



Jean-Marie Luttringer *C o n s e i l*
Droit et Politiques de Formation

11 Jardins Boieldieu 92800 PUTEAUX Tel : 06.15.10.47.37

« Modalités et incidences d'un passage d'une obligation fiscale à une obligation conventionnelle en matière de formation professionnelle continue »

Etude juridique exploratoire - 2008

Etude réalisée sous la direction de
Jean-Marie Luttringer, Expert en droit et
Politique de Formation

Avec la participation de :

- Arnold BRUM, Consultant
- Julie LAMADON, Avocate, Cabinet Barthélémy
- Carine SEILER, Consultante, Circé Consultants
- David SOLDINI, Enseignant Chercheur,
Université Paris I
- Jean-Pierre WILLEMS, Consultant

Problématique de l'étude

Dans le cadre du processus de réforme engagé en 2008, JML conseil a réalisé une étude en partenariat avec d'autres experts, relative aux modalités et aux incidences d'un passage d'une obligation fiscale à une obligation conventionnelle en matière de formation professionnelle continue.

L'étude identifie les contraintes juridiques majeures et propose des scénarios argumentés, en terme d'avantages et d'inconvénients par rapport à la situation actuelle, et en terme de faisabilité juridique, technique et de gestion.

La substitution peut être soit intégrale, soit partielle dans le cas par exemple où la négociation d'entreprise sur la formation pourrait avoir pour effet d'exonérer l'employeur de l'obligation légale, en étant lié par un régime conventionnel.

SOMMAIRE

INTRODUCTION : ESSAI DE PROBLÉMATIQUE	8
A.1 Pourquoi ouvrir un débat sur la qualification fiscale ou conventionnelle des ressources affectées à la formation des salariés	8
A.2 Scénarios pour une nouvelle approche du financement par les entreprises et/ou les salariés.....	13
A.2.1 Fondements des scénarios	13
A.2.2 Coexistence de deux logiques : investissement et garantie sociale	13
A.2.3 Les évolutions du droit de la formation et de la négociation collective	14
A.2.4 Le choix des scénarios	14
A.2.5 Scénario 1 : Elargissement de l'autonomie contractuelle dans le cadre d'une ressource de nature fiscale.....	15
A.2.6 Scénario 2 et 3 : Substitution d'une contribution conventionnelle à l'obligation légale de financement de la formation.....	18

Chapitre I L'état du débat sur la transformation de l'obligation fiscale en obligation conventionnelle : Verbatim – Carine Seiler

A ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA TRANSFORMATION DU RÉGIME FISCAL EN RÉGIME CONVENTIONNEL.....	24
A.3 Critiques du système existant.....	24
A.3.1 Critique 1. Il s'agit d'une obligation de payer et non de former.....	24
A.3.2 Critique 2. La notion de formation imputable est rigide et non adaptée à la réalité	24
A.3.3 Critique 3. Elle est sans effet sur l'effort financier des entreprises dans la mesure où les taux de participation des entreprises lui sont supérieurs.....	24
A.3.4 Critique 4. Elle constitue un des éléments du fonctionnement du système de formation en tuyau d'orgue	25
A.3.5 Critique 5. Elle est inadaptée aux petites entreprises	25
A.4 Avantages attendus de la création d'un système conventionnel	26
A.4.1 La disparition de la notion d'imputabilité	26
A.4.2 La définition d'objectifs qualitatifs et de priorités à la place d'une obligation de dépenses.....	27
B UN CONSENSUS POUR LE MAINTIEN D'UNE OBLIGATION DE FINANCEMENT ... DONT LA NATURE POURRAIT ÊTRE DISCUTÉE POUR CERTAINS	29
B.1 Un consensus pour le maintien d'une obligation de financement	29
B.2 ... dont la nature pourrait être discutée.....	30
C LES RISQUES DE LA SUPPRESSION DE L'OBLIGATION LÉGALE.....	31
C.1 Risque 1 : faire reculer de l'effort de formation des entreprises.....	31

C.2	Risque 2 : destabiliser les opca au moment où on affirme la nécessité d'accentuer leur démarche de service aux entreprises	32
C.3	Risque 3 : destabiliser le système de gestion de la formation par les partenaires sociaux.....	32
C.4	Risque 4 : faire disparaître l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur la formation créée par la loi	32
D	LES RISQUES DE LA TRANSFORMATION DE L'OBLIGATION FISCALE EN OBLIGATION CONVENTIONNELLE	33
D.1	Risque 1 : pénaliser les PME	34
D.2	Risque 2 : renforcer les disparités des règles applicables selon les branches professionnelles	34
D.3	Risque 3 : Donner aux OPCA une charge administrative supplémentaire	34
E	QUELQUES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE ENVISAGÉES	35
E.1	Des expérimentations avant toute généralisation	35
E.2	Une obligation de négocier sur la formation.....	35
E.3	Une obligation fiscale maintenue seulement pour Les actions de formation qui dépassent les intérêts des seules entreprises.....	35
F	CONCLUSION : QUELQUES INTERROGATIONS MAJEURES AUXQUELLES RÉPONDRE SI L'ON ENVISAGE LE PASSAGE DU FISCAL AU CONVENTIONNEL	38
G	ANNEXE : LES SOURCES RÉFÉRENCÉES SUR LE THÈME DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE	39

Chapitre II Approche comparative internationale et européenne – David Soldini

INTRODUCTION.....	42
A CATÉGORISATION DES MODÈLES DE FINANCEMENT	43
B. DIVERSITÉ DES MODÈLES DU POINT DE VUE JURIDIQUE	44
Modes de financement des fonds sectoriels dans six Etats européens.....	45
Tableau récapitulatif de différentes expériences nationales	47
C EXEMPLES NATIONAUX DE FONDS SECTORIELS POUR LA FORMATION EN EUROPE.....	48
C.1 Belgique	48
C.2 Italie.....	48
C.3 Pays Bas	49
D LE MODÈLE ESPAGNOL : LA FONDATION TRIPARTITE POUR LA FORMATION ET L'EMPLOI.....	50
E LA SPÉCIFICITÉ DU MODÈLE ALLEMAND : PRÉFINANCEMENT PRIVÉ ET REFINANCEMENT PUBLIC.....	50
La création du plan épargne formation en Allemagne.....	53

F	BIBLIOGRAPHIE.....	58
----------	---------------------------	-----------

Chapitre III Conséquence de la nature fiscale de la contribution en financement de la formation professionnelle continue - JP Willems

A	IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LA STRUCTURATION DU DROIT DE LA FORMATION.....	64
A.1	Obligation d’avoir une définition légale de la formation professionnelle.....	64
A.1.1	L’imputabilité : définition des actions et coûts déductibles	64
A.1.2	La mise en œuvre des dispositifs d’accès à la formation	66
A.1.3	Les critères de l’action de formation	66
A.2	Articulation d’une obligation fiscale avec la négociation collective.....	67
A.2.1	Des marges réduites à l’intérieur du champ fiscal.....	67
A.2.2	Une négociation aux marges du fiscal	68
A.2.3	Des incitations à la négociation collective.....	69
A.3	Impact sur le paritarisme	69
A.3.1	Un paritarisme de gestion et de contrôle	69
A.3.2	Un conflit de légitimités.....	70
A.4	Une déconnection entre droit social et droit fiscal	71
A.4.1	Une différence de nature	71
A.4.2	Une déconnection croissante.....	72
B	IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LE FINANCEMENT DE LA FORMATION	73
B.1	Une contribution fiscale à la charge de l’entreprise	73
B.1.1	La nature fiscale n’impose pas un financement par l’entreprise	73
B.1.2	La nature fiscale influe sur l’utilisation des financements.....	74
B.2	Une affectation réglementaire des fonds	74
B.2.1	La définition des versements libératoires.....	75
B.2.2	La prédétermination des affectations.....	75
B.3	Une gestion déléguée.....	75
B.3.1	La délégation de collecte.....	75
B.3.2	La redistribution : du contrôle des dépenses à l’accès à la ressource.....	76
B.4	Un contrôle fiscal.....	76
B.4.1	De nature quantitative	76
B.4.2	De faible ampleur et de peu d’intérêt	76
C	IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LES OPCA	77
C.1	Création des OPCA.....	77
C.2	Le rôle de l’OPCA est centré sur la conformité réglementaire	78

C.3	La régulation financière sur le Fonds unique de péréquation (FUP)	78
D	IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR L'ENTREPRISE..	79
D.1	Gestion de l'imputabilité.....	79
D.2	Comptabilisation fiscale des coûts.....	80
D.3	Prédominance d'une logique de consommation sur une logique d'objectifs	80
D.3.1	Les catégories visent des objectifs, pas l'approche fiscale	81
D.3.2	L'approche fiscale est purement quantitative.....	81
D.4	Le rôle du CE	81
D.4.1	L'absence de consultation du CE est sanctionnée par une pénalité fiscale	81
D.4.2	Le comité d'entreprise doit valider les formations internes pour leur imputabilité fiscale.....	81
E	IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LE MARCHÉ DE LA FORMATION.....	82
E.1	Création de règles spécifiques à l'activité de formation.....	82
E.2	Risques juridiques liés aux incertitudes sur l'imputabilité.....	83
	CONCLUSION.....	83

Chapitre IV Scénario 1 : Elargissement de l'autonomie conventionnelle dans le cadre d'une ressource de nature fiscale - Julie Lamadon et JM Luttringer

A	JUSTIFICATION DU SCÉNARIO.....	90
A.1	Une tendance régulièrement évoquée.....	90
A.2	Évolution du droit et des pratiques de formation.....	91
A.3	Évolution des règles du « dialogue social »	91
B	FAISABILITÉ JURIDIQUE D'UN ACCORD DE BRANCHE ET/OU D'ENTREPRISE DÉROGATOIRE EMPORTANT EXONÉRATION DE L'OBLIGATION « FISCALE » DE FINANCEMENT AU TITRE DU 0,9 (PLAN DE FORMATION).....	92
B.1	Questions relatives au droit de la formation.....	93
B.2	Questions liées au droit de la négociation collective	94
B.3	Les sanctions	97

Chapitre V Scénario N°2 : ANI instituant un droit à la formation - Arnold Brum

A	LE CHAMP D'APPLICATION D'UN ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL CRÉANT UNE GARANTIE SOCIALE	103
A.1	L'élargissement d'un ANI selon la procédure du code du travail.....	103

A.2	L'élargissement d'un ANI par la loi.	105
B	LA NATURE DES GARANTIES SOCIALES CRÉES PAR UN ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL.....	106
B.1	La définition des avantages garantis aux salariés.	106
B.2	L'organisme gestionnaire des garanties sociales est une entreprise.....	108

Chapitre VI Scénario N°3 : ANI organisant la gestion – Arnold Brum

A	LE CHAMP D'APPLICATION DES ACCORDS DE SÉCURITÉ SOCIALE ORGANISANT UN « RÉGIME ».....	113
A.1	Les accords instituant un régime de retraite complémentaire.	113
A.2	L'accord organisant l'assurance chômage.....	114
A.3	L'hypothèse d'un accord pour financer la formation.	115
B	LA MISSION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL D'ORGANISER UN « RÉGIME DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE ».....	117
B.1	La loi doit ériger le droit à la formation en droit légalement garanti.....	117
B.2	La loi doit définir le cadre dans lequel le droit à la formation est garanti....	119

Introduction : Essai de problématique

A.1 Pourquoi ouvrir un débat sur la qualification fiscale ou conventionnelle des ressources affectées à la formation des salariés

1. La réflexion ouverte par l'ANI du 5 décembre 2003 sur les modalités et les incidences du passage de l'actuelle obligation de financement de la formation de nature fiscale, en obligation de nature conventionnelle, n'a pas été conduite jusqu'à son terme (article 12-1 « *Les parties signataires du présent accord considèrent que le développement de la formation professionnelle continue peut être favorisé par une plus grande autonomie des partenaires sociaux dans la définition des objectifs de la formation professionnelle et dans l'affectation des moyens qui leur sont consacrés. Dans cette perspective, elles décident de procéder le 31 décembre 2004 au plus tard, à l'examen des modalités et des incidences d'un passage d'une obligation fiscale à une obligation conventionnelle en matière de formation professionnelle continue* »). Cette question a donné lieu à des échanges de points de vue et à des prises de positions dans la phase de concertation préparatoire à la réforme. Elle est évoquée dans le rapport « Ferracci » et figure dans le document d'orientation gouvernementale de juillet 2008 « *La négociation interprofessionnelle devra notamment aborder les thèmes suivants : (---) Le niveau pertinent d'une obligation légale sur l'ensemble de ces voies d'accès, voire l'intérêt d'une suppression totale ou partielle d'obligation légale en la matière, au bénéfice d'une obligation négociée librement entre les partenaires sociaux dans les branches et les entreprises* ».

2. L'ANI du 7 janvier 2009 ne reprend pas cette orientation gouvernementale dans sa version finale. Une version intermédiaire du projet l'abordait cependant en proposant une approche expérimentale articulée sur la négociation d'un accord de branche qui était habilité à définir les conditions dans lesquelles les formations prévues pourraient être exonératoires de l'obligation de participation au financement de la formation professionnelle continue au titre du plan de formation. Ces expérimentations, était-il précisé, peuvent contribuer à apporter des éléments de réponse sur la pertinence, la nature et le niveau d'une obligation de contribution de l'employeur au financement de la formation professionnelle continue. Cette ouverture, fondée sur une approche expérimentale pragmatique, ne figure plus dans la version finale de l'ANI du 7 janvier 2009 qui cependant reprend partiellement dans son article 5, la formulation de l'ANI du 5 décembre 2003.

3. A ce jour, le dossier n'a pas été instruit au fond, ni sous l'angle de l'opportunité ni sous celui de la faisabilité juridique. Les points de vue exprimés par les différents acteurs du système de formation, bien qu'ils ne reposent sur aucune étude méthodique, présentent toutefois l'intérêt d'un questionnement légitime auquel toute étude d'opportunité et de faisabilité consacrée à ce sujet devra répondre. Elles peuvent être résumées dans les termes suivants développés dans le chapitre 1^{er} du rapport d'étude :

- un intérêt unanimement partagé pour un mécanisme de financement obligatoire, applicable à toutes les entreprises du secteur privé, pérenne, visant à encourager les entreprises à « investir » en formation pour leur compétitivité et pour la professionnalisation de leurs salariés, et à permettre la mutualisation d'une partie des ressources ainsi dégagées.
- Une critique formulée surtout par les grandes entreprises « formatrices », des effets sclérosants du système actuel fondé sur une obligation de nature fiscale, utile dans les années de lancement du système de formation, mais aujourd'hui contre productif, en ce qu'il ne prend pas en compte la réalité socio-économique de la formation dans les entreprises et en ce qu'il est fondé sur une logique peu compatible avec l'autonomie contractuelle qui caractérise la négociation collective et la gestion paritaire.
- Une confusion entre « légal » et « fiscal » : un régime conventionnel de financement de la formation peut être en effet rendu obligatoire par la loi pour être opposable à tous, à l'instar des régimes d'assurance chômage et de retraites complémentaires, sans pour autant être de nature fiscale. La loi « fiscale » est l'expression parfaite de l'Etat régalien, elle est unilatérale, obéit à des mécanismes de contrôle et de sanctions « formels et quantitatifs. Elle est aux antipodes de la « loi sociale » dont l'objet est de garantir la place respective de l'ordre public social et l'autonomie contractuelle.
- Un attachement au maintien de liens forts entre des mécanismes de financement, et les différentes formes du dialogue social sur la formation : négociation collective, gestion paritaire, consultation du CE et des délégués du personnel à défaut de CE.
- La crainte cependant, que l'autonomie contractuelle, entendue seulement sous la forme de la négociation de branche et d'entreprise, ait pour effet un émiettement des règles d'accès à la formation, une rupture des solidarités interprofessionnelles, une inégalité d'accès à la formation pour les salariés. La solidarité interprofessionnelle élargie et garantie par la loi qui s'exprime à travers les mécanismes de mutualisation est considérée comme une valeur à préserver.
- La crainte de perdre la sécurité juridique supposée être attachée à la qualification et au régime « fiscal » de la ressource (déclaration 2483, imputabilité, contrôles, contentieux...) et la réticence de certains partenaires sociaux à devoir assurer eux-mêmes ces fonctions.

4. L'exploration de l'environnement européen et international apporte quelques éclairages complémentaires au débat français relatif à ce thème. Tout d'abord il apparaît que de nombreux pays ont mis en place des mécanismes collectifs de financement de la formation professionnelle sous la forme de fonds paritaires (ou tripartites) alimentés par des ressources en provenance des entreprises. Ces fonds,

créées par voie d'accords collectifs sont le plus souvent sectoriels ou intersectoriels. Ils sont alimentés par des cotisations sociales d'un montant relativement modeste.

Ainsi, en Europe, seule la France connaît un dispositif général applicable à toutes les entreprises du secteur privé au niveau national interprofessionnel, dont le financement est assuré par une ressource de nature fiscale représentant un pourcentage significatif de la masse salariale. Les autres pays européens qui connaissent un mode de financement généralisé ont recours à la cotisation sociale (Belgique, Espagne, Italie) cf chapitre 2.

L'Allemagne représente un contre exemple qui mérite examen. Ce pays européen connaît un niveau de qualification de la main d'œuvre au moins égal au nôtre et pourtant la formation professionnelle tout au long de la vie y est organisée sans l'intermédiaire de fonds sectoriels ou interprofessionnels, ni prélèvement d'une contribution fixe assis sur la masse salariale. L'allocation des ressources nécessaires à la formation professionnelle tout au long de la vie est fondée sur une fiscalité incitative, d'une part pour les entreprises qui « préfinancent » la formation et peuvent en déduire le coût sur l'impôt, d'autre part par les ménages qui peuvent également déduire de l'impôt les coûts engagés pour leur formation, ou bénéficier d'un impôt négatif. Quant au « dialogue social » qui est considéré dans tous les pays développés comme une méthode adaptée pour favoriser le développement de la formation tout au long de la vie, il est présent dans l'entreprise sous la forme de la « co-décision obligatoire » du plan de formation par le conseil d'entreprise. L'Allemagne ne connaît pas, il faut le souligner la tradition française de la négociation interprofessionnelle. La formation des demandeurs d'emploi est assurée par une structure tripartite. Enfin la formation professionnelle initiale, réputée de qualité est organisée dans le cadre du système dual qui regroupe pour partie notre système d'apprentissage et d'enseignement technologique.

L'originalité du modèle français, comparé à celui d'autres pays, réside donc dans une combinaison unique en son genre, entre une contrainte de nature fiscale applicable à toutes les entreprises et le recours au dialogue social à tous les niveaux (négociation collective, gestion paritaire, consultation du CE...).

Philippe Bellenger, en charge de la mise en place des services du contrôle de la formation, après la loi « Delors » de 1971 a clairement exprimé cette conception dans un article paru dans la revue Droit Social (février 1977). Cette même doctrine est rappelée par Bernard Dreano (Droit Social, décembre 2008). Voici en quels termes s'exprimait Philippe Bellenger. « *La compréhension du fonctionnement du dispositif de contrôle de la participation des employeurs au financement de la formation professionnelle continue suppose que soit au préalable défini le rôle que les législateur entendait assigner aux Pouvoirs Publics dans le fonctionnement des mécanismes de la loi du 16 juillet 1971.*

On sait en effet que le bon déroulement de ces mécanismes repose fondamentalement sur la concertation entre les partenaires sociaux, que celle-ci s'exerce au sein des comités d'entreprise, dont l'intervention constitue une obligation légale, ou au sein des structures gérées paritairement, comme les fonds d'assurance formation.

Or, il eût été contradictoire de fonder le fonctionnement d'un dispositif législatif sur la confiance accordée à la valeur du consensus intervenu entre les partenaires sociaux, tout en montrant, par la mise en place d'un système de contrôle, que cette même confiance leur était en fait très parcimonieusement accordée.

Cette aporie ne trouve pas de solution que si l'on considère que, ce faisant, le législateur a entendu partager les responsabilités entre les partenaires sociaux et les Pouvoirs Publics. Aux premiers incombe le soin de définir les actions de formation les plus aptes à satisfaire leurs besoins de formation, et aux secondes celui de procéder au contrôle de l'obligation voulue par le Parlement.

Le contrôle des Pouvoirs publics ne procède donc pas d'une réaction de méfiance à l'égard des décisions prises par les partenaires sociaux, mais du fait que la participation relève d'une obligation légale et que cette obligation, comme toutes celles qu'instaure le législateur, doit faire l'objet d'un contrôle qui ne peut être exercé que par la puissance publique.

L'Inspection générale des Finances, à qui, dès 1972, avait été confié le soin d'étudier la mise en place du dispositif de contrôle, tirait d'ailleurs, dès le début du rapport établi à cette occasion, les conséquences qu'impliquait un tel partage de responsabilités : « La responsabilité des actions de formation relève de la seule intervention des partenaires sociaux ; il existe donc en leur faveur une présomption de bonne foi, sans laquelle l'équilibre général du système serait rompu ».

5. Cette logique fiscale, il faut la rappeler a été introduite par la loi de 1971 à défaut de consensus entre les signataires de l'ANI de 1970 sur le financement par voie conventionnelle par de l'accord qu'ils venaient de négocier (Réflexions sur le paritarisme de gestion dans le domaine de la formation professionnelle, Droit Social Décembre 2008, JM Luttringer). Elle a été confirmée au fil des réformes qui se sont succédées pendant près de quatre décennies entretenant des relations de plus en plus sophistiquées avec les diverses formes du dialogue social. Les principales caractéristiques et les effets de la logique fiscale peuvent être résumés comme suit :

La participation obligatoire au financement de la formation professionnelle continue a été instituée en tant que taxe fiscale au titre des impositions de toute nature, faute d'accord entre les partenaires sociaux sur la création d'une cotisation sociale. Concernant les impositions de toute nature, selon la doctrine fiscale : « On est en présence d'un système de réglementation d'activités privées, que l'on ne veut pas étatiser mais laisser au secteur privé, tout en les soumettant pour des raisons d'intérêt général, à un encadrement réglementaire et à des contrôles plus ou moins étroits des pouvoirs publics... Si l'employeur n'effectue pas ces dépenses obligatoires, il est astreint à couvrir des charges endossées par l'État du fait de cette défaillance... » (P. Amselek, Impôts et cotisations obligatoires, Études en l'honneur, Loïc Philip, Économica, 2005).

La nature fiscale correspond au fait que la formation professionnelle est une obligation nationale, et présente donc un intérêt général sans pour autant être un service public. L'Etat garant du financement et maître du contrôle des fonds peut laisser des opérateurs privés agréés (OPCA) ou faisant l'objet d'un contrôle spécifique (entreprises, organismes de formation) intervenir dans la gestion et l'utilisation des fonds de la formation professionnelle.

Les mérites de cette technique fiscale de financement de la formation par les entreprises ont été considérables : elle a introduit une culture de la formation professionnelle dans les entreprises en particulier dans les PME, elle a contribué à l'émergence de professionnels de la formation à travers la généralisation des services formations, elle a contribué au développement du dialogue social dans l'entreprise (délibération sur la politique et le plan de formation avec les comités d'entreprise), elle est à l'origine du développement de la négociation collective et de la gestion paritaire dans les branches professionnelles et au niveau interprofessionnel, elle a favorisé l'émergence d'un marché de la formation, elle a permis le financement de dispositifs d'accès à la formation. Par ailleurs, le caractère fiscal de la contribution l'a mise à l'abri des aléas de la conjoncture économique et sociale et a entraîné un contrôle externe du bon usage des ressources par les pouvoirs publics.

Tous ces effets positifs ayant été produits, il s'agit de déterminer si le droit positif actuel est encore générateur de plus value ou bien s'il n'a plus de valeur ajoutée à produire voire s'il n'est pas source de moins values. Plusieurs questions sont à cet égard soulevées aussi bien par les entreprises (DRH et responsables de formation, que par les divers prestataires de service (formation et services associés).

Quel sens peut avoir une obligation légale de nature fiscale, alors que les entreprises consacrent en moyenne plus de 3% de la masse salariale à la formation ?

Le concept de « dépenses imputables » qui est au cœur de la logique fiscale est-il encore pertinent, quant à son périmètre mais surtout au comportement que génère la logique fiscale, de gestion administrative formelle, en lieu et place de pratiques de gestion de nature économique (objectifs, efficience...). Les OPCA ne sont ils pas cantonnés dans cette logique administrative au détriment de celle de service rendu à ses adhérents.

La réglementation applicable aux organismes de formation (déclaration, contrôle, redressements...) trouve sa source dans la nature fiscale de l'obligation de financement. Cette réglementation spécifique crée des incertitudes pour les organismes de formation d'autant que le contentieux spécifique à l'activité de formation est générateur de risques importants.

Enfin, les rapports entre la « loi fiscale » et les diverses formes de dialogue social ne devraient ils pas être reconsidérés près de 40 ans après les textes fondateurs, qui sont restés à l'identique pour ce qui est du fiscal et qui ont connu des mutations profondes

pour ce qui est du droit et des pratiques de formation au sein des entreprises, ainsi que du droit et des pratiques de la négociation collective et de la gestion paritaire ?

A.2 Scénarios pour une nouvelle approche du financement par les entreprises et/ou les salariés

A.2.1 Fondements des scénarios

Les analyses qui précèdent font apparaître plusieurs scénarios possibles, fondés tous les deux sur le respect des mêmes principes : garantir la **stabilité** (sécurité, pérennité...) du système de formation professionnelle par un financement **obligatoire**, pesant sur **toutes** les entreprises, renforcer l'**efficience** de l'allocation des ressources disponibles, en les allégeant et en les simplifiant, permettre une allocation de ressources **équitable** entre formation à l'initiative des salariés et à l'**initiative** des employeurs par le jeu de la **mutualisation** (OPCA) et de la **péréquation** (FPSP) réduire autant que faire se peut les **inégalités d'accès**, par ailleurs inhérentes aux marchés du travail sur lesquels sont situés les salariés et les entreprises, tendre autant que faire se peut vers l'**autonomie contractuelle et la gouvernance paritaire** en considération du fait que le **droit flexible de la négociation** collective est plus à même de répondre à la grande variété de situations. (diversité des qualifications requises par les marchés du travail, singularité des parcours, taille des entreprises) à laquelle la formation professionnelle tout au long de la vie doit répondre.

A.2.2 Coexistence de deux logiques : investissement et garantie sociale

L'ancrage du système de financement de la formation professionnelle tout au long de la vie dans le droit de la négociation collective, (autonomie contractuelle), que la ressource demeure de nature fiscale (scénario 1) ou qu'elle connaisse à une transmutation radicale du fiscal vers le conventionnel (scénarios 2 et 3) à pour effet de placer le salarié au cœur des enjeux. La formation et les prestations associées deviennent des moyens pour l'insertion dans l'emploi, la professionnalisation, la promotion sociale, la prévention du risque d'inemployabilité etc... Elle donne consistance au concept de « garantie sociale » considérée comme l'un des objets du droit des salariés à la négociation collective. Elle s'éloigne d'autant de la formation considérée comme un investissement pour l'entreprise. En effet, un investissement, fût il immatériel, ne saurait relever du droit des salariés à la négociation collective. Or, l'ambiguïté qui est aussi l'originalité de notre obligation fiscale est bien qu'elle a un double objectif, celui d'inciter les entreprises à « investir en formation » pour accroître leur compétitivité et celui d'assurer l'employabilité des salariés voire le développement de leur compétence. Or la décision d'investissement est un acte qui relève de la sphère du pouvoir économique et de gestion du chef d'entreprise, qui peut donner lieu à consultation du CE, mais qui ne relève pas par nature du droit des salariés à la négociation collective. Sans doute faudrait il à l'avenir repenser le

système de financement de la formation par les entreprises en dissociant la logique de l'investissement considéré comme un attribut du pouvoir économique du chef d'entreprise, non négociable de la logique de la formation composante d'une garantie sociale de chaque salarié, qui, elle, est par nature objet de négociation collective.

L'évolution en profondeur, en vérité une rupture, engagée depuis l'ANI du 5 décembre 2003, relayée par l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et amplifiée par l'ANI du 7 janvier 2009 a pour effet de rendre plus lisible l'ambiguïté originelle de la double logique de l'obligation fiscale (incitation à l'investissement et financement d'une « garantie sociale) en mettant fortement l'accent sur la seconde finalité. Certes, la compétitivité de l'entreprise sera accrue du fait du développement de la compétence des salariés, mais il s'agit d'un simple « retour d'investissement » de plus en plus mutualisé entre les entreprises, en raison de l'accroissement constaté et souhaité des mobilités (parcours...). Dès lors que le salarié est considéré comme co-responsable de sa propre employabilité, il doit avoir accès à des ressources dédiées à cet objectif.

A.2.3 Les évolutions du droit de la formation et de la négociation collective

Ainsi l'évolution que connaissent dans la période récente, aussi bien le droit et les pratiques de la formation en entreprise, que le droit de la négociation collective confortent cette analyse d'un « décrochement » entre la logique « d'investissement » et la logique de « garantie sociale ».

L'évolution du droit de la formation, aussi bien au plan jurisprudentiel que législatif a conduit à mettre à la charge de l'employeur une obligation d'adaptation des salariés, non seulement au poste de travail, mais aussi à l'évolution de leur emploi. Cette obligation pèse sur tous les employeurs, quelle que soit la taille de l'entreprise. Elle est indépendante de l'obligation « fiscale » de financement. En revanche, elle est strictement corrélée avec un ensemble de droits procéduraux issus des ANI : formation, GPEC, modernisation du marché du travail, seniors..., destinés à favoriser l'anticipation du risque d'inemployabilité et de permettre l'accompagnement de chaque salarié dans son parcours professionnel et de formation (entretiens, bilans, accompagnement des mobilités, actions de formation...). Ce sont ces droits procéduraux constitutifs du concept de sécurisation des parcours qui deviennent l'objet du financement. On est loin du concept fiscal de « l'action de formation imputable » et du concept économique « d'investissement » au profit d'une seule entreprise.

A.2.4 Le choix des scénarios

Dans le même temps, la volonté du législateur d'accroître dans tous les domaines relevant du code du travail, la prééminence du conventionnel sur le législatif est

affirmée avec force et constance (article 1^{er} du code du travail, loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale et le temps de travail).

Les scénarios proposés prennent en compte cette volonté de renforcement de l'autonomie contractuelle. Le premier explore la voie d'une plus grande autonomie dans le cadre d'une obligation fiscale, le second et le troisième la voie d'une transmutation de l'obligation fiscale en cotisation sociale.

Dans les trois scénarios, la question du financement de l'investissement formation, attribut du pouvoir économique du chef d'entreprise représente un angle mort en ce qu'elle ne relève pas par nature du champ du droit des salariés à la négociation collective. L'Etat régalien pourrait utiliser le levier fiscal, comme le fait l'Allemagne, pour encourager les entreprises à « investir » en formation, sans passer par le canal d'une « obligation de dépenser pour la formation ».

A.2.5 Scénario 1 : Elargissement de l'autonomie contractuelle dans le cadre d'une ressource de nature fiscale.

a. Justification du scénario

Ce scénario est inscrit en filigrane dans l'ANI du 7 janvier 2009. Il résulte d'une lecture téléologique du texte imprégné d'une volonté d'autonomie contractuelle (cf chronique AEF N°----) mais aussi de plusieurs références littérales, l'article 5 et l'article 1. L'article 5 pourrait tenir lieu d'introduction au scénario 1 « *Les parties signataires du présent accord considérant que le développement de la formation professionnelle continue doit être favorisé par la **capacité de négociation** des partenaires sociaux dans la **définition des objectifs de la formation professionnelle** et dans l'affectation des moyens qui leur sont consacrés* ». Cette pétition de principe se retrouve sous une forme plus ambiguë dans la rédaction de l'article 1 de l'ANI traitant du plan de formation « *Les actions du plan de formation sont imputables sur la participation de l'entreprise au développement de la formation professionnelle continue* ». Ce qui en bon français veut dire que l'inscription au plan de formation vaut imputabilité, sans autre forme de considération. Cependant, sans doute conscients de l'inefficience juridique de cette affirmation, les signataires de l'ANI renvoient l'étude de cette question à un groupe de travail avec les pouvoirs publics.

