

La fabrique des Opca (8/12) : Les Opca et les FAF sont-ils exclusivement cantonnés à la collecte et à la gestion de l'obligation fiscale de financement de la formation ?

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 18 avril 2011

« Aucun texte n'interdit ni aux FAF ni aux Opca de gérer des ressources de nature et de qualification différente, en l'occurrence non fiscales, des lors qu'elles sont en conformité avec leur objet social et qu'elles donnent lieu à une gestion comptable différenciée », constatent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Dans cette huitième chronique du cycle consacré à « la fabrique des Opca » qui en compte douze, les deux juristes font le tour de la question de la nature es fonds pouvant être collectés et gérés par les Opca et les FAF.

1. Explication de la question posée.

Le financement de la formation professionnelle tout au long de la vie représente 1,5% du PIB soit de l'ordre de 29,8 milliards d'euros. Les collectivités publiques y contribuent pour 4,1 milliards d'euros, les entreprises et les salariés pour 12,5 milliards d'euros, les ménages pour 1,1 milliard d'euros. Cette typologie tracée à grands traits de l'allocation des ressources publiques et privées affectées à « l'obligation nationale de formation tout au long de la vie » (code du travail article. L.6111-1), est en cohérence avec la diversité de ses finalités. La formation tout au long de la vie est en effet, tout à la fois « un bien public » financé par le budget de l'État, « un bien privé collectif » financé par les entreprises et salariés, et « un bien privé personnel » financé par le budget des ménages et les individus.

Cette ressource globale de 29,8 milliards obéit aux qualifications juridiques les plus diverses et suit des régimes juridiques tout aussi divers : impôt, taxe, cotisations sociales, épargne, crédit...

Les Opca et les fonds d'assurance formation gèrent 6,2 milliards d'euros, soit 20% du montant total des ressources allouées par la Nation au développement de la formation tout au long de la vie. L'essentiel de ces ressources est constitué d'une obligation de nature fiscale mise à la charge des entreprises en vue de contribuer au développement de la formation. Cette contribution qui est aujourd'hui de 1,60 % de la masse salariale, et qui est elle-même ventilée en plusieurs affectations, (professionnalisation, plan, congé individuel de formation...), a été instaurée en 1971 par le législateur après que le constat eût été fait de l'échec des partenaires sociaux signataires de l'Ani de 1970 d'instituer une contribution de nature conventionnelle, sous forme de cotisations des employeurs et des salariés (Voir la chronique sur [« L'amalgame infondé entre les ressources conventionnelles et fiscales des Opca »](#)).

La question qui se pose aujourd'hui, à l'occasion de la réforme des Opca, et qui est traitée dans la fabrique des Opca 8/12, est de savoir si les Opca et les fonds d'assurance formation sont cantonnés à la collecte et à la gestion de cette seule ressource de nature fiscale, c'est-à-dire si leur compétence doit s'interpréter comme une compétence limitée et exclusive, liée à la qualification fiscale de la ressource au titre de laquelle ils sont agréés par les pouvoirs publics ? Ou bien, si, eu égard à la diversité des finalités de la formation, leur compétence doit être considérée comme indifférente à la seule qualification juridique d'une ressource parmi d'autres ?

Avant de répondre au plan juridique à la question ainsi posée il est utile de faire un rapide état des lieux des pratiques observables en la matière, qui se sont développées depuis la création des fonds d'assurance formation en 1971, et des Opca en 1994.

2. Bref inventaire de la diversité des ressources collectées et où gérées par les Opca et les FAF.

On peut noter, par exemple, que certains Opca collectent pour le compte d'un Octa de la taxe d'apprentissage, que d'autres collectent la taxe parafiscale qui continue d'exister dans certaines professions telles que la réparation automobile, ou les transports. D'autres encore collectent pour le compte des partenaires sociaux des cotisations destinées au financement de la négociation collective ou d'autres formes de dialogue social. L'article L.3142-14 du code du travail envisage par ailleurs la possibilité pour un accord collectif de mettre en place des fonds mutualisés pour la formation du congé de formation économique sociale et syndicale. Un tel accord existe notamment dans le secteur du BTP qui a fait le choix de mutualiser les fonds destinés au financement de ce congé au sein du FAF-SAB, de l'Opca bâtiment et de l'Opca TP (futur Opca construction). Les ressources perçues à ce titre sont gérées de manière distincte et ne sont pas incluses dans le bilan de l'Opca au titre de la formation professionnelle. Ils relèvent des règles particulières définies par les accords les instituant.

