



Chronique 165

Le droit « universel » au conseil en évolution professionnelle ne doit pas être confondu avec la possibilité d'une évolution professionnelle du salarié non garantie par la loi

Contribution à l'évaluation de la loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » du 5 septembre 2018

Introduction

1. La quinzaine de l'évolution professionnelle organisée du 4 au 15 octobre dernier à l'initiative de France compétences invite à une réflexion sur l'univers juridique auquel ce concept est rattachable.

2. Alors que le droit à l'évolution professionnelle, consubstantiel à la carrière des fonctionnaires est garanti par des dispositions statutaires, il n'en va pas de même pour les salariés du secteur privé pour lesquels les perspectives d'évolution professionnelle sont fonction du marché du travail, de la taille de l'entreprise et de la qualification reconnue par le contrat de travail, et le cas échéant par la convention collective applicable.

3. La loi du 5 septembre 2018 « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » inspirée par la volonté d'accroître l'autonomie ainsi que la responsabilité des personnes et par là « de fluidifier » le marché du travail, s'est employée à donner une consistance juridique à la notion d'évolution professionnelle. Toutefois la lecture du droit positif issu de son incorporation dans le code du travail ne permet pas de conclure à l'existence d'un droit universel à l'évolution professionnelle garanti par la loi (I). En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation confirmée par le conseil constitutionnel, l'employeur demeure aujourd'hui comme hier « seul juge de la capacité du salarié à occuper un emploi¹ » et par conséquent de sa compétence et de son évolution professionnelle (II). En revanche, cette dernière réforme s'inscrit, en la

¹ De la même façon qu'il a la liberté constitutionnelle de choisir ses collaborateurs (Cons. const. 20. juill. 1988, no 88-244 DC), l'employeur était considéré comme « seul juge » de l'aptitude de ses salariés et de leur capacité à occuper un emploi, sauf texte légal ou conventionnel sur le fondement duquel il aurait été tenu envers un salarié d'une obligation particulière de reclassement dont l'inexécution aurait affecté le caractère réel et sérieux du motif de licenciement (Soc. 19 oct. 1978, n o 77-41.189)

renforçant, dans une orientation visant à reconnaître un droit universel au conseil en évolution professionnelle, sous la forme d'une prestation de services proposée à toute personne indépendamment de son statut par des opérateurs relevant du service public régional d'orientation² (III).

I. Le droit des travailleurs salariés à l'évolution professionnelle n'est pas garanti par la loi

Textes de référence

4. « La formation professionnelle tout au long de la vie [...] vise à permettre à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences **favorisant son évolution professionnelle (...)**, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle » (article L.6111-1 du code du travail).

5. L'article L.6314-1 s'inscrit dans cette orientation *en affirmant « droit à l'information, à l'orientation et à la qualification professionnelles »*. Toute personne « doit pouvoir suivre, à son initiative, une formation lui permettant, quel que soit son statut, de progresser au cours de sa vie professionnelle d'au moins un niveau en acquérant une qualification correspondant aux besoins de l'économie prévisibles à court ou moyen terme ».

Commentaires

6. Alors que le droit à l'information et à l'orientation ainsi que le droit à la formation peuvent être considérées comme des droits effectifs opposables soit à l'employeur soient la puissance publique, par la personne qui en est titulaire, le droit à la qualification ainsi que le droit à la progression professionnelle affirmés par ce même texte, demeurent purement déclaratoires. Au surplus au concept de qualification s'est progressivement substitué celui de compétence qui figure désormais au fronton de la sixième partie du code du travail.

7. Le terme de compétence, inconnu dans le code du travail jusqu'au début des années 90 apparaît plus de 150 fois³ dans la version à jour au mois d'octobre 2021. La place hégémonique occupée dans le code du travail de cette notion

² A propos de la notion d'orientation professionnelle voir la chronique n° 5. Le concept d'orientation était inconnu dans l'univers de la formation professionnelle continue issue de la loi de 1971. Il avait, en revanche, droit de cité dans l'univers scolaire puis dans celui de la gestion des demandeurs d'emploi. La dimension prescriptive et obligatoire a longtemps pesé sur son usage (On est « orienté », par l'école ou Pôle Emploi, sans avoir son mot à dire et sans recours). Les années 80 ont connu des tentatives visant à implanter un droit de l'orientation professionnelle dans l'univers de la formation professionnelle continue. Sans succès. Le conseil en évolution professionnelle qui a connu un développement grâce aux Fongecif, se distingue de l'orientation par son caractère non prescriptif et par « la liberté donnée à la personne » de choisir son avenir professionnel ».

