



Chronique 86 : le financement de la formation professionnelle par les entreprises : le fiscal, le conventionnel, le volontaire. À l'écoute des silences de la loi

1. Le nouvel article L.6332-1-2 du code du travail ouvre la voie à des « contributions conventionnelles supplémentaires » ainsi qu'à des versements sur « une base volontaire » par l'entreprise

Cet article est ainsi rédigé : « *Les organismes paritaires agréés pour collecter la contribution mentionnée au chapitre I peuvent collecter des contributions supplémentaires ayant pour objet le développement de la formation professionnelle continue. Ces contributions sont soit versées en application d'un accord professionnel national conclu entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés et mutualisés dès réception par l'organisme, soit versées sur une base volontaire par l'entreprise. Elles font l'objet d'un suivi comptable distinct.* »

Ni la qualification ni le régime juridique de ces contributions conventionnelles n'ont été précisés par la loi. Sous l'empire de la loi ancienne l'administration considérait qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre les contributions légales de nature fiscale et les contributions conventionnelles, dès lors qu'elles sont collectées et gérées par un OPCA. Voici en quels termes cette doctrine a été exprimée dans le « Questions-Réponses » du 6 mai 2011 (questions 4-3 à 4-5) : « *En matière de formation professionnelle, la loi a prévu que les entreprises doivent consacrer un pourcentage minimum de leur masse salariale à la réalisation de dépenses de formation (...).*

« *À ce titre, les partenaires sociaux peuvent prévoir des contributions conventionnelles dans la mesure où celles-ci sont conformes au cadre légal et réglementaire et financent bien les dispositifs contenus dans celui-ci.*

« *Un accord ou une convention prévoyant la création d'une contribution, au titre de développement de la formation professionnelle continue, pour un objet différent de ceux prévus par la législation applicable, ne peut être étendu et donc rendu opposable aux employeurs de son champ. En effet, dans un tel cas, l'obligation conventionnelle*

L'Innovation juridique au service de vos projets

nouvellement créée, de nature différente de la contribution prévue par le code du travail, constitue une imposition de toute nature créée par voie d'accord collectif. Or, l'article 34 de la constitution prévoit qu'une telle disposition relève du champ législatif. Dans ce cas, les partenaires sociaux ne peuvent aller au-delà de leur compétence en créant une contribution sociale sur les salaires. »

« En effet, il ne peut être entendu par contribution conventionnelle que la fixation d'un taux supérieur au minimum légal et donc de stipulations « in melius », en vertu du principe de faveur prévu à l'article L.2252-1, destiné au financement des dispositifs prévus par le code du travail. »

Cette doctrine est discutable à plusieurs égards. Tout d'abord, en s'appuyant sur la notion « de contribution de toute nature », la DGEFP a en fait assimilé les contributions conventionnelles aux contributions fiscales. Ce raisonnement pouvait à la rigueur se défendre si les contributions conventionnelles avaient été instituées par un accord national interprofessionnel rendu obligatoire par la loi, comme c'est le cas pour l'assurance-chômage ou les retraites complémentaires. La question était alors celle de l'appréciation de la totalité des charges qui pèsent sur les entreprises. Mais dès lors qu'il s'agit d'une contribution instituée par un accord collectif de branche au profit des seuls salariés relevant de cet accord ce raisonnement ne vaut pas. Il faut alors se référer à la notion de garantie sociale au sens du code du travail (article L.2221-1) et non pas à la notion de garantie collective au sens du code de la sécurité sociale.

En second lieu, au cas où un contrôle conduisait à une sanction fiscale entraînant au reversement au trésor public cette sanction était calculée indifféremment de la qualification de la ressource, fiscale ou conventionnelle en contradiction avec la jurisprudence du conseil d'État qui dans un arrêt du 30/12/2002 concernant le financement du FAF des médecins alimenté par des contributions obligatoires et des cotisations conventionnelles avait considéré que les excédents du FAF résultant de cotisations conventionnelles n'ont pas à être reversées au trésor public. Des ressources relevant du droit privé ne peuvent être soumises à une sanction fiscale.

Enfin elle méconnaît le principe de l'autonomie contractuelle qui est au fondement même du droit des salariés à la négociation collective.

L'insécurité juridique instaurée par cette position a vraisemblablement eu pour effet dommageable de freiner l'initiative des partenaires sociaux dans ce domaine.

2. Les dispositions de l'Ani du 14 décembre 2013 reprises par la loi n'ont pas pour objet de recréer une contribution fiscale.

