

En 2010, attendez-vous à savoir...

Trois chroniques sur le repérage juridique des problèmes pratiques posés par la mise en œuvre opérationnelle de la réforme de la formation

Chronique 1 : les dispositifs de formation

En hommage à Geneviève Tabouis¹, cette première chronique d'une série de trois se propose de vous faire savoir comment peut s'envisager la mise en œuvre de la réforme de la formation professionnelle lorsque l'on passe du texte à l'action, de la loi du 24 novembre 2009 à son application.

La grille de lecture proposée identifie les dispositions qui sont applicables immédiatement, celles qui nécessitent des textes d'application et pour les deux catégories les questions posées par la mise en œuvre des dispositions légales.

Sont abordées dans cette première chronique les dispositions relatives aux modalités d'accès à la formation : plan de formation, droit individuel à la formation, congé individuel de formation et la nouvelle préparation opérationnelle à l'emploi. Une chronique ultérieure abordera la réforme du système paritaire de financement de la formation professionnelle (mise en place du FPSPP – Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels, réforme des OPCA). Une troisième chronique traitera de l'offre de formation avec notamment le passage d'une déclaration d'activité à l'autorisation d'exercer l'activité.

LES DISPOSITIFS D'ACCES A LA FORMATION

La loi apporte des modifications à tous les dispositifs d'accès à la formation des salariés qu'il s'agisse du plan de formation, du droit individuel à la formation ou du congé individuel de formation. Mais elle crée également les actions de préparation opérationnelle à l'emploi qui permettent aux OPCA de cofinancer des actions de formation pour demandeurs d'emploi en vue de répondre à une offre d'emploi identifiée.

Toutes les dispositions légales relatives aux dispositifs d'accès à l'emploi sont applicables immédiatement, les décrets nécessaires à la mise en place de la portabilité du DIF ayant été publiés le 18 janvier dernier.

¹ Dans les années 1960-70, la journaliste Geneviève Tabouis entamait systématiquement ses chroniques sur radio Luxembourg par la formule « Attendez vous à savoir... »

Plan de formation

La loi du 24 novembre 2009 ne supprime pas les trois catégories de formation créées par l'ANI du 5 décembre 2003 et la loi du 4 mai 2004, le nouvel article L. 6321-2 reprenant les actions d'adaptation au poste de travail et les actions liées à l'évolution ou au maintien dans l'emploi qui sont distinguées des actions de développement des compétences. La loi opère donc un regroupement des actions d'adaptation au poste de travail et des actions liées à l'évolution ou au maintien dans l'emploi dans deux cas :

- Pour la présentation du plan de formation au comité d'entreprise ;

Ces deux catégories d'actions devront être différenciées des actions de développement des compétences. Cela revient à distinguer les actions qui correspondent à la qualification du salarié (catégorie I et II) et celles qui vont au-delà de la qualification du salarié (catégorie III). Les premières s'inscrivent dans le cadre de l'obligation de l'entreprise d'adapter le salarié au poste de travail et de veiller à sa capacité à occuper un emploi. Les secondes sont facultatives et peuvent être proposées au salarié qui n'est jamais obligé de les suivre (C. trav., art. L. 6321-1). (Voir chronique AEF dépêche n°120067)

- Pour le régime des formations hors-temps de travail dans le cadre du plan de formation ;

Lorsque la formation relève de l'adaptation au poste de travail ou de l'évolution ou du maintien dans l'emploi, le temps de formation est nécessairement du temps de travail effectif. Si la formation est effectuée en dehors du temps de travail elle est donc génératrice d'heures supplémentaires. A l'inverse, les formations de développement des compétences suivies en dehors du temps de travail ne constituent pas un temps de travail mais un temps particulier de formation qui ouvre droit au versement de l'allocation de formation. Ces solutions ont une grande cohérence juridique : lorsque la formation entre dans le champ du contrat de travail et qu'elle est imposée par l'employeur elle est nécessairement du temps de travail, et lorsque la formation excède le champ du contrat de travail elle requiert l'accord du salarié et demeure du temps personnel avec une indemnisation qui tient compte des efforts fournis par le salarié sur son temps propre.

