



## «IN DUBIO CONTRA FISCUM » : réflexions sur la capacité des OPCA à collecter et à gérer des ressources de nature fiscale et conventionnelle.

### I. les OPCA aux prises avec la dialectique du fiscal et du conventionnel.

L'État vient d'annoncer son intention de ponctionner le FPSPP c'est-à-dire le fonds **paritaire** de sécurisation des parcours professionnels pour financer sa propre politique de formation mise à mal par la rigueur budgétaire. Cette décision, dont l'opportunité est hautement discutable, est cependant juridiquement fondée sur la qualification fiscale des ressources du FPSPP, dont la gestion est simplement déléguée aux partenaires sociaux, ce qui implique qu'elle peut être remise en cause à tout moment. C'est ce qui vient d'être annoncé à la veille de la date du 40e anniversaire de l'ANI (9 juillet 1970), au mépris de tous les engagements pris antérieurement. Les partenaires sociaux boiront donc le calice jusqu'à la lie. Bien triste anniversaire.

Peut-être, ce dernier avatar, sur le chemin semé d'embûches de la revendication d'autonomie, (de la négociation collective et de la gestion paritaire), les conduira-t-il à s'interroger enfin sérieusement sur la qualification et la nature juridique des ressources qui contribuent au financement de la formation. Ils ne l'ont pas fait à l'occasion de la dernière réforme, alors que la perche leur était tendue par les pouvoirs publics eux-mêmes. Ils ne pourront pas le faire dans l'urgence, mais pour le moins devront-ils s'interroger sur la capacité des OPCA à collecter et à gérer en complément de ressources fiscales, dont l'État reste le maître, des ressources conventionnelles complémentaires, dont ils conservent le contrôle.

L'observation de la pratique montre que la coexistence de ressources fiscales et conventionnelles au sein des FAF et des OPCA est depuis toujours une réalité. En fait, ces ressources conventionnelles ont toujours été amalgamées par l'administration aux ressources fiscales en leur faisant suivre par un raisonnement analogique, le même régime, au mépris de l'adage « **IN DUBIO CONTRA FISCUM** », c'est-à-dire du principe « de l'interprétation stricte des lois fiscales », fondé sur le caractère impératif et d'ordre public du droit fiscal, à l'instar du droit pénal.

Cette chronique anniversaire se fixe pour ambition de démontrer que rien n'interdit aux FAF et aux OPCA de collecter des ressources de nature conventionnelle, qui échappent au régime la loi fiscale en se fondant d'une part sur le principe d'interprétation stricte de la loi fiscale , et d'autre part, sur celui de l'autonomie conventionnelle qui est l'un des piliers de la loi sociale.

## II Quelle réalité recouvre depuis 1971 et aujourd'hui la collecte de contributions de nature conventionnelle par les FAF et les OPCA ?

Il faut rappeler ici qu'avant les OPCA nés de la loi quinquennale de 1993 existaient les fonds d'assurance formation issus d'une loi de 1968 et qui ont pris leur essor à partir de 1971. Avant même que la contribution de nature fiscale à la charge des entreprises ne soit instaurée en 1971, la loi prévoyait la possibilité pour les fonds d'assurance formation de bénéficier de ressources en provenance des entreprises, de nature conventionnelle. Rappelons que la loi de 1971 a introduit un mécanisme fiscal, à défaut d'accord des partenaires sociaux sur le mécanisme de financement conventionnel. Celui-ci devait selon un rapport de l'inspection des finances, qui l'a mise en place, simplement « servir de béquille » aux partenaires sociaux dans l'attente d'un système de cotisations comparable à celui de l'assurance-chômage ou des retraites complémentaires.

Le principe d'une contribution conventionnelle est d'ailleurs toujours présent dans le code du travail pour les seuls fonds d'assurance formation (article L. 6332 - 8). C'est d'ailleurs en application de ce texte, que des fonds d'assurance formation créée par des branches professionnelles regroupant un grand nombre d'entreprises occupant moins de 10 salariés, ont institué des contributions conventionnelles , en dehors du cadre fiscal , pour faire face aux besoins de financement de la formation de ces salariés. C'est le cas notamment du fonds d'assurance formation des salariés des exploitations agricoles (FAFSEA) ainsi que du fonds d'assurance formation des salariés de l'artisanat du bâtiment (FAFSAB). En 1991 les entreprises occupant moins de 10 salariés ont été, comme celles de 10 salariés et plus assujetties à l'obligation légale de nature fiscale de contribuer au développement de la formation, entraînant du fait de la loi, une transmutation d'une obligation conventionnelle en obligations fiscales et modifiant du même coup le régime juridique de cette obligation. Cependant le FAFSAB a conservé une obligation conventionnelle complémentaire à l'obligation fiscale. Ces ressources sont constituées aujourd'hui d'environ 60 millions d'euros « collectés » en vertu de l'obligation fiscale et de 40 millions « collectés » en vertu d'une contribution conventionnelle instituée par un accord collectif en date du 14 février 1989 (et ses avenants ultérieurs).