L'article 7 d'une version intermédiaire, au final non retenue, de l'ANI du 7 janvier 2009 allait bien plus loin en proposant à **titre expérimental un accord de branche GPEC** puisse définir les conditions dans lesquelles les formations prévues peuvent être **exonératoires** de l'obligation de participation au financement de la formation professionnelle continue au titre du plan de formation. Ces **expérimentations**, est il précisé, peuvent contribuer à apporter des éléments de réponse sur la **pertinence, la nature et le niveau d'une obligation de contribution de l'employeur** au financement de la formation professionnelle continue.

- Seule est visée l'obligation au titre du plan de formation soit 0,9% de la masse salariale. Les contributions dues au titre de la professionnalisation et du CIF demeurent en l'état aussi bien pour leur montant que pour leur qualification et leur régime juridique.
- L'expérimentation est conduite dans le cadre d'un accord de branche dédié à la GPEC
- La conclusion d'un tel accord, sous réserve du respect d'un cahier des charges précis et de donner lieu à évaluation peut avoir un effet exonérateur de l'obligation de participation des entreprises au titre du plan de formation.

Ce texte a pour **finalité** de favoriser le **développement de la formation professionnelle** continue par une plus **grande autonomie des partenaires sociaux** dans la définition des objectifs de la formation professionnelle et dans l'affectation des moyens qui leur sont consacrés.

b. Effets attendus de ce scénario

De l'élargissement de l'autonomie conventionnelle au sein du champ fiscal on peut attendre un renforcement du dialogue social, l'adaptation de la réglementation à des situations particulières et le maintien d'un cadre de référence. Il peut également constituer une étape expérimentale réversible.

- Le renforcement du dialogue social

L'objectif de la loi de 1971 était, outre le développement de la formation professionnelle, de développer le dialogue social par le recours à la gestion paritaire externe et à l'association du comité d'entreprise en interne. Un nouvel élan pourrait être donné à cet objectif soit en redessinant la frontière entre le fiscal et le conventionnel et en permettant au conventionnel de constituer une **alternative au fiscal qui deviendrait ainsi supplétif**. Ne seraient ainsi soumises aux obligations fiscales que les entreprises dans lesquelles le dialogue social ne permet pas de parvenir à un accord en matière de formation professionnelle ou bien celles qui ne relèvent pas d'un accord de branche ou interprofessionnel « à défaut » pour relayer un dialogue social externe au sein de l'OPCA habilité à cet effet. Cette possibilité ferait de l'existence d'instances représentatives non plus une charge mais parfois une possibilité d'optimisation des dispositifs de formation, et elle renforcerait la discussion paritaire des OPCA.

- L'adaptation de la réglementation à des politiques sectorielles

Il peut être reproché à la loi, générale, de ne pas tenir compte de la grande diversité des situations en matière d'accès à la formation, tant au niveau des branches professionnelles que des entreprises ou des individus. Ouvrir les possibilités de négociation sur le financement à différents niveaux permettrait de disposer de règles

adaptées au contexte et de mieux personnaliser les affectations de fonds. On peut supposer que le ratio financements/efficacité de la formation s'en trouverait renforcé.

- Le maintien d'un cadre de référence non contraignant

Le maintien d'une obligation fiscale constitue une sécurité et/ou une garantie quant aux ressources disponibles pour le financement de la formation professionnelle. La diversification des possibilités de se libérer de cette obligation n'en constitue pas une remise en cause mais au contraire le souci de garantir l'efficacité des sommes entrant dans le champ de l'obligation. Par exemple, la substitution d'un accord prévoyant des engagements en matière de formation à une obligation de verser un financement au Trésor Public peut s'analyser comme le passage d'une obligation de payer, se libérer d'une obligation, à une obligation de faire, respecter les obligations imposées par l'accord.

Le maintien d'un cadre fiscal garantit donc les financements mais incite à leur utilisation directe par l'entreprise et non leur versement au Trésor Public ou au FUP.

- Une étape expérimentale réversible

L'élargissement des possibilités de négociation au sein d'une obligation fiscale maintenue, soit comme cadre, soit à titre supplétif, permet d'envisager une période expérimentale (trois ans par exemple) à l'issue de laquelle une évaluation pourrait être réalisée des impacts sur les politiques et pratiques de formation professionnelle des salariés. En cas de bilan positif, le législateur pourrait considérer qu'il convient d'aller plus loin et d'ouvrir la porte à un régime conventionnel en retirant l'obligation fiscale. A l'inverse, un bilan négatif conduirait à revenir à des règles fiscales directement applicables. On mesure l'enjeu que représenterait pour les partenaires sociaux le développement de leur autonomie de négociation au sein de l'obligation fiscale.

c. Identification des questions à résoudre pour la mise en œuvre opérationnelle de ce scénario

- Le périmètre de la démarche expérimentale qui ne concernerait que le 0,9 correspondant au plan de formation, le 0,5 et le 0,2 gardant leur qualification fiscale actuelle
- Une définition élargie des actions éligibles au financement conventionnel (imputables au sens fiscal) s'appuyant non seulement sur le concept de l'action de formation mais sur celui de « sécurisation des parcours ».
- La désignation de l'autorité habilitée à élaborer ce nouveau cadre juridique : les signataires de l'ANI dans un règlement annexé à l'ANI ? le CPNFP, par délégation de l'ANI ?
- Faut-il permettre à tous les niveaux de négociation, branche, interpro à défaut, entreprise d'intervenir sur ce thème

- Les règles de fongibilité, de mutualisation et de péréquation
- Les conditions de validité d'un accord de branche ou d'entreprise traitant de cette question
- Contrôle et sanctions : substituer aux sanctions et procédures de contrôles de nature administrative et fiscale les règles en vigueur dans le droit privé
- Préciser les conditions de l'évaluation et ses conséquences, selon le résultat jugé positif ou non de l'expérimentation

Ces diverses questions sont approfondies dans le chapitre 4 du rapport

A.2.6 Scénario 2 et 3 : Substitution d'une contribution conventionnelle à l'obligation légale de financement de la formation

a. Justification des scénarios

L'argumentation développée pour le scénario N°1 vaut pour le scénario N°2 : autonomie contractuelle, plus grande flexibilité du droit donc meilleure adéquation aux besoins, etc... Il n'est pas utile de les reprendre ici. En revanche, il faut y ajouter des justifications supplémentaires. En effet, alors que le scénario 1 s'attaque au plan (0,9) c'est-à-dire la formation investissement pour en faire un objet de négociation en contrepartie d'une plus grande souplesse pour les entreprises et l'espoir d'une plus grande « efficacité », le scénario 2 a vocation à promouvoir le concept de « garantie sociale ». Cette ligne de clivage apparaît d'ailleurs dans la conclusion du « verbatim » (chapitre 1).

Ce que la loi fiscale peut faire, obliger ou inciter les entreprises (à investir) dans ce bien immatériel qu'est la formation, la loi sociale s'appuyant sur la négociation collective, ne le peut pas. Son domaine de compétence est délimitée par le périmètre « du droit des salariés à la négociation collective (...) de l'emploi, la formation professionnelle et les garanties sociales ».

L'option d'une transmutation du fiscal au conventionnel modifie radicalement la donne juridique fondée sur la cohabitation du fiscal et du conventionnel. Tout l'édifice devra être repensé et refondé : les fondements théoriques (prévoyance du risque d'inemployabilité, sécurisation des parcours, garantie sociale contre l'obsolescence des connaissances), les supports juridiques (accords collectifs de travail et/ou de sécurité sociale...), la qualification et le régime des ressources (cotisation sociale versée par les seuls employeurs ou aussi par les salariés...) mécanismes de gouvernance paritaire, de contrôle, de sanctions etc...

L'autonomie contractuelle poussée jusqu'au bout de sa logique, n'est pas un long fleuve tranquille... Et l'on peut comprendre les réticences de beaucoup à s'y engager alors que la logique fiscale apporte aux partenaires sociaux la capacité à gérer plus de 5 milliards d'euros sur un plateau sans avoir le souci de faire payer les récalcitrants ou de sanctionner les irrégularités et les abus, ce dont l'Etat se charge. De plus, les

prélèvements opérés sur cette ressource (préciput et Fongefor) pour financer le paritarisme, apportent des ressources vitales ou un confort aux organisations patronales et syndicales de salariés qu'ils ne pourront reconduire à l'identique dans la logique de l'autonomie contractuelle.

b. Effets attendus

Tous les effets positifs supposés attachés à l'autonomie contractuelle en général, quelque soit le domaine d'application, devraient se retrouver dans celui particulier de la formation : responsabilisation des acteurs, réponses plus pragmatiques et de proximité à la diversité des situations, plus grande implication des personnes bénéficiaires (appétence pour la formation...). Sur le long terme, on peut espérer une rupture culturelle indispensable avec le modèle dominant qui reste celui de l'éducation et de la formation initiale (égalité républicaine, gratuité etc...). or la formation professionnelle tout au long de la vie est d'abord ancrée dans la diversité des marchés du travail et non dans l'unité d'une institution éducative républicaine. Sur ce plan, l'instauration d'un système conventionnel, autonome, doté de ressources propres permettrait enfin de distinguer ce qui en matière de formation tout au long de la vie relève de la solidarité nationale (Etat, Régions, Fonds publics) de ce qui relève d'un régime assurantiel collectif (entreprises, partenaires sociaux) et ce qui relève de l'initiative des ménages et de chaque « personne privée ».

c. Identification des problèmes juridiques à résoudre

- Les fondements théoriques : garantie sociale, prévoyance, assurance ? (question déjà évoquée plus haut - voir aussi l'article de J. Barthélémy ,(Droit Social, décembre 2008)
- Le choix d'un support juridique permettant la création d'un régime opposable à toutes les entreprises comme le permet aujourd'hui la contribution fiscale. Cette opposabilité juridique « erga omnes » ne peut résulter d'accords collectifs de travail de branche, ni même d'un accord interprofessionnel. La généralisation par la loi est une question incontournable mais aussi l'articulation des niveaux de négociation. Quel rôle reste t-il à la négociation de branche et d'entreprise ?
- La redéfinition des droits des bénéficiaires doit être engagée. Quelles sont les conditions d'ouverture et d'exercice de leurs droits par les bénéficiaires du régime
- Les principes d'organisation et de gestion de ce nouveau régime « d'assurance formation » : quel devenir pour les OPCA ? OPACIF, Fongecif
- Les mécanismes de contrôle et de sanction de droit privé, en lieu et place du contrôle public

Ces questions font l'objet des approfondissements des chapitres 5 et 6 du rapport qui distinguent deux scénarios, en fonction non pas de leur finalité, qui est dans les deux cas la transmutation intégrale du fiscal vers le conventionnel, mais de leur régime juridique, l'un découlant d'accord collectifs de travail, l'autre d'un accord dit de sécurité sociale, qui fonde le système de retraites complémentaires.

CHAPITRE I

L'état du débat sur la transformation de l'obligation fiscale en obligation conventionnelle : Verbatim

Ce document se propose de rassembler les points de vue qui se sont exprimés sur la possible transformation de l'obligation fiscale en une obligation conventionnelle : points de vue des partenaires sociaux qui négocient actuellement, points de vue d'autres acteurs (notamment offreurs de formation) et propositions exprimées dans différents rapports portant sur la formation professionnelle tout au long de la vie.

Ce débat a été ouvert par l'Accord National Interprofessionnel sur la formation professionnelle du 5 décembre 2003. En effet, l'article 12-1 de l'accord prévoit que les partenaires sociaux devront examiner les modalités et les incidences d'un passage d'une obligation fiscale à une obligation conventionnelle en matière de formation professionnelle continue.

Art. 12-1 *Les parties signataires du présent accord considèrent que le développement de la formation professionnelle continue peut être favorisé par une plus grande autonomie des partenaires sociaux dans la définition des objectifs de la formation professionnelle et dans l'affectation des moyens qui leur sont consacrés.
Dans cette perspective, elles décident de procéder le 31 décembre 2004 au plus tard, à l'examen des modalités et des incidences d'un passage d'une obligation fiscale à une obligation conventionnelle en matière de formation professionnelle continue.*

Le document du gouvernement l'a repris à son compte dans les termes suivants :

« La négociation interprofessionnelle devra notamment aborder les thèmes suivants : [...] Le niveau pertinent d'une obligation légale sur l'ensemble de ces voies d'accès, voire l'intérêt d'une suppression totale ou partielle d'obligation légale en la matière, au bénéfice d'une obligation négociée librement par les partenaires sociaux dans les branches et les entreprises »
(Document d'orientation gouvernementale – Juillet 2008)

La transformation du système fiscal de financement de la formation en système conventionnel renvoie à un questionnement que l'on peut détailler de la manière suivante :

- Quels sont les arguments qui plaident en faveur d'une transformation de l'obligation légale de nature fiscale en une obligation conventionnelle ? Quels sont les critiques du système existant ? Quels sont les avantages attendus d'une telle évolution ? (A)
- Quelles sont les positions des acteurs en matière de financement de la formation ? Quels sont les objectifs affectés à l'obligation de financement ? Un consensus peut-il se dégager sur certains objectifs ? (B)
- Quels seraient les risques de l'évolution des mécanismes de financement : dans l'hypothèse d'une suppression totale de l'obligation fiscale et dans l'hypothèse d'une transmutation en obligation conventionnelle ? (C et D)

- Quelles sont les modalités proposées ou envisagées pour la transformation de l'obligation fiscale en obligation conventionnelle ? (E)
- Quelles sont au final les interrogations majeures auxquelles répondre si l'on envisage le passage du fiscal au conventionnel ? (F)

A Arguments en faveur de la transformation du régime fiscal en régime conventionnel

A.3 Critiques du système existant

A.3.1 Critique 1. Il s'agit d'une obligation de payer et non de former

« Cette obligation n'est que financière, elle n'oblige pas l'employeur à former ses salariés. Elle n'a pas permis de réduire les inégalités d'accès à la formation ».

(P. Le Douaron, DGEFP, AEF, 20/09/2007).

(...) l'obligation légale n'apporte, en réalité, aucune incitation financière à la formation : soit l'entreprise forme peu ou pas du tout, et elle paie de toute façon la même chose (l'obligation légale), soit elle décide d'engager des dépenses qui excèdent l'obligation légale, et elle n'a aucun « bonus » fiscal ou social particulier à attendre de ce comportement. Il s'agit donc d'un système déresponsabilisant en deçà de l'obligation légale, et non mobilisateur au-delà. (Rapport de mission d'information du Sénat sur la formation, Juillet 2007)

A.3.2 Critique 2. La notion de formation imputable est rigide et non adaptée à la réalité

« La notion de formation imputable est de plus en plus en décalage avec les pratiques des entreprises » (P. Le Douaron, DGEFP, AEF, 20/09/2007)

(...)Le principe du « former ou payer » aboutit à un contrôle de l'imputabilité des formations qui aboutit à en rigidifier les critères de façon particulièrement préjudiciable aux petites entreprises, volontiers portées vers des modes de formation innovants compte tenu de leur souplesse de fonctionnement mais aussi de capacités financières parfois limitées.

(Rapport de mission d'information du Sénat sur la formation, Juillet 2007)

A.3.3 Critique 3. Elle est sans effet sur l'effort financier des entreprises dans la mesure où les taux de participation des entreprises lui sont supérieurs

« S'agissant de la formation professionnelle dans les entreprises, le taux de participation à l'effort de formation, pour celles de dix salariés et plus, approche, en moyenne, 3 % de leur masse salariale, niveau très supérieur à l'obligation légale qui s'élève à 1,6 % (pour les entreprises de 20 salariés et plus), dont 0,9 % au titre du plan ».

(Rapport du groupe multipartite, juillet 2008)

« Nous pouvons nous demander, par exemple, s'il est justifié d'imposer aux entreprises aujourd'hui, qui sont déjà, sur le plan juridique, astreintes au devoir d'adaptation des qualifications de leur main d'œuvre, de dépenser en plus 0,9 % de leurs salaires en direction de l'entretien des connaissances de leur personnel. Cette contrainte juridique, vécue généralement par les employeurs comme une taxe fiscale supplémentaire, peut aussi être vue comme une obligation d'investissement ».

(Dominique Balmay, président du CNFPTLV, Rapport de mission d'information du Sénat sur la formation, Juillet 2007, p. 169)

A.3.4 Critique 4. Elle constitue un des éléments du fonctionnement du système de formation en tuyau d'orgue

"Je crois à la nécessité d'un saut qualitatif certain. Or, aujourd'hui, beaucoup d'entreprises ne forment pas leurs salariés et la mutualisation ne se fait pas en faveur des entreprises qui forment le moins. La question du financement est extrêmement structurante. Les modalités de financement doivent permettre d'abandonner le raisonnement actuel fondé sur le statut des individus pour sécuriser les parcours et faciliter les transitions professionnelles. Il faut bâtir un système qui sorte du dispositif actuel en tuyaux d'orgue et qui permette de répondre rapidement aux demandes de formation. Ce qui manque également aux citoyens, c'est un système plus transparent qui leur permette de savoir à quoi ils ont droit et qui peut financer leur projet".

(Françoise Bouygar, déléguée adjointe à la DGEFP, colloque Centre Inffo, 12 juin 2008)

A.3.5 Critique 5. Elle est inadaptée aux petites entreprises

M. Paul Santelmann, chef du service prospective de l'AFPA, note que « le système de mutualisation et de collecte des fonds de la formation professionnelle est inadapté aux petites et moyennes entreprises. Les entreprises versent aux collecteurs les sommes qu'elles doivent, mais ne récupèrent pas nécessairement leur investissement. Les grandes entreprises, elles, n'ont pas besoin de structures externes pour gérer leur stratégie de formation de leurs salariés. Elles ne versent donc que ce qu'elles doivent dans le cadre du congé de formation et de l'alternance (...) La dynamique de mutualisation et de collecte, en tout état de cause, ne constitue pas plus une incitation pour les PME que pour les grandes firmes ».

(Rapport de mission d'information du Sénat sur la formation, Juillet 2007, p. 169)

A.4 Avantages attendus de la création d'un système conventionnel

A.4.1 La disparition de la notion d'imputabilité

Pour le CESI (organisme de formation), « *l'avantage principal que je verrais à cette suppression, c'est le fait que les fonds collectés auprès des entreprises cesseraient d'être considérés comme de l'argent public, avec tout ce que cela entraîne comme contrôle de l'administration. Cette règle de "défiscalisation" a fait son temps [en vertu de ce principe, l'entreprise règle au Trésor public le montant de son obligation financière, ou bien engage des dépenses de formation dont les critères d'imputabilité sont fixés par l'administration, à hauteur de son obligation].*

*Actuellement, la question de l'imputabilité arrive en premier pour toute décision de formation à organiser, alors qu'elle devrait être secondaire. Prenons l'exemple de la FOAD, depuis la circulaire du 20 juillet 2001, les dépenses engagées dans ce cadre sont imputables sous certaines conditions. Cela a été confirmé par la réforme de 2003/2004 et la circulaire du 14 novembre 2006. Pourtant, un **contrôle relativement sévère de l'administration déconcentrée** sur ces dépenses est à déplorer dans certaines régions, avec **des interprétations très variables d'un Service régional de contrôle à l'autre**. On note de manière plus générale **des phénomènes d'autocensure de la part des organismes collecteurs qui semblent, sauf quelques notables exceptions, réticents à prendre en charge ces formations**. Les partenaires sociaux présents dans ces organismes apparaissent en effet très frileux quand il s'agit d'examiner la prise en charge de telles dépenses, alors que la réglementation est beaucoup plus favorable qu'avant.*

*Seules les entreprises qui sont très au-delà de leur obligation légale ne s'encombrent pas avec la question de savoir si les dépenses de formation qu'elles engagent sont imputables ou non. **Tout cela est préjudiciable à l'innovation en matière d'ingénierie pédagogique.** » (J.BARHY, groupe CESI, AEF, 07/12/2007)*

« Il existe nombre d'actions de courte durée qui ne sont pas considérées comme des « formations », c'est-à-dire qu'elles ne sont pas comptabilisées dans l'obligation légale de financement par les entreprises :

- actions relevant de la simple prise en main d'un matériel ou de familiarisation avec un poste de travail ;
- prestations de recrutement et de conseil (sauf dans le cas où ces dernières sont intrinsèquement liées à des actions de formation) ;
- dépenses de matériel, de documentation... quand elles ne peuvent pas être rattachées à des dépenses de formation ;
- pratiques de « coaching » de tutorat ou d'accompagnement, qui ne constituent pas, en elles-mêmes des actions de formation. En revanche, la formation de personnels encadrant à ces pratiques peut constituer une formation effective ;
- actions - en générale obligatoire - liées à la sécurité des personnes employées dans certaines situations ou fréquentant certains locaux, les exercices d'évacuation..., qui sont exclues de la participation des

employeurs par l'article L. 231-3-1 du Code du travail. A contrario, les formations spécifiques de personnels affectés à des tâches particulières liées à la sécurité et permettant d'acquérir, en la matière, des qualifications utilisables dans des situations de travail diversifiées, sont imputables ;

- actions qui relèvent de la thérapie, du bien-être ou des loisirs ».

(Personnaliser la formation professionnelle continue, Une proposition de réforme, Raphaël Wintrebert, Fondation pour l'innovation politique, décembre 2008)

A.4.2 La définition d'objectifs qualitatifs et de priorités à la place d'une obligation de dépenses

« Le système est aveugle aux « externalités positives » de la formation continue ». Les auteurs préconisent « la suppression de l'obligation légale et de mettre en œuvre « un système plus simple, plus efficace et plus équitable, fondé sur les prélèvements et les subventions : les entreprises déterminent les sommes investies dans la formation professionnelle et obtiennent, en contrepartie, des subventions proportionnelles à leurs dépenses. Dans ce système, les subventions nécessitent des prélèvements, les entreprises cotisant à un fonds spécifique pour la formation professionnelle. Ainsi, l'obligation légale disparaît ».

(Pierre Cahuc et André Zylberberg, La formation professionnelle des adultes : un système à la dérive », étude parue le 10 juillet 2006).

« Mais les avantages d'un système de prélèvements et de subventions sur la maîtrise de la demande et sur la qualité de l'offre de formation sont patents, avec des entreprises enfin responsabilisées et incitées à former leurs salariés quel que soit le niveau de leur dépense de formation. Dans un tel système, elles ne consomment que ce dont elles ont besoin - elles ne disposeraient plus d'une « enveloppe » de dépense préfinancée au travers de l'obligation légale, mettant ainsi un terme à certains phénomènes de « pilotage par l'offre » -, et elles bénéficient toujours d'une « prime à la formation » sous la forme de subventions proportionnelles aux dépenses engagées. Ces subventions constituent un encouragement permanent à former les salariés, là où le système actuel laisse l'intégralité de la formation effectuée au-delà de l'obligation légale à la charge de l'entreprise, sans aucun avantage particulier.

Dans le cadre d'une détermination légale, les taux de la contribution pourraient être calqués sur les taux actuels (0,4 % pour les entreprises de moins de dix salariés et 0,9 % pour les entreprises plus importantes), ou bien sensiblement baissés, en cohérence avec la nécessité de dégager des moyens au profit d'un DIF devenu transférable. Cette progressivité, sur la base d'un subventionnement strictement proportionnel aux montants engagés par l'entreprise pour son plan de formation, entraînerait logiquement des transferts au profit des très petites entreprises. Un subventionnement dégressif créerait un élément de solidarité supplémentaire au profit des petites entreprises, notamment celles de dix salariés et plus, qui inverserait la tendance actuelle (supra).

Pour l'ensemble des entreprises, des économies probablement importantes pourraient être attendues du passage à un système de prélèvements et de subventions, avec une satisfaction plus évidente de leurs véritables besoins en formation. Ces économies sont, évidemment, difficilement quantifiables, dans la mesure où leur chiffrage renvoie à une inconnue : la proportion de formations inadaptées, fantaisistes ou sectaires, donnant lieu à une tarification excessive ou reconduites par habitude et non par nécessité ».

(Rapport de mission d'information du Sénat sur la formation, Juillet 2007, p. 169)

B Un consensus pour le maintien d'une obligation de financement ... dont la nature pourrait être discutée pour certains

Le rapport du groupe multipartite sur la formation résume l'état des débats à la veille des 1ères négociations sur la formation en juillet 2008 : « Un consensus s'est créé sur la nécessité de ne pas remettre en cause les conditions de financement des contrats en alternance au titre du 0,5 % et du congé individuel de formation (0,2 %) qui, pour certains membres, aurait plutôt vocation à être augmenté.

Moins consensuelle est l'appréciation de l'obligation légale portant sur le financement du plan de formation tout du moins pour les entreprises de plus de dix salariés. **A ce stade, un certain consensus s'est formé sur le maintien de l'obligation pour les entreprises de moins de dix salariés (soit 0,55 % de la masse salariale).**

Peut-on réduire par étape l'obligation de 0,9 % ? Certains considèrent que ce système pourrait évoluer parallèlement à l'évolution du métier des OPCA (cf. infra). **Pour plusieurs partenaires sociaux, une obligation conventionnelle pourrait se substituer à cette obligation légale.** La réflexion pourrait également porter sur le libre choix des OPCA par les entreprises.

L'idée de remplacer une « obligation de faire » par des incitations à « mieux faire » a été reconnue comme pertinente par des membres du groupe. Certains ne voient pas de contradiction entre ces deux approches ».

B.1 Un consensus pour le maintien d'une obligation de financement ...

Refus de la suppression de l'obligation légale de financement à la charge des entreprises ...

Pour la CGT, « La mission sénatoriale préconise d'accompagner la mise en place du DIF transférable et du CEF en supprimant l'obligation légale de versement du 0,9% de la masse salariale correspondant au financement du plan de formation, **ce qui risquerait de faire reposer exclusivement la formation sur les salariés** ». « **Le 0,9% doit rester une obligation légale dans la mesure où nous considérons cette obligation comme une forme de salaire différé** » (R. BAGORSKI, AEF, 20/09/2007). Il est souhaité que « la contribution reste obligatoire. Nous ne lâcherons pas sur ce point » (T. LEPAON, AEF, 25/07/2008). Réitération de son « opposition à la suppression de l'obligation légale » (T.LEPAON, AEF, 29/09/2008)

La CFTC milite pour « un maintien d'une contribution légale des entreprises ». « Ce versement permet de conserver un équilibre entre l'entreprise et ainsi donner la possibilité à chaque salarié de pouvoir bénéficier d'une formation » (O.GOURLE, AEF, 29/09/2008)

La CGT-FO « considère qu'il faut maintenir cette obligation sinon la charge de la formation risque de peser uniquement sur le salarié ». « Il faut conserver les trois modalités

d'accès à la formation : la formation à l'initiative du salarié, celle à l'initiative de l'employeur et la co-initiative » (C. COUILLARD, AEF, 20/09/2007)

B.2 ... dont la nature pourrait être discutée

Pour le MEDEF, la suppression de l'obligation légale « ne signifie pas suppression du plan de formation ». La suppression de l'obligation légale « ne devrait pas être une interrogation puisque, dans l'ANI, les partenaires sociaux avaient déjà posé la question de sa transformation » en obligation conventionnelle. (A.DRUELLES, MEDEF, AEF, 20/09/2007)

« Nous avons prévu dans le cadre de l'ANI du 5 décembre 2003 de réfléchir au changement de nature de la contribution ». En revanche, « il n'est pas question d'abandonner l'obligation légale en contrepartie d'un éventuel compte épargne formation. Cela voudrait dire que la formation dans le cadre d'un plan n'a aucun intérêt. Or, il est indispensable de continuer à former les salariés dans ce cadre, y compris les plus qualifiés » (F. DA COSTA, président de la commission éducation/formation du Medef, AEF, 13/06/2008)

Pour la CFDT, « Il faut préserver une obligation financière mais c'est à la négociation collective de la définir » (A. THOMAS, AEF, 13/06/2008). Annie Thomas s'interroge sur « les effets de la suppression de l'obligation légale de l'employeur pour le plan de formation ». « Cela pourrait fragiliser l'obligation de l'employeur sur sa responsabilité d'adaptation des salariés du poste de travail » (A. THOMAS, AEF, 11/07/2008). Et adopte « une attitude prudente » : « d'accord pour réfléchir à la transformation de l'obligation mais, on souhaite que subsiste une obligation à la charge des entreprises » (AEF, 29/09/2008).

La Fédération de la formation Professionnelle (FFP) se déclare « favorable à un aménagement du système de l'obligation légale de formation professionnelle qui pourrait être remplacée par une obligation conventionnelle dont le taux serait fixé par les branches ». « Notre pays est effectivement le seul en Europe à conserver un système, qui, certes a fait ses preuves, mais n'est plus adapté à notre économie moderne » (Communiqué FFP, AEF, 27/09/2007)

C Les Risques de la suppression de l'obligation légale

C.1 Risque 1 : faire reculer de l'effort de formation des entreprises

Cette crainte est relativement partagée par les acteurs de la formation.

On peut citer :

*« Une telle disposition devrait faire l'objet d'une étude d'impact détaillée en raison **du risque qu'elle pourrait faire courir d'un recul de l'effort de formation des entreprises, notamment des plus petites d'entre elles.** C'est pourquoi elle devrait être accompagnée en tout état de cause de la création d'un dispositif de péréquation destiné à financer l'accès de publics prioritaires à la formation ».*

(Cour des Comptes : Rapport public thématique sur la FPTLV, 2008)

« Il ne s'agit pas non plus d'affaiblir la mutualisation dont doivent profiter les salariés des TPE et des PME, ni de mettre en cause l'effort global de formation mais, bien au contraire, d'en accentuer l'efficacité ».

(Rapport du groupe multipartite sur la formation, Juillet 2008)

La CGPME exprime une « *opposition totale* ». « *Ce serait un désastre pour les TPE/PME si l'on supprimait l'obligation financière des entreprises* » **(JF.ROUBAUD, président CGPME, AEF, 25/07/2008)**. « *Nous ne pouvons admettre, sauf à faire une croix sur la formation de la grande majorité des salariés de PME, une telle proposition qui réduirait drastiquement ou supprimerait, même progressivement, cette contribution, et, surtout, ferait disparaître par là même le plan de formation puisque dans les PME ces deux notions sont intimement liées* »

(JM. POTTIER, président de la commission formation CGPME, AEF, 17/06/2008)

« Il est vrai qu'en supprimant l'obligation légale - si on ne la remplace pas par une obligation conventionnelle forte -, les salariés des PME seront pénalisés. On peut craindre que beaucoup de petites entreprises ne fassent plus de formation. De plus, les TPE/PME confient la plupart du temps la totalité de leur plan de formation à leur Opca, qui mutualise l'ensemble de ces fonds. Ce principe de mutualisation est très important pour les petites entités. C'est ce qui permet à leurs salariés d'être formés, même s'il ne règle pas tous les problèmes d'accès à la formation dans les petites entreprises. »

(J.BARHY, groupe CESI, AEF, 07/12/2007)

C.2 Risque 2 : destabiliser les opca au moment où on affirme la nécessité d'accentuer leur démarche de service aux entreprises

« En tout état de cause, l'évolution de l'obligation légale, quelles qu'en soient les modalités, ne pourrait se faire qu'en prenant un maximum de précaution pour éviter de destabiliser les OPCA au moment Déstabiliser les OPCA au moment où on affirme la nécessité d'accentuer leur démarche de service aux entreprises ».

(Rapport du groupe multipartite sur la formation, Juillet 2008)

C.3 Risque 3 : destabiliser le système de gestion de la formation par les partenaires sociaux

Ce projet « dissimule une volonté de mainmise sur l'ensemble de la formation professionnelle et sans doute une augmentation de la contribution financière des entreprises au profit d'organismes se substituant aux décideurs actuels »

(UIMM, AEF, 28/02/2008)

C.4 Risque 4 : faire disparaître l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur la formation créée par la loi

« Dans les entreprises de plus de 50 salariés, où le comité d'entreprise doit être consulté tous les ans, la formation risquerait de ne plus faire l'objet d'aucune délibération »

(JL. DAYAN, Comité d'Analyse stratégique, AEF, 13/03/2008).

