

aef.info



JML CONSEIL - Jean-Marie LUTTRINGER

WILLEMS CONSULTANTS - Jean-Pierre WILLEMS

"La fabrique des Opca": Création d'un Opca et liberté de choix de l'entreprise

Écrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 4 février 2011

"Le souhait de laisser certaines libertés de choix aux entreprises, celui peut-être également de laisser s'opérer une certaine concurrence entre Opca en pariant qu'elle serait le gage d'innovation et de meilleure qualité de services (ce qui d'ailleurs est plutôt avéré) a conduit à faire quelques exceptions" au principe selon lequel "des accords collectifs peuvent donc imposer aux entreprises la désignation d'un organisme compétent à titre exclusif pour gérer une garantie sociale". "Peut-être le système y gagne-t-il en efficacité ce que son régime juridique perd en cohérence."

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle, Ressources humaines

Que reste-t-il aujourd'hui de ces propositions à la lumière du droit positif qui régit la création et le fonctionnement des Opca? Pas grand-chose à vrai dire, comme le montrera cette première chronique consacrée à "la fabrique des Opca". Si quelques dispositions légales et réglementaires tentent de préserver une certaine liberté de choix de l'entreprise, le cadre législatif applicable aux Opca conduit plutôt à éviter leur mise en concurrence. Mais peut-être cette question devrait-elle être abordée à partir de la distinction entre les services garantis, financés par les ressources mutualisées, et les services personnalisés.

Le cadre législatif: l'absence de concurrence comme principe d'organisation des Opca

Toutes les entreprises, quelle que soit leur taille et leur secteur d'activité, ont l'obligation de verser tout (pour les entreprises de moins de 10 salariés) ou partie (pour les autres) de leur obligation de financement de la formation professionnelle à un Opca.

Pour que le versement soit fiscalement libératoire, il doit être effectué auprès d'un Opca compétent pour recevoir une telle contribution, c'est-à-dire agréé à ce titre par l'État. Or le Code du travail pose comme principe l'exclusivité de l'agrément. En effet, l'article R.6332-5 précise que "dans le champ d'application des accords (créant un Opca), les agréments au titre de la collecte des contributions mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article L.6332-7 ne sont accordés qu'à un même organisme collecteur paritaire pour une ou plusieurs de ces catégories". Il s'agit des collectes du plan de formation des entreprises de moins de 10 salariés, de 10 à 49 salariés, de 50 salariés et plus et de la collecte au titre de la professionnalisation et du DIF. L'article R.6332-6 pose le même principe d'exclusivité de champ pour le CIF.

A priori, chaque entreprise n'a donc la possibilité de verser qu'à un seul Opca puisque seul un agrément par champ peut être délivré. Il n'y a donc aucune

concurrence possible entre deux Opca de branche. Cette impossibilité est garantie par un double contrôle : celui de l'agrément, qui sera donné sur des champs exclusifs, et celui de l'extension, qui veillera à ce qu'un même champ ne soit pas couvert par deux accords désignant un Opca différent. Cette règle d'étanchéité est toutefois tempérée par l'existence d'agréments interprofessionnels.

Un champ de concurrence partiel au périmètre imprécis : l'interprofession

Le Code du travail prévoit la solution pour les entreprises qui n'ont pas d'Opca dans leur champ: l'interprofession. Mais il le fait dans des conditions qui ouvrent des terrains concurrentiels entre les Opca interprofessionnels et entre ces derniers et les Opca de branche.

En premier lieu, l'article L.6332-1 prévoit que pour un Opca interprofessionnel, l'agrément peut être donné même si l'accord n'est signé que par une organisation patronale. Comme il existe trois organisations interprofessionnelles (Medef, CGPME, UPA), cela laisse la possibilité d'un champ concurrent entre Opca interprofessionnels, ce qui est le cas entre Agefos PME et Opcalia. L'absence de création d'un "Opca UPA" évite un troisième champ concurrentiel dans le domaine interprofessionnel.

En second lieu, l'article R.6332-47, dans sa rédaction issue du décret du 22 septembre 2010, précise qu'au titre du plan de formation des entreprises de 10 à 49 salariés et de 50 salariés et plus, les dispositions des accords constitutifs d'Opca ne peuvent contenir de disposition ayant pour effet d'interdire l'adhésion à un Opca interprofessionnel ou l'utilisation d'une autre modalité de réalisation de leur obligation de financement de la formation. Sont donc interdites les collectes captives au titre du plan de formation et est garantie la possibilité pour une entreprise d'adhérer de manière volontaire à un Opca interprofessionnel. Aussi bien les intentions du législateur que la doctrine administrative qui s'est exprimée à l'occasion de la procédure d'extension des accords de branche viennent en soutien de cette conclusion. Cependant, au plan juridique il pourrait être défendu qu'un accord collectif de branche étendu dont la nature est différente de celle d'un accord fondateur d'un Opca, pourrait créer à la charge des entreprises une obligation portant sur la totalité du plan.

Reste à déterminer le périmètre de cette concurrence possible entre l'interprofession et les branches. Comme tout Opca, les Opca interprofessionnels sont agréés sur un champ déterminé. En l'occurrence celui de l'interprofession. Ils bénéficient de plus d'une compétence par défaut: l'agrément couvre toutes les entreprises qui n'ont pas un Opca dans leur secteur d'activité, qu'elles relèvent ou non des secteurs couverts par

l'interprofession.

On constate donc que l'agrément interprofessionnel a une portée plus large que le champ d'application de l'accord. Faut-il en conclure qu'il est "universel" ou "générique" et qu'il couvre donc l'intégralité du secteur privé? A titre d'exemple, une entreprise du secteur agricole, de celui des professions libérales, du secteur sanitaire et social à but non lucratif, de l'économie sociale, peut-elle librement adhérer à un Opca interprofessionnel après s'être acquittée de ses obligations auprès de son Opca de branche? Existe-t-il un espace concurrentiel entre Opca hors-champ d'application des accords nationaux interprofessionnels et Opca interprofessionnels?

La réponse n'est guère évidente au regard du droit positif: la lettre du décret du 22 septembre 2010 le laisserait penser. Le droit de la négociation collective l'exclurait. Une clarification serait souhaitable en ce domaine.

Un champ de concurrence à explorer: les versements conventionnels non imputables

Les règles visées ci-dessus ne concernent que les contributions des entreprises qui entrent dans le champ de l'obligation légale, de nature fiscale, et de l'agrément conféré à ce titre aux Opca.

Dès lors que la négociation collective se place en dehors du champ légal et fiscal, les possibilités de négociation sont plus nombreuses. Ainsi, une convention constitutive d'Opca pourrait prévoir la possibilité d'adhésion volontaire pour toute entreprise qui accepte le régime de l'Opca. Les sommes ainsi gérées ne suivraient pas le régime fiscal des contributions obligatoires mais un régime social distinct qui reste d'ailleurs à définir (compte tenu des développements qu'elle appellerait, cette possibilité sera reprise dans la chronique consacrée aux ressources fiscales et conventionnelles de l'Opca).

En conclusion

Conformément à la jurisprudence communautaire sur les régimes d'assurance, tout régime social obligatoire à finalité prédéfinie n'entre pas dans le champ de la concurrence, à l'instar de la prévoyance obligatoire. Des accords collectifs peuvent donc imposer aux entreprises la désignation d'un organisme compétent à titre exclusif pour gérer une garantie sociale.

Ce principe joue également en matière de formation professionnelle. Toutefois, le souhait de laisser certaines libertés de choix aux entreprises, celui peut-être également

de laisser s'opérer une certaine concurrence entre organismes paritaires en pariant qu'elle serait le gage d'innovation et de meilleure qualité de services (ce qui d'ailleurs est plutôt avéré) a conduit à faire quelques exceptions à ce principe. Peut-être le système y gagne-t-il en efficacité ce que son régime juridique perd en cohérence.

Partagez sur :



La représentativité des organisations syndicales d'employeurs et de salariés signataires de l'accord fondateur d'un OPCA et son champ d'intervention

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 15 février 2011

L'agrément qui sera délivré par les pouvoirs publics aux nouveaux OPCA issus de la réforme de la formation, ainsi qu'aux fonds d'assurance formation, est subordonné à l'existence d'un accord conclu à cette fin entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives dans le champ d'application de l'accord (article L. 6332-1 pour les OPCA, et L. 6332-7 pour les fonds d'assurance formation). Cet accord, qui n'est pas un accord collectif de travail au sens classique du terme, est cependant négocié selon les mêmes règles. Il exprime la volonté commune des négociateurs de créer une personne morale (association pour l'OPCA et personne morale sui generis pour le FAF) dont le conseil d'administration doit être paritaire, et que seules les organisations signataires représentatives dans le champ de cet accord sont habilitées à constituer.

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

Le droit commun de la négociation collective n'a pas d'exigence générale de représentativité pour les organisations syndicales d'employeurs. Une convention ou un accord collectif de travail peuvent en effet être conclus « par une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou tout autre association d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement » (article L. 2231-1). En revanche le droit spécifique de la négociation collective dans le champ des OPCA et des fonds d'assurance formation pose une exigence de représentativité des organisations syndicales d'employeurs aussi bien que des organisations de salariés. Cette exigence trouve son fondement de la mission d'intérêt général dont les OPCA et les FAF sont des gestionnaires délégués. Deuxième du cycle intitulé "**La fabrique des OPCA**", cette chronique aborde trois conséquences de cette exigence de représentativité : sur les conditions de validité de l'accord, sur la composition du Conseil d'administration de l'OPCA et sur les différents champs de représentativité constitués par le niveau interprofessionnel, les secteurs hors-champs et les branches professionnelles.

1. Représentativité et validité des accords créant les OPCA

Principes

Etre représentatif c'est avoir qualité pour négocier dans un champ professionnel. Comment s'établit cette qualité ? Pour les organisations syndicales, la question est réglée par la loi du 20 août 2008. La mesure d'audience s'effectue par le vote au niveau des entreprises, avec une consolidation au niveau des branches professionnelles qui aura lieu 5 ans après le vote de la loi, soit le 20 août 2013. A cette

date, seules demeureront représentatives les organisations syndicales ayant recueilli au moins 8 % des voix au niveau de la branche.

Pour les organisations patronales, par contre, le Code du travail ne fixe aucun critère permettant d'établir la représentativité. Si le Premier Ministre a annoncé que cette question devait être abordée et des critères fixés, à ce jour aucune démarche n'a été officiellement entreprise sur ce sujet. Il n'est pas garanti que cette question soit abordée avant les prochaines échéances électorales. Dans l'attente, cette représentativité s'apprécie au regard des statuts de l'organisation et de ses adhérents. Cette question est pourtant essentielle car c'est le champ de représentativité des organisations d'employeurs qui établit le champ de l'accord.

Perte de la représentativité en 2013

Depuis la loi du 20 août 2008, la validité d'un accord de branche est subordonnée à la signature d'une ou plusieurs organisations représentatives de salariés ayant recueilli au moins 30 % des voix dans le champ de l'accord (L. 2232-6). Si une ou plusieurs organisations perdent la représentativité, cette perte n'a d'effets que si elle émane d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés (L. 2261-10). Les accords créant les OPCA et les FAF étant conclus dans les mêmes conditions qu'un accord collectif, ces dispositions sont applicables. Il en résulte que si l'accord est signé de manière unanime, il n'y aura pas de conséquence. Si seules certaines organisations ont signé, il ne faudra pas qu'elles soient minoritaires après le 20 août 2013. Si tel était le cas, l'accord ne remplissant plus la condition de représentativité de ces signataires exigés pour l'agrément, devrait faire l'objet d'une nouvelle négociation. Le cas échéant celle-ci devrait être ouverte à de nouvelles organisations représentatives.

Dans un double souci de parallélisme des formes et d'égalité des parties, il serait souhaitable que la question de la représentativité patronale soit réglée avant fin 2013 pour que les accords nouveaux ou les renégociations induites par les pertes de représentativité puissent être conduites selon des règles stabilisées. Et ce d'autant plus que la représentativité, outre ses effets sur la détermination du champ d'intervention d'un OPCA, a des conséquences sur la configuration des conseils d'administration d'OPCA ou de FAF.

2. Impact de la représentativité sur les Conseils d'administration

Composition des Conseils d'administration d'OPCA

La seule exigence du Code du travail en ce domaine est que le Conseil d'administration de l'OPCA ou du FAF soit paritaire. Par contre, la composition de chaque délégation patronale et syndicale relève de la négociation et non de la loi qui n'a pas abordé cette question, laissée à la décision des partenaires sociaux.

Pour les organisations syndicales, la règle et la pratique largement majoritaire, mais pas exclusive, est celle d'un nombre égal de sièges par organisation signataire, les organisations affiliées aux Confédérations nationales étant comptées pour une.

Pour les organisations patronales, le même principe peut être adopté, mais d'autres ont également cours, le nombre de sièges au sein de la délégation patronale étant parfois fonction du nombre d'adhérents, du nombre de salariés représentés ou encore du pourcentage de la collecte (notamment dans les OPCA interbranches).

Ces différentes mesures peuvent s'avérer difficiles en pratique notamment en cas d'adhésion multiple des organisations d'employeurs. Elles font l'objet d'arbitrages politiques entre organisations d'employeurs, auxquelles renvoient parfois les accords fondateurs (cette question n'étant pas traitée paritairement).

Sous réserve du respect de la parité des collèges, différentes formes d'organisation peuvent donc coexister au sein du conseil d'administration de l'OPCA.

L'impact de la loi du 20 août 2008 sur la composition des conseils d'administration

Côté organisations syndicales, la question se posera pour le premier renouvellement de mandat postérieur à l'établissement de la représentativité au niveau des branches et au niveau interprofessionnel. A cette date, soit le 21 août 2013, seules les organisations représentatives pourront siéger au sein de l'OPCA ce qui imposera une renégociation, car il est impossible d'anticiper le résultat des élections, de la composition du Conseil avec les organisations représentatives. Cette renégociation devra avoir lieu avant l'échéance des mandats pour permettre le renouvellement du Conseil. Le plus probable est que les mandats aient une durée de 3 ans pour les nouveaux OPCA, qui est aussi la durée des COM (conventions d'objectifs et de moyens) qui seront conclus entre les organismes collecteurs et l'État, mais rien n'interdit de fixer une durée différente. La question devra donc être traitée à partir de 2013.

Concernant la représentativité des organisations patronales, la composition des Conseils d'administration dépend de l'établissement de règles de portée générale en ce

domaine, à défaut cette question dépend entièrement de la négociation.

Remarque : la composition du Conseil d'administration n'a pas d'effets mécaniques sur les modalités de vote et la répartition du préciput. S'agissant des droits de vote, l'accord peut prévoir qu'il ait lieu par siège, mais également par organisation, par collège ou non, etc. Dans ce domaine, il n'y a pas d'encadrement réglementaire et la détermination des règles de vote (avec conditions éventuelles de majorité) relève intégralement de la négociation. De même pour le préciput. Si la loi fixe un plafond et réserve l'octroi de financements aux organisations siégeant au Conseil d'administration, elle ne fixe pas les modalités de répartition qui doivent faire l'objet d'une négociation et d'un accord. En effet, la gouvernance de l'OPCA et ses frais de fonctionnement faisant l'objet d'une appréciation dans le cadre de la délivrance de l'agrément, ces questions doivent être réglées dans l'accord et ne peuvent être renvoyées à une décision ultérieure du Conseil d'administration (ces questions seront traitées plus en détail dans la chronique n° 6 de la Fabrique des OPCA consacrée à la Gouvernance).

3. La question de l'interprofession et du hors champ

Le champ de la négociation collective connaît un périmètre interprofessionnel (champ) et des secteurs qui n'en relèvent pas (hors-champ). Ce niveau de négociation pose plusieurs questions juridiques et pratiques.

Une ou des interprofessions ?