Concernant les catégories de formation, il faut également préciser que la loi ne fait aucune utilisation de ces catégories en matière de DIF (droit individuel à la formation). Légalement, il est possible de réaliser des formations dans le cadre du DIF sur l'ensemble des catégories d'action (voir la chronique «Trois erreurs et des assignats pour le DIF », dépêche AEF n°122286). Il faut en effet distinguer l'obligation d'adaptation à l'évolution de l'emploi qui pèse sur l'employeur, de la formation d'adaptation qui constitue une simple catégorie pédagogique, ou encore un outil de gestion utile pour la construction du plan de formation

et pour l'imputabilité des dépenses au regard des obligations fiscales et qui n'a pas d'effets juridiques directs sur le contrat individuel de travail. Le périmètre de l'obligation d'adaptation de l'employeur s'apprécie de façon relative pour chaque salarié au regard de sa qualification contractuelle. Il est par conséquent impossible de dire a priori que l'usage du DIF serait incompatible avec une formation ayant pour objet l'évolution de l'emploi du salarié, sous réserve, bien entendu, que la formation choisie relève du droit d'initiative du salarié qui est le critère distinctif du DIF, et non d'une obligation de formation imposée par l'employeur.

Droit individuel à la formation

DIF et licenciement

La nouvelle loi modifie sur trois points les modalités de financement du DIF en cas de licenciement. Tout d'abord, le droit de bénéficier du DIF est ouvert pour tous les licenciements sauf faute lourde, alors que dans le régime précédent les salariés licenciés pour faute grave n'en bénéficiaient pas. Ensuite le salarié peut demander à effectuer la formation pendant le préavis. Dans ce cas, la formation a lieu pendant le temps de travail. Enfin, le montant dû par l'entreprise n'est plus égal à 50 % du salaire net x le crédit DIF, mais à un forfait de 9,15 € x le nombre d'heures de DIF. Cette modification revient à augmenter le montant de la somme due par les entreprises pour près de 80 % des salariés (seul un salaire supérieur à 2,6 SMIC garantissait un tel montant). Cette somme ne peut être utilisée que pour financer une formation, une action de bilan de compétences ou une action de validation des acquis de l'expérience à l'exclusion de tout versement direct au salarié. Si le coût de l'action est supérieur au montant dû par l'entreprise, il demeure à la charge du salarié. L'entreprise doit informer le salarié sur ses droits au DIF dans la lettre de licenciement.

Ce nouveau mécanisme pose plusieurs problèmes pratiques et juridiques. Le premier est la mise en œuvre de ces dispositions en cas de faute grave. La loi reconnaît désormais le droit à solde des droits au DIF en cas de faute grave, mais elle précise que le salarié doit faire sa demande pendant le préavis, dont la faute grave a précisément pour effet de le priver. Aucun des rédacteurs de la loi n'a pensé à mettre en cohérence la nature du droit créé et son régime. Faut-il en conclure, comme le font certains de manière hâtive et quelque peu légère, que n'étant pas applicable, le droit au DIF n'existe pas dans ce cas ? A l'évidence non pour plusieurs raisons. La première est que la volonté de reconnaître le droit au DIF aux salariés licenciés pour faute grave est explicite et ne fait aucun doute. La seconde est que la loi distingue bien deux droits différents qui font l'objet de deux articles distincts et qui renvoient à des cas de rupture différents ainsi qu'à une mise en œuvre de la portabilité différente : le solde des droits au DIF par l'entreprise en cas de licenciement (C. trav., art. L. 6323-17) et la portabilité post contrat financée par un OPCA (C. trav., art. L. 6323-18). Et dans les deux dispositifs le droit est affirmé en cas de licenciement pour faute grave. Impossible donc d'en conclure que faute de pouvoir être mise en œuvre dans le cadre de l'article L. 6323-17 la portabilité doit basculer dans le cadre de l'article L. 6323-18.