D Les Risques de la transformation de l'obligation fiscale en obligation conventionnelle

Plusieurs organisations syndicales ou patronales ont exprimé leurs désaccords avec une telle évolution :

On peut citer :

La CGPME souhaite "garantir la pérennité des mécanismes permettant l'accès à la formation des salariés des PME" à partir du triptyque: maintien d'une contribution "formation" obligatoire à la charge des entreprises, mutualisation des sommes ainsi collectées et possibilité de déterminer librement son plan de formation. Pour la CGPME, "plus que jamais, ces principes doivent être maintenus et promus". "Ce serait un désastre pour les PME et TPE si l'on supprimait l'obligation financière", déclare son président Jean-François Roubaud. Faut-il modifier la nature de la contribution "formation"? Actuellement de nature légale, les signataires de l'ANI (accord national interprofessionnel) du 5 décembre 2003 sur l'accès des salariés à la formation avaient prévu de réfléchir à sa transformation en obligation conventionnelle. À la veille d'une nouvelle réforme, la question est à nouveau d'actualité, sur la partie "plan de formation" (le 0,9% du 1,05% "plus de dix salariés" et 1,6% "plus de vingt salariés") de la contribution. Pour la CGPME, "cet aménagement n'est pas susceptible d'améliorer significativement le système actuel".

(JF.ROUBAUD, président CGPME, AEF, 30/06/2008)

L'UPA : « *Les petites entreprises souhaitent, quant à elles, qu'une partie de la contribution reste légale. C'est notre intérêt. Quoi qu'on en dise, les petites entreprises bénéficient de la mutualisation* ». (Bruno Lefebvre, membre de la commission formation de l'UPA, Colloque Centre Inffo, 12 juin 2008).

La CGT exprime un refus de la transformation en obligation conventionnelle, et propose au contraire « *que la contribution des entreprises ne soit plus calculée sur la masse salariale brute des entreprises mais sur la richesse produite* » (AEF, CGT, 09/07/2008)

La CFE-CGC considère que cette question sera « *l'un des points difficiles de la négociation* » (A.LECANU, AEF, 25/07/2008), **Alain Lecanu déconseille d' "aller sur une obligation conventionnelle** ». (A.LECANU, CFE-CGC, AEF, 20/10/2008)

Parmi les arguments évoqués, on peut en citer principalement trois :

- Risque 1 : pénaliser les PME
- Risque 2 : renforcer les disparités des règles applicables selon les branches professionnelles
- Risque 3 : donner un OPCA une charge administrative supplémentaire.

D.1 Risque 1 : pénaliser les PME

« Il paraît totalement contre-productif d'envisager la suppression totale ou partielle de l'obligation légale de financement par les entreprises, **notamment les plus petites** pour lesquelles la branches professionnelles constitue le niveau pertinent de concertation et qui, faute d'interlocuteurs sociaux, [seraient] dans l'impossibilité de négocier » si l'idée avancée, notamment par le gouvernement dans son document d'orientation, d'instaurer une négociation d'entreprise sur la formation était adoptée. (JF PILLIARD, UIMM, AEF, 30/09/2008).

D.2 Risque 2 : renforcer les disparités des règles applicables selon les branches professionnelles

« La contribution légale constitue la seule garantie de mutualisation pérenne des fonds destinés à financer les plans de formation. Que va-t-il arriver si l'on passe à des logiques conventionnelles, à un patchwork illisible, entreprise par entreprise, branche par branche ? Si l'on porte atteinte à l'obligation légale, c'est la disparition de l'accès au plan de formation pour les PME. » (JM POTTIER, CGPME, Inffo flash, 16 au 30 septembre 2008).

Alain Lecanu déconseille d' "aller sur une obligation conventionnelle " **qui conduirait à "des disproportions en fonction des branches"**. (A. LECANU, CFE-CGC, AEF, 20/10/2008).

D.3 Risque 3 : Donner aux OPCA une charge administrative supplémentaire

« Par ailleurs, qui contrôlera l'utilisation des fonds décidés par voie conventionnelle ? Les OPCA, qui deviendraient à la fois des conseils et des gendarmes ? » (JM POTTIER, CGPME, Inffo flash, 16 au 30 septembre 2008).

De plus, assure Jean-Michel Pottier, "on risque de donner aux OPCA une charge administrative supplémentaire" en termes de contrôle du respect de cette obligation.

E Quelques modalités de mise en œuvre envisagées

E.1 Des expérimentations avant toute généralisation

« Pour toutes ces raisons, des formes d'expérimentation doivent être imaginées dont la mise en œuvre sera favorisée par l'étalement dans le temps des mesures retenues ».

« A plus long terme, quand les OPCA auront réorienté leurs missions vers des activités de services, de conseil et d'intermédiation à forte valeur ajoutée, peut-on envisager de réduire davantage l'obligation jusqu'à sa suppression ?

- Peut-on introduire dans la question du financement de la formation professionnelle une dimension liée aux résultats des actions de formation sur l'employabilité des personnes ?

- Dans tous les cas, faut-il prendre en compte dans la définition de l'action de formation la question de l'imputabilité des formations obligatoires ? »

(Rapport du groupe multipartite sur la formation, Juillet 2008)

E.2 Une obligation de négocier sur la formation

« Le développement de la négociation entre partenaires sociaux, notamment au niveau de l'entreprise, et la qualité de leur information est une autre condition essentielle d'un changement réussi. Si des accords d'entreprise sont vraisemblablement possibles pour les grandes entreprises, ils seront difficiles à obtenir pour les entreprises de taille moyenne et petite (moins de 300 salariés) sauf, préconisation de certains des membres, à encourager des accords du type « GPEC territoriale » ou des accords interentreprises. Une autre piste évoquée par certains acteurs est de favoriser, dans les accords d'entreprise, l'insertion de dispositions portant sur la formation professionnelle des personnels des filiales ou des sous-traitants. Les partenaires sociaux pourraient être incités à définir au niveau interprofessionnel les modalités de cette négociation ».

(Rapport du groupe multipartite sur la formation, Juillet 2008)

E.3 Une obligation fiscale maintenue seulement pour Les actions de formation qui dépassent les intérêts des seules entreprises

Le rapport du groupe multipartite envisage, parmi les options de réforme, de maintenir l'obligation fiscale sur la Professionnalisation et le CIF et de créer une obligation conventionnelle sur l'actuel Solde (contribution sur le Plan de formation)

« Maintenir en l'état les obligations au titre de la professionnalisation et du CIF. Renvoyer à une obligation conventionnelle le solde de l'actuelle obligation légale au titre du plan afin de poursuivre les objectifs propres liés au DIF, au plan de formation et à la période de professionnalisation. Déterminer le financement durable pour la sécurisation des parcours (article 15 de l'accord du 11 janvier 2008).

Le rapport de la Fondation pour l'innovation politique (décembre 2008) propose de distinguer :

- ce qui relève du droit inscrit dans l'emploi correspondant au Plan de formation pour lequel il n'y aurait plus d'obligation fiscale mais la possibilité d'un financement conventionnel
- et ce qui relève en revanche du droit commun professionnel qui dépasse largement les intérêts des seules entreprises et qui participe du bon fonctionnement de la collectivité pour lequel une obligation légale continuerait à être exigée

« Par conséquent, l'entreprise doit se plier à deux types d'obligation :

- **Ce qui relève du droit inscrit dans l'emploi correspond au Plan de formation.** Je suggère de **passer d'une obligation de moyen (obligation légale de financement) à une obligation de résultat** : accroître les qualifications-compétences des salariés afin que ceux-ci puissent conserver leur emploi. **Libre aux entreprises et aux branches de définir des conventions collectives ou des accords de branche instituant une obligation conventionnelle de financement** (afin, notamment, de permettre une mutualisation des Fonds et ainsi soutenir les petites entreprises qui n'ont pas les moyens d'investir dans la formation). Il nous paraît pour le moins étonnant, et quelque peu coquasse, de voir les syndicats d'employeurs tels que la CGPME ou même le Medef défendre actuellement ce qui est ni plus ni moins qu'une taxe sur les entreprises !... Défendre la liberté d'entreprendre et la responsabilité des acteurs, n'est-ce pas aussi laisser à chaque entreprise le soin de décider ce qu'elle souhaite investir dans la formation pour son propre développement ?

Cette obligation de résultat est d'ores et déjà inscrite dans le droit du travail. Il s'agit donc de la consolider en amont en exigeant des dispositifs d'évaluation et de négociation internes à l'entreprise. Par exemple : prévoir des entretiens annuels individuels autour des besoins du secteur et/ou de l'entreprise, et des conséquences en matière d'évolution des compétences individuelles et de formation ; permettre aux représentants (ou délégués) du personnel de discuter, avant la définition du Plan de formation, des perspectives d'emploi et des besoins de formation correspondants. Il faut également la consolider en aval dans le traitement judiciaire des éventuels litiges. La Cour de cassation rappelle très justement que l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi. Si l'entreprise ne respecte pas cette obligation de formation, il y a « manquement (...) dans l'exécution du contrat de travail » ouvrant droit à des dommages et intérêts (distincts de ceux pouvant résulter d'un éventuel licenciement abusif). La Cour de cassation a ainsi condamné récemment l'Union des opticiens qui, en 2001, avait licencié pour motif économique deux salariés ayant 12 et 24 années d'ancienneté et qui n'avait suivi qu'un stage de 3 jours en 1999.

- **Ce qui relève en revanche du droit commun professionnel dépasse largement les intérêts des seules entreprises et participe du bon fonctionnement de la collectivité.** Il est donc logique qu'une obligation légale leur soit dès lors exigée. Le postulat fondamental est qu'une entreprise X pourra bénéficier, indirectement, de la formation qu'elle aura offerte à son salarié (a) même si ce dernier quitte X après sa formation, et ce parce que, dans le même temps, X pourra bénéficier de la formation du salarié (b) formé par l'entreprise Y. Dans un monde économique de plus en plus interdépendant où les mobilités seront toujours plus exigées (et espérons-le facilitées) le retour sur investissement d'une entreprise ne doit plus se mesurer à l'échelle d'un individu, mais à l'échelle de tous les individus composant la société.

C'est ce qu'ont compris depuis longtemps les entreprises nordiques qui n'hésitent pas à prendre en charge des formations longues de leurs salariés même si elles sont conscientes que ceux-ci peuvent en profiter pour obtenir des promotions externes.

Mais de quel type d'« obligation légale » est-il question ? Jusqu'à présent les entreprises de 20 salariés et plus devaient verser 0,9 % de leur masse salariale au titre du « Plan de formation », 0,5 % de leur masse salariale au titre de la « Professionnalisation » et 0,2 % au titre du « CIF ».

Deux possibilités sont envisageables : soit les entreprises continuent à verser un % de leur masse salariale, % qui devra correspondre aux nombre d'heures de formation alimentant tous les comptes formation ; soit on évalue pour chaque entreprise le nombre de salarié équivalent temps plein sur une année et on exige d'elle le paiement (auprès de la Caisse des dépôts) des heures de formation correspondantes. Dans tous les cas il faut que chaque personne puisse savoir précisément où en est son « compte formation » et à quel tirage il peut prétendre ».

(Personnaliser la formation professionnelle continue, Une proposition de réforme, Raphaël Wintrebert, Fondation pour l'innovation politique, décembre 2008)

F Conclusion : Quelques interrogations majeures auxquelles répondre si l'on envisage le passage du fiscal au conventionnel

Le passage d'une obligation fiscale à une obligation conventionnelle soulève un certain nombre d'interrogations qui ont été exprimées par les différents acteurs du système de formation et qui sont reprises par ce verbatim. En effet, la suppression de l'obligation fiscale et sa transformation en obligation conventionnelle pourrait avoir certains effets induits, non prévus et non souhaités, que nous avons recensés.

Si les partenaires envisagent la création d'une obligation conventionnelle de financement de la formation, ils devront sans doute apporter des réponses à ces interrogations majeures pour le fonctionnement du système de formation.

1. Comment maintenir une obligation de former qui ne pénalise pas les petites entreprises non dotées d'une capacité RH et de la capacité de négocier des accords formation ?
2. Ne risque-t-elle pas d'aboutir à une diminution de l'effort de financement des entreprises? Comment maintenir un financement au moins égal au financement actuel qui découle de l'obligation fiscale (obligation de consacrer un minimum de 1,6 % de la masse salariale brute pour les entreprises de plus de 20 salariés, obligation de consacrer un minimum de 1,05 % de la masse salariale brute pour les entreprises entre 10 et 20 salariés et obligation de consacrer un minimum de 0,55 % de la masse salariale brute pour les entreprises de moins de 10 salariés) ?
3. Comment maintenir un espace d'informations et de consultation sur la formation au sein des entreprises (notamment au sein des entreprises dotées d'un comité d'entreprise) ?
4. Comment éviter que la création de l'obligation conventionnelle ne conduise à la mise en place de disproportions entre branches professionnelles et ne crée au final des inégalités d'accès à la formation selon le secteur professionnel ?
5. Quelle définition de l'action de formation et qui serait en charge du contrôle de l'imputabilité des actions de formation ?
6. Les OPCA peuvent-ils être à la fois les conseils des entreprises (dans la mesure où la réforme en cours prévoit le développement des missions de conseil des OPCA) et les gendarmes ?
7. Quel serait son impact sur la mutualisation des fonds dont l'un des objectifs, basé sur le principe de solidarité, est de redistribuer aux plus petites entreprises des fonds supérieurs aux sommes qu'elles ont versées, pour financer la formation de leurs salariés ? Quels pourraient être les mécanismes de mutualisation des fonds collectés ?
8. Quelle serait l'instance de régulation ?
9. Comment prendre en compte les secteurs « Hors Champ » dans la régulation d'un système devenu complètement conventionnel ?

G Annexe : Les sources référencées sur le thème de l'obligation conventionnelle

Différents rapports abordant le thème de l'obligation conventionnelle

- « La formation professionnelle des adultes : un système à la dérive », Pierre Cahuc et André Zylberberg, étude parue le 10 juillet 2006.
- Rapport de la mission d'information du Sénat sur la formation, Juillet 2007 (et notamment Dominique Balmay, président du CNFPTLV et Paul Santelmann, chef du service prospective de l'AFPA, cités page 169)
- « Le régime français de formation professionnelle continue, Enjeux, acquis et voies de réforme », Rapport du Conseil d'Analyse Stratégique, Mars 2008.
- Rapport du Groupe multipartite sur la formation, 10 juillet 2008
- Echanges entre partenaires sociaux à l'occasion du colloque Centre Inffo du 12 juin 2008 (AEF, 12/06/2008)
- Rapport public thématique sur la Formation Professionnelle Tout au Long de la Vie, Cour des Comptes, septembre 2008
- « Personnaliser la formation professionnelle continue, Une proposition de réforme », Raphaël Wintrebert, Fondation pour l'innovation politique, décembre 2008

Extraits d'interviews données par les partenaires sociaux et les acteurs du système de formation dans la presse spécialisée

Organisations patronales

- MEDEF : interview d'Alain DRUELLES à l'AEF (20/09/2007), interview de Francis DA COSTA, président de la commission éducation /formation du Medef à l'AEF (13/06/2008)
- IUMM : interview de Jean-François PILLIARD à l'AEF (30/09/2008) et interview AEF (28/02/2008)
- CGPME : interview de Jean-François ROUBAUD, président CGPME, à l'AEF (30/06/2008 et 25/07/2008) et interview de JM POTTIER, président de la commission formation CGPME, à l'AEF (17/06/2008) et à Inffo flash (16 au 30 septembre 2008)
- UPA : extraits des propos tenus par Bruno LEFEBVRE, membre de la commission formation de l'UPA, lors du Colloque Centre Inffo, 12 juin 2008 (repris par l'AEF)

Organisations syndicales

- CGT : interview à l'AEF (09/07/2008) et interview de Thierry LEPAON à l'AEF (29/09/2008)

- CFDT : interview d'Annie THOMAS à l'AEF (13/06/2008 et 11/07/2008)
- CFE-CGC : interview d'Alain LECANU à l'AEF (20/10/2008)
- Force ouvrière : interview de Christophe COUILLARD à l'AEF (20/09/2007)
- CFTC : interview d'Olivier GOURLE à l'AEF (29/09/2008)

Pouvoirs publics et instances publiques

- Interview de JL. DAYAN, Comité d'Analyse stratégique, à l'AEF (13/03/2008)
- Interview de P. LE DOUARON, DGEFP, à l'AEF (20/09/2007)
- Extraits de l'intervention de Françoise BOUYGARD, déléguée adjointe à la DGEFP, lors du colloque Centre Inffo, 12 juin 2008, repris par l'AEF.

Offreurs de formation

- Interview de J.BARHY, groupe CESI, à l'AEF (07/12/2007)
- Communiqué FFP, repris par l'AEF (27/09/2007)

CHAPITRE II

Approche Comparative européenne

Introduction

Depuis de nombreuses années, et notamment grâce à l'impulsion donnée par des institutions internationales (OIT, OCDE...), les systèmes de formation professionnelle nationaux font l'objet d'analyses comparatives très complètes. La plupart des acteurs et des experts s'accordent pour considérer que l'échange de « bonnes pratiques » peut s'avérer particulièrement utile dans ce domaine, ce qui explique le développement des pratiques de *benchmarking*.

Cependant, si les pratiques en matière de formation professionnelle sont souvent aisément comparables, la question du mode de financement de la formation apparaît bien plus complexe à analyser tant les systèmes nationaux apparaissent diversifiés.

Ainsi, KEATING peut-il affirmer : « *C'est dans ce domaine que les divisions idéologiques sont les plus importantes. Les exemples les plus significatifs sont le modèle britannique, fondé sur une tradition volontariste et la France qui présente un haut degré d'intervention étatique.* »¹

Les choix nationaux en matière de financement de la formation professionnelle sont largement influencés par les traditions économiques et sociales propres à chaque pays. Toutefois, malgré cette diversité, certains auteurs s'efforcent de rechercher des points communs entre les différents modèles afin d'identifier des catégories (A). Celles-ci ne sont toutefois jamais fondées sur des critères d'ordre juridique. En effet, d'un point de vue juridique, il apparaît extrêmement difficile de construire des catégories tant les modèles sont variés (B). Toutefois, certaines caractéristiques juridiques communes entre systèmes nationaux existent, notamment au niveau européen. Ainsi, le recours à des fonds sectoriels afin de gérer les fonds dédiés à la formation est une technique utilisée par de nombreux systèmes européens. Malgré cette apparente proximité, l'analyse du fonctionnement de ces fonds sectoriels révèle également une grande diversité de pratiques, indissociables des traditions sociales et syndicales propres à chaque système national. Trois expériences nationales (Belgique, Italie, Pays Bas) font l'objet d'un éclairage particulier (C). Le système espagnol (D) est spécifique : le financement est assuré par le versement d'une cotisation sociale, collectée par la sécurité sociale et reversée à une fondation tripartite (Etat et partenaires sociaux) pour l'emploi. Enfin, le modèle allemand est également présenté. Il apparaît comme spécifique dans la mesure où il ne prévoit pas de mécanismes de financement obligatoire pour les entreprises. Il vient de faire l'objet d'une réforme qui ne bouleverse pas l'architecture générale du système mais introduit des facilités supplémentaires notamment pour favoriser l'épargne individuelle en vue de financer des projets de formation (E).

¹ "It is in this area that the ideological divides are the most prominent, exemplified by the UK on the one hand with its voluntarist traditions and France on the other with its high degree of state intervention." Keating, J. Medrich, E., Volkoff, V. and Perry, J (2002). *Comparative study of vocational education and training systems: national vocational education and training systems across three regions under pressure*. Adelaide, NCVET.

A Catégorisation des modèles de financement

Les premiers travaux pour catégoriser les modèles de financement de la formation professionnelle ont été réalisés par les experts de l'OIT, et sont notamment l'œuvre de V. GASSKOV².

Il identifie cinq catégories possibles de mode de financement de la formation professionnelle :

1. Les entreprises n'ont aucune obligation (Canada, Royaume Uni, Pays Bas, Suède)
2. Les employeurs investissent de façon significative, mais sur une base volontaire (Allemagne, Suisse, Japon)
3. Les fonds paritaires créés par négociation collective financent la politique de formation (Belgique, Danemark, Pays Bas)
4. L'Etat prévoit des incitations fiscales (Belgique, Chili, Allemagne, Corée du Sud, Malaisie et de nombreux pays d'Amérique Latine)
5. L'Etat oblige les employeurs à financer (Danemark, France, Irlande, Corée du Sud, Malaisie et de nombreux pays d'Amérique Latine).

Suivant une approche clairement socio-économique, ASHTON³ identifie quatre modèles différents :

1. Le modèle « marché » : les employeurs sont libres de décider du montant et du type d'activités financées (USA, Australie, Nouvelle Zélande, Royaume Uni).
2. Le modèle « corporatiste » : il se développe dans les Etat d'Europe du Nord qui s'industrialisent à partir du 19^{ème} siècle. Il est caractérisé par des formes de collaboration entre employeurs et syndicats (Allemagne, Autriche, Suisse, Etats Scandinaves)
3. Le modèle « Etats en développement » : il correspond aux Etats d'Asie du Sud Est qui ont connu un développement rapide dans l'après-guerre (Japon, Corée du Sud, Singapour, Taiwan). Il se caractérise par un interventionnisme étatique important.
4. Le modèle « néo marché » : il désigne les systèmes qui, suite aux crises économiques des années 1980 et 1990, ont connu les interventions du FMI (Amérique Latine essentiellement). Il se caractérise par un haut degré de libéralisation, avec des politiques fortement décentralisées et un secteur privé très développé.

Enfin, une étude australienne récente de SMITH et BILLET⁴ propose de classer les différents systèmes en quatre catégories :

² Voir notamment, Gasskov, V (2001). *Government interventions in private financing of training*. International Labour Organization, Geneva.

³ Ashton, D., Sung, J. and Turbin. (2000). *Towards a framework for the comparative analysis of national systems of skill formation*. International Journal of Training and Development , 4:1, 8-25.

1. Les systèmes de « laissez-faire » (USA, Royaume Uni, Australie, Canada).
2. Les systèmes avec un investissement important des employeurs (le modèle « dual » allemand de financement de l'apprentissage, Danemark)
3. Les fonds sectoriels (Pays Bas).
4. Les systèmes avec imposition (France mais aussi Singapour).

Les différentes catégories ainsi tracées apparaissent finalement relativement larges et ne se fondent généralement pas sur des critères d'ordre juridique⁵. La diversité des cultures et des traditions syndicales se reflète dans les modèles de financement de la formation professionnelle. Les catégories présentées sont essentiellement élaborées en croisant différents critères d'ordres sociologiques, économiques et historiques essentiellement.

B. Diversité des modèles du point de vue juridique

L'élaboration de catégories fondées sur des critères juridiques est bien plus complexe encore tant les modèles apparaissent diversifiés. Parmi les critères possibles permettant de distinguer les différents modèles de financement :

- Le caractère obligatoire ou volontaire du financement.
- La qualification fiscale ou conventionnelle du financement. ,
- La détermination des montants par la voie légale ou conventionnelle
- La nature publique ou privée des institutions collectrices.
- ...

Naturellement, chacun des critères peut se combiner avec les autres. Ainsi, la nature conventionnelle du financement peut avoir un caractère obligatoire ou volontaire, les montants pouvant également être fixés par voie conventionnelle ou par voie légale.

Malgré cette diversité évidente, de nombreux systèmes connaissent néanmoins des caractéristiques similaires et comparables. Ainsi, le recours aux institutions paritaires est très fréquent et la plupart des Etats européens connaissent des fonds sectoriels pour le financement de la formation professionnelle. Il ne s'agit nullement d'une spécificité française.

En fonction des traditions syndicales et sociales, le rôle dévolu aux institutions paritaires peut varier considérablement d'un système à l'autre. Ainsi, aux Pays Bas,

⁴ Smith, A., Billet, S. *Mechanisms for enhancing employer investment in training: a comparative perspective*, Research in post-compulsory education, v. 11, no. 1, 2006. pp.1-18

⁵ Les travaux de GASSKOV méritent cependant d'être distingués. En effet, afin de définir certaines catégories GASSKOV utilise des critères juridiques (notamment la nature fiscale ou non de la ressource) qu'il croise avec des critères d'ordre politique et économique.

pays de tradition libérale, les syndicats négocient des accords qui ont une nature exclusivement contractuelle et les fonds sectoriels sont organisés sur une base volontaire. Ce sont les partenaires sociaux qui fixent le montant et les conditions d'utilisation des fonds. Les entreprises sont généralement libres d'adhérer ou non. En revanche, en France, où le dialogue social est fortement soutenu par l'Etat, les fonds sectoriels, dont la création est prévue par la loi, apparaissent essentiellement comme des collecteurs d'une obligation fiscale, dont le montant et la sanction en cas d'inexécution sont déterminés par le législateur.

La qualification de la ressource n'a pas nécessairement d'incidence sur le caractère obligatoire ou non du financement. De nombreux fonds sectoriels sont financés par des contributions sociales obligatoires dont le montant peut être fixé par voie légale (ex. : Italie) ou conventionnelle (ex. : Belgique). La France se distingue par contre des autres systèmes de fonds paritaires du fait de la qualification fiscale de la ressource. En effet, que le prélèvement soit obligatoire ou non, fixé par voie légale ou conventionnelle, dans les différents systèmes connaissant les fonds sectoriels, la ressource est généralement qualifiée de cotisation sociale. C'est notamment le cas des trois systèmes de fonds sectoriels présentés (Belgique, Italie, Pays Bas). Le modèle espagnol se distingue des autres par l'institution d'une fondation tripartite qui décide de l'utilisation des fonds sans pour autant les gérer : la contribution généralisée est en effet collectée et gérée par la Sécurité sociale espagnole. Le dernier modèle présenté, l'Allemagne, ne connaît pas de fonds sectoriels spécifiques pour la formation, ni même de système national de financement de la formation professionnelle : celle-ci est essentiellement financé par les entreprises et éventuellement les individus. Le financement public est assuré grâce à des dispositifs fiscaux.

Modes de financement des fonds sectoriels dans six Etats européens

Belgique - Fonds sectoriels	Contribution sociale obligatoire qui varie en fonction des fonds et déterminée par la négociation collective. Les ressources sont collectées par l'ONSS (Office de Sécurité sociale) puis redistribuées aux fonds.
Danemark - Fonds éducation et fonds pour le développement des compétences.	Contribution obligatoire de nature conventionnelle, librement décidée par les partenaires sociaux et payée directement aux fonds par les entreprises couvertes par l'accord collectif.
Espagne - Fondation tripartite	Contribution obligatoire, d'origine légale, collectée par la sécurité sociale et transférée à l'INEM. La Fondation ne gère donc pas les fonds mais décide de

	leur utilisation.
Italie - Fonds interprofessionnels pour la formation continue.	Contribution obligatoire d'origine légale, payée à l'Institut National de Protection Sociale et reversée ensuite aux fonds.
Pays Bas - Scholingsfondsen	Essentiellement financés par des contributions obligatoires mais également parfois par contributions volontaires, fixés par voie conventionnelle et généralement collectés par les fonds eux-mêmes.
Royaume Uni - ConstructionSkills, Engineering construction industry training board (ECITB) et Skillset.	ConstructionSkills et ECITB financé par une contribution obligatoire autorisée par le Parlement mais décidée par les organisations d'employeurs. Skillset financé par des contributions volontaires. Les fonds récoltent eux-mêmes les contributions.

Tableau récapitulatif de différentes expériences nationales

	Nature obligatoire ou volontaire du prélèvement		Autonomie de décision des FSF sur les montants et la nature des prélèvements	Mécanismes de prélèvement- subvention ou prélèvement- exemption		Prélèvement payé à :		Présence d'autres sources de financement
	Obligatoire	Volontaire		Prélèvement- subvention	Prélèvement- exemption	Fonds sectoriels	Institutions de sécurité sociale	
Belgique	X		X	X			X	
Danemark	X		X	X		X		
Espagne	X			X			X	X
France	X				X	X		
Italie	X			X			X	
Chypre	X			X			X	X
Pays Bas	X	X	X	X		X		X
Royaume Uni	X	X	X	X		X		X

C Exemples nationaux de fonds sectoriels pour la formation en Europe.

C.1 Belgique

En 1988, les organisations syndicales belges ont signé un accord interprofessionnel prévoyant une contribution obligatoire de 0,18% du montant de la masse salariale brute des entreprises pour financer la formation professionnelle de certains publics à risque. La contribution devait être collectée par l'Office National de Sécurité Sociale (ONSS).

Suite à cet accord, des fonds sectoriels furent progressivement créés (certains préexistaient à la création de l'obligation contributive comme dans le secteur de la métallurgie et dans le secteur bancaire depuis 1968, dans le secteur du bâtiment depuis 1965, dans le secteur textile depuis 1978).

La gestion de la contribution collectée par l'Office National a alors été progressivement transférée aux différents fonds sectoriels. Une fois transférés, le fonds a un pouvoir de décision très important sur le montant des contributions, leur utilisation, les publics concernés, etc.

Lorsqu'un secteur n'est pas couvert par un Fonds spécifique, la contribution obligatoire est versée au fonds national pour l'emploi qui dépend de l'ONSS. Toutefois, les partenaires sociaux étant désireux de conserver la maîtrise de ces sommes et de la politique de formation, des fonds furent rapidement créés dans la plupart des secteurs importants.

Depuis ce transfert, le montant de la contribution varie en fonction des secteurs, de 0,10% jusqu'à 0,60% de la masse salariale de l'entreprise.

Les Fonds sont composés et gérés de façon paritaire : le bureau et l'assemblée générale étant composés d'un nombre égal de représentants d'employeurs et d'employés. Les décisions sont prises à l'unanimité.

C.2 Italie

La loi cadre dans le domaine de la formation professionnelle du 21 décembre 1978 a prévu l'augmentation de la contribution obligatoire pour l'assurance-chômage de 0,3% de la masse salariale des entreprises afin de financer la formation professionnelle. La contribution est collectée par l'Institut national pour la sécurité sociale (Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, INPS).

En 1997, la loi n°196 prévoit la création des fonds interprofessionnels pour la formation, mais il faudra attendre 2002 pour que les premiers fonds paritaires soient effectivement créés. Après une phase de mise en place (2002-2004), les fonds sont complètement opérationnels depuis 2005. Depuis, si une entreprise décide de rejoindre un fonds, l'INPS transfère la totalité de la contribution de l'entreprise au fonds choisi (L'INPS continue cependant à collecter la ressource qu'elle reverse ensuite aux fonds). L'entreprise reste libre de choisir ou non d'adhérer à un fonds.

Les contributions versées par les entreprises qui n'adhèrent à aucun fonds sont reversées pour deux-tiers au Ministère de l'économie et des finances et pour un tiers au ministère du travail afin de financer des programmes de formation continue prévus par les lois 263/1993 et 53/2000.

La contribution de 0,3%, qui était à l'origine prévue pour financer l'assurance chômage (l'activité de formation étant alors conçue comme un moyen pour faciliter le retour à l'emploi ou éviter de tomber en chômage), s'est progressivement transformée en une véritable source de financement pour la formation professionnelle en général. Le développement des fonds interprofessionnels de formation favorise naturellement cette évolution.

Afin de surveiller le bon fonctionnement des fonds formation, la loi de finances de 2003 a prévu la mise en place d'un Observatoire pour la formation continue (*Osservatorio per la Formazione Continua*), mais qui ne semble pas être véritablement opérationnel.