En effet aussi bien les partenaires sociaux que le législateur qui les a suivis sur ce point, ont clairement exprimé leur intention de réduire la contribution fiscale qui pèse sur les entreprises par la suppression du 0,9. La possibilité pour l'OPCA de collecter et de gérer des contributions supplémentaires instituées par un accord de branche ne saurait être interprétée comme un « retour » du fiscal mais comme un renvoi à l'autonomie contractuelle, par ailleurs souhaitée par le président de la République.

À travers l'autonomie contractuelle s'exprime le droit des salariés à la négociation collective notamment sur la formation professionnelle et sur leurs garanties sociales (article L.2221-1 du code du travail). L'acte juridique en vertu duquel « une délégation de collecte et de gestion des contributions conventionnelles supplémentaires » est confiée à un OPCA est bien un accord collectif de travail (à la différence de l'accord constitutif de l'OPCA qui n'a pas cette même qualification.) Il doit par conséquent en suivre le régime aussi bien au regard de la procédure de négociation, de la définition de son champ d'application que des formalités de dépôt et de la procédure d'extension. En revanche, le fait générateur « des versements volontaires » effectués par une entreprise n'est pas de même nature (voir plus loin). La nouvelle loi autorise l'OPCA à collecter et à gérer ce type de contributions.

Si l'on admet comme premier postulat qu'il s'agit bien d'un accord collectif de travail, la question est alors de savoir **quel est son objet**. Celui-ci est défini de manière sommaire par la loi à savoir : **le développement de la formation professionnelle continue**. Cette formulation, il faut le remarquer n'est pas celle retenue par l'accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013 qui dans son article 38 assigne aux contributions des entreprises instituées par voie d'accord collectif de branche comme finalité « de faciliter le financement du plan de formation des entreprises ».

Or le plan de formation de l'entreprise est décidé par l'employeur. La participation du salarié à une action de formation dans le cadre du plan de formation est une obligation, et non un droit. Le financement du plan de formation par une contribution mutualisée ne peut donc pas être qualifié de « garanties sociales ». Ce qui ne signifie pas qu'une formation suivie dans ce contexte par le salarié ne puisse lui être bénéfique ainsi de l'entreprise.

Si ce n'est un financement complémentaire au titre du plan de formation quelle est alors l'objet de la négociation de branche ? Si l'on admet comme second postulat, qu'un accord collectif de travail a pour objet d'instituer des avantages (garanties sociales) au profit des salariés relevant de son champ d'application, ces garanties doivent alors être définies avec précision par cet accord. Elles sont d'abord individuelles et accessibles selon des conditions définies par le même pour chaque salarié. Mais elles peuvent également être collectives. En voici quelques illustrations : un abondement au titre du CPF (compte personnel de formation), un complément de rémunération au titre du CIF (congé individuel de formation),

un niveau de rémunération du salarié en contrat de professionnalisation ou d'apprentissage supérieur légal, une prime en cas d'obtention d'une certification.... Ces « avantages » « garanties sociales » individuelles complémentaires n'ont pas tous vocation à être collectées mutualisées et redistribuées par un OPCA ou un OPACIF. L'objectif est en effet de contribuer au développement de la formation professionnelle continue des salariés sans pour autant accroître nécessairement les ressources des OPCA globalement réduites du fait de la suppression du 0,9. Les divers abondements rendus possible par la loi au titre du compte personnel de formation apportent une illustration à cette analyse. Tous ne transitent pas par l'OPCA. Ou bien l'accord rend obligatoire le financement direct par l'employeur ou bien il institue contribution supplémentaire à verser à l'OPCA.

On peut également imaginer que ces garanties soient collectives et inscrites dans des plans d'action négociés au niveau de la branche sur des objectifs considérés comme prioritaires pour les partenaires sociaux : accès un premier niveau de qualification, lutte contre l'illettrisme, anticipation du risque d'inemployabilité, financement via les FONGECIF et les OPACIF du CEP (conseil en évolution professionnelle)... En tous les cas les accords de branche devront préciser les conditions d'ouverture de droits au bénéfice des salariés qui relèvent de son champ d'application. Il appartiendra alors à l'OPCA d'en gérer la mise en œuvre sous le contrôle de la branche.

3. Nature juridique de la contribution conventionnelle supplémentaire.

Dès lors qu'est écartée la qualification fiscale de la contribution conventionnelle supplémentaire, ainsi que le régime juridique qui en découle s'impose la nécessité d'opter pour une qualification et un régime juridique alternatif. Le silence de la loi n'est pas total sur cette question puisqu'elle a laissé subsister à travers l'article L.6332-8 du code du travail relatif au fonds d'assurance formation un support juridique possible. Ce texte trouve son origine dans une loi du 31 décembre 1968, c'est-à-dire bien antérieur à l'instauration de l'obligation fiscale en 1971. Il était conçu pour assurer le financement des fonds d'assurance formation.