A ce jour, seuls le Medef la CGPME et l'UPA bénéficient de la représentativité au niveau national interprofessionnel. Il en résulte plusieurs conséquences pratiques de la gouvernance du système de formation professionnelle : ces trois organisations sont les seules signataires des ANI, c'est-à-dire les seules organisations d'employeurs habilitées par la loi à remplir une fonction de pré-législateur en application de l'article premier du code du travail. Elles sont également les seules à représenter les employeurs au sein du FPSPP, alors que toutes les entreprises, qu'elles relèvent ou non du champ de l'ANI sont tenues de verser une contribution de solidarité interprofessionnelle, de 10 % en 2011 à travers leur OPCA, au FPSPP. Cette situation fait d'ailleurs l'objet d'un contentieux devant le Conseil d'État engagé par l'UNAPL (professions libérales) qui revendique la représentativité au niveau national interprofessionnel, ainsi que par l'USGERES (économie sociale) qui considère également qu'en raison de la diversité des secteurs professionnels représentés en son sein elle peut être considérée comme une organisation « interprofessionnelle » en particulier si l'on s'appuie sur la seule définition de ce concept donné par

l'administration : « Un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels sans liens directs entre eux. Le champ de ce type d'accord ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. » (Circulaire DGT du 14 novembre 2005). Suivant cette définition, il n'y aurait pas nécessairement une interprofession et des secteurs hors du champ de cette interprofession, mais des interprofessions avec des périmètres distincts déterminés selon les critères de la représentativité patronale. D'où une seconde thématique qui devra être traitée lors de l'établissement de règles relatives à cette représentativité.

Périmètre des champs de représentativité

La distinction entre ce qu'il est convenu d'appeler le champ et le hors champ, c'est-à-dire les branches et les entreprises qui relèvent du champ d'application de l'ANI et celles qui n'en relèvent pas, n'est pas un critère d'agrément. En effet, l'article L. 6332-1 exige la représentativité aussi bien des organisations syndicales de salariés et d'employeurs dans le champ de l'accord, sans pour autant spécifier que celle-ci s'apprécie en considération de la notion de champ ou de hors champ de l'ANI. La seule exigence formulée par la loi, est celle de la cohérence du champ professionnel interprofessionnel ou territorial de l'accord. Ce critère s'apprécie en opportunité davantage qu'en droit. En effet la cohérence professionnelle peut résulter du regroupement au sein d'un même OPCA interbranches, de branches du champ et du hors champ et inversement.

Il reviendra d'ailleurs aux négociateurs de préciser dans les accords créant les nouveaux OPCA en quoi il y a cohérence entre les champs professionnels qui s'associent pour disposer d'une structure commune de gestion des fonds de la formation professionnelle. Cette cohérence peut venir de métiers communs, d'intégration économique entre les secteurs, d'identité de territoire pour le développement de ses activités, d'identité de taille et donc d'approche des questions de ressources humaines, etc. En présence d'éléments justifiant la cohérence du champ, l'administration ne pourra que prendre acte, sauf à contester les éléments fournis au risque d'agir en pure opportunité et d'être censurée par le Conseil d'Etat. Par contre, en l'absence de toute justification dans l'accord, l'administration pourrait considérer que la cohérence n'est pas établie et fonder un refus d'agrément sur cette lacune.

Enfin, concernant d'éventuels OPCA « mixtes », c'est-à-dire regroupant des secteurs inclus et exclus du champ d'application des ANI, rien n'interdit à des branches situées dans le champ et hors champ de conclure un accord pour avoir un même OPCA.

Considéré, comme quasiment tous les OPCA, comme un OPCA interbranches, il est agréé dans les mêmes conditions que tout OPCA. Toutefois, cet OPCA sera soumis, pour une partie de son activité, aux règles des ANI. D'où certaines spécificités, comme par exemple l'impossibilité de revendiquer un agrément CIF pour l'ensemble du champ de l'OPCA, les ANI confiant un monopole aux FONGECIF. La DGEFP a déjà fait savoir qu'elle pourrait procéder à des agréments partiels (sur une partie du champ) pour les OPCA relevant d'une telle situation.

Conclusion

La renégociation des actes constitutifs des OPCA préalable à un nouvel agrément délivré par les pouvoirs publics en 2011, intervient dans un agenda caractérisé par l'entrée en vigueur progressive de nouvelles règles de représentativité pour les organisations syndicales de salariés, et d'un débat qui s'ouvre sur la représentativité des organisations syndicales d'employeurs. Par ailleurs, la négociation ouverte sur la gouvernance des organismes paritaires pourrait fixer des règles de cadrage quant à la composition des conseils d'administration.

Les partenaires sociaux impliqués dans la renégociation des accords constitutifs des OPCA auront sans doute à l'esprit ce contexte évolutif, pour l'anticiper autant que faire se peut.

Cette phase de renégociation des accords constitutifs des OPCA, nous permet de constater que le droit commun de la négociation collective impacte le droit « collectif » de la formation comme le droit du travail a déjà impacté le droit « individuel » de la formation.

Cette intrusion du droit commun dans un champ jusque-là spécifique n'est pas sans bousculer certaines habitudes. Elle nécessite également que les négociateurs prennent en compte des paramètres qu'ils pouvaient jusque-là ignorer. Si les résultats seront à juger sur pièce, du point de vue des principes, il est satisfaisant que le droit commun, littéralement celui de la communauté, se substitue à du droit particulier ou spécifique, ce qui constitue, notamment, une réponse à la critique de corporatisme qui a été faite au système de gestion paritaire de la formation.

Partagez sur :



La fabrique des OPCA : les relations entre accord de branche et OPCA

Écrit par [Jean-Marie Luttringer](#), [Jean-Pierre Willems](#), publié le 23 février 2011

Les OPCA sont, par délégation de la loi, le fruit de la négociation collective. Il revient à ce titre à l'accord constitutif de l'OPCA de fixer son champ d'intervention, les pouvoirs du Conseil d'administration ainsi que les modalités de fonctionnement de l'OPCA. Cette liberté conventionnelle n'est pas illimitée. Les OPCA exerçant des missions légales et gérant des contributions de nature fiscale, une large partie de leur structuration et de leur fonctionnement est prédéterminée par la loi et ne peut être modifiée par la voie de la négociation.

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

Au-delà de l'accord constitutif de l'OPCA, un accord de branche (lorsque le champ de l'OPCA ne couvre qu'un champ de convention collective) ou plusieurs accords de branches (lorsque l'OPCA est interbranches, ce qui est très majoritairement le cas) peuvent comporter des dispositions relatives à la formation professionnelle et parfois au rôle de l'OPCA, à ses conditions ou modalités d'intervention. L'obligation triennale de négociation sur la formation au niveau des branches professionnelles énumère d'ailleurs une liste indicative d'une vingtaine de thèmes susceptibles d'être négociés. Ces accords collectifs sont marqués par une nature juridique hybride : c'est un contrat passé entre des personnes privées (nature contractuelle) qui produit des effets normatifs à l'égard de tiers (nature réglementaire). Cette ambivalence a bien entendu des effets sur les clauses de ces accords. Certaines sont d'essence contractuelle, d'autres d'essence normative et créent des droits et des obligations pour les employeurs et les salariés. Par ailleurs, il est dans la nature d'un accord collectif d'être le fruit d'un compromis politique entre les représentants salariés et les représentants employeurs ce compromis s'exprimant souvent à travers des clauses « déclaratives » qui définissent des intentions, des objectifs ou encore des priorités retenues par les signataires, sans pour autant avoir d'effets juridiques directs. On trouvera également, particulièrement dans les accords formation, des clauses ayant pour objet la création d'instances paritaires telles que les CPNE (Commissions paritaires nationales de l'emploi). Ces clauses engagent les parties signataires entre elles sans avoir d'effet à l'égard de tiers.

C'est dans ce paysage juridique relativement mouvant, en raison de la valeur inégale et des effets juridiques relatifs des clauses d'un accord de branche sur la formation, que cette troisième chronique de la fabrique des OPCA convie le lecteur à s'aventurer pour y découvrir la spécificité des clauses des accords de branche sur la formation, traitant des OPCA. (À ne pas confondre avec les clauses des accords portant création des OPCA voir [chronique "La fabrique des OPCA" numéro 2](#)).

Juridiquement, les clauses des accords de branche sur la formation traitant de l'OPCA peuvent s'analyser comme une stipulation pour autrui qui n'a pas d'effet, faute de convention entre le stipulant (l'accord de branche) et le promettant (l'OPCA) qui permettrait au tiers bénéficiaire (l'entreprise) de revendiquer l'application de l'accord de branche. Il faut toutefois réserver les cas où la loi, voire l'accord constitutif de l'OPCA, crée ce lien juridique nécessaire entre l'accord de branche et l'OPCA.

La présente chronique, troisième de la série « La fabrique des OPCA » fait le point sur la manière dont un accord de branche peut, ou pas, imposer des obligations à un OPCA et les voies de résolution d'éventuels conflits. Il faut distinguer à cet effet les domaines où la loi donne compétence à l'accord de branche pour fixer des normes opposables à l'OPCA, et les domaines dans lesquels les négociateurs interviennent au nom de l'autonomie contractuelle sans délégation législative expresse. Les administrateurs de l'OPCA ont-ils « compétence liée » pour l'application de ces deux types de clauses ?

1. Les relations entre accord de branche et OPCA dans le cadre légal

a) typologie des clauses d'un accord de branche sur la formation relative aux OPCA

En ce qui concerne le financement d'actions dans le cadre du plan de formation, l'OPCA est souverain pour la gestion des contributions qu'il collecte. L'accord de branche, s'il peut imposer à l'entreprise de verser (tout ? Voir chronique numéro deux) ou partie du 0,9 % au titre du plan de formation à un OPCA, il ne peut en revanche imposer aucune obligation à l'OPCA, quant aux priorités ou aux modalités de l'affectation de cette ressource. Celle-ci est en effet mutualisée dès le premier euro et il appartient au conseil d'administration souverain d'en décider l'affectation. Il ne peut donc pas y avoir de conflit entre accord de branche et OPCA en la matière.

En ce qui concerne le financement d'actions de professionnalisation et du DIF, on peut distinguer trois types de stipulation des accords collectifs susceptibles d'interférer avec le pouvoir de gestion des OPCA : stipulations qui imposent, stipulations qui autorisent, stipulations qui établissent des priorités.

Stipulations qui imposent. Il n'existe qu'un seul texte dont l'objet est de conférer aux accords collectifs le pouvoir d'imposer une décision à l'OPCA. Il s'agit des articles L 6332-14 et R 6332-79. Les montants pris en charge par les OPCA se rapportant à des actions de formation organisées dans le cadre des contrats ou des périodes de

professionnalisation sont fixées selon les modalités définies à l'article L 6332-14. Cet article permet aux conventions et accords collectifs de branche de fixer des forfaits horaires. On notera que la règle n'est pas la même pour le DIF : l'article R 6332-80 dispose que, pour les dépenses se rapportant à des actions de formation organisées dans le cadre du DIF, les montants pris en charge par les OPCA couvrent tout ou partie des frais pédagogiques ainsi que, le cas échéant, des frais de transport et d'hébergement. C'est l'OPCA qui décide, pas l'accord collectif.

Stipulations qui autorisent. Les accords collectifs, ont dans certains cas, le pouvoir de délivrer des autorisations aux OPCA, sans pour autant leur imposer des obligations. C'est ainsi que l'article L 6332-16 dispose que les OPCA agréés au titre de la professionnalisation « peuvent » prendre en charge les dépenses de fonctionnement des CFA « selon des modalités arrêtées dans le cadre d'un accord de branche ».

Stipulations qui établissent des priorités. L'article R 6332-78 dispose que « dans le respect des priorités définies par un accord de branche », les ressources des OPCA agréés au titre des contrats ou des périodes de professionnalisation et du DIF sont affectées au financement des actions de formation, de formation de tuteurs, de l'exercice de la fonction tutorale, des dépenses de fonctionnement des CFA, des frais de gestion et d'information et des coûts des diagnostics.

B) Contentieux entre signataires des accords collectifs et OPCA

Si l'OPCA ne respecte pas les forfaits fixés par l'accord collectif pour ce qui concerne les contrats et périodes de professionnalisation, ou prend en charge les dépenses de fonctionnement d'un CFA sans y être autorisé par un accord collectif, ou ne respecte pas les priorités établies par l'accord collectif, la possibilité d'une action en justice est sans doute envisageable.

Cette hypothèse est cependant inédite. Aux termes de l'article L 2262-1, « sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires ». L'accord collectif est un contrat, et un contrat n'est que la loi des parties, et, en matière d'accord « collectif », la loi des employeurs ou salariés membres d'une des parties signataires. L'extension ou l'élargissement n'ont pas pour conséquence de transformer l'accord collectif en règlement applicable à des tiers, en l'occurrence les OPCA. L'arrêté d'extension a seulement pour objet de rendre l'accord collectif obligatoire pour des employeurs et des salariés qui ne sont pas membres des organisations signataires (L 2261-15 et 17). Une action intentée devant les tribunaux par un syndicat ou un salarié contre un OPCA qui

ne respecte pas les forfaits horaires fixés par l'accord collectif serait particulièrement originale.

2. Les relations entre accord de branche et OPCA dans un cadre conventionnel

La pratique de la négociation collective excède le champ qui lui est assigné par la loi. Dans les faits, on constate que des accords collectifs de branche donnent des instructions aux OPCA alors que rien dans les textes ne les y autorise.

Exemples :

- À l'occasion d'une action de formation réalisée par un salarié dans le cadre du plan de formation, si la formation conduit à dépasser la durée légale du travail, « l'OPCA prend en charge les coûts pédagogiques de ces actions dans la limite de 50 heures ».
- Les modalités de prise en charge par un OPCA des actions de formation au titre du DIF concernent les frais pédagogiques dans leur intégralité plus une participation forfaitaire de 40 € ou de 120 € par jour pour les frais de transport et d'hébergement.
- Les ressources collectées par un OPCA au titre de la professionnalisation sont réparties à 50% pour les contrats de professionnalisation et à 50% pour les périodes de professionnalisation.

Si l'OPCA ne respecte pas ces clauses d'un accord formation, aucune action en justice engagée par les signataires de l'accord de branche ou par un employeur ou un salarié n'a de chances d'aboutir. Il s'agit en effet d'une stipulation pour autrui imparfaite dans la mesure où fait défaut le lien juridique entre l'accord de branche et l'OPCA. En effet, l'OPCA n'est pas dans le champ d'application de l'accord de branche qui ne lui est pas opposable directement. Cet accord ne peut créer d'effets juridiques au profit des tiers sans qu'il ne soit relayé par une décision des instances d'administration de l'OPCA. En ce sens, l'accord de branche marque une volonté, un souhait, des partenaires sociaux de la branche, qu'il revient à l'OPCA de prendre en compte et de relayer dans le cadre de son système décision et d'administration, de sa politique propre et de ses moyens financiers.

Cette pratique de la négociation de branche « au-delà » de ses possibilités juridiques, est sans doute imputable à l'ambiguïté qui caractérise le droit de la formation professionnelle continue depuis 1970. Au départ, il y a un accord interprofessionnel, mais celui-ci ne va pas au bout de la logique du droit conventionnel : il en appelle à l'Etat pour obliger les employeurs à financer la formation. L'article L 2221-1 incite certes les partenaires sociaux à négocier des accords relatifs aux « conditions de formation professionnelle », mais cela ne les autorise pas à disposer librement des ressources

fiscales de l'Etat, ni à contraindre une instance qui est dotée de la personnalité morale et d'organes d'administration disposant d'une souveraineté de gestion. C'est d'ailleurs cette souveraineté qui constitue une dernière limite aux interventions de l'accord de branche.

3. Accord de branche et administration de l'OPCA

Un OPCA ne peut être contraint à une stricte application des accords de branche dans la mesure où le mandat d'administrateur d'OPCA est un mandat « politique » qui ne peut être un mandat impératif.