C.3 Pays Bas

Les fonds sectoriels aux Pays Bas (*Onderwijs en Ontwikkeling (O&O)*) regroupent les fonds sectoriel de formation (*Scholingsfondsen*) et les fonds pour financer l'éducation (*Opleidingsfondsen*). Les premiers sont financés par des contributions payées par les entreprises appartenant au secteur et se concentrent sur les activités de formation et d'éducation des employés. Les seconds sont souvent intersectoriels et sont financés par des subventions publiques et par le Fonds social européen. Toutefois, cette distinction tend à s'atténuer, notamment depuis que les fonds formation peuvent également bénéficier des subventions FSE.

Les fonds sectoriels de formation néerlandais n'ont pas été institués par une loi et leur activité n'est donc pas spécifiquement régulée par la loi. Ils se sont constitués à l'initiative de différents secteurs sur le fondement d'un accord collectif qui fixe généralement le pourcentage de la masse salariale que l'entreprise adhérente doit payer au fonds. Ce pourcentage varie d'un secteur à l'autre.

Le prélèvement moyen en 2005 était de 0,67% (il était de 0,57% en 1998), toutefois certains fonds prévoient un financement à hauteur de 2,5%. Toutes les entreprises du secteur concerné sont soumises à la même obligation, quelle que soit la taille de l'entreprise.

Dans la plupart des cas, la contribution est obligatoire mais ce n'est pas systématique et certains accords collectifs prévoient également une possibilité de contribuer volontairement. Les contributions sont habituellement collectées par les fonds mais parfois ils délèguent cette fonction à une administration publique. Enfin, les fonds peuvent également être financés par des intérêts et des retours sur investissement.

Les fonds pour l'éducation sont en revanche institués et administrés par les pouvoirs publics et généralement placés sous l'autorité directe d'un ministre. Ils sont essentiellement financés par des fonds publics.

D Le modèle espagnol : La fondation tripartite pour la formation et l'emploi.

La formation professionnelle en Espagne est financée par une contribution obligatoire, d'origine légale et d'un montant de 0,7 % dont 0,6 % à la charge de l'entreprise et 0,1 % à la charge du salarié. C'est une cotisation sociale collectée par la sécurité sociale et transférée à la Fondation Tripartite pour la Formation à l'Emploi. Il s'agit, comme son nom l'indique, d'un organisme tripartite réunissant l'Etat et les partenaires sociaux au niveau national et qui a pour mission de financer et développer la formation pour les actifs (occupés ou non occupés).

Le texte de base concernant la formation continue est le Décret Royal du 23 mars 2007 (REAL DECRETO 395/2007 *por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo*).

La Fondation attribue notamment des financements pour la formation aux entreprises pour leurs plans de formation et aux salariés pour des congés de formation.

Les plans de formation d'entreprises peuvent être individuels ou groupés.

Pour obtenir des financements, les entreprises doivent présenter des plans de formation qui ont reçu l'approbation des représentants du personnel dans l'entreprise. Si tel n'est pas le cas, une Commission paritaire sectorielle doit effectuer une médiation, en donnant son avis sur les plans en question, pour concilier les parties. A défaut de conciliation, la Fondation ne financera pas les plans si elle estime que le refus d'accord des représentants du personnel est basé sur une discrimination, ou que les formations ne correspondent pas à l'activité de l'entreprise ou qu'il existe une autre raison qui pourrait supposer un abus de droit dans l'utilisation de fonds publics (art. 15-5 du RD du 23 mars 2007).

Lorsqu'il n'existe pas de représentants du personnel, ce sont les salariés qui doivent donner leur accord aux formations suivies pour que l'entreprise obtienne un financement public. A défaut d'accord, il revient à la Fondation de se prononcer sur l'octroi ou non de subventions.

E La spécificité du modèle allemand : Préfinancement privé et refinancement public.

La spécificité du modèle allemand tient au fait, relativement rare en Europe, qu'il n'existe pas de dispositif obligeant les entreprises à financer la formation professionnelle à travers le versement d'une cotisation ou d'un impôt.

Cela s'explique notamment du fait de l'existence d'un système de formation professionnelle initiale (formation initiale et apprentissage) très développé connu sous l'appellation de système « dual ». Ce système particulièrement efficace pour la formation professionnelle initiale absorbe une part importante des financements publics et privés au titre de la formation. D'ailleurs seules les dépenses au titre de la formation duale sont systématiquement comptabilisées par les entreprises, ce qui rend difficile de retracer les montants réellement investis au titre de la formation professionnelle continue.

En règle générale, les pratiques de formation professionnelle en Allemagne s'appuient nettement moins sur la loi et la réglementation que ce n'est le cas dans les autres systèmes étudiés. Les aides publiques directes vont essentiellement aux salariés menacés et aux demandeurs d'emploi.

L'analyse des dispositifs de financement de la formation professionnelle apparaît alors très complexe. En effet, la plupart des financements proviennent directement des entreprises et des individus, parfois soutenus par des financements directs de la part des pouvoirs publics. Toutefois, il existe également de nombreux dispositifs dits de « refinancement » et qui permettent de couvrir ces dépenses.

Il s'agit donc d'un modèle construit en deux étapes : le préfinancement, c'est-à-dire le paiement effectif de l'action de formation, assuré essentiellement par des personnes privées, et le refinancement, qui constitue, essentiellement à travers des dispositifs fiscaux, une forme de financement public.

Le préfinancement :

Le mode de financement le plus classique concerne les actions de formation professionnelle continue lancées à l'initiative des employeurs pour leurs salariés : elles sont généralement financées par les entreprises elles-mêmes. Les employeurs, dans le cadre des dispositions légales existantes, décident de l'opportunité du contenu et des modalités de la formation. Les actions « internes » de formation peuvent également être financées sous forme « conjointe », avec le soutien des pouvoirs publics ou du FSE.

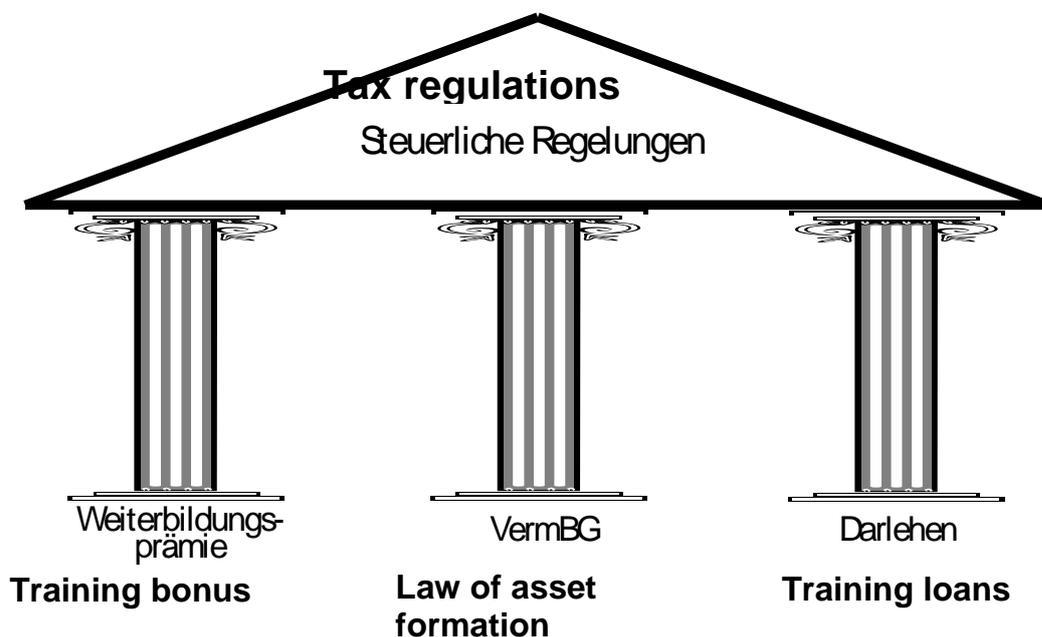
Le financement individuel est également développé, seul ou combiné avec d'autres formes de financement publics ou privés, notamment lorsque l'individu s'adresse à des organismes publics de formation dont le coût de la formation est diminué grâce à des cofinancements étatique.

En général, les pouvoirs publics financent des actions de formation continue à un double titre : en tant qu'employeurs, ils financent les actions de formation de leurs employés et en tant que soutien financier des prestataires de formation pour des actions dont les coûts ne sont pas totalement couverts par les droits d'inscription. Enfin, les pouvoirs publics peuvent parfois soutenir certains individus qui ne sont pas en mesure de financer leur formation.

Le refinancement :

Les agents privés de financement (entreprises et particuliers) peuvent voir leurs dépenses pour la formation couvertes par une forme de refinancement. Notamment, le système fiscal allemand permet aux entreprises de qualifier leurs dépenses d'éducation et de formation continue en dépenses de fonctionnement ce qui permet de diminuer le montant du revenu imposable des entreprises concernées. Les individus peuvent, pour leur part, déduire de leur revenu imposable les dépenses d'éducation et de formation qu'elles ont engagées, pour autant que ces dépenses aient directement à voir avec leur activité professionnelle. Les dépenses liées aux activités d'éducation et de formation continue qui ne sont pas orientées vers la profession exercée peuvent bénéficier également d'une prise en compte, mais seulement dans la limite d'un plafond relativement bas.

Enfin, une réforme récente, approuvée en 2008, vise, sans pour autant bouleverser le système, à favoriser l'épargne individuelle pour financer la formation professionnelle. Le financement individuel pourrait être encouragé en ayant recours à un dispositif reposant sur trois piliers : les « bonus » publics, les prêts spécifiques pour la formation et la possibilité d'utiliser les comptes épargnes spéciaux à disposition des salariés allemands (VWL – voir infra pour une définition précise de ces dispositifs). Le schéma suivant présente succinctement ce dispositif :



Cette réforme, alors en projet, a été présentée par un de ses principaux architectes, le Dr. Dohmen, lors du séminaire sur l'opportunité et la faisabilité d'un compte épargne formation le 26 mars 2008 au Sénat. Le chapitre extrait du rapport du

séminaire relatif à cette réforme est reproduit ci-dessous. Le projet présenté à cette occasion a été intégralement adopté et commence à être mis en œuvre.

L'étude du système allemand illustre la possibilité de financer la formation professionnelle sans mise en place d'un système obligatoire de financement pour les entreprises : grâce à des avantages fiscaux, celles-ci investissent néanmoins dans ce secteur. Malgré l'absence de données précises sur les montants dédiés à la formation professionnelle, il apparaît évident que l'Allemagne ne souffre pas d'un déficit de formation professionnelle. L'exemple allemand nous rappelle que l'intérêt pour les entreprises et les travailleurs de financer la formation professionnelle n'est pas nécessairement la conséquence d'une obligation : en effet ce sont eux qui en seront les principaux bénéficiaires. Un dispositif fiscal adéquat peut finalement aboutir à des résultats comparables en termes de résultat qu'un dispositif de financement assuré par un prélèvement obligatoire, fiscal ou conventionnel. Sans doute, la pratique très développée du dialogue social au sein de l'entreprise favorise le bon fonctionnement de ce système particulier de financement de la formation professionnelle.

La création du plan épargne formation en Allemagne

Extrait du rapport « Opportunité et faisabilité d'un compte épargne formation », dir. J.-M. Luttringer, éd. Demos, 2008, p. 51 et suiv.

1. Introduction

La formation professionnelle en Allemagne est une préoccupation nationale, comme dans de nombreux États européens. Les motivations qui ont poussé le gouvernement fédéral à s'intéresser à de nouvelles méthodes de financement sont similaires à celles des autres systèmes européens et aux préoccupations mises en lumière par les différents rapports internationaux : nécessité de s'adapter à une économie mondialisée, être capable de relever le défi d'une économie fondée sur la connaissance, nécessitant une adaptation constante des compétences des travailleurs, affronter le problème démographique. L'objectif général de la réforme est de permettre le maintien de la compétitivité du système économique allemand.

L'idée d'une solvabilisation individuelle et d'un encouragement à la dépense individuelle est en réalité développée depuis plusieurs années. Ainsi, depuis 2006, un chèque formation est expérimenté dans la Région de la Rhénanie du Nord-Westphalie.

Toutefois, si cette initiative régionale mérite d'être soulignée et sera peut être suivie par d'autres initiatives régionales, le gouvernement allemand a prévu, au niveau

fédéral, une réforme du système de la formation continue. Cette volonté est inscrite clairement dans le programme de la coalition de gouvernement :

« Le public, les entreprises et les individus doivent participer au financement de la formation continue de façon appropriée. Grâce aux compte d'épargne formation nous voulons développer de nouveaux instruments financiers et amender le VermGB. Cette réforme sera faite à budget constat. »

Deux experts ont été chargés de l'élaboration d'un modèle viable : le Professeur Bert Rürup et le Dr. Dieter Dohmen de l'Institut pour l'éducation et la recherche socioéconomique (FiBS).

Un des objectifs des autorités est de faciliter le financement de la formation continue pour l'ensemble de la population et en particulier pour les catégories qui n'ont jusqu'à présent pas été en mesure d'améliorer leur situation sur le marché du travail en raison d'un manque de moyens propres. Naturellement, cet objectif doit être poursuivi tout en favorisant la dépense individuelle afin que cela n'entraîne pas de coûts supplémentaires pour l'Etat.

Si les experts préconisent effectivement une réforme du système, ils suggèrent de s'appuyer essentiellement sur les modalités de financements existantes. Pourtant, malgré le fait que la réforme apparaît assez simple à mettre en oeuvre, il s'agit bien d'une refondation du système de financement de la formation professionnelle. La démarche entreprise mérite d'être explicitée.

2. La démarche des experts

Pour définir de nouveaux modes de financement, les experts ont procédé à une analyse complexe. Ils ont en effet étudié à la fois le sens socio-économique du concept des plans épargnes formation, les dispositifs existants dans d'autres systèmes nationaux et une analyse approfondie de la situation de la politique de formation en Allemagne⁶. Un des éléments fondamentaux est la question de l'accès de certaines catégories particulièrement exposées au risque d'inemployabilité.

Le projet de loi est directement inspiré des modèles préconisés par les rapports d'experts. L'objectif de la réforme est de développer diverses sources de financement alternatives ou complémentaires, susceptibles de couvrir l'ensemble de la population. Les systèmes d'épargne apparaissent comme une modalité parmi d'autres.

⁶ 21 D. DOHMEN, Prof. V. DE HESSELLE, K. HIMPELE, Analysis of potential models and development of a concrete concept for training saving plans, 2007; B. RÜRUP, A. KOHLMEIER Economic and sociopolitical significance of further training saving plans, 2007.

Les rapports ne préconisent pas véritablement la création de nouveaux instruments de financement. Ils se limitent essentiellement à modifier des dispositifs existants et à mieux les articuler entre eux. Le souci de ne pas construire une réforme trop lourde à mettre en œuvre est omniprésent. Certaines solutions qui pouvaient ainsi apparaître attrayantes sont explicitement écartées à cause de la complexité de la mise en œuvre. Un autre élément fondamental de l'analyse est la mise en évidence des limites intrinsèques au système de l'épargne dans un objectif de formation. D'une part, peu de foyers sont susceptibles d'épargner pour plus d'une finalité, et généralement l'accès à la propriété ou la retraite, prime sur le financement des besoins de formation. D'autre part, les mécanismes d'épargne produisent véritablement des intérêts à plus ou moins long terme. Or, les besoins de formation peuvent eux être immédiats ou du moins identifiables uniquement à court terme. Le choix a donc été fait de se concentrer sur des systèmes d'épargne qui ne soient pas uniquement disponibles pour la formation professionnelle. Ainsi, il a été considéré préférable d'adapter et d'élargir des mécanismes d'épargne existants plutôt que de créer un système spécifique pour les dépenses de formation.

En revanche, un des points véritablement novateur est la volonté de renforcer la capacité des individus à se former. Cela passe par une meilleure prise de conscience des enjeux de la formation et par le développement de méthodes de financement centrées sur la responsabilisation individuelle, à court et long terme. Ainsi, si d'un point de vue législatif et réglementaire la réforme apparaît somme toute assez limitée et donc assez simple à réaliser, d'un point de vue politique il s'agit bien d'une première étape vers la refondation du système, centré désormais sur la personne.

3. La réforme envisagée

Globalement, la réforme envisage un modèle fondé sur le cofinancement et répond à une double préoccupation :

- Permettre à des publics généralement exclus de la formation de pouvoir financer un parcours de formation
- Développer, si possible, le financement individuel.

La part autofinancée proviendrait en premier lieu des revenus individuels et des actifs disponibles. Pour les salariés à faible et moyen revenu, il s'agit d'envisager la possibilité d'utiliser les instruments de capitalisation classiques prévu par le droit allemand (*Vermögenswirksame Leistungen*). Ces derniers sont essentiellement versés par l'employeur. Enfin, un troisième instrument de financement serait le développement des prêts pour la formation.

Le financement public serait assuré par deux instruments : les déductions fiscales déjà existantes pour l'impôt sur le revenu des personnes physiques et l'octroi de d'une allocation spécifique, notamment pour les plus faibles revenus qui n'ont pas accès aux dispositifs fiscaux, faute de revenus suffisants.

Le gouvernement entend expérimenter ce modèle pendant trois ans, avec une possible extension de 2 ans. L'allocation devrait être financée essentiellement par les fonds européens.

4. La réforme des Vermögenswirksame Leistungen (VWL)

Définition :

Les personnes ayant un statut de salarié avec un contrat à durée indéterminée (ou un CDD de plus de 6 mois) et ayant terminé leur période d'essai (qui dure en général 6 mois) peuvent avoir droit à ce que l'on appelle les VWL. Il s'agit d'un complément de salaire versé par l'employeur. Le salarié, pour sa part, a parfois la possibilité (ou même l'obligation) d'alimenter ce compte.

Les conventions collectives en Allemagne obligent généralement l'employeur à verser une somme d'argent généralement comprise entre 27 et 40 €. Environ 95 % des salariés profitent de cette opportunité. Le contrat de travail peut également être la source d'une telle obligation. Il faut cependant que le salarié fasse une demande expresse pour ouvrir ce compte épargne spécial. Ces sommes d'argent sont considérées comme du salaire et assujetties à l'impôt sur le revenu.

En plus des intérêts, certains salariés, dont le revenu imposable ne dépasse pas les 17900€ et qui ont épargné pendant un certain nombre d'années (généralement 7 années) sans effectuer de retraits peuvent bénéficier d'un bonus gouvernemental. Ce bonus n'est cependant pas considéré comme un revenu imposable.

Le dispositif prévu :

La réforme prévoit la possibilité pour les personnes ayant un revenu inférieur à 17900€ de dépenser une part du plan d'épargne avant la date prévu pour le versement du bonus gouvernemental, sans que cela n'ait d'effets sur les droits des bénéficiaires. Ainsi, le bonus et les intérêts continueraient à être calculés et payés, malgré le retrait du plan d'épargne.

5. Le prêt formation

Le deuxième dispositif mis en place est la possibilité, pour les personnes désireuses d'entreprendre une formation, de contracter un prêt spécial pour financer la formation. Ce prêt serait mis en place par une banque publique (fédérale ou régional) et avec des taux d'intérêt plus bas que ceux pratiqués généralement.

6. L'allocation formation

Enfin, le financement public serait surtout assuré par une allocation versée aux participants dont le revenu imposable est inférieur à 17.900 €. Cette allocation couvrirait 50% des frais de participation, avec un maximum de 154€ et un minimum de 30€. La fixation d'un minimum est simplement liée à la volonté de ne pas multiplier les procédures administratives.

7. Perspectives

Il est naturellement impossible d'établir un bilan d'un dispositif qui n'a pas encore été mis en œuvre. Toutefois, il est possible dès à présent de constater que les dispositifs développés ne permettent finalement pas de couvrir la totalité de la population. Risquent en effet d'être exclus certains salariés de PME ne bénéficiant pas des fonds de capitalisation, ainsi que des personnes à très faible revenu qui nécessitent sans doute un investissement plus direct de la part des autorités publiques.

Le plan du gouvernement fédéral pourrait ainsi être efficacement complété par des dispositifs régionaux, notamment pour les personnes qui ne pourraient bénéficier du programme fédéral.

Enfin, le système de financement public direct se concentre essentiellement sur les travailleurs peu qualifiés. Pour les autres, le système de prêt et les avantages fiscaux sont considérés comme suffisants pour créer de l'appétence et favoriser l'investissement individuel. Seule une évaluation a posteriori du dispositif permettra de mesurer effectivement les effets des différentes mesures sur le comportement individuel. Il est cependant évident que l'orientation peut avoir un rôle fondamental pour le développement de l'appétence des individus. La possibilité de créer un système obligatoire de consultation sur l'orientation est également à l'étude.

F Bibliographie

Etudes internationales:

- Ashton, D., Sung, J. and Turbin. (2000). *Towards a framework for the comparative analysis of national systems of skill formation*. International Journal of Training and Development , 4:1, 8-25
- AFD, *Les mécanismes de financement de la formation professionnelle, Allemagne, Espagne, France, Royaume-Uni* par J. L. Carles, A. Kirchberger, R. Walther, J. Harrison et H. Mc Leish.
- Gasskov, V. *Alternative schemes of financing training*. Geneva: ILO, 1994.
- Gasskov, V. *Levies, leave and collective agreements incentives for enterprises and individuals to invest in training*. European Journal of Vocational Training, 1998, No 13, p. 27-36.
- Gasskov, V. *Government interventions in private financing of training*. Geneva: ILO, 2001.
- Keating, J. Medrich, E., Volkoff, V. and Perry, J (2002). *Comparative study of vocational education and training systems: national vocational education and training systems across three regions under pressure*. Adelaide, NCVER
- Ouvrage collectif, dir. J-M. Luttringer, *Opportunité et faisabilité d'un compte épargne formation*, éd. Démos, 2008.
- OECD. *Beyond rhetoric: adult learning policies and practices: highlights*. Paris: OECD, 2003.
- OECD. *Promoting adult learning*. Paris: OECD, 2005.
- Olesen, K. *The role of social partners*. Geneva: ILO, 1997.
- Smith, A., Billet, S. *Mechanisms for enhancing employer investment in training: a comparative perspective*, Research in post-compulsory education, v. 11, no. 1, 2006
- *L'Actualité des services aux entreprises*, Business Development Services, second semestre 2007 http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/BDS_14.pdf
- *Le financement de la formation professionnelle: approches politiques*, Revue européenne Formation Professionnelle, n° 13 janvier - avril 1998/I, http://www.trainingvillage.gr/etv/Upload/Information_resources/Bookshop/126/13-fr.html#th2
- Sectoral training funds in Europe, Cedefop, 2008, http://www.trainingvillage.gr/etv/Upload/Information_resources/Bookshop/499/5189_en.pdf
- Strategies in financing VET, Seminaire Cedefop, 19-20 mai 2008 <http://agora.cedefop.europa.eu/vetfinancing2008/default.aspx?catid=84>
http://agora.cedefop.europa.eu/vetfinancing2008innet/UsersFiles/sa/documents/briefingNotes/BriefingNote.SectoralTrainingFunds_FR.pdf

Belgique:

- A. Van Grambergen, M.; Denys, J. *Sectorale opleidingsfondsen in het vizier* [on sectoral training funds]. Leuven: HIVA, 1996.
- B. Wouters, M.; Denys, J. *Het vormingsbeleid in de sectoren van 1988 tot 1998: een evaluatie na 10 jaar sectoraal beleid* [vocational training policy in the sectors from

1988 until 1998: an evaluation of 10 years of sectoral policy]. Leuven: HIVA, 1998

Italie:

- C. ISFOL. *Rapporto 2005 sulla formazione continua* [report 2005 on continuing vocational training] Rome: Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2005.
- D. ISFOL. *Rapporto 2006 sulla formazione continua* [report on continuing vocational training in Italy] Rome: Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2006.

Pays Bas:

- E. De Mooij, A.; Houtkoop, W. *Scholing op afspraak: sectorale scholingsafspraken en stand van zaken O&O fondsen 2004*. Amsterdam: Max Goote Kenniscentrum BVE, 2005.
- F. SER – Sociaal Economische Raad. *Het nieuwe leren: advies over een leven lang leren in de kenniseconomie* [the new learning: advisory report on lifelong learning in the knowledge-based economy]. Den Haag: SER, 2002 (2002/10).

Allemagne :

- G. D. Dohmen, *Current Trends in the demand-led financing of further training in Europe- A synopsis* Institute for Education and Socio-Economic Research and Consulting (FiBS) , Allemagne, Sept. 2007
- H. D. Dohmen, Prof. V. De Hesselle, K. Himpele, *Analysis of potential models and development of a concrete concept for training saving plans*, FiBS, 2007

CHAPITRE III

Les conséquences de la nature fiscale de la contribution au financement de la formation professionnelle continue

Introduction

Problématique de la nature fiscale

Les entreprises sont soumises à une obligation de financement de la formation professionnelle continue. Cette obligation peut avoir plusieurs bases juridiques et notamment soit une base légale, soit une base conventionnelle. Le principe de l'obligation de financement doit donc être dissocié de la nature de cette obligation. En d'autres termes, l'obligation de financement peut exister sous des formes et avec des natures différentes.

Sont envisagées ici les conséquences de la nature fiscale de la participation obligatoire des entreprises au financement de la formation professionnelle continue.

La nature fiscale ne se déduit pas de manière automatique d'une obligation légale. En effet, un employeur peut être légalement tenu de financer une garantie sociale sans que pour autant le financement obligatoire ait un caractère fiscal.

Ce qui est discuté ici n'est donc pas le fait de savoir si la contribution au financement de la formation professionnelle doit avoir une base légale ou conventionnelle, mais en quoi le fait que l'obligation légale de financement de la formation professionnelle soit de nature fiscale influe sur son régime.

Historique

La participation obligatoire au financement de la formation professionnelle continue a été instituée en tant que taxe fiscale au titre des impositions de toute nature, faute d'accord entre les partenaires sociaux sur la création d'une cotisation sociale. Concernant les impositions de toute nature, selon la doctrine fiscale : « On est en présence d'un système de réglementation d'activités privées, que l'on ne veut pas étatiser mais laisser au secteur privé, tout en les soumettant pour des raisons d'intérêt général, à un encadrement réglementaire et à des contrôles plus ou moins étroits des pouvoirs publics... Si l'employeur n'effectue pas ces dépenses obligatoires, il est astreint à couvrir des charges endossées par l'État du fait de cette défaillance... » (P. Amselek, Impôts et cotisations obligatoires, Études en l'honneur, Loïc Philip, *Économica*, 2005).

La nature fiscale correspond au fait que la formation professionnelle est une obligation nationale, et présente donc un intérêt général sans pour autant être un service public. L'État garant du financement et maître du contrôle des fonds peut laisser des opérateurs privés agréés (OPCA) ou faisant l'objet d'un contrôle spécifique (entreprises, organismes de formation) intervenir dans la gestion et l'utilisation des fonds de la formation professionnelle.

Les mérites de cette technique fiscale de financement de la formation par les entreprises ont été considérables : elle a introduit une culture de la formation professionnelle dans les entreprises en particulier dans les PME, elle a contribué à l'émergence de professionnels de la formation à travers la généralisation des services formations, elle a contribué au développement du dialogue social dans l'entreprise

(délibération sur la politique et le plan de formation avec les comités d'entreprise), elle est à l'origine du développement de la négociation collective et de la gestion paritaire dans les branches professionnelles et au niveau interprofessionnel, elle a favorisé l'émergence d'un marché de la formation, elle a permis le financement de dispositifs d'accès à la formation. Par ailleurs, le caractère fiscal de la contribution l'a mise à l'abri des aléas de la conjoncture économique et sociale et a entraîné un contrôle externe du bon usage des ressources par les pouvoirs publics.

Tous ces effets positifs ayant été produits, il s'agit de déterminer si le droit positif actuel est encore générateur de plus value ou bien s'il n'a plus de valeur ajoutée à produire voire s'il n'est pas source de moins values.

Droit positif

Dans le Code Général des Impôts, la participation obligatoire au financement de la formation professionnelle continue figure dans la partie « Impôts directs et taxes assimilées » (art. 163 decies et s.). Les impôts directs sont ceux qui sont prélevés directement auprès du contribuable, contrairement aux impôts indirects qui frappent un acte et pèsent donc sur le bénéficiaire ou consommateur de cet acte.

Le droit fiscal connaît trois catégories d'imposition : l'impôt, la taxe et la redevance.

L'impôt est une ressource dont la perception doit être autorisée annuellement par la loi (Ordonnance 2 janvier 1959, article 4). La taxe peut se définir comme étant la contrepartie de l'utilisation d'un service ou d'un ouvrage public, à caractère obligatoire, qui est due dès que le redevable est en situation de profiter du service, même s'il n'en profite pas directement, on parle alors d'usager potentiel du service public. La taxe se distingue donc de l'impôt dans la mesure où son profit est affecté, alors que celui de l'impôt ne fait pas l'objet d'une affectation particulière. La taxe se distingue de la redevance car la taxe est payée par toute personne ayant la possibilité d'utiliser le service, la taxe sera donc payée même si l'usager ne veut pas se servir du service (celui qui a la possibilité d'utiliser le service et qui ne le fait pas paie quand même). La redevance en revanche n'est payée que lors de l'utilisation effective de service par l'usager (celui qui n'utilise pas ne paie pas).

Une taxe est donc une contribution au financement d'un service public ou des charges publiques.

La formation professionnelle n'est pas un service public, mais elle constitue une obligation nationale (C. Trav., art. L. 6111-1). La création d'une taxe spécifique correspond donc au besoin de financement de cette obligation nationale.

La contribution au financement de la formation professionnelle n'a pas été créée sous forme de taxe parafiscale, taxe affectée à un organisme en vue d'un objectif particulier, mais elle entre aujourd'hui dans la catégorie des impositions de toute nature qui s'est substituée depuis la LOLF du 1^{er} août 2001 aux taxes parafiscales. Selon l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer les impositions de toute nature ainsi que les règles relatives à leur assiette, à leur taux et à leur modalité de recouvrement.

Aucune règle constitutionnelle n'interdit donc que l'impôt soit recouvré au profit ou par d'autres structures que l'Etat puisque c'est au législateur qu'il appartient de définir les modalités de recouvrement et d'affectation.

La nature fiscale de la contribution en fait donc une taxe dont le montant, l'assiette et les modalités de recouvrement sont fixés par la loi.

Qualification de la contribution

L'obligation de financement de la formation professionnelle est une taxe fiscale affectée, dont l'entreprise peut se libérer au moyen de versements libératoires. Il en résulte que la taxe n'est due qu'en l'absence de dépenses directes de l'entreprise. Dans ce cas, la taxe doit faire l'objet d'un versement au Trésor Public. Etant affectée, elle fait l'objet d'un reversement par l'Etat au Fonds Unique de Péréquation (FUP). Elle n'entre donc pas dans le cadre de l'universalité budgétaire et reste une ressource publique destinée à la formation professionnelle.

A l'inverse, lorsque l'entreprise effectue des dépenses directes, ces dépenses ont une nature privée, qu'il s'agisse d'un achat de formation à un organisme de formation ou d'un versement à un OPCA. Il en résulte que les contentieux entre les entreprises et les prestataires de formation ou les OPCA sont des contentieux qui relèvent du juge judiciaire et non du tribunal administratif.

Par contre, en cas de contrôle et d'utilisation non conforme, la sanction constitue de nouveau une taxe qui relève du régime public avec un contentieux relevant des tribunaux administratifs.

Concernant les versements aux OPCA, une obligation conventionnelle peut venir s'ajouter à l'obligation fiscale : le versement à l'Etat de la contribution n'exonère pas l'entreprise du versement qui doit être effectué auprès de l'OPCA en vertu d'une obligation conventionnelle. Ici, la nature privée de l'obligation s'ajoute donc à l'obligation fiscale. (cf Annexe : le financement conventionnel à travers les accords de branche formation qui recense les branches qui connaissent une obligation conventionnelle supérieure à l'obligation légale « fiscale »)

On peut identifier cinq impacts découlant directement de cette nature fiscale de la contribution des entreprises au financement de la formation professionnelle continue. Ces impacts portent sur :

La structuration du droit de la formation (I)

Le financement de la formation professionnelle (II)

Le fonctionnement des OPCA (III)

La gestion de la formation par les entreprises (IV)

Le marché de la formation (V)

A IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LA STRUCTURATION DU DROIT DE LA FORMATION

La nature fiscale de la contribution obligatoire impacte la structuration du droit de la formation à quatre niveaux :

Elle impose d'avoir une définition légale à finalité fiscale de la formation ;

Elle structure la négociation collective ;

Elle influe sur la nature du paritarisme ;

Elle pose la question de l'articulation entre le droit fiscal et le droit social qui contribuent tous deux au droit de la formation.

