

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

CFDT UTI Métropole

N°21 - juillet 2012

1. Mode d'emploi de la portabilité des droits

Le salarié dont le contrat prend fin avant d'avoir pu solder ses droits à DIF ne perd pas forcément ceux-ci. Il lui est en effet possible de les utiliser pendant le préavis, mais également après, pendant une période de chômage ou auprès d'un nouvel employeur, en application d'un dispositif dit de « portabilité » créé par la loi du 24 novembre 2009.

Comment mettre en œuvre ce dispositif ? Quelles sont les droits et obligations des employeurs et des salariés ? Quels sont les rôles des Opca et de Pôle emploi ? Voici le mode d'emploi de la portabilité du DIF.

La loi « formation » du 24 novembre 2009 qui a retranscrit l'ANI du 7 janvier 2009 prévoit la possibilité pour un salarié dont le contrat de travail prend fin de bénéficier du solde des droits qu'il a acquis au titre du DIF (droit individuel à la formation), soit pendant le préavis, soit ultérieurement, au cours d'une période de chômage ou chez un nouvel employeur. C'est le mécanisme de « portabilité » du DIF.

a. Quels sont les droits portables ?

Les droits « portables » sont les droits correspondant au solde du DIF acquis par le salarié. Ils ne sont pas mobilisables directement, mais convertis en une somme permettant de financer une action de formation au profit de l'intéressé.

i. Comment déterminer le solde de DIF ?

Ce solde de droits est égal au nombre d'heures de DIF acquis par le salarié et non utilisées à la fin de son contrat de travail.

On rappellera que sauf accord de branche ou d'entreprise plus favorable, le salarié en CDI acquiert chaque année au titre du DIF un crédit de 20 heures de formation pour un plein-temps. La période de référence d'acquisition des droits peut être l'année civile, ou toute autre période annuelle définie par l'accord de branche ou d'entreprise. Les droits à DIF peuvent être capitalisés sur une période de six ans, pour atteindre un total de 120 heures. Au-delà de cette durée, le DIF reste plafonné à 120 heures. Autrement dit, le salarié ne perd pas ses droits, mais n'en n'acquiert pas de nouveaux, sauf utilisation. Si un préavis est effectué, les droits doivent être calculés jusqu'à la fin de ce préavis (Cass. soc., 20 janvier 2010, nos 08-41.697 et 08-41.652).

Si le salarié est employé à temps partiel, les droits à DIF sont calculés au prorata de son temps de travail. Elles sont cumulables sur une période pouvant dépasser six ans, mais dans la limite de 120 heures.

Le salarié titulaire d'un CDD peut bénéficier du DIF dès qu'il totalise quatre mois sous CDD, consécutifs ou non, dans la même entreprise, au cours des 12 derniers mois. Le nombre d'heures de DIF acquis est calculé au prorata de son temps de travail, sur la base de 20 heures pour 12 mois, et toujours dans la limite de 120 heures.

ii. Comment calculer le montant correspondant ?

La somme correspondant aux droits « portables » est calculée en multipliant le solde d'heures de DIF par 9,15 €.

Par exemple, un salarié disposant d'un solde de 120 heures pourra bénéficier de droits à formation pour un montant de 1 098 €.

b. Portabilité avant la fin du contrat

Le salarié dont le contrat de travail est rompu peut demander à son employeur de bénéficier d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation, pendant ou après le préavis, en mobilisant le solde de son DIF (C. trav., art. L. 6323-17).

i. Dans quels cas ?

Cette possibilité est accordée au salarié en cas de :

- licenciement pour motif personnel non disciplinaire ou disciplinaire, y compris pour faute grave ;
- licenciement individuel ou collectif pour motif économique ;
- démission.