Il revient donc aux entreprises de laisser au salarié un délai, qui pourra être la durée du préavis dont il aurait bénéficié en l'absence de faute grave, pour solder ses droits au DIF. C'est d'ailleurs la solution qui est également adoptée en pratique en cas de licenciement pour inaptitude, lequel n'ouvre pas droit au préavis mais ne prive pas du DIF pour autant.

Cette situation peut toutefois générer un problème pratique lié à la remise du certificat de travail. Celui-ci étant établi à la rupture du contrat, comment le modifier ensuite si le salarié use de son droit à DIF avant le délai fixé par l'entreprise ? La meilleure solution semble être de porter sur le certificat une mention telle que : « sous réserve de l'utilisation du droit au DIF avant le délai prévu pour ce faire ». Ce qui permettra à l'OPCA à qui serait éventuellement présenté le certificat de travail pour bénéficier de la portabilité, de vérifier si le budget acquis au titre de la portabilité a été consommé ou non.

Enfin, les nouvelles règles de solde du droit au DIF en cas de licenciement peuvent également poser difficulté en cas de suivi d'une formation pendant le préavis. En effet, le solde des droits se traduit par la mise à disposition d'un budget qui permet de suivre une action de formation, de bilan de compétences ou de VAE, sans considération particulière pour la durée de l'action puisque le droit est transformé en budget. Par exemple, un budget de 915 euros peut être mobilisé intégralement pour financer une formation de 20 heures sans que l'entreprise ne puisse limiter le financement à 20 heures x 9,15 euros. Mais le contraire est également vrai : le salarié peut suivre avec un budget de 915 euros une formation de 150 heures puisque le droit ne dépend plus de la durée de la formation mais a fait l'objet d'une monétarisation. Or, la loi nouvelle créant un droit au suivi de la formation pendant le temps de travail au cours du préavis, il faut en conclure que le salarié bénéficie d'un nouveau droit à l'absence égal au temps nécessaire pour la formation et qui peut éventuellement correspondre à l'intégralité du préavis, sous la seule limite des délais nécessaires pour présenter la demande à l'entreprise.

Portabilité

La loi met en œuvre la portabilité du DIF, qui doit être distinguée de la transférabilité. Relevons ici une évolution et un manque. L'évolution est que là où la loi du 4 mai 2004 parlait de transférabilité (sans pour autant l'organiser), la loi du 24 novembre 2009 introduit la portabilité. Le manque est qu'aucune de ces deux notions ne fait l'objet d'une définition légale qui permettrait d'en fixer précisément la nature et le régime. A défaut, il convient donc de raisonner par analogie et de manière téléologique pour donner une portée juridique concrète à la portabilité et à la transférabilité².

² Le dernier séminaire expert de Circé a tenté d'éclairer la distinction entre ces deux concepts (Dépêche AEF n°126312). Le dossier technique peut être obtenu auprès de Circé.

La portabilité peut être définie 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.

Le mécanisme de la portabilité s'applique aux ruptures de CDI ou fin de CDD qui ouvrent droit à l'assurance chômage, à l'exception de la faute lourde. Sont donc visés les licenciements y compris en cas de faute grave, la rupture conventionnelle du contrat de travail, les fins de contrat à durée déterminée ainsi que les démissions pour lesquelles la convention d'assurance chômage ouvre droit à indemnisation (démissions « justifiées ») ou encore les résiliations judiciaires.

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.

Conditions d'utilisation

La portabilité permet au salarié de disposer d'un budget formation égal au nombre d'heures du crédit DIF x 9,15 €. Cette somme peut être utilisée dans les conditions suivantes :

- Lorsque le salarié en fait la demande auprès d'un nouvel employeur, au cours des deux années suivant son embauche, la somme permet de financer, après accord de l'employeur, tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation.

Lorsque le salarié et l'employeur sont en désaccord, l'action se déroule hors temps de travail et l'allocation de formation n'est pas due par l'employeur. Le financement est assuré par l'OPCA dont relève l'entreprise dans laquelle le salarié est embauché. Cette somme est imputée au titre de la section "professionnalisation", sauf accord de branche ou interprofessionnel prévoyant une imputation au titre du plan de formation.

