation envisageables	17
<i>b.</i>	Droit par rapport à l'Etat	17
<i>c.</i>	Droit des assurances sociales.....	17
<i>d.</i>	Simplemesures d'encouragement	18
IV.	Conséquences	18

Doctrine:

- USCHI BACKES-GELLNER**, Eine Analyse der Wirksamkeit ausgewählter Instrumente zur Förderung der Weiterbildung, Gutachten zuhanden der Expertenkommission Weiterbildungsgesetz (Art. 64a BV), Zürich 2011;
- ALEXANDER I. DE BEER**, Der bezahlte Bildungsurlaub, Diss. Bern 1978;
- JEAN-LOUIS DUC/OLIVIER SUBILIA**, Droit du Travail, Lausanne 2010;
- EIDGENÖSSISCHES VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT**, Bericht des EVD über eine neue Weiterbildungspolitik des Bundes, in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Departement des Innern (EDI), Bern 2009;
- MARTIN FLÜGEL**, Das Weiterbildungsobligatorium als Königsweg, Pressedienst Travail Suisse - Nr. 15 - 26. Oktober 2009;
- THOMAS GEISER**, Arbeitsvertragliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, recht 1996, S. 28 ff.;
- URS CHRISTOPH NEF**, Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Bildungsurlaubs, SZS 1993, S. 57 ff.
- WOLFGANG PORTMANN**, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.) Baseler Kommentar OR I, 2007;
- PETER SIGRIST/RITA TORCASSO**, SGB/USS (Hrsg.), Weiter mit Bildung, Berufsbildung fördern, Recht auf Standortbestimmung und lebenslange Bildung für alle, Dossier Nr. 58, Bern 2008;
- SCHWEIZERISCHER BUNDESRAT**, Bericht des Bundesrates zur Weiterbildung im Arbeitsrecht, in Erfüllung des Postulates Paul Rechsteiner vom 20. März 1996 (96.3094), April 2003;
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 2006;
- JEAN-FRITZ STÖCKLI/MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar; 2010;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006;
- PIERRE TERCIER**, Les contrats speciaux, Zürich/Basel/Genève 2003;
- RÉMY WYLER**, Droit du travail, Bern 2008.

I. Situation initiale

1.1. En Suisse, ainsi que dans tous les Etats européens, le développement économique fait évoluer le marché du travail. Si, à l'origine, des qualifications peu importantes suffisaient, à l'heure actuelle des compétences toujours plus élevées sont requises sur le marché du travail. Il s'agit d'ailleurs d'une des raisons pour lesquelles la Suisse est un pays à salaires élevés. En Suisse, il y a tout simplement beaucoup plus de places de travail qui requièrent des compétences élevées, en comparaison avec les autres pays de la planète. Simultanément, force est de constater que les mutations technologiques sont de plus en plus rapides. Ceci entraîne deux conséquences importantes. Premièrement, chaque employé doit disposer de qualifications toujours plus élevées pour pouvoir avoir sa place sur le marché du travail. En second lieu, il doit en permanence mettre à niveau ses connaissances, sans quoi elles ne seront rapidement plus à jour.¹ Celui qui n'est pas en mesure d'acquérir les connaissances et capacités indispensables et de s'adapter aux évolutions de son environnement professionnel court le danger de ne plus être intégré dans le processus de production. Il s'agit d'ailleurs d'une des causes de l'augmentation du nombre de personnes invalides. L'impossibilité de se former peut mener à l'invalidité. **Le maintien de l'employabilité** constitue un élément essentiel de la formation continue.

1.2. Régulièrement, la question de la surqualification des employés fait également l'objet de discussions. Cependant, ce problème a essentiellement pour origine une mauvaise attribution des postes de travail en fonction des compétences des employés. Le niveau trop élevé de la formation n'est pas en cause. C'est pourquoi il est important que le système de formation ne se concentre pas uniquement sur la formation et la formation continue académique, mais qu'il offre également une formation et une formation continue à des fins professionnelles, tenant compte des exigences du marché du travail.

¹ Cf. **GEISER**, recht 1996, n. 1.2.

II. Règles en matière de formation continue dans le droit actuel

1. Les différents types de formation continue

2.1. Il est possible de subdiviser la formation continue en diverses catégories. En premier lieu, il convient de distinguer entre la formation continue à caractère social ou de loisirs et la formation professionnelle continue. Il existe naturellement des chevauchements, comme, par exemple, les cours de langue. En l'espèce, seule la formation professionnelle continue a de l'importance. Afin de ne pas définir cette notion d'une façon trop stricte et pour tenir compte des recoupements avec d'autres types de formation continue, je me fonde sur la terminologie de la LFPr², qui a recours à la notion de **formation continue à des fins professionnelles**.³ Les développements qui suivent ont exclusivement trait à cette notion.

2.2. En l'espèce, il est essentiel d'opérer **une distinction entre la formation continue à des fins professionnelles ayant un caractère général et la formation continue visant exclusivement à améliorer les capacités spécifiques au lieu de travail**. En principe, cette dernière apporte une plus-value uniquement dans le cadre de la place de travail actuelle, alors que la formation continue à des fins professionnelles sera également utile lors d'un changement d'emploi. Cependant, il n'est pas possible de strictement distinguer ces deux types de formation continue. Il existe sans aucun doute des chevauchements. En outre, une formation continue visant exclusivement à améliorer les capacités spécifiques au lieu de travail peut également être utile en cas de changement d'emploi, lorsque la nouvelle place de travail est pratiquement identique à l'ancienne.

2.3. En ce qui concerne l'organisation de la formation continue, il convient de distinguer **la formation continue au sein de l'entreprise de celle qui est proposée par des tiers**. A vrai dire, il ne s'agit pas uniquement d'une question d'organisation. En effet, sur la base de cette distinction, il est déjà possible de tirer certaines conclusions sur le caractère de la formation. En particulier, les prétentions concernant la prise en charge des coûts de la formation continue sont totalement différentes.

2.4. La question de savoir **à quel niveau de formation appartient la formation continue**, est, en principe, **sans importance**. Il existe cependant une exception en matière de **formation de rattrapage**. Celle-ci permet d'acquérir, à l'âge adulte, des compétences de base du degré secondaire I ou des diplômes post-obligatoires.⁴ Quand bien même cette formation continue constitue un élément essentiel pour pouvoir, en premier lieu, être engagé par un employeur et, ensuite, pour le maintien de l'employabilité, elle fait partie de la formation professionnelle de base, qui est, en règle générale, financée par l'Etat et qui devrait être en principe terminée avant le début d'une activité lucrative. Ainsi, il ne s'agit pas d'une véritable formation continue.

2. Fondements juridiques

a. Constitution

2.5. La Constitution fédérale traite expressément de la formation continue à l'art. 64a Cst.⁵ Cette disposition donne à la Confédération le mandat et la compétence de fixer les principes

² Loi fédérale sur la formation professionnelle [RS 412.10].