A.1 Obligation d'avoir une définition légale de la formation professionnelle

La définition de la formation professionnelle a un double usage : définir les conditions d'imputabilité des dépenses exposées par les entreprises, mais également déterminer les coûts qui peuvent être retenus pour venir en déduction de l'obligation fiscale. Dès lors que la contribution a une nature fiscale, cette définition est nécessairement légale puisqu'il revient au législateur de déterminer les conditions dans lesquelles une entreprise peut remplir ses obligations en matière d'impôts et taxes.

A.1.1 L'imputabilité : définition des actions et coûts déductibles

L'imputabilité, c'est la possibilité pour une entreprise de se libérer de son obligation de financement de la formation professionnelle par la réalisation d'actions de formation ou assimilées. L'employeur a donc la possibilité de substituer un paiement « en nature » au versement fiscal de sa contribution.

Dès lors, il revient au droit fiscal de définir les catégories d'action qui peuvent être libératoires de l'obligation de financement de la formation professionnelle.

Le droit doit donner une définition de la formation, qui devient une catégorie juridique à part entière, en vue de déterminer ce qui entre dans le champ des actions « imputables » ou « libératoires » et ce qui n'y entre pas. L'imputabilité comporte deux volets :

- La définition de l'action de formation ;

Pour que l'opération juridique de base qui est de qualifier des faits soit possible, il est nécessaire de disposer d'une définition assortie de critères qui permettent d'identifier l'action de formation et de tracer une frontière entre les actions qui relèvent du champ de la formation professionnelle et celles qui n'en relèvent pas.

La législation fait dépendre de trois critères généraux la définition de l'action de formation :

Les publics concernés : la formation professionnelle continue s'adresse aux adultes et aux jeunes déjà engagés dans la vie active ou qui s'y engagent (C. Trav., art. L. 6111-1) ;

La finalité de l'action de formation, conformément aux dispositions de l'article L. 6313-1 du Code du travail qui définit les catégories d'action de formation qui entrent dans le champ d'application des dispositions relatives à la formation professionnelle continue ;

Les modalités d'organisation de l'action, le code du travail fixant le « format » de l'action de formation (C. trav., art. L. 6353-1).

Lorsque l'action de formation est organisée en externe, une quatrième condition est requise, celle que le prestataire de formation soit enregistré au titre de la formation professionnelle continue et donc situe lui-même son action dans ce champ.

- La définition des coûts imputables ;

Au-delà des actions de formation, la nature fiscale impose d'indiquer quels coûts peuvent être pris en compte dans le cadre de l'obligation fiscale. La prise en compte des coûts par le fisc suppose que ces coûts puissent être établis de manière certaine et soient traçables. En effet, la logique fiscale conduit à la nécessité de pouvoir procéder à un contrôle quantitatif des dépenses et ce de manière précise. Il résulte de ce principe que, dans le droit positif, tous les coûts liés à la formation ne sont pas pris en compte, et certains coûts valorisés au titre de la formation alors qu'ils n'en dépendent pas.

Exemples :

La législation n'admet pas que les coûts de gestion de la formation soient pris en compte lorsque les personnes affectées à cette activité n'ont pas la formation comme attribution exclusive (C. trav., art. R. 6331-19). Il en résulte qu'une entreprise qui affecte une personne à la gestion de la formation peut imputer un salaire annuel alors que celle qui ventile la fonction entre deux personnes qui ont d'autres attributions n'aura aucune dépense. Dans les deux cas l'effort de l'entreprise est égal à un équivalent temps plein mais le fisc n'admet pas ce qu'il ne peut contrôler : un prorata de temps de travail ;

Lorsqu'un salarié part en formation soit il est remplacé, soit l'entreprise subit une perte de production. Aucune de ces dépenses ne constitue une dépense de formation imputable ;

La législation permet l'imputabilité des salaires pendant le temps passé en formation. Or le salaire est dû indépendamment de la formation suivie qui n'en constitue pas le fait générateur. Par ailleurs, le coût salarial n'est pas le coût de la formation pour l'entreprise mais soit le remplacement soit la perte de production comme indiqué ci-dessus.

La définition fiscale des coûts de formation a donc pour conséquence de réduire l'économie de la formation à son approche fiscale « imputable ». De ce fait, elle n'a pas permis que se développent de véritables réflexions et mécanismes de gestion de l'investissement formation dans l'entreprise, le budget formation étant ramené le plus souvent au montant des dépenses imputables qui ne correspondent jamais aux coûts réels de la formation. La méthode de comptabilisation fiscale peut donc être considérée comme ne favorisant pas le calcul économique en matière de formation,

outre le fait que les statistiques produites sur les dépenses des entreprises ne correspondent pas à la réalité des dépenses de formation comme l'illustrent les exemples, non exhaustifs, ci-dessus.

Remarque :

Un système autre que fiscal ne serait bien évidemment exclusif ni de tout contrôle ni de toute traçabilité, mais le contrôle pourrait s'exercer sur d'autres dimensions (engagements pris, résultats atteints, volume de formation..) que la simple addition de coûts hétérogènes et définis à partir de la possibilité de leur contrôle plutôt que de leur finalité.

A.1.2 La mise en œuvre des dispositifs d'accès à la formation

La définition légale, si elle a été établie initialement pour permettre l'imputabilité des dépenses de formation, a également un impact sur la possibilité d'utiliser les dispositifs de formation.

En effet, le régime juridique du plan de formation, du DIF et du CIF ne peut être utilisé que pour la mise en œuvre d'actions de formation. Il n'existe à ce titre qu'une définition de l'action de formation dont nous avons vu qu'elle reposait essentiellement sur une logique fiscale mais qui sert également à la détermination du champ d'application des dispositifs d'accès à la formation.

De ce fait, si la nature fiscale de l'obligation devait être remise en cause, il serait nécessaire de conserver une définition de l'action de formation pour déterminer les actions qui peuvent être organisées dans le cadre des dispositifs d'accès à la formation. C'est donc moins l'existence d'une définition légale de la formation qui pose question ici que la définition fiscale de coûts de formation et les logiques de comptabilisation qui en résultent.

A.1.3 Les critères de l'action de formation

Les trois critères permettant de définir l'action de formation, à savoir le public, la finalité et les modalités d'organisation, sont peu précis et permettent des hésitations sur la qualification de formation pour nombre d'actions.

Il en résulte une incertitude juridique sur le champ de la formation professionnelle continue et partant de l'imputabilité, qui a généré un droit de circulaire qui est peu satisfaisant au regard des enjeux. L'interprétation de l'administration tient lieu, en l'absence de contentieux important, de repère pour les acteurs sans garantie particulière par rapport à un litige porté devant les tribunaux. Si l'on peut objecter la faiblesse du contentieux en ce domaine, elle résulte davantage de la faible portée du contrôle que de l'absence de situations pouvant faire problème (voir ci-dessous les développements relatifs au contrôle de la formation professionnelle).

Cette incertitude juridique a peu de conséquences pour les entreprises : dès lors qu'une entreprise dépasse son obligation fiscale, même si elle peut être contrôlée sur l'ensemble de ces dépenses, le rejet de dépenses se situant au-delà de l'obligation n'entraîne aucune sanction. A l'inverse, toute dépense non justifiée d'un OPCA ou d'un organisme de formation entraîne un reversement d'un montant équivalent au profit du fisc. C'est potentiellement l'intégralité des ressources des OPCA et organismes de formation qui sont susceptibles de faire l'objet d'un reversement. La sanction est donc ici très lourde ce qui justifierait une plus grande précision dans les critères d'imputabilité.

A.2 Articulation d'une obligation fiscale avec la négociation collective

L'existence d'une obligation de nature fiscale n'interdit certes pas la négociation collective mais, seul le législateur ayant capacité à fixer le régime des taxes et impôts, il en résulte que cette négociation est réduite aux espaces laissés par le législateur ou bien doit se développer en marge du fiscal. Il s'agit moins ici de l'application du principe d'ordre public social, qui interdit de négocier *in pejus*, que de la définition d'un champ de compétence propre à l'Etat dans lequel les partenaires sociaux n'ont pas de légitimité pour intervenir.

A.2.1 Des marges réduites à l'intérieur du champ fiscal

La détermination par la loi de l'assiette, du taux et des modalités de recouvrement des impositions de toute nature ne laisse que très peu de marges de manœuvres à la négociation collective dans le champ de la contribution. D'autant que le législateur a prédéfini l'affectation des fonds à certains dispositifs. Par exemple, les contributions relatives au congé individuel de formation ainsi qu'à la professionnalisation et au DIF n'autorisent guère de négociation collective, le régime de gestion des sommes préaffectées à ces dispositifs étant largement fixé par la législation. Seule la contribution usuellement désignée comme affectée au plan de formation, mais qui en réalité peut financer n'importe quel dispositif de formation, supporte des aménagements conventionnels. Ainsi, la Métallurgie a pu créer à l'intérieur de l'obligation de 0,9 % deux obligations conventionnelles de 0,1 % destinées au financement du DIF et de la formation des salariés en contrat à durée déterminée.

On pourrait considérer que la nature fiscale interdit par principe à la négociation collective de se déployer sur le champ de l'obligation de financement de la formation professionnelle dès lors que la Constitution garantit la compétence exclusive du législateur en ce domaine.

S'il n'est techniquement pas exclu d'envisager que le législateur reprenne en tant qu'obligation fiscale des obligations librement négociées entre les partenaires sociaux pour leur donner une portée générale, on peut comprendre que la nature fiscale constitue une limite forte à de telles pratiques quand la Constitution indique qu'il revient à la loi de fixer le taux, l'assiette et les modalités de recouvrement d'une taxe fiscale. Autrement dit, le législateur étant maître de l'impôt il peut avoir plus de

réticences à reprendre une obligation négociée par les partenaires sociaux en matière fiscale qu'il n'en aurait en matière sociale par exemple.

A.2.2 Une négociation aux marges du fiscal

L'existence d'une contribution fiscale n'interdit pas aux partenaires sociaux de produire de la négociation sociale au-delà de l'obligation légale et non à l'intérieur de cette obligation. Une telle négociation a déjà trouvé trois traductions concrètes :

- Des secteurs d'activité (agriculture, professions libérales, artisanat) ont créé une obligation conventionnelle généralisée de financement de la formation professionnelle continue pour les entreprises de moins de 10 salariés avant que la loi ne reprenne à son compte une telle obligation en 1991. Cette négociation démontre à l'évidence que la question de l'obligation de financement de la formation n'est pas indissolublement liée à celle de sa nature et qu'une obligation conventionnelle peut parfaitement être opérationnelle en lieu et place de l'obligation fiscale ;
- La création d'obligations conventionnelles supérieures à l'obligation fiscale dans certaines branches (secteur sanitaire et social par exemple). Il s'agit ici d'un apport classique de la négociation collective qui crée du droit « en plus » du droit légal, à savoir de manière plus favorable pour les salariés. Notons toutefois que ces sommes sont collectées et gérées comme si elles s'inscrivaient dans le cadre fiscal alors qu'elles pourraient avoir un mode de gestion différencié.
- La création de contributions spécifiquement conventionnelles en dehors de toute imputabilité et donc en sus de l'obligation légale (Garantie DIF AGEFOS, accord dans les coopératives laitières, etc.). Il s'agit ici de mécanismes de financement de la formation professionnelle qui non seulement n'entrent pas dans l'obligation fiscale mais de plus peuvent s'affranchir de la définition légale de l'action de formation et déterminer librement ce qui relève du financement, ou pas, de la contribution. N'ayant aucun impact sur l'obligation légale de financement de la formation, ces mécanismes financiers peuvent librement décider de se rattacher, ou non, à la définition de la formation professionnelle par la loi fiscale pour leur utilisation. Ainsi, la garantie DIF de l'AGEFOS-PME a fait le choix de s'inscrire, nonobstant l'absence d'imputabilité, dans le champ légal pour financer un dispositif de formation, à savoir le DIF. Tel n'était pas le cas de la contribution spécifique mis en place dans les coopératives laitières qui

permettait de financer des actions « non imputables » à l'aide d'une contribution « non libératoire ».

Là où s'avance le champ du fiscal, le champ du conventionnel recule. L'incompatibilité, par absence de légitimité des partenaires sociaux en matière fiscale, entre la logique fiscale et la logique conventionnelle ne doit pas être confondue avec une incompatibilité entre une logique légale et une logique conventionnelle, dès lors que la matière ne relève pas du droit fiscal mais du droit social.

En effet, si le législateur et les partenaires sociaux peuvent construire une dynamique entre l'accord et la loi, cette dynamique est nécessairement limitée lorsque la matière relève de la compétence exclusive du législateur de par la Constitution.

A.2.3 Des incitations à la négociation collective

La nature fiscale de l'obligation laisse place, nous l'avons vu, à des possibilités de négociation. Mais elle n'exclut pas des incitations à la négociation. Ainsi la législation laisse aux branches professionnelles le soin de décider de la fongibilité entre les obligations des entreprises de plus et de moins de 10 salariés au titre du plan de formation ou encore de la répartition des financements entre la professionnalisation et le DIF et l'apprentissage. De même, il revient aux branches professionnelles de fixer des critères et priorités en matière d'accès aux financements. Il en est notamment ainsi en matière de contrats et de périodes de professionnalisation.

La nature fiscale de la contribution n'est donc pas exclusive d'une dialectique entre la loi et la négociation collective, les partenaires sociaux intervenant à l'intérieur des champs ouverts par le législateur.

A.3 Impact sur le paritarisme

L'Etat a fait le choix originel, à la demande des partenaires sociaux, de déléguer à des structures paritaires la collecte et la gestion des fonds destinés au financement de la formation professionnelle des salariés. La nature fiscale de la contribution a généré un paritarisme de gestion et de contrôle et non de négociation ainsi qu'un conflit de légitimités qui peut rendre la gouvernance du système de formation professionnelle difficile.

A.3.1 Un paritarisme de gestion et de contrôle

Juridiquement, les OPCA sont soit des Fonds d'assurance formation (FAF), dont la création date de 1968 mais qui n'ont véritablement vu le jour qu'après la loi de 1971 relative à l'obligation de financement de la formation professionnelle, soit des associations. Un FAF peut gérer les contributions fiscales des entreprises lorsqu'il est agréé en tant qu'OPCA, une association elle ne pouvant gérer que les sommes entrant dans le champ de son agrément en qualité d'OPCA.

Lors de la création des FAF, en 1971, on pouvait penser qu'ils deviendraient des matrices de la négociation collective du fait de la composition de leurs instances (paritaires). Il n'en a rien été sur le champ de la formation professionnelle car faute de pouvoir structurer l'obligation de financement du fait de sa nature fiscale, le paritarisme a nécessairement pris la forme d'un paritarisme de gestion dont la finalité principale est la détermination de règles, critères et priorités d'accès aux financements. Mais faute de pouvoir intervenir sur le cadre même qui structure leur action, les partenaires sociaux siégeant au sein des OPCA ont centré leur action sur la fonction de collecte-redistribution et non sur la négociation du cadre de référence qui était préétabli.

La création des OPCA par la loi quinquennale du 20 décembre 1993 a conforté ce paritarisme de gestion : là où la loi de 1971 instituait des fonds d'assurance formation ayant vocation à gérer des cotisations destinées à la formation professionnelle, sans limiter leur champ de compétence à la nature fiscale de ces contributions, la loi du 20 décembre 1993 a créé des OPCA dont la compétence est limitée à la gestion des dispositifs légaux alimentés par les contributions fiscales au titre desquelles ils sont agréés. Il en est d'ailleurs résulté, de manière paradoxale, que certains FAF ont réduit leur activité à celle d'OPCA.

D'outils de structuration d'un champ conventionnel d'assurance formation on est donc passé à des outils de gestion et d'affectation de ressources fiscales à usage prédéterminé.

A.3.2 Un conflit de légitimités

La nature fiscale de l'obligation de financement de la formation professionnelle introduit un conflit de légitimités sur l'orientation des fonds de la formation professionnelle que l'on peut résumer ainsi :

- L'Etat considère qu'il lui revient de décider des affectations des fonds de la formation professionnelle en vertu de leur nature fiscale : il en est non seulement le garant mais également le « propriétaire » qui délègue la gestion et peut trouver à redire si cette délégation n'opère pas dans un sens qui lui convient ;
- Les organisations d'employeurs considèrent que la liberté de choix de l'entreprise entre les différentes dépenses libératoires conduit à considérer que les fonds de la formation professionnelle appartiennent à l'entreprise qui doit garder sa liberté de gestion, telle qu'organisée par le droit fiscal ;
- Les organisations syndicales considèrent que les fonds ayant pour finalité la formation des salariés, elles sont, en tant que représentantes de leurs intérêts,

légitimes à exiger des retours vers les bénéficiaires de l'obligation de financement ;

- Les OPCA considèrent que juridiquement eux-seuls sont propriétaires des fonds collectés et que leur Conseil d'administration est souverain pour décider de critères et priorités d'affectation.

Ce conflit de légitimité n'a jamais véritablement été résolu et ni l'article 1 du Code du travail, ni les dispositions de la loi du 31 mars 2006 relatives au FUP ne fournissent de solution satisfaisante. Ces dernières illustrent d'ailleurs parfaitement le conflit de légitimité : les fonds du FUP peuvent être affectés à des actions en faveur de l'emploi et de la formation professionnelle, par accord entre le FUP et l'Etat après concertation avec les organisations syndicales. On retrouve la légitimité concurrente de l'Etat (qui intervient sur les fonds non dépensés), des structures paritaires juridiquement propriétaires des fonds et des organisations syndicales qui sont associées à la concertation en tant que telles. S'il n'y a pas d'intervention des représentants d'employeurs c'est que les fonds concernés résultent de la mutualisation et de la péréquation et ne relèvent pas, ou plus, du libre choix de l'entreprise.

Comme l'ont fait remarquer les partenaires sociaux à l'occasion du vote de la loi de finances pour 2008, l'Etat en votant la réaffectation de crédits du FUP sans passer par l'accord prévu par la loi, ne respecte pas les dispositions légales.

A.4 Une déconnexion entre droit social et droit fiscal

Le droit de la formation n'est pas un droit autonome constitué en partie spécifique du corpus juridique. Il s'agit d'un droit qui rassemble des règles relevant du droit du travail, du droit fiscal, du droit de l'éducation, du droit de la concurrence, du droit administratif, etc. De ce fait, la question de la cohérence des règles issues de sources et de logiques différentes peut être posée. A l'examen, il apparaît que le droit de la formation est marquée par une dissociation progressive mais constante entre les règles relevant du droit fiscal et celles qui relèvent du droit social, cette prise de distance étant inscrite dans la nature même de ces deux branches du droit.

A.4.1 Une différence de nature

Le droit fiscal et le droit social n'ont pas la même nature et ne se mettent pas en œuvre selon des logiques comparables. Le droit fiscal ressort de la puissance publique et il est par nature unilatéral. Il crée des obligations et engendre des procédures de contrôle. Il agit principalement sur des logiques quantitatives.

Le droit social est davantage fondé sur le contrat, sur la négociation que la loi se contente le plus souvent de garantir en vertu d'un principe de base de notre ordre juridique : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civil, art. 1134).

Si le contrôle du droit fiscal est administratif, le contrôle du droit social peut être interne, par les représentants du personnel, ou externe, par l'inspection du travail ou le juge judiciaire. Il n'est pas par nature répressif même si nombre de ces règles font l'objet de sanctions pénales (mais l'efficacité de toute règle est souvent liée à la sanction qui s'y trouve attachée).

A.4.2 Une déconnexion croissante

Si les dispositifs de formation professionnelle continue ont longtemps été articulés étroitement aux obligations fiscales, force est de constater que tel n'est plus le cas. Les créations les plus récentes en matière d'obligations des entreprises dans le champ de la formation professionnelle sont indépendantes de l'obligation fiscale, qui paraît d'ailleurs bien insuffisante pour y satisfaire. Trois exemples :

- **L'obligation d'adaptation au poste et de veille à la capacité à occuper un emploi n'est pas corrélée à l'obligation fiscale ;**

L'obligation d'adaptation a été initialement développée par la jurisprudence sur la base de la bonne foi contractuelle, avant d'être consacrée par la loi Aubry du 19 janvier 2000. Cette obligation est inhérente au contrat de travail et n'est pas corrélée à une obligation de financement. Elle est d'ailleurs plus large qu'une obligation de formation, d'autres moyens que les actions de formation au sens légal peuvent être mobilisés pour y répondre, et ne supporte pas de limite financière particulière.

- **Le DIF n'est pas corrélée à l'obligation fiscale ;**

Le droit individuel à la formation tel que l'ont créé les partenaires sociaux ne s'inscrit pas dans la limite financière de l'obligation de financement de la formation professionnelle. L'obligation de 1,6 % de la masse salariale est d'ailleurs insuffisante pour assurer à chaque salarié le suivi de 20 heures de formation par an. Le DIF est donc une modalité de décision pour l'accès en formation, une modalité d'organisation du suivi de la formation et a pour but de développer une logique de négociation impliquant le salarié et l'entreprise dans la formation et il n'est en aucun cas limité ou circonscrit à l'obligation fiscale de financement de la formation professionnelle.

On peut noter sur ce sujet que les estimations du coût potentiel du DIF, notamment celles réalisées par la Cour des comptes, sont réalisées sur une logique purement fiscale qui consiste à considérer que toutes les heures de DIF ont vocation à être consommées, ce qui n'est juridiquement pas exact, l'utilisation du DIF résultant d'une négociation dont rien ni personne ne peut préjuger de l'aboutissement. C'est d'ailleurs sur cette base que le Conseil national de la comptabilité a décidé qu'il n'y avait pas matière à provisionner les heures de DIF.

- **L'obligation de formation en matière de santé physique et mentale des salariés n'est pas corrélée à l'obligation fiscale ;**

Depuis 2002, les entreprises ont une obligation générale de formation et d'information en matière de santé au travail. Un décret du 17 décembre 2008 vient de préciser récemment que ces formations et informations doivent être dispensées aussi souvent que nécessaire (C. trav., art. R. 4141-2 nouveau). Là encore, l'obligation de financement de la formation professionnelle ne constitue pas un cadre de référence pour la gestion de cette obligation.

Ce que l'on peut considérer comme les trois obligations les plus larges et les plus généralisées en matière d'obligation de formation (obligation d'adaptation et de veille, obligation de formation à la sécurité) et de moyen d'accès à la formation (le DIF) qui résultent toutes de textes postérieurs à la loi Aubry du 19 janvier 2000, ne s'inscrivent d'aucune manière dans le cadre de l'obligation fiscale de financement de la formation professionnelle et prennent d'ailleurs peu appui sur cette obligation. Les dynamiques qui se sont développées ces dernières années en matière de formation sont donc étrangères à l'obligation fiscale qui n'apparaît pas porteuse de dynamiques particulières à ce jour.

B IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LE FINANCEMENT DE LA FORMATION

La loi met à la charge de l'entreprise la contribution au financement de la formation professionnelle. Elle détermine les affectations possibles des fonds, délègue leur gestion et exerce un contrôle fiscal sur les financements.

B.1 Une contribution fiscale à la charge de l'entreprise

Toute entreprise doit contribuer au financement de la formation professionnelle continue. Ce financement se compose d'une obligation générale, consacrer au moins 1,6 % de la masse salariale au financement de la formation professionnelle pour les entreprises de plus de 10 salariés, et d'obligations spécifiques soit à l'intérieur du 1,6 % (obligation de financer le DIF et la professionnalisation à hauteur de 0,5 %, obligation de financer le CIF à hauteur de 0,20 %) soit en supplément (obligation de financer le CIF-DD à hauteur de 1 % de la masse salariale des CDD).

La contribution de l'entreprise se compose de versements obligatoires, pour le financement de dispositifs d'intérêt général dont la charge est répartie sur l'ensemble des entreprises dans les mêmes conditions, et de dépenses obligatoires, qui peuvent varier suivant les secteurs ou branches professionnelles ou bien selon les décisions des entreprises.

Se cumulent donc un principe d'obligation fiscale, de versements obligatoires exonérateurs et de dépenses obligatoires exonérateurs.

B.1.1 La nature fiscale n'impose pas un financement par l'entreprise

La nature fiscale de la contribution au financement de la formation professionnelle continue impose-t-elle, ou garantit-elle, que cette contribution soit à la charge exclusive de l'entreprise ? La réponse est à l'évidence non. Le salarié peut être

assujetti à l'impôt comme l'est l'entreprise. La nature fiscale n'exclut pas, par principe, que le financement soit mis en partie à la charge du salarié. La CSG et la CRDS constituent des exemples d'impositions fiscales mises par le législateur à la charge du salarié.

De même que certaines cotisations sociales sont à la charge exclusive de l'employeur (allocations familiales, accidents du travail...) alors qu'elles pourraient éventuellement être partagées.

Le financement exclusif par l'entreprise résulte donc davantage d'un choix que d'une logique juridique inhérente à la nature de la contribution.

La question du financement de la formation par le salarié, qui se pose d'autant plus que se développe la logique du salarié acteur de sa formation, n'est donc pas exclue par la nature fiscale de l'obligation. Dans l'assurance chômage, dont une partie des fonds sont consacrés à la formation professionnelle des salariés indemnisés, les cotisations sont réparties entre l'employeur et le salarié, qui participe donc au financement de sa formation de reclassement, de qualification ou de requalification.

B.1.2 La nature fiscale influe sur l'utilisation des financements

Dès l'origine, la contribution au financement de la formation professionnelle a été mise à la charge de l'entreprise. Ce choix n'a jamais été remis en cause par le législateur et l'obligation de participation demeure une taxe fiscale supportée par l'entreprise. Ce faisant, a été légitimée la demande de l'entreprise, en tant que cotisant, d'utiliser les sommes pour sa politique de formation ainsi que le fait que l'entreprise soit l'interlocuteur quasi-exclusif des OPCA, à l'exception des OPACIF.

La nature fiscale n'a pas permis que soit réglé le quadruple conflit de légitimité déjà souligné : L'Etat assied sa légitimité sur la nature fiscale de l'obligation, les organisations patronales sur le financement par l'entreprise de la formation, les organisations syndicales sur la finalité qui est la formation professionnelle des salariés et les OPCA sur le droit qui leur donne la pleine propriété et liberté de gestion des fonds. Cette quadruple légitimité sur les fonds des OPCA est une des difficultés principales du système de gestion paritaire.

B.2 Une affectation réglementaire des fonds

La nature fiscale a conduit le législateur à déterminer les utilisations possibles des sommes dues au titre de l'obligation, d'une part en définissant les dépenses qui entrent dans le champ de l'obligation fiscale et d'autre part en déterminant l'affectation des fonds entrant dans le cadre de l'obligation fiscale. Cet interventionnisme étroit résulte de la nature fiscale de la contribution dans la mesure où il revient à la loi, et elle seule, de déterminer les modalités par lesquelles un contribuable peut s'acquitter de l'impôt.

B.2.1 La définition des versements libératoires

La logique fiscale et l'imputabilité ont conduit à déterminer les types de versement qui peuvent venir en déduction de l'obligation légale. La notion de versement libératoire non seulement engendre une logique purement quantitative mais ne permet pas de s'interroger sur la finalité des formations mises en œuvre, voire de choix de dépenses qui ne génèrent pas de formation effective.

Cette logique de versement libératoire d'une obligation contribue à la déconnection des logiques fiscales, non corrélées à des obligations de faire, et des logiques sociales, obligations de faire sans prédétermination des moyens (telle que l'obligation d'adaptation par exemple ou de veille à la capacité à occuper un emploi).

B.2.2 La prédétermination des affectations

La prédétermination de l'affectation des fonds est matérialisée par l'absence de fongibilité entre les fonds consacrés aux différents dispositifs de formation. Cette absence de fongibilité (les seules fongibilités organisées sont celle de la professionnalisation et du DIF ainsi que la possibilité par accord de mutualiser les contributions des entreprises de plus et de moins de 10 salariés au titre du plan de formation) limite les marges de manœuvre des gestionnaires de fonds qui peuvent être amenés à constater des excédents sur certains dispositifs et des déficits sur d'autres sans pouvoir procéder à des compensations. Ce cloisonnement des financements rend également plus difficile le financement de projets.

Toutefois, notons que la loi autorise, à la demande des partenaires sociaux, la fongibilité dans le secteur agricole (art. 35 de la loi du 4 mai 2004). Cet exemple démontre que s'il existe des marges de manœuvre au sein du dispositif fiscal, la loi demeure incontournable pour réviser le cadre juridique de référence. La question demeurerait posée si l'obligation était seulement légale et non fiscale.

B.3 Une gestion déléguée

La nature fiscale n'exclut pas que l'Etat confie à des tiers, y compris des personnes privées, la collecte et la gestion d'une taxe. Tel est le choix qui a été fait lors de la création du système de formation professionnelle. Cette délégation concerne à la fois la collecte et la redistribution des fonds.

B.3.1 La délégation de collecte

Il s'agit ici d'une option : le fisc pourrait réaliser lui-même la collecte, sans garantie a priori qu'elle serait mieux sécurisée qu'à ce jour (en matière de taxe d'apprentissage,

lorsque l'Etat a pendant un an repris la collecte jusque-là réalisée par le CCCA-BTP, il y a eu déperdition de fonds). Il s'agit ici d'une question technique et non juridique. Elle le deviendrait en cas de cotisations sociale, qui serait nécessairement collectée par les partenaires sociaux et non par l'Etat, alors que la nature fiscale permet l'une ou l'autre des solutions.

Rappelons que pour les non-salariés, qui sont également assujettis à une obligation fiscale de financement de leur propre formation, la collecte est réalisée par les organismes de sécurité sociale (URSSAF, MSA) qui reversent les fonds collectés à des fonds d'assurance formation de non salariés.

B.3.2 La redistribution : du contrôle des dépenses à l'accès à la ressource

Le contrôle fiscal est essentiellement un contrôle des dépenses. Il génère de la part des OPCA une pratique d'affectation des ressources en vérifiant que les conditions d'imputabilité, donc d'exposition des dépenses, sont garanties. La logique fiscale de collecte-redistribution a pour effet de centrer l'action de l'OPCA sur le contrôle des dépenses réalisées dans le respect des critères d'imputabilité. Le critère de forme prend donc souvent le pas sur le critère de fonds.

En l'absence d'une taxe fiscale, il serait possible d'envisager non pas un contrôle de la nature de la dépense mais davantage des critères d'accès à la ressource. Cette inversion de logique pourrait permettre de mieux affirmer des priorités de formation.

B.4 Un contrôle fiscal

L'obligation de financement de la formation professionnelle est une obligation quantitative qui génère un contrôle fiscal de faible ampleur et de peu d'intérêt.

B.4.1 De nature quantitative

Le contrôle fiscal est un contrôle de conformité dans l'utilisation des fonds : il porte sur la destination des sommes engagées, sans effet particulier sur les choix d'imputabilité ou de politique de formation. Il ne permet pas d'orienter qualitativement les dépenses des entreprises et ne garantit en rien l'efficacité du système.

B.4.2 De faible ampleur et de peu d'intérêt

Le nombre de contrôles demeure peu élevé. Il n'est pas procédé à des contrôles systématiques et la majorité des entreprises produisent un travail destiné à prévenir un contrôle en vain. En 2007, moins de 3 % des fonds contrôlables ont été effectivement contrôlés. Et les redressements ont porté sur 5 % des sommes

contrôlées, soit un taux de redressement de 0,15 % de l'ensemble des fonds contrôlables.

