

L'hypothèse de la suppression du 0,9 % ouvre l'option de la transmutation des « contributions » fiscales en cotisations sociales.

1. L'hypothèse de la suppression du 0,9 %.

Pour la première fois depuis 1971, la question du financement de la formation par les entreprises est mise en débat dans son principe même, à l'initiative du Medef, encouragé par le ministre du travail, dans le cadre de la négociation d'un accord interprofessionnel. Il n'est pas surprenant qu'une proposition aussi radicale suscite des réactions proportionnées à l'enjeu y compris dans le camp patronal. La profonde divergence de vue entre le Medef et la CGPME sur cette question a en effet entraîné l'annulation de la séance de négociation de l'accord interprofessionnel prévue le 21 novembre dernier.

En substance, la proposition du Medef vise à ne conserver pour les entreprises employant au minimum 10 salariés qu'une partie de l'obligation de 1,6 % de la masse salariale qui pèse sur les entreprises, celle qui est d'ores et déjà mutualisée au sein des OPCA et des OPACIF et qui permet de financer le contrat et la période de professionnalisation, le CIF, le FPSPP, soit aujourd'hui 0,7 % de la masse salariale, et qui passerait à 0,8 %. La contribution des entreprises occupant moins de 10 salariés étant par ailleurs préservée. En revanche, la contribution finançant le plan de formation de 0,9 % serait supprimée et pourrait être compensée au niveau des branches professionnelles par la négociation d'accords collectifs instituant des contributions conventionnelles complémentaires. Cette pratique, au demeurant marginale au regard des volumes de financement en jeu, est un fait établi de longue date en particulier dans les fonds d'assurance formation créés antérieurement aux OPCA. Cependant, le régime juridique de ces contributions n'a jamais été clarifié. Il a de fait été assimilé par la doctrine administrative au régime fiscal.

La CGPME, de son côté, fait valoir que « *le problème est bien celui du financement de la formation dans les entreprises de 10 à 300 salariés et aujourd'hui, nous tournons autour du pot en voulant défaire le modèle actuel qui est basé sur un principe vertueux dans la mesure où il n'est pas basé sur un impôt mais sur une obligation de dépenses... Nous considérons qu'il faut par une obligation légale, amener les entreprises à investir dans la formation.* »

La CGPME fait par ailleurs valoir que sa position est fondée non pas sur des considérations financières mais sur des valeurs : « *la liberté du chef d'entreprise à choisir le salarié qu'il va former, le moment où celui-ci se formera et l'organisme de formation qui interviendra ; l'égalité d'accès aux fonds de la formation professionnelle quelle que soit la taille de l'entreprise et enfin la mutualisation qui permet d'assurer une forme de solidarité entre les entreprises, ce qui profite de fait au salarié...* ». La position de la CGPME « *s'appuie sur la mutualisation et la solidarité entre les grandes entreprises qui ont des ressources financières plus importantes à consacrer à la formation, et les TPE PME.* » Ces valeurs de solidarité sont mises en œuvre au plan technique par les OPCA en application des règles « de la fongibilité asymétrique descendante ». Cette technique de gestion permet de mobiliser au profit d'entreprises aux effectifs réduits des contributions au titre du financement de la formation professionnelle versée par des entreprises aux effectifs supérieurs. (Lire l'interview de Jean-Michel Pottier président de la commission formation de la CGPME. AEF n°190619).

Les développements qui suivent ont pour principal objet d'identifier, après un bref rappel historique de la logique de financement en vigueur, les problèmes juridiques (et les choix politiques) que soulève la proposition du Medef. Celle de la CGPME n'appelle pas de commentaires juridiques particuliers, puisque pour l'essentiel, elle consiste à maintenir le statu quo concernant la qualification et le régime juridique des ressources affectées par les entreprises à la formation. Les positions des autres négociateurs relatives à cette question ne seront pas davantage abordées dans les développements qui suivent (Voir notamment AEF n°190790, 190657, 190230, 190178).

2. Quelques enseignements de l'histoire.

En application de l'article 235 ter D du code général des impôts et de l'article L. 6331-9 du code du travail les entreprises sont tenues de participer au développement de la formation professionnelle par une contribution de nature fiscale, instituée par la loi de 1971 suite à l'incapacité des partenaires sociaux à assurer par la voie de cotisations sociales le financement du régime de formation professionnelle qu'ils venaient de créer par l'accord de 1970. Rappelons cependant que seule Force ouvrière s'était clairement exprimée en faveur de cette option.