En effet, le champ de compétences de l'OPCA est trop largement défini (C. trav. Art. L. 6332-1-1) pour que les administrateurs d'OPCA puissent se voir confier un mandat de nature impérative par leur organisation. Le mandat d'administrateur suppose que le mandataire soit en mesure d'assumer des responsabilités civiles et pénales personnelles. L'article L. 6355-24 prévoit en effet une responsabilité qui vise les personnes administrant un OPCA et non les organisations. L'administrateur d'un OPCA ne saurait donc avoir de compétence liée et conserve le droit et l'obligation d'exercer personnellement les prérogatives liées à son statut d'administrateur. À ce titre, il est le garant du bon fonctionnement de l'OPCA et de sa gestion. Il peut donc être amené, dans le cadre de son mandat et de ses responsabilités personnelles, à prendre des positions qui pourraient s'avérer contraires aux dispositions conventionnelles de branche - applicables dans le champ d'intervention de l'OPCA. Cette réserve pourrait également s'appliquer en cas d'accord de branche dont les prescriptions sont obligatoires en vertu d'une disposition législative. L'OPCA n'agissant jamais que sous réserve de ses disponibilités financières (principe qui interdit, par exemple, que le DIF transférable ne constitue un droit de créance pour les salariés envers l'OPCA), il revient aux administrateurs in fine de décider des interventions financières. Si un conflit en ce domaine intervenait, il appartiendrait aux organisations de le résoudre soit en retirant le mandat de leur administrateur, soit en renégociant l'accord dont l'application pose problème.

Conclusion

Il faut rappeler que tout conflit n'est pas nécessairement pathologique ni le symptôme d'un dysfonctionnement. Les lieux de pouvoir sont des silex qui peuvent produire quelques étincelles lorsqu'ils s'entrechoquent. Le droit n'a pas pour fonction d'éviter les conflits mais au contraire d'en accepter le principe et d'offrir des instances et des procédures pour leur résolution. Dans la question des relations entre accord de branche et OPCA, l'accord constitutif de l'OPCA, notamment à l'occasion des

négociations en cours, pourrait ainsi anticiper et prévoir de quelle manière sera résolu un éventuel conflit entre un accord de branche et l'OPCA. Ces modes de résolution devront tenir compte du cadre juridique particulier applicable aux OPCA, que la présente chronique avait pour objet de rappeler.

Partagez sur :



La fabrique des Opca : la gémellité des CPNE et des Opca

Écrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 3 mars 2011

Quel est l'impact de la dernière réforme de la formation professionnelle sur l'équilibre entre le pilotage politique de la formation par les partenaires sociaux au niveau des branches dans les CPNE (Commissions paritaires nationales de l'emploi) et la gestion paritaire exercées par ces mêmes partenaires sociaux dans les Opca (Organismes paritaires collecteurs agréés) ? Dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF, Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems font le point sur « la socio-dynamique des relations entre CPNE et Opca », ces « jumeaux » que « tout rapproche » et « tout sépare ». Partant du constat que les CPNE sont un « objet juridique non identifié », les deux juristes analysent l'évolution de leur rôle et de leur positionnement alors que leur pouvoir normatif reste, d'un point de vue légal, très limité. Cette chronique est la quatrième du cycle intitulé « la fabrique des Opca » ayant pour objet d'analyser point par point les conséquences juridiques de l'actuel processus de regroupement des organismes collecteurs.

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

Comme les jumeaux, les CPNE et les OPCA sont nés à peu de temps d'intervalle (Loi de décembre 1968 pour l'origine des FAF puis ANI du 9 juillet 1970, ANI du 10 février 1969 pour les CPNE). Comme les jumeaux, les CPNE et les OPCA ont la même origine : le mouvement de négociation issu de Mai 68. Comme les jumeaux, CPNE et OPCA ont une même nature : paritaire. Comme les jumeaux, leurs relations sont souvent excellentes et parfois orageuses. Et comme pour les jumeaux, tous ces points communs ne valent pas identité, chacun ayant une personnalité à part entière. Cette quatrième chronique de la Fabrique des OPCA, fait le point sur la socio-dynamique des relations entre CPNE et OPCA.

1. CPNE et OPCA : une même origine, mais des régimes juridiques différents

Tout les sépare

Les OPCA sont des institutions paritaires, dont la création et le fonctionnement sont encadrés strictement par la loi, ils sont dotés de la personnalité juridique, ils remplissent une mission d'intérêt général - le développement de la formation tout au long de la vie - et sont habilités par voie d'agrément à gérer des ressources de nature fiscale, affectées au financement de cette mission.

Les CPNE au contraire sont de pures créations contractuelles à l'initiative des seuls partenaires sociaux. Elles ont été instituées par l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 relatif à la sécurité de l'emploi, juste après que la loi de décembre 1968 donne naissance aux FAF et avant que l'ANI de 1970 et la loi du 9 juillet 1971 ne créent l'obligation fiscale et l'agrément des FAF.

La mission première des CPNE, centrée sur l'emploi dans la branche - elles disposaient notamment de prérogatives en matière de reclassement des salariés licenciés pour motif économique -, s'est progressivement élargie à la formation au fur et à mesure que ce thème devenait un objet central de négociation au niveau national interprofessionnel. Elles sont aujourd'hui un pivot central des politiques emploi-formation des branches professionnelles. Leurs missions et leur fonctionnement s'appuient sur un cadre de référence proposé par l'ANI du 5 octobre 2009 repris et adapté par les branches du champ. La plupart des branches hors champ, bien qu'elles ne soient pas tenues par l'ANI l'ont repris à leur compte. Les CPNE ne disposent pas de la personnalité juridique et ne sont délégataires d'aucune mission d'intérêt général comme le sont les OPCA. Cependant la loi leur confère quelques prérogatives sans les avoir par ailleurs reconnues en tant que telles. Les seules ressources dont elles disposent sont celles que les partenaires sociaux qui les ont créées mettent à leur disposition, ainsi que quelques rares moyens en provenance des OPCA pour des missions limitativement prévues par les textes législatifs et réglementaires.

Et pourtant tout les rapproche :

leurs missions d'étude sur les objectifs les priorités de la formation au service des branches professionnelles dont devront s'inspirer les OPCA pour leur décision de financement.

Le rôle dans la mise en oeuvre de la politique contractuelle avec les pouvoirs publics qui débouchera sur des cofinancements avec les OPCA.

La détermination de référentiels et la création de CQP (certificat de qualification professionnelle) susceptibles d'ouvrir droit au financement d'un contrat ou d'une période de professionnalisation par l'OPCA.

- leur place dans la gouvernance du système paritaire de la formation professionnelle, en effet les partenaires sociaux gestionnaires des OPCA sont souvent les mêmes que ceux qui sont mandatés par leurs organisations respectives au sein des CPNE et certaines de leurs « décisions » doivent être prises en compte par les administrateurs des OPCA.

2. CPNE et réforme des OPCA

Le processus de regroupement des organismes collecteurs initié par la réforme de 2009 rend d'autant plus nécessaire l'examen des relations entre CPNE et OPCA que la grande majorité des OPCA sera interbranches, c'est-à-dire qu'ils géreront au sein de la même institution paritaire plusieurs politiques de branche. Ces dernières, en particulier celles qui auront dû renoncer à un OPCA dédié, auront à coeur d'affirmer leur identité

de branche face à l'OPCA considéré par elles comme un prestataire de services, fût-il paritaire. La négociation périodique (en principe triennale) d'un accord de branche sur les objectifs, les priorités et les moyens de la formation, ou sur la désignation d'un OPCA, ne suffit pas à garantir l'identité de la branche et la maîtrise, dans la durée, de sa politique de formation. Les partenaires sociaux des branches auront par conséquent à coeur de confier à leur CPNE la mission d'assurer le suivi et « le pilotage politique » des orientations et décisions traduites dans l'accord de branche. L'OPCA sera considéré par les branches comme un outil technique au service de leur politique. Dans les deux OPCA à la fois interbranches et interprofessionnels (AGEFOS-PME et OPCALIA), la situation sera caractérisée par l'existence de CPNE de branche en amont de l'OPCA, et d'une CPNAA (commission paritaire nationale d'application de l'accord) qui jouera le rôle de CPNE pour les entreprises adhérentes à l'un de ces deux OPCA, au titre de leur agrément interprofessionnel, sans passer par le truchement d'un accord de branche.

Mais la socio-dynamique de la CPNE ne se réduit pas au tête-à-tête avec l'OPCA. En effet, cet objet juridique non identifié (OJNI) entretient des relations aussi bien avec l'entreprise (employeur, IRP, salariés), qu'avec les pouvoirs publics. Ainsi cette instance sans consistance juridique réelle se trouve placée au carrefour des grands enjeux de la régulation du système de formation professionnelle. Aussi, avant d'examiner de manière plus approfondie la diversité des liens qui peuvent se tisser entre une CPNE et un OPCA il est indispensable de faire un détour par les liens entre la CPNE, l'entreprise et ses diverses composantes, ainsi que par les liens entre la CPNE et les pouvoirs publics.

3 .Les liens entre la CPNE et l'entreprise

La CPNE est un instrument au service de la préparation et de la mise en oeuvre de la politique de formation de la branche, qui est elle-même au service des entreprises et de leurs salariés. Aussi est-il naturel que les textes conventionnels qui traitent du fonctionnement et des missions des CPNE fassent une place au flux d'information ascendant et descendant entre les instances de la branche, dont la CPNE, et les entreprises. L'ANI du 5 octobre 2009, qui fait l'objet d'un projet d'arrêté d'extension (1), traite de cette question notamment aux articles 168 et suivants. Cette relation ne soulève aucune difficulté de nature juridique. Si difficultés il y a, elles relèvent plutôt de l'effectivité des missions et de l'inégalité de traitement entre les employeurs adhérents d'une branche, souvent confondue avec l'organisation patronale de la branche, et les IRP des entreprises adhérentes. Sur l'effectivité, à défaut d'études factuelles, on se contentera de faire l'hypothèse que celle-ci est d'autant plus réduite que les moyens

propres dont dispose la CPNE sont faibles, voire inexistants, d'où la tendance naturelle à renvoyer vers l'OPCA, qui lui dispose de moyens, le soin de remplir cette mission. Sur l'inégalité de traitement au regard de l'accès à l'information produite par la branche on peut également faire l'hypothèse que l'assimilation de fait entre branche et organisation patronale conduit à privilégier cette dernière dans l'accès à l'information produite par la CPNE et dans l'usage qu'elle pourra en faire au profit de ses entreprises adhérentes.

En revanche les liens juridiques susceptibles d'exister entre la CPNE et l'entreprise pourront s'avérer plus complexes que le flux d'information entre la base et le sommet et inversement. Deux situations méritent d'être mentionnées dans ce contexte : l'intervention éventuelle de la CPNE pour déterminer le niveau de rémunération de bénéficiaires de contrats de professionnalisation ou son intervention dans le domaine de la qualification à l'occasion de la création de CQP. Dans les deux cas « les décisions » d'une CPNE sont susceptibles d'avoir un effet normatif, c'est-à-dire créateur de droits ou d'obligations pour des tiers, employeurs ou salariés. Un objet juridique non identifié comme l'est la CPNE peut-il prendre des « décisions » emportant des effets juridiques opposables à des tiers ? En principe non, sauf si la CPNE a reçu délégation expresse de l'accord de branche pour préparer de telles décisions, et que ces décisions une fois préparées sont actées dans le respect du formalisme d'un avenant à l'accord de branche (représentativité des signataires, droit d'opposition, publicité, dépôt auprès du conseil des prud'hommes...). Plusieurs branches pratiquent d'ailleurs de la sorte, notamment le bâtiment et la métallurgie, pour « les décisions » ayant un impact sur la rémunération des bénéficiaires de la formation.

La question des effets juridiques à l'égard des employeurs et salariés, d'un CQP créé par une CPNE de branche, renvoie bien sûr également au formalisme d'un accord collectif. Mais, ici, il s'agit avant tout du positionnement du CQP dans la grille de classification de la branche. Selon que cette procédure aura, ou non, été respectée le salarié pourra, ou non, se prévaloir du CQP en vue de la réévaluation de son salaire. À défaut de ce positionnement le CQP pourra constituer un argument de la négociation salariale sans pour autant avoir d'effet normatif obligatoire dans les rapports directs entre employeurs et salariés, ce qui n'exclut pas que le CQP inscrit dans la convention collective et au RNCP puisse avoir un effet juridique, en l'occurrence celui de libérer le financement d'un contrat ou d'une période de professionnalisation par un OPCA (Voir ci-dessous).

4. Les liens entre la CPNE et les pouvoirs publics

Les CPNE ne sont pas un interlocuteur des pouvoirs publics dans le cadre de la politique contractuelle. Historiquement, c'est-à-dire à partir de la fin des années 80, la politique contractuelle de l'Etat est passée par les organisations patronales et non par des instances paritaires. Aujourd'hui encore, dans le cadre des EDEC, l'Etat s'engage avec les organisations professionnelles, les organisations syndicales pouvant être signataires des accords mais sans qu'elles soient un interlocuteur obligé ni privilégié. Signe que l'emploi et la formation sont traditionnellement inscrits dans le pouvoir de l'employeur, donc du dirigeant et de ses représentants. Si la gestion est paritaire, la décision de gestion ne l'est guère.

Ce paradigme du pouvoir patronal structure l'ensemble des aides de l'Etat à de rares exceptions près, constituées par les incitations, voire les obligations, de négocier.

Dans un tel contexte, les CPNE, dépourvues par ailleurs de capacité à s'engager, ne constituent pas des interlocuteurs permettant une mise en œuvre de politiques, pour lesquelles l'Etat peut rechercher des partenaires. A ce titre, elles n'ont qu'un rôle mineur, voire sont absentes, dans la gouvernance partenariale que l'Etat essaie, bon gré mal gré, d'impulser dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle.

5. Les liens entre la CPNE et l'OPCA

L'analyse développée dans **la chronique numéro trois de la fabrique des OPCA** relative aux relations entre accord de branche et OPCA prévaut ici. En effet, dès lors que la CPNE, comme d'ailleurs son nom l'indique, n'est qu'une « commission » mise en place pour prolonger ou préparer l'activité d'autres instances (commissions paritaires de négociation, OPCA...), elle ne saurait avoir de pouvoir opposable à des tiers, que dans les limites et selon le formalisme des procédures prévues par ceux qui l'ont instituée. Ainsi, la volonté exprimée par les partenaires sociaux des branches d'assurer à travers la CPNE « le pilotage politique » de l'OPCA, n'emporte aucune conséquence juridique a priori et marque plus une intention qu'elle n'a d'effet normatif.

Les compétences conférées par l'ANI à la CPNE dans ses relations avec les OPCA n'a pas davantage de valeur juridique comme l'a rappelé le ministère du travail à l'occasion de la procédure d'extension de l'ANI du 5 octobre 2009. Ainsi le ministère du travail appelle-t-il « l'attention des partenaires sociaux sur le fait que les articles L 6325-1 et L. 6314-1 du code du travail prévoient trois types de qualification dont les certificats de qualification professionnelle en lieu et place des qualifications figurant sur une liste établie par une commission paritaire nationale de l'emploi d'une branche professionnelle. En outre, l'article L. 6314-2 définit le contenu des certificats de qualification professionnelle ». La loi, en effet, postérieure à l'ANI du 5 octobre 2009,

n'a pas repris à son compte la disposition de l'ANI prévoyant qu'une qualification professionnelle pouvait être établie par les CPNE et ainsi ouvrir droit au contrat de professionnalisation (pour les périodes de professionnalisation, les formations figurant sur une liste établie par la CPNE demeurent accessibles) comme cela était le cas depuis la création des contrats de qualification en 1983.

