

LA PORTABILITE DES DROITS

Intervention de Me Audrey GIOVANNONI

AAPDS 23 février 2010 à 19h30

INTRODUCTION

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 a institué un nouveau mécanisme de portabilité des droits : réalité en devenir ou mirage idéologique de quelques syndicalistes en mal de conceptualisation, la question de la portabilité des droits a au moins eu le mérite de déclencher depuis plusieurs mois des débats passionnés.

La question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir si l'on peut réellement croire à la portabilité des droits ?

Cette question mérite que l'on s'y attarde, car au-delà d'une technique juridique, la problématique de la portabilité des droits nous renvoie d'abord, à la conception même du rapport salarial tel qu'il s'est construit et tel qu'il a évolué au cours de ses dernières années.

Le salarié occupe un emploi, et c'est au regard de cette situation qu'il en tire droits et obligations. Mais avec la mondialisation, le chômage de masse, les nouvelles formes d'organisation de la production ou l'évolution des modes de consommation, le rapport au travail et à l'emploi ont profondément été modifiés.

L'idée d'une flexisécurité est alors née, censée permettre de dépasser le cadre supposé inadapté du droit attaché au statut du travailleur vers un droit attaché à la personne quelque soit son statut.

Le véritable débat porte sur la gestion des transitions et notamment de trouver des garanties à offrir aux salariés lorsqu'ils sont entre deux emplois.

C'est dans cette perspective, que les réflexions se sont tournées vers la portabilité des droits. La problématique est finalement assez simple à formuler : quels sont les droits que le salarié, en cas de rupture, peut garder avec lui et/ou utiliser dans une période de non-travail avant de retrouver un emploi.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 prévoit expressément la portabilité de deux droits :

- la prévoyance (I)
- le Droit individuel à la formation (II)

I. LA PORTABILITE EN MATIERE DE PREVOYANCE

A. LES CONDITIONS DE LA PORTABILITE

1. Le champ d'application

Ce dispositif de portabilité des garanties de prévoyance ne résulte que de l'ANI du 11 janvier 2008 ; il n'a pas été repris, contrairement à d'autres dispositifs de l'accord, dans la loi du 25 juin 2008.

Sont tenus par cette obligation l'ensemble des employeurs entrant dans son champ d'application professionnel (peut importe qu'ils adhèrent ou non a une organisation patronale signataire). Pour rappel, sont comprises dans le champ d'application de l'ANI les branches dans lesquelles au moins un des signataires patronaux (MEDEF, la CGPME et l'UPA) est représentatif

- ➔ De ce fait, ne sont littéralement concernés que les secteurs de **l'industrie, du commerce, de la prestation de service et de l'artisanat.**
- ➔ De ce fait, sont donc exclues du champ d'application les **professions libérales, l'agriculture** mais également, **la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif.**

2. Les salariés concernés

Peuvent bénéficier du dispositif les anciens salariés :

a) dont la rupture du contrat de travail ouvre droit à l'assurance chômage...

Le texte ne limite pas les causes de rupture du contrat de travail. Sont ainsi visés :

- Tous les licenciements économiques et disciplinaires (sauf faute lourde) et les assimilés comme par exemple les ruptures amiables résultant de l'acceptation du salarié d'une CRP ou d'un CTP ;
- Il pourra s'agir de rupture de la période d'essai,
- d'échéance de CDD ou de rupture anticipée,
- de rupture conventionnelle du contrat,
- de rupture du contrat d'apprentissage ou de professionnalisation
- de démission « légitimes » (exemple pour suivre son conjoint)

b) ... à condition que leurs droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez leur dernier employeur

L'avenant n° 3 de l'ANI du 18 mai 2009 est venu apporter une condition supplémentaire en précisant que « *le bénéfice du maintien de ces garanties est subordonné à la condition que les droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez le dernier employeur* ».

Autrement dit, si l'ouverture des droits dans l'entreprise est subordonnée à une condition d'ancienneté minimale et que le salarié lors de la rupture n'avait pas l'ancienneté requise, il ne pourra pas bénéficier du maintien des garanties.

Si à l'inverse aucune condition d'ancienneté n'est requise (hormis la condition d'ouverture des droits), les dispositions relatives au calcul de la durée du maintien des garanties laquelle est fonction de la durée du dernier contrat exprimé en mois entiers, conduit expressément à ce que les salariés doivent avoir eu un contrat d'une durée minimale d'un mois.

La réaction de l'article 14 de l'ANI ne laisse aucun doute sur l'obligation de l'employeur : ce dernier doit organiser l'accessibilité des garanties de prévoyance aux anciens salariés qui remplissent les conditions.