En revanche, elle ne s'applique pas en cas de :

- licenciement pour faute lourde (le salarié perd ses droits) ;
- départ à la retraite, qu'il s'agisse d'un départ volontaire ou d'une mise à la retraite effectuée par l'employeur (C. trav., art. L. 6323-20) ;
- adhésion au CSP (contrat de sécurisation professionnelle) en cas de licenciement pour motif économique dans une entreprise de moins de 1 000 salariés ou en procédure collective. Le solde des droits à DIF est en effet versé sous forme de contribution de l'employeur pour financer les mesures d'accompagnement du bénéficiaire.

En cas de résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée aux torts de l'employeur ou de prise d'acte requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié peut obtenir une indemnité pour compenser la perte de chance d'utiliser les droits qu'il a acquis au titre du DIF (Cass. soc., 19 mai 2010, no 08-45.090; Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175).

Et en cas de rupture conventionnelle? Dans la convention de rupture, les parties peuvent convenir d'une date limite d'exercice du DIF ou prévoir l'intégration de la valorisation des DIF acquis dans l'indemnité de rupture conventionnelle.

ii. Faut-il informer le salarié ?

1. Dans la lettre de licenciement

La loi impose à l'employeur d'informer le salarié dans la lettre de licenciement de ses droits en matière de droit individuel à la formation (C. trav., art. L. 6323-19), c'est-à-dire du volume des droits dont il bénéficie au titre du DIF, et de la possibilité de demander, pendant son préavis, à bénéficier d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation.

En cas de licenciement économique dans une entreprise de moins de 1 000 salariés ou en procédure collective, la lettre de licenciement doit aussi indiquer qu'en cas d'adhésion au CSP, le salarié ne pourra pas se prévaloir de la portabilité de son DIF.

En cas de faute grave, elle doit mentionner que le salarié peut bénéficier de ses droits à DIF s'il en fait la demande pendant une période correspondant à celle du préavis qui aurait été applicable s'il n'avait pas été licencié pour faute grave (JO Ass. nat. Q. n° 68695, 1er février 2011).

À défaut d'information dans la lettre de licenciement sur ses droits en matière de DIF, le salarié peut obtenir des dommages-intérêts, un tel manquement lui causant nécessairement un préjudice (Cass. soc., 17 février 2010, n° 08-45.382 et 2 juin 2010, n° 09-41.409).

2. Dans le certificat de travail

Le certificat de travail que doit établir l'employeur à l'expiration du contrat de travail doit mentionner le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées, la somme correspondant à ce solde, ainsi que l'Opcv compétent pour prendre en charge les droits éventuellement mobilisés par le salarié (C. trav., art. L. 6323-21 et D. 1234-6).

Lorsqu'un salarié adhère à un CSP, l'employeur ne devrait pas avoir à faire état du reliquat d'heures au titre du DIF dans le certificat de travail (DGEFP, Questions/Réponses sur la mise en œuvre de la réforme des Opcv, 6 mai 2011).

iii. Quand le salarié doit-il présenter sa demande ?

En cas de licenciement, le salarié doit présenter sa demande avant la fin de son préavis. À défaut d'une telle demande, l'employeur n'a pas à verser la somme correspondant au solde de droits ouverts (C. trav., art. L. 6323-17 al. 1).

Qu'en est-il en cas de faute grave ? Le salarié doit présenter sa demande pendant une période correspondant au préavis qu'il aurait du effectuer s'il n'avait pas été licencié pour faute grave (JO Ass. nat. Q. n° 68695 du 1er février 2011).

La même solution doit à notre sens être retenue en cas de licenciement avec dispense de préavis.

Et en cas de démission ? La loi ne mentionne pas le moment de la demande, mais il est évident que celle-ci doit être précoce, puisque l'action suivie au titre du DIF doit être engagée avant la fin du préavis (v. ci-après).

iv. L'employeur peut-il refuser?

1. Dans le cadre d'un licenciement

Dès lors que le salarié a formulé sa demande avant la fin de son préavis ou d'une période équivalente, l'employeur est tenu d'y faire droit si la formation visée est conforme aux prescriptions du Code du travail et qu'elle se déroule au moment prévu par la loi (v. ci-dessous).