Pour les contrats de professionnalisation, seules sont désormais reconnues les qualifications, soit enregistrées dans le répertoire national des certifications professionnelles, soit reconnues dans les classifications d'une convention collective nationale de branche, soit ouvrant droit à un certificat de qualification professionnelle. L'article L 6314-2 précise que « les certificats de qualification professionnelle sont établis par une ou plusieurs commissions paritaires nationales de l'emploi d'une branche professionnelle. Ils s'appuient, d'une part, sur un référentiel d'activités qui permet d'analyser les situations de travail et d'en déduire les connaissances et les compétences nécessaires et, d'autre part, un référentiel de certification qui définit les modalités et les critères d'évaluation des acquis. Les certificats de qualification professionnelle ainsi que les référentiels mentionnés à l'alinéa précédent sont transmis à la commission nationale de certification professionnelle ».

En revanche, en matière de période de professionnalisation, l'article L. 6324-4 dispose que « l'accord de branche détermine les conditions dans lesquelles la CPNE de la branche professionnelle concernée définit les objectifs des actions de formation ». Cette compétence légale, permet à la CPNE de prendre, en application d'un accord de branche, des décisions qui seront opposables à l'OPCA, du fait de la loi. Il en va ainsi lorsque la loi renvoie expressément à la CPNE. A défaut, les « décisions » des CPNE ont davantage de portée politique que juridique.

Conclusions

Parvenus à l'âge adulte, les jumeaux ont chacun tracé leur route. Les OPCA deviennent des acteurs incontournables et structurants des politiques de formation des branches qu'ils mettent en œuvre dans les entreprises et sur les territoires, les CPNE des lieux d'élaboration de politiques, appuyées sur les travaux des Observatoires et déclinées dans des accords collectifs, des accords avec l'Etat ou d'autres partenaires institutionnels ou mises en œuvre dans le cadre de financements de l'OPCA. A ce titre, la sphère d'influence de la CPNE va au-delà du strict formalisme juridique. Ne dit-on pas qu'entre des jumeaux, quelle que soit la distance et les histoires de vie, il existe un lien indéfectible ?

(1) Lire la dépêche AEF n°**144768**

Partagez sur :



Agrément et extension : les nouveaux OPCA sous le regard de l'administration

Écrit par **Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems**, publié le 15 mars 2011

La gouvernance et la régulation paritaire des OPCA est envisagée par l'administration « comme subordonnée à la régulation légale résultant de la qualité d'organisme agréé », constatent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse, cinquième chronique du cycle consacré à « La fabrique des OPCA », publiée sur le Club AEF, mardi 15 février 2011. Les deux juristes s'intéressent, cette fois, aux procédures d'agrément et d'extension par l'administration des accords créant les nouveaux organismes collecteurs découlant du processus de réforme prévu par la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie. Ainsi, avant la fin de cette année, ces deux décisions administratives viendront « ponctuer, à défaut de clore, le processus de réforme des OPCA ». Selon les deux juristes, la teneur des réponses de l'administration traduiront, une fois encore, « une certaine conception des relations entre la régulation étatique et la gestion paritaire ».

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

Le processus de réforme des OPCA, lancé par la loi du 24 novembre 2009, s'effectue en plusieurs étapes, dont celle du passage devant l'administration qui devra délivrer un nouvel agrément prenant effet à compter du 1er janvier 2012. Par ailleurs, et même si juridiquement cela ne constitue pas un impératif, les accords créant les OPCA nouveaux ou pris aux fins de leur agrément, feront l'objet d'une demande d'extension auprès du Ministère du Travail. Avant la fin de l'année, deux décisions administratives viendront donc ponctuer, à défaut de clore, le processus de réforme des OPCA. La vision des partenaires sociaux et du législateur qui ont présidé à la réforme des OPCA, sera complétée par celle qu'il est convenu d'appeler, en langage juridique, « la doctrine administrative ». La présente chronique fait le point sur les modalités et enjeux de ces deux procédures.

1. Pourquoi les OPCA doivent-ils être agréés ?

L'agrément est l'habilitation donnée par l'administration aux organismes paritaires collecteurs, de gérer les contributions fiscales des entreprises au financement de la formation professionnelle (C. Trav., art. L. 6332-1).

Les termes mêmes de cet article, marquent bien la limite de l'agrément qui ne concerne que les contributions entrant dans les dispositions du chapitre Premier du Titre III de la partie 6 du Code du travail, relatif au financement de la formation professionnelle. Il en résulte plusieurs conséquences :

Un Fonds d'assurance formation peut parfaitement être créé et fonctionner sans être agréé. Il en résultera simplement que les sommes qu'il gère ne sont pas déductibles fiscalement ;

Au sein d'un même organisme, des activités entrant dans le champ de l'agrément et des activités non rattachées à cet agrément peuvent coexister, aucun texte n'imposant aux OPCA, comme c'est le cas pour les entreprises de travail temporaire ou les groupements d'employeurs par exemple, d'avoir une activité exclusive ;

Seules les sommes gérées au titre de l'agrément relèvent d'un contrôle de l'Etat du fait de leur nature fiscale.

L'agrément des OPCA n'est donc pas une condition de leur existence mais une habilitation à percevoir certaines catégories de ressources, en l'occurrence les ressources de nature fiscales obligatoirement consacrées au financement de la formation professionnelle. L'agrément n'a donc pas d'effet sur d'éventuelles ressources d'une autre nature que celles prévues par les dispositions légales relatives au financement de la formation.

2. Les conditions de l'agrément : contrôle de conformité ou appréciation en opportunité ?

C'est par leur agrément que le Code du travail aborde les dispositions relatives aux OPCA (C. trav. Art. L. 6332-1). Le législateur fixe, en effet, les conditions à remplir par les organismes paritaires collecteurs pour pouvoir prétendre à l'agrément. Ces conditions ont été complétées par le Décret du 22 septembre 2010 (art. R. 6332-8) qui précise que « Pour l'appréciation des conditions auxquelles l'article L. 6332-1 subordonne l'agrément des organismes collecteurs paritaires habilités à recevoir les contributions des employeurs, il est tenu compte notamment de la capacité financière et des performances de gestion, de l'estimation de la collecte, de la mise en oeuvre d'une comptabilité analytique, de l'estimation des frais d'information et de gestion, de la cohérence du champ d'intervention professionnel, de la capacité à assurer une représentation au niveau territorial, de l'aptitude à assurer des services de proximité à destination des très petites, petites et moyennes entreprises et du respect des règles de publicité conformément aux dispositions de l'article R. 6332-23. »

Ces conditions mêlent des critères objectifs, telles que les capacités financières avec un seuil de collecte minimal, la gestion paritaire ou encore l'existence d'une comptabilité analytique, avec des critères plus subjectifs, comme les performances de gestion ou la cohérence du champ d'intervention. Pour ne reprendre que ces deux derniers critères, comment apprécier les performances d'un OPCA en matière de gestion alors qu'aucun indicateur n'a été défini ni par le législateur ni par les partenaires sociaux eux-mêmes ? S'agissant du champ professionnel, dès lors que les OPCA sont le fruit de la négociation collective, comment décider s'il est cohérent ou

non que des secteurs professionnels différents se soient mis d'accord pour disposer d'un outil commun au service du développement de la formation professionnelle continue ? De ce point de vue, d'ailleurs, l'existence d'organismes interprofessionnels qui gèrent des branches qui n'ont aucun lien particulier entre elles n'est-il pas le contre-exemple parfait de la non pertinence d'un tel critère ?

Pour autant, il est dans la logique de l'agrément que l'administration procède d'une part à un contrôle de conformité et d'autre part à une appréciation en opportunité. En effet, l'agrément correspond à une délégation de gestion d'une ressource de nature fiscale, dont l'Etat pourrait assurer la gestion directe. Il n'est pas anormal à ce titre que l'Etat puisse faire valoir des choix en opportunité quant aux organismes qui seront habilités à gérer ce type de ressources.

3. Pourquoi une extension des accords constitutifs des OPCA ?

L'extension d'un accord est un acte par lequel l'administration étend les effets d'un accord à toutes les entreprises et salariés comprises dans le champ d'application de l'accord. A défaut d'extension, l'accord ne serait applicable qu'aux seuls adhérents des organisations professionnelles signataires de l'accord. Cette procédure n'est pas propre aux accords conclus dans le champ de la formation professionnelle. Avant de prononcer l'extension d'un accord, l'administration se livre à un contrôle de conformité entre les dispositions conventionnelles et les dispositions légales. Elle peut ainsi exclure de l'extension, et donc priver d'effet, des dispositions contraires aux dispositions légales, ou étendre sous réserve certaines dispositions, ce qui veut dire que l'application des dispositions visées doit s'effectuer en respectant les dispositions légales visées par la réserve.

Les accords créant les OPCA et demandant leur agrément doivent-ils être soumis à la procédure d'extension ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer trois types d'accords :

le premier est celui visé par l'article L. 6332-8 : il s'agit d'un accord pris aux fins d'agrément de l'OPCA. Cet accord marque la volonté des partenaires sociaux ayant créé un OPCA de lui confier la gestion des contributions légales affectées à la formation professionnelle. Il doit fixer le champ d'intervention géographique et professionnel de l'OPCA (R. 6332-4) et déterminer les collectes pour lesquelles l'agrément est demandé ;

le second est l'accord constitutif d'un OPCA (R. 6332-16) qui prévoit ses modalités de gestion et de fonctionnement ;

le troisième type d'accord est constitué par les accords de branche qui fixent les obligations des entreprises envers l'OPCA : obligation de cotisation, niveau des cotisations, etc.

Ces accords ne sont pas de même nature. Les deux premiers sont des accords qui n'ont pas la nature d'accord collectif de travail mais qui sont conclus dans les mêmes formes et conditions. En effet, il s'agit d'accords créant une institution et demandant son agrément à l'administration. Ils ne visent pas directement les entreprises et les salariés. A ce titre, l'extension de ces accords n'est pas une obligation. En revanche, les accords de branche sont soumis à l'extension (1).

Il en résulte que lorsqu'un accord est un accord global, prévoyant à la fois l'organisation de l'OPCA, son agrément et les obligations des entreprises (schéma qui se rencontre dans les secteurs monobranches, tel la métallurgie par exemple, ou lorsque la représentation patronale est unifiée et représente plusieurs branches, tel l'UNIFED dans le secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif), il doit être étendu. Par contre, un accord conclu aux seules fins d'agrément ou un accord constitutif d'un OPCA ne doit pas nécessairement être soumis à la procédure d'extension.

Toutefois, la DGT, service du Ministère du Travail en charge de l'extension, demandera sans doute que ces accords lui soient soumis, parallèlement à la demande d'agrément, afin que soit opéré un contrôle de légalité sur le contenu des accords. Ce qui conduit à s'interroger sur la portée de l'agrément dans un pareil cas.

4. Quels sont les effets et la portée de l'extension ?

Comme indiqué précédemment, l'extension a pour effets l'application généralisée de l'accord dans son champ géographique et professionnel, à l'exclusion de certaines dispositions et des réserves d'interprétation éventuellement prononcées par l'administration sur certaines de ses dispositions.

Si l'exclusion a pour effet de priver d'effet et de rendre inapplicables les dispositions visées, les réserves et absences de réserve ont des effets plus limités. En effet, en vertu de la séparation des pouvoirs, elles ne sont pas opposables au juge qui peut parfaitement décider qu'une disposition étendue sans réserve est contraire à la législation ou que les réserves de l'administration ne s'imposent pas. Le juge ne peut, par contre, décider d'appliquer des dispositions exclues de l'extension puisqu'elles ne

peuvent entrer en vigueur.

Concernant les accords demandant l'agrément de l'OPCA, et si l'accord s'en tient à la liste des agréments demandés (selon les contributions visées) et au champ géographique et professionnel, l'extension est dépourvue d'effets pratiques.

S'agissant de l'accord constitutif de l'OPCA, l'extension a pour effet d'opérer un contrôle de légalité des dispositions relatives au fonctionnement de l'OPCA. Ainsi, elle pourrait permettre de délivrer un agrément en ayant « purgé » l'accord de dispositions qui auraient pu s'opposer à son agrément. A ce titre, la double procédure peut présenter un intérêt certain qui évite soit d'agréer alors que la validité de certaines dispositions est douteuse soit de renvoyer à une nouvelle négociation avant d'accorder l'agrément.

Enfin, pour les accords globaux, l'extension est indispensable.

Si l'on peut donc comprendre la double procédure même si elle n'est pas impérative, reste à savoir dans quel esprit l'administration procédera au contrôle de légalité de ces accords particuliers qui portent sur la constitution et le fonctionnement d'un OPCA. Quelques indices peuvent être recherchés dans les positions prises par l'administration dans le projet l'avis d'extension de l'ANI du 5 octobre 2009. (2)

5. Quelle lecture du positionnement de l'administration au regard de l'avis formulé sur l'AN du 5 octobre 2009 ?

L'administration a transmis à la sous-commission de la négociation collective, lors de sa séance du 3 février 2011, ses observations relatives à l'ANI du 5 octobre 2011, version consolidée de tous les ANI antérieurs sur la formation professionnelle.

Concernant les OPCA, trois observations peuvent être formulées.

Tout d'abord l'administration émet des réserves sur le fait que le CPNFP (Comité paritaire national de la formation professionnelle) ait un pouvoir d'agrément qui lui soit reconnu par l'ANI et rappelle que l'agrément est une compétence de l'Etat. Il s'agit ici d'une confusion. L'agrément par le CPNFP n'est pas de même nature que celui de l'administration et il n'a pas le même objet. Il n'est donc pas concurrent. Il s'agit d'un agrément par l'instance de régulation du dispositif conventionnel au vu d'en préserver la cohérence. Cet agrément par le CPNFP devrait être préalable à celui de l'administration mais il n'a pas vocation à s'y substituer. On peut d'ailleurs remarquer qu'il ne s'agit pas d'une compétence nouvelle du CPNFP, mais qu'elle n'a jamais été

exercée. A tort sans doute. D'une part pour la crédibilité même du CPNFP (que dire d'une institution qui n'exerce pas ses prérogatives) et d'autre part pour affirmer que le mode de régulation conventionnel des OPCA avait sa logique propre, distincte de la logique légale « fiscaliste » avec laquelle il doit s'harmoniser.

En second lieu, le fait que le FPSPP intervient dans le cadre des orientations du CPNFP ne devrait pas faire l'objet de réserves. En effet, le fait que la loi prévoit que l'affectation des ressources du FPSPP soit déterminée par accord entre partenaires sociaux puis décliné par une convention avec l'Etat ne s'oppose en rien au fait que les partenaires sociaux demandent à leurs mandats, tant administrateurs du FPSPP que négociateurs, de prendre en compte les orientations du CPNFP.

Enfin, remarquons que l'article 164 de l'ANI prévoit une possibilité de déroger, par accord de branche, aux règles d'information et de gestion des OPCA. L'administration se prononce pour l'exclusion de cette possibilité. Il semble qu'il y ait ici un défaut de précision de la part des deux parties. Concernant les financements défiscalisés de nature légale, les règles relatives aux frais de gestion sont impératives et effectivement nulle dérogation n'est prévue. En revanche, concernant les autres ressources éventuelles des OPCA, et notamment les ressources conventionnelles, les dispositions légales ne sont pas applicables et des accords de branche peuvent fixer des règles particulières aux financements supplémentaires, n'entrant pas dans le champ de l'agrément.

Au final, il ressort des observations de l'administration que la gouvernance et la régulation paritaire des OPCA est envisagée comme subordonnée à la régulation légale résultant de la qualité d'organisme agréé. Il en résulte une mise en concurrence des modes de régulation et de fonctionnement des OPCA. Alors qu'il faudrait, dans une stricte lecture légale des dispositions relatives à l'agrément, distinguer deux champs distincts et complémentaires : celui de l'agrément et des règles fiscales, sur lesquels les règles légales sont impératives, et celui de la gestion conventionnelle, qui n'entre pas dans le champ de l'agrément et sur lequel le contrôle de légalité ne peut s'opérer de la même manière qu'à l'intérieur du champ couvert par l'agrément.

La prise en compte de cette distinction permettrait de clarifier les règles applicables au fonctionnement des OPCA.