L'application de ce dispositif ne saurait de toute évidence être subordonnée à une initiative du salarié. Il ne s'agit pas d'un droit qui doit être activé par le salarié, il appartient à l'employeur de prendre l'initiative pour maintenir automatiquement les couvertures à l'issue de la relation contractuelle.

En revanche, le dispositif est facultatif pour le salarié. Il a donc la possibilité d'y renoncer dans les 10 jours de la cessation du contrat de travail. Dans ce cas, la renonciation portera nécessairement pour toutes les garanties et sa décision sera définitive.

B. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PORTABILITE

1. Une obligation d'information

a) de la part du salarié

- ➔ Pour pouvoir bénéficier des dispositions relatives au maintien des garanties, l'ancien salarié doit fournir à son ancien employeur la **justification** de sa prise en charge par le régime d'assurance chômage.

Cela peut poser des problèmes dans la mesure où la pièce justifiant la prise en charge par le régime d'assurance chômage sera établie après un certain délai... il semble opportun que les employeurs affilient leurs anciens salariés en amont, présumant l'application du dispositif.

- ➔ Il doit également informer son ancien employeur de la **cessation du versement des allocations chômage** lorsque celle-ci intervient au cours de la période de maintien des garanties des couvertures complémentaires de l'article 14 de l'ANI.

Que faire si le salarié oublie d'informer son employeur sur la reprise d'un emploi, un justificatif devra-t-il être demandé par l'assureur pour éviter le règlement des prestations à des dates où il ne serait plus dû ?

b) de la part de l'Employeur

De son côté, l'employeur devra informer ses salariés sur les **conditions d'application de la portabilité**. Les textes sont muets quant aux modalités de cette information. Par mesure de sécurité, l'envoi d'une lettre RAR ou la remise d'un courrier contre émargement semble à privilégier.

2. La nature des garanties maintenues

L'avenant n°3, qui a pour objet d'apporter les précisions techniques pour l'application de l'article 14 de l'ANI, dispose que « *le bénéfice du maintien de ces garanties est subordonné*

à la condition que les droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez le dernier employeur ».

Le maintien vise donc **l'ensemble des couvertures « santé et prévoyance »** (santé, incapacité, invalidité, décès, dépendance) appliquées dans l'ancienne entreprise.

Plusieurs questions se posent :

a) L'identité des garanties

D'abord, celle de savoir si les garanties sont maintenues à l'identique ?

La rédaction de l'avenant n°3 milite résolument pour un maintien des couvertures à l'identique avec l'utilisation du verbe « garder » et la référence aux couvertures appliquées dans l'ancienne entreprise :

« *les intéressés garderont le bénéfice des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance appliquées dans leur ancienne entreprise...* »

Cela implique donc, dans le cas d'une couverture santé familiale, que les ayants droit restent garantis.

b) L'évolution des garanties

Ensuite, se pose la question de savoir si la couverture des anciens salariés doit évoluer en même temps que celle des actifs ? Autrement dit, les anciens salariés doivent-ils voir leur couverture évoluer à l'aune de celle des salariés de l'entreprise, après leur départ de celle-ci ?

Une réponse positive s'impose à la lecture de l'article 14 dont la lettre milite en faveur du maintien de l'exacte couverture, telle quelle est appliquée, en vigueur dans l'entreprise.

Cette solution est logique dans la mesure où c'est par le même contrat d'assurance groupe qu'est organisé le maintien des couvertures pour les anciens salariés, lesquels resteront affiliés à ce contrat unique.

3. La durée du maintien du régime de prévoyance

- **Dans sa rédaction initiale**, l'ANI prévoyait une limitation par rapport à la durée potentielle du versement des allocations d'assurance chômage : 3 mois minimum et au maximum 1/3 de la durée du droit à indemnisation.
- **Désormais**, le maintien sera dû :
 - pendant le nombre de mois entiers correspondant à la **durée du dernier contrat de travail** (impliquant que le salarié doit avoir eu un contrat d'une durée minimale de 1 mois)
 - et au **maximum de 9 mois**

Aussi, un salarié qui a eu une durée de contrat de travail de 5 mois aura droit à 5 mois de maintien des garanties et celui qui aura eu une durée de contrat de 10 ans aura 9 mois de garantie.

Le point de départ est la date d'effet de la rupture, peu important le délai de carence pour la mise en paiement des allocations et les éventuelles périodes de suspension des allocations.

Toutefois, la mise en œuvre effective est soumise à la **condition de produire la justification** de la prise en charge par le régime d'assurance chômage.

La cessation du maintien interviendra soit au **terme de la durée prévue, soit à la date à laquelle cesse le versement des allocations Pole emploi** (reprise d'activité, retraite...)