³ Art. 30 ss LFPr.

⁴ Cf. rapport du DFE sur une future politique de la Confédération dans le domaine de la formation continue, p. 14.

⁵ Voir également l'art. 67 al. 2 Cst, qui a trait à la formation des adultes.

applicables à la formation continue⁶ et constitue la base constitutionnelle pour l'encouragement de la formation continue par la Confédération.⁷ Alors que la Confédération doit fixer les principes applicables à la formation continue, la Constitution ne l'oblige pas à l'encourager. Cette décision appartient au législateur. Si la Confédération veut encourager la formation continue, la Constitution ne définit cependant pas les moyens pour ce faire. Ainsi, il peut s'agir de prestations financières, mais d'autres formes de contribution sont envisageables. Il va de soi que, dans ce cadre, le législateur doit respecter les principes généraux constitutionnels.

2.6. Il serait cependant erroné de considérer que l'art. 64a Cst constitue la seule base constitutionnelle permettant l'adoption de lois fédérales en matière de formation continue. Il existe en effet des bases constitutionnelles dans des contextes les plus divers, ce que reflète d'ailleurs la législation. La formation continue peut revêtir différentes fonctions. Elle intervient ainsi dans le cadre de la mise en oeuvre d'objectifs constitutionnels les plus divers. Sous cet angle, la formation continue n'a pas besoin d'être expressément mentionnée dans la Constitution en tant que moyen.

2.7. La formation continue à des fins professionnelles permet, dans tous les cas, à chaque employé de maintenir son employabilité. Ainsi, celui-ci peut, grâce à son travail, assurer son entretien. Sous cet angle, la formation continue permet **d'atteindre les buts sociaux ancrés dans la Constitution fédérale**.⁸ Certes, ces buts sociaux n'octroient aucune compétence supplémentaire à la Confédération ; par ailleurs, aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux.⁹ Cependant, conformément à l'art. 41 al. 1 Cst, la Confédération s'engage, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée¹⁰, à prendre en considération ces buts sociaux dans le cadre de ses autres compétences. La formation continue – ainsi que son encouragement, quelle qu'en soit la forme – constituent un moyen efficace à disposition.

2.8. En matière **d'assurance-invalidité et d'assurance-chômage**, la Confédération est au bénéfice d'une compétence primaire – mais en complément de l'initiative privée.¹¹ Dans ces deux cas, il existe un lien direct avec l'employabilité. Une formation continue efficace constitue un élément essentiel pour diminuer les cas de réalisation du risque assuré par ces deux assurances. Ainsi, la Confédération peut également réglementer la formation continue dans le cadre de ces deux assurances sociales. Enfin, lorsque, dans le cadre des tâches constitutionnelles à accomplir en lien avec la formation continue, il s'agit de régler un rapport juridique entre un employé et un employeur, la Confédération peut s'appuyer sur sa compétence de légiférer sur les rapports de travail.¹² Si, dans cette hypothèse, la Confédération a recours à des moyens de droit civil, il convient de tenir compte du fait que l'ensemble de la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de sa compétence.¹³

⁶ Art. 64a al. 1 Cst.

⁷ Art. 64a al. 2 Cst.

⁸ Art. 41 al. 1 let. d Cst.

⁹ Art. 41 al. 3 und 4 Cst.

¹⁰ Art. 41 al. 1 Cst, préambule.

¹¹ Art. 111 ss Cst.

¹² Art. 110 al. 1 Cst, en particulier let. b.

¹³ Art. 122 al. 1 Cst.

2.9. En outre, la Confédération a une compétence d'encouragement **dans des domaines les plus variés**. Elle encourage notamment le sport, la culture, les langues et le cinéma.¹⁴ Cet encouragement intervient très souvent sous la forme d'un soutien à la formation continue.¹⁵

2.10. Enfin, la formation continue permet également de **protéger des tiers ainsi que l'environnement**. C'est toujours le cas lorsqu'une activité bien précise requiert des compétences et connaissances spécifiques qui évoluent. Dans un tel cas de figure, il ne suffit pas d'établir que l'on dispose de compétences acquises par le passé. Au contraire, il est nécessaire que les personnes concernées maintiennent leur savoir à jour et qu'elles acquièrent de nouvelles techniques et connaissances. Dans la mesure où la protection des tiers et de l'environnement fait partie des tâches de la Confédération, il pourrait être nécessaire que celle-ci réglemente et, le cas échéant, soutienne la formation continue en la matière. Ainsi, sur la base de dispositions constitutionnelles les plus diverses, la Confédération peut avoir le mandat d'encourager une formation continue bien précise.

b. Lois et ordonnances

2.11. L'annexe du rapport du DFE sur une future politique de la Confédération dans le domaine de la formation continue, publié en 2009¹⁶, établit une liste des dispositions des lois fédérales qui se rapportent, d'une manière ou d'une autre, à la formation continue. Comme on pouvait s'y attendre, ces articles sont dispersés dans tout le droit fédéral, dans des contextes les plus divers, et on ne les trouve pas uniquement dans les lois qui ont pour objet la formation continue et les institutions d'enseignement de degré tertiaire.

2.12. Lorsque la protection de tiers ou de l'environnement fait partie des tâches de la Confédération, des dispositions en matière de formation continue figurent régulièrement dans les lois correspondantes. Ces articles peuvent simplement mentionner un encouragement de la Confédération, mais parfois une **véritable obligation de suivre une formation continue** est prévue. Sur ce point, il convient de citer en particulier les domaines de l'aviation et des professions médicales.¹⁷ Cependant, de telles obligations se retrouvent dans un grand nombre d'autres dispositions. En règle générale, la loi n'examine pas si la personne qui doit suivre une formation continue est soumise à un rapport de travail avec l'exploitant de l'établissement. En revanche, elle pose le principe que la personne responsable au sein de l'établissement doit disposer de la formation ainsi que des formations continues nécessaires. Parfois, la loi détermine d'autres personnes responsables. Cependant, d'une manière générale, l'exploitant de l'établissement est toujours concerné.

2.13. Finalement, les **allègements fiscaux** constituent également des subventions étatiques. Il existe ainsi des déductions en ce qui concerne les frais professionnels dans le domaine de la TVA, de l'impôt fédéral direct et dans le cadre de la législation sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes.¹⁸

2.14. En droit du travail,¹⁹ seul un très petit nombre de dispositions se rapporte à la formation continue. Cette notion est explicitement mentionnée uniquement dans le cadre de la

¹⁴ Art. 68 ss Cst.

¹⁵ Cf., par exemple, en matière de cinéma.

¹⁶ Rapport du DFE sur une future politique de la Confédération dans le domaine de la formation continue, pp. 40 ss.

¹⁷ Art. 122g OSAv [RS 748.01] ; art. 40 LPMéd [RS 811.11] ; art. 53 et 56 loi sur la transplantation [RS 810.21].

¹⁸ Art. 18 LTVA [RS 641.20] ; Art. 26 LIFD [RS 642.11].