³ En excluant la compétence d'attribution de l'État et des régions, France compétences est mentionnée 50 fois, les Opérateurs de compétence (OPCO) 25 fois et la compétence comme objectif pour les salariés plus de 50 fois.

gestionnaire, ne doit rien au hasard. Elle est le résultat d'une bataille idéologique engagée à la fin des années 80 par le patronat, décrite par Didier Gélot et Djamel Teskouk dans l'ouvrage remarquablement documenté intitulé « 1971- 2021 Retour sur 50 ans de formation professionnelle »⁴.

8. Voici, en substance l'analyse proposée par ces auteurs. Pour l'organisation patronale la compétence est « une combinaison de connaissances, savoir-faire, expériences et comportements » largement acquis en entreprise, permettant aux travailleurs d'exercer un emploi. En cela, elle s'oppose à la qualification qui ne permettrait à un individu, toujours selon le Medef, que de garantir des « potentialités » et non une « capacité effective à exercer un métier » : « C'est au pied du mur que l'on voit la qualification, et c'est en haut du mur que l'on voit les compétences. »⁵. Les journées internationales de la formation organisées par le Medef en 1998 à Deauville seront le point d'orgue de cette mutation.

9. Comme le note Bénédicte Zimmermann, les enquêtes réalisées auprès d'entreprises ayant adopté la démarche compétences « révèlent une forte tension entre les principes d'individualisation de la gestion des ressources humaines, qui caractérise les logiques de compétences promues par les employeurs, et les principes d'équité et d'équivalence requis par leur codification sociale »⁶.

10. La notion de compétences, pour utile qu'elle soit dans l'univers de la gestion, n'est pas une catégorie juridique opposable par un salarié à l'employeur. Elle est de ce fait, en parfaite adéquation avec le principe « de l'employeur seul juge de la capacité du salarié à occuper un emploi », au moment de l'embauche ou à l'occasion d'une progression/évolution professionnelle. La dimension protectrice et émancipatrice du droit du travail s'efface pour laisser place à un droit du travail considéré comme simple technique de gestion.

11. Si l'employeur comme le charbonnier « reste maître chez soi » en vertu du pouvoir économique et du pouvoir de direction dont il dispose, il est également tenu de respecter les dispositions législatives et contractuelles qui encadrent ce pouvoir sans pour autant le mettre en cause dans son principe. Ainsi est-il tenu notamment par le principe civiliste « de bonne foi contractuelle » applicable au contrat de travail.

⁴ Didier Gélot, Djamel Teskouk, « 1971- 2021, Retour sur 50 ans de formation professionnelle ». Édition le croquant, 2021

⁵ Cette expression imagée était fréquemment utilisée par Alain Dumont, directeur de l'enseignement de la formation du Medef à cette époque

⁶ Bénédicte Zimmermann, « Logiques de compétences et dialogue social », Travail et emploi, N° 84, octobre 2000

II. L'employeur « doit veiller à la capacité du salarié à occuper un emploi »

12. En vertu du principe de « bonne foi contractuelle » l'employeur qui doit assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail » (...), doit également « veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations » (L.6321-1 du code du travail).

13. L'obligation « de veille » doit se concrétiser par « une obligation de moyen » en l'occurrence, d'avoir avec chaque salarié un entretien périodique portant sur son évolution professionnelle ainsi qu'un bilan de parcours du salarié tous les six ans. L'entretien est consacré à ses perspectives d'évolution professionnelle, notamment en termes de qualifications et d'emploi. Cet entretien comporte également des informations relatives à la validation des acquis de l'expérience, à l'activation par le salarié de son compte personnel de formation, aux abondements de ce compte que l'employeur est susceptible de financer et au conseil en évolution professionnelle.

