

## **Chronique de la réforme de la formation :**

### **Deux Révolutions manquées et des assignats pour le DIF**

Le Droit individuel à la formation est un des dispositifs phares de l'ANI du 5 décembre 2003 et de la loi du 4 mai 2004. Cinq ans après sa création, les partenaires sociaux ont souhaité le pérenniser et lui donner une ampleur nouvelle en négociant une portabilité que la loi reprend avec quelques aménagements qui ne remettent pas fondamentalement en question les choix des partenaires sociaux, mais qui ne les éclairent ni ne les appuient. La portabilité du DIF, substituée dans le champ légal à la transférabilité, risque toutefois de se heurter à des limites financières que l'entrée en vigueur de la réforme dans son ensemble devrait accentuer. S'agira-t-il d'un échec fatal pour le DIF ou d'une occasion de revenir à la nature des choses et d'en tirer simplement les conséquences ? Voici, dans cette chronique, les éléments du débat et les réponses possibles.

#### **1. La Révolution de l'An I n'a pas eu lieu**

Ce n'est pas parce qu'un accord collectif est unanimement conclu que tous les signataires placent en lui les mêmes espoirs, attentes ou objectifs. La création du DIF répondait chez certains négociateurs au souhait d'impliquer davantage le salarié dans la formation. D'autres lui trouvaient la vertu de créer un temps de formation distinct du temps de travail, d'autres souhaitaient parvenir à la contractualisation des plans de formation à travers la reconnaissance d'un droit de négociation aux salariés, d'autres encore imaginaient un premier pas vers la reconnaissance d'un droit personnel garanti à tout travailleur. Sans doute la liste n'est elle pas exhaustive des intentions affirmées ou cachées qui se nichaient dans la négociation de 2003.

Est résulté de cette pluralité d'objectifs, un dispositif peu encadré dans lequel une large place était laissée à la négociation, ce que le législateur eut le bon goût de ne pas remettre en cause. Sans doute avait-on légèrement sous-estimé l'agoraphobie naturelle des entreprises, des DRH ou des deux : face à tant de liberté le premier mouvement fut l'attente, puis l'appropriation lente et rassérénée lorsque l'on s'aperçut qu'il y avait peu de risque social et pas de risque financier, du moins à l'horizon visible, et enfin le déploiement à des rythmes contrastés selon les entreprises.

Dans ce déploiement, la négociation de branche, et parfois d'entreprise, a tenu son rôle pour déterminer, notamment, les champs respectifs du plan et du DIF. L'accord s'est quasi-toujours effectué pour considérer que le DIF trouvait sa place dans les actions d'évolution ou de maintien dans l'emploi, voire de développement de compétences, mais pas dans le champ des actions d'adaptation, considérées comme relevant d'une obligation de l'employeur.

Triple erreur pour qui souhaite faire du DIF un dispositif situé au cœur des politiques de formation des entreprises.

La première erreur est purement juridique. Les entreprises n'ont pas l'obligation de former les salariés à leur poste de travail mais de les adapter. Cette adaptation peut se faire par divers moyens : la formation certes mais également l'activité, l'expérience, l'accompagnement tutoré, le parrainage, la modulation d'objectifs, la mise à disposition de ressources, etc. L'article L. 6321-1 du Code du travail a beau être inclus dans le livre VI du Code du travail relatif à la formation professionnelle, il ne pose pas une obligation générale de formation. S'il fallait un autre argument de texte pour asseoir le raisonnement, on constatera que l'article L. 6321-1 qui institue l'obligation d'adaptation et de veille à la capacité à occuper un emploi précise que « les actions de formation mises en œuvre à ces fins sont prévues, le cas échéant, par le plan de formation ». Ce qui indique tout à la fois que la formation n'est pas la seule voie possible pour satisfaire à l'obligation de formation et d'autre part que le plan de formation n'est pas le seul dispositif mobilisable.

La seconde erreur est de considérer que la négociation ne peut s'exercer sur une obligation de l'employeur : dès lors que les modalités de mise en œuvre de cette obligation ne sont pas prescrites, il existe un espace pour la négociation individuelle ou collective. Ainsi, l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur peut être assurée par d'autres moyens que la formation et lorsque la formation est utilisée, il peut s'agir de formation imputable ou de formation non imputable. Il en résulte que les formations imputables à la sécurité ne peuvent être considérées, dans leur ensemble, comme des formations obligatoires pour l'entreprise, mais comme un des moyens possibles pour satisfaire à une obligation. La nuance n'est pas mince puisque c'est d'elle que dépend l'identification d'un espace pour la négociation individuelle ou collective.