¹⁹ Je me limite ci-après aux rapports de travail qui relèvent du droit privé.

définition donnée par le droit public à la durée du travail.²⁰ Il s'agit de répondre à la question de savoir quand le temps consacré à la formation continue doit être pris en compte pour déterminer la durée maximale du travail autorisée. Le droit du travail ne contient aucune disposition, ayant un caractère général, qui réglemente la formation continue à des fins professionnelles. Le contrat d'apprentissage se rapporte à la formation professionnelle de base, et non à la formation continue. Au demeurant, la formation constitue précisément le but de ce contrat de travail²¹. Cependant, en l'espèce, il s'agit de prendre en considération des contrats de travail dont la prestation caractéristique est uniquement le travail. La formation continue doit avoir un côté accessoire. Un droit, prévu par la loi, à un congé pour suivre une formation existe uniquement dans le domaine des activités de jeunesse.²² Ce droit, qui se rapporte à une hypothèse bien spécifique, ne concerne même pas la formation continue à des fins professionnelles, mais les cours de perfectionnement nécessaires à l'exercice d'activités de jeunesse extra-scolaires à titre bénévole.

2.15. Compte tenu de la faible densité normative du droit suisse, l'absence d'une disposition spécifique en matière de formation continue n'est finalement pas surprenante. Cependant, **l'art. 328 CO** constitue une disposition suffisamment générale et flexible pour pouvoir créer des règles en matière de formation continue sur cette base. Suivant cet article, l'employeur respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur et prend, pour protéger la vie et la santé du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. La carrière professionnelle de l'employé fait indiscutablement partie des droits de la personnalité protégés par cette disposition.²³

2.16. Lorsqu'il s'agit de déterminer les prétentions pouvant être invoquées sur la base de l'art. 328 CO, il convient de tenir compte du caractère très général de cette disposition ainsi que de son environnement juridique. Il est en particulier possible de tirer certaines conclusions au vu de la manière dont est régi le droit à un congé pour des activités de jeunesse en vertu de l'art. 329e CO. Les conclusions suivantes peuvent notamment être tirées:²⁴

- En principe, **il existe uniquement un droit à un congé non payé**. Des exceptions peuvent cependant être faites, en fonction du type de formation continue.²⁵
- En ce qui concerne **la durée du congé**, on peut se référer aux règles sur le congé pour des activités de jeunesse, qui prévoient un congé d'une semaine de travail, au maximum. Au demeurant, le congé pour suivre une formation continue n'est pas expressément prévu par le Code des obligations ; il se fonde seulement sur le devoir général de protection de la personnalité de l'employé. Cet élément plaide plutôt pour un congé de courte durée. Cependant, le caractère professionnel du congé, grâce auquel des liens plus étroits avec le travail actuel pourront être noués, justifie un congé plus long. Au final, la durée du congé doit être **définie au cas par cas**, en fonction du type de formation continue et des modalités des rapports de travail.

²⁰ Art. 13 al. 4 OLT 1.

²¹ Art. 344 CO.

²² Art. 329e CO.

²³ **STREIFF/VON KAENEL**, n. 7 ad art. 328 CO ; **STAEHELIN**, n. 9 ad art. 328 CO ; à propos du droit au développement économique, en tant qu'élément du droit de la personnalité, cf. ATF 123 III 193 ; ATF 131 III 102.

²⁴ Cf. **GEISER**, recht 1996, n. 2.7.

²⁵ Cf. *infra* n. 2.22. ss.

- Les parties doivent **se mettre d'accord** sur la **date** du congé. Cela résulte du droit qu'a l'employeur de donner des directives ainsi que de l'interaction entre le devoir de protection imposé à l'employeur et l'obligation de fidélité de l'employé.
- L'employeur peut exiger – comme c'est d'ailleurs le cas s'agissant du congé pour les activités de jeunesse²⁶ – une confirmation de la fréquentation effective du cours de formation continue. Toutefois, l'employeur ne peut pas prononcer des sanctions lorsque l'employé a suivi le cours, mais qu'il n'a pas réussi les éventuels examens.

3. Questions ouvertes à propos de la formation continue

4. Temps de travail et salaire

2.17. Outre la question de savoir s'il existe un droit de suivre un cours de formation continue, il faut également déterminer si le temps ainsi consacré peut être décompté comme temps de travail. Cette question soulève en fait **deux ensembles de problèmes**, qu'il convient de distinguer. Il est en effet tout à fait possible que, dans un cadre donné, une formation continue puisse être décomptée comme temps de travail et que, dans un autre contexte, elle ne puisse pas l'être.

a. Temps de travail au sens du Code des obligations

2.18. En premier lieu, il convient de déterminer si l'employé, en fréquentant un cours de formation continue, fournit ainsi une prestation contractuelle à son employeur. Si tel est le cas, le temps ainsi consacré doit être rémunéré, étant donné que le contrat de travail est toujours un contrat à titre onéreux.²⁷ Ceci résulte de la définition du contrat de travail selon l'art. 319 CO.

2.19. Les parties déterminent ensemble **le montant du salaire**. Si elles n'ont pas convenu d'une réglementation différente, le salaire habituel est dû, pour autant bien sûr que la formation continue soit considérée comme du temps de travail. Des heures de travail supplémentaires au sens de l'art. 321c CO peuvent également en résulter. Celles-ci devront être payées, avec une majoration, si aucun accord contraire n'existe.

b. Durée du travail au sens de la loi sur le travail

2.20. Il convient également d'examiner si la **durée du travail au sens de la loi sur le travail** entre en ligne de compte. La loi sur le travail fixe des durées maximales de travail.²⁸ Certes, à certaines conditions, ces durées maximales peuvent être dépassées.²⁹ Pour le travail supplémentaire, l'employeur doit verser au travailleur un supplément de salaire, pour autant que le travail supplémentaire ne puisse pas être compensé dans un délai convenable par un congé de même durée.³⁰ En outre, la durée du travail doit être répartie dans la semaine d'une façon précise et travailler la nuit et le dimanche est en principe interdit.³¹ Ces règles doivent également être respectées dans le cadre d'une formation continue, pour autant que celle-ci soit comprise dans la durée du travail.

2.21. En vertu de l'art. 13 al. 4 OLT 1, le temps qu'un employé consacre à une formation continue, **soit sur ordre de l'employeur, soit en vertu de la loi**, est réputé temps de travail. Il faut par conséquent en inférer qu'une formation continue qui n'est pas prévue par la loi ou

²⁶ Art. 329e al. 4 CO.

²⁷ DUC/SUBILIA, n. 10 ad art. 319 CO ; WYLER, pp. 48 s. ; TERCIER, n. 2966.

²⁸ Art. 9 LTr.

²⁹ Art. 12 LTr.

³⁰ Art. 13 LTr.