Conclusion

En ouverture de son ouvrage « L'Ancien régime et la Révolution », Tocqueville rend compte de sa méthode de travail. En substance, il explique qu'il a analysé tous les

actes de l'administration car, en France, il n'y a de problème sérieux qui ne se retrouve un jour posé à l'administration. Et avec les réponses formulées par celle-ci, il pouvait tracer une sociologie de son époque. Aux deux questions apparemment purement techniques qui seront posées prochainement à l'administration par les signataires d'accords constitutifs des OPCA, les réponses faites apporteront bien plus que leur contenu immédiat. Une certaine conception des relations entre la régulation étatique et la gestion paritaire. Rappelons que pour Tocqueville, la centralisation est un mal français.

(1) Lire sur le Club AEF "**La fabrique des Opca 3 : les relations entre accord de branche et Opca**"

(2) Lire la dépêche AEF n°**144823**

Partagez sur :



La fabrique des OPCA 6 : du principe du paritarisme à son régime juridique

Écrit par **Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer**, publié le 1 avril 2011

« Le processus de regroupement des Opca en cours offre aux partenaires sociaux l'occasion de se pencher en vraie grandeur sur le régime juridique du paritarisme, c'est-à-dire sur une organisation juridiquement pacifiée, fondée sur le principe de parité, de la gouvernance de la formation considérée comme 'une garantie sociale', dans l'intérêt commun des salariés et des entreprises » : C'est ce que soulignent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems, dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Sixième du cycle consacré à « la fabrique des Opca », cette chronique a pour objet de « contribuer à la définition d'un régime du paritarisme au sein des Opca ». Les deux juristes soulignent ainsi que, « si le concept de parité sous-tend la construction de ce régime, il est également en interaction étroite avec la question évolutive et sensible de la représentativité des organisations syndicales de salariés et d'employeurs ».

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

1. Contexte et enjeux

La loi qui impose sans ambiguïté le paritarisme comme **principe** de gouvernance des OPCA, (article L. 63 32-1 du code du Travail) ainsi que des FAF (article L. 63 32-7) n'ér défini nullement le **régime**, c'est-à-dire les modalités concrètes de mise en oeuvre. Une seule disposition relative aux fonds d'assurance formation prévoit que : « le conseil d'administration du fonds d'assurance formation est composé d'un nombre égal de représentants des employeurs et des organisations de salariés. » (Article R. 63 32-48.). Il appartient par conséquent aux partenaires sociaux qui prennent l'initiative de la création d'un OPCA ou d'un fonds d'assurance formation, de le préciser dans les textes fondateurs : accord collectif, statuts, règlement intérieur, et protocoles d'accord conclus par le collège employeurs et par le collège salarié. L'association gestionnaire créée par des partenaires sociaux représentatifs dans le champ d'intervention, ne deviendra OPCA, qu'à la condition que ses fondateurs apportent la preuve à l'occasion de la procédure d'agrément qu'ils se sont soumis à la loi du paritarisme. (Article L. 63 32-1 alinéa 3). Lorsque l'OPCA a été créé sous la forme juridique d'un fonds d'assurance formation de salariés, la question de la preuve ne se pose pas de la même manière car cette personne morale « sui generis » est paritaire par construction, à la différence de l'association loi 1901.

C'est précisément parce que le régime du paritarisme est laissé à l'initiative des partenaires sociaux que ceux-ci, à l'instigation du gouvernement, ont engagé une négociation pour clarifier leur doctrine en la matière. Cette négociation ne concerne bien entendu pas que le seul champ de la formation, elle englobe toutes les institutions paritaires existantes (assurance chômage, retraite complémentaire, prévoyance, 1 % logement...). Le résultat de cette négociation pourra sans doute avoir des incidences

sur le régime de la gestion paritaire des OPCA. Cependant, pour l'heure, il n'en est rien, et ce sont les négociateurs du champ spécifique de la formation qui devront, dans les mois qui viennent, préciser le régime paritaire des OPCA issus du processus de regroupement en cours.

Rappelons que le paritarisme est une technique de gestion dans laquelle les deux parties sont représentées **à parité** et prennent des décisions selon une règle stricte de répartition des voix. Dans la négociation collective au contraire, le processus de prise de décision repose sur un rapport de force ouvert entre négociateurs légitimés à cet effet par la loi en raison de leur représentativité, et non sur un décompte arithmétique des voix attribuées à des collèges constitués à parité. C'est en effet le concept de « parité » qui constitue le fondement de la gestion paritaire. Parité se conjugue avec égalité et majorité. L'égalité renvoie au poids respectif de chacun en fonction de sa représentativité, et la majorité aux modes de prise de décision dans des instances paritaires dont l'un des collèges est composé d'organisations syndicales de salariés pluralistes et souvent concurrentes, et l'autre par des organisations d'employeurs, davantage enclines à s'exprimer d'une seule voix au sein des conseils d'administration des organismes paritaires.

Cette sixième chronique de la fabrique des OPCA a pour objet de contribuer à la définition d'un régime du paritarisme au sein des OPCA.

Question 1 : Qui sont les titulaires du droit à la gestion paritaire ?

Dans le domaine particulier des OPCA qui nous occupe ici, la relation entre négociation collective et gestion paritaire connaît quelques singularités, déjà abordées dans les chroniques précédentes, et qu'il est utile de rappeler brièvement pour apprécier leurs effets sur la gouvernance paritaire.

La première singularité réside dans le fait que l'accord fondateur d'un OPCA n'est pas un accord collectif de travail au sens classique du terme mais un simple accord portant création d'une association paritaire, ou d'un fonds d'assurance formation, dans le but d'obtenir un agrément au titre de la contribution des entreprises. Cet accord ne peut être conclu que par les organisations d'employeurs et de salariés représentatives dans son champ d'application (Article L. 63 32-1 dernier alinéa). **Il résulte de cette règle que seules les organisations d'employeurs et de salariés négociatrices de l'accord fondateur, ou celles qui y ont adhéré ultérieurement, ont qualité pour désigner leurs mandataires, à l'exclusion de toute autre personne morale ou physique fut-elle « une personnalité qualifiée ». Les organisations patronales ou**

syndicales de salariés non signataires de l'accord fondateur n'ont par conséquent pas vocation à être parties prenantes à la gouvernance d'une structure paritaire qu'elles n'ont pas contribué à créer.

Cependant, si tous les signataires de l'accord peuvent prétendre participer à la gestion paritaire, tous ne sont pas tenus de le faire. En effet, selon l'article R. 63 32-16, l'accord constitutif fixe notamment « la composition et l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration paritaire », la loi ne prévoit pas que toutes les organisations signataires de l'accord sont nécessairement membres du conseil d'administration. Si cette question n'a pas d'incidence pratique pour les OPCA interprofessionnels (OPCALIA et AGEFOS-PME) où tous les signataires sont impliqués dans la gestion paritaire en raison de leur nombre réduit - le Medef et la CGPME pour le patronat, et les cinq organisations syndicales de salariés bénéficiant d'une représentativité irréfragable au niveau national interprofessionnel -, ni pour les OPCA mono branche tels que l'OPCAIM pour les mêmes raisons, elle pourrait en avoir à l'avenir pour les OPCA interbranches qui pourront connaître un nombre relativement important d'organisations d'employeurs signataires ainsi que des organisations syndicales de salariés représentatives au seul niveau de la branche. Il appartiendra alors aux organisations syndicales d'employeurs et de salariés concernées de conclure chacune pour ce qui la concerne un protocole d'accord traitant de la répartition des mandats entre elles.

Cette question prend un relief particulier dans le cas des deux OPCA interprofessionnels (AGEFOS-PME et OPCALIA), du fait du grand nombre de branches professionnelles dont elles assurent la gestion de la politique de formation, sans que ni les organisations d'employeurs ni celles de salariés représentatives dans ces branches ne soient représentées au conseil d'administration paritaire de ces OPCA. Cette question trouve aujourd'hui une réponse dans la délégation de gestion accordée par les conseils d'administration et sous leur responsabilité, à ces branches professionnelles. Elles sont accueillies dans le cadre de sections paritaires professionnelles (SPP), certes sans personnalité juridique, mais délégataires sous la responsabilité du conseil d'administration de l'OPCA de prérogatives de gestion d'une partie des ressources au service de leur politique de formation. (1). Cette question ne pourrait-elle pas trouver une réponse dans la création d'assemblées générales statutaires des OPCA ?

Question numéro 2 : les statuts d'un OPCA peuvent-ils prévoir une assemblée générale paritaire ?

L'assemblée générale des adhérents est l'organe de base d'une association d'où

procèdent par voie d'élection les organes de gestion : conseil d'administration, bureau, diverses commissions jouissant d'un pouvoir délégué par les statuts. Dans la pratique actuelle des OPCA aussi bien que des fonds d'assurance formation, c'est le conseil d'administration qui siège en configuration d'assemblée générale pour exercer les compétences légales de celle-ci. Cette pratique est tout à fait conforme au cadre juridique très souple du droit des associations.

Certains fonds d'assurance formation ou OPCA ont cependant opté pour la tenue d'une conférence nationale largement ouverte à toutes les personnes morales et physiques concernées. Cependant cette modalité, si elle est sans doute très utile pour créer du lien social, n'emporte aucune conséquence juridique : elle ne peut ni élire les membres du conseil d'administration, ni approuver ou modifier les statuts, ni approuver les comptes, ni donner quitus à des administrateurs dont le mandat ne procède pas de cette « conférence », mais des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ de l'accord. Au demeurant un OPCA ou un FAF n'ont pas à proprement parler d'adhérents. Ni les entreprises relevant du champ d'application de l'accord et tenues de verser leur contribution fiscale due au titre de la formation à tel ou tel OPCA, ni les salariés bénéficiaires du droit à la formation, n'ont la qualité juridique « d'adhérents » à un OPCA et à ce titre, un droit de vote au sein d'une assemblée générale constitutive ou statutaire.

Si ce type de conférence nationale devait se transformer en assemblée générale statutaire, ce qui est théoriquement possible, même si la loi relative aux OPCA et aux FAF ne le prévoit pas, elles devraient logiquement être soumises à la loi de la parité, à l'image du conseil d'administration. Cependant, elle serait privée de la prérogative d'élire les administrateurs, puisque ceux-ci sont désignés par les organisations d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ de l'accord. Elle serait également privée de la capacité de modifier les statuts puisqu'ils résultent précisément de l'acte fondateur issu de la négociation collective et non d'une assemblée générale constituante. Bref, la voie de l'assemblée générale se heurte à de nombreux obstacles du fait de la spécificité de l'acte fondateur des OPCA et des fonds d'assurance formation.

Un épisode récent en date du 29 mars 2011 illustre cette difficulté : l'assemblée générale d'OPCALIA de la région PACA vient d'adopter une résolution visant à interdire à un administrateur de cet OPCA (salarié dans le cas d'espèce) de remplir cette même fonction au sein d'un autre OPCA de la région PACA. Cette décision ne relève pas en principe de la compétence de l'assemblée générale d'une association. En effet, comme il a été exposé plus haut, il appartient aux organisations syndicales de salariés

représentatives, en l'occurrence au niveau national interprofessionnel, d'attribuer un mandat de gestion à tel ou tel personne de leur choix. Dès lors que cette organisation représentative est signataires de l'acte fondateur de plusieurs OPCA, rien n'interdit de confier à cette personne plusieurs mandats. Seul l'accord fondateur de l'OPCA, adopté selon les règles de la négociation collective pourrait édicter une telle interdiction de mandats multiples, sous réserve bien entendu qu'elle soit licite, ce qui n'est pas démontré.

Cette question comme d'autres mériteraient sans doute d'être clarifiées au plan politique par les partenaires sociaux notamment dans le cadre de la négociation engagée sur le paritarisme. Au plan juridique, elle renvoie à la question de la dissociation ou non entre l'acte fondateur de l'OPCA et ses statuts. Si la négociation de l'acte fondateur a pour objet l'adoption des statuts, ce qui est le cas pour le fonds d'assurance formation (qui rappelons-le est une personne juridique sui generis), ceux-ci ne peuvent être modifiés que sous la forme d'une négociation. Si en revanche l'acte fondateur se limite à fixer le champ d'intervention de l'OPCA et à édicter des principes qui devront être pris en compte dans les statuts, un conseil d'administration réuni en configuration d'assemblée générale pourrait avoir la capacité juridique à modifier des dispositions non expressément abordées dans l'acte fondateur, sous réserve bien entendu du respect de la volonté des fondateurs, et des principes d'ordre public qui gouvernent cette matière.

Au plan pratique cet incident plaide pour l'adoption de statuts en bonne et due forme par l'acte fondateur les OPCA - associations, comme c'est le cas pour les fonds d'assurance formation. Parallélisme des formes oblige, toute modification des statuts doit alors être soumise à une révision de l'acte fondateur selon les règles de la négociation collective.

Question numéro 3 : Quelles sont les incidences des nouvelles règles relatives à la représentativité des organisations syndicales de salariés sur leur capacité juridique à participer à la gouvernance paritaire des OPCA ?

Cette question se pose dans des termes nouveaux pour les organisations syndicales de salariés, depuis la loi du 20 août 2008 qui a modifié en profondeur les règles du jeu en la matière. On ne mentionnera dans le cadre de cette chronique que l'impact de cette mutation sur la gouvernance paritaire. Rappelons que les syndicats ne seront représentatifs que s'ils ont recueilli 8 % des suffrages aux élections professionnelles au

niveau des branches. Cependant, la loi dispose que la première mesure de l'audience au niveau des branches professionnelles est réalisée au plus tard cinq ans après la publication de la loi, c'est-à-dire le 21 août 2013. En attendant, sont présumés représentatifs les syndicats affiliés aux organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel et les organisations syndicales de salariés déjà représentatives au niveau de la branche au 21 août 2008.

La mesure de la représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau des branches pourrait avoir pour conséquence d'exclure de la gouvernance paritaire les organisations syndicales qui n'atteindraient pas 8 % des suffrages, et d'y inclure de nouvelles organisations reconnues représentatives. Si l'un ou l'autre de ces événements devait se produire dans le champ d'intervention de tel ou tel OPCA, il en résulterait la nécessité de modifier l'accord fondateur ainsi que la composition du conseil d'administration. En effet le mandat d'administrateur d'un OPCA ne résulte pas d'un vote de l'assemblée générale, et il n'est pas indéfiniment acquis à ceux qui ont pris l'initiative de la création de l'OPCA, il se gagne ou se perd avec la représentativité dans le champ de l'accord.

Au plan pratique, et afin d'éviter une déstabilisation de la gouvernance paritaire du fait des nouvelles règles de représentativité, il serait prudent pour les OPCA concernés, de prévoir dans les nouveaux statuts, des durées de mandats et des règles de renouvellement qui tiennent compte de l'échéance 2013.

Question 4 : Quelles sont les incidences de la représentativité à droit constant, aussi bien des organisations patronales que des organisations syndicales de salariés sur la composition du conseil d'administration des OPCA ?

La question de la représentativité des organisations syndicales d'employeurs aussi bien que de salariés se pose d'ores et déjà, à droit constant, en matière de gouvernance des OPCA. Les statuts devront en effet préciser si toutes les organisations représentatives admises à négocier l'acte fondateur d'un OPCA auront le même poids dans la gouvernance paritaire, ou bien si celui-ci sera apprécié en fonction de leur représentativité réelle mesurée par les élections professionnelles.

La loi laisse aux partenaires sociaux le soin de régler cette question. La formule retenue pourra ne pas être la même dans divers OPCA de branche, ainsi que dans les OPCA interbranches, dont les statuts peuvent pondérer le poids des organisations syndicales de salariés dans la gouvernance de l'OPCA en fonction de leur

représentativité réelle. Cette pondération pouvant se faire par l'attribution d'un nombre de sièges variable en fonction de la représentativité, soit par un nombre égal d'administrateurs avec une pondération du nombre de voix attribuées à chaque administrateur. Quelle que soit la formule retenue le poids du collège des salariés devant être égal à celui du collège des employeurs, parité oblige.