4. Le financement de la portabilité

L'ANI laisse deux options aux employeurs pour organiser la portabilité de la prévoyance :

a) **Un financement conjoint « ancien employeur » et « ancien salarié »**

La première est un financement « *assuré conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les proportions et dans les conditions applicables aux salariés de l'entreprise* »

⇒ **Le montant de la contribution salariale**

La difficulté réside ici dans ce que l'on doit entendre par « *dans les proportions et dans les conditions applicables aux salariés de l'entreprise* » ?

Doit-on en déduire que l'ancien salarié doit payer une somme identique à celle que sont tenus de verser les salariés toujours en poste dans l'entreprise ?

- Le terme **proportion** signifie « ventilation patronale/ salariale ». La prime de la garantie doit être répartie entre l'ex-salarié et l'ex-employeur selon les mêmes parts, exprimées en taux, que durant l'exécution du contrat de travail.
- Le terme **condition** se rapporte quant à lui, aux modalités selon lesquelles le paiement est effectué par l'ancien salarié, qui doivent être identiques à celles des actifs.

Il serait irréaliste de soutenir que la cotisation de l'ex-salarié doit nécessairement être identique, en valeur absolue, à celle que supportent les salariés en activité :

- d'abord parce qu'il est certain que l'ANI ne peut pas contraindre les organismes assureurs sur le prix, lesquels restent libres de proposer des tarifs spécifiques pour la population des ex-salariés
- Ensuite parce qu'il existe des entreprises où le CE verse une participation pour le financement d'une couverture complémentaire, notamment santé, bénéficiant aux salariés. Indépendamment du fait que le CE peut décider de maintenir cette participation au delà de la rupture du contrat de travail, **le CE ne peut bien entendu être contraint de continuer à verser une participation pour les ex-salariés**. Ce financement du CE ne saurait non plus, être reporté sur l'ancien employeur, même s'il s'agit d'une œuvre sociale financée par la dotation patronale au budget du CE. En conséquence, si le CE ne décidait pas d'étendre la subvention aux anciens salariés, ceux-ci devraient prendre en charge le paiement de la quote part antérieurement subventionnée par ce dernier.

⇒ **Modalités de paiement de la contribution salariale.**

En ce qui concerne la collecte de la quote part de l'ancien salarié, se pose la question de la modalité selon laquelle celle-ci va être perçue et par qui.

Le souscripteur du contrat d'assurance groupe, c'est-à-dire l'**employeur**, demeure débiteur du paiement de la totalité des primes à l'assureur. Il appartient donc juridiquement à l'employeur de collecter auprès de l'ancien salarié sa quote part de la cotisation.

C'est matériellement ce qui pose les plus grandes difficultés pour l'employeur qui entend procéder par un financement conjoint.

- Initialement, il était prévu que l'ancien salarié devait s'acquitter auprès de son ancien employeur de sa quote part de cotisation **au fur et à mesure en fonction des échéances** fixées. La conséquence du non paiement par l'ancien salarié de sa quote part est lourde puisque cela libère l'ancien employeur de toute obligation et entraîne la perte des garanties pour la période restant à courir.

Toutefois, la difficulté matérielle de collecte de la cotisation persistait.

- Aussi, et dans un souci de simplification, l'avenant n°3 de l'ANI autorise l'employeur à procéder à la retenue de **la totalité** de la part salariale au moment de la rupture (cela est possible puisque l'employeur connaît la durée maximale du droit).

En cas cessation du maintien avant le terme, c'est l'ancien salarié qui devra demander le remboursement du trop perçu à son employeur.

Ce mode spécifique peut être considéré comme une exigence pénalisante pour le maintien de la garantie dont le montant peut être significatif. Aussi serait-il opportun de solliciter l'accord écrit de l'intéressé.

La solution classique de précompte mensuel, comme cela se faisait lors de l'exécution du contrat, semble être la solution à privilégier. Si l'entreprise ne perçoit pas le paiement de sa quote part, elle prendra soin de l'acter auprès de l'intéressé lors de la radiation du groupe assuré, au lendemain de l'échéance mensuelle mais à effet du premier jour de la période couverte.

La perte de garantie du fait du non-paiement est pleinement opposable. Il est néanmoins recommandé, compte tenu des enjeux, que cette disposition soit clairement rappelée dans le document remis à l'intéressé, au titre du devoir d'information du souscripteur.

b) Un financement par mutualisation

Le financement peut être « *assuré... par un système de mutualisation ...* ».

La mutualisation, qui consiste comme chacun le sait à répartir le risque entre les cotisants, permet d'éviter un financement direct par l'ancien salarié.