³¹ Art. 10 s. LTr.

qui n'est pas ordonnée par l'employeur n'est pas réputée temps de travail. Il faut enfin signaler que cette réglementation ne s'applique pas seulement aux cours de formation, mais également au temps consacré à la préparation et au suivi des cours. Il s'agit d'une disposition absolument impérative, à l'opposé de l'article du droit privé qui régit les heures de travail supplémentaires. Les parties ne peuvent pas déroger à cette disposition par un accord.

a. Formation continue visant à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail

2.22. Si elle n'est pas déjà prévue par la loi, la fréquentation de formations continues visant à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail sera régulièrement ordonnée par l'employeur. Il n'est pas nécessaire de donner expressément un ordre. Cela peut aussi découler des circonstances. Ainsi, il y a une instruction lorsqu'un employé s'inscrit à une formation continue visant à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail et que l'employeur en a connaissance, sans pour autant réagir de quelque manière que ce soit. Cela résulte du fait que l'employeur a toujours un intérêt direct à ce que l'employé suive ce type de formation continue.

2.23. Etant donné que le contrat de travail doit obligatoirement avoir un caractère onéreux, **les parties ne peuvent pas non plus convenir** que, lors d'une formation continue, l'employeur ne fournira pas sa contre-prestation, c'est-à-dire qu'il ne versera pas le salaire dû. Cependant, étant donné que le montant du salaire peut être librement fixé par les parties³², il est admissible de prévoir que ce salaire est déjà compris dans le restant du salaire.

2.24. Il est évident qu'il peut être parfois extrêmement **compliqué** d'effectuer une **distinction** entre la formation continue visant à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail et une autre formation professionnelle continue. Toutefois, cette difficulté n'a aucune influence sur le fait que ce critère a une importance décisive.

b. Formation continue générale

2.25. Si l'on est en présence d'une formation continue qui ne vise pas à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail, il ne s'agit en principe pas d'un travail, mais d'une activité de loisirs. L'ampleur et l'intensité de la formation continue ne sont d'aucune importance. C'est une activité de loisirs – et non un travail – car **le lien avec des rapports concrets de travail est inexistant**. En principe, cette connexité est également absente lorsque la formation continue est simplement utile pour les rapports de travail, ce qui risque de se produire souvent.

2.26. Cependant, il en va différemment lorsque **l'employeur a donné l'instruction d'effectuer cette formation continue**. Cela résulte expressément des dispositions pertinentes de la loi sur le travail.³³ Les articles de la loi sur le travail qui traitent de la durée maximale de travail n'ont pas uniquement pour objectif de protéger l'employé contre le surmenage ; il s'agit également de garantir que l'employé peut librement disposer de congés en suffisance. La réglementation est ainsi cohérente : si l'employé peut lui-même décider de suivre un cours de formation continue, en étant totalement libre quant au choix de la matière, la formation continue n'est pas réputée temps de travail. En revanche, si l'employé suit cette formation sur ordre de l'employeur, elle est réputée temps de travail.

2.27. Ce principe, valable dans le cadre de la loi sur le travail, doit également s'appliquer **aux rapports contractuels de droit privé**. L'employé s'engage à mettre à disposition de

³² Les conventions collectives de travail ainsi que des dispositions légales spéciales peuvent définir des exceptions.

³³ Art. 13 al. 4 OLT 1.

l'employeur son temps de travail. L'employeur détermine la prestation qui doit être fournie dans le cadre du contrat conclu. Si l'employé décide lui-même de fréquenter un cours de formation continue, il n'est pas à la disposition de son employeur pendant ce temps-là. En revanche, lorsque l'employeur impose la fréquentation d'un cours de formation continue, l'employé suit cette instruction dans le cadre de ses devoirs contractuels et fournit par là sa prestation. Ceci constitue du **temps de travail qui doit être rémunéré**³⁴. Suivant l'importance de la formation continue, il peut s'agir d'heures de travail supplémentaires qui – sauf clause contraire – doivent être rétribuées avec majoration, s'il n'y a aucune compensation par un congé.³⁵

5. Frais

a. Principes généraux

2.28. En vertu de l'art. 327a al. 1 CO, l'employeur rembourse impérativement à l'employé tous les frais imposés par l'exécution du travail. Les accords en vertu desquels l'employé supporte lui-même tout ou partie de ses **frais nécessaires** sont nuls.³⁶ Par conséquent, il est clair que l'employeur doit également prendre à sa charge les frais encourus pour des formations continues qui sont nécessaires à l'exercice de la profession.

2.29. La question de savoir si la formation continue est nécessaire doit être résolue au cas par cas. **Les trois motifs** suivants peuvent justifier **la nécessité** au sens de la loi :

- Une formation est «nécessaire» lorsqu'elle est **prescrite par la loi**. Comme cela a déjà été exposé, il existe certains domaines pour lesquels le législateur impose que l'on suive de manière durable une formation continue, afin de protéger des tiers ou la population.³⁷
- Une formation continue est également nécessaire à l'exercice d'une activité lorsque **l'employeur l'ordonne**. Il est évident que dans cette hypothèse l'employeur doit également en supporter les frais³⁸.
- Finalement, la nécessité peut également résulter de **règles déontologiques**. En effet, certaines associations professionnelles fixent des normes standard. Si ces dernières sont reconnues d'une manière générale et qu'elles exigent une formation continue constante, cette formation est nécessaire à un exercice correct de la profession. L'employeur doit prendre à sa charge les frais de la formation continue. Au demeurant, l'art. 328 al. 2 CO oblige expressément l'employeur à prendre toutes les mesures «commandées par l'expérience», et pas seulement celles qui sont prescrites par la loi.

2.30. Il résulte *a contrario* de l'art. 327a CO que les frais inhérents à une formation dont la fréquentation est **seulement souhaitable ou a du sens** – mais qui n'est prescrite ni par la loi, ni par des associations professionnelles et qui n'est pas non plus ordonnée par l'employeur – ne doivent pas être payés par ce dernier.³⁹ Pour qu'il existe une obligation de prise en charge de ces frais, un accord y afférent – qui peut naturellement avoir été conclu de manière tacite – est nécessaire.⁴⁰

³⁴ **STÖCKLI/REHBINDER**, n. 5 ad art. 329 CO.

³⁵ **NEF, SZS** 1993, pp. 60 s. ; **GEISER**, recht 1996, p. 29, n. 2.4.

³⁶ Art. 327a al. 4 CO ; cf. **STREIFF/VON KAENEL**, n. 2 et 9 ad art. 327a CO.

³⁷ Cf. *supra* n. 2.12. et *infra* n. 2.40.

³⁸ **WYLER**, p. 289 ; **JAR** 1998, S. 162.

³⁹ **STREIFF/VON KAENEL**, n. 7 ad art. 327a CO ; **WYLER**, p. 289.

⁴⁰ **DUK/SUBILIA**, n. 6 ad art. 327a CO ; **WYLER**, p. 289 ; **STÖCKLI/PORTMANN**, n. 3 ad art. 327a CO.