Enfin, la question de la représentativité des organisations d'employeurs pourrait avoir une incidence sur la gouvernance paritaire dans l'hypothèse probable où une organisation d'employeurs représentative et signataire de l'accord fondateur, ne participait pas à la gouvernance paritaire de l'OPCA alors qu'elle serait fondée à le faire. Elle pourrait alors donner mandat à une autre organisation d'employeurs représentative dans le cas où une pondération du nombre de voix attribuées à chaque administrateur serait retenue.

Ces quelques illustrations du rapport complexe entre représentativité et gouvernance paritaire mettent en évidence la nécessité pour chacun des collèges, pour ce qui le concerne, employeurs et salariés, de conclure un protocole d'accord sur ces sujets sensibles d'équilibre des forces que requiert la mise en oeuvre du principe de parité, que les statuts ont pour fonction de stabiliser.

Question numéro 5 : Comment s'exprime le principe de parité dans la prise de décision d'un conseil d'administration d'OPCA ?

Cette question a longtemps été un sujet de polémique et de discrédit pour la gestion paritaire (en dehors du champ de la formation) dans la mesure où le collège patronal uni peut faire la loi face à des organisations syndicales de salariés pluralistes. Aussi, la prise de décision à la majorité simple des deux collèges est-elle en principe à éviter au profit d'un vote majoritaire par collège, et en cas de blocage d'une majorité qualifiée entre les deux collèges. Le deuxième vote intervenant dans ce cas après un délai de réflexion permettant le cas échéant de rapprocher les points de vue. Ce qui est la formule retenue dans les statuts du nouveau FPSPP (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels). Cependant, le formalisme juridique doit en cette matière être nuancé par la culture paritaire des organisations. Ainsi, la formule du vote à la majorité des deux collèges pratiquée par exemple par AGEFOS-PME, riche d'une culture paritaire de près de 40 ans, n'a-t-elle pas entraîné de dysfonctionnements de la gestion de ce fonds d'assurance formation.

Conclusions :

Le processus de regroupement des OPCA en cours offre aux partenaires sociaux l'occasion de se pencher en vraie grandeur sur le régime juridique du paritarisme, c'est-à-dire sur une organisation juridiquement pacifiée, fondée sur le principe de parité, de la gouvernance de la formation considérée comme 'une garantie sociale', dans l'intérêt commun des salariés et des entreprises.

Si le concept de parité sous-tend la construction de ce régime, il est également en interaction étroite avec la question évolutive et sensible de la représentativité des organisations syndicales de salariés et d'employeurs, comme cette chronique à tenter de le montrer.

Reste à savoir quelle est la valeur ajoutée de ce mode de gestion, comparé à la gestion administrative ou à la gestion par le marché. La négociation engagée par les partenaires sociaux sur le paritarisme apportera, peut-être, une réponse à cette question dans les mois qui viennent.

Partagez sur :



La fabrique des OPCA (7/12) : De la délégation de pouvoir à la prestation de services, polysémie de la notion de délégation

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 12 avril 2011

« Qualifier précisément la nature et définir le régime des délégations mises en œuvre par les OPCA s'avère une opération délicate », constatent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Dans cette septième chronique du cycle consacré à « la fabrique des OPCA » qui en compte douze, les deux juristes font le point sur les questions que posent les différents cas de délégation que peuvent opérer les organismes collecteurs : délégation de pouvoir, délégation de mise en œuvre des décisions de l'OPCA... Les choix d'organisations possibles des organismes collecteurs sont d'ores et déjà nombreux et divers. Ces questions vont toutefois prendre une nouvelle dimension opérationnelle avec la recomposition du paysage des OPCA découlant de la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle.

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

Le regroupement des OPCA voulu par la loi de novembre 2009 conduit à s'interroger sur les questions juridiques que peuvent soulever les choix d'organisation faits par les OPCA et les FAF pour l'exercice de leurs missions. Le modèle de l'OPCA exerçant toutes ses missions en gestion directe et disposant en interne de toutes les fonctions indispensables pour ce faire, n'est en effet ni un modèle unique ni un modèle nécessairement idéal. Différentes configurations devraient d'ailleurs voir le jour, conséquence des opérations de regroupements, fusions, absorptions.

Les choix d'organisations possibles pour les OPCA et les FAF sont aussi nombreux que divers. L'accès à la ressource (c'est-à-dire la collecte des contributions des entreprises) sera-t-il mis en œuvre par l'OPCA lui-même ou délégué à un prestataire extérieur ? Le service de proximité sera-t-il assuré par l'OPCA lui-même au moyen notamment d'entités déconcentrées, ou sera-t-il délégué à un « opérateur » extérieur ? La structure nationale de l'OPCA, agréé au niveau interprofessionnel, de branche ou interbranches, déléguera-t-elle une partie de ses pouvoirs à des structures régionales créées à son image ? Dans quelle limite les OPCA interbranches, qui seront la grande majorité après la réforme de 2009, pourront-ils déléguer des compétences aux sections paritaires professionnelles de branche créées en leur sein dans le but de permettre l'expression des politiques de formation de ces branches ?

Ces choix d'organisation, au demeurant nécessaires et légitimes, ne relèvent pas tous de la même qualification et du même régime juridique. Déléguer une opération de collecte n'a rien de comparable, au plan juridique, à la délégation du pouvoir de gérer les fonds mutualisés, qui serait faite par un conseil d'administration d'OPCA à une instance tierce.

La présente chronique, septième de la série « La Fabrique des OPCA », s'efforce de répondre à ces différentes interrogations qui posent des questions juridiques de principe mais également opérationnelles.

1. Délégation, de quoi parle-t-on ?

Le vocabulaire juridique définit la délégation comme l'opération par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne (G. Cornu). Plus précisément, la délégation de pouvoir est le transfert à une autorité délégataire désignée par sa fonction d'une compétence que le délégant ne pourra plus exercer tant que la délégation n'aura pas été rapportée (G. Cornu). En ce sens, la délégation de pouvoir se distingue de la délégation de signature qui ne suppose pas le dessaisissement du signataire.

Une autre définition de la délégation existe, à propos de la délégation de service public. En effet, selon le juriste David Soldini, cette forme de délégation « est généralement définie sans référence à la notion de pouvoir, ni même à l'idée d'une transmission de responsabilité ou de compétence: il s'agit d'un « procédé de gestion des services publics consistant pour une personne publique qui en a légalement la charge à externaliser une activité en en confiant le fonctionnement à une autre personne juridique ». Le choix du terme « délégation » peut alors s'expliquer par la volonté du législateur d'insister sur la spécificité de la relation entre la collectivité et son « délégataire » ; une relation qui ne correspond pas à une délégation de compétence au sens classique mais qui ne peut se réduire à une simple relation client-fournisseur ou donneur d'ordre-exécutant (1).

S'agissant des OPCA, la délégation de service public ne trouve guère de place. D'une part la formation continue, bien qu'elle soit qualifiée par la loi « d'obligation nationale » et qu'elle réponde à un besoin « d'intérêt général », n'est pas pour autant un service public, comme l'a d'ailleurs tranché le Tribunal des Conflits. D'autre part l'administration ne délègue pas la gestion d'une activité dont elle aurait la charge. Elle délivre un agrément permettant de vérifier si les conditions fixées par la loi pour pouvoir gérer une ressource de nature fiscale sont réunies. Les OPCA ne tirent pas leur légitimité d'une délégation de la part d'une personne publique. Ils sont simplement dotés par la loi de la capacité de gérer des fonds libératoires au plan fiscal dans un cadre fixé par la réglementation. Mais ils exercent une compétence propre et tirent leur légitimité de la négociation collective qui les a créés en vue de gérer une garantie sociale (et dont la ressource fiscale n'est d'ailleurs pas la seule ressource possible voir la fabrique des OPCA numéro huit qui sera consacrée aux ressources conventionnelles gérées par les

OPCA et publiée prochainement sur le Club AEF).

L'inadaptation du concept de délégation de service public a pour conséquence juridique que la Convention d'objectifs et de moyens conclue entre l'Etat et les OPCA n'est pas une convention de délégation, par laquelle l'Etat fixerait des objectifs et modalités d'action, mais une convention qui doit permettre à l'administration de vérifier si les conditions nécessaires à l'octroi de l'agrément sont effectivement remplies au vu du fonctionnement de l'OPCA (rappelons que les performances de gestion, l'aptitude à assurer les missions et l'aptitude à assurer un service de proximité à destination des TPE/PME constituent des critères d'agrément – C. trav., art. L. 6332-1).

Quelles délégations l'OPCA peut-il donc mettre en œuvre ? On peut en identifier deux :

La délégation de pouvoir ;

La délégation de mise en œuvre des décisions de l'OPCA.

La délégation de pouvoir concerne la délégation par le Conseil d'administration à une autre autorité de la capacité de prendre des décisions de gestion, dont celle d'engager des fonds.

La délégation de mise en œuvre des décisions de l'OPCA concerne la délégation par l'OPCA à un ou des opérateurs des actions qu'il est conduit à mettre en œuvre dans le cadre de ses interventions. Il s'agit ici moins de délégation que de prestations de services.

2. La délégation de pouvoir par le Conseil d'administration de l'OPCA

Quasiment tous les OPCA nouvellement agréés vont couvrir plusieurs branches professionnelles et ont donc vocation à devenir des OPCA interbranches. Cette situation posera la question de la création et du fonctionnement de sections professionnelles, recevant délégation de gestion de la part du Conseil d'administration. De la même manière, des délégations territoriales, régionales ou interrégionales, internes ou externes, peuvent être mises en place par un OPCA, notamment pour assurer une relation de proximité avec les entreprises et les salariés.

La possibilité de délégation de pouvoir par le Conseil d'administration de l'OPCA est prévue par le Code du travail et particulièrement par l'article R. 6332-16 qui prévoit la possibilité de mise en place de sections professionnelles. Le texte de l'article R. 6332-16 peut paraître restrictif puisqu'il précise que l'acte de constitution d'un OPCA peut prévoir des sections professionnelles, sous réserve des dispositions imposant la création d'une section catégorielle pour les sommes gérées au titre des agréments

pour les entreprises de 10 salariés et moins, de 10 à moins de 50 salariés et au titre du DIF et de la professionnalisation. En d'autres termes, le Code du travail prévoit de manière explicite la création de sections professionnelles uniquement pour la gestion du plan de formation des entreprises de 50 salariés et plus. Est-ce à dire qu'il est impossible de créer des sections professionnelles pour la gestion des autres dispositifs ? La réponse est négative.

Ce que prévoit le code du travail, c'est un mécanisme ascendant : les sections professionnelles perçoivent directement les sommes versées par les entreprises entrant dans leur champ d'intervention, ces sommes n'étant mutualisées au niveau de l'OPCA que le 31 octobre au plus tard (C. trav. art. R. 6332-16). Tous les autres fonds (moins de 10, 10 à moins de 50, professionnalisation) sont mutualisés dès réception. Ils sont donc gérés en premier lieu au niveau de l'OPCA et non des sections professionnelles. Mais l'OPCA, qui détermine librement le mode de gestion de ses fonds, peut parfaitement remettre à disposition des sections, pour engagement et sous sa responsabilité, les sommes qu'il a perçues.

Il existe donc d'une part une règle relative au niveau de la mutualisation qui consacre une mutualisation ascendante et d'autre part une modalité de gestion des fonds qui est descendante. De ce fait, la section professionnelle peut avoir deux rôles différents : disposer de ressources propres qui lui sont garanties par accord dans le cadre prévu par la loi et disposer de ressources déléguées mises à disposition dans le cadre d'une délégation de gestion du conseil d'administration de l'OPCA.

On ne doit donc pas conclure des termes de l'article R. 6332-16 une impossibilité pour les sections professionnelles de gérer d'autres sommes que celles du plan de formation des entreprises de 50 salariés et plus, mais une impossibilité pour l'accord de prévoir que ces sections reçoivent et mutualisent d'abord à leur niveau les collectes pour lesquelles le Code du travail impose une mutualisation totale au niveau de l'OPCA.

Cette pratique de délégation connaît une déclinaison territoriale : dans certains OPCA, la remise à disposition ne s'effectue pas au niveau de sections professionnelles mais au niveau de sections régionales. Rien n'exclut, par ailleurs, de croiser ces deux logiques. Le Conseil d'administration peut-il déléguer à une instance territoriale, qui peut éventuellement avoir une personnalité morale propre distincte de celle de l'OPCA, la gestion des fonds ? La réponse de principe est positive, sous réserve que les conditions légales de l'agrément demeurent remplies. Or, par définition, les OPCA sont paritaires. Il est donc indispensable que les instances recevant délégation de pouvoir de la part du Conseil d'administration soient également paritaires. Toute délégation à

une instance non paritaire pourrait entraîner le retrait de l'agrément.

Cette délégation de pouvoir, qui peut être prévue par l'accord constitutif de l'OPCA ou par décision du Conseil d'administration si l'accord ne l'interdit pas, dessaisit le Conseil d'administration de son pouvoir de gestion, dans les conditions prévues par la délégation, mais pas de son pouvoir de contrôle ni de sa responsabilité. Il appartient donc au Conseil d'administration de mettre en place les moyens d'un contrôle efficace et garantissant la bonne utilisation des fonds dans le respect des règles légales et conventionnelles.

L'existence de sections professionnelles, mais aussi de délégations régionales, pose une question complémentaire. Dès lors que des organes paritaires reçoivent une délégation de gestion avec mission d'engager des fonds, serait-ce sous la responsabilité du Conseil d'administration de l'OPCA, ne faut-il pas appliquer aux membres de ces organes l'interdiction de cumuler une fonction d'administrateur au sein de l'OPCA et d'administrateur ou de salarié au sein d'un organisme de formation ou d'un établissement de crédit ? Cette interdiction a été posée par la loi du 24 novembre 2009 qui vise la « fonction d'administrateur » (C. trav. art. L. 6332-2-1). Faut-il réserver cette qualité aux seuls membres du Conseil d'administration ? Trois arguments s'opposent à cette lecture restrictive. Le premier est littéral : l'interdiction légale vise la fonction d'administrateur et non les membres du Conseil d'administration. Ces deux notions ne sont pas strictement synonymes, comme le prouve la mise en place de sections professionnelles qui administrent, sous contrôle certes, mais avec capacité à prendre des décisions engageant l'OPCA, les fonds mis à leur disposition.

Le deuxième argument porte sur la finalité de la mesure : l'objectif est d'éviter le conflit d'intérêt. Cet objectif serait-il atteint si les membres du Conseil d'administration déléguaient systématiquement la possibilité d'engager des fonds à des sections professionnelles dont les membres siègent également au sein d'organismes de formation ? Il est évident que l'objectif de la loi serait détourné. Le troisième argument est que pour éviter un tel détournement, le législateur a prévu que l'interdiction s'appliquait aux administrateurs des organismes recevant délégation non pas de gestion mais de mise en œuvre des décisions du Conseil d'administration de l'OPCA. On comprendrait mal que le cumul soit interdit pour déléguer la mise en œuvre de décisions mais pas en cas de délégation du pouvoir de décision lui-même. Sauf à vouloir, pour des raisons pratiques liées à la difficulté de trouver un nombre suffisant de mandataires, priver la loi de tout effet, il faut donc conclure que les membres des sections professionnelles et des délégations territoriales doivent se voir appliquer les dispositions du Code du travail qui visent les administrateurs. Seule une telle lecture

répond à la fois à la lettre et à la finalité des textes.

3. La délégation de mise en œuvre des décisions de l'OPCA

L'article R. 6332-17 prévoit qu'un OPCA peut déléguer à des personnes morales tout ou partie de la mise en œuvre des décisions de gestion de l'OPCA. Ces personnes morales relèvent des organisations d'employeurs signataires de l'accord.