La mutualisation peut s'organiser selon deux modalités :

- ⇒ **Soit une répercussion au coût réel** : les actifs supportant le poids des anciens salariés a posteriori, en fonction du surcoût réel engendré par ces derniers (nombre, consommation des couvertures...). Cette modalité peut donc se traduire par une augmentation des cotisations des actifs l'année suivante et ainsi de suite chaque année, en considération des coûts effectifs, donc variables au fil du temps.
- ⇒ **Il est également possible de prévoir une anticipation du coût** : dans ce cas le financement de la garantie est a priori intégré dans les cotisations des actifs (cette solution exige de prendre en compte des paramètres de tarification qui s'appuient sur l'expérience des aléas de dommages corporels ou de durée de vie).

Dans sa rédaction initiale, l'article 14 de l'ANI prévoyait que la mutualisation soit mise en place par accord collectif de branche ou d'entreprise ce qui fermait la mutualisation à un certain nombre d'entreprises. L'avenant n° 3 est venu préciser qu'à défaut d'accord collectif, la mutualisation peut être mise en place dans les conditions définies à l'article L.911-1 du CSS (ratification à la majorité des intéressés c'est-à-dire accord référendaire ou par décision unilatérale de l'employeur).

c) Une portabilité du régime fiscal et social des cotisations et des prestations ?¹

Pour financer la garantie, l'ANI a donc prévu deux possibilités, financement conjoint « employeur-salarié » ou mutualisation par financement des actifs.

Se pose donc naturellement la question du régime social et fiscal applicable au financement de la portabilité mais également de celui des prestations versées au titre de cette période.

⇒ Régime social et fiscal de la cotisation

➤ Régime social

L'administration² sociale assimile la « cotisation patronale de l'article 14 ANI » à celle versée au bénéfice d'un salarié actif³. En d'autres termes, le régime social de la cotisation continue à s'appliquer aux chômeurs, bénéficiaires de l'article 14 de l'ANI. (selon l'administration le régime social est portable, au même titre que la prévoyance).

La difficulté provient essentiellement du fait que le versement de cette cotisation peut avoir lieu à des périodes différentes :

- **Soit elle est mutualisée**, dans ce cas elle est payée en même temps que la cotisation des salariés : le contrat de travail étant en vigueur il est logique de la traiter comme une cotisation de prévoyance au sens de l'article D. 242-1 du Code de la sécurité sociale.
- **Soit elle est prélevée** lors de la rupture du contrat de travail, à un instant où le bénéficiaire n'est ni salarié ni ex-salarié...
- **Soit elle est versée après la rupture du contrat de travail**, ce qui pose problème : le contrat étant rompu, la cotisation ne peut pas être qualifiée d'avantage en nature au regard de l'article L. 242-1, al. 1er du Code de la sécurité sociale.

Il s'agit en fait d'une prestation complémentaire d'assurance chômage, sous forme de cotisation « ex-patronale » de prévoyance. Cette cotisation devrait donc être soumise aux seuls prélèvements obligatoires applicables aux revenus versés au titre du chômage (CSG : 6,2% et CRDS : 0,5%). Or certaines URSSAF ont pris comme position d'appliquer le taux relatif aux revenus d'activités (7,5 % et 0,5%)... le régime social pourrait donc varier selon la forme du versement de la cotisation (mutualisation ou non).

¹ SSL, 11 janv. 10, n° 1428, p.5, obs. de la Gastine et Briens

² Circulaire DSS 5 B/2009/32 du 30 janvier 2009

³ CSS, art. D.242-1

➤ Régime fiscal

Selon l'administration fiscale, la portabilité étant facultative pour l'ancien salarié, **la cotisation patronale doit être intégrée dans l'assiette de l'impôt sur le revenu et la cotisation salariale n'est pas déductible**⁴.

Toutefois, en cas de mutualisation, le dernier paragraphe du rescrit fiscal du 20 octobre 2009⁵ pourrait plaider en faveur d'une exonération (le principe est la déduction des cotisations versées aux régimes de prévoyance complémentaire lorsque le salarié est affilié à titre obligatoire, ce qui est le cas lorsque le contrat de travail est en cours. Quand l'affiliation est facultative, ce qui est le cas après la rupture du contrat puisque le salarié peut refuser la portabilité de ses droits, la déduction de l'impôt sur le revenu des cotisations versées est impossible).

**Le régime social et fiscal pourrait donc varier selon la forme du versement de la cotisation (mutualisation ou non), alors que l'avantage est le même...
Une position administrative concernant le régime fiscal et social des cotisations est fortement attendue pour mettre un terme à cette incohérence.**

⇒ **Régime social et fiscal de la prestation**

D'autres problèmes vont également se poser au niveau des prestations : comment doit-on traiter les indemnités versées en cas d'incapacité temporaire de travail, pour des sinistres intervenus pendant la période de portabilité ?

➤ Régime social

Par principe, les prestations incapacité de travail issues des régimes de prévoyance collectifs obligatoires de salariés, entrent dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale, au prorata de la quote part prise en charge par l'employeur dans le financement du régime⁶.