Rappelons en quelques mots les caractéristiques juridiques de la « contribution » des entreprises actuellement en vigueur. Il ne s'agit pas à proprement parler ni d'un impôt qui se caractérise par l'universalité budgétaire, ni d'une redevance qui suppose une prestation de service, ni d'une taxe parafiscale - elles ont été supprimées en 2000 - ni une cotisation sociale qui suppose l'existence de droits attachés à la cotisation et un « régime » gestionnaire de ces droits, mais « d'une imposition de toutes natures ». Cette catégorie fiscale est définie par la doctrine dans les termes suivants : « 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'effectuait 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 de Loïc Philip – Economica 2005).

Trois options étaient ouvertes en 1971 aux entreprises pour s'acquitter de leurs obligations : soit elles n'engageaient aucune action de formation, elles devaient alors verser la totalité de leur contribution au trésor public, soit elles engageaient à leur propre initiative des actions de formation respectant les critères « d'imputabilité » fixés par voie réglementaire, soit elles optaient pour « des versements libératoires » à des fonds d'assurance formation créés à cet effet, sur une base volontaire, par les partenaires sociaux, au niveau national interprofessionnel comme la CGPME l'a fait dès le départ avec Agefos-PME, au niveau de branches professionnelles ou au niveau de l'entreprise.

En 2013, l'option du versement au trésor est devenue totalement résiduelle (voir loi de finances). L'option de versements à des fonds d'assurance formation a été généralisée et rendue obligatoire par la création des OPCA en 1993, restructurés et regroupés suite à la réforme de 2009, de sorte que toutes les entreprises versent aujourd'hui 0,7 % de leur masse salariale à des OPCA ou OPACIF pour assurer le financement par des ressources mutualisées au premier euro du congé individuel de formation et de la professionnalisation. C'est l'option initiale qui consistait à inciter les entreprises à se préoccuper de la formation de leurs salariés en organisant elles-mêmes ou avec le concours d'organismes extérieurs des actions « imputables » au regard de la définition fiscale de la formation, qui est aujourd'hui mise en cause. Elle représente obligatoirement 0,9 % de la masse salariale. Mais en réalité les entreprises dépensent en moyenne de l'ordre de 2,73 % de la masse salariale.

Au fil des années, les entreprises françaises, comme toutes les entreprises du monde ont intégré la dimension formation dans leurs pratiques de gestion. Par ailleurs, indépendamment de l'obligation fiscale de financement, des obligations juridiques de formation ont été mises à la charge des entreprises notamment en matière de santé et de sécurité au travail, mais également par la jurisprudence et la loi au nom « du principe d'exécution loyale du contrat de travail. (Adaptation à l'emploi, obligation de veiller à la capacité à occuper un emploi...).

Ce rapide historique éclaire le sens du choix stratégique proposé par le Medef de recentrer les obligations de financement de la formation sur des objectifs ciblés (d'intérêt général) financés par le recours à la technique de la mutualisation, de libérer les entreprises des contraintes jugées improductives liées « à l'imputabilité fiscale », et d'inviter les branches professionnelles à négocier des contributions conventionnelles complémentaires aux ressources mutualisées sur le fondement de l'obligation légale de nature fiscale. L'article 28 du texte du Medef intitulé: « Renforcer la mutualisation du financement du plan de formation par accord de branche » (version du 20 novembre 2013) est ainsi rédigé « (...) *les branches professionnelles négocient par accord collectif pour définir les conditions dans lesquelles un organisme collecteur paritaire agréé collecte et mutualise, dès réception, des contributions des entreprises afin de faciliter le financement du plan de formation des entreprises. Les accords de branche déjà existants à ce titre ne sont pas, ipso facto, remis en cause par le présent accord.* »

Au vu de ces propositions on peut légitimement s'interroger sur la qualification juridique et le régime qui en découle, des « contributions » financières, résultant des articles 25 (« contribution unique et obligatoire de toutes les entreprises ») et 28 du texte du Medef, par hypothèse intégralement mutualisées et gérées paritairement, affectées par les entreprises au développement de la formation professionnelle.

Alors que les innombrables réformes de la formation professionnelle qui se sont enchaînées au fil des décennies se sont faites à qualification (fiscale) constante de la ressource financière, à la manière d'un jeu de chaises musicales, la réforme du financement proposée par le Medef ouvre sur de nouveaux espaces juridiques. Ceux-ci sont peu familiers aux spécialistes de la formation habitués au confort d'une gestion déléguée de la fiscalité. Il convient par conséquent de les identifier et de les clarifier avant de se les approprier « pour penser autrement » le financement de la formation professionnelle continue.