La troisième erreur est de considérer que le DIF doit par nature se porter sur des acquisitions de compétences périphériques au poste de travail. L'erreur est ici à la fois stratégique et pédagogique. Stratégique car plus le DIF est périphérique et moins il est porteur d'enjeux inscrits au sein de la relation de travail et, paradoxalement, plus il est aisé à refuser de la part de l'entreprise. Refuser une formation déconnectée de la fonction et plus encore du poste de travail n'entraîne aucune conséquence particulière de la part de l'entreprise. En revanche, refuser une formation de professionnalisation dans la fonction ou dans le poste c'est, soit reconnaître que le salarié est compétent, ce dont celui-ci pourra se prévaloir, soit refuser la formation pour avoir recours à d'autres moyens d'adaptation. Dans tous les cas, la mise sous tension de la décision de l'employeur est bien plus importante que pour les formations qui visent des compétences déconnectées du poste de travail. L'erreur pédagogique porte sur l'intérêt de réaliser une formation pour acquérir des compétences que l'on n'aura pas l'occasion de mettre en œuvre. On sait que dans un tel cas, la déperdition de connaissances est à peu près aussi rapide que leur acquisition. De ce fait, le risque de perte de temps et d'argent est élevé.

La première révolution potentiellement portée par le DIF aurait été une négociation, individuelle et/ou collective, sur les moyens à mobiliser pour professionnaliser les salariés. En écartant le DIF du poste et de la fonction on a donc diminué sa portée stratégique. Ici les organisations syndicales n'ont pas fait le diagnostic que si les entreprises acceptaient de ne pas faire de DIF sur des actions d'adaptation c'était souvent pour mieux préserver leur pouvoir de décision sur les actions qui accompagnent la performance individuelle et collective, soit l'essentiel des politiques de formation.

## 2. La Révolution de l'An V est ajournée

La seconde révolution dont le DIF est potentiellement porteur est la reconnaissance d'un droit qui ne prendrait pas appui que sur le contrat de travail mais sur la personne, indépendamment de son statut. Sans doute certains acteurs de la négociation ayant abouti à l'ANI du 7 janvier 2009 ont-ils considéré que pour attacher véritablement le droit à la personne, la portabilité était préférable à la transférabilité.

Comment distinguer les deux ?

La portabilité garantit qu'un droit acquis dans le cadre d'un contrat de travail puisse être exercé postérieurement à la disparition de ce contrat. Il s'agit donc d'une garantie offerte au salarié de ne pas voir disparaître le droit lors de la cessation de la relation de travail.

La transférabilité est d'une autre nature. Elle permet d'opposer à un nouvel employeur un droit acquis dans le cadre d'un contrat précédent. Il y a donc une reprise des droits antérieurement acquis par la nouvelle entreprise. Tel est le cas par exemple lorsqu'une entreprise reprend une activité et les salariés qui y sont attachés : la loi organise le transfert et la reprise du contrat de travail dans son intégralité. On peut encore illustrer la transférabilité par la reprise d'ancienneté, parfois prévue par les conventions collectives : le salarié qui est recruté bénéficie de l'ancienneté acquise dans la branche avec les droits qui en découlent.

La portabilité trouve donc sa traduction dans la possibilité pour le salarié de bénéficier d'un droit acquis postérieurement au contrat qui lui a permis de l'acquérir, alors que la transférabilité confère au salarié un droit opposable au nouvel employeur.

A ce titre, la loi du 4 mai 2004 parlait abusivement de transférabilité : il n'en était rien puisque le code du travail se contentait d'organiser le solde des droits au DIF lors du licenciement du salarié.

Quelle est la nature de la portabilité figurant dans la loi nouvelle ? il ne s'agit ni d'un droit opposable au nouvel employeur, ni d'un droit de créance permettant au salarié de faire valoir le droit antérieurement acquis dans la mesure où l'effectivité du droit reste conditionnée par les disponibilités financières des OPCA. Loin d'une transférabilité du DIF, la loi consacre donc une portabilité incomplète en ce qu'elle n'offre au salarié qu'une possibilité d'obtenir un financement pour une formation et non un droit de créance effectif (sur la possibilité de refus du financement par l'OPCA, voir ci-dessous).

Par ailleurs, la portabilité devait s'inscrire dans le cadre de la sécurisation des parcours professionnels et permettre de faire vivre un droit à la formation attaché à la personne et non au statut. Or il n'en est rien. Le droit à portabilité est conditionné au fait d'être demandeur d'emploi indemnisé ou salarié. Le salarié qui prend sa retraite, devient demandeur d'emploi non indemnisé ou créé une entreprise et devient soit travailleur indépendant soit mandataire social ou dirigeant perd son droit au DIF. Il s'agit bien d'une portabilité statutaire et non personnelle.