Ce principe ne semble toutefois pas s'appliquer à notre cas d'espèce, quand bien même la direction de la sécurité sociale assimile la « cotisation patronale article 14 ANI » à une cotisation afférente à un salarié.

En effet, les prestations incapacité de travail afférentes aux régimes collectifs et obligatoires financés par les employeurs, sont incluses dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale qu'au titre des périodes pendant lesquelles le contrat de travail qui lie le salarié à l'employeur reste en vigueur⁷

➤ Régime fiscal

Classiquement, l'administration fiscale :

- **soumet la prestation à impôt** lorsque la cotisation est exonérée (même partiellement)

⁴ Rescrit fiscal RES n° 2009/60 (FP), 20 octobre 2009

⁵ cf. note n° 4

⁶ Circ. ACOSS n° 72-16 du 30 mars 1972, modifiée par circ. ACOSS n° 73-18 du 15 mars 1973

⁷ CSS, art. R.242-1

- en revanche, **lorsque la cotisation n'a bénéficié d'aucun avantage au niveau de l'impôt sur le revenu**, elle considère que la prestation est liée à une opération d'assurance et qu'elle n'est pas soumise à l'impôt

Logiquement, l'administration fiscale devrait considérer que le bénéficiaire d'une prestation dans le cadre de la portabilité ne devrait pas la réintégrer dans l'assiette de son impôt sur le revenu.

Mais alors il y aura un risque d'effet d'aubaine, puisque le montant net après impôt de la prestation pouvant être :

- très proche voir supérieur au salaire net après impôt antérieurement perçu par l'intéressé
- et supérieur aux allocations chômage qu'il aurait perçues, celle-ci étant assujetties à l'impôt sur le revenu.

Si cette position devait être retenue par l'administration, se poserait alors la question de l'application de la règle de **plafonnement prévue à l'article 14 de l'ANI** : la prestation versée à l'ancien salarié, au titre de l'incapacité temporaire de travail, ne peut, en aucun cas, être supérieure à l'allocation chômage qu'il aurait perçue.

Si on tient compte de la fiscalité des prestations incapacité de travail dont bénéficie l'ancien salarié, lesquelles ne sont pas imposables à l'inverse des allocations chômage, cette règle de plafonnement perd alors tout son sens... Une intervention législative sur ce point serait la bienvenue pour mettre un terme à ces incertitudes.

C/ ARTICULATION AVEC L'ARTICLE 4 DE LA LOI EVIN DU 31 DECEMBRE 1989⁸

Le dispositif de portabilité des garanties de prévoyance mis en place par l'ANI du 11 janvier 2008 n'exclut pas que le salarié puisse bénéficier par ailleurs des dispositions de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1989.

Cet article prévoit l'obligation pour l'organisme assureur, lorsque des salariés sont garantis collectivement en matière d'indemnisation des frais de santé, de maintenir la couverture frais de santé pour les anciens salariés bénéficiaires d'un revenu de remplacement, sous réserve qu'ils en fassent la demande dans les 6 mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail.

→ Les obligations contenues dans les 2 textes sont différentes :

- **L'obligation contenue dans l'article 14 de l'ANI est plus large** que celle de la loi Evin, puisqu'elle vise non seulement la couverture complémentaire santé mais également la couverture complémentaire des autres risques de prévoyance
- Les **débiteurs des obligations sont différents** dans la mesure où c'est l'employeur qui est tenu par l'ANI, alors que la loi EVIN oblige essentiellement l'assureur
- Dans la loi EVIN, il revient à l'ancien salarié de demander à l'assureur le bénéfice de la couverture, **alors qu'en application de l'article 14, celle-ci est automatiquement maintenue par son ancien employeur.**

⁸ L. n° 89-1009 du 31 décembre 1989.

- Enfin, la loi Evin prévoit un maintien des garanties santé dans le cadre d'un nouveau contrat, alors que **l'article 14 de l'ANI implique le maintien temporaire des garanties du chômeur dans le contrat groupe des salariés actifs**

→ L'accès aux garanties sur le fondement de la loi Evin demeure, ce qui pose le **problème de l'articulation des durées avec l'obligation posée par l'ANI.**

Compte tenu de son domaine de couverture plus large et de son accès automatique, on aurait pu penser que le maintien des garanties de l'article 14 de l'ANI allait supplanter dans un premier temps le maintien des garanties au titre de la loi Evin. On pourrait imaginer que la loi Evin prenne le relais de maintien des couvertures à l'expiration du délai de maintien des couvertures organisé par l'article 14.