L'exemple du FAF -TT mérite également d'être évoqué dans cet inventaire. En effet les partenaires sociaux de ce secteur, face à l'impossibilité pour un fonds d'assurance formation de financer certains types d'actions pourtant indispensables à l'exercice de l'activité des salariés intérimaires, tels que des formations la sécurité, ont créé une structure juridique distincte du FAF, composée des mêmes administrateurs, financée par une contribution financière dédiée, et gérée par les services techniques du FAF. Seul le formalisme juridique distingue les deux activités.

Cependant, c'est la place occupée par les contributions financières d'origine conventionnelles, en dehors de toute obligation légale de nature fiscale, qui retiendra prioritairement notre attention dans le cadre des développements qui suivent. Elles sont largement connues dans la pratique par de nombreux FAF et Opca. En effet plusieurs secteurs professionnels ont mis en place des obligations conventionnelles de financement de la formation professionnelle, avant que la loi n'impose une obligation fiscale. Tel est le cas de l'agriculture, des professions libérales, de l'artisanat notamment. Ces contributions ont été gérées par des FAF avant que la loi du 31 décembre 1991 ne vienne créer une obligation de financement de la formation professionnelle pour les employeurs de moins de 10 salariés. Il s'agissait alors de régimes purement conventionnels, non susceptible de donner lieu, ni à un contrôle ni à une sanction de nature fiscale, pour la bonne et simple raison que le droit fiscal comme d'ailleurs le droit pénal étant d'interprétation stricte doit prévaloir la règle : pas d'obligation, pas de sanction.

Au fil des années de nombreux secteurs professionnels ont instauré des obligations conventionnelles de financement de la formation qui excèdent l'obligation légale, notamment le secteur sanitaire et social, l'économie sociale, la coopération agricole, l'artisanat du bâtiment, le secteur de la formation professionnelle, celui des assurances... Citons à titre d'illustration l'accord du 17 avril 2007 dans le secteur des transports urbains qui crée un financement spécifique de 0,3 %, non imputable sur l'obligation fiscale de 1,6 % et exclusivement destinés aux formations déterminées par l'accord. En l'occurrence il s'agit d'actions de formation à la sécurité des biens et des personnes, d'actions certifiantes et d'actions de financement du dialogue social (accord sur le financement du dialogue social du 17 avril 2007). La gestion de cette contribution supplémentaire non imputable, est confiée à l'Opca-transports. L'accord prévoit uniquement que, si des excédents sont constatés, ils viendront abonder les ressources de l'Opca au titre du plan de formation, sans remettre en cause la non imputabilité des fonds versés par les entreprises.

L'exemple du financement du DIF conventionnel promu notamment par Agefos PME s'inscrit également dans cet inventaire des pratiques recensées. Par un courrier du 12 septembre 2006 adressé à l'Agefos PME qui interrogeait l'administration sur le principe d'une « Garantie DIF » mise en place par un accord interprofessionnel, et financée par une contribution conventionnelle, il était répondu : « la "contribution spécifique DIF" prévue par l'avenant du 21 mars 2004 à l'accord conclu par la CGPME et les organisations syndicales de salariés doit être versée volontairement par l'entreprise et est distincte des versements légaux prévus en matière de formation professionnelle. Elle est destinée à compléter les versements légaux. Les versements effectués par l'entreprise dans le cadre de cette formule bénéficient d'un régime particulier au sein d'Agefos PME. Dans la mesure où les fonds ne sont pas gérés conformément aux dispositions prévues par la réglementation, il en résulte que les contributions versées à ce titre par les entreprises ne peuvent être considérées en tant que telles comme libératoires de la participation des employeurs au développement de la FPC (formation professionnelle continue). De manière à éviter toute erreur à ce sujet, il apparaît que ce point devrait être précisé aux entreprises intéressées et que les procédures de collecte des fonds devraient être aménagées de façon à lever toute ambiguïté en la matière ».