3. Clarification sémantique : contribution, garanties sociales, cotisations, régime, mutualisation, capitalisation... Plan de formation.

- **Contribution** : c'est un terme générique qui ne porte pas en lui-même une qualification juridique particulière. « Contribuer c'est fournir sa part ». En matière sociale la contribution peut-être un pourcentage des salaires obligatoirement versés par l'employeur aux comités d'entreprise afin d'assurer le fonctionnement des œuvres sociales. En matière fiscale « c'est un terme générique qui désigne dans la pratique sinon toujours dans la loi, la part incombant à chaque contribuable dans la répartition de la charge des dépenses publiques » (Vocabulaire juridiques Gérard Cornu PUF).

On peut supposer que la contribution de 0,8 % prévue par l'article 25 du projet du Medef se réfère à la qualification fiscale ainsi qu'au régime qui en découle (imputabilité, caractère libératoire, contrôle public, sanctions fiscales...). Cependant cette « contribution » non qualifiée au plan juridique pourrait fort bien revêtir la forme d'une « cotisation sociale » ayant pour objet de financer un ou plusieurs « régimes » tels que la professionnalisation, le congé individuel de formation, le compte personnel de formation... Qui ont tous pour caractéristique d'ouvrir des droits à des salariés. S'il était dit dans le projet du Medef que : « cette contribution suit le régime d'une cotisation sociale » ou celui « des contributions fiscales de toute nature » conformément à l'article 235 ter D du code général des impôts, les choses s'éclairciraient au plan juridique.

Pour compenser la disparition du 0,9 % les branches professionnelles pourraient, selon le projet du Medef, négocier des accords collectifs instituant des « contributions » complémentaires. Ces « contributions » ne pourraient pas être qualifiées de contributions de nature fiscale, car les partenaires sociaux ne peuvent pas créer un impôt.

- **Les cotisations** sont une modalité de rémunération des salariés par les employeurs dans le cadre du contrat de travail. « La cotisation » comme modalité juridique de la « contribution » pourrait fort bien comporter une part acquittée par l'employeur et une part acquittée par le salarié comme c'est d'ailleurs le cas pour les cotisations d'assurance chômage de retraite complémentaire ou de prévoyance ainsi que pour l'APEC.. Le financement du compte personnel de formation pourrait être assuré par cette technique. Le recouvrement des cotisations, leur contrôle, les sanctions et le contentieux relèverait de droit privé comme c'est le cas pour l'assurance-chômage ou les retraites complémentaires.
- **Garanties sociales** : Conformément aux dispositions de l'article L 2221-1 du code du travail, les partenaires sociaux ont le pouvoir de créer au bénéfice de salariés des « garanties sociales ». Il s'agit d'une assurance qui garantit aux salariés des prestations dont il apparaît qu'il est préférable de les financer par des cotisations plutôt que de les mettre à la charge directe des employeurs lorsqu'un salarié remplit les conditions d'ouverture du droit à en bénéficier. Les accords de prévoyance, qui créent des prestations complémentaires à l'assurance maladie, sont à titre d'exemple des garanties sociales ; il en va de même des retraites complémentaires. L'accord collectif de branche qui les institue devra nécessairement les définir avec précision. Ne pourront bénéficier que les salariés qui relèvent du champ d'application de l'accord en cause.
- **Régime – régime de prestations sociales** : un régime est un « système de règles considérées comme un tout soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (exemple régime politique) soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnés les règles (exemple régime de protection sociale, régime pénitentiaire...). Un régime complémentaire est un système de protection en matière de maladies vieillesse, chômage, etc. accordant des avantages supplémentaires à ceux du régime légal de sécurité sociale. » (Gérard Cornu vocabulaire juridique).

Pour financer les droits des salariés au compte personnel de formation, au congé individuel de formation et aux contrats de professionnalisation, on pourrait également envisager un « régime de prestations sociales » à l'exemple des régimes de retraite complémentaire et du régime d'assurance-chômage. À la demande d'un accord national interprofessionnel, la loi pourrait définir ces droits et les modalités de financement, en confiant la gestion à un organisme paritaire et en déléguant aux signataires de l'accord national interprofessionnel la mission d'assurer l'équilibre financier du régime en ajustant en tant que de besoin le taux des cotisations et le niveau des prestations. Les modalités de recouvrement des cotisations, le contrôle et le contentieux seraient analogues aux dispositions en vigueur pour les cotisations de sécurité sociale. Le FPSPP, les OPCA et les OPACIF devraient alors être restructurés dans cette perspective.