2. Dans le cadre d'une démission

La loi se contente de stipuler qu'en cas de démission, le salarié peut demander à bénéficier de son DIF sous réserve que l'action de bilan de compétences, de VAE ou de formation soit engagée avant la fin du préavis, sans préciser si c'est un droit ou si l'employeur peut refuser. Notons qu'un éventuel refus devra être fortement motivé.

v. Les modalités de la formation suivie

1. Quels types de formation ?

La somme correspondant aux droits acquis par le salarié au titre DIF, multipliés par le montant forfaitaire de 9,15 €, est destinée à financer tout ou partie d'une action de bilan de compétence, de VAE ou de formation. Il s'agit d'actions de formation éligibles dans le cadre du DIF, c'est-à-dire, sauf dispositions spécifiques de l'accord collectif applicable, des actions de promotion permettant l'acquisition d'une qualification plus élevée, des actions d'acquisition, d'entretien ou de perfectionnement des connaissances ou encore des actions de qualification.

2. Quand est-elle réalisée ?

a. Dans le cadre d'un licenciement

L'action de formation, le bilan de compétences ou la VAE peuvent débiter pendant ou après le préavis. La loi précise que, quand elles sont réalisées pendant l'exercice du préavis, ces actions se déroulent pendant le temps de travail (C. trav., art. L. 6323-17).

b. Dans le cadre d'une démission

Dans ce cas, l'action doit être engagée (mais pas nécessairement réalisée) avant la fin du préavis.

Les heures de formation réalisées pendant le temps de travail donnent lieu à rémunération, celles réalisées hors temps de travail donnent lieu au versement de l'allocation de formation, soit 50 % du salaire net (C. trav., art. L. 6321-10). En revanche, les heures réalisées après la rupture du contrat de travail ne donnent pas lieu à rémunération ni au versement de l'allocation de formation (DGEFP, Questions-réponses 9 juin 2011 relatif aux Opca).

c. Qui finance ?

Qu'il s'agisse d'un licenciement ou d'une démission, les sommes versées par l'employeur peuvent faire l'objet d'une imputation sur la participation de l'entreprise ou être directement prises en charge par l'Opca (DGEFP, Questions-réponses 9 juin 2011 relatif aux Opca).

3 Portabilité après la fin du contrat.

Outre la possibilité pour le salarié de mobiliser ses droits à DIF pendant ou après le préavis auprès de son ancien employeur, la loi lui donne également la possibilité d'utiliser ses droits ultérieurement, au cours d'une période de chômage ou chez un nouvel employeur (C. trav., art. L. 6323-18).

vi. Dans quels cas ?

La portabilité du DIF est accessible en cas de rupture du contrat de travail ou d'échéance du terme d'un contrat ouvrant droit à une prise en charge par le régime d'assurance chômage, autrement dit, lorsque la fin du contrat intervient suite à :

- un licenciement pour motif personnel, non disciplinaire ou disciplinaire, y compris pour faute grave ;
- un licenciement individuel ou collectif pour motif économique ;
- une rupture conventionnelle ;
- une résiliation judiciaire ;
- une démission pour motif légitime au regard du régime d'assurance chômage (Accord d'application n° 14) ;
- une cessation ou une fin de contrat à durée déterminée (CDD) ou d'un contrat de travail temporaire (CTT).

La portabilité est exclue lorsque la fin du contrat de travail procède :

- d'un licenciement pour faute lourde ;
- d'un départ à la retraite ;
- d'une adhésion à un CSP. Dans ce cas, le solde des droits à DIF est en effet versé sous forme de contribution pour financer les mesures d'accompagnement du bénéficiaire ;
- d'une démission qui ne peut-être considérée comme légitime et entraîne une situation de chômage volontaire. Les textes ne prévoient pas non plus d'accorder la portabilité aux personnes admises à l'assurance chômage après 121 jours de chômage sur décision de Pôle emploi. Ainsi les personnes en chômage volontaire ne peuvent bénéficier de la portabilité que pendant leur préavis ;
- d'une rupture anticipée pour faute lourde d'un CDD ou d'un CTT ;
- de la cessation ou de l'arrivée à terme d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, ces dispositifs n'ouvrant pas de droits au titre du DIF.

vii. Quand les droits portés peuvent-ils être mobilisés ?