Or, la loi Evin prévoit que l'ancien salarié doit faire la demande du maintien de la complémentaire santé dans les 6 mois qui suivent la rupture du contrat de travail... ainsi, dans certaines hypothèses, ce délai aura déjà expiré lorsque le maintien des couvertures de l'article 14 de l'ANI arrivera à son terme.

Malgré la demande des partenaires sociaux lors de la signature de l'avenant n°3 du 18 mai 2009 tendant à ce que le délai de 6 mois soit reporté à la date à laquelle le bénéficiaire du maintien des garanties de l'article 14 de l'ANI prend fin (dans le cas où ce maintien serait supérieur à 6 mois), l'article 4 de la loi Evin n'a pas été modifié. De fait, il convient toujours d'effectuer cette demande dans les 6 mois de la rupture du contrat de travail, même si les droits ne seront mis en œuvre dans le cadre de la loi Evin qu'à l'issue de la période de portabilité.

II. DE LA TRANSFERABILITE A LA PORTABILITE DU DROIT INDIVIDUEL A LA FORMATION

Issu de l'article 14 de l'ANI sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 et repris dans l'ANI du 7 janvier 2009, **la loi du 24 novembre 2009 consacre le dispositif du DIF portable.**

→ Jusqu'alors :

- Un salarié licencié, sauf pour faute grave ou lourde, ou démissionnaire pouvait demander à bénéficier avant la fin de son préavis du solde du DIF acquis et non utilisé pour permettre de financer tout ou partie d'une action de formation, de bilan de compétence ou de VAE (ancien art. L.6323-17)
- Dans la lettre de licenciement, l'employeur devait informer l'employeur de ce droit et notamment qu'il pouvait en bénéficier pendant la période de préavis (en cas de démission, les actions devaient être engagées avant la fin du préavis)

→ D'un dispositif dit de « transférabilité » nous sommes passés avec la loi du 24 novembre 2009 à un dispositif dit de « portabilité » du DIF :

- **plus large que le précédent dispositif** puisqu'il traite du transfert du DIF pendant le préavis mais également après la fin du contrat de travail
- **plus souple que le précédent dispositif** puisque la portabilité du DIF est ouverte pour tout licenciement, y compris en cas de faute grave, à la seule exception de la faute lourde.

Le bénéfice de la portabilité du DIF est ouvert sous certaines conditions qui diffèrent selon qu'il est servi par l'ancien employeur pendant la période de préavis ou après la cessation du contrat de travail

A/ LA PORTABILITE DU DIF PENDANT LE PREAVIS

Dans les hypothèses de rupture du contrat de travail dans lesquelles un préavis doit être respecté, **les règles antérieures de transférabilité du DIF sont en partie reprises avec un certain nombre d'aménagements.**

L'examen des nouvelles règles suppose de distinguer selon qu'il s'agit d'une démission ou d'un licenciement.

1. Quid de la portabilité du DIF en cas de démission

Le nouvel article L. 6323-17, alinéa 3 est assez proche de la rédaction de l'ancien article L. 6323-19 du Code du travail.

Ainsi, comme dans le précédent dispositif, **le salarié peut demander à bénéficier de son droit au DIF sous réserve que l'action de formation soit engagée avant la fin du préavis.**

Dans cette hypothèse, le salarié pourra prétendre :

- à l'**indemnité forfaitaire correspondant au coût de la formation** égale à 9,15 € multiplié par le nombre d'heure de DIF, sauf montant différent défini par accord de branche (cette modification revient à augmenter le montant de la somme due par l'employeur pour près de 80% des salariés puisque seul un salaire à 3 fois le SMIC garantissait un tel montant).
- et pendant la durée du préavis,
 - soit au **maintien du salaire** si l'action de formation se déroule pendant le temps de travail
 - soit au **versement de 50% de la rémunération nette de référence du salarié**, conformément à l'article L. 6321-10 du Code du travail, si la formation se déroule en dehors du temps de travail

Si aucune demande n'est effectuée pendant le préavis ou si cette demande est refusée par l'employeur, les droits acquis au titre du DIF sont perdus, sous réserve des démissions légitimes au regard du régime d'assurance chômage.

2. Quid de la portabilité du DIF en cas de licenciement

Le salarié qui fait l'objet d'un licenciement a le droit de bénéficier de la part de son ancien employeur d'une somme correspondant au solde du nombre d'heures du DIF non utilisées multiplié par un forfait de 9,15 € qui sera pris en charge par l'OPCA dont relève l'entreprise dans laquelle le salarié a été embauché et destinée à financer une action de formation, un bilan de compétence ou une action de VAE (art. L. 6332-14, alinéa 2).

a) Les conditions d'ouverture du droit à la portabilité

Le droit à la portabilité du DIF n'est ouvert qu'en cas :