14. Le bilan des 6 ans donne lieu à la rédaction d'un document dont une copie est remise au salarié, il permet de vérifier que celui-ci a bénéficié au cours de cette période des entretiens professionnels précédents et d'apprécier s'il a suivi au moins une action de formation, acquis des éléments de certification par la formation ou par une validation des acquis de son expérience ou bénéficié d'une progression salariale ou professionnelle (C. trav., art. L.6315-1). Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque, au cours de ces six années, le salarié n'a pas bénéficié des entretiens prévus et d'au moins une formation autre qu'une action de formation qui conditionne l'exercice d'une activité ou d'une fonction, en application d'une convention internationale ou de dispositions légales et réglementaires (C. trav., art. L.6321-2), son compte personnel est abondé de 3 000 euros (C. trav., art. L.6323-13, II, et R.6323-3).

15. Le non-respect de cette procédure n'est pas sanctionné pour les entreprises de moins de 50 salariés qui pourtant occupent plusieurs millions de salariés. Il ne s'agit pas par conséquent d'un droit opposable à l'employeur lorsqu'il n'est pas possible de demander son application en justice. Remarquons également que le non-respect de la progression salariale ou professionnelle n'est pas pris en compte pour le déclenchement de l'abondement correctif.

16. Au total, il existe bien un droit à l'information et au conseil professionnel juridiquement sanctionné pour les salariés d'entreprises occupant plus de 50 salariés, alors qu'il s'agit d'une option non sanctionnée par la loi pour les entreprises occupant moins de 50 salariés. Le critère de la progression

professionnelle, non sanctionnable, dans les entreprises quel que soit leur taille ne saurait être considéré comme un droit du salarié opposable à l'employeur.

17. Outre le droit « opposable » à l'entretien professionnel, les salariés peuvent également bénéficier du droit opposable au bilan de compétences. Ce droit institué en 2009 a pour objet « de permettre à des travailleurs d'analyser leurs compétences professionnelles et personnelles, ainsi que leurs aptitudes et leurs motivations afin de définir un projet professionnel et, le cas échéant, un projet de formation ». Il peut être engagé à l'initiative du salarié qui a droit à un congé rémunéré, et au financement de cette prestation. Celle-ci doit, obligatoirement, être réalisée par un organisme extérieur à l'entreprise. Ses résultats sont confidentiels et n'appartiennent qu'au bénéficiaire lui-même. Tel que défini par la loi, le bilan de compétences s'inscrit comme un droit opposable à l'employeur. Cependant, pas davantage que l'entretien professionnel, il ne crée de droit à l'évolution professionnelle opposable à l'employeur.

18. En résumé, l'entretien professionnel tous les deux ans ainsi que le bilan de parcours tous les six ans ne confèrent pas au salarié « un droit opposable » à l'évolution professionnelle. Il en va de même pour le bilan de compétences. Toutefois, celle-ci pourra résulter, à défaut d'être garantie par la loi, d'une stipulation du contrat de travail⁷, et/ou d'un accord collectif⁸. En pratique, l'évolution professionnelle dans l'entreprise résultera le plus fréquemment d'une décision unilatérale de l'employeur « seul juge de la capacité du salarié à occuper un emploi ».

III. Le droit universel au conseil en évolution professionnelle composante du service public régional d'orientation

18. Le droit du salarié à la formation et au conseil professionnel qui s'exprime dans l'entreprise à travers l'entretien professionnel, le bilan de parcours et le bilan de compétences se prolonge à l'extérieur de l'entreprise par le droit au

⁷ Étonnamment la CPME propose d'aborder la question du dédit formation à l'occasion de l'évaluation de la réforme de 2018 (cf. AEF du 22/10/2021, "Clause de dédit-formation : 'Il faut en faire une garantie pour certaines entreprises' (Marie Dupuis-Courtes, CPME)"). Rappelons que le dédit formation est fondé sur la liberté contractuelle. Il n'a nul besoin d'un encadrement par la loi. Il prend la forme d'un avenant au contrat de travail dans lequel l'employeur s'engage à accorder au salarié une progression professionnelle en termes de qualification et de salaire à l'issue d'une formation relativement coûteuse dont il prend en charge le financement exclusivement sur ses fonds propres. En contrepartie le salarié s'engage à rester au service de l'entreprise un certain temps sous peine de devoir restituer à l'entreprise une partie de l'investissement consenti. Pourquoi enfermer dans un cadre réglementaire la liberté contractuelle ?