La portabilité du DIF peut être mise en œuvre après la rupture du contrat, soit au cours d'une période de chômage, soit en cas d'embauche par un autre employeur.

1. Pendant la période de chômage

a. Quelles sont les formalités à respecter ?

Le demandeur d'emploi doit présenter son (ou ses) certificat de travail à son conseiller Pôle emploi lors de son inscription, ou lors d'un entretien à l'occasion duquel il exprime le souhait de mobiliser son DIF. Aucune autre vérification que celle de la mention de ses droits acquis n'est effectuée par le conseiller.

Ce dernier formule un avis sur le projet de formation de l'intéressé.

Ensuite, le demandeur d'emploi doit transmettre sa demande formelle de mobilisation de ses droits à l'Opca indiqué par l'employeur sur son certificat de travail. Il y joint obligatoirement l'avis rendu par Pôle emploi, un devis de formation et une copie de son certificat de travail. L'avis de Pôle emploi n'engage pas l'Opca, qui peut accorder ou refuser de mobiliser le DIF. En cas de refus, c'est auprès de l'Opca que le demandeur d'emploi peut porter une contestation.

b. Quand mobiliser le solde de DIF ?

La somme correspondant aux droits acquis par le demandeur d'emploi doit être mobilisée en priorité pendant la période de prise en charge de l'intéressé par le régime d'assurance chômage. Toutefois, la loi ne limite pas dans le temps la possibilité de recourir à la portabilité du DIF au cours de la période de chômage. L'intéressé peut donc formuler sa demande alors qu'il a épuisé ses droits à l'ARE (allocation d'aide au retour à l'emploi) (Note d'information PE n° 2010-80 du 17 mai 2010, BOPE n° 40 du 3 juin 2010).

c. Qui finance la formation ?

Le paiement de la somme correspondant aux droits acquis par le demandeur d'emploi est assuré par l'Opca dont relève la dernière entreprise dans laquelle il a acquis ses droits. Cette précision prend tout son sens s'agissant d'une personne cumulant des droits acquis dans le cadre de plusieurs contrats courts. Le montant s'impute sur la section « professionnalisation » de l'Opca.

Pôle emploi a la possibilité de participer financièrement à l'action que le demandeur d'emploi souhaite suivre et aux frais qui y sont associés, mais n'y est nullement obligé. Pour cela, il peut mobiliser des aides comme l'aide individuelle à la formation (Instr. PE n° 2010-152 du 14 septembre 2010, BOPE n° 2010-63 du 16 septembre) ou l'aide aux frais associés à la formation.

Par ailleurs, si la formation rentre dans le cadre des formations mises en œuvre par Pôle emploi, l'institution pourra aussi directement prendre en charge l'action et se faire rembourser le montant correspondant au DIF du salarié par l'Opca compétent (DGEFP, Questions-réponses 9 juin 2011 relatif aux Opca).

2. Chez un nouvel employeur

Le salarié peut bénéficier de son solde de DIF alors qu'il a été embauché par un nouvel employeur. La mobilisation de ses droits par le salarié est possible même en cas de désaccord avec l'employeur, mais selon des modalités particulières.

Le paiement de la somme correspondant aux droits acquis est assuré par l'Opca dont relève l'entreprise dans laquelle le salarié a été embauché. Le montant s'impute sur la section « professionnalisation » de l'Opca.

a. Quand la demande doit-elle être formulée ?

Le salarié doit formuler sa demande au cours des deux années suivant son embauche. Cette durée est indépendante de la durée éventuellement passée par le salarié à rechercher un emploi.

b. Portabilité en cas d'accord de l'employeur

Le solde des droits portés permet de financer, après accord de l'employeur, tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de VAE ou de formation. La demande de prise en charge des droits portés doit être transmise par l'employeur à l'Opca.