- de **licenciement non consécutif à une faute lourde**
- **et à condition que le salarié en fait la demande avant la fin du préavis** ; à défaut d'une telle demande la somme n'est pas due par l'employeur

b) La mise en œuvre du DIF

Deux possibilités sont envisageables :

- Soit le salarié réalise son action **pendant le préavis**, ce qui suppose l'accord de l'employeur. Dans ce cas, la formation a obligatoirement lieu pendant le temps de travail entraînant de facto le versement de l'indemnité forfaitaire et le maintien du salaire.
- Soit le salarié **réalise l'action de formation en partie pendant le préavis** (et l'autre partie à l'issue du préavis), ou l'intégralité après le préavis en cas de refus de l'employeur. Dans ce cas, les droits non utilisés pendant le préavis pourront alors être portés soit dans le cadre d'un nouvel emploi, soit lorsque le salarié sera pris en charge par l'assurance chômage dans les conditions de l'article L. 6323-18 du Code du travail ci-après exposé.

Si aucune demande n'est effectuée pendant le préavis, l'indemnité forfaitaire destinée au financement des actions de formation n'est pas due par l'employeur. Dans les autres hypothèses, c'est un OPCA qui devra en supporter la charge.

Finalement ces nouvelles règles d'utilisation du DIF pendant la période de préavis sont assez proches de celles antérieures de transférabilité. L'innovation n'est pas là. Les nouveaux principes de portabilité décrits par l'article L. 6323-18 du Code du travail traduisent la volonté des partenaires sociaux de permettre au salarié de maintenir et d'utiliser le capital formation acquis tout au long de son activité professionnelle, ceci indépendamment de sa situation après la cessation définitive de la relation contractuelle.

3. Quid de la portabilité du DIF en cas de départ à la retraite

En cas départ à la retraite, le salarié perd ses droits acquis au titre du DIF (art. L. 6323-20).

B/ LA PORTABILITE DU DIF APRES LA CESSATION DU CONTRAT

Le salarié peut à l'inverse demander à utiliser ses heures de DIF acquises et non utilisées pour suivre une action de formation, de bilan de compétences ou de VAE après la cessation du contrat de travail (art. L. 6323-18).

Les nouvelles règles élargissent les situations éligibles à la portabilité, tout en créant un double mécanisme selon la situation du salarié après la cessation définitive du contrat de travail.

Rappelons que les principes définis par l'article L. 6323-18 du Code du travail s'appliquent **aux ruptures du contrat de travail non consécutives à une faute lourde ou à l'échéance à terme du contrat qui ouvre droit à une prise en charge de l'assurance chômage** :

- Sont ainsi visés les fins de contrat de travail à durée déterminée, les ruptures conventionnelles, les démissions légitimes qui permettent le bénéfice des allocations d'assurance chômage, les licenciements pour cause réelle et sérieuse, pour faute grave (La loi du 24 novembre 2009 permet ainsi le maintien des droits, y compris en cas de licenciement pour faute grave, alors que la transférabilité issue de la loi du 4 mai 2004 supprimait le DIF dans cette hypothèse).
- Sont également concernés les licenciements pour inaptitude consécutive à un accident du travail ou maladie professionnelle dans lesquels le préavis ne peut s'appliquer.

Le principe demeure le même, les droits sont convertis en une somme correspondant au produit du nombre d'heures de DIF acquis multiplié par 9,15 €.

Toutefois, la prise en charge de cette somme diffère selon que l'intéressé est embauché chez un nouvel employeur ou demandeur d'emploi inscrit au chômage :

1. L'embauche de l'intéressé chez un nouvel employeur

→ L'accord des parties

Dès lors que le salarié a retrouvé un emploi, celui-ci peut demander à son nouvel employeur à utiliser les droits « portés » pendant une **durée de 2 ans suivant cette nouvelle embauche** pour suivre une formation, action de bilan de compétence, VAE après accord de

son employeur, ou sans son accord si ces actions relèvent des priorités d'actions définies par accord collectif de branche ou d'entreprise (art. L. 6323-8) puisque dans ce cas la portabilité est de droit.

Si la formation se déroule pendant le temps de travail le salaire sera maintenu. En revanche, si elle se déroule en dehors du temps de travail, le salarié perçoit l'allocation de formation visée à l'article L. 6321-10 du Code du travail (50% de la rémunération nette).

→ Le désaccord des parties

Lorsque l'employeur et le salarié son en désaccord, l'action pourra malgré tout se dérouler mais sera nécessairement hors du temps de travail. L'indemnité forfaitaire sera due par l'employeur mais pas l'allocation de formation visée à l'article L. 6321-10 du Code du travail.

Au-delà de ces deux années, le salarié ne pourra plus faire valoir la portabilité de ses droits, les droits non utilisés seront définitivement perdus.