- **Solidarité – Mutualisation** « Le propre de la solidarité, au sens qu'elle a acquis en droit social, est d'instituer au sein d'une collectivité humaine un pot commun, dans lequel chacun se doit verser selon ses capacités et peut puiser selon ses besoins. Cette mutualisation substitue au calcul d'utilité individuelle (qu'elle interdit) un calcul d'utilité collective (qu'elle organise) » (Alain Supiot, « L'Esprit de Philadelphie, Seuil de 2010, p. 160). « Une société mutualiste est un organisme de droit privé sans but lucratif offrant à ses adhérents un système d'assurance et de protection sociale ». Les valeurs de solidarité et la notion de mutualisation à laquelle se réfère la CGPME pour défendre le maintien de la contribution fiscale au titre du plan de formation ne renvoient ni au droit social ni à un système d'assurance et de protection sociale mais à une répartition des charges entre les grandes et petites entreprises. Les mêmes notions peuvent recouvrir des réalités différentes... (Voir AEF n°189667)
- **Capitalisation** : technique pouvant être utilisée en matière de sécurité sociale, (notamment pour l'organisation financière des régimes de retraite) et consistant à déposer les cotisations versées par chaque assuré ou par son employeur, à un compte ouvert à son nom afin de constituer, avec ces sommes et les intérêts produits, un capital qui sera le moment venu transformé en pension. S'oppose à la « répartition ». (Gérard Cornu vocabulaire juridique, PUF 2009). Un régime complémentaire de « sécurité sociale professionnelle » pourrait reposer pour l'essentiel sur le principe de mutualisation (professionnalisation, CIF...) Et comporter des éléments de capitalisation notamment pour le financement du compte personnel de formation.
- **Plan de formation de l'entreprise** : « Le plan de formation de l'entreprise » ne saurait être considéré comme une garantie sociale pour les salariés. La définition qu'en donne la CGPME est d'ailleurs éclairante à ce sujet. Il s'agit d'un acte unilatéral, expression du pouvoir de direction de l'employeur, qui peut, bien entendu, par ricochet avoir des effets positifs pour les salariés mais qui relève du pouvoir de direction de l'employeur. (Voir infra. 2) Le fait que le plan de formation puisse être soumis à des procédures du dialogue social dans l'entreprise ne le transforme pas pour autant en une « garantie sociale » génératrice de droits pour le salarié. Il s'agit là d'espaces juridiques différents. La solidarité entre les grandes entreprises et les PME-TPE, pilier « des valeurs » défendues par la CGPME, et mise en œuvre par la technique de la mutualisation asymétrique descendante, ne saurait s'exercer par le droit des salariés à la négociation collective de garanties sociales, au niveau des branches professionnelles. Seule une loi fiscale de portée générale peut le faire sous réserve de respecter le principe d'égalité devant l'impôt qui concerne aussi bien les entreprises que les particuliers.

Ainsi la proposition du Medef de faire financer le plan de formation à titre complémentaire par des « cotisations » instituées par les accords de branches est pour le moins sujette à discussion juridique. Cependant s'ils ne peuvent pas assurer le financement de plans de formation indifférenciés, et contribuer à la « mutualisation asymétrique descendante » comme le souhaite la CGPME, de tels accords peuvent fort bien préciser, compléter et abonder les droits des salariés à la formation, au sens de garanties sociales, résultant d'un accord interprofessionnel, élargi par la loi, que son financement soit assuré par une contribution fiscale ou conventionnelle.

La proposition du Medef de supprimer le 0,9 %, et celle de bâtir les fondements d'un compte personnel de formation ainsi que du conseil en évolution professionnelle, orientent fortement la formation professionnelle tout au long de la vie vers l'univers « des garanties sociales », sans que cette option n'ait à ce jour été clairement exprimée, alors que le projet de la CGPME, sans méconnaître cet aspect, s'organise autour du concept de plan de formation notamment parce que son financement par une contribution de nature fiscale, collectées par l'OPCA et gérée selon les principes de la « mutualisation asymétrique descendante » favorise les PME-TPE qui sont ses adhérents actuels ou potentiels. Ce faisant la CGPME est dans son rôle d'organisation patronale « prestataire de service » pour le compte de ses adhérents.

4. Questions juridiques soulevées par l'affectation et la gestion des « contributions conventionnelles » proposées par le Medef.

- **L'objet de l'accord.**

Préalablement à l'institution d'une « contribution » qui suivra nécessairement la qualification et le régime juridique d'une « cotisation », l'accord collectif doit définir les garanties sociales qu'il crée au bénéfice des salariés, étant entendu que le financement indifférencié d'un plan de formation ne saurait être considéré comme une garantie sociale. En revanche, le compte personnel de formation et les contrats de formation en alternance pourraient ainsi être érigés en garanties sociales : L'accord pourrait prévoir que tout salarié a droit, en fonction de son ancienneté, à bénéficier d'un congé pour suivre une action de formation de son choix, à condition qu'il s'agisse d'une action figurant sur une liste établie par l'accord.