Cette formulation n'est pas issue du décret du 22 septembre 2010, elle lui est antérieure. Elle constitue une exception, exclusive, au principe de délégation à des instances paritaires. Ce principe est rappelé par l'article 179 de l'ANI du 5 octobre 2009 qui précise que les modalités d'organisation et de fonctionnement des OPCA sont définies par l'accord dont ils relèvent. Cet accord détermine (...) « sans préjudice d'autres dispositions convenues entre les signataires de l'accord, les modalités de délégation à une ou plusieurs personne(s) morale(s), relevant de la ou des organisation(s) professionnelle(s) signataire(s) dudit accord, de tout ou partie de la mise en œuvre des missions de l'organisme nécessitant une relation directe avec l'entreprise (...) ».

L'administration n'a pas formulé de réserve sur cet article dans son projet d'avis relatif à l'extension de l'ANI du 5 octobre 2009. Elle considère donc que l'article 179 ne fait que rappeler un principe et qu'il n'est pas contradictoire avec la formulation de l'article R. 6332-17. Il faut en conclure que la formule « relevant des organisations d'employeurs » n'est pas exclusive de la formule « sans préjudice d'autres dispositions convenues entre les signataires de l'accord ». En d'autres termes, dès lors que les organisations d'employeurs sont présentes dans les personnes morales délégataires, peu importe que les organisations syndicales soient associées ou non. Il en résulte que la délégation peut avoir lieu soit à des instances non paritaires, soit paritaires. Mais il ne peut s'agir que de structures mises en place par les organisations ayant conclu l'accord.

Cette règle et son interprétation sont logiques : l'OPCA n'est pas un prestataire de service. Institution gérant une garantie sociale, dans le cadre d'un régime de solidarité et mis en place par accord collectif, il exerce des missions d'intérêt général définies par la loi, et n'exerce pas une activité concurrentielle. Son activité de base n'est pas une activité de marché. Il n'est donc pas illogique que le code du travail limite les possibilités de délégation aux organisations signataires de l'accord, ce qui est une manière d'identifier la spécificité des organismes OPCA.

Il n'en reste pas moins que cette « délégation » pour la mise en œuvre des décisions du Conseil d'administration, n'a rien à voir avec la délégation de pouvoir par ce même conseil. Juridiquement, cette délégation pour mise en œuvre constitue une prestation de services. Les OPCA ont beau avoir une activité à but non lucratif, il s'agit tout de même d'une activité économique, ce dont témoigne son régime fiscal : soumission par principe à la TVA (même si l'exonération est possible sur option) mais exonération par principe des impôts commerciaux.

Au-delà de sa qualification juridique, cette convention de prestation de services, dont seules peuvent bénéficier des personnes morales relevant des organisations patronales signataires de l'accord fondateur de l'OPCA, soulève la question de l'inégalité de traitement entre organisations patronales et organisations syndicales de salariés. Celles-ci sont tout aussi légitimes à mettre en œuvre, par le truchement de structures créées à cet effet, au bénéfice des salariés, les décisions des conseils d'administration des OPCA que les organisations patronales. Mais, droit positif oblige, seules les organisations patronales ont conduit les actions de lobbying nécessaire pour obtenir cette dérogation.

Notons toutefois que l'administration n'a rien trouvé à redire à la délégation de la mise en œuvre des décisions de l'OPCA à des structures paritaires d'un autre OPCA, c'est-à-dire sans que soit remplie la condition de relever des entreprises signataires. Tel est le cas lorsqu'un OPCA de branche délègue son service de proximité, en tout ou partie, à un OPCA interprofessionnel.

A l'évidence, une révision de l'article R. 6332-16 serait de bonne politique, d'une part pour poser de manière explicite le principe de la possibilité d'une délégation à une organisation paritaire, relevant des organisations signataires ou non, et d'autre part pour élargir la dérogation de délégation non paritaire aux organisations syndicales (dérogation d'autant plus justifiée qu'existe depuis 2004 le droit individuel à la formation qui suppose autant une information directe du salarié qu'une information de l'entreprise).

4. La « délégation » de l'acte de collecte

Contrairement à ce qui est souvent acté dans les accords constitutifs d'OPCA, la collecte n'est pas une « mission » de l'OPCA. Elle ne figure ni à l'article L. 6332-1-1 qui définit les missions des OPCA, ni dans l'article L. 6332-7 relatif à l'objet des FAF. Il s'agit d'un acte technique qui permet à l'OPCA de percevoir ses ressources mais l'OPCA n'est pas délégataire du fisc pour prélever un impôt dû par les entreprises (comme le sont à l'inverse les OCTA qui sont un passage obligé pour la collecte de

l'intégralité de la taxe d'apprentissage : pour eux, la collecte est une mission). En d'autres termes, l'OPCA est caractérisé par sa capacité à recevoir des contributions ayant une nature fiscale et non par sa fonction de collecteur de cette ressource. De ce fait, cette activité de collecte peut être, conformément aux dispositions de l'article L. 6332-2, déléguée à toute personne morale.

L'observation de la pratique montre que plusieurs OPCA ou fonds d'assurance formation ont externalisé la collecte auprès d'opérateurs qu'ils ont librement choisis. C'est le cas notamment du FAFSEA où la collecte est réalisée par la MSA (Mutualité sociale agricole) ainsi que des OPCA du bâtiment où la collecte est réalisée par un opérateur de la branche qui gère les caisses de retraite dans ce secteur (pro BTP). Dans les deux cas ces fonds d'assurance formation concluent avec l'opérateur choisi une **convention de prestation de services** qui précise le cahier des charges du prestataire, la rémunération qu'il perçoit en contrepartie du service rendu ainsi que les conditions de dénonciation de la convention. Ces conventions de prestation de services ne sont pas assimilables à une délégation au sens juridique du terme. Elles se distinguent de la « délégation de mise en œuvre des décisions du Conseil d'administration » en ce qu'elles ne correspondent pas aux missions de l'OPCA mais aux activités qu'il doit déployer pour pouvoir exercer ses missions (de la même manière que l'OPCA peut se doter d'un prestataire informatique pour satisfaire son obligation d'information des entreprises et salariés). Ce type de prestation relève donc du champ de la concurrence et plus précisément de l'Ordonnance n°2005-649 de juin 2005 relative aux marchés passés par des personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

5. Délégation et ressources de l'OPCA : une vérification de cohérence

L'OPCA peut mettre en œuvre quatre types d'actions pour déployer son action :

- Des actions relevant de la gestion paritaire. Il s'agit ici de la gouvernance même de l'OPCA. Ces actions ont vocation à être financées par le préciput (frais de paritarisme). Relèvent de cette catégorie les actions du Conseil d'administration, des Sections paritaires professionnelles et des délégations paritaires territoriales ;
- Des actions conduites par des organisations relevant des organisations signataires de l'accord constitutif, qu'elles soient paritaires ou non, pour mettre en œuvre les décisions de son conseil de gestion. Ces actions sont financées dans le cadre des frais de gestion. Il est rendu compte des missions. Ces actions sont des prestations de services qui n'entrent pas dans le champ du droit de la concurrence ;
- Des actions nécessaires à la réalisation de son activité qui constituent des prestations

de services achetées sur le marché. La collecte fait partie de ces prestations de services ;

Des actions conduites par lui ou par tout prestataire non pas au bénéfice de l'OPCA mais de ses adhérents : ici nous sommes dans le champ d'intervention de l'OPCA, sur ses crédits destinés aux entreprises, et non sur ses frais de fonctionnement. Les principes d'égalité de traitement s'appliquent à ces prestations, tant pour les prestataires de formation que pour les prestataires dans d'autres domaines.

Logiquement, le Code du travail prévoit trois types de ressources distinctes pour ces actions :

Le préciput pour le financement du paritarisme ;

Les frais de gestion et de mission pour la mise en œuvre des décisions du CA et pour les prestations de services permettant à l'OPCA d'exercer ses activités ;

Les crédits d'intervention dès lors que les prestations sont tournées vers les entreprises et qu'elles entrent bien dans le champ de la FPC.

6. Conclusions

Qualifier précisément la nature et définir le régime des délégations mises en œuvre par les OPCA s'avère une opération délicate. En effet, trois logiques sont en œuvre. Celle du service d'intérêt général qui amène vers le droit public, celle de l'institution de garantie sociale gérant un régime basé sur la solidarité et celle d'un opérateur de droit privé soumis, au moins en partie, aux règles du droit de la concurrence. L'analyse conduite ici, privilégie la deuxième approche, non tant par idéologie que par souci de cohérence. Et s'agissant de cohérence, on peut vérifier à cette occasion que ni la loi du 24 novembre 2009, ni le décret du 22 septembre 2010 n'auront permis d'établir un véritable régime cohérent et structuré des OPCA, ce qui pourrait nous valoir quelques surprises si les questions traitées dans cette chronique, et plus largement dans la Fabrique des OPCA, venaient un jour devant le juge, notamment communautaire.

Partagez sur :



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-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, 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.

Thème associé :

Formation professionnelle

1. Explicitation 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'autre 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 Opcva 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 Opcva.

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 Opcva 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 de 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 Opca.

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 Opca, 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 Opca, 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 Opca 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 OPCA-associations des compétences élargies « au développement de la formation professionnelle ». Cette mission est désormais conférée à tous les OPCA 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 OPCA-association et OPCA-FAF, notamment en ce qui concerne la gestion de contributions conventionnelles.

Le code du travail ne règlemente 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 les 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.

Partagez sur :



La fabrique des OPCA (9/12) : de l'Opca "collecteur - répartiteur" à l'Opca prestataire de services

Écrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 27 avril 2011

L'évolution du rôle des OPCA qui passent "de 'collecteurs - répartiteurs' d'une contribution de nature fiscale, vers une identité de prestataires de services se construit progressivement", constatent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Dans cette neuvième chronique du cycle consacré à « la fabrique des OPCA » qui en compte douze, les deux juristes font le point sur les enjeux du repositionnement des organismes collecteurs en tant que prestataires de services aux salariés, aux demandeurs d'emploi et aux entreprises, comme le prévoient la loi orientation/formation du 24 novembre 2009 et son décret du 22 septembre 2010.

Thème associé :

Formation professionnelle

1. Des prédictions de Nostradamus au rapport de l'IGAS sur la réforme des OPCA

Qu'y a-t-il de commun entre les prédictions de Nostradamus et le rapport de l'IGAS sur la réforme des OPCA ? À vrai dire rien. Les prédictions de Nostradamus relèvent de l'astrologie des croyances et du fantasme, à mille lieues du réel, alors que la grande majorité des 24 préconisations du rapport de l'IGAS, formulées en 2008, sont en train de se frayer un chemin dans la réalité du droit et des pratiques de gestion des OPCA. Rappelons à titre d'illustration quelques-unes de ces propositions qui concernent plus particulièrement les OPCA :

1. Redéfinir les missions des OPCA et FAF en distinguant :- celles qui relèvent de l'intérêt général ;- celles qui correspondent à une offre de services aux entreprises (encadrer au plan juridique la facturation des services proposés à la carte) ;
2. Au titre de la mission d'intérêt général : demander aux OPCA, FAF et OPACIF de développer une fonction de conseil à caractère généraliste et en préciser la portée (...)
- ;
4. Encadrer la mission d'intérêt général par un contrat d'objectif et de moyens (...)
6. Élargir le service offert par les OPCA, FAF et OPACIF aux salariés et aux demandeurs d'emploi et contribuer à la sécurisation des parcours professionnels(...)
8. Relever à 100 M€ le seuil plancher de l'assiette de la collecte afin de faciliter le développement de services aux TPE et de solvabiliser le niveau et la qualité de service nécessaire pour obtenir l'agrément. Ce seuil ne préjuge pas des décisions prises par les partenaires sociaux (redéploiements, regroupements, délégations) pour organiser le lien entre l'OPCA et le service délivré ;
11. Établir le financement des frais de gestion des OPCA, FAF et OPACIF au regard

des services rendus au titre de la mission d'intérêt général (addition d'un socle proportionnel à l'assiette et d'une partie variable).

12. Reconnaître aux OPCA, FAF et OPACIF le droit d'accréditer les organismes de formation dans la transparence et sur la base d'évaluations objectives et rendues publiques.

22. Encourager fiscalement l'investissement formation des TPE, PME et des salariés pour développer les compétences et la qualification des salariés et demandeurs d'emplois.

Le seuil de collecte a été fixé à 100 millions d'euros, les conventions d'objectifs et de moyens et l'encadrement des frais de gestion vont être mis en place, l'ouverture aux demandeurs d'emploi a été réalisée, l'évolution de l'OPCA de « collecteur-répartiteur » d'une contribution de nature fiscale, vers une identité de prestataire de services se construit progressivement.

C'est le devenir de cette dernière préconisation, dont le développement pourrait bien constituer le coeur d'une future réforme des OPCA pour autant que celle-ci soit nécessaire, bien plus que l'augmentation du seuil de collecte, qui est l'objet de cette chronique numéro 9 de la fabrique des OPCA.

2. Extension du champ d'intervention de l'OPCA et diversification de ses « clients » et de ses services.

L'OPCA historique « collecteur-répartiteur », réduit à sa plus simple expression, connaissait l'entreprise au titre de la collecte et du financement de contrats en alternance ou d'actions de formation réalisées au bénéfice des salariés des entreprises relevant de son champ, et imputables au sens fiscal du terme, les dispensateurs de formation, et les services du contrôle de la formation. Cette fonction historique que l'on peut qualifier d'administrative et financière s'est sophistiquée au fil des années par le transfert de l'entreprise vers l'OPCA de toutes les fonctions de gestion administrative et financière de l'activité de formation (déclarations fiscales, calcul des cotisations, subrogation de paiement, financements relais...). Elle est accompagnée d'une fonction d'information des entreprises et des salariés sur les obligations et les droits des uns et des autres. Cette fonction historique demeure l'un des piliers de l'activité de tous les OPCA, cependant grâce au développement des technologies de l'information et la dématérialisation des procédures, elle a considérablement gagné en efficience. Elle ne soulève pas aujourd'hui de problèmes juridiques particuliers.

Ce rôle traditionnel de « collecteur-répartiteur » était, par nature, voué à évoluer. En effet, le développement de la formation dans l'entreprise et la meilleure connaissance

des OPCA et de leurs services, réduit par définition les ressources disponibles pour chaque cotisant. Si chacun se préoccupe de bénéficier d'un retour sur ses cotisations, la mutualisation se trouve réduite à la portion congrue. En multipliant les dispositifs susceptibles de financer la politique de formation de l'entreprise (périodes de professionnalisation, DIF), la réforme de 2004 n'a fait qu'accélérer le mouvement. Il revenait dès lors aux OPCA de développer d'autres services et missions pour justifier leur valeur ajoutée. Ceci s'est effectué dans plusieurs directions :

En complément du service de remboursement financier, se sont développés des services associés d'externalisation de la gestion administrative par les entreprises. Pour beaucoup d'OPCA, il s'agissait d'un prolongement naturel de leur mission financière de base ;

Pour compenser la plus faible mutualisation due à un plus grand nombre d'utilisateurs, les OPCA se sont tournées vers la recherche de financements complémentaires : Etat, Europe, Régions, collectivités locales, Pole emploi, AGEFIPH, ANLCI... La liste est longue des autorités et organisations sollicitées par les OPCA pour abonder, compléter ou relayer leurs financements. Plutôt que de ne servir qu'à la redistribution, la mutualisation s'avère un puissant bras de levier pour multiplier les ressources mises à la disposition des entreprises et des salariés ;

À côté des prestations en espèces, les OPCA ont développé des prestations en nature. Dans ce domaine, la diversité est grande et ne date pas d'aujourd'hui. Elle relève d'ailleurs le plus souvent de la ligne politique assignée à l'OPCA : historiquement, les FAF au paritarisme intégral ont développé beaucoup plus tôt et de manière volontariste des services de conseil et d'ingénierie aux entreprises et salariés que les OPCA nés en 1993-1995, issus des anciennes ASFO patronales pour l'essentiel, ont longtemps eu pour consigne de ne pas développer au nom de la libre gestion par l'entreprise de sa politique et des moyens de sa mise en œuvre. Cette activité était en réalité réservée aux structures créées à cet effet par les organisations patronales (par exemple les ADEFIM dans la métallurgie) Pour ceux-là, le dogme de la liberté de gestion de l'entreprise, qu'il fallait préserver du paritarisme , passait avant le service rendu par l'OPCA. La réforme de 2004, encore elle, a bouleversé tout cela, trouvant sa traduction dans la loi de 2009 qui aligne les missions des OPCA sur celles des FAF ;

Enfin, les OPCA se sont révélés, par leur nature, des organisations appropriées pour accompagner certaines innovations sociales : ainsi pour les groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification (GEIQ) ou plus récemment pour le contrat de transition professionnelle (CTP) ou les opérations de GPEC territoriales. Organismes

paritaires, disposant de relais territoriaux, prenant leur décision par accord paritaire, les OPCA ont une légitimité à créer ou soutenir des initiatives dans le champ de l'emploi et de la formation.