2.31. La délimitation est délicate lorsque l'on est en présence d'une formation continue **visant exclusivement à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail**, sans qu'il y ait par ailleurs une nécessité légale ou déontologique ou encore une instruction donnée par l'employeur. Dans cette hypothèse, l'employeur bénéficie directement de la formation. Si l'employeur avait connaissance de cette formation continue, il doit également prendre en charge les frais. Des conventions contraires sont ainsi exclues ; en effet, étant donné que la formation continue vise exclusivement à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail et que l'employeur a connaissance de cette formation, les frais y afférents doivent être considérés comme nécessaires, ce qui implique une prise en charge obligatoire de ces frais.⁴¹ Si l'employeur ne veut pas être obligé de supporter ces frais, il doit alors donner l'instruction de ne pas fréquenter le cours de formation continue en cause.

b. Frais de formation et frais en lien avec la familiarisation de l'employé avec son travail

2.32. De nombreuses entreprises exigent que l'employé suive une formation déterminée, qui est obligatoire. Contrairement à une formation continue, **ces formations doivent avoir été suivies** avant même que l'activité effective ne puisse être exercée. En l'espèce, le critère de la nécessité ne suffit pas pour imposer à l'employeur la prise en charge de ces frais. En l'absence d'un accord ayant un contenu différent, une telle obligation existe seulement lorsque la formation vise à améliorer les capacités spécifiques au poste de travail ou au sein de l'exploitation. Ainsi, l'employeur doit dans tous les cas prendre en charge les frais de formation pour **la familiarisation de l'employé avec son travail**.⁴²

c. Remboursement après la résiliation

2.33. Si l'employeur doit **impérativement prendre en charge les frais inhérents à une formation continue** en vertu des principes exposés ci-dessus, il ne peut **pas non plus en exiger le remboursement** lorsque le rapport de travail prend fin. Il en va différemment lorsque l'employeur a pris en charge les frais exclusivement sur la base du contrat.

2.34. Pour qu'il existe une obligation de remboursement, il faut dans tous les cas que **cela ait été contractuellement stipulé**. Une convention écrite n'est pas nécessaire, mais, le cas échéant, il appartiendra à l'employeur de prouver cet accord. La question de savoir dans quelle mesure ces accords sont admissibles est controversée au sein de la doctrine et de la jurisprudence.⁴³ Cependant, les principes exposés ci-dessus concernant la prise en charge obligatoire des frais inhérents à des formations continues nécessaires fixent certaines limites. En outre, il faut signaler que les engagements excessifs sont prohibés⁴⁴ et que les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties.⁴⁵

6. Autres conséquences juridiques

2.35. Naturellement, de nombreuses autres questions de droit du travail se posent encore. Il faudrait notamment examiner si le **droit aux vacances** augmente également pendant une formation continue et dans quelle mesure l'employé peut aussi utiliser le **matériel de l'employeur** pour sa formation continue. Pour trouver des réponses à ces questions, il

⁴¹ WYLER, p. 289 ; PORTMANN, n. 3 ad art. 327a CO.

⁴² PORTMANN, n. 3 ad art. 327a CO.

⁴³ STREIFF/VON KAENEL, n. 7 ad art. 327a CO et n. 3 ad art. 335a CO ; WYLER, pp. 289 ss. ; PORTMANN, n. 4 ad art. 327a CO ; GEISER, recht 1996, p. 33 n. 2.22. ; arrêt du TF 4P.264/2001 du 10.1.2002 ; JAR 1991, p. 203 (Bâle-Campagne) ; JAR 1999, p. 327 (Zurich).

⁴⁴ Art. 27 CC.

⁴⁵ Art. 335a CO ; cf. à ce sujet : GEISER, recht 1996, pp. 31 ss, n. 2.16 ss.

convient en principe de faire les mêmes réflexions qu'à propos du temps de travail, du salaire et des frais. Cependant, un approfondissement de ces questions n'est en l'espèce pas possible.

2.36. Il convient finalement de tenir compte du fait que la formation continue soulève également des questions dans des domaines juridiques proches du droit du travail. Il faut mentionner en particulier le **droit fiscal** et le droit des assurances sociales. Quand bien même la formation continue n'est pas payée par l'employeur, elle présente dans tous les cas certains attraits sous l'angle du droit fiscal. Cependant, il faut savoir que la faculté d'effectuer des déductions fiscales a des effets différents suivant les classes de revenu. Ainsi, les déductions fiscales vont principalement inciter les classes de la population qui ont déjà, à l'heure actuelle, recours de manière supérieure à la moyenne à des offres de formation continue, alors que ces déductions fiscales auront peu d'effet auprès des personnes qui auraient précisément le plus besoin de suivre un cours de formation continue.⁴⁶

2.37. En revanche, le **droit des assurances sociales** va bien plus loin, étant donné qu'il impose à l'assuré de suivre de manière effective des cours de formation continue, qui, au surplus, sont en partie payés par la communauté des assurés. Pour pouvoir exiger des prestations de l'assurance-chômage, un chômeur a l'obligation de participer aux mesures relatives au marché du travail propres à améliorer son aptitude au placement.⁴⁷ Ces cours de formation continue ou de reconversion sont aussi expressément prévus pour des personnes qui ne sont pas encore au chômage, mais qui sont menacées de chômage imminent⁴⁸. Régulièrement, ces personnes sont encore soumises à des rapports de travail. L'assurance-chômage prend totalement ou en partie les frais y afférents. Si l'employé doit pouvoir suivre un tel cours, l'employeur a l'obligation de lui donner congé. Dans cette mesure, l'employé est au bénéfice d'un droit.

2.38. A juste titre, l'**assurance-invalidité** prévoit également de telles obligations. Le principe «la réadaptation prime la rente» impose qu'une personne atteinte dans sa santé fasse l'objet, le cas échéant, d'une mesure de reclassement ou qu'elle suive des cours de formation continue, afin qu'elle puisse continuer à participer à la vie active dans le cadre d'une place de travail adaptée à ses capacités. La fréquentation de cours de formation peut déjà être ordonnée dans le cadre des mesures d'intervention précoce, qui ont pour but de maintenir à leur poste les assurés ou de permettre leur réadaptation à un nouveau poste au sein de la même entreprise ou ailleurs⁴⁹. A ce moment-là, les assurés sont, en règle générale, encore soumis à des rapports de travail. Là aussi se pose la question de savoir si la personne concernée, en sa qualité d'employé lié à un employeur, a droit à un congé pour suivre sa formation, lorsque l'assurance sociale l'oblige, en tant que personne assurée, à fréquenter ce cours.⁵⁰ Par ailleurs, si une invalidité est déjà survenue, l'assuré a même un droit au reclassement dans une nouvelle profession si, grâce à cette mesure, sa capacité de gain peut être maintenue ou améliorée.⁵¹ En cas d'invalidité partielle, des rapports de travail peuvent tout à fait continuer à exister, avec pour conséquence que des mesures de reclassement sont envisageables seulement si l'employé obtient de la part de son employeur un congé. Dans cette hypothèse, on peut également admettre l'existence d'un droit.