Une observation sommaire de la diversité des ressources fiscales et conventionnelles dont bénéficient aujourd'hui les OPCA et les fonds d'assurance formation fait apparaître que la part des contributions conventionnelles issues d'un accord collectif est loin d'être insignifiante. On trouve de pareilles contributions aussi bien dans le champ de l'économie sociale (Uniformation et UNIFAF) que dans celui du bâtiment, des professions libérales, de l'assurance, de l'hospitalisation privée, de l'imprimerie et de la publicité... Cette ressource à également droit de cité au niveau interprofessionnel à travers notamment la formule du DIF conventionnel mise en place par AGEFOS-PME... Les partenaires sociaux de certaines branches (travail temporaire...) ont d'ailleurs mis en place des structures juridiques distinctes du FAF ou de l'OPCA, mais étroitement liée à ces derniers pour gérer de manière autonome cette ressource à l'abri des contraintes fiscales.

**Au plan juridique** il convient cependant de distinguer deux types de contributions conventionnelles : celle qui s'inscrit pour les seules entreprises de 10 salariés et plus à l'intérieur de l'obligation légale fiscale (0,9 % au titre du plan), et celle qui s'impose à toute entreprise de plus ou -10 salariés en application d'un accord collectif, au-delà de l'obligation légale fiscale de 1,60 % ou 0,55 %. Le fait qu'un accord collectif de travail impose à une entreprise relevant de son champ de verser à un OPCA une partie du 0,9 % due au titre du plan de formation, ne modifie pas la qualification fiscale originelle de cette contribution. Elle a simplement pour effet d'obliger l'entreprise, en contrepartie d'un reçu libératoire, à mutualiser cette quote-part au sein de l'OPCA. Le régime juridique de cette ressource suit sa qualification : toutes les règles et procédures de nature fiscale s'appliquent par conséquent à cette contribution.

Tout autre est l'analyse juridique qui s'impose pour les contributions versées à un OPCA par les entreprises en application d'un accord collectif, au-delà de l'obligation légale de nature fiscale, en raison notamment du principe selon lequel la loi fiscale, est d'interprétation stricte, ce qui a pour effet d'exclure des contrôles et des sanctions fiscales toutes les contributions des entreprises qui dépassent le quantum de l'obligation instaurée par la loi (1,60 %, 0,55 %). Mais si la qualification et le régime des ressources conventionnelles extralégales ne sauraient être assimilés aux règles de la fiscalité, quelle est alors leur qualification et leur régime juridique ? C'est tout l'enjeu de la dialectique complexe du fiscal et du conventionnel, propre au financement de la formation professionnelle. Les contributions conventionnelles extralégales obéissent alors au régime de cotisations sociales, de nature radicalement différente d'une contribution fiscale. Et c'est précisément parce que ce régime spécifique n'a pas été clarifié par les partenaires sociaux et les pouvoirs publics que l'amalgame entre fiscal et conventionnel a pu s'installer.

### **III Qualification juridique et régime des contributions de nature fiscale ayant pour objet le développement de la formation professionnelle, collectées et gérées par les OPCA.**

La qualification fiscale des contributions dues par les entreprises ne fait aucun doute. Elle résulte de la loi elle-même et de son inscription dans le code général des impôts (CGI., art. 235 ter C et s.) en parallèle avec son inscription dans le code du travail. Lorsque que la contribution est utilisée directement par l'entreprise elle est soumise à un régime de contrôle et de sanction spécifique fondée sur le principe **d'imputabilité** des dépenses au sens fiscal du terme. Le non-respect de ces règles par l'entreprise entraîne des sanctions fiscales sous forme de rejet des dépenses non imputables ou de redressement pouvant aller jusqu'au doublement de la contribution due. Le versement par l'entreprise de tout ou partie de l'obligation fiscale à un OPCA est réputée être «**libératoire** » de cette obligation. Celle-ci est alors gérée selon des règles de droit privé, par un OPCA agréé à cet effet par les pouvoirs publics. Cependant en cas d'usage non conforme aux dispositions législatives réglementaires et statutaires qui encadrent l'OPCA cette ressource pourra, à l'issue d'un contrôle, retrouver sa qualification fiscale originelle et être soumise aux sanctions prévues à cet effet tel que le reversement au trésor public des sommes dont l'usage aura été jugé non conforme à leur affectation.