Si l'on prend en compte le fait que les redressements pourraient souvent l'être sur une base soit contractuelle (mauvaise utilisation de subventions reçues, par exemple pour les fonds du FSE), soit sur une base pénale (détournements, escroqueries, abus de biens sociaux...) on perçoit la faible portée des règles fiscales spécifiques en matière de contrôle de la formation professionnelle.

C IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LES OPCA

La nature fiscale de la contribution au financement de la formation professionnelle a permis la création des OPCA, a centré leur mission sur le contrôle de la conformité réglementaire et a légitimé la régulation financière opérée par l'Etat sur le Fonds unique de péréquation (FUP).

C.1 Création des OPCA

La nature fiscale de la contribution a permis le développement des OPCA en parallèle des FAF. Si les FAF sont des organismes paritaires qui ont vocation à gérer des contributions légales ou conventionnelles consacrées à la formation professionnelle, les OPCA n'interviennent eux que dans le strict champ du légal et donc du fiscal.

On peut rappeler, par exemple, que la collecte de la contribution des entreprises au titre du plan de formation, n'est expressément prévue que pour les FAF (C. trav., art. R. 6332-49 et s.) mais pas pour les OPCA. La possibilité d'introduire une mutualisation des fonds entre les contributions reçues des entreprises de moins de dix salariés et de plus de dix salariés n'existe également que pour les FAF (C. trav., art. L. 6332-3).

Si l'administration n'a jamais souhaité donner une portée opérationnelle à cette distinction entre FAF et OPCA, ne voyant dans les organismes paritaires que des organismes ayant obtenu l'agrément de gérer une contribution fiscale dont elle a le contrôle en charge, il n'en reste pas moins que cette distinction est fondamentale au plan juridique. En effet, les OPCA dépendent intégralement de l'obligation fiscale et de l'agrément, alors que les FAF peuvent remplir leur mission à partir de ressources qui peuvent résulter d'obligations fiscales, légales ou conventionnelles. Le champ des possibles ouvert par les FAF est donc largement supérieur à celui des OPCA.

Cette distinction entre FAF et OPCA n'est pas artificielle. D'une part il s'agit de la réalité juridique inscrite dans le code du travail, d'autre part elle renvoie à une conception politique différente du rôle de l'intermédiation paritaire. L'agrément délivré aux deux structures n'a pas pour effet, ni pour objet, d'égaliser les statuts des

organismes et de faire que leur nature ne soit plus porteuse de sens et de droits différenciés.

C.2 Le rôle de l'OPCA est centré sur la conformité réglementaire

La première fonction de l'OPCA est de garantir une utilisation conforme des fonds collectés, faute de se voir retirer son agrément. Le contrôle de conformité entraîne une activité des OPCA de type bureaucratique qui est souvent purement formel : contrôle des conventions, programmes, attestations, factures, bulletins de salaire, etc. Ce contrôle est quasi-exclusivement réalisé sur pièces. Il génère une administration de la formation à la fois très lourde et très chronophage sans pour autant offrir de garanties particulières en matière d'escroqueries comme plusieurs affaires ont pu le démontrer (OPCA Transports, FAF.SAB, etc.).

Si l'obligation n'était pas de nature fiscale, cela n'exclurait pas le contrôle par les OPCA de l'usage des fonds, mais cela permettrait d'ouvrir le contrôle à des pratiques de contrôle social : par exemple, comme cela est pratiqué en Espagne, de considérer que l'accès aux fonds de l'OPCA est conditionné par le vote favorable du comité d'entreprise sur le plan de formation, ce qui dispense l'OPCA d'un contrôle financier renvoyé vers les représentants du personnel en interne.

C.3 La régulation financière sur le Fonds unique de péréquation (FUP)

Les règles de gestion des fonds de la formation conduisent à distinguer la péréquation de la mutualisation. La mutualisation est l'opération qui consiste à fondre toutes les ressources au sein d'une même enveloppe auxquels ont accès les demandeurs qui remplissent les conditions fixées par les gestionnaires de ces ressources. La péréquation est une opération de prélèvement des excédents de trésorerie des OPCA qui n'ont pas utilisé tous leurs fonds pour le financement des dispositifs de formation. Ces sommes sont redistribuées aux OPCA qui ont des demandes de financement des dispositifs de formation excédant leurs disponibilités.

Si les fonds collectés sont mutualisés dès réception, les règles relatives à la limitation des excédents conduisent à une péréquation annuelle qui s'inscrit dans la logique fiscale étatique de l'annualité budgétaire. On rappellera que les OPCA ne peuvent avoir plus d'un an de collecte en trésorerie au titre du plan de formation, et plus de quatre mois de trésorerie au titre de la professionnalisation et du DIF.

Cette logique a deux conséquences :

- Elle peut conduire à engager des dépenses non prioritaires sur la simple logique d'échapper à la péréquation ;

Il est ainsi constaté que certains OPCA font évoluer leurs règles de prise en charge au gré de leurs réserves de trésorerie pour échapper à la péréquation de fin d'année.

- Elle peut générer des décalages entre des exigences financières de court terme et la notion même de parcours de formation qui demande à se dérouler dans le temps.

La ressource fiscale se collecte sur l'année budgétaire et c'est le cadre de l'année civile qui a été pris en référence pour les obligations des entreprises, des OPCA et du FUP. Or le rythme annuel n'est pas nécessairement le mieux adapté à la gestion de la formation et aux rythmes de formation. La nature fiscale de la taxe justifie la péréquation, ce qui n'irait pas de soi dans le cadre d'un régime conventionnel, et à ce titre on peut considérer que cette péréquation constitue une garantie de bonne utilisation de l'ensemble des fonds du système

Par ailleurs, la nature fiscale de la contribution légitime les prélèvements réalisés par l'Etat sur le Fonds unique de péréquation au motif que la ressource est fiscale et que faute d'utilisation par le système de gestion de la formation, il revient à l'Etat de récupérer des fonds qui lui appartiennent par principe et dont il n'a fait que déléguer la gestion. Rappelons qu'entre 1996 et 2008 l'Etat a prélevé en 7 prélèvements d'abord sur le Copacif ensuite sur l'Agefal et le FUP une somme de plus d'un milliards d'Euros (1.035.980.161) selon la Cour des Comptes qui voit dans ces pratiques un dysfonctionnement inquiétant.

Cette justification n'est toutefois pas toujours avancée par le législateur lorsqu'il procède à de tels prélèvements, et d'autre part le financement prévu par la loi de Pôle Emploi par des cotisations de l'assurance-chômage (C. trav., art. L. 5422-24) démontre que même sur une contribution conventionnelle, une obligation légale de prélèvement peut être imposée.

D IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR L'ENTREPRISE

La nature fiscale de la contribution au financement de la formation professionnelle impose aux entreprises d'avoir une gestion de l'imputabilité des sommes engagées au titre de la formation et de tenir une comptabilisation fiscale des coûts de formation. A ce titre, la logique fiscale favorise une approche quantitative de la formation qui n'est pas en adéquation avec les évolutions récentes du droit de la formation. Enfin, la loi reconnaît un rôle au comité d'entreprise quant au contrôle des obligations fiscales.

D.1 Gestion de l'imputabilité

La logique fiscale oblige les entreprises à réaliser une double gestion de la formation : les actions imputables et les actions non imputables. Il en résulte une complexité budgétaire et fonctionnelle dans la distinction des moyens de développement des compétences des salariés. Cette complexité se retrouve notamment au niveau des outils de gestion informatique de la formation. Créés et développés selon une logique fiscale et réglementaire (d'autant plus que les éditeurs sont souvent également

éditeurs de logiciels de paie qui s'inscrivent totalement dans une logique réglementaire), ces outils de gestion « enferment » l'entreprise dans la gestion fiscale de la formation.

Cette complexité est aggravée par les incertitudes juridiques liées à la notion d'imputabilité, avec des interprétations différentes de la part des OPCA et peu de rôle unificateur de la part de l'administration (en dépit de la circulaire du 14 novembre 2006 qui ne lève pas, loin s'en faut, les interrogations en matière d'imputabilité des actions de formation).

La gestion de la fiscalité par les services formation et la distinction entre formation imputable et non imputable peut également avoir pour effet de limiter le périmètre du service formation à la gestion des formations imputables, le budget formation étant réservé aux actions de formation. Cette réduction de périmètre ne contribue pas à l'efficacité de la mobilisation de moyens diversifiés pour gérer l'employabilité et la professionnalisation des salariés, la formation ne pouvant prétendre seule apporter des réponses à ces deux objectifs.

D.2 Comptabilisation fiscale des coûts

Comme indiqué ci-dessus (voir point I.1.1), le coût fiscal de la formation ne correspond jamais à son coût réel. Le total des dépenses déclarées n'est donc pas un indicateur pertinent de gestion économique de la formation.

L'approche fiscale ne permet pas à l'entreprise de réaliser un véritable calcul économique de la formation mettant en balance les coûts réels (et non les coûts fiscalement imputables) et l'absence de production ou la nécessité de remplacement pendant la formation. Le budget formation est ainsi ramené à un budget de dépenses, selon une logique qui ne permet pas de mettre en valeur l'investissement formation, ni même l'optimisation budgétaire qui serait réalisée en interne.

A titre d'exemple, relevons que la déclaration fiscale ne comprend que des coûts et pas des recettes, qu'elle ne recense que les dépenses de l'entreprise et non toutes les actions organisées en matière de formation, notamment lorsque ces actions ont été intégralement financées par l'OPCA. En ce domaine, la logique administrative est d'éviter qu'une même dépense soit comptabilisée dans les déclarations des entreprises et dans les déclarations des OPCA. Pour pouvoir additionner ensuite ces deux pôles de financement de la formation, la réglementation impose à l'entreprise de ne pas faire apparaître l'ensemble des financements qu'elle a mobilisé pour la formation mais uniquement ceux qui peuvent être pris en compte dans le cadre de l'imputabilité fiscale.

D.3 Prédominance d'une logique de consommation sur une logique d'objectifs

La logique fiscale induit une logique de consommation et non d'objectif qui est purement quantitative. Cette logique n'est pas compatible avec la logique d'objectifs exprimée notamment par les catégories d'actions de formation.

D.3.1 Les catégories visent des objectifs, pas l'approche fiscale

Les catégories de formation (adaptation, maintien dans l'emploi, développement de compétences) sont corrélées à des objectifs qui permettent d'avoir une lecture de la politique de formation (court terme, moyen terme, long terme). Si l'on peut discuter des frontières exactes entre ces catégories, elles expriment globalement le degré de proximité de l'action avec la fonction occupée et traduisent l'échelle de temps sur laquelle s'établit la politique de formation de l'entreprise.

L'approche fiscale ne fournit à aucun moment une grille de lecture de la politique de formation de l'entreprise.

D.3.2 L'approche fiscale est purement quantitative

La logique fiscale est une logique de dépense : l'entreprise doit justifier d'un montant de dépenses, en respectant les catégories de dépenses définies comme imputables sur la contribution au financement de la formation professionnelle. La finalité n'est jamais prise en compte au plan fiscal, ni la qualité des formations réalisées.

On peut toutefois relever qu'un dispositif fiscal, le crédit d'impôt formation, a souhaité impulser deux logiques : une logique d'investissement en favorisant non pas le niveau mais l'accroissement des dépenses (le crédit d'impôt était calculé sur l'augmentation de dépenses et non sur le volume), et une logique qualitative en majorant les dépenses exposées pour certains salariés reconnus comme prioritaires (salariés les moins qualifiés). L'outil fiscal peut donc, selon sa configuration, aller au-delà d'une simple obligation de payer.

D.4 Le rôle du CE

Le comité d'entreprise est doté par le code du travail d'une double compétence corrélée à l'obligation fiscale : d'une part il doit être consulté sous peine de sanction fiscale, d'autre part il doit valider les formations réalisées en interne par l'entreprise.

D.4.1 L'absence de consultation du CE est sanctionnée par une pénalité fiscale

L'entreprise qui ne consulte pas le comité d'entreprise sur la formation au moins une fois dans l'année s'expose à une sanction fiscale égale à 50 % de l'obligation légale. Le droit de la formation professionnelle construit donc une articulation entre une obligation sociale et une obligation fiscale. La sanction fiscale, ici, sert de levier pour le respect de l'obligation sociale.

D.4.2 Le comité d'entreprise doit valider les formations internes pour leur imputabilité fiscale

Les formations réalisées au poste de travail sont soumises au contrôle du comité d'entreprise. L'administration considère que si le dispositif est validé par le comité d'entreprise, la dépense est imputable. On peut considérer qu'il y a, sur ce point, sinon substitution du moins complémentarité entre le contrôle fiscal et le contrôle social.

Le législateur a donc souhaité articuler la compétence du comité d'entreprise à l'obligation fiscale de financement de la formation professionnelle et lui reconnaître un rôle dans ce domaine, assorti de sanctions fiscales. Ce constat permet deux remarques :

- la suppression de l'obligation fiscale et le passage à une obligation légale ou conventionnelle ne constituerait donc pas nécessairement un accroissement automatique des pouvoirs du comité d'entreprise (instauration d'un contrôle social en lieu et place du contrôle fiscal) ;
- le contrôle social sur la formation existe déjà.

E IMPACTS DE LA NATURE FISCALE DE LA CONTRIBUTION SUR LE MARCHE DE LA FORMATION

La réglementation applicable aux organismes de formation trouve sa source dans la nature fiscale de l'obligation de financement de la formation professionnelle. Cette réglementation spécifique crée des incertitudes pour les organismes de formation d'autant que le contentieux spécifique à l'activité de formation est générateur de risques importants.

E.1 Création de règles spécifiques à l'activité de formation

La création de règles spécifiques à l'activité de formation trouve directement sa source dans la nature fiscale de la contribution au financement de la formation professionnelle. En effet, il s'agissait d'assurer la traçabilité des fonds destinés à la formation et de vérifier l'usage qui en était fait.

C'est cette logique fiscale de contrôle et de traçabilité qui a généré l'obligation pour les organismes de formation de déclarer leur activité afin d'être référencés, de conclure des conventions de formation permettant d'identifier l'emploi des fonds reçus des entreprises, de gérer de manière distincte les ressources provenant des financements de la formation professionnelle et de rendre des comptes sur leurs activités à travers le bilan pédagogique et financier.

En l'absence de contribution fiscale, rien n'aurait justifié que l'activité de formation fasse l'objet d'une réglementation spécifique.

Les évolutions législatives enregistrées ces dernières années ont largement atténué la portée de cette réglementation spécifique (suppression de l'obligation de rattacher les

dépenses à l'action de formation, suppression de l'obligation de conclure systématiquement des conventions, simplification des règles relatives à la publicité, suppression de l'interdiction du démarchage rémunéré à la commission...) faisant de plus en plus de l'activité de formation une activité de prestation de services banalisée.

E.2 Risques juridiques liés aux incertitudes sur l'imputabilité

Malgré l'atténuation de l'impact de la fiscalité sur l'activité de formation, les risques juridiques demeurent important pour les prestataires de formation sur deux plans :

- Les incertitudes liées à l'imputabilité ;

Les critères de l'imputabilité ne permettant pas toujours d'avoir des certitudes sur le champ exact de la formation professionnelle, les prestataires de formation peuvent être exposés à des risques d'interprétation, ce qui est d'ailleurs le cas entre différents OPCA.

- Les risques de redressement sur les recettes;

Les organismes de formation peuvent être tenus de reverser au Trésor le montant des recettes perçues au titre de la formation professionnelle s'il est jugé que leur activité n'entraîne pas dans le champ de la formation professionnelle. Ce redressement du chiffre d'affaires réalisé constitue une sanction très lourde qui peut mettre en péril l'existence même de l'organisme. Ce redressement fiscal de la totalité des sommes encaissées expose les organismes de formation qui ont mal apprécié le champ de la formation professionnelle à des sanctions supérieures à celles qui peuvent résulter de délits pénalement sanctionnés.

CONCLUSION

La nature fiscale de la contribution au financement de la formation professionnelle continue par les entreprises emporte de multiples conséquences et impacts tant au niveau des acteurs de la formation (OPCA, Entreprises, Organismes de formation) qu'au niveau des pratiques de formation (Politiques de formation, marché de la formation). Il est constaté sans sévérité excessive dans le diagnostic que les effets positifs sur ces deux plans de l'obligation fiscale ont été produits et que les effets négatifs sont aujourd'hui prédominants.

Concernant le droit de la formation, la nature fiscale de l'obligation de financement de la formation ne doit pas, en premier lieu, être confondu avec une obligation légale de financement de la formation qui ne serait pas de nature fiscale ni avec une obligation générale conventionnelle. Il s'agit de trois sources différentes d'institution d'une même obligation mais qui génère nécessairement des dynamiques et des conséquences distinctes.

Concernant la nature fiscale de la contribution, elle a l'effet paradoxal de contribuer au développement de la négociation collective, notamment parce qu'il revient aux branches professionnelles de définir les conditions d'application de certains dispositifs, et en même temps d'en limiter le champ et la portée, dans la mesure où le législateur demeure seul véritablement légitime en matière de définition des impôts et taxes. Pour autant, cette nature fiscale ne constitue pas une garantie ou une protection pour les salariés puisque l'imposition pourrait être répartie entre l'entreprise et le salarié indépendamment de la nature de l'obligation.

Il est également constaté que la logique fiscale s'articule de plus en plus difficilement avec les logiques sociales et que le droit de la formation, qui a longtemps été au confluent du droit du travail et du droit fiscal, semble bien avoir désormais basculé très majoritairement dans le champ social, qui est porteur de logiques dont on peut constater qu'elles peuvent s'opposer aux logiques fiscales.

Le Financement conventionnel à travers les accords de branche Formation

Traditionnellement, un certain nombre de branches professionnelles font le choix de porter le montant de la contribution obligatoire au-delà du taux légal. Il s'agit alors d'une contribution conventionnelle, créée par voie d'accord collectif.

Il s'agit principalement de branches qui appartiennent au Hors Champ.

- On peut notamment citer la plupart des branches de « l'économie sociale » (notamment les accords intervenus dans les branches de l'Aide à domicile, de l'Animation, des Centres sociaux, des Coopératives de consommation, de l'Hospitalisation privée, des Missions locales, des Mutuelles, des FJT, du Sanitaire et social, du Sport, du Tourisme social et familial ...).
- On trouve également la plupart des **branches qui adhèrent à l'OPCA-PL** : Architecture, Cabinets d'avocat et leurs personnels, Cabinets dentaires, Cabinets médicaux, Vétérinaires ...

On peut aussi trouver des branches qui se situent dans le champ de l'ANI. Il en est ainsi des branches suivantes : la branche de l'Assurance (2,2 % de la masse salariale brute quelle que soit la taille de l'entreprise), les branches du BTP, de l'Imprimerie et industrie graphique, des Organismes de formation (2,5 % de la masse salariale brute quelle que soit la taille de l'entreprise), de la Publicité, du Conseil (Syntec) et du Travail temporaire.

Quelques branches du commerce ou de l'artisanat sont également concernées : la branche de la Cordonnerie, des Fleuristes ...

Cette augmentation de la contribution légale se situe dans le prolongement d'une tendance a vu le jour à la fin des années 80, notamment dans l'Agriculture, le Commerce et l'Artisanat⁷. Les branches de l'Assurance, de l'Imprimerie, de la

⁷ Voir l'étude réalisée par Cabinet Circé « La négociation collective sur la formation professionnelle - Décennie 90-2000 » - La négociation collective en 1999 - Tome III - Les dossiers - Editions législatives (Titre II - Négociation de branche et paritarisme - Chapitre I - Négociation de branche et gestion paritaire des fonds de la formation continue - III - Négociation de branche et financement des missions des OCA)

Pour les entreprises de moins de dix salariés, le 0,10 % a été relevé :

- à 0,17 % de la masse salariale dans les entreprises relevant de plusieurs conventions collectives du secteur du Commerce : Bestiaux, Bonneterie, Lingerie, Confection, Mercerie, Fruits et légumes, Jouets ... ;
- à 0,21 % dans la branche de la Pâtisserie,

Publicité, du **BTP** notamment prévoyaient déjà dans les années 90 une telle augmentation de la contribution obligatoire et se trouvent, aujourd’hui encore au-dessus de la contribution légale (malgré l’augmentation des taux introduite par la loi en 2004).

Toutefois, certaines branches qui prévoyaient des contributions conventionnelles (taux de contribution supérieurs à la loi) dans le cycle précédent (avant la réforme de 2004), notamment pour les moins de 10 salariés, se situent dorénavant dans le cadre de l’enveloppe légale, sans doute en raison de l’augmentation de la contribution légale des moins de 10 salariés prévue par la loi du 4 mai 2004⁸.

Tableau récapitulatif présentant les taux de contribution conventionnelle retenus dans les branches ayant créé une telle contribution

Lecture du tableau :

- Figurent en jaune dans le tableau présenté les contributions conventionnelles (supérieures à l’obligation légale).
- Ont également été indiquées les informations sur les taux de contributions retenues dans les branches qui avaient introduit dans le cycle précédent (avant la réforme de 2004) une contribution conventionnelle.

	Contributions des entreprises de plus de 10 salariés	Contributions des entreprises de moins de 10 salariés	Dernière modification des modalités de financement	Arrêté d’extension
Agriculture	1,6	0,55	02/06/2004	10/11/2004
Aides à domicile	2,1	2,1	07/09/2005	18/12/2006
Animation	1,82	1,82	13/12/2007	09/10/2008
Architecture	1,6	0,6	20/01/2005	20/06/2005
Assurance	2,2	2,2	14/10/2004	28/06/2005
Boucherie	1,6	0,55	10/07/2006	05/06/2007
BTP	1,6	0,9	13/07/2004	28/12/2004
Cabinets d’avocats et leur personnel	1,6	0,77	04/03/2005	02/08/2005
Cabinets d’économistes de la construction et de métreurs	1,6	0,6	25/03/2005	30/03/2006

- à 0,25 % dans les Carrières et matériaux de construction ainsi que dans les Imprimeries de labeur et industries graphiques ;
- à 30 % dans les Entreprises artisanales relevant de la compétence de Multifaf, les entrepôts grossistes en boissons, les Cabinets médicaux ;
- à 0,38 % dans le BTP ;
- à 0,4 % dans la Boucherie ;
- à 0,50 % dans la branche du Golf ;
- à 0,60 % dans les sociétés et inspection d’Assurance et les Entreprises de publicité et assimilées.

⁸ Il s’agit notamment des branches suivantes :

Boucherie, Fruits et Légumes, Négoce des matériaux de construction, Boulangerie-Pâtisserie, Habillement, Industrie textile

vérificateurs				
Cabinets dentaires	1,6	1,1	08/07/2005	17/10/2006
Cabinets médicaux	1,6	0,6	01/07/2005	12/06/2006
Centres sociaux	2,3	2,3	02/03/2006	08/12/2006
Coopératives de consommation	1,65	0,55	31/12/2004	non étendu
Cordonnerie	1,05 pour les moins de 20, et 1,60 pour les plus de 20 salariés	0,65	07/12/2005	09/11/2006

	Contributions des entreprises de plus de 10 salariés	Contributions des entreprises de moins de 10 salariés	Dernière modification des modalités de financement	Arrêté extension
Cuirs et peaux	1,6	0,55	03/11/2004	12/04/2005
Fleuriste	1,6	1,3 en cas de versement à l'OPCAMS et 1,1 en cas de versement à l'AGEFOS PME	05/07/2005	16/10/2006
Géomètres	1,6	1,2	27/09/2007	19/02/2008
Habillement	1,6	0,55	18/10/2005	3005/2006
Habitat social	1,6	0,55	20/09/2005	18/10/2006
Hospitalisation privée	1,82	0,55	18/04/2002	29/10/2003
Imprimerie et industrie graphique	1,6	0,9	26/07/2007	19/02/2008
Industrie textile	1,6	0,55	13/09/2004	03/12/2004
Jouet	1,65	0,55	09/11/2004	07/04/2005
Laboratoires d'analyses médicales	1,6	0,6	23/05/2006	09/02/2007
Missions locales et PAIO	2,5	2,5	03/06/2003	07/05/2004
Mutuelles	1,825	0,65	01/12/2004	28/06/2005
Négoce de matériaux de construction	1,6	0,55	27/10/2004	13/04/2005
Notariat	1,6 pour les entreprises de 7 salariés et plus	0,55 pour les entreprises de moins de 7 salariés	08/06/2001	25/02/2002
Organismes de formation	2,5	2,5	10/06/1988	16/03/1989
Organismes gestionnaires de foyers et services pour jeunes travailleurs	2	2	16/07/2003	09/02/2004
Prothésistes dentaires	1,6	0,65	24/09/2007	non étendu
Publicité	1,6	1	29/11/2004	04/07/2005
Sanitaire et social	2,3	1,75	31/03/2008	22/10/2008
Services interentreprises de santé au travail	2	2	28/11/2006	18/07/2007
Sport	1,62	1,62	20/12/2005	21/11/2006
Syntec ⁹	1,6	0,65	15/12/2005	17/10/2006
Tourisme social et familial	1,6	0,70	16/11/2004	03/10/2005
Travail temporaire	2	0,55	28/02/2006	19/10/2006
Vétérinaires	1,6	1	14/12/2004	18/07/2005

⁹ L'accord formation du 23/10/2008, non étendu pour le moment, prévoit les même taux de contribution.

CHAPITRE IV

SCENARIO N°1 : Élargissement de l'autonomie conventionnelle dans le cadre d'une ressource de nature fiscale

A Justification du scénario

A.1 Une tendance régulièrement évoquée

Ce scénario vise à maintenir un socle fiscal pour la professionnalisation et le CIF et à introduire une plus grande souplesse pour le financement conventionnel du 0,9 (plan de formation).

Ce scénario est inscrit en filigrane dans l'ANI du 7 janvier 2009. Il résulte d'une lecture téléologique du texte imprégné d'une volonté d'autonomie contractuelle (cf chronique AEF N°----) mais aussi de plusieurs références littérales, l'article 5 et l'article 1. L'article 5 pourrait tenir lieu d'introduction au scénario 1 « *Les parties signataires du présent accord considérant que le développement de la formation professionnelle continue doit être favorisé par la **capacité de négociation** des partenaires sociaux dans la **définition des objectifs de la formation professionnelle** et dans l'affectation des moyens qui leur sont consacrés* ». Cette pétition de principe se retrouve sous une forme plus ambiguë dans la rédaction de l'article 1 de l'ANI traitant du plan de formation « Les actions du plan de formation sont imputables sur la participation de l'entreprise au développement de la formation professionnelle continue ». Ce qui en bon français veut dire que l'inscription au plan de formation vaut imputabilité, sans autre forme de considération. Cependant, sans doute conscients de l'inefficacité juridique de cette affirmation, les signataires de l'ANI renvoient l'étude de cette question à un groupe de travail avec les pouvoirs publics.

L'article 7 d'une version intermédiaire, au final non retenue, de l'ANI du 7 janvier 2009 allait bien plus loin en proposant à **titre expérimental un accord de branche GPEC** puisse définir les conditions dans lesquelles les formations prévues peuvent être **exonératoires** de l'obligation de participation au financement de la formation professionnelle continue au titre du plan de formation. Ces **expérimentations**, est-il précisé, peuvent contribuer à apporter des éléments de réponse sur la **pertinence, la nature et le niveau d'une obligation de contribution de l'employeur** au financement de la formation professionnelle continue.

- Seule est visée l'obligation au titre du plan de formation soit 0,9% de la masse salariale. Les contributions dues au titre de la professionnalisation et du CIF demeurent en l'état aussi bien pour leur montant que pour leur qualification et leur régime juridique.
- L'expérimentation est conduite dans le cadre d'un accord de branche dédié à la GPEC
- La conclusion d'un tel accord, sous réserve du respect d'un cahier des charges précis et de donner lieu à évaluation peut avoir un effet exonératoire de l'obligation de participation des entreprises au titre du plan de formation.

Ce texte a pour **finalité** de favoriser le **développement de la formation professionnelle** continue par une plus **grande autonomie des partenaires sociaux**

dans la définition des objectifs de la formation professionnelle et dans l'affectation des moyens qui leur sont consacrés.

A.2 Évolution du droit et des pratiques de formation

L'évolution du droit de la formation aussi bien au plan jurisprudentiel que législatif a conduit à mettre à la charge de l'employeur une obligation d'adaptation des salariés non seulement au poste de travail mais aussi à l'évolution de leur emploi. Cette obligation pèse sur tous les employeurs quelle que soit la taille de l'entreprise. Elle est indépendante de l'obligation de financement.

Cette approche du droit de la formation, fondée sur un objectif à atteindre à savoir : l'employabilité de chaque salarié et des perspectives d'évolution professionnelle, est fortement relayée par les apports récents de la négociation collective aussi bien sur la modernisation du marché du travail (Accord du 11 janvier 2008) que sur la GPEC. Ces textes mettent en œuvre un ensemble de procédures, destinées à favoriser l'anticipation du risque d'inemployabilité et à permettre l'accompagnement de chaque salarié dans son parcours professionnel et de formation (entretien, bilans, accompagnement des mobilités, actions de formation...).

Ces évolutions conduisent à questionner la pertinence de mode de financement aujourd'hui en vigueur, fondé sur une obligation financière de nature fiscale et centrée sur le concept de dépenses de formation imputables sur ladite obligation, sans lien avec les objectifs à atteindre.

Une approche pragmatique, fondée sur un accord collectif, permettant de déroger à la « norme fiscale » pour assurer le financement des obligations « de faire » qui pèsent sur l'entreprise, est sans doute une bonne méthode pour mettre en conformité les nouvelles logiques d'actions attendues des entreprises dans le domaine de la « formation professionnelle » et les logiques de financement.

A.3 Évolution des règles du « dialogue social »

Le processus de modernisation des règles et des pratiques du dialogue social engagé depuis plusieurs années met l'accent sur la prééminence à donner au conventionnel sur le législatif. L'article L.1 du code du travail est tout à fait significatif sur ce point : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle ...fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs...* »¹⁰ La place laissée à la négociation collective s'accroît.

A titre d'exemple de la mise en œuvre de ce précepte peuvent être cités l'ANI du 11 janvier 2008 (préalable à la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail) ainsi que la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité syndicale.

¹⁰ Loi du 21 janvier 2008 n°2008-67

Quant à la loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale et le temps de travail, dernière loi à traiter de ce sujet, elle souligne l'intérêt de privilégier la négociation au niveau de l'entreprise.

Le plan d'action pour les salariés âgés issu de la loi du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 illustre cette primauté du conventionnel tout en garantissant une effectivité des actions.

L'exemple de la loi en faveur de l'emploi des seniors

- Action au niveau de l'entreprise

- ❖ Obligation de négocier ou de concevoir un plan d'action au niveau de l'entreprise sous peine de sanction financière

Les entreprises employant au moins cinquante salariés ou appartenant à un groupe dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité de 1% de la masse salariale à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés.

- ❖ Encadrement par la loi du contenu du plan d'action
 - Un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement des salariés âgés;
 - Des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés portant sur trois domaines d'action au moins choisis parmi une liste fixée par décret en Conseil d'État et auxquelles sont associés des indicateurs chiffrés;
 - Des modalités de suivi de la mise en œuvre de ces dispositions et de la réalisation de cet objectif.

- Négociation de branche pour les entreprises d'au moins 50 salariés

Possibilité de répondre à l'obligation quand existe un accord de branche étendu.

B Faisabilité juridique d'un accord de branche et/ou d'entreprise dérogatoire emportant exonération de l'obligation « fiscale » de financement au titre du 0,9 (plan de formation)

La faisabilité juridique du scénario « expérimental » suppose d'identifier et d'examiner les questions relatives au droit de la formation, au droit de la négociation collective, ainsi que le cas échéant, d'autres branches du droit (droit de la concurrence, droit pénal...).

B.1 Questions relatives au droit de la formation

Toutes les obligations de « formation » d'origine législative et réglementaire, conventionnelle ou jurisprudentielle qui pèsent sur l'employeur et sur le salarié sont maintenues en l'état (adaptation, employabilité, sécurité...). Il en va de même du droit d'ordre public au congé individuel de formation (CIF) ainsi qu'aux droits procéduraux qui contribuent à la sécurisation des parcours professionnels (entretiens, bilans...) et au droit initiative du DIF.