Cette première version de la portabilité pose plusieurs questions pratiques auxquelles on peut apporter les réponses suivantes.

En premier lieu, les deux années se comptent à partir de l'embauche, sans que la loi ne fixe de condition de délai entre l'acquisition du droit à portabilité et l'embauche. En second lieu, la loi parle « d'un nouvel employeur » et non « du nouvel employeur » ce qui permet d'affirmer que n'est pas concerné uniquement le premier employeur, mais tout employeur ultérieur dès lors que le droit n'a pas été utilisé. Il reviendra à l'OPCA de vérifier si le salarié a déjà, ou non, utilisé son droit à portabilité.

Précisons ici que toute rupture du contrat de travail ouvre droit à mention sur le certificat de travail du solde des heures de DIF. En effet, il n'appartient pas à l'entreprise de décider si la rupture du contrat ouvre droit ou non à portabilité. C'est à l'OPCA auquel sera demandée la prise en charge du droit à portabilité de vérifier si le salarié remplit ou non les conditions pour bénéficier du droit.

Cette vérification nécessitera que l'OPCA détermine si la rupture du contrat de travail ouvrirait droit, ou non, à l'assurance chômage. Cette appréciation nécessitera donc la transmission à l'OPCA de l'attestation ASSEDIC pour qu'il puisse identifier le mode de rupture du contrat. Elle posera problème pour l'appréciation des cas de démission « justifiées » lorsque le salarié ne sera pas passé par Pôle emploi mais aura immédiatement retrouvé un emploi. Sauf à exclure toute démission du droit à la portabilité, mais tel n'est pas le cas des textes légaux et conventionnels qui ouvrent le droit à toute rupture ouvrant droit à l'assurance chômage ce qui revient donc à appliquer l'intégralité des règles du régime d'assurance chômage, il reviendra donc aux OPCA de prendre position sur la nature des démissions de certains salariés.

Quel Paiement par l'OPCA ?

Reste à qualifier la nature du droit à portabilité. Est-ce un droit de créance inconditionnel sur l'OPCA ? Assurément non malgré la formule au présent de l'indicatif de la loi : « le paiement de la somme est assuré par l'OPCA... ».

Le certificat de travail mentionnant le droit à portabilité n'est pas un chèque ou titre de créance que le salarié pourrait se faire payer par l'OPCA sans condition. 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.

- Lorsque le demandeur d'emploi en fait la demande, la somme permet de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience 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.

Dans ce second cas, le paiement de la somme est assuré par l'organisme collecteur paritaire agréé dont relève la dernière entreprise dans laquelle il a acquis des droits. Elle est imputée au titre de la section "professionnalisation", sauf accord de branche ou interprofessionnel prévoyant une imputation au titre du plan de formation.

Sur la portabilité concernant les demandeurs d'emploi, plusieurs remarques. En premier lieu, le droit à portabilité, contrairement à la règle applicable en cas d'embauche, n'est pas limité dans le temps. La période d'indemnisation par l'assurance chômage n'est que « prioritairement » la période de mise en œuvre. En second lieu, Pôle emploi n'est pas décisionnaire mais ne donne qu'un avis, la décision de financement appartenant à l'OPCA. A l'occasion on vérifie par l'avis du référent que le financement ne saurait être automatique, faute de quoi l'avis n'aurait pas de sens. Enfin, la portabilité est distinguée dans ses conditions de la POE qui nécessite un cofinancement entre Pôle emploi et un OPCA. Ici, aucun financement de la formation par Pôle emploi ne conditionne la mise en œuvre de la portabilité. Toutefois, on peut imaginer qu'en cas d'avis favorable du référent, il y aura cofinancement entre Pôle emploi et l'OPCA d'une formation concourant au reclassement. Reste qu'en cas d'avis défavorable de Pôle emploi mais de financement par l'OPCA, il sera nécessaire pour le bénéficiaire du droit à portabilité de suivre la formation dans des conditions qui ne font pas obstacle à la recherche d'emploi faute d'une potentielle remise en cause de son droit à indemnisation par l'assurance chômage. On le constate, la mise en œuvre du dispositif nécessitera une collaboration étroite entre les OPCA et Pôle emploi.