« Sous réserve que le fonds d'assurance formation ait une personnalité distincte de celle de l'entreprise et que celle-ci ne conserve pas la propriété et la disposition des sommes qui lui sont versées, les contributions à la charge des employeurs ne sont passibles ni des cotisations de sécurité sociale ni, le cas échéant, de la taxe sur les salaires. Sous les mêmes conditions, elles sont déductibles pour l'établissement de l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou de l'impôt sur les sociétés dû par les employeurs. »

C'est en quelque sorte un retour aux sources de la philosophie de l'assurance formation qui conserve tout son sens dès lors que la formation est considérée comme « une garantie sociale » accessible à tout salarié et conçue pour prévenir l'obsolescence des connaissances et l'inemployabilité qui peut en résulter. N'est-ce pas le sens de la réforme de la formation

qui s'inscrit dans la filiation de la loi sur la sécurisation de l'emploi qui vise à donner « au salarié acteur » des moyens financiers et des outils juridiques pour l'accompagner dans les mobilités choisies ou contraintes ?

Cependant le recours à ce texte, à l'origine applicable aux seuls fonds d'assurance formation doit être généralisé pour englober les OPCA et surtout des précisions doivent être apportées sans doute par la loi concernant le régime fiscal et social, conçu en 1968, qui lui est applicable aujourd'hui. Ainsi faudrait-il préciser que cette contribution qui d'ores et déjà n'est pas soumise aux cotisations de sécurité sociale ni à l'impôt sur les sociétés est également exonérée des cotisations conventionnelles (retraite complémentaire, assurance-chômage prévoyance, à la CSG), à défaut de quoi elle manquerait d'attractivité.

4. Les versements volontaires

Le même article L.6332-1-2 du code du travail qui autorise les OPCA à collecter des contributions supplémentaires instituées par accord de branche, ayant pour objet le développement de la formation professionnelle continue, les autorise à collecter des contributions « **versées sur une base volontaire par l'entreprise** ». Là encore la loi est muette sur la qualification juridique à retenir. Deux qualifications peuvent d'emblée être écartées, celle d'un dépôt bancaire à la disposition de l'entreprise déposante incompatible avec l'objet social d'un OPCA, et celle d'un « don ». À défaut d'un régime fiscal attractif on ne voit pas quel serait l'intérêt de l'entreprise, des lors que ce don rentrerait dans la mutualisation qui est de règles pour les OPCA.

En effet toutes les sommes collectées et gérées par OPCA sont en principe mutualisées au premier euro. Par ailleurs il ne peut, par définition même s'agir de contributions qui revêtiraient une qualification fiscale ni celle d'une cotisation sociale obligatoire. Il ne pourrait pas davantage s'agir d'un versement ayant pour objet l'achat d'une prestation délivrée par l'OPCA. Si tel était le cas les entreprises « adhérentes à l'OPCA » deviendraient ses clientes et la fourniture de prestations s'analyserait comme des actes commerciaux. Au-delà d'un certain volume d'activité « commerciale » la présomption de non lucrativité qui est reconnue aux OPCA, ainsi d'ailleurs qu'aux OPACIF et aux FAF (Fonds d'assurance formation), à raison de leur statut et leur objet social pourrait, être mise en cause par les services fiscaux. Leur activité commerciale, en raison de sa proximité avec OPCA bénéficiaires de ressources obligatoires légales, leur ferait au surplus courir de sérieux risques de distorsion de concurrence.

Rien n'interdit bien entendu aux partenaires sociaux fondateurs d'un cas ou d'un fonds d'assurance formation de créer s'ils le souhaitent une structure parallèle dédiée à la vente de prestations de services et obéissant à un régime commercial. Mais ils sortiraient alors du droit des salariés à la négociation collective de la formation professionnelle et de garanties sociales pour devenir des opérateurs sur un marché concurrentiel.

Reste le recours à l'adage selon lequel « l'accessoire suit le principal ». Dans le cas où un accord collectif instituerait une contribution conventionnelle obligatoire, il serait possible que ce même accord recommande en outre aux entreprises relevant de son champ de passion, de faire des versements volontaires pour compléter les ressources disponibles devant financer les garanties sociales instituées par l'accord. L'employeur qui accepte de faire un versement volontaire dans ce cadre devra accepter que ce versement soit mutualisé au bénéfice des entreprises de sa branche, avec les contributions conventionnelles obligatoires.