Par cette réponse, est reconnue par l'administration la possibilité pour un Opcas de gérer des contributions non déductibles fiscalement, gérées selon des modalités spécifiques prévues par accord et ne respectant pas nécessairement l'ensemble des règles fiscales applicables aux contributions dues par les entreprises au titre de la formation, aux FAF ou aux Opcas.

3. La doctrine de l'administration et de la jurisprudence.

Toutes les pratiques qui viennent d'être décrites sont bien entendu connues de l'administration qui les a toutes validées par des courriers spécifiques comme celui adressé à AGEFOS-PME pour le DIF conventionnel, ou à l'occasion de la procédure d'extension des accords collectifs de branche qui ont confié à un FAF ou un Opcas la gestion de telle ou telle contribution non expressément visée par la définition fiscale de la formation, sous réserve bien entendu du caractère non imputable et de la mise en place d'une comptabilité distincte.

Le conseil d'État a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles un organisme collecteur agréé peut gérer des contributions conventionnelles distinctes des contributions légales (CE, 30 décembre 2002, CNAMTS). Selon la juridiction administrative, quatre conditions doivent être réunies : la conclusion d'un accord collectif créant la contribution ; la gestion distincte de cette ressource qui ne doit pas être jointe aux contributions légales ; l'imputation des frais de gestion des ressources conventionnelles sur ces mêmes ressources ; l'affectation exclusive aux usages définis par l'accord créant la ressource. À ces quatre conditions générales, qui ne concerne pas spécifiquement la formation, il faut en ajouter une cinquième propre à la formation qui permet la distinction entre le fiscal et le conventionnel : la contribution doit expressément ne pas être imputable sur l'obligation de financement de la formation professionnelle, mais se situer en dehors des règles d'imputabilité. À défaut, les sommes seront soumises à l'ensemble des règles fiscales applicables aux Opcas.

Des lors que ces conditions sont réunies, il est possible, selon la doctrine administrative en vigueur à ce jour ainsi que celle du conseil d'État, pour un FAF ou un Opcas, de gérer des contributions conventionnelles, distinctes des collectes légales, et non soumises aux mêmes règles. Cette conclusion est en cohérence avec l'analyse littérale des dispositions législatives et réglementaires qui encadrent l'activité des FAF et des Opcas, et qui, à aucun moment ne leur impose une activité unique et exclusive (comme c'est le cas pour une entreprise de travail temporaire ou un groupement d'employeurs par exemple). La lecture des textes relatifs aux fonds d'assurance formation conduit à la même conclusion.

L'article L.6332-8 les autorise en effet expressément à percevoir des contributions des entreprises pour la réalisation de leurs missions, sans que ce texte ne fasse référence à l'obligation fiscale, et pour cause, puisque celle-ci n'existait pas au moment où ce texte, toujours en vigueur a été adopté.

Si la capacité juridique d'un FAF ou d'un Opcv à percevoir et à gérer des ressources autres que fiscales, en l'occurrence de nature conventionnelle dans le cadre de sa mission de développement de la formation, ne fait pas de doute, aussi bien du point de vue de l'analyse littérale des textes, que de sa lecture téléologique, que de la doctrine administrative, ainsi que de la jurisprudence du conseil d'État, il reste à s'interroger sur le régime juridique et les principes de gestion de cette contribution.

4. Régime juridique et gestion des contributions conventionnelles.

Aux termes de l'article L.2221-1 du code du travail, la législation relative à la négociation collective a pour objet de définir « 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 ». Un accord collectif peut donc créer une garantie sociale financée par une cotisation. Il en va ainsi des retraites complémentaires, de l'assurance-chômage, des régimes de prévoyance etc.

L'accord collectif qui institue une garantie pour les salariés financée par une cotisation de l'employeur crée un avantage complémentaire au salaire et doit en principe être soumis à ce titre aux cotisations de sécurité sociale. Une loi est nécessaire pour soustraire de l'assiette des cotisations sociales un avantage consenti par l'employeur aux salariés. Dans le domaine de la formation c'est le cas de l'article L.6332-8, déjà cité, qui a survécu à toutes les modifications successives de la loi y compris celles introduites récemment par la loi du 24 novembre 2009, et qui dispose que : « Les contributions versées par l'employeur aux fonds d'assurance formation ne sont soumises ni aux cotisations de sécurité sociale ni à la taxe sur les salaires. « Elles sont déductibles pour l'établissement de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés dû par l'employeur ». L'article 237 quinquies du code général des impôts reprend textuellement le deuxième alinéa de l'article L.6332-8. Aucun plafond relatif aux montants déductibles n'est fixé.