L'accord pourrait également décrire les types de formation en alternance pris en charge : durée minimum du contrat et des périodes de formation, formations éligibles inscrites sur une liste établie par l'accord. Un plan d'action ouvert à des salariés d'une branche professionnelle en vue de prévenir le risque d'inemployabilité pourrait également relever de ce type d'accord.

- **La cohabitation entre contribution fiscale et conventionnelle.**

Si l'on admet l'évidence, à savoir que les partenaires sociaux ne peuvent pas instituer une contribution fiscale (un impôt) par la voie d'un accord collectif, il faut admettre que la contribution résultant d'un tel accord devra obéir à un régime juridique différent de celui de la contribution fiscale au cas où celle-ci serait maintenue abstraction faite du 0,9 % plan de formation. Il ne pourra être soumis ni aux mêmes contrôles, ni aux mêmes contentieux, ni aux mêmes sanctions.

Par ailleurs, si la loi en décide ainsi, il n'y aurait pas d'obstacle à ce que la même institution, un OPCA ou un fonds d'assurance formation, soit habilitée à gérer les deux ressources selon des règles et une comptabilité spécifique pour chacune. Il faut à cet égard rappeler que les fonds d'assurance formation dont le code du travail reconnaît toujours le cadre juridique, institués bien avant la contribution fiscale, étaient conçus pour gérer des cotisations sociales.

L'objet social des OPCA et des fonds d'assurance formation devraient nécessairement être révisés ainsi que leurs règles de gestion et leurs critères d'agrément.

5. La réforme fiscale et le financement de la formation professionnelle.

Au moment où le gouvernement s'engage dans un grand débat sur la mise à plat de la fiscalité, la suppression du 0,9 % représente une « bonne surprise » dans la mesure où la pression fiscale sur les entreprises serait réduite mécaniquement d'autant. Elle ouvre du même coup la question de savoir ce que serait une fiscalité incitative de nature à encourager aussi bien les entreprises que les ménages à se préoccuper de ce « patrimoine immatériel » que constitue la qualification, entretenu et développé grâce à la formation.

Ainsi, les entreprises qui engageraient des plans de formation dépassant leurs intérêts propres et s'inscrivant dans une perspective d'intérêt général tel que le développement de l'alternance, la lutte contre l'illettrisme, la prévention du risque d'inemployabilité, etc. devraient être encouragées par les pouvoirs publics. Dans l'hypothèse proposée par le Medef de supprimer l'obligation fiscale de financement du plan de formation à hauteur de 0,9 % de la masse salariale, une politique incitative (subvention, crédit d'impôt) des pouvoirs publics en direction des entreprises en vue d'orienter les plans de formation vers des finalités d'intérêt général trouverait tout son sens. Encore faudrait-il donner une traduction comptable et fiscale concrète au concept d'investissement formation qui est pour l'heure une simple incantation.

Conclusion.

La transmutation partielle (ou intégrale ?) du financement de la formation professionnelle des entreprises, du fiscal vers le conventionnel, proposée par le Medef, non exempte de

risque comme le souligne la CGPME, a le grand mérite d'inviter à penser autrement l'allocation des ressources en matière de formation.

Au plan juridique cette transmutation est possible en s'appuyant sur les concepts juridiques appliqués en droit français depuis plusieurs décennies organisés autour de la pierre angulaire « des garanties sociales » considérées comme un objet du droit des salariés à la négociation collective. Une telle évolution serait en cohérence avec le courant puissant d'individualisation des droits sociaux et de recherche de leur effectivité. Le concept de sécurité sociale professionnelle présent dans le débat public pourrait y trouver une traduction opérationnelle. A condition que, simultanément, les garanties collectives pour prévenir l'inemployabilité soient construites dans l'entreprise.

L'existence d'un régime dédié géré paritairement, au sein duquel l'équilibre entre cotisations et prestations est la règle, contribueraient sans doute à clarifier l'introuvable « gouvernance » de notre système de formation professionnelle.

Enfin, la mise à plat du système fiscal français que le gouvernement vient de mettre en chantier présente une opportunité inattendue pour repenser « l'allocation des ressources » dans le domaine de la formation professionnelle par une incitation à « l'investissement immatériel » pour les entreprises comme pour les ménages.

Jean Marie Luttringer