La loi n'impose pas d'effectuer la formation hors du temps de travail. Il semble donc logique d'en revenir au droit commun et de permettre au salarié de suivre sa formation en tout ou partie pendant son temps de travail dès lors qu'un accord de branche ou d'entreprise le prévoit. Dans ce cas, le salaire sera maintenu pendant le temps de travail et le salarié percevra en principe l'allocation de formation, soit 50 % de son salaire net pour les heures suivies hors de son temps de travail (C. trav., art. D. 6321-5 à D. 6321-8).

Si le coût de la formation excède les droits du salarié, le coût excédentaire est à la charge de l'employeur (DGEFP, Questions-réponses 9 juin 2011 relatif aux Opca).

c. Portabilité en cas de désaccord de l'employeur

Lorsque l'employeur n'est pas d'accord avec le choix de son salarié, l'action que ce dernier envisage de suivre doit impérativement relever des priorités définies par les partenaires sociaux dans des accords de branche ou d'entreprise, ou à défaut, par les signataires d'un accord constitutif d'un Opca interprofessionnel (C. trav., art. L. 6323-8).

La demande du salarié doit être envoyée directement à l'Opca du nouvel employeur, lequel juge du caractère prioritaire ou non de l'action envisagée. Si l'Opca accepte la demande, l'action doit se dérouler hors temps de travail (C. trav., art. L. 6323-18, 1°).

En outre, l'employeur n'a pas à verser l'allocation de formation normalement accordée au titre des heures de formation réalisées par un salarié hors de son temps de travail (C. trav., art. L. 6321-10).

Les droits acquis chez le nouvel employeur sont-ils cumulables avec les droits portés ?

La portabilité tend à rattacher le DIF à la personne du salarié. Pourtant ce dernier n'acquiert de droits que dans le cadre d'un contrat de travail et ces droits restent liés à son ancienneté dans l'entreprise. Dès lors que la loi ne le prévoit pas il n'y a donc a priori aucune raison de cumuler

les droits portés avec les droits ouverts chez un nouvel employeur. À son arrivée dans la nouvelle entreprise le compteur de droits repart à zéro. Libre à l'employeur d'accepter que le salarié cumule la somme correspondant à ses droits portés avec des droits à DIF nouvellement acquis pour financer une formation.

viii. A noter

Les périodes d'emploi dans d'autres entreprises ne sont pas prises en compte (Rép. min. n° 76590, JOAN 1er mars, p. 2077).

La portabilité n'est pas ouverte aux salariés non indemnisables par l'assurance chômage. Pour bénéficier de la portabilité, les salariés doivent avoir droit à une prise en charge par le régime d'assurance chômage au moment de la fin de leur contrat de travail.

Ainsi, ils devront avoir perdu involontairement leur emploi, remplir les conditions d'âge et d'aptitude et justifier d'au moins quatre mois d'affiliation sur les 28 mois (36 mois pour les 50 ans ou plus) qui précèdent la fin de leur contrat de travail.

Pôle emploi a prévu d'organiser la gestion administrative des demandes de portabilité avec les Opcas sous forme de guichet unique, pour dispenser le demandeur d'emploi d'envoyer sa demande à l'Opcas.

La loi n'impose pas à l'employeur qui recrute un salarié de l'informer de la possibilité de mobiliser au sein de l'entreprise les droits à DIF acquis auprès d'un précédent employeur. Il n'est pas non plus tenu de rechercher si ce salarié a acquis des droits portables chez un précédent employeur.

S'il existe un lien juridique entre l'ancien et le nouvel employeur (ex : reprise et transfert d'entreprise) et que les droits liés à l'ancienneté du salarié, tels que le DIF, sont maintenus, la portabilité n'a pas lieu de s'appliquer.

Eric Charret
Commission Juridique
CFDT UTI Lille Métropole