On peut encore noter sur la portabilité qu'elle n'est assurée que si le salarié redevient salarié ou demeure demandeur d'emploi. S'il exerce une activité non salariée, son droit au DIF est perdu. Là encore, la portabilité, réduite aux acquis, ne constitue pas un véritable droit personnel transférable pour le salarié. A ce titre, la portabilité est en retrait par rapport aux accords de branche, et de groupe, qui ont prévu une transférabilité totale ou partielle du DIF. Dans ces branches ou groupes, les deux mécanismes sont d'ailleurs appelés à se combiner. Le salarié bénéficiera d'une transférabilité, c'est-à-dire d'une reprise de ses droits acquis, à titre conventionnel, tout en ayant la possibilité légale de solder ce même crédit auprès de l'OPCA.

Ainsi, un salarié bénéficiant de 100 heures acquises dans son ancienne entreprise et embauché par une nouvelle entreprise tenue par une obligation de transférabilité, aura un droit portable de 915 euros en vertu de la loi tandis que son compteur chez son nouvel employeur redémarrera à 100 heures en application de l'accord. La portabilité donne la possibilité d'obtenir un financement pour une action suivie avec ou sans l'accord du nouvel employeur, le compteur DIF permet de bénéficier du DIF dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire avec l'accord du nouvel employeur.

Il est à noter que les conditions de mise en œuvre du droit ne sont pas exactement les mêmes, notamment en matière de délai, la transférabilité imposant souvent au salarié une information rapide de son nouvel employeur pour une reprise effective de ses droits.

Pour conclure sur la portabilité post contrat, remarquons que le droit à portabilité est bien un budget, dont le montant maximum est de 1098 euros (120 x 9,15 €) qui peut être mobilisé quel que soit la durée de la formation, le nombre d'heures n'étant pas pris en considération pour le financement. En d'autres termes, un salarié peut demander un financement à hauteur du budget disponible, même si la formation choisie excède le nombre d'heures dont il disposait. Tel serait le cas par exemple d'un salarié qui demande à mobiliser 915 euros au titre de la portabilité pour payer une partie des 2 500 euros d'inscription à une formation de 200 heures.

Comme on peut le constater, la portabilité du DIF et le solde des droits au DIF dans le cadre du licenciement posent des problèmes pratiques qui risquent d'entraîner des procédures lourdes à la charge des OPCA pour la vérification des droits et qui exigent des entreprises de mettre en place des procédures nouvelles. Contrairement aux termes mêmes de l'ANI du 7 janvier 2009 qui fait des OPCA les interlocuteurs des entreprises et des FONGECIF les interlocuteurs des salariés, on s'aperçoit ici que les OPCA auront à traiter des demandes individuelles et à informer des salariés et/ou demandeurs d'emploi sur leurs possibilités d'accès à la formation.

Et l'on se permettra de regretter que ni les partenaires sociaux ni le législateur n'aient identifié ces problèmes de mise en œuvre pratique qui peuvent compliquer l'effectivité d'un droit qui de surcroît se heurtera rapidement à la question de son financement. Si tel était le cas, la sortie par le haut d'une telle situation consisterait à reconnaître un droit simple à mettre en œuvre : la transférabilité généralisée du DIF accompagnée d'une portabilité pour les salariés qui ne reprennent pas un emploi salarié. Telle est d'ailleurs la solution qui aurait du prévaloir si l'on avait véritablement suivi l'objectif de simplification affiché par le Gouvernement et les parlementaires.

Congé individuel de formation

La loi permet aux salariés qui souhaitent suivre un CIF (congé individuel de formation) de présenter une demande de financement à un organisme paritaire agréé au titre du financement du CIF sans avoir l'obligation de faire une demande d'autorisation d'absence auprès de son entreprise dès lors que la formation est suivie en dehors du temps de travail. Dans ce cas, l'organisme paritaire assure le financement de tout ou partie des coûts pédagogiques et frais annexes selon ses règles et priorités dont il s'est doté. Pendant le suivi de la formation en dehors du temps de travail, le salarié bénéficie d'une protection contre les accidents du travail et maladies professionnelles.