⁴⁶ BACKES-GELLNER, p. 43.

⁴⁷ Art. 17 al. 3 let. a en relation avec l'art. 60 LACI.

⁴⁸ Art. 60 al. 2 let. b LACI.

⁴⁹ Art. 7d al. 2 let. b LAI.

⁵⁰ Art. 7d al. 3 LAI stipule cependant que nul ne peut se prévaloir d'un droit aux mesures d'intervention précoce.

⁵¹ Art. 17 al. 1 LAI.

2.39. Il existe sans aucun doute encore de nombreuses configurations semblables dans les autres assurances sociales et également en matière d'assurances privées. **L'obligation générale de réduire le dommage** peut tout à fait justifier que le lésé fréquente un cours de formation continue. Il n'est cependant pas possible d'approfondir ici ces questions.

7. *Obligation de suivre une formation continue?*

a. *Obligations de l'employeur*

2.40. L'obligation pour l'employeur d'accorder à l'employé un congé pour suivre une formation continue peut résulter de la loi, d'une convention collective de travail ou d'un accord contractuel. La **loi** prévoit de telles obligations dans des lois spéciales, lors de la fabrication de produits déterminés, pour lesquels une garantie de qualité est importante au regard de la santé publique et de la sécurité.⁵² Si la loi prescrit la fréquentation d'un cours spécifique de formation continue pour l'exercice d'une profession,

- l'employeur doit donner à son employé l'instruction de suivre cette formation ;
- le temps consacré pour cette formation continue est réputé temps de travail ;
- l'employé a droit à son salaire ;
- l'employeur doit prendre à sa charge les coûts inhérents à cette formation continue.

2.41. Si une **convention collective de travail** ou un **contrat individuel de travail** aborde la question de la formation continue, il faut alors examiner si l'employeur est obligé d'accorder un congé pour suivre une formation et quels sont les droits prévus par le contrat lors de la fréquentation d'un cours de formation continue. En principe, la liberté contractuelle prévaut. Cependant, s'il s'agit d'une formation continue nécessaire ou ordonnée par l'employeur, celui-ci doit dans tous les cas prendre à sa charge les frais et le temps consacré à la formation doit être rémunéré. Dans certains secteurs économiques, la formation continue est réglée de manière détaillée dans les conventions collectives de travail et est parfaitement organisée sous l'angle du partenariat social.

2.42. S'il n'existe aucune obligation légale en matière de formation continue, mais que les **règles de la profession ou de la branche professionnelle, reconnues d'une manière générale**, imposent une formation continue, il faut également considérer que l'employeur a l'obligation d'accorder un congé pour suivre cette formation et de payer les heures de travail ainsi consacrées, comme si cela était prévu par la loi. On ne peut raisonnablement pas exiger de l'employé qu'il exerce son métier en violation des règles professionnelles reconnues. L'ordre juridique reconnaît de tels devoirs déontologiques de diligence et sanctionne leur violation de manière très diverse. A titre d'exemple, il faut citer le droit de la responsabilité civile, si l'employé fait subir à un tiers un dommage à cause d'un manque de connaissances professionnelles.⁵³ Certes, il est évident que l'on ne trouve dans la jurisprudence aucune affaire dans laquelle le tribunal a expressément retenu une responsabilité au motif qu'une personne n'avait pas suivi un cours de formation continue. En revanche, on trouve de nombreux arrêts dans lesquels une personne a été tenue pour responsable, parce qu'elle avait exercé son activité sans que ses normes techniques ne soient à jour. Le fait de ne pas avoir suivi une formation continue en est régulièrement la cause.

2.43. Une **obligation d'accorder un congé pour suivre une formation** peut également résulter du **droit des assurances sociales**.⁵⁴ Dans ce cas de figure, les assurances sociales prendront régulièrement en charge les coûts et fourniront également des prestations pour

⁵² Cf. *supra* 2.12.

⁵³ Art. 41 ss CO.

⁵⁴ Cf. *supra* 2.37. ss.

l'entretien lors de la formation continue. Ces prestations peuvent être bien inférieures au salaire dû selon le contrat de travail. Toutefois, il faut considérer que la formation continue, le reclassement et la formation ordonnés par l'assurance sociale constituent un empêchement de travailler pour une cause inhérente à la personne de l'employé, qui oblige l'employeur à continuer à verser le salaire pour un temps limité en vertu de l'art. 324a CO.

2.44. Le **devoir général de protection** prévu par l'art. 328 CO comprend également la carrière professionnelle de l'employé,⁵⁵ ce qui implique certainement qu'un droit à suivre des formations continues existe dans le cadre des rapports de travail. On cite régulièrement comme exemple le cas du compositeur typographe qui a eu droit, lors de la disparition de la composition mécanique sur plomb, à des mesures de reconversion professionnelle pour apprendre d'autres méthodes de composition.⁵⁶ Cependant, cet exemple met également à jour certaines difficultés. La disparition d'un métier est un processus graduel. Le marché du travail pour l'employé qui a recours à l'ancienne technologie devient toujours plus restreint. C'est l'inverse pour l'employé qui utilise la nouvelle technologie. Il est ainsi pratiquement impossible de déterminer à partir de quel moment il doit désormais exister un droit à des mesures de reclassement. Par conséquent, le moment de l'exigibilité de ce droit ne peut pas être déterminé ; le droit ne peut pas être mis en oeuvre. Il ne faudrait cependant pas conclure que le droit n'existe pas. Cependant, ce n'est qu'*a posteriori* que l'on pourra constater que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation fondée sur le devoir de protection. Par ailleurs, la description très générale du devoir de protection ne permet pas de définir l'étendue de ce droit. Toutefois, il semble difficile de contester l'obligation pour l'employeur d'accorder à l'employé un congé, afin qu'il puisse participer à une formation continue décisive pour son avenir économique. En revanche, c'est uniquement dans des cas exceptionnels que l'employeur doit prendre en charge – simplement sur la base de son devoir de protection – les frais inhérents à cette formation continue et continuer à payer pendant ce temps le salaire. Compte tenu de toutes ces difficultés, le droit de suivre une formation continue paraît bien faible.

b. Obligations de l'employé

2.45. Une obligation légale de suivre une formation continue peut également viser l'employé, si, faute d'avoir fréquenté ce cours, il n'est pas autorisé à exercer son métier. S'agissant des bases légales, il convient de se référer aux réflexions développées *supra* à propos de l'obligation de l'employeur.⁵⁷ En règle générale, l'employeur satisfait à cette obligation légale en donnant les instructions correspondantes. L'employé observe selon les règles de la bonne foi les directives, pour autant que celles-ci restent dans le cadre des accords contractuels conclus et que le respect de ces directives puisse être raisonnablement exigé de la part de l'employé.⁵⁸ En principe, les instructions doivent se limiter à la question du comportement à adopter au sein de l'entreprise. Cependant, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour considérer que des instructions ayant une portée hors de l'entreprise sont également admissibles, pour autant qu'elles puissent se fonder sur le devoir de fidélité de l'employé.⁵⁹

2.46. Ainsi, les directives de l'employeur ordonnant à l'employé de suivre une formation continue sont uniquement admissibles lorsque l'on peut raisonnablement exiger de l'employé

⁵⁵ Cf. *supra* 2.25. s. (*recte* 2.15. s.).