Avec la loi du 20 décembre 1993, des organismes paritaires constitués sous forme d'association de la loi de 1901 ont été habilités, au même titre que les organismes constitués sous forme de fonds d'assurance formation, pour gérer les contributions légales. Les textes n'attribuaient pas aux Opcv-associations des compétences élargies « au développement de la formation professionnelle ». Cette mission est désormais conférée à tous les Opcv par le nouvel article L.6332-1-1 mais il n'a pas été clairement établi que le législateur de 2009 entendait gommer toute différence entre Opcv-association et Opcv-FAF, notamment en ce qui concerne la gestion de contributions conventionnelles.

Le code du travail ne régleme nte pas la gestion des contributions conventionnelles pour le financement de la formation. Le chapitre intitulé « Organismes collecteurs agréés » (articles L.6332-1 et suivants) ne traite que des organismes habilités à recevoir des contributions légales et de l'utilisation de ces contributions pour le financement de la formation.

Les contributions conventionnelles pour le financement de la formation ont jusqu'à présent été gérées par les FAF comme s'il s'agissait de contributions légales. L'administration n'a semble-t-il jamais fait d'observations à ce sujet. L'analyse juridique conduit cependant à l'obligation d'une gestion spécifique de ces cotisations.

La cotisation instituée par un accord collectif de travail a en principe pour objet de financer un avantage au bénéfice des salariés (et pas au bénéfice de l'employeur !). L'accord collectif doit indiquer à l'organisme collecteur quelles sont les actions susceptibles d'être financées, quelles sont les conditions dans lesquelles un financement peut être refusé, quels sont les pouvoirs de gestion délégués au conseil d'administration de l'organisme, quelle est la part susceptible d'être prélevée pour le financement des frais de gestion, et, le cas échéant, quels sont les services rendus par les organisations d'employeurs et de salariés signataires de l'acte de constitution de l'organisme qui sont susceptibles d'être rémunérés. Les obligations imposées par la loi pour la gestion des contributions légales – dont la contribution au financement du fonds de sécurisation des parcours professionnels – ne concernent pas la gestion des cotisations conventionnelles.

Les FAF (et les OPCA) doivent donc gérer les cotisations conventionnelles d'une manière totalement indépendante de la gestion des contributions légales.

5. Conclusions

1. Aucun texte n'interdit ni aux FAF ni aux OPCA de gérer des ressources de nature et de qualification différente, en l'occurrence non fiscales, des lors qu'elles sont en conformité avec leur objet social et qu'elles donnent lieu à une gestion comptable différenciée.

2. Lorsqu'un accord de branche institue une contribution conventionnelle « extralégale » celle-ci peut être collectée et gérée par un FAF (ou un OPCA sous réserve d'un régime social et fiscal des cotisations à clarifier). Elle sera déductible de l'assiette des cotisations sociales et ne sera pas soumise à un prélèvement au bénéfice du FPSPP (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels). Elle donnera lieu à une gestion comptable distincte de celle de l'obligation légale de nature fiscale.

3. Compte tenu de l'incertitude juridique qui continue de peser sur le régime juridique des contributions conventionnelles gérées par un OPCA - association, il est recommandé aux partenaires sociaux négociateurs des accords fondateurs des nouveaux OPCA d'opter pour le statut juridique de FAF.

4. Si nous, (les rédacteurs de cette chronique), étions pape, ce qu'à Dieu ne plaise, en esprits libres que nous sommes, imperméables à tous les dogmes en particulier à celui de l'infaillibilité pontificale, nous reprendrions volontiers à notre compte en nous adressant aux partenaires sociaux des branches professionnelles et aux administrateurs des OPCA, les paroles adressées par Jean-Paul II aux militants de Solidarnosc et au peuple polonais : « n'ayez pas peur »... d'opter pour des contributions conventionnelles complémentaires à l'obligation fiscale, si le besoin de financement est avéré dans votre branche, et d'en confier la gestion à un fonds d'assurance formation.