La loi fiscale étant, rappelons-le, d'interprétation stricte, elle ne saurait par voie d'extension s'appliquer à des obligations financières de nature conventionnelle, même si celles-ci, ont par ailleurs le même objet que celles instituées par la loi fiscale, à savoir le développement de la formation des salariés des entreprises soumises ces obligations. La question est alors de savoir si des ressources ayant le même objet peuvent être gérées selon des régimes juridiques différents par un seul OPCA agréé à cet effet.

#### **IV Qualification juridique et régime des ressources conventionnelles extralégales ayant pour objet le développement de la formation, collectées et gérées par un OPCA.**

Il faut d'abord souligner que le financement de la formation professionnelle des salariés n'est pas assuré de manière exclusive et limitative par l'obligation de nature fiscale qui pèse sur l'entreprise. Celle-ci est au contraire considérée comme une contribution à minima comme en atteste la formulation même de la loi ainsi que l'observation de la pratique des entreprises dans cette matière qui permet de situer cette contribution en moyenne nationale à hauteur de 3,2 % de la masse salariale. Il s'agit en réalité d'un mécanisme d'incitation qui utilise le canal fiscal, sans lui conférer d'exclusivité.

Il est donc tout à fait naturel que les partenaires sociaux prennent appui pour atteindre le même objectif de développement de la formation, sur des mécanismes juridiques qui leur sont propres à savoir le droit de la négociation collective. Ce droit a pour objet de définir « les règles suivant lesquelles s'exercent 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 » (C. trav., art. L. 2221-1). Un accord collectif peut donc créer une garantie sociale financée par une cotisation en dehors de toute référence au code général des impôts. Ce que les partenaires sociaux n'ont pas manqué de faire pour les retraites complémentaires, l'assurance-chômage, la prévoyance, où la formation alors que n'existait pas d'obligation de nature fiscale (voir plus haut FAFSEA et FAFSAB etc.) Ces accords ont d'ailleurs été étendus par le ministre en charge de travail.

Le régime juridique de ces « cotisations sociales » ne saurait être emprunté à celui d'une contribution de nature fiscale même si leur objet et le même. Il relève en effet à titre principal de celui du droit du travail, de la sécurité sociale, ainsi que du droit européen de la concurrence. L'article L. 6332 - 8 du code du travail relatif aux cotisations conventionnelles versées à un fonds d'assurance formation, qui a survécu à toutes les modifications successives de la loi y compris celles du 24 novembre 2009 leur confèrent une base légale : « 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 dues 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 au montant déductible n'est fixé. Cette disposition concerne exclusivement les contributions conventionnelles, puisqu'à l'époque où elle a été créée (1968) il n'existait pas de contributions légales.

La légitimité de ressources d'origine conventionnelle pour financer le développement de la formation étant acquise ainsi que la spécificité de sa qualification et de son régime juridique, non assimilables par la qualification fiscale, il reste à établir si un OPCA est habilité à la collecter et à la gérer, et, si oui selon quelles modalités.

Que le fonds d'assurance formation soit habilité à collecter et gérer des ressources conventionnelles ne fait aucun doute pour des raisons de texte qui viennent d'être rappelées. L'OPCA, dont l'objet social est désormais identique à celui du FAF à l'issue de la dernière réforme de la formation, peut-il prétendre à la même prérogative ? Le bon sens commanderait une réponse positive. Ces deux entités, outre leur objet social commun, étant pour l'essentiel soumises aux mêmes règles de création par les partenaires sociaux, de gestion paritaire et de mutualisation des ressources collectées ainsi que de contrôle par les pouvoirs publics. Au plan de l'interprétation stricte des textes en revanche l'OPCA est cantonné aux « **collectes** » de nature fiscale pour lesquelles il est agréé alors qu'il est dans la nature du FAF de percevoir par détermination de la loi des contributions conventionnelles.

Une unification du statut des FAF et des OPCA, engagée par la dernière réforme, mais toujours inachevée, serait bienvenue, alors qu'à l'issue du processus de regroupement qui s'engage il ne restera plus en 2012 que de l'ordre de 12 à 15 organismes paritaires collecteurs agréés.

## **V. Conclusions : s'en tenir à l'interprétation stricte de la loi fiscale «IN DUBIO CONTRA FISCUM » et promouvoir l'autonomie conventionnelle.**

**1.** Le FPSPP ne peut connaître que les ressources de nature fiscale, les ressources issues de la contribution des 13 %, ainsi que celles de la péréquation étant soumises à l'interprétation stricte de la loi fiscale. La gestion des « excédents » des OPCA par le reversement au FPSPP ne concerne donc que les ressources fiscales au sens strict du terme. L'interprétation « pas analogie » pratiquée jusqu'ici par l'administration a régulièrement été condamnée par la jurisprudence en matière fiscale.