Tout le monde ou presque s'est félicité que soit inscrit dans les objectifs de la formation professionnelle le fait pour tout salarié de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle. On souhaite à ce principe qu'il produise davantage de fruits que n'en a produit le droit à la qualification inscrit dans le code du travail en 1990 et qui n'a jamais eu de déclinaison opérationnelle. Mais, surtout, on constate qu'il aurait été souhaitable que le législateur n'oublie pas dès la première occasion la mention dans ce même article L. 6111-1 de la précision : « indépendamment de son statut » et perde ce vieux réflexe administratif qui n'envisage les situations qu'à travers le statut des personnes concernées. Il n'est pas, parmi les actifs, que les salariés et les demandeurs d'emploi qui aspirent à être salariés. Il y a également des travailleurs non salariés dont le nombre avoisine les deux millions.

Enfin, et toujours à propos de la nature de la portabilité, on constate également que si les partenaires sociaux ont été fidèles à l'esprit du DIF, qui veut que ce dispositif s'inscrive dans le cadre d'une négociation et non d'une décision unilatérale, le législateur n'a pas conservé cette cohérence. En effet, l'ANI prévoyait que le DIF portable devait être négocié soit avec Pôle emploi, soit avec le nouvel employeur. Les parlementaires ont considéré qu'il fallait rajouter une hypothèse d'utilisation par le salarié sur sa seule décision. La loi précise à ce titre que si le nouvel employeur n'est pas d'accord avec le choix de la formation, elle pourra être effectuée en dehors du temps de travail, sans allocation de formation, avec une prise en charge de l'OPCA à hauteur du « droit portable ». Ce faisant, le DIF perd sa nature de droit négocié. Il devient un droit personnel du salarié et s'inscrit davantage dans une logique de compte épargne que de recherche d'un intérêt partagé. L'attachement du sénateur Carle [rapporteur du projet de loi] pour le compte épargne des salariés n'est sans doute pas étranger à cet ajout qui aurait davantage trouvé de cohérence s'il avait été reconnu un droit de créance au salarié. Or, tel n'est pas le cas, et c'est sur le rocher du financement que la portabilité du DIF risque de se fracasser.

### **3. La portabilité : des assignats pour les salariés ?**

Quelles obligations la portabilité crée-t-elle pour les entreprises et quels droits nouveaux pour les salariés ?

Pour les entreprises, la portabilité oblige à faire mention du crédit DIF existant au jour de l'expiration du contrat de travail sur le certificat de travail en y ajoutant l'identité de l'OPCA dont elles relèvent. Que vaut cette attestation ? Pas un droit de créance sur les OPCA qui auront la possibilité, mais pas l'obligation de financer. Du coup, le droit nouveau se résume à un droit éventuel soumis au bon vouloir des OPCA, et plus encore, peut-être, à leurs disponibilités financières.

Comment être aussi catégorique sur la possibilité pour l'OPCA de ne pas financer la portabilité alors que le texte de loi indique que « le paiement de la somme est assuré par l'OPCA dont relève [soit l'entreprise dans laquelle il a été embauché, soit celle dans laquelle il a acquis ses droits] » ?

Tout simplement parce que l'OPCA est un organisme souverain dont l'engagement des dépenses dépend de décisions de son conseil d'administration et qu'il ne saurait, s'agissant de gestion de fonds, se voir opposer un droit de créance illimité qui ne tiendrait pas compte de ses ressources ni de sa politique.

Sauf à faire changer totalement les OPCA de nature, ce que la loi ne fait pas et n'a jamais envisagé de faire, les salariés ne peuvent donc prétendre à un financement de leur droit au DIF portable que dans le cadre des politiques et disponibilités financières des OPCA.

La question est donc de savoir quelles politiques les OPCA vont adopter en matière de transférabilité ? une partie de la réponse se trouve dans d'autres questions : quels moyens le nouveau Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels va-t-il y consacrer ? le FPSPP va-t-il, notamment, compenser à un OPCA le financement d'actions pour des salariés ayant acquis le crédit dans un autre secteur que le sien ? si cette compensation s'effectue comment sera-t-elle maîtrisée ? une partie de la réponse se trouve donc dans la politique que conduira le FPSPP dans l'octroi de ses fonds.