Seules sont concernées les règles de financement de ces divers droits et procédures. L'employeur est tenu d'en assurer le financement non plus seulement dans la limite du forfait de 0,9% de la masse salariale affectée au Plan de formation, mais dans leur totalité et leur réalité, telles que définies par un accord de branche (GPEC ou autre). Le montant des dépenses engagées pourra être équivalent ou supérieur au 0,9 en fonction du contenu de l'accord négocié et des critères retenus pour l'évaluation de la réalité des dépenses engagées.

La validité juridique de l'expérimentation est subordonnée à une habilitation législative. Celle-ci devra porter sur au moins trois points : le périmètre des actions finançables, l'exonération de l'obligation financière de nature « fiscale », le contrôle de l'expérimentation et les sanctions en cas de non respect des règles négociées.

1 Définition des actions

La première question juridique à résoudre sera celle de la définition des actions et prestations entrant dans le périmètre de l'accord « expérimental ». Le choix d'un accord GPEC comme support juridique de l'expérimentation, et non d'un accord formation, entraînera ipso facto un déplacement du centre de gravité de l'actuelle « imputabilité » fiscale, construite autour de l'action de formation, vers une logique de financement des prestations qui contribuent à la sécurisation des parcours professionnels. Notamment : le financement du diagnostic qualitatif et quantitatif de l'emploi des métiers et des compétences dans l'entreprise (article de l'ANI GPEC du 14 novembre 2008) la réalisation de diagnostics individuels incluant le bilan d'étape professionnel etc...).

Il conviendra en tout état de cause que soient clairement et précisément déterminées les conditions de validité de l'accord exonératoire. La seule existence d'un accord ne peut suffire ; ledit accord devra comporter des mesures identifiées tant en termes qualitatifs que quantitatifs.

Le périmètre des actions finançables pourrait être précisé par l'article L.6321-1 relatif aux obligations de l'employeur dans le cadre du plan de formation. Un quatrième alinéa de cet article pourrait être libellé comme suit : « Un accord de branche GPEC conclu en application de l'article 2241-4 du code du travail peut préciser les conditions dans lesquelles l'employeur met en œuvre les prescriptions du présent article. Pendant la durée de validité de cet accord, l'employeur qui est tenu de

l'appliquer est exonéré des obligations financières qui résultent du livre 3, titre 3, sixième partie du code du travail

En écho à l'article L.6321-1 il faut préciser que « la décision d'appliquer un accord GPEC en application des articles L.2241-15 et L.6321-1 du présent code exonère à titre dérogatoire l'obligation de contribution financière au titre du plan de formation » (0,9% de la masse salariale).

2 Contrôle de l'expérimentation ?

Afin de mesurer les effets du dispositif et le respect des règles édictées, les accords pourront faire l'objet d'un contrôle.

Le contrôle peut être a priori par la DDTEFP conformément aux dispositions relatives au droit de la négociation collective pour les accords d'entreprise.

Il peut également être dévolu à l'OPCA ou à la CPNEFP par exemple et être organisé a priori (contrôle de validité) ou a posteriori (contrôle du respect).

B.2 Questions liées au droit de la négociation collective

1 Développer la négociation collective au niveau de l'entreprise

Les travaux d'évaluation de l'ANI du 5 décembre 2003 ont permis de faire ressortir un élément intéressant concernant la négociation collective sur la formation professionnelle : il apparaît que dans la négociation collective d'entreprise, la formation est davantage un moyen qu'un but en soi.

Dans le cadre de l'évaluation de la négociation sur la formation professionnelle, l'étude a porté sur des accords qui ont pour objet exclusif le thème de la formation professionnelle. Or, il apparaît en pratique que nombreux sont les accords « mixtes » : formation/classifications, formation/emploi, formation/salaires et plus récemment les accords portant notamment sur l'emploi des seniors, l'égalité professionnelle et la GPEC. La formation est, en effet, un moyen au service d'autres objets de la négociation. La négociation collective d'entreprise sur la formation, atone tout au long des années 80 et 90 (de l'ordre de 2% des accords négociés), n'a pas connu d'évolution substantielle depuis l'ANI du 5 décembre 2003 en raison d'un manque d'encadrement et d'incitation sur le thème de la formation considéré isolément.

Le constat issu de l'évaluation de l'ANI de 2003 sur la négociation d'entreprise permet de s'interroger sur l'orientation à donner au dispositif expérimental en matière de négociation sur la formation professionnelle :

- Formation comme moyen : Lier la formation à d'autres dispositifs de négociation (a)

Soit l'on considère la formation comme un moyen permettant de développer ou maintenir l'emploi et l'employabilité des salariés. Il s'agit alors d'exploiter les dispositifs existants tels que la négociation collective sur la GPEC par exemple. Le lien avec la GPEC n'est cependant pas indispensable.

- Formation comme objectif : négocier sur la formation (b)

Soit l'on considère qu'il s'agit de faire de la formation un objectif à atteindre et il faut alors instaurer une obligation tendant vers l'obligation de résultat. Dans ce cadre, il pourrait s'agir d'instaurer une obligation triennale de négociation sur la formation professionnelle à l'instar du dispositif sur l'emploi des travailleurs handicapés ou sur l'emploi des séniors.

La première hypothèse semble davantage correspondre aux pratiques constatées.

- négociation comme modalité optionnelle de mettre en œuvre des actions de formation (c).

a) Inscrire l'obligation de négocier sur la formation dans un dispositif plus vaste

Dans cette perspective, le dispositif expérimental devrait donc prendre appui sur les dispositions du code du travail qui encadrent les processus de négociation collective de la GPEC notamment les articles L.2241-4, L.2242-15 et 16.

L'article L.2241-4 institue une obligation de négociation triennale sur la GPEC. Les articles L.2242-15 et 16, en précisent les thèmes et en particulier l'article L.2241-15 2^{ème} qui établit un lien étroit entre GPEC et formation, validation des acquis de l'expérience, bilan de compétences, accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés.

Le dispositif de négociation sur la GPEC pourrait donc être aménagé afin d'instaurer une obligation de prévoir des actions de formation ciblées dans un but de maintien et de développement de l'emploi et des compétences dans le cadre d'une négociation plus vaste pouvant comporter d'autres mesures.

b) Développer la négociation sur la formation

- Dans le schéma expérimental, il s'agirait de soumettre les entreprises de plus de 300 salariés à une obligation de négocier un plan d'action formation pour une période de trois ans.

A partir du bilan de la formation professionnelle réalisé avec le CE, l'accord d'entreprise ou de groupe comporterait :

- Une identification précise des actions de formation à mettre en œuvre

Il est indispensable de **définir** l'action de formation précisément et qualitativement sans se limiter à des déclarations d'intention.

- Un objectif chiffré de réalisation des actions de formation identifiées ;
- Des modalités de suivi de la mise en œuvre de ces dispositions et de la réalisation de cet objectif.
 - Dans l'absolu, et afin de permettre d'étendre au plus grand nombre le dispositif, il faut envisager la possibilité, à défaut de représentation syndicale, de négocier avec le CE ou à défaut avec les délégués du personnel.

Dans ces deux cas, négociation sur la formation en tant qu'objectif, négociation sur la formation en tant que moyen :

- l'entreprise disposerait d'une totale liberté quant aux moyens à mettre en œuvre, tant financiers que qualitatifs, pour la mise en œuvre du plan d'action formation ou de la GPEC.
- L'entreprise devra déposer l'accord auprès de la DDTEFP en application des règles sur le droit de la négociation collective et faire une déclaration de l'existence d'un tel accord auprès de la cellule formation dans le cadre de la déclaration annuelle.

c) Négociation d'entreprise optionnelle

- La négociation ne sera pas obligatoire mais optionnelle tant pour la branche que pour l'entreprise.
- A défaut d'accord de branche, l'entreprise peut décider d'appliquer un engagement du développement de la formation proposé par l'OPCA

En conclusion

- Il s'agit de développer la négociation collective sur le thème de la formation professionnelle soit en tant que tel, soit en tant que moyen dans un dispositif plus vaste
- En cas de négociation, il s'agit d'élargir le cercle des interlocuteurs de la négociation d'entreprise afin d'étendre le dispositif au plus grand nombre :
 - Négociation avec les délégués syndicaux dans les entreprises de plus de 300 salariés pour la mise en œuvre d'un dispositif expérimental,
 - Négociation avec :

- des délégués syndicaux ou à défaut le CE,
 - à défaut de CE ou dans les entreprises de moins de 50 salariés, avec les DP,
 - voire, par le biais d'un référendum dans les entreprises les plus petites ou à défaut de signature d'un accord avec les représentants du personnel
- Dans tous les cas, la négociation restera encadrée par l'obligation de développer ou d'aborder des thèmes déterminés légalement.
 - Il convient de rendre la négociation optionnelle en permettant l'application d'un engagement de développement de la formation élaboré par l'OPCA.

2 - La négociation collective de branche

A l'instar du schéma développé pour l'entreprise, la négociation de branche peut porter exclusivement sur la formation comme elle peut intégrer la formation dans un dispositif plus vaste tel que la négociation GPEC.

L'article L 2241-4 du code du travail instaure une obligation triennale de négocier sur la GPEC au niveau de la branche. Ce niveau de négociation se superpose avec l'obligation triennale de négocier dans l'entreprise, imposant le respect de la hiérarchie des normes.

Même si l'obligation de négocier sur la formation au niveau de l'entreprise se rattache à la négociation collective sur la GPEC, il faudrait faire de la branche un niveau « à défaut ».

Dans une approche comparable à celle retenue dans le dispositif de l'emploi des seniors, l'accord de branche pourrait être un dispositif « de repli » optionnel ou à défaut de conclusion d'un accord d'entreprise. L'entreprise pourrait remplir son obligation de mise en œuvre de la formation en adhérant et en appliquant les dispositions d'un accord de branche étendu.

B.3 Les sanctions

La plus grande souplesse du financement conventionnel ne l'exonère pas des mécanismes de contrôle et de sanctions qui sont ceux du droit privé

1 - sanctions de droit commun

Ce sont celles d'ores et déjà prévues par le code du travail pour le non respect des dispositions concernant la négociation collective concernant la GPEC.

- **La sanction pénale** (article L.2243-1 du Code du travail)
S'agissant d'une négociation dérogatoire ayant un caractère « expérimental » la sanction pénale qui sanctionne le fait de se soustraire aux obligations de négocier (article L.2242-1) n'est pas pertinente. Ni aucune autre sanction pénale d'ailleurs.

- **Les sanctions administratives** (article L.1233-32 et L.1233-53) telles que celles applicables en cas de non respect d'un Plan de sauvegarde de l'emploi ne sont pas davantage pertinentes dans le scénario exploré ici, fondé sur le caractère volontaire et dérogatoire de la démarche.

- **La sanction « fiscale »** telle qu'elle est prévue pour le non respect par un employeur de ses obligations en matière de financement de la formation, n'est pas non plus adaptée précisément en raison du fait que la démarche engagée vise à se libérer de l'emprise de la logique fiscale. La loi fiscale, rappelons-le, est d'interprétation stricte, comme d'ailleurs la loi pénale. Elle ne saurait sanctionner que des infractions à des obligations qu'elle a elle-même définies (actions imputables par exemple). Le non respect des dispositions d'un accord relatif à des engagements financiers pris par les parties au contrat ne sauraient relever que de sanctions civiles.

Si ces sanctions s'avèrent inapproprié dans le cadre du dispositif expérimental elles ne doivent pas pour autant disparaître. En effet, dans le scénario présenté, qui postule le maintien d'une obligation légale de nature fiscale pour la professionnalisation (0,5) et le CIF (0,2), toutes les sanctions pénales administratives et fiscales qui s'y rattachent demeurent en l'état. Elles devront cependant être révisées, notamment la sanction fiscale à laquelle s'expose l'employeur qui ne respecte pas l'obligation de délibération avec le CE. Dans ce cas, le montant de la sanction est calculé sur la base de l'obligation qui pèse sur l'employeur (50% du 1,6). Si cette sanction devait s'appliquer (ce qui est un cas d'école pour notre scénario fondé sur le dialogue social) elle devrait être calculée sur la base de 0,7 (0,5 + 0,2) de la masse salariale.

2. Le recours aux sanctions civiles et à l'action judiciaire

L'exploration de ces voies représente un intérêt particulier eu égard au fait que la démarche expérimentale, décrite ici, fondée sur un accord collectif, a pour finalité de renforcer l'autonomie conventionnelle dans le domaine de la formation, en se libérant de la logique fiscale.

Ont un intérêt à agir si les termes de l'accord ne sont pas respectés :

- les organisations syndicales de salariés signataires de l'accord
- les salariés eux-mêmes, bénéficiaires des dispositions prévues par l'accord.
- Les OPCA dans le cadre de la mise en œuvre d'un système d'adhésion à un accord de branche ou si l'accord de branche prévoit un versement obligatoire d'une partie de la contribution PLAN à l'OPCA

- *L'action civile syndicale*

Dotées de la personnalité civile, les organisations syndicales disposent de la possibilité d'agir devant les juridictions civiles en demande de dommages et intérêts à l'encontre d'un employeur qui ne respecterait pas les termes d'un accord collectif signé dans l'entreprise soit pour obliger au respect de l'accord soit pour obtenir des dommages intérêts.

- *L'action civile des salariés*

Avant l'intervention de la loi de 2004, le juge avait introduit l'obligation de formation dans le cadre de l'adaptation au poste sur le fondement de l'exécution de bonne foi du contrat de travail dans un arrêt Expovit du 25 février 1992. (Cass. soc. 25 février 1992 : [RJS 4/92 n° 421](#), Bull. civ. V n° 122) Mais, l'obligation d'adaptation au poste n'était invoquée et sanctionnée qu'à travers l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement, notamment, pour motif économique. (voir, par exemple, Cass. soc. 8 novembre 2006 n° 05-41.680 (n° 2535 F-D) ; Cass. soc. 7 décembre 2005 : [RJS 3/06 n° 324](#))

L'arrêt du 23 octobre 2007 fait ressortir que la violation de l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur poste de travail et celle de maintenir leur capacité à occuper un emploi peut être à l'origine pour ces derniers d'un préjudice distinct de celui résultant de la rupture injustifiée du contrat de travail en affectant leurs chances de retrouver un emploi après licenciement.

Cette évolution de la jurisprudence marque la reconnaissance d'un véritable droit à la formation professionnelle en vue de l'adaptation au poste et au maintien des capacités à occuper un emploi en dehors d'éventuelle carence de l'employeur en termes de participation au financement de la formation au regard des minima légaux imposés.

Dans la lignée de l'arrêt du 23 octobre 2007, l'entreprise qui ne mettra pas en œuvre les actions de formation obligatoires s'expose à des poursuites judiciaires par les salariés qui subissent un préjudice du fait de la carence de leur employeur. Cette carence sera d'autant plus avérée s'il n'y a pas d'accord ou si l'entreprise ne le met pas en œuvre.

3 - Une pénalité financière « civile »

Au-delà des actions « classiques » ouvertes aux créanciers de l'obligation de formation, il serait envisageable de sanctionner le défaut de négociation d'un accord par une pénalité, à l'instar du dispositif mis en place pour la négociation de plan d'actions pour l'emploi des seniors.

Dans ce dispositif, les entreprises sont soumises **à une pénalité** à la charge de l'employeur **lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés**. Le montant de cette pénalité est fixé à 1 % des rémunérations versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action. Pour le Plan d'action des seniors, le produit de cette pénalité est affecté à la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés.

En matière de formation, le dispositif envisagé s'analyse en un dispositif dérogatoire à la règle de droit commun qui consiste en une obligation fiscale de contribuer à hauteur de 0,9% de la masse salariale au financement de la formation.

Il est donc possible d'envisager que le défaut d'action en matière de négociation soit sanctionné par le retour à l'application du droit commun et donc un financement à hauteur de 0,9% qui serait recouvré par les organismes fiscaux.

Notons toutefois que cette « pénalité » ne présente pas réellement de caractère incitatif .

CHAPITRE V

SCENARIO N°2 : ANI instituant un droit à la formation

INTRODUCTION

L'hypothèse envisagée dans le présent chapitre est la substitution d'un Accord national interprofessionnel instituant, à titre de « garantie sociale », un droit à la formation professionnelle continue financé par des cotisations conventionnelles, aux dispositions du code du travail organisant le financement de la formation professionnelle au moyen de contributions de nature fiscale.

La suppression des contributions de nature fiscale

Les articles L 6331-2, L 6331-9, L 6322-37, L 6331-55 et L 6331-57 du code du travail imposent aux employeurs de consacrer au financement de la formation professionnelle un pourcentage minimal du montant des rémunérations, soit :

- 0,55% pour les employeurs de moins de 10 salariés,
- 1,60% pour les employeurs de 10 salariés et plus ;
- 1,00% pour les employeurs de salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée ;
- 2,00% minimum pour les intermittents du spectacle ;
- 0,15% pour les particuliers employeurs.

La loi dispose que ces contributions doivent être versées à un organisme collecteur paritaire agréé (OPCA), sauf en ce qui concerne les entreprises de plus de 10 salariés qui peuvent utiliser directement une part égale à 0,9% des salaires au financement de la formation de leurs salariés. La loi précise la nature des dépenses de formation imputables sur l'obligation légale de financement qui peuvent être pris en charge par les OPCA et les employeurs. L'Etat contrôle et le cas échéant sanctionne l'application de ces dispositions.

La substitution de cotisations conventionnelles à ces contributions aurait bien entendu pour conséquence la disparition du contrôle du recouvrement par l'administration de l'Etat et la disparition de la définition légale de l'imputabilité.

L'institution par accord collectif d'une garantie sociale

L'objet de la présente note est d'examiner dans quelles conditions des cotisations affectées au financement de la formation professionnelle continue des salariés peuvent être créées par accords collectifs conclus et mis en œuvre en application des dispositions du Livre II de la Deuxième partie du code du travail, ci-après dénommés « accords collectifs de travail ».

L'article L 2221-1 du code du travail expose que le Livre II de la Deuxième partie du code du travail « définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales ». A ce titre, une

convention ou un accord collectif de travail peut créer pour les salariés des droits que l'employeur doit financer. On peut distinguer deux modalités de financement : le financement direct par l'employeur ou le financement via une cotisation à un organisme mutualisateur.

Le financement de droits directement par l'employeur. Un accord collectif de travail peut rendre obligatoire pour les employeurs le financement de certains droits dont les salariés doivent bénéficier, par exemple : payer un salaire au minimum égal au minimum conventionnel par type d'emploi, maintenir le salaire pendant les jours de congé d'ancienneté institués par l'accord, verser une indemnité en cas de licenciement, etc. Dans le domaine de la formation, un accord pourrait créer un droit individuel à la formation à l'initiative du salarié en rendant obligatoire pour l'employeur le financement de l'action de formation et le maintien du salaire (cf. scénario n°1).

Le financement de droits via une cotisation à un organisme. Un accord collectif de travail peut rendre obligatoire le versement par les entreprises d'une cotisation à un organisme qui mutualise cette ressource pour financer des droits. C'est un accord créant une « garantie sociale ». C'est cette hypothèse qui est envisagée au titre du scénario n°2 pour le financement de la formation professionnelle. Deux questions doivent être examinées :

A Le champ d'application d'un accord collectif de travail créant une garantie sociale

Un accord collectif peut avoir un champ d'application professionnel limité à une branche ou à quelques branches, mais il est également possible de conclure des accords nationaux interprofessionnels (ANI).

L'hypothèse d'accords de branche ou interbranches est *a priori* exclue du cadre du scénario. Il n'est pas envisagé de remplacer les contributions fixées par la loi par des cotisations dont l'assiette et le taux risqueraient d'être différents selon les professions.

L'hypothèse d'un accord national interprofessionnel est la seule concevable. Il convient dès lors d'examiner dans quelles conditions le champ d'application d'un tel accord peut inclure toutes les entreprises du secteur privé actuellement assujetties aux contributions obligatoires pour le financement de la formation professionnelle.

A.1 L'élargissement d'un ANI selon la procédure du code du travail.

Le champ d'application d'un accord collectif de travail doit être défini par les signataires de l'accord. Ce champ peut être étendu et élargi par arrêté du ministre chargé du Travail.

a) L'accord collectif définit son champ d'application. L'article L 2222-1 du code du travail dispose que « *Les conventions et accords collectifs de travail déterminent leur champ d'application territorial et professionnel. Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques* ».

En ce qui concerne les accords nationaux interprofessionnels que les confédérations syndicales représentatives des salariés signent avec le MEDEF, la CGPME et l'UPA, on observe qu'ils ne déterminent pas leur champ d'application. Tel est par exemple le cas de l'ANI du 5 décembre 2003 relatif à la formation professionnelle continue.

b) L'accord collectif peut être étendu. Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou accord par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective (art. L 2261-15). Pour pouvoir être étendus, les accords doivent avoir été négociés et conclus en commission paritaire composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré (art. L 2261-19).

L'ANI du 5 décembre 2003 a été étendu par arrêté du 17 décembre 2004 qui précise que les dispositions de l'accord « *sont rendues obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans son champ d'application* ». L'ANI n'ayant pas défini son champ d'application, il y a une incertitude sur la portée de l'arrêté d'extension. Il semble qu'il soit communément admis que les accords signés par le MEDEF, la CGPME et l'UPA s'appliquent aux entreprises de l'industrie, du commerce, des services et de l'artisanat. Cependant, il n'est pas démontré que les trois organisations d'employeurs citées soient représentatives de l'ensemble des entreprises de ces secteurs. Le Conseil d'Etat a jugé que « *rien ne dispense les organisations syndicales d'employeurs de faire la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de l'accord dont l'extension est en cause* » (CE 30 juin 2003). Il a notamment été jugé que le MEDEF ne représente pas toute l'industrie. (Cass. Soc. 16 mars 2005, Michelin : « *La Fédération du caoutchouc n'est pas membre du CNPF, donc la branche du caoutchouc n'entre pas dans le champ d'application de l'accord interprofessionnel du 17 mars 1975, ce que l'arrêté d'extension ne pouvait à lui seul modifier.* »)

c) L'accord collectif peut être élargi. L'article L 2261-17, 3°, permet au ministre du travail de « *rendre obligatoire dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application un accord interprofessionnel étendu* ». Le premier alinéa de cet article prévoit cependant que l'élargissement n'est possible qu' « *en cas d'absence ou de carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial déterminé* ».

Un ANI signé du côté des employeurs par les seuls MEDEF, CGPME et UPA ne s'applique pas aux secteurs dont les organisations représentatives des employeurs ne sont pas membres d'un de ces trois signataires. Il s'agit principalement de

l'agriculture, des professions libérales, des associations et des particuliers employeurs. Avant de pouvoir élargir le champ d'application d'un ANI à ces secteurs, il est nécessaire de démontrer la carence des organisations d'employeurs représentatives de ces secteurs et qui sont bien connues : la FNSEA, l'UNAPL, l'USGERES et la FEPEM. En d'autres termes, le ministre devrait convoquer une commission mixte paritaire, comme l'y incite l'article L 2261-20, en y incluant ces quatre organisations. Ce n'est que dans le cas où ces organisations refusent de déférer à cette convocation ou refusent de signer l'accord négocié dans le cadre de cette commission que l'élargissement serait possible. Or le ministre du travail n'a jamais convoqué une commission mixte paritaire pour la négociation d'un accord national interprofessionnel.

Compte tenu des conditions dans lesquelles les ANI sont négociés, les exigences de l'article L 2261-17 ne permettent pas au ministre du travail d'élargir à toutes les entreprises du secteur privé un accord interprofessionnel signé par une partie seulement des organisations représentatives des employeurs. Il faut donc constater qu'une cotisation pour le financement de la formation obligatoire pour toutes les entreprises de droit privé ne peut pas être instituée, en l'état actuel de droit et de la pratique de la négociation collective, par un accord collectif de travail conclu au plan national et interprofessionnel.

A.2 L'élargissement d'un ANI par la loi.

Même si toutes les conditions posées par le code du travail étaient réunies, un élargissement d'un ANI à toutes les entreprises de droit privé par simple arrêté du ministre du travail ne semble pas possible. L'élargissement a certes pour objet de combler les vides conventionnels et d'exporter un accord en direction d'un ou plusieurs secteurs non couverts. Cependant, un arrêté conférant à un accord un champ identique à celui de la loi n'est pas compatible avec la nature contractuelle de l'accord. Seule la loi peut le faire. Deux techniques sont à cet égard envisageables.

a) L'élargissement par la loi. C'est la technique utilisée par la loi du 19 janvier 1978 pour élargir le champ d'application de l'accord interprofessionnel du 10 décembre 1977 relatif à la mensualisation (et la loi du 30 décembre 1988 pour son élargissement à l'agriculture). Comme pour les arrêtés ministériels, le texte intégral de l'accord a été annexé à la loi, ce qui préserve sa nature contractuelle : le législateur ne peut pas amender ou modifier le texte signé par les partenaires sociaux. Cette technique semble aujourd'hui abandonnée, puisqu'à l'occasion de la nouvelle codification du code du travail, les dispositions de l'accord sur la mensualisation ont été subrepticement intégrées dans différents articles de la partie législative et de la partie réglementaire du code.

On observera toutefois que c'est la technique consacrée par l'article 139 du Traité CE : les accords signés par les partenaires sociaux au niveau européen peuvent être

annexés à une directive qui leur confère une portée générale. Le Conseil a seulement le choix entre accepter ou refuser la directive, il est privé de son droit d'amendement. Le Parlement européen n'est pas appelé à se prononcer. Les partenaires sociaux disposent en fait d'un pouvoir législatif délégué.

b) La reprise du texte de l'accord par la loi. C'est bien ce procédé qui a été mis en œuvre à propos de l'ANI sur la formation professionnelle du 5 décembre 2003 par la loi du 4 mai 2004. Ce dispositif a été généralisé par la loi du 31 janvier 2007 (articles L 1 et L 2 du code du travail) qui invite les partenaires sociaux représentatifs au niveau national et interprofessionnel à négocier pour préparer les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés par le gouvernement – sans que pour autant la procédure de négociation de tels accords ait été autrement précisée. Les signataires de ces accords se voient ainsi confiés une mission de « pré-législateur », le Parlement n'ayant cependant pas compétence liée. Cette technique a été appliquée pour la mise en œuvre de l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail (loi du 25 juin 2008).

Les dispositions proposées par un « accord collectif de travail » tel que l'ANI du 5 décembre 2003 n'ont pu être rendues obligatoires pour toutes les entreprises de droit privé que par la loi. Les contributions pour le financement de la formation professionnelle prévues par cet accord sont de ce fait qualifiées de contributions de nature fiscale. Pour conserver à ces contributions leur nature conventionnelle, on examinera dans le scénario 3 l'hypothèse des « accords collectifs de sécurité sociale ».

B La nature des garanties sociales créées par un accord collectif de travail

Les garanties sociales créées par un accord collectif de travail sont des avantages garantis aux salariés que l'employeur finance au moyen de cotisations versées à un organisme. Il est donc indispensable que l'accord définisse les avantages dont il s'agit. Il résulte des articles 80 et 81 du Traité C.E. que l'organisme qui gère ce type de cotisations doit être considéré comme une entreprise d'assurance.

B.1 La définition des avantages garantis aux salariés.

Aux termes de l'article L 2254-1 du code du travail, « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables* ». L'employeur est donc tenu d'appliquer les clauses de l'accord à chacun de ses salariés, y compris dans le cas où l'accord institue une « garantie sociale ».

Une « garantie sociale » est une assurance contre un risque auquel chacun des salariés pris individuellement est susceptible d'être exposé. L'accord collectif met à la

charge de l'employeur la couverture de ce risque. Celui-ci peut s'en acquitter en versant une cotisation à un organisme assureur. Le fait d'être assuré constitue un avantage pour chacun des salariés compris dans le champ d'application de l'accord.

a) Un accord collectif de travail pourrait garantir un droit à la formation. Tous les salariés sont en effet exposés au risque d'« inemployabilité » du fait d'une formation insuffisante ou inadaptée à l'évolution des emplois et des qualifications. Un accord collectif peut en l'occurrence créer un véritable droit individuel à la formation. Il s'agirait de comptes d'épargne formation gérés par l'employeur ou par un assureur auxquels les salariés auraient accès dans les conditions qui auront été définies par l'accord. L'accord collectif peut rendre obligatoire l'intervention d'un assureur.

Il a été exposé au point 1.1. ci-dessus qu'il n'était pas possible, dans le cadre législatif actuel et compte tenu des pratiques des relations professionnelles, de créer une telle garantie sociale par un accord collectif de travail interprofessionnel applicable à toutes les entreprises de droit privé. Cette garantie peut en revanche être créée par accord d'entreprise et accord de branche, voire interbranches. Les avantages dont bénéficieraient les salariés seraient bien sûr différents selon les entreprises et les branches.

Jusqu'à présent, les accords collectifs de travail ont créé des garanties sociales principalement dans le domaine de la prévoyance. Ce sont des assurances complémentaires à l'assurance maladie et à l'assurance accidents de travail de la Sécurité Sociale. Il n'y a pas de raison de cantonner la notion de garantie sociale au domaine de la Sécurité Sociale.

b) Les engagements pris relatifs à une garantie sociale doivent être provisionnés. Les employeurs demandent à l'organisme assureur de prendre en charge les garanties définies par l'accord collectif. En conséquence, en fonction de l'évaluation du coût du risque, un contrat conclu entre les employeurs et l'assureur fixe l'assiette et le taux des cotisations. Avec cette ressource, l'organisme assureur doit constituer des capitaux pour couvrir ses engagements. Si le coût du risque a été sous-estimé, le taux de la cotisation doit être renégocié. L'assureur n'a pas le pouvoir de diminuer les prestations garanties au prétexte que les cotisations des employeurs sont insuffisantes.

Bien entendu, si les employeurs cessent de payer les cotisations, le contrat est rompu. Les employeurs devront alors prendre en charge le coût des garanties convenues par leurs propres moyens. On peut observer dans le domaine de la prévoyance que le recours à l'assurance n'est pas forcément évident pour financer une garantie sociale. A titre d'exemple, si un accord collectif garantit le maintien de 100% du salaire pendant la maladie des salariés dans la limite de trois ans, l'employeur qui n'a qu'un seul salarié a évidemment intérêt à s'assurer, car si le risque survient cela lui coûte cher. Un employeur de 1000 salariés n'y a pas intérêt : il y a toujours un certain pourcentage de salariés malades et le risque n'est pas aléatoire. C'est aux signataires de l'accord collectif de décider s'il y a lieu d'organiser via l'assurance une certaine

solidarité entre employeurs. La mise en œuvre d'une solidarité n'est pas incompatible avec la technique de la capitalisation.

Le débat sur l'opportunité de l'assurance pourrait de même se poser si un accord collectif créait une garantie sociale dans le domaine de la formation. A supposer que le salarié ait directement accès au DIF à raison de 20 heures par an cumulables sur six ans sans avoir à demander l'accord de l'employeur, et que l'accord fixe le montant maximum de prise en charge des frais de formation garantis, par exemple 20 € par heure, il n'est pas certain que l'assurance soit nécessaire : la plupart des salariés auraient tendance à utiliser leur droit, et le risque pour l'employeur de prendre en charge la formation n'est pas aléatoire.

