

## **Droit personnel ou droit négocié : le DIF au milieu du gué**

Le droit individuel à la formation est le dispositif emblématique de l'ANI du 5 décembre 2003 et de la loi du 4 mai 2004. Pour la première fois depuis la création du système de formation professionnelle continue en 1970-1971, un dispositif d'accès à la formation n'était pas envisagé comme le droit de l'une ou de l'autre des parties à imposer son choix de formation, comme le sont le Plan au profit de l'employeur et le CIF au profit du salarié, mais une invitation à la négociation pour parvenir à un accord sur un projet de formation et, quasi-nécessairement, sur les objectifs que la formation, qui n'est jamais qu'un moyen et non une fin en soi, permet d'atteindre. Le DIF est une rupture radicale tant avec la culture manageriale, plutôt directive et descendante malgré les discours participatifs, qu'avec l'essence du droit du travail, conçu essentiellement comme un droit de protection et qui à ce titre ne reconnaît qu'une place très mineure à la négociation individuelle considérée comme une quasi-impossibilité juridique du fait de la subordination qui définit le rapport de travail salarial. De ce fait, il a été difficilement appréhendé et souvent retraduit en des habitudes ou modalités plus proches des habitudes et conditionnements. L'ANI du 7 janvier 2009 et la loi du 24 novembre 2009 auraient du faire du DIF, de nouveau, le pivot de la réforme de la formation professionnelle en le consacrant premier dispositif d'accès à la formation centré sur la personne et non sur le contrat de travail. Pour ce faire, il fallait organiser une transférabilité du droit en l'attachant à l'individu et non à l'entreprise dans lequel le droit a été acquis. Tel n'a pas été le choix effectué par les partenaires sociaux et le législateur. En lieu et place d'une transférabilité qui aurait permis au salarié de retrouver l'intégralité de ses droits à DIF chez un nouvel employeur, a été créée une portabilité dont la définition n'est pas arrêtée et les modalités de mise en œuvre sont incertaines.

La portabilité peut être définie, en l'absence de définition légale ou conventionnelle, comme la possibilité de solder un droit à l'issue du contrat de travail qui a permis de l'acquérir. En l'occurrence, il s'agit de la possibilité pour le salarié de solder le droit au DIF acquis dans une entreprise après la fin du contrat de travail.

La transférabilité est une notion différente qui consiste en une reprise par un nouvel employeur des droits acquis dans une entreprise précédente. La transférabilité existe dans notre droit positif en cas de reprise d'ancienneté par exemple ou dans le cas du transfert légal des contrats de travail (C. trav., art. L. 1224-1 du Code du travail, anciennement article L. 122-12).

La portabilité telle que créée par la loi est donc une transférabilité réduite aux acquêts puisqu'elle se limite à permettre l'exercice d'un droit au-delà du contrat qui a permis de l'acquérir, sans droit de suite à l'intérieur d'un contrat nouveau. En pratique, elle prend la forme d'une possibilité pour le salarié de demander à bénéficier d'un financement pour suivre une formation, soit pendant une période de chômage, soit après une embauche chez un nouvel employeur. La demande doit être adressée à l'OPCA de l'ancien ou du nouveau employeur selon les cas, le financement étant forfaitairement fixé à 9,15 € par heure de formation acquise, soit un maximum de 1098 € pour 120 heures de DIF. Une bien maigre récolte on en conviendra pour 6 années de capitalisation. D'autant que les OPCA ne sont pas tenus par une obligation impérative de financer la portabilité et ce pour au moins trois raisons : la première est que les OPCA ne sont pas des organismes, contrairement aux organismes de sécurité sociale, qui dans le cadre d'un régime assurent des paiements de prestations en contrepartie de droits garantis. Il s'agit d'institutions dotées de ressources fiscales dont elles assurent la gestion, sous la responsabilité d'un Conseil d'administration souverain. La seconde raison est qu'un OPCA peut manquer de fonds par rapport aux demandes présentées, ce qui sera le cas pour un nombre sans doute important d'OPCA au titre de la professionnalisation qui doit prioritairement financer la portabilité, et que dans ce cas il lui revient de fixer des priorités pour l'attribution des fonds disponibles. Même s'il devrait revenir au Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP) de garantir le financement du droit à portabilité par les OPCA, force est de constater qu'aucune automaticité n'existe en la matière. La troisième raison rejoint la seconde et résulte du texte même de la loi du 24 novembre 2009 qui prévoit que les actions de formation, de bilan ou de VAE doivent entrer dans les priorités du DIF définies par accord de branche. Le droit à portabilité n'est donc garanti qu'à hauteur des politiques que les OPCA adopteront et des ressources qu'ils mobiliseront à cet effet.

Au-delà des difficultés pratiques et financières liées à la portabilité, au plan des principes elle ne s'inscrit pas dans la logique de la réforme de 2003-2004 qui visait à la fois à reconnaître un crédit et un droit d'initiative au salarié et à faire de la négociation un passage obligé de l'utilisation du droit. Elle se rapprocherait de l'idée d'un compte personnel que le salarié peut utiliser librement dans la limite des ressources financières disponibles pour ce faire. Il est vrai que l'idée d'un compte-épargne formation avait largement été discutée avant le vote de la loi. Le problème est que les régimes aux principes hybrides sont rarement les plus efficaces et que si les voies de la négociation individuelle ou celle du compte-épargne droit personnel ont chacune leur limite, faire le choix de l'une ou de l'autre est une nécessité à laquelle on ne saurait échapper sous peine de priver le DIF de toute cohérence et de ce fait d'entraver son développement.