Il en résulte que si, lors de sa mise en œuvre dans l'entreprise le DIF ne dépend pas de l'intervention de l'OPCA mais de la négociation avec l'employeur, lors de sa mise en œuvre dans le cadre de la portabilité, il est tout entier assujéti aux possibilités financières des OPCA qui se trouvent par ailleurs mobilisées pour bien des causes de manière simultanée (formation des demandeurs d'emploi, diagnostic compétence dans les entreprises, formation dans les TPE et pour les salariés les moins qualifiés, financement du portail d'orientation professionnelle, financement de l'apprentissage, des observatoires, des contrats de professionnalisation et des périodes, etc.).

Alors que les fonds mutualisés seront fortement réduits en 2010 du fait du prélèvement du FPSPP (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels) et que les réengagements de fonds s'effectueront sur des projets collectifs, la solvabilité du DIF portable ne paraît guère assurée et faute de volonté affirmée du FPSPP, qui peut d'ailleurs être insuffisante puisque les priorités du FPSPP sont définies par convention avec l'Etat, le certificat de travail remis au salarié avec la mention de son droit au DIF portable pourrait se transformer en assignat.

#### **4. Le risque de grippage : la cohabitation entre portabilité et transférabilité**

Ni l'ANI du 7 janvier 2009, ni la loi qui sera publiée en novembre 2009 n'ont remis en cause la transférabilité qui a été prévue par certaines branches professionnelles (agriculture par exemple pour une transférabilité totale, ou BTP pour une transférabilité partielle) et par nombre de grands groupes. Il s'agit bien ici de garantir conventionnellement au salarié que le droit acquis dans une entreprise est intégralement repris par le nouvel employeur. Rien à voir donc avec le mécanisme de portabilité décrit ci-dessus.

Garantie conventionnellement, cette transférabilité demeure et vient s'ajouter aux dispositions légales sur la portabilité.

Illustration : un salarié bénéficiant de 100 heures acquises dans son ancienne entreprise et embauché par une nouvelle entreprise tenue par une obligation conventionnelle de transférabilité, aura un droit portable de 100 heures en vertu de la loi tandis que son compteur chez son nouvel employeur redémarrera à 100 heures en application de l'accord.

Si le DIF est mis en œuvre avec l'accord du nouvel employeur, il sera financé soit dans le cadre de la portabilité (mais alors avec un plafonnement à 9,15 euros sans intérêt pour l'entreprise) ou dans le cadre du DIF de droit commun. Si le DIF ne rencontre pas l'accord de l'employeur, le salarié pourra utiliser ses 100 heures portables en s'adressant à l'OPCA pour obtenir le financement d'une formation qu'il suit en dehors du temps de travail, tout en conservant les 100 heures de DIF transférables.

Ici, il est nécessaire de faire une pause et de se souvenir que l'objectif premier de la loi était la simplification des dispositifs.

On le voit, là où devait présider la simplification et la reconnaissance de droits nouveaux, apparaît le risque de se perdre dans des gestions de compteurs dont rien ne garantit au surplus qu'ils produisent au final des effets.

Le risque de grippage, ou de brouillage, provient à l'évidence du refus d'un choix qui s'impose pourtant lorsque l'on veut mettre en place une construction juridique cohérente. Tout juriste sait qu'il faut d'abord définir la nature d'un droit avant d'en fixer le régime. Et que le second découle de la première aussi naturellement que l'eau ruisselle dans le sens de la pente.

Or, les partenaires sociaux, et encore moins le législateur, n'ont pas tranché le débat entre un DIF conçu comme un droit du salarié, sorte de mini CIF auquel ce qu'il pourrait arriver de mieux serait une transformation en un compte épargne formation véritablement attaché à la personne sans considération de statut, et un DIF conçu comme une obligation de négociation entre l'employeur et les salariés ou leurs représentants qui aboutirait à une véritable contractualisation des politiques de formation et aurait pour objectif d'identifier un intérêt partagé en matière de professionnalisation et de qualification. Le DIF peut sans doute être l'un ou l'autre, mais pas les deux à la fois. Et si son régime oscille entre l'un et l'autre, il risque bien de n'être ni l'un ni l'autre.

## **Conclusion**

Concernant le DIF, l'acte II de la réforme est sinon un acte manqué, du moins un coup d'épée dont on peut prévoir qu'il frappera l'eau et non la cible. Et ce ne sont pas des aménagements techniques ou quelques moyens mobilisés par de bonnes volontés qui pourront durablement infléchir la tendance. Le DIF ne deviendra un véritable dispositif majeur de notre système de formation professionnelle que si un choix clair est fait sur sa nature, lequel choix fournira les clés du régime à établir. À défaut, il perdra rapidement de sa cohérence, de sa force et donc de son efficacité.

**Jean-Marie LUTTRINGER – Jean-Pierre WILLEMS**

**Novembre 2009**