Quid du cumul des droits portés avec les nouveaux droits nés chez le nouvel employeur ? Le texte est muet sur ce point. Rien à mon sens ne permet d'exclure ce cumul.

2. L'inscription de l'intéressé au régime d'assurance chômage

Lorsque l'intéressé après sa rupture du contrat de travail est inscrit au régime d'assurance chômage comme demandeur d'emploi, il peut demander à utiliser le solde de son droit au DIF pour financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de VAE ou de formation.

La mobilisation de la somme a lieu en priorité pendant la période de prise en charge de l'intéressé par le régime d'assurance chômage. Elle se fait après avis du référent de Pôle emploi chargé de l'accompagnement de l'intéressé.

Le paiement de la somme est assuré par l'OPCA dont relève la dernière entreprise dans laquelle il a acquis des droits.

Bien que le texte soit muet, si le salarié a retrouvé un emploi pendant la période d'assurance chômage, les droits portés et non utilisés pourront être sollicités auprès du nouvel employeur (dans la période de deux années selon les modalités ci-dessus développées). La portabilité n'est assurée que si l'intéressé redevient salarié ou demeure demandeur d'emploi. S'il exerce une activité non salariée, son droit au DIF est perdu.

C/ UNE PORTABILITE OBLIGATOIREMENT PORTEE A LA CONNAISSANCE DU SALARIE

Le maintien des droits en matière de formation professionnelle suppose que soit mis en place un mécanisme d'information du salarié sur ses droits, information réalisées au moyen de la lettre de licenciement et du certificat de travail.

1. L'information du salarié par le biais de la lettre de licenciement.

Le nouvel article L. 6323-19, à l'instar de ce que prévoyait l'ancien article L. 6323-18 du Code du travail, dispose que la lettre de *licenciement* « *informe le salarié s'il y a lieu de ses droits en matière de DIF* ».

- **S'il s'agit d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse**, la lettre de licenciement précisera le nombre d'heures de DIF, le montant correspondant à la somme forfaitaire permettant le financement des actions de formation et de la possibilité de solliciter ces différents types d'action de formation pendant la durée du préavis
- **S'il s'agit d'un licenciement pour faute grave**, la lettre de licenciement doit comporter la seule mention du nombre d'heures acquises et du montant de la somme forfaitaire en résultant, puisque dans cette hypothèse et en l'absence de préavis, le salarié ne peut exercer ce droit pendant cette période.
- **S'il s'agit d'un licenciement pour motif économique et si le salarié adhère à la CRP**, la lettre de licenciement devra préciser que les droits au DIF, dans la limite de 120 heures, sont doublés (article L. 1233-66 du Code du travail)

2. L'information du salarié par le biais du certificat de travail.

Pour permettre au salarié de bénéficier de ses droits, l'employeur doit faire figurer sur le certificat de travail, les droits acquis au titre du DIF et non utilisés à la fin du contrat ainsi que l'OPCA dont relève l'entreprise (art. L. 6323-17 du Code du travail).

Le décret 2010-64 du 18 janvier 2010 définit les mentions exactes que devra comporter le certificat de travail (art. D. 1234-6 modifié). Ainsi, et outre les mentions classiques (date d'entrée et de sortie, la nature de l'emploi ou des emplois successivement occupés, les périodes auxquelles ils correspondent), le certificat de travail devra mentionner :

- le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisés
- la somme correspondant à ce solde, soit le nombre d'heures de DIF multiplié par 9,15€ (sauf montant différent prévu par accord de branche)
- l'OPCA compétent pour financer les actions de formation réalisées dans le cadre de la portabilité du DIF.

Il ne fait nul doute que la loi du 24 novembre 2009 participe à la déstabilisation d'un édifice déjà fortement fragilisé par les nombreuses évolutions législatives. Le texte laisse subsister de nombreuses interrogations : quid du sort des accords collectifs de branche ayant mis en œuvre le dispositif antérieur de transférabilité ? Qu'elle position adopter lorsqu'un accord de branche impose au nouvel employeur de prendre à sa charge les heures de DIF du salarié démissionnaire ? Cette clause est-elle automatiquement caduque ou continue-t-elle à produire effet dès lors qu'elle apparaît plus favorable que celles nées de la nouvelle loi, celle-ci écartant toute portabilité en cas de démission ?

CONCLUSION GENERALE

Le thème de la formation professionnelle semble emprunter un chemin complexe et d'insécurité juridique ... un peu plus de clarté aurait eu le mérite de participer à son efficacité.

Ne jugeons pas trop vite ce système et attendons de prendre connaissance du bilan dressé par les partenaires sociaux d'ici cet été. Comme toute idée nouvelle, il ne fait nul doute que ce système de portabilité tirera les fruits de l'expérience et se perfectionnera au fil du temps.