⁸ Le développement de la certification professionnelle préconisé par la loi du 5 septembre 2018 devrait au moins théoriquement contribuer à l'objectivation de la compétence du salarié et, par son inscription dans les grilles de classification des conventions collectives faciliter l'évolution professionnelle (voir Philippe Denimal « Rémunération et reconnaissance du travail : classifications, compétences, appréciations, dialogue social », *Entreprise et carrières*, 2016)

conseil en évolution professionnelle défini par l'article L.6111-6 du code du travail dans les termes suivants :« *Toute personne peut bénéficier tout au long de sa vie professionnelle d'un conseil en évolution professionnelle, dont l'objectif est de favoriser l'évolution et la sécurisation de son parcours professionnel. Le conseil est gratuit et est mis en œuvre dans le cadre du service public régional de l'orientation mentionné à l'article L.6111-3. L'opérateur du conseil en évolution professionnelle accompagne la personne dans la formalisation et la mise en œuvre de ses projets d'évolution professionnelle, en lien avec les besoins économiques et sociaux existants et prévisibles dans les territoires. Il facilite l'accès à la formation, en identifiant les compétences de la personne, les qualifications et les formations répondant aux besoins qu'elle exprime ainsi que les financements disponibles. Il accompagne les salariés dans le cadre de leurs projets de transition professionnelle prévus à l'article [L.6323-17-1](#) ».*

19. Rappelons que le service public se caractérise par quatre principes :

– Le **principe d'égalité** : le CEP est accessible à toute personne indépendamment de son statut ;

– Le **principe de continuité** : il s'agit d'une compétence des conseils régionaux⁹ et non de l'action conjoncturelle des pouvoirs publics ;

– Le **principe d'adaptation** : divers opérateurs sont appelés à contribuer à l'effectivité et à l'adaptation des prestations de services que requiert le conseil en évolution professionnelle : Pôle emploi pour les demandeurs d'emploi, les missions locales pour les jeunes, l'APEC pour les cadres, Cap Emploi pour les personnes handicapées et, enfin, des opérateurs régionaux régis par un cahier des charges, pour les salariés en activité ;

– Le **principe de gratuité** : Le coût des prestations est pris en charge par les pouvoirs publics qui mobilisent à cet effet plusieurs types de ressources. La gratuité est assurée au bénéficiaire du CEP sans reste à charge. Remarquons cependant que les cadres qui bénéficient des prestations de services de l'APEC contribuent au financement de cette structure paritaire par une cotisation comportant une part employeur une part salariée.

20. Alors que l'orientation scolaire et professionnelle est assurée par des conseillers d'orientation qui constitue une profession réglementée, le conseil en évolution professionnelle destinée aux personnes engagées dans la vie active est assuré par des personnels qui ne relèvent pas de profession réglementée. Ils sont soumis à des exigences de professionnalisation définie par le cahier des charges du conseil en évolution professionnelle¹⁰.

⁹ Avec un rôle de suivi et d'évaluation de la mise en œuvre du CEP confié par l'Etat à France Compétences

¹⁰ Arrêté du 29 mars 2019 fixant le cahier des charges relatif au conseil en évolution professionnelle

21. Le titulaire du droit au conseil en évolution professionnelle est libre de recourir ou non à cette prestation sauf dans le cas d'un parcours de Transitions collectives (Transco).

Conclusion

23. Alors que le droit à la formation tout au long de la vie, issu de la réforme de 2018 peut être qualifié de droit universel, grâce notamment au compte personnel de formation (CPF)¹¹, il n'en va pas de même de l'évolution professionnelle. Cette notion ne remplit aucun des critères d'un droit des salariés opposable à l'employeur, ni de toute personne à la puissance publique. L'évolution professionnelle reste, en effet, soumise au principe « de l'employeur seul juge de la capacité du salarié à occuper un emploi », en d'autres termes de sa compétence, sauf stipulations contraires, de portée relative, d'un contrat individuel de travail ou d'un accord collectif. Ni l'obligation d'adaptation au poste de travail que la loi met à la charge de l'employeur, ni celle « de veiller à sa capacité à occuper un emploi », ne sont constitutives « d'un droit à l'évolution professionnelle au sens d'une progression professionnelle ou d'un changement de niveau de qualification ».