B.2 L'organisme gestionnaire des garanties sociales est une entreprise

Il résulte de ce qui précède que l'organisme qui gère des cotisations en vue de financer une garantie sociale instituée par un accord collectif de travail est une entreprise d'assurance soumise au droit de la concurrence.....ce qui conduit à penser que la pratique actuelle des partenaires sociaux qui ont déjà institué des cotisations conventionnelles complémentaires aux contributions légales pour le financement de la formation professionnelle n'est pas sans poser problème.

a) Le dispositions du Traité CE relatives au droit de la concurrence s'appliquent aux organismes gestionnaires d'une garantie sociale. Il importe peu à cet égard que la garantie sociale et les cotisations aient été instituées par une convention collective étendue, et ceci quelle que soit la nature juridique de l'organisme assureur, institution paritaire, mutuelle ou société d'assurance. Le Conseil d'Etat la clairement affirmé dans un arrêt du 7 juillet 2000 : *« Il résulte de l'interprétation par la Cour de Justice des Communautés Européennes des articles 81 et 82 du Traité de Rome qu'une entité gérant un régime de retraite ou de prévoyance complémentaire, instauré par une convention collective conclue entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur et auquel l'affiliation a été rendue obligatoire pour tous les travailleurs de ce secteur, est une entreprise ».*

C'est pour mettre le code de la sécurité sociale en conformité avec le Traité que la loi du 8 août 1994 a opéré une distinction entre organismes de sécurité sociale chargés d'une mission d'intérêt général et institutions de prévoyance relevant du droit de la concurrence.

b) Le problème des cotisations conventionnelles actuelles. On dénombre une quarantaine d'accords de branche instituant des cotisations complémentaires destinées à l'OPCA de la branche. Il s'agit soit d'une affectation à l'OPCA d'une part des 0,9% dont disposent les entreprises de 10 salariés et plus, ce qui ne pose pas de problèmes, soit de cotisations supplémentaires par rapport aux 0,55% et 1,60% légalement obligatoires. Le premier de ces accords était sans doute celui du 10 mai 1982 créant, pour les entreprises agricoles de moins de 10 salariés qui n'étaient pas

encore redevables d'une contribution légale, une cotisation de 0,10% des salaires à verser au FAFSEA.

Les accords en cause ne précisent pas quelle est la garantie sociale financée par ces cotisations supplémentaires. Les OPCA utilisent ces ressources comme les contributions légales, en fonction des orientations des CPNE et des décisions du conseil d'administration. C'est évidemment louable, mais d'une part, les accords collectifs devraient définir les droits qui sont garantis, et d'autre part, en application du droit de la concurrence, il y a lieu de considérer que les OPCA concernées sont devenues des entreprises et qu'ils devraient constituer des provisions pour financer les garanties sociales mis à la charge des employeurs. De surcroît, le choix de l'assureur aurait dû être précédé d'un appel d'offres, les OPCA agréés pour gérer une ressource de nature fiscale n'étant pas les seuls organismes sur le marché de l'assurance.

Le statut de Fonds d'assurance formation, qui se distingue par ailleurs de celui des autres OPCA, ne fait pas exception à la règle au motif que l'article L 6332-7 du code du travail les investit de la mission de « contribuer au développement de la formation professionnelle continue ». La CJCE a pu considérer que ce qui est déterminant, ce n'est pas le statut juridique de l'opérateur, mais la nature des opérations qu'il gère. Elle a jugé que les caisses de Mutualité sociale agricole, organismes de sécurité sociale lorsqu'elles gèrent le régime légal de retraite des agriculteurs, sont des entreprises entrant dans le champ de la libre concurrence lorsqu'elles gèrent des prestations complémentaires à adhésion facultative.

CONCLUSION

Dans le cadre des règles du code du travail relatives à la négociation d' « accords collectifs de travail », l'hypothèse consistant à remplacer les contributions obligatoires pour le financement de la formation professionnelle par des cotisations conventionnelles n'est pas réalisable par la voie d'un ANI applicable dans l'ensemble du secteur privé.

La création de cotisations conventionnelles n'est réalisable que par des accords collectifs de branche définissant des droits des salariés à la formation professionnelle qui seraient susceptibles d'être financés au moyen de cotisations versées à des organismes assureurs, ces organismes devant être considérés comme des entreprises soumises au droit de la concurrence et gérant selon la technique de la capitalisation.

Cette hypothèse – qui *a priori* n'était pas envisagée dans le scénario décrit dans le présent chapitre – conduirait à un renforcement du pouvoir de négociation des organisations syndicales d'employeurs et de salariés au niveau des branches. La contrepartie serait cependant la différenciation des droits à la formation et de leur financement selon les branches et la disparition de la solidarité nationale interprofessionnelle. En outre, les organismes paritaires qui gèrent le financement de la formation professionnelle continue perdraient leur monopole et leur pouvoir d'orientation.

Le scénario n°3 examine l'hypothèse d'un « accord collectif de sécurité sociale » instituant un « régime de la formation professionnelle » applicable dans tout le secteur privé et susceptible d'être financé par des cotisations conventionnelles.

CHAPITRE VI

SCENARIO N°3 : ANI organisant la gestion

INTRODUCTION

L'hypothèse envisagée au titre du scénario 3 est la substitution d'un « Régime de la formation professionnelle » aux dispositions actuelles du code du travail organisant le financement de la formation professionnelle continue au moyen de contributions de nature fiscale.

La délégation d'une mission d'intérêt général aux partenaires sociaux.

La loi du 4 mai 2004 a mis à la disposition des organisations représentatives des employeurs et des salariés du secteur privé des ressources de nature fiscale prélevées sur les entreprises, à charge pour elles de les gérer au sein d'organismes collecteurs paritaires en vue de financer les politiques de formation professionnelle continue définies par des accords collectifs de branche.

Une autre conception de l'organisation du dispositif de financement de la formation professionnelle consisterait à définir, dans la loi, un droit à la formation professionnelle des salariés et à confier aux partenaires sociaux représentatifs au niveau interprofessionnel la mission d'intérêt général de mettre ce droit en œuvre en fixant l'assiette et le taux des contributions des entreprises et en procédant au recouvrement de ces contributions.

Le scénario envisagé serait donc comparable aux procédures de mise en œuvre par les partenaires sociaux des droits des salariés à la retraite complémentaire et à l'assurance chômage définis par la loi.

La mise en œuvre des droits par un « accord de sécurité sociale ».

Pour financer les retraites complémentaires et l'assurance chômage, les partenaires sociaux ont rempli leur mission d'intérêt général en négociant des accords nationaux interprofessionnels qui établissent les cotisations nécessaires. Par opposition aux « accords collectifs de travail », qui peuvent créer des « garanties sociales » (cf. scénario 2), on peut qualifier ces accords, qui ne créent pas de garanties mais qui mettent en œuvre au moyen d'un « régime d'assurance » des droits créés par la loi, d'« accords de sécurité sociale ».

Les procédures selon lesquelles le champ d'application de ces accords de sécurité sociale est élargi à tout le secteur privé et les missions d'intérêt général déléguées aux signataires de ces accords pour gérer des droits créés par la loi sont exposées ci-après en vue d'évaluer les conditions dans lesquelles le droit à la formation est susceptible d'être mis en œuvre selon des dispositifs comparables.

- A. Le champ d'application des accords de sécurité sociale organisant un « régime » ;
- B. La mission d'intérêt général d'organiser un « régime » par « accord de sécurité sociale ».

A Le champ d'application des accords de sécurité sociale organisant un « régime »

Les droits à retraite complémentaire et à assurance chômage sont institués par la loi. Le champ d'application des accords interprofessionnels qui organisent ces droits est donc nécessairement élargi à tout le secteur privé. Ce sont ces accords qui créent les « cotisations conventionnelles » pour financer les retraites et l'assurance chômage. A l'origine, ces droits avaient été créés par des accords collectifs de travail, en 1947 et 1961 pour l'AGIRC et l'ARRCO, en 1958 pour l'UNEDIC. La nature de ces accords a ensuite évolué, du fait des demandes d'intégration formulées par des secteurs professionnels hors champ, notamment l'agriculture, et en raison de l'obligation de mise en conformité avec les Directives Assurances et le Règlement 1408/71/CEE relatif à l'application des régimes de sécurité sociale.

A.1 Les accords instituant un régime de retraite complémentaire.

Les accords instituant un régime de retraite complémentaire « cadres » et « non-cadres » sont négociés selon les procédures établies par le code du travail pour la négociation des conventions et accords collectifs de travail, mais ils sont étendus et élargis selon une procédure spécifique précisée par le code de la sécurité sociale.

a) La négociation des accords instituant un régime de retraite complémentaire. Le Livre 9 du code de la sécurité sociale est consacré aux dispositions relatives à la protection sociale complémentaire des salariés. L'article L 911-1 indique que les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droits en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale peuvent être déterminées par voie de conventions ou d'accords collectifs. Cet article, qui vise aussi bien les retraites complémentaires que la prévoyance (assurance maladie complémentaire) prévoit en fait trois modes de détermination de droits complémentaires : l'accord collectif, la ratification d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise et la décision unilatérale du chef d'entreprise. Lorsqu'il s'agit de conventions ou d'accords collectifs, l'article L 911-3 précise que les dispositions du Titre III du Livre I du code du travail (désormais Livre II de la Deuxième partie) sont applicables.

Cependant, en ce qui concerne les retraites, l'article L 921-1 issu de la loi du 8 août 1994 dispose que tous les salariés du secteur privé doivent obligatoirement être affiliés à une institution de retraite complémentaire autorisée et qu'une solidarité interprofessionnelle et générale doit être organisée entre ces institutions.

L'article L 921-4 dispose que « *Les régimes de retraite complémentaire des salariés relevant du présent code sont institués par des accords nationaux interprofessionnels* ». En application de l'article L 2222-1 C.T., ces accords doivent donc déterminer leur champ d'application territorial et professionnel. On constate pourtant que l'accord

du 8 décembre 1961 (modifié) stipule à l'article 1 que «*Les entreprises membres d'une organisation adhérente au MEDEF, à la CGPME ou à l'UPA ainsi que les entreprises auxquelles le présent accord aura été rendu applicable en vertu d'un arrêté d'extension ou d'élargissement (...) doivent affilier leur personnel salarié à une institution de retraite complémentaire (relevant de l'ARRCO).*» Les signataires prévoient à l'avance que l'accord sera élargi mais ne prennent aucune disposition pour inviter à la négociation les représentants des professions concernées par cet élargissement et le ministre n'a pas convoqué de commission mixte paritaire.

b) La procédure dérogatoire d'extension et d'élargissement des accords de retraite.

L'article L 921-4 ci-dessus cité indique que les accords interprofessionnels de retraite sont étendus et élargis conformément aux dispositions du Titre I commun aux accords de retraite et de prévoyance. Aux termes des articles L 911-3 et 4, ces accords sont étendus et élargis par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre du budget, après avis motivé d'une commission dont la composition est fixée par décret. Cette commission, qui n'a pas de nom, est créée par le décret du 15 juin 1959 qui indique qu'elle comporte les représentants des organisations d'employeurs et de salariés «*les plus représentatives au plan national*». La composition exacte n'est pas publiée. Aucun texte réglementaire n'organise la procédure de délibération de cette commission. (A l'origine, l'ordonnance du 4 février 1959 avait prévu une procédure d'agrément et d'extension par les ministres de la sécurité sociale et du budget. La loi du 31 décembre 1989 a remplacé ces mots par «*extension*» et «*élargissement*».)

En tout état de cause, l'article L 2261-17 du code du travail qui n'autorise l'élargissement d'un accord qu'en cas de carence des organisations professionnelles n'est pas applicable. Un arrêté du 11 juin 1973 auquel se réfèrent les arrêtés d'élargissement des versions successives de l'accord du 8 décembre 1961 dispose que le champ d'application de cet accord est «*étendu à l'ensemble des activités dont les travailleurs sont assujettis à titre obligatoire à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale*».

A.2 L'accord organisant l'assurance chômage

Le code du travail crée l'assurance chômage et indique, à l'article L 5422-20, que les mesures d'application de la loi font l'objet d'accords conclus entre organisations représentatives d'employeurs et de salariés.

a) La négociation de l'accord organisant l'assurance chômage. L'article L 5422-22 précise que les accords ayant pour objet exclusif le versement d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi et, éventuellement, aux travailleurs partiellement privés d'emploi doivent avoir été négociés et conclus sur le plan national et interprofessionnel entre organisations représentatives d'employeurs et de salariés.

En fait, l'accord actuellement en vigueur (la convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage) ne prend pas la peine de

définir son champ d'application professionnel, seul le champ d'application territorial est précisé. En principe, cet accord devrait être négocié par l'ensemble des organisations d'employeurs représentatives au plan national, et à défaut le ministre devrait convoquer une commission mixte paritaire. On sait que ce n'est pas le cas et que l'accord n'est négocié que par le MEDEF, la CGPME et l'UPA.

b) La procédure dérogatoire d'agrément valant élargissement. L'article L 5422-23 a opportunément prévu l'hypothèse où l'accord ne serait pas signé par toutes les organisations représentatives : « *Lorsque l'accord prévu à l'article L 5322-20 n'a pas été signé par la totalité des organisations représentatives d'employeurs et de salariés, le ministre chargé de l'emploi peut procéder à son agrément selon une procédure déterminée par décret en Conseil d'Etat, en l'absence d'opposition exprimée dans des conditions prévues par ce même décret* ». Il s'agit de l'article R 5422-17 aux termes duquel le ministre peut procéder à l'agrément lorsque l'avis du Conseil national de l'emploi a été émis sans opposition écrite et motivée soit de deux organisations d'employeurs, soit de deux organisations de salariés représentées à ce conseil. S'il y a opposition, le ministre peut consulter à nouveau le conseil et il peut « *délivrer l'agrément au vu du nouvel avis émis par ce conseil. Cette décision est motivée* ».

La procédure d'agrément des accords relatifs à l'assurance chômage paraît plus démocratique que la procédure d'élargissement des accords de retraite : la commission consultative est connue, elle comporte des représentants de la FNSEA et de l'UNAPL et l'hypothèse d'une opposition à l'agrément est envisagée. Mais alors que le texte de loi dispose que le ministre peut agréer « en l'absence d'opposition », le décret étant seulement chargé de préciser les conditions dans lesquelles l'opposition peut être émise, l'article R 5422-17 ajoute une deuxième phase de consultation, à l'issue de laquelle le ministre peut passer outre à l'opposition. (L'ANI négocié fin 2008 pour remplacer l'accord de 2006 se trouve à ce stade de la procédure à la date de rédaction de la présente Etude.)

A.3 L'hypothèse d'un accord pour financer la formation.

En ce qui concerne les retraites complémentaires et l'assurance chômage, ces garanties ont, à l'origine, été créées et organisées par des accords nationaux interprofessionnels signés par le seul CNPF et le champ d'application de ces accords était limité à l'industrie et le commerce. En dehors de ce champ, des accords de branche avaient créé des régimes de retraite indépendants, par exemple pour le personnel de la sécurité sociale ou les salariés agricoles. On se rappelle qu'en ce qui concerne le secteur agricole, la FNSEA et les syndicats de salariés agricoles ont pendant des années demandé leur intégration dans le régime ARRCO et dans l'assurance chômage. Le CNPF et les confédérations syndicales ont longtemps résisté, et finalement accepté qu'à condition de rester maîtres du jeu.

La généralisation, par la loi, des retraites et de l'assurance chômage ont conduit à l'élargissement des accords interprofessionnels sans en tirer toutes les conséquences pour ce qui concerne la manière dont ces accords doivent être négociés et élargis : le

monopole du pouvoir de négocier a été conservé par le seul CNPF, devenu MEDEF. Le fait que la CGPME et l'UPA aient par la suite été associées à la négociation n'a pas modifié le champ d'application de ces accords, qui étaient déjà antérieurement applicables aux PME et aux artisans du seul fait de l'arrêté d'extension. Ce monopole est contestable, il a seulement une explication historique.

En ce qui concerne le financement de la formation professionnelle, l'accord interprofessionnel actuel de 2003 n'a que le statut de document préparatoire à la loi. C'est la loi qui fixe l'assiette et les taux des cotisations. Les nouveaux articles L1 et L2 du code du travail ont introduit des éléments d'incertitude quant aux procédures préparatoires au vote d'un projet de loi. Les partenaires sociaux interprofessionnels doivent certes être consultés avant le dépôt d'un projet de loi, et ils peuvent négocier un accord sur le thème précisé. Cependant, il n'est pas indiqué qu'un éventuel accord est automatiquement transformé en loi, comme c'est le cas de la mise en œuvre des accords européens par voie de directive (article 139 du Traité CE.).

Pour pouvoir fixer conventionnellement l'assiette et le taux des cotisations finançant la formation professionnelle pour toutes les entreprises du secteur privé, les partenaires sociaux doivent y être habilités par la loi et ils doivent démontrer une représentativité suffisamment large pour avoir la légitimité de stipuler pour un champ d'application professionnel aussi étendu. En conséquence, la loi doit aménager les conditions de négociation et d'élargissement de cet accord.

a) La loi doit établir la procédure de négociation de l'accord. Il suffit de décider que la procédure de négociation est celle qui est fixée par le code du travail pour ce qui concerne les conventions et accords collectifs de travail : l'article L 2261-19 dispose que pour pouvoir être étendus, et donc par la suite élargis, les accords interprofessionnels doivent avoir été négociés et conclus en commission mixte paritaire. Cette commission est composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré. L'article L 2261-20 ajoute qu'à la demande d'une organisation ou de sa propre initiative, l'autorité administrative peut provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire.

La question de la légitimité de la délégation patronale habilitée à négocier un accord national interprofessionnel exige une détermination des critères de représentativité des organisations d'employeurs. Cette question n'a pas été abordée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

b) La loi doit établir la procédure d'élargissement de l'accord. L'élargissement de l'accord à toutes les entreprises de droit privé ne devrait être possible que si toutes les organisations d'employeurs représentatives ont été conviées à la négociation. Pour celles qui ne signeraient pas, la carence serait ainsi démontrée et l'élargissement serait légitime. Bien entendu, le projet d'arrêté d'élargissement devrait être soumis pour avis à une commission consultative, en l'occurrence le conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie. Toutes les organisations

d'employeurs représentatives sur le plan national doivent être membres de ce conseil. Seule la loi, et non un décret comme dans le cas de l'assurance chômage, doit pouvoir autoriser le ministre à passer outre d'éventuelles oppositions. Si la loi devait seulement consacrer la procédure en vigueur pour l'assurance chômage, la question de la constitutionnalité de la délégation au ministre d'un pouvoir d'élargissement général peut être posée.

La notion d'agrément valant élargissement est sans doute mieux appropriée que la procédure classique d'extension et d'élargissement. La question serait toutefois posée de savoir si, outre le ministre chargé de la formation professionnelle, le décret d'agrément ne devrait pas également être signé par le ministre chargé du budget : il s'agit tout de même de l'institution d'une cotisation obligatoire pour toutes les entreprises de droit privé.

B La mission d'intérêt général d'organiser un « régime de la formation professionnelle »

Un accord national interprofessionnel, négocié et élargi comme suggéré au § 1.3. ci-dessus, ne pourrait créer une cotisation conventionnelle pour financer la formation professionnelle que s'il y est habilité par la loi. A cet effet, la loi doit, d'une part, affirmer que le droit à la formation professionnelle est un droit légalement garanti, et d'autre part déléguer aux organisations représentatives des employeurs et des salariés la mission d'intérêt général d'organiser le régime de la formation professionnelle. La loi doit également sécuriser le cadre juridique dans lequel cette mission peut s'exercer.

B.1 La loi doit ériger le droit à la formation en droit légalement garanti.

On a pu qualifier les accords nationaux interprofessionnels organisant les régimes de retraite complémentaire et d'assurance chômage d'« accords de sécurité sociale » élargis à toutes les entreprises en raison du fait que ces accords mettent en œuvre non pas une garantie sociale instituée par l'accord lui-même, mais un droit institué par la loi. Cependant, la mise en place d'un régime d'assurance pour garantir ce droit n'est pertinente que s'il s'agit de la prise en charge d'un risque qui :

- d'une part, ne peut pas être assumé ni par l'employeur seul, ni par un groupe plus ou moins restreint d'entreprises, en l'occurrence la branche professionnelle,
- d'autre part, comporte un objectif de solidarité nationale et interprofessionnelle.

La question est de savoir si ce schéma est transposable au domaine de la formation professionnelle continue.

a) Le droit à la formation doit être affirmé par la loi. C'est bien la loi qui affirme le droit à la retraite complémentaire et le droit à l'assurance chômage :

- L'article L 921-1 CSS affirme que tous les salariés doivent être obligatoirement affiliés à une institution de retraite complémentaire et l'article L 921-4 précise que les régimes de retraite complémentaire sont institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis.

- L'article L 5422-1 CT affirme que tous les travailleurs involontairement privés d'emploi ont droit à une allocation d'assurance chômage dans des conditions définies dans les articles suivants du code, et les articles L 5422-20 et suivants précisent que les mesures d'application de ce droit font l'objet d'un accord national interprofessionnel agréé. Il est prévu qu'en l'absence d'accord, les mesures d'application sont déterminées par décret.

La législation actuellement en vigueur n'institue pas un droit « à » la formation professionnelle, mais un droit « de » la formation professionnelle. Elle crée un droit à la négociation sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle (article L 2241-6 CT). L'article L 6314-1 CT affirme certes que tout travailleur ou toute personne qui s'engage dans la vie active a droit à la qualification professionnelle et doit pouvoir suivre à son initiative une formation, mais l'article L 6312-1 indique que l'accès des salariés à la formation professionnelle est assuré soit à l'initiative de l'employeur, soit à l'initiative du salarié, soit à l'initiative du salarié avec l'accord de l'employeur. En tout état de cause, la prise en charge du coût de la formation n'est pas garantie. D'ailleurs la loi ne confie aucune mission aux négociateurs d'un accord national interprofessionnel. L'article L 6332-21 prévoit seulement que l'organisation du fonds national de péréquation est déterminée par accord entre les organisations interprofessionnelles représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national : il s'agit d'un accord pour organiser une structure, pas d'un « accord collectif ».

En fait, par rapport aux lois relatives à la retraite et à l'assurance chômage, la loi sur la formation professionnelle procède à l'envers : au lieu d'affirmer un droit des salariés et de charger les partenaires sociaux de le mettre en œuvre en appelant les cotisations nécessaires pour cette mission, elle crée les contributions et les met à disposition des partenaires sociaux qui sont autorisés à les utiliser pour financer la politique de formation définie par des accords de branche.

Pour autoriser les partenaires sociaux à lever des cotisations, il faut donc inverser l'ordre des facteurs et déterminer quels sont les droits susceptibles d'être financés par cette ressource.

b) Le droit à la formation doit être garanti par un régime d'assurance s'il constitue un risque. Le droit à la retraite et le droit à l'assurance chômage constituent des risques aléatoires qu'il est nécessaire de garantir par un dispositif d'assurance mettant en œuvre la solidarité entre actifs et retraités ou entre salariés et chômeurs :

- Le risque d'avoir besoin d'une retraite se réalise lors de la cessation de la vie active. Certains salariés n'arrivent jamais à l'âge de la retraite, d'autres bénéficient de la retraite pendant près de quarante ans. Il est évidemment impossible de mettre ce risque à la charge du dernier employeur et ce risque doit être assuré. L'assurance

doit exprimer la solidarité non seulement entre actifs et retraités, mais également entre secteurs professionnels, d'où la mise en œuvre d'une assurance interprofessionnelle.

- Le risque d'avoir besoin d'allocations de chômage se réalise à l'occasion de la perte involontaire d'emploi. Certains salariés n'en ont jamais besoin, d'autres souvent et pendant longtemps. Ce risque est certes généralement provoqué par l'employeur, mais c'est une garantie pour le salarié d'assurer ce risque dans un dispositif de solidarité interprofessionnelle (sauf pour certains salariés du secteur public).

La question est de savoir si l'accès à la formation professionnelle constitue un moyen de prévenir, d'anticiper et de réparer un risque qu'il convient de garantir par une assurance. Le salarié court certes un « risque d'inemployabilité », mais ce concept comporte des incertitudes notamment quant à la détermination de l'évènement déclenchant du risque. En tout état de cause, la seule initiative du salarié ou de l'employeur ne constitue pas un risque.

B.2 La loi doit définir le cadre dans lequel le droit à la formation est garanti.

A supposer que la loi parvienne à définir un droit à la formation et à déterminer le risque d'inemployabilité donnant accès à ce droit, la mission confiée aux partenaires sociaux sera de mettre en œuvre ces principes dans le cadre de règles clairement définies. Comme pour les retraites et l'assurance chômage, les acteurs sociaux sont appelés à se substituer au pouvoir réglementaire. C'est une délégation de pouvoirs : la loi devra énumérer les clauses obligatoires de l'ANI et prévoir qu'en l'absence d'accord interprofessionnel ou d'agrément de cet accord, les mesures d'application sont déterminées par décret. Il s'agit d'assurer l'équilibre financier du régime et d'assurer un égal accès de tous à la garantie mise en œuvre.

a) Il faut assurer l'équilibre financier du régime. En matière de retraite et d'assurance chômage, la loi ne fixe pas le niveau des droits des salariés. Pour mettre en œuvre la solidarité généralisée entre cotisants et bénéficiaires, ces régimes fonctionnent selon le principe de la répartition :

- Les institutions de retraite complémentaire doivent en permanence assurer l'équilibre financier des régimes qu'ils gèrent, et les régimes peuvent modifier leurs dispositions pour définir les nouvelles modalités assurant la sauvegarde des droits des adhérents (article L 922-11 CSS). Les régimes peuvent notamment faire varier la valeur du point de retraite, y compris à la baisse, s'il le faut, et le salaire de référence, c'est-à-dire du prix d'achat du point, mais ces décisions doivent être agréées par les ministres de tutelle.

Les institutions de retraite complémentaire doivent recouvrer les cotisations qui leur sont dues par les employeurs. Elles ne bénéficient pas à cet égard d'un privilège particulier : elles doivent appliquer des majorations de retard et agir en justice à l'encontre des employeurs qui ne paient pas ou qui n'ont pas adressé les états nominatifs de salaires.

- Pour l'assurance chômage, l'article L 5422-12 CT précise que les taux des contributions et de l'allocation sont calculés de manière à garantir l'équilibre financier du régime. L'accord national interprofessionnel est d'ailleurs conclu pour une durée déterminée et périodiquement renégocié dans le but de pouvoir modifier ces paramètres.

Les contributions des employeurs sont assimilées à des cotisations de sécurité sociale. Les ASSEDIC doivent les recouvrer et peuvent à cet effet adresser une mise en demeure, et si celle-ci reste sans effets, délivrer une contrainte qui comporte tous les effets d'un jugement. La loi du 13 février 2008, qui doit entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2012, dispose que les contributions seront dorénavant recouvrées et contrôlées par les URSSAF et la MSA et que les différents relatifs au recouvrement relèvent du contentieux de la sécurité sociale.

Si la loi devait charger les partenaires sociaux de la mission de gérer le droit à la formation qu'elle définit au titre d'un régime d'assurance, elle devrait leur laisser le pouvoir d'ajuster le niveau des prestations et les taux des cotisations.

Elle devrait également leur donner le pouvoir de contrôler le montant des cotisations dues, par exemple en instituant pour les employeurs l'obligation légale d'établir une déclaration nominative des salaires, et le pouvoir de les recouvrer, par exemple en les autorisant à délivrer des mises en demeure et des contraintes. Il y a toutefois à tenir compte du fait que les taux des cotisations conventionnelles d'assurance formation seront plus faibles que pour les retraites ou l'assurance chômage. L'hypothèse d'un recouvrement par les URSSAF réduirait notablement les frais de gestion, à condition que la loi autorise les URSSAF de procéder le cas échéant au recouvrement contentieux, car à défaut de disposition légale à ce sujet, nul ne plaide par procureur : les gestionnaires du droit à la formation devraient eux mêmes engager des procédures judiciaires.

b) Il faut assurer un égal accès de tous à la formation professionnelle. Dans le cadre du dispositif actuel de financement de la formation, cet accès n'est pas garanti. La possibilité d'accéder à la formation dépend de la politique négociée au niveau des branches et des disponibilités financières des OPCA. Les branches professionnelles et les OPCA ont ce pouvoir de décider de l'accès à la formation en raison du fait que les moyens dont ils disposent dépendent du taux des cotisations fixées par la loi. En revanche, si l'accès à la formation était garanti, il faudrait pouvoir adapter les taux des cotisations aux besoins.

On peut dès lors se poser la question de la justification du maintien des fonctions et des pouvoirs d'une pluralité d'OPCA et du maintien de sections professionnelles à l'intérieur des OPCA. Dans la logique de la gestion d'un régime, les OPCA devraient perdre leurs spécificités comme les caisses de retraite complémentaire, et comme

l'ARRCO des superstructures tels le CPNEP et le FPSPP seraient chargées d'une mission d'harmonisation de l'accès au droit sans pouvoir juger en opportunité.

Il résulte de ce qui précède qu'une mission d'intérêt général conférée aux partenaires sociaux pour mettre en œuvre et gérer le droit à la formation au titre d'un régime d'assurance donnerait beaucoup de droits aux organisations d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel, ce qui pose la question de leur représentativité, mais réduirait les pouvoirs des partenaires sociaux au niveau des branches professionnelles et des institutions paritaires de gestion.

CONCLUSION

La création d'une cotisation généralisée serait possible par un accord national interprofessionnel qui aurait les caractéristiques d'un accord collectif de sécurité sociale. Cependant, cela suppose que le loi définisse les droits à la formation que les acteurs sociaux sont chargés de mettre en œuvre, ce qui est de nature à modifier profondément les procédures actuelles de financement de la formation professionnelles dans le cadre de politiques déterminées par les accords collectifs de branche, les CPNE, les OPCA et les sections professionnelles des OPCA.

Il faudrait inventer un dispositif original qui emprunte au droit du travail le pouvoir de négocier les modalités d'accès à la formation professionnelle par accords collectifs de travail dans les branches et les entreprises, et au droit de la sécurité sociale le pouvoir de négocier un accord interprofessionnel créant les cotisations nécessaires au financement de la formation professionnelle.

CONCLUSION GENERALE

Le développement tant quantitatif que qualitatif de la formation tout au long de la vie est un enjeu stratégique pour notre pays. Il nécessite un financement structurel et pérenne impliquant toutes les entreprises et leurs salariés. Il suppose dans le même temps que les besoins et les priorités qui font l'objet de ce financement soient définis, au moins pour partie dans le cadre de diverses procédures de dialogue social. Pendant près de quarante ans une étrange alchimie (pour un non français) entre une « loi fiscale » et les principes du dialogue social (négociation collective, gestion paritaire, concertation...) a produit un « système » de financement dont les effets ont été et sont encore à bien des égards positifs.

Cependant, alors que la « logique fiscale » du financement est restée immuable depuis son instauration en 1971, le droit et les pratiques de la formation ont profondément évolué, ainsi que le droit et les pratiques de la négociation collective et de la gestion paritaire : de larges pans des processus de professionnalisation des « salariés acteurs » de leur formation auxquels contribue la formation échappent à la logique fiscale du financement et l'évolution en profondeur de notre système de relations professionnelles vers une plus grande « autonomie conventionnelle » conduit à s'interroger sur la compatibilité pour l'avenir entre ces deux logiques.

C'est dans ce nouveau contexte que se situe la présente étude. Il résulte de nos investigations et réflexions plusieurs conclusions :

La nécessité d'une clarification et d'un arbitrage entre deux finalités qui coexistent au sein de l'obligation de financement fixée à 1,6 % de la masse salariale : la formation considérée comme un investissement pour l'entreprise et la formation considérée comme une garantie sociale pour le salarié co-responsable de son employabilité.

La possibilité de conserver le socle fiscal mutualisé pour la professionnalisation et le CIF et d'en exonérer l'entreprise qui élabore un plan de formation (0,9) (investissement) selon les procédures du dialogue social.

La possibilité d'opérer une transmutation radicale du fiscal vers le conventionnel, sur le modèle des retraites complémentaires, ou moins radicale sur le modèle de la prévoyance, mais dans les deux scénarios, au prix de bouleversements profonds, non seulement du financement (cotisations sociales) mais aussi la définition des droits des salariés qui ne seraient plus disjointes des possibilités de financement et des institutions paritaires (FAF, OPCA, OPACIF) qui deviendraient des entreprises au regard du droit de la concurrence.