Cette disposition est notamment destinée à permettre d'orienter prioritairement les fonds des organismes qui financent le CIF vers les coûts pédagogiques et les frais annexes plutôt que vers les salaires et charges qui représentent actuellement plus de 75 % du coût des CIF.

La loi renvoyait à un décret le soin de fixer une durée minimale de formation pour pouvoir bénéficier de cette possibilité de demander le financement du CIF réalisé sans congé.

Le projet de décret soumis aux partenaires sociaux puis au Conseil National de la Formation Professionnelle Tout au Long de la Vie (CNFPTLV) retenait la durée de 150 heures. Cette durée présentait le mérite de permettre une distinction entre le DIF (120 heures maximum légalement) et le CIF (150 heures hors temps de travail). Il n'était pas forcément cohérent avec le droit commun du CIF qui permet de demander un congé à partir de 40 heures et jusqu'à 1200 heures. Au final, la barre a été fixée à 120 heures après arbitrage opéré au sein des cabinets ministériels.

Cette limite ouvre une possibilité plus grande d'accès à la formation pour les salariés, qui n'auront qu'à trouver l'équivalent de 18 jours de formation en dehors du temps de travail, et non 22, pour pouvoir présenter une demande à l'organisme paritaire qui finance le CIF. Par contre, cette limite peut avoir pour effet de créer la confusion entre le CIF et le DIF qui peuvent tous les deux pour des formations de même durée être organisés en dehors du temps de travail.

On pourrait voir là une tentative de rapprochement entre le CIF et le DIF qui est pourtant une impasse quantitative : 16 millions de salariés sont potentiellement bénéficiaires du DIF et seulement 40 000 obtiennent chaque année un financement dans le cadre du CIF. Tout rapprochement entre les deux dispositifs est donc voué à l'échec sauf à augmenter considérablement les ressources affectées au dispositif. Par contre, l'articulation avec le Plan de formation, qui concerne tous les ans 5 millions de salariés est beaucoup plus évidente au plan juridique, même si managerialement elle suppose que les entreprises définissent ce qui relève de la formation imposée et ce qui relève de la formation négociée.

La définition d'une telle ligne de partage entre les dispositifs concerne également les Conseils d'administration des FONGECIF et OPCA agréés au titre du CIF. En effet, le congé individuel de formation était au moins, indépendamment des objectifs du projet de formation, identifié par une demande de congé et une absence du travail. Tel n'est plus le cas aujourd'hui et il est nécessaire pour les gestionnaires des financements du CIF de repenser les modalités d'identification du CIF ce qui aboutira à poser la base des conditions de leur intervention.

Devra également être abordée et réglée, la question de l'articulation des dispositifs entre eux. Par exemple, un salarié qui mobilise son DIF pour une partie de la formation et demande un CIF pour l'autre partie est-il prioritaire ou bien ne l'est-il pas au motif que la formation relève dès lors de la politique de l'entreprise puisqu'elle accepte de financer le projet du salarié ? Les repères habituels en matière de Congé individuel de formation ne sont guère utilisables et doivent être revisités dans de brefs délais.

Préparation opérationnelle à l'emploi (POE)

La préparation opérationnelle à l'emploi permet à un demandeur d'emploi de bénéficier d'une formation nécessaire à l'acquisition des compétences requises pour occuper un

emploi correspondant à une offre déposée par une entreprise auprès de Pôle emploi. L'offre d'emploi est située dans la zone géographique privilégiée définie par le projet personnalisé d'accès à l'emploi du demandeur d'emploi.

À l'issue de la formation, qui est dispensée préalablement à l'entrée dans l'entreprise, le contrat de travail qui peut être conclu par l'employeur et le demandeur d'emploi est un contrat à durée indéterminée, un contrat de professionnalisation à durée indéterminée ou un contrat à durée déterminée d'une durée minimale de douze mois.

Le financement de la formation est assuré par Pôle emploi, un OPCA et/ou le FPSPP.