24. En revanche la loi garantit un droit universel à l'information et au conseil en évolution professionnelle. Celui-ci prend la forme, pour les salariés d'une procédure d'entretien professionnel et d'un bilan de parcours mis en œuvre au sein de l'entreprise, ainsi que d'un droit d'absence rémunérée pour effectuer à la seule initiative du salarié un bilan de compétences. Ce droit à l'information et au conseil professionnel au sein de l'entreprise se prolonge en dehors de l'entreprise pour les salariés qui le souhaitent, par l'accès à une prestation de conseil en évolution professionnelle délivrée par divers opérateurs relevant du service public d'orientation professionnelle.

24. Alors que l'opposabilité juridique de ces droits ne fait pas de doute, il n'en va pas de même de leur effectivité qui reste à être démontrée¹². L'entretien professionnel dans l'entreprise demeure le maillon faible de l'écosystème juridique de l'évolution professionnelle, en particulier dans les entreprises occupant moins de 50 salariés dans lesquelles la procédure d'entretien

¹¹ Chronique 162, « La place de la Caisse des dépôts et consignations (CDC) dans l'univers de la formation tout au long de la vie »

¹² Le Céreq a étudié, à la demande des partenaires sociaux, la mise en œuvre du CEP dans sa configuration issue de la loi du 5 mars 2014. Cf. « Le Conseil en évolution professionnelle, un nouveau métier ? », BREF-Céreq N° 377, 2019 et « Coopérer pour mieux orienter : zoom sur les pratiques locales des acteurs du CEP », BREF-Céreq N° 383, 2019.

professionnel et de bilan de parcours ne fait pas l'objet d'une sanction juridique en cas de non-respect¹³.

25. Les 49 propositions formulées par les partenaires sociaux, au titre de l'évaluation de la loi du 5 septembre 2018¹⁴, effleurent à peine la problématique de l'évolution professionnelle des salariés¹⁵. Il serait pourtant équitable qu'en contrepartie du principe de « l'employeur seul juge » garanti par la jurisprudence et le conseil constitutionnel, et en cohérence avec l'intitulé de la loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel », le législateur apporte à tous les salariés quelle que soit la taille de l'entreprise, la garantie juridique de cette prestation en étendant l'abondement correctif à toutes les entreprises à partir du premier salarié. Cet abondement, loin d'être une pénalité, doit se comprendre comme une incitation faite à l'employeur (et au management) à exécuter de bonne foi le contrat de travail en veillant d'une part à l'employabilité du salarié et en envisageant d'autre part avec lui, périodiquement, des perspectives d'évolution professionnelle au sein de l'entreprise ou en dehors de celle-ci.

26. L'entreprise détient la clé de l'ascenseur social grâce à des perspectives crédibles de progression professionnelle, donc de qualification et de salaire, au cours d'une vie de travail. Le bon fonctionnement de la chaîne constituée de l'entretien professionnel, du conseil en évolution professionnelle et du compte personnel de formation est tributaire du premier maillon qui relève de la responsabilité de l'entreprise.

Jean Marie Luttringer
Octobre 2021

¹³ Chronique 160, « Réflexions juridiques à propos de l'individuel et du collectif dans la formation des travailleurs par temps de crise ». Pour une analyse des pratiques d'entreprises en matière de réalisation des entretiens, cf. « Les entretiens professionnels dans les entreprises : un dispositif favorable au développement de la capacité d'agir des salariés ? » L. Baraldi et C. Durieux, in : Céreq-Echanges N° 15, Céreq, 2020, pp. 73-81

¹⁴ Chronique 161, « L'appel du MEDEF à l'autonomie des partenaires sociaux »

¹⁵ 49 propositions paritaires suite à l'évaluation de la loi Avenir professionnel