**2.** Les règles relatives aux conventions d'objectifs et de moyens, ainsi qu'aux frais de gestion ne s'appliquent qu'aux ressources de nature fiscale en vertu du même principe de l'interprétation stricte de la loi fiscale et de la formulation même des textes des articles L. 6332-1 et L. 6332-1-1. Les OPCA n'ont à appliquer les règles relatives à la gestion des sommes à caractère fiscal que dans la limite de ces sommes.

**3.** Les contributions conventionnelles qui se situent en dessous du plafond de 1,60 % de l'obligation fiscale, versées à des OPCA, suivent le régime de la contribution fiscale. L'OPCA remet à ce titre aux entreprises soumises à de tels accords « un reçu libératoire » en vertu de la délégation de gestion que lui confie la loi. Un pareil reçu libératoire n'a aucun sens pour des contributions conventionnelles qui se situent au-delà de l'obligation légale sauf à recourir à l'interprétation pas analogie (le conventionnel s'assimile au fiscal) interdite par la jurisprudence.

**4.** Le droit de la négociation collective permet de créer des cotisations ayant le même objet que l'obligation fiscale, à savoir le développement de la formation professionnelle des salariés, qui bénéficient d'un régime de déductibilité fiscale et sociale (en tous les cas pour les FAF) et qui peuvent être gérées paritairement comme le sont d'autres « garanties sociales ».

5. Cependant, les accords collectifs de travail qui instituent de telles contributions conventionnelles doivent également en préciser le régime, ce que les accords en vigueur n'ont pas fait, laissant ainsi la porte ouverte au raisonnement par analogie, qui conduit à l'assimilation du conventionnel au fiscal.

6. Si l'on admet la capacité juridique des FAF et des OPCA à collecter et gérer selon des régimes différenciés des ressources de nature fiscale et conventionnelle, demeure la question de savoir si le seuil de collecte des 100 millions d'euros fixés par le projet de décret comme conditions d'agrément des futurs OPCA, inclut les deux catégories de ressources ou la seule ressource fiscale ?

La réponse à cette question est apportée par l'article L. 6332 -1 du code du travail 6° alinéa 2 : « *l'agrément des organismes collecteurs paritaires au titre du plan de formation des entreprises et des formations organisées dans le cadre du droit individuel à la formation, des périodes et des contrats de professionnalisation n'est accordé que lorsque le montant **des collectes** annuelles réalisées est supérieur à un montant fixé par décret en conseil d'État.* » (Ce seuil est fixé à 100 millions d'euros par le projet de décret. )

**L'interprétation littérale** de ce texte conduirait à conclure que seules sont prises en compte dans l'appréciation du seuil d'agrément les ressources en provenance des agréments : plan DIF et professionnalisation. Les ressources dont bénéficient les OPACIF au titre du CIF ne sont pas visées, et aucune mention n'est faite de la distinction entre ressources de nature fiscale et de nature conventionnelle. Seuls seraient donc prises en compte les contributions de nature fiscale.

**L'interprétation téléologique** (qui est ici légitime car il s'agit de lois sociales et non fiscales) conduit à une conclusion différente. En premier lieu, l'histoire des FAF devenus des OPCA est fondée sur le recours à des ressources de nature conventionnelle. En second lieu cette obligation fiscale est conçue comme une incitation au développement de la formation professionnelle, elle constitue un plancher au-delà duquel les partenaires sociaux sont invités à s'engager par le dialogue social et la négociation collective. En troisième lieu aucune disposition ni législative ni réglementaire ni conventionnelle n'a pour objet ni pour effet de cantonner les OPCA dans la collecte et la gestion de ressources exclusivement fiscales ni de leur interdire l'accès à des ressources conventionnelles.

De tous ces arguments il résulte qu'un arrêté d'agrément, qui n'est jamais qu'un acte unilatéral administratif, peut sans déroger à la loi inclure dans le seuil des 100 millions aussi bien les contributions légales de nature fiscale, que les contributions conventionnelles dès lors que celles-ci résultent d'un accord collectif étendu, c'est-à-dire lui-même placé sous le contrôle de l'administration, et que le régime de ces contributions soit clairement identifié au plan de la gestion et de la comptabilité au sein des OPCA.

7. Le CPNFP pourrait utilement faire connaître son point de vue sur cette question et encourager le développement du conventionnel dans les négociations de branches qui s'ouvrent en prolongement de l'ANI du 9 janvier 2009 et de la loi et des décrets portant réforme de la formation. Le nouveau plan comptable des OPCA devrait faire une place aux régimes spécifiques des ressources conventionnelles. Enfin l'administration devrait abandonner le principe d'interprétation de loi fiscale « par analogie » pour faire sien l'adage « **IN DUBIO CONTRA FISCUM** ».

Jean-Marie LUTTRINGER / Jean-Pierre WILLEMS