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL, n. 7 ad art. 328 CO ; STAEHELIN, n. 9 ad art. 328 CO.

⁵⁷ Cf. *supra* 2.40. ss.

⁵⁸ Art. 321d CO.

⁵⁹ STAEHELIN, n. 11 ad art. 321d CO.

qu'il suive cette formation. Le cas échéant, il sera nécessaire d'effectuer une pesée des intérêts qui devra tenir compte des différents cas de figure décrits ci-après⁶⁰ :

- S'il s'agit d'une **formation continue propre à l'entreprise**, l'employeur peut se fonder sans autre sur l'art. 321d CO. Il convient d'examiner cette directive sous l'angle des critères développés à propos de l'affectation provisoire à un autre travail.⁶¹
- Si la formation continue doit avoir lieu **à l'extérieur** de l'entreprise, mais **pendant les heures de travail**, il convient de faire preuve d'un peu plus de retenue. On ne se trouve plus dans le cadre d'une directive ayant une portée uniquement au sein de l'entreprise. L'employé est ainsi obligé de nouer des contacts avec l'extérieur, ce qui n'est en règle générale pas prévu par ses obligations contractuelles. Ainsi, dans le cadre de l'évaluation de la formation, il faut prendre en considération non seulement le type de formation, mais également le lieu où elle se déroulera. Il convient en particulier de tenir compte de l'importance du voyage. Suivant les circonstances, on ne pourra pas raisonnablement exiger de l'employé qu'il effectue le voyage, même si celui-ci est rémunéré comme temps de travail.
- Si la formation continue doit avoir lieu **en dehors des heures ordinaires de travail**, il faut examiner si elle est raisonnablement exigible en se fondant sur les principes applicables en matière d'heures supplémentaires ou de modification des heures ordinaires de travail. Si l'employeur a donné comme directive de suivre cette formation continue, il s'agit dans tous les cas de temps de travail.⁶² Cette directive a également pour effet que l'employeur doit dans tous les cas prendre à sa charge les frais.⁶³

III. Recommandations de lege feranda

1. Nécessité d'encourager la formation continue

a. Situation initiale

3.1. Il est évident que les évolutions économiques et technologiques rendent la formation continue indispensable afin de pouvoir exercer sa profession ou, si nécessaire, une autre activité et de maintenir son employabilité. A mon avis, il est également incontestable que cette formation permanente fait partie intégrante de l'activité professionnelle et non des loisirs. Partant, elle est aussi indissociable du ou des rapports juridiques dans lesquels le travail quotidien s'inscrit.

3.2. Cette formation continue peut prendre les **formes les plus variées**. Une part essentielle se déroule par le biais même du travail quotidien, de l'appréhension des exigences liées au poste évoluant au fil du temps. La formation continue fait partie du travail quotidien, mais n'est, dans ce cas, pas considérée comme telle. Une autre partie de ce type de formation a lieu dans le cadre de cours proposés spécialement à cet effet ou de séminaires onéreux. Entre ces deux grandes catégories, on compte toutes sortes de combinaisons et d'étapes intermédiaires. Il en ressort que la formation continue est nécessaire dans tous les cas de figure et pour chaque poste de travail. Il est cependant difficile de définir de manière générale la forme qu'elle doit revêtir.

⁶⁰ GEISER, recht 1996, n. 2.4.

⁶¹ STREIFF/VON KAENEL, n. 7 ad art. 321 CO.

⁶² Art. 13 OLT 1 ; cf. *supra* 2.21.

⁶³ Cf. *supra* n. 2.31.

3.3. Les statistiques montrent que la Suisse possède une large palette d'offres de formation continue et que ces dernières sont très utilisées⁶⁴. La problématique réside toutefois dans le fait que les groupes de la population active qui profitent des offres formelles ne sont pas forcément ceux qui en ont le plus besoin pour maintenir leur employabilité. Il existe de ce fait bel et bien un **besoin d'un système d'encouragement pertinent**.

b. Coûts

3.4. Comme précédemment indiqué, il est incontestable que la formation continue est nécessaire afin de maintenir l'employabilité, qui est la condition pour que l'employé ne tombe pas au chômage ou à l'assurance-invalidité du fait des changements technologiques et économiques. Reste donc la question de savoir **qui doit assumer les coûts de cette formation continue**. Il convient de tenir compte non seulement des coûts directs, mais aussi des autres coûts, tels que les coûts salariaux et éventuellement les charges pour les désagréments occasionnés par un congé non payé. Ces coûts peuvent être à la charge du collaborateur ou de l'employeur, ou encore de la collectivité sous une forme ou l'autre. Les formes mélangées sont bien-entendu également possibles.

3.5. Comme indiqué, la solution prévue par le **droit en vigueur est inégale**. Lorsqu'une formation continue est obligatoire, elle est à la charge de l'employeur. Si l'obligation n'est pas explicite, l'employeur peut certes investir dans la formation continue de son collaborateur, ce qui est fréquemment le cas, mais il n'y est pas tenu ou ne l'est que dans une moindre mesure. Si l'absence de formation continue aboutit seulement à une diminution des perspectives professionnelles, l'employé et sa famille supportent en général les conséquences économiques. En revanche, si l'absence de formation continue débouche sur l'exclusion de l'employé du marché du travail, ce n'est pas lui qui supporte seul les conséquences, mais aussi la communauté d'assurés de l'assurance-chômage ou de l'assurance-invalidité, voire même la collectivité par le biais de l'aide sociale.

3.6. La nécessité de modifier cette répartition est une question **politique** et non scientifique. Il est certain en revanche que la formation continue est nécessaire d'un point de vue économique et qu'elle doit être encouragée d'une manière ou d'une autre. L'obligation de formation continue constitue dans ce contexte une mesure d'encouragement qui doit faire l'objet de discussions⁶⁵.

2. Avantages et inconvénients d'une obligation de formation continue

3.7. Un droit contraignant de l'employé vis-à-vis de son employeur en ce qui concerne une formation continue d'une certaine ampleur présente sans conteste **l'avantage** que tous peuvent en principe profiter d'une telle formation. Dans ce cas, la loi devrait également régler le volume et la forme de cette formation continue ainsi que la question de savoir qui prend en charge les coûts et si le salaire doit être versé dans cet intervalle ou non. Une telle disposition contraignante présenterait également l'avantage que l'employeur peut obliger l'employé à fréquenter l'offre de formation en question. Cela permettrait également d'éviter des cas de chômage et d'invalidité, et donc des coûts pour la collectivité.