Si la loi est d'application immédiate et qu'aucun texte supplémentaire n'est attendu pour la mise en œuvre de la POE, celle-ci risque de se heurter à plusieurs problèmes pratiques. Le premier a trait aux cofinancements. La POE ne pourra véritablement fonctionner que lorsque le FPSPP sera mis en place et opérationnel et que Pôle emploi aura défini les conditions de son intervention dans le dispositif. Il sera également nécessaire que les OPCA adoptent une politique en ce domaine, qui sera, on l'imagine, fonction des plus ou moins grandes difficultés de recrutement existant dans les branches professionnelles de leur champ de compétence, et qu'ils décident du montant des ressources affectées à cette politique.

A ces difficultés calendaires liées au partenariat, peuvent s'ajouter des difficultés sur l'application de la mesure. La première résulte de la formule « contrat de travail qui peut être conclu ». Certains en concluent que l'entreprise ne doit souscrire aucun engagement avant la formation. On pourrait au contraire considérer que l'entreprise doit s'engager sur une promesse d'embauche mais qu'elle garde une possibilité d'appréciation de l'acquisition des compétences requises. A défaut, la POE ne pourrait être mise en place. Toute autre interprétation paraît contraire à la lettre de l'article qui vise une offre réelle, accessible au demandeur d'emploi et ne pouvant se traduire que par des types d'embauche identifiés.

Il n'est donc pas possible de conclure de l'emploi du verbe « pouvoir » qu'aucun engagement ne doit être souscrit par l'entreprise et que des POE peuvent être mises en place dans des domaines pour lesquels il existe des offres d'emploi. La POE imposera donc logiquement aux entreprises qui ont déposé les offres d'emploi permettant d'initier sa mise en œuvre de geler leur offre pendant la réalisation de la formation et de limiter leur refus d'embauche à l'incapacité du salarié à acquérir les compétences requises. Un tel mécanisme est déjà celui qui fonctionne dans le cadre des actions de formation préalables à l'embauche, ils ont déjà été mis en œuvre par certains OPCA (le FAF.SAB par exemple qui a financé plusieurs milliers d'action de ce type depuis plusieurs années).

Conclusion

Le premier effet de la loi est de valider les trois dispositifs de formation des salariés (Plan, DIF, CIF) bien que les deux derniers aient fait l'objet de critiques nombreuses pendant les travaux préparatoires de la loi du 24 novembre 2009. Ensuite, il faudra un peu de temps

pour constater à l'épreuve des premières pratiques si la portabilité joue véritablement un rôle dans l'exercice du DIF et notamment si elle est de nature à permettre de solutionner la question de la formation tout au long de la vie indépendamment du statut de l'individu. Enfin, il dépend de l'action conjointe de Pole Emploi et des OPCA, ainsi que du FPSPP, d'assurer le succès de la POE et partant un meilleur accès à l'emploi pour les demandeurs d'emploi. La seconde chronique de cette série : Attendez-vous à savoir en 2010 » consacrée à la mise en œuvre de la loi du 24 novembre 2009, abordera d'ailleurs les questions de la réforme des financements paritaires, de la mise en place du FPSPP et de la réforme des OPCA.

Jean-Marie Luttringer/Jean-Pierre Willems – Janvier 2010

Lire aussi dans les chroniques précédentes :

- La déferlante de la labellisation dans le domaine de la formation et de l'orientation (Dépêche AEF n°126207)
- Deux révolutions et des assignats pour le DIF (Dépêche AEF n°122286)
- Pourquoi la formation doit s'accrocher aux branches et pour quoi la réciproque n'est pas vraie (Dépêche AEF n°121999)
- Sens et cohérence de la loi en cours d'adoption portant réforme de la formation tout au long de la vie (Dépêche AEF n°120067)
- Le nouveau temps du CIF : un congé sans absence (Dépêche AEF n°113399)
- De l'art de légiférer en matière de formation tout au long de la vie (Dépêche AEF n°111069)
- L'ANI du 7 janvier 2009 : un grand pas vers l'autonomie conventionnelle (Dépêche AEF n°107541)