Dans ce scénario, les versements volontaires étant arrimés à l'existence d'un accord de branche (ou multi branche...) prévoyant une contribution supplémentaire, seuls les OPCA désignés pour gérer cet accord de branche pourraient percevoir les versements volontaires. L'ancien principe de libre choix de l'OPCA par l'entreprise pour une partie si minime soit-elle des obligations légales et conventionnelles de l'entreprise (en contrepartie d'un reçu libératoire de nature fiscale) devient caduc mettant ainsi fin à la concurrence artificielle entre OPCA, notamment les OPCA interprofessionnels.

Par ailleurs, cette question « du versement volontaire » par l'entreprise ne doit pas être confondue avec la question du versement de la contribution légale obligatoire (1 %) due par les entreprises ne relevant pas d'un accord de branche. « À défaut d'accord de branche », la loi leur donne la possibilité de choisir entre l'un des deux OPCA interprofessionnels. Ce qui au demeurant est une formule fort critiquable notamment pour des employeurs qui par nature ne seront jamais organisés en branche professionnelle tels que les syndicats, les partis politiques, les églises, les associations culturelles le comité d'entre etc. Ici le principe du libre choix de l'OPCA trouverait son sens des lors que ces employeurs ne relèvent par nature d'aucun champ conventionnel, ni professionnel ni interprofessionnel.

5. Conclusion

L'intention exprimée (sans ambiguïté ?) par ceux des partenaires sociaux signataires de l'ANI en leur qualité de « pré législateur » et par le législateur lui-même, était bien de réduire la contribution fiscale à un versement unique mutualisé au premier euro et versé à un seul OPCA. La possibilité d'instituer par voie d'accord de branche « des contributions supplémentaires » et de laisser à l'entreprise la possibilité d'effectuer « des versements volontaires » ne saurait être interprétée comme un retour du fiscal sous d'autres formes, pour maintenir en l'état la capacité de financement des OPCA, mais bien comme un espace ouvert à l'autonomie contractuelle. Celle-ci est prioritairement invitée par la loi à s'investir dans la sécurisation des parcours individuels grâce au compte personnel de formation, à l'entretien professionnel et au conseil en évolution professionnelle, ces trois dispositifs « faisant système ». C'est à l'effectivité de ces nouveaux droits personnels que les contributions supplémentaires négociées au niveau des branches doivent prioritairement

contribuer. Il s'agit par conséquent de garanties sociales dont certaines peuvent être assurées directement par l'entreprise et d'autres par les OPCA et les OPACIF.

Dès lors, la doctrine de l'administration consistant à assimiler contribution fiscale et conventionnelle est obsolète. Les OPCA et les fonds d'assurance formation sont désormais habilités à collecter et à gérer selon des règles spécifiques mais dans le respect du principe commun de mutualisation, des contributions de nature fiscale et des contributions de nature conventionnelle. Les deux ont le même objet à savoir le développement de la formation professionnelle continue telle qu'elle est définie par le code du travail. Cependant le régime juridique et notamment les sanctions en cas de non-respect des règles d'affectation ne sauraient être les mêmes. Les unes relèvent du droit fiscal les autres du droit privé. Les règles de gestion interne de l'OPCA et des FAF devront en conséquence être modifiées.

Les divers accords de branche qui instituent aujourd'hui des contributions conventionnelles collectées et gérées par un OPCA devront être révisés pour tenir compte du nouveau contexte juridique créé par la loi du 5 mars 2014 en particulier l'évolution **du droit de la formation vers le droit à la formation**, c'est-à-dire attaché à la personne. Ces accords devront préciser quelles garanties, directes ou indirectes ils instituent au profit des salariés relevant de leur champ d'application. Il n'est pas dans leur vocation d'assurer un financement indifférencié du plan de formation de l'entreprise qui demeure un attribut du chef d'entreprise.

En raison de la nouveauté de la situation et des silences de la loi, il serait utile que l'administration (DGEFP et DGT) fasse connaître au plus tôt sa doctrine en la matière afin que les négociations de branche ayant pour objet des contributions supplémentaires, des abondements au compte personnel de formation, et des versements volontaires des entreprises puissent s'engager avec toute la sécurité juridique nécessaire. Une interprétation des silences de la loi par les partenaires sociaux (CPNFP et FPSPP) serait également bienvenue.

Jean-Marie Luttringer. 16/3/2014.
Site : jml-conseil.fr