⁶⁴ Cf. données statistiques dans le rapport du DFE sur une future politique de la Confédération dans le domaine de la formation continue en collaboration avec le Département fédéral de l'intérieur (DFI), Berne, 2009, p. 35 s.

⁶⁵ Cf. à ce sujet les rapports des organisations d'employés : **MARTIN FLÜGEL** L'obligation généralisée de formation continue : la solution idéale, Service de presse de Travail.Suisse – No 15 – 26 octobre 2009 – Formation ; **PETER SIGRIST/RITA TORCASSO**, SGB/USS, Une formation, ça se continue. Droit au bilan professionnel et à l'apprentissage tout au long de la vie, Dossier 58, Berne, 2008.

3.8. La question de **l'application d'une telle obligation** n'est toutefois pas simple. Dans la mesure où le droit à suivre une formation continue est réglé dans le droit des contrats de travail, il s'agit d'un droit privé. Même s'il est impossible de renoncer à un tel droit, il n'est pas imposé d'office, mais seulement sur plainte de la partie ayant-droit. Alors que les employés réclament (presque) toujours le respect de leurs droits en matière de salaire, de vacances et d'autres droits prévus par le contrat de travail, ce n'est pas toujours le cas en ce qui concerne la formation continue. Les milieux éloignés de la formation n'apprécient parfois même pas la valeur de la formation continue et préfèrent passer ce temps à leur poste de travail. Par conséquent, ils ne revendiqueront pas leur droit à un congé-formation. Ce sont pourtant justement ces personnes qui ont besoin de la formation continue et de la reconversion pour ne pas sortir du circuit professionnel. Par ailleurs, les litiges relevant du droit du travail surviennent en règle générale seulement après la fin du contrat de travail et se transforment en exigences financières. Cependant, cela ne sert en rien la formation continue nécessaire lors du rapport de travail.

3. Solutions de réglementation envisageables

a. Droit à un congé-formation relevant du droit du contrat de travail

3.9. Une possibilité consiste à inscrire dans le droit du contrat de travail **le droit à un certain nombre de jours de congé-formation**. Il peut s'agir d'un congé payé ou d'un congé non payé. La loi doit fixer les modalités de prise de ces congés et les principes relatifs au type de formation continue ; il convient par ailleurs de préciser si l'employeur doit prendre en charge les coûts ou non.

3.10. Les **coûts pourraient également être couverts par un fonds** auquel cotiseraient de manière équitable l'employeur et les employés. La formation continue pourrait alors être prise en charge, du moins en partie, par les partenaires sociaux. De telles solutions doivent toutefois être recherchées sur la base d'une convention collective de travail plutôt que sur une base légale. Ces pratiques sont depuis longtemps courantes dans certaines branches et ont fait leurs preuves. La loi pourrait encourager de tels arrangements en prévoyant explicitement la possibilité de conclure des conventions collectives et en simplifiant la déclaration de force obligatoire générale de ces dernières.

3.11. Une forme très modérée de ce droit pourrait également consister à ce que la loi **mentionne explicitement**, dans le cadre du **devoir d'assistance** de l'employeur, l'obligation déjà existante de veiller à l'avancée économique de l'employé, notamment par le biais de la **formation continue à des fins professionnelles**.

b. Droit par rapport à l'Etat

3.12. Un droit pourrait également être prévu dans le sens où **l'Etat paierait les coûts de formation continue des individus**, c'est-à-dire que ces derniers auraient un droit par rapport à l'Etat. Ce droit sera bien entendu réglé au cas par cas. On pourrait par exemple envisager des **chèques de formation continue** qui seraient accumulés dans une certaine mesure et utilisés pour les coûts de la formation continue et éventuellement pour la subsistance pendant cette formation. Le droit aux chèques pourrait être échelonné selon le revenu. Il s'agirait donc d'une sorte de bourse.

c. Droit des assurances sociales

3.13. En ce qui concerne les coûts qui peuvent grever la collectivité lorsqu'une personne est exclue du circuit professionnel en raison d'une formation continue insuffisante, on pourrait également prévoir que les assurances sociales, notamment l'assurance-invalidité et

l'assurance-chômage, obtiennent **un droit de recours vis-à-vis de l'ancien employeur** de la personne assurée si elles doivent payer à cette dernière une formation ou une formation continue afin d'éviter ou de réduire les risques de chômage ou d'incapacité de travail. On pourrait également prévoir la possibilité pour l'employeur de se soustraire à ce droit de recours s'il atteste qu'il a pris des dispositions en faveur d'une formation continue régulière pendant la durée du contrat de travail.

d. Simples mesures d'encouragement

3.14. Le législateur peut bien-entendu prévoir uniquement un encouragement des offres de formation continue par le biais d'aides financières de toutes sortes à l'intention d'institutions de formation ou des personnes qui profitent de ces offres. Cette solution n'est toutefois ni particulièrement originale ni innovante.

IV. Conséquences

4.1. Le droit en vigueur contient déjà en partie des obligations pour les employeurs de payer des formations continues et d'accorder des congés-formation. Pour certaines professions, ces droits sont réglés avec précision dans des dispositions légales spéciales. Dans certaines branches, des conventions collectives de travail prévoient ces droits et règlent les questions de coûts. Il ressort également du devoir d'assistance un droit général à la formation continue. Ce dernier n'est toutefois pas assez concret pour être appliqué de manière efficace.

4.2. Une concrétisation et une généralisation de ce droit de lege ferenda permettraient sans aucun doute d'encourager des formations continues importantes pour l'économie et la société. Les employeurs se verraient toutefois clairement et dans tous les cas imposer une partie des coûts qui, aujourd'hui, sont assumés en partie par la collectivité et en partie uniquement par les employés. Il pourrait en outre s'avérer très difficile de rendre la formation continue accessible en premier lieu aux personnes qui en ont le plus besoin.

4.3. Il serait également possible, de lege ferenda, par le biais du **droit de recours des assurances sociales**, d'imputer les coûts assumés par ces dernières aux employeurs et de créer des incitations supplémentaires pour que ceux-ci investissent en faveur d'une formation continue pertinente pendant la durée du contrat de travail.

4.4. Il est également possible d'encourager la formation continue exclusivement par le biais de **subventions et d'autres aides financières**. C'est sans conteste la solution la moins innovante et elle présente, comme une obligation, l'inconvénient qu'il est difficile de garantir que ces aides financières aillent directement aux personnes qui ont le plus besoin de formation continue.

4.5. Il est **certain que la Confédération dispose des bases constitutionnelles nécessaires** à la mise sur pied d'une réglementation de la formation continue dans le droit du contrat de travail. Cette réglementation peut aller jusqu'à un droit impératif. Le législateur dispose toutefois d'une grande liberté d'appréciation. De mon point de vue, on ne peut pas établir sur la base de la Constitution fédérale que la Confédération doit mettre en place des règles en la matière et il n'y a pas non plus d'impératif de prévoir une obligation.

*