Diversification des prestations en espèces, développement des prestations en nature, si les services rendus par les OPCA s'appuient toujours sur la fonction de financement de la formation comme activité de base, les fonctions d'ingénierie dans le champ de l'emploi et de la formation, du conseil dans le domaine des ressources humaines et de l'innovation dans le champ social prennent une place toujours plus importante.

Cette extension progressive de l'activité des OPCA vers « des prestations de conseil », constatée et encouragée par le rapport de l'IGAS, n'est pas sans soulever des interrogations nouvelles à proportion de l'éloignement de la mission historique de « collecteur - répartiteur ». Il en va ainsi du conseil en matière de choix de prestataires de formation : l'OPCA peut-il labelliser et référencer les offreurs de formation ? Plus encore, peut-il lui-même être le maître d'ouvrage d'actions collectives de formation ? À cette intervention classique en matière de formation s'ajoute progressivement le conseil en ressources humaines et en GPEC : dans quelle limite les conseillers de l'OPCA peuvent-ils eux-mêmes réaliser ces missions de conseil ? Dans quelles conditions et dans quelles limites l'OPCA est-il fondé à les financer ?

Dans ce processus d'évolution des services de l'OPCA, en quelque sorte linéaire et naturelle, il y a lieu de mentionner des questions particulièrement stratégiques, l'une identifiée par l'IGAS sans en mesurer les effets pour les OPCA, à savoir l'ouverture de leur action au-delà des entreprises vers les salariés et des demandeurs d'emploi, et l'autre largement ignorée, à savoir le maintien voir le développement de la logique de branche résultant de la réduction du nombre d'OPCA d'une cinquantaine à une quinzaine environ.

L'OPCA a désormais deux nouveaux « clients » à satisfaire, « des individus acteurs », salariés bénéficiaires d'un DIF ou demandeurs d'emploi, et des branches professionnelles soucieuses de conduire une politique de branche en matière d'emploi de formation et de qualification, qui préserve leur identité, et qu'elles mettent en oeuvre d'une part à travers la SPP (section professionnelle paritaire de branche instituée au sein de l'OPCA interbranches) et à travers la CPNE (commission paritaire nationale de l'emploi et de la formation de la branche).

Les « individus acteurs » demandent des services de conseil et d'accompagnement pour l'élaboration de leur projet et « la sécurisation de leur parcours », qui n'était pas

jusqu'ici de la compétence des OPCA. Quant aux branches professionnelles elles demandent des services d'aide à l'élaboration de leur politique emploi-formation par le financement des observatoires des métiers et des qualifications, et l'appui à leur fonctionnement méthodologique, des services d'ingénierie pour les CQP ou la VAE par exemple, pour l'évaluation des politiques de branche... mais au minimum un reporting par l'OPCA de toutes les informations dont il dispose sur l'évolution des besoins en matière d'emploi formation des entreprises ainsi que de la demande des salariés, permettant à la branche de construire sa politique au travers de la CPNE et des négociations périodiques.

3. Proposition de classification juridique de l'activité de prestations de service d'un OPCA.

Si l'on passe au tamis juridique les prestations et services rendus par les OPCA et que l'on tente de qualifier ces prestations en vue d'en opérer la classification, on peut identifier trois natures de prestations différentes :

Les services de base financés dans le cadre d'une mutualisation obligatoire ;

Il s'agit ici des actions financées dans le cadre de la contribution DIF et professionnalisation et de la contribution au FPSPP. Ces sommes sont non seulement mutualisées d'office mais pré affectées. Leur utilisation est en effet prescrite de manière étroite par la loi qui fixe les catégories d'actions, de salariés ou de projets qui peuvent être financés. Sur la gestion de ces sommes, les marges de manœuvre des partenaires sociaux existent, certes, mais elles demeurent relativement réduites. Toutes les entreprises et salariés peuvent bénéficier dans les mêmes conditions de l'accès à ces financements. Il s'agit des garanties de base offertes par un système obligatoire basé sur le principe de solidarité.

Les services complémentaires financés dans le cadre d'une mutualisation conventionnelle ;

Les accords et conventions peuvent imposer aux entreprises des versements obligatoires, supplémentaires aux versements légalement obligatoires. Il appartient alors à ces accords et conventions de déterminer les affectations possibles de ces ressources. Du point de vue de la qualification des retours obtenus sous forme de services par les entreprises, il n'est pas déterminant que ces obligations complémentaires entrent dans le cadre de l'obligation fiscale de financement de la formation ou bien s'y ajoutent. Dans les deux cas, il s'agit de contributions conventionnelles, établies par accord collectif, reposant sur un principe de solidarité

dès lors que les sommes sont mutualisées et remises à disposition selon des règles prévues par accord ou décidées par le Conseil d'administration paritaire de l'OPCA.

Les prestations de services obtenues en contrepartie directe d'un versement volontaire ;

Si l'OPCA reçoit des contributions d'une entreprise, qu'un accord en ait prévu le principe ou pas, pour des prestations individualisées, les sommes versées n'étant pas affectées à la mutualisation, dès lors il n'y a pas de régime de solidarité mais des contreparties directes à une cotisation, laquelle peut d'ailleurs varier avec le montant de la cotisation versée. Dans ce cas, la prestation de services rendue n'entre pas dans le cadre d'un régime de solidarité mais au contraire relève d'un régime de services individualisés qui s'apparentent à des services marchands. Ici encore, le fait que le versement s'inscrive à l'intérieur ou non de l'obligation fiscale n'est pas déterminant de la qualification juridique des services reçus en contrepartie. Ce qui importe est le lien direct entre un versement volontaire et des engagements personnalisés obtenus en contrepartie.

4. Encadrement juridique de l'activité de prestations de services des OPCA : de l'égalité de traitement au respect des principes de la concurrence.

L'activité de prestations de services des OPCA est soumise d'une part à des règles spécifiques précisées par le code du travail, et d'autre part aux principes généraux du droit de la concurrence tels qu'ils résultent du code du commerce et des règles du droit européen applicables la matière.

Au titre du droit spécifique de la formation la règle qui prévaut est celle de l'égalité de traitement des entreprises, des salariés et des prestataires de formation aussi bien que de conseil, susceptibles d'être financés par l'OPCA. Elle résulte de l'article L. 6332-6 du code du travail, ainsi que l'article R. 6332-16. Ces textes imposent aux OPCA de ne pas avoir de pratiques arbitraires vis-à-vis des prestataires de formation et de conseil. L'égalité de traitement suppose que les règles et conditions selon lesquelles l'OPCA achète des actions de formation ou des prestations de conseil soient connues (publicité), que les critères de choix entre les offres soient identifiés (transparence), que les prestataires non retenus puissent obtenir une motivation de cette décision (non-discrimination). Par ailleurs l'OPCA, en sa qualité « d'organisme intermédiaire », est tenu de respecter la liberté de choix de l'employeur. L'article L. 6351-1 dispose en effet que : « l'employeur est libre de choisir l'organisme de formation (...) auquel il confie la formation de ses salariés. ». Cette même règle est en toute logique applicable

au choix des prestataires de conseil.

Au titre de l'applicabilité des principes généraux du droit de la concurrence il y a lieu de distinguer, conformément à la jurisprudence européenne, les contributions et prestations relevant des régimes de base et des régimes complémentaires qui échappent au droit de la concurrence. A la condition expresse que les prestations rendues demeurent dans les limites fixées par la loi, pour les prestations du régime de base, et dans les limites fixées par l'accord, pour les prestations du régime complémentaire. On peut regretter que ni le décret, ni l'ANI, ne les aient précisées davantage.

En revanche, les prestations rendues en contrepartie de versements volontaires qui n'entrent pas dans le champ de la mutualisation et qui font l'objet de garanties de retours individualisés, ne relèvent pas des régimes de solidarité et caractérisent une activité économique rendue au profit des cotisants. Cette activité est susceptible d'entrer dans le champ du droit de la concurrence. Il y a alors lieu de se référer aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que de la jurisprudence européenne (le lecteur consultera avec intérêt les travaux de David SOLDINI sur cette question, Droit social décembre 2008). Cependant l'application de ces principes généraux doit être appréciée dans leur contexte. C'est d'ailleurs toute la difficulté en matière de droit de la concurrence qui est liée au fait que les autorités compétentes (Conseil de la concurrence, juge administratif, Cour de justice européenne) vont procéder à une approche concrète de la situation pour apprécier l'existence ou non de pratiques anticoncurrentielles. L'OPCA aura par conséquent intérêt à mettre en place des procédures formalisées afin de se prémunir du risque de pratiques anticoncurrentielles pour celle de ses activités, de nature économique, qui sortent du cadre du régime de solidarité.

5. La part de Nostradamus dans le rapport de l'IGAS.

Tel le petit canard blotti dans l'œuf de Pâques, prêt à casser la coquille au jour J, la part de Nostradamus du rapport de l'IGAS est blottie dans une parenthèse dès la première proposition du rapport qui en compte 24 : « Redéfinir les missions des OPCA et FAF en distinguant celles qui relèvent de l'intérêt général de celles qui correspondent à une offre de services aux entreprises (encadrer au plan juridique la facturation des services proposés à la carte) ».

Pour qui sait lire, l'IGAS invite les OPCA à proposer des services aux entreprises en contrepartie d'une rémunération proportionnelle au service rendu, en plus des

prestations délivrées dans le cadre de leurs missions d'intérêt général, et financée par le recours aux fonds mutualisés, cette prestation n'ayant aucun rapport de proportionnalité avec la contribution de nature fiscale ou conventionnelle versée par l'entreprise à l'OPCA. Il s'agit bien d'un vilain petit canard dans une couvée de cygnes.

Mais, à bien y réfléchir, et en se fondant sur l'observation de l'évolution sur le long terme de l'activité de services des FAF et des OPCA, dont cette chronique rend compte, cette proposition mérite considération. Elle est en fait déjà présente dans les pratiques des OPCA concernant notamment la gestion des grands groupes (que certains nomment VIP) qui bénéficient de prestations personnalisées et proportionnelles aux cotisations versées, pratiques qui pourraient fort bien être requalifiées de prestations commerciales si le juge en était saisi.

On sait depuis Christophe Colomb, et son œuf, qu'une dérive peut être voie d'innovation et de découverte. Lorsque les partenaires sociaux et le législateur voudront véritablement se poser la question des règles à établir sur le continent inconnu des prestations de services rendues par les OPCA, terre qu'ils ont déjà abordé, ils devront déterminer comment au plan juridique, l'OPCA peut tout à la fois être investi d'une mission d'intérêt général et délivrer des prestations personnalisées à un prix inférieur à celui du marché.

Deux pistes méritent exploration, d'une part la sectorisation de l'activité des OPCA d'autre part l'externalisation dans des entités juridiques distinctes de l'activité de prestations de services.

La sectorisation suppose de clarifier des points juridiques tels qu'une comptabilité distincte, un régime fiscal propre à toute activité de nature marchande et bien entendu le respect du droit de la concurrence.

L'externalisation, c'est-à-dire en pratique la création de filiales par les OPCA, dédiées, à l'instar des évolutions qu'a connues le secteur de la prévoyance, aux prestations marchandes, suppose de clarifier les mêmes questions juridiques que celle de la sectorisation, mais elle exige en outre de la part des partenaires sociaux un choix politique lié à leur conception du paritarisme. Pour faire ces choix, il est déjà demain.

Partagez sur :



La fabrique des OPCA 10 : les Fongecif, un Trésor est caché dedans

Écrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 6 mai 2011

« La réforme a oublié les Fongecif et les Opacif, or un trésor est caché dedans », affirment Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF, dixième chronique du cycle consacré à « la fabrique des OPCA ». Avec l'expérience acquise depuis quarante ans, les Fongecif et Opacif sont les structures les mieux à même de placer l'individu au centre des dispositifs de formation et d'accompagnement quel que soit leur statut, estiment les deux juristes. Cette ambition était un des objectifs initiaux de la dernière réforme de la formation professionnelle. Mais, pour l'heure, il n'a connu « aucune traduction significative ». Au contraire, « l'accroissement du seuil de collecte de 15 millions à 100 millions d'euros pour des raisons supposées d'efficacité de gestion, est devenu l'alpha et l'oméga d'une réforme réussie ».

Thème associé :

Formation professionnelle

En effet, même si les OPCA ont vu leurs missions élargies par la réforme de la formation professionnelle, c'est à partir d'une logique financière que se sont structurées les nouvelles règles. Dès que les regroupements seront opérés, il sera temps de s'intéresser à la dimension sociale des OPCA, leurs véritables objectifs et finalités, dont l'argent n'est qu'un moyen. Dans ce contexte, les FONGECIF et OPACIF n'ont pas été la cible principale des pouvoirs publics. Au contraire, ils devraient voir leur action soutenue par le FPSPP, inscrite dans le nouveau Service Public d'Orientation et reconnue comme celle qui peut le mieux accompagner les démarches des « individus acteurs ». Ces acquis peuvent être amplifiés et valorisés, à condition que les débats qui ne manqueront pas de prendre corps à l'occasion des prochaines échéances électorales, ne fassent pas de la logique financière un point de départ, mais s'intéressent aux objectifs sociaux dont les FONGECIF et OPACIF pourraient être porteurs. L'ingénierie financière devrait en découler assez naturellement.

1. La réforme a oublié les Fongecif et les OPACIF, or un trésor est caché dedans...

Les Fongecif sont des OPCA, c'est-à-dire des organismes paritaires collecteurs agréés au titre de la collecte et de la gestion d'une contribution de nature fiscale affectée au financement du congé individuel de formation du bilan de compétences de la VAE. À ce titre, ils sont soumis à la procédure de renouvellement de leur agrément. Cependant, le critère d'agrément déterminant d'un seuil de collecte de 100 millions d'euros ne leur est pas applicable de sorte que leur existence n'est pas en cause et qu'ils ne sont soumis à aucun mouvement obligatoire de regroupement. Les 25 Fongecif implantés au niveau interprofessionnel régional continueront d'exister alors que leur seuil de collecte varie de 2 millions d'euros pour le plus petit d'entre eux, à 228 millions d'euros pour le plus important. Les OPCA hors champ agréés au titre du CIF (OPACIF) - UNIFORMATION,

UNIFAF, le FAFSEA, le FAFTT, OPCA 2, AFDAS, HABITAT FORMATION, FAF SECURITE SOCIALE - poursuivront leur activité au titre du congé individuel de formation. Les quatre Agécif des entreprises publiques, SNCF, RATP, Banque de France, IEG (EDF-GDF...) qui ne relèvent pas du champ de l'ANI et donc des Fongecif ont décidé de se regrouper en une Agécif commune qui regroupera 360 000 salariés pour une collecte de l'ordre de 30 millions d'euros soit la même taille du point de vue de la collecte que le Fongecif PACA ou celui de Nord-Pas-de-Calais. L'Agécif du Crédit agricole rejoindra sans doute le réseau des Fongecif de droit commun.

Les préconisations du rapport de l'IGAS relative aux Fongecif, notamment celles relatives au regroupement dans une structure unique, n'ont pas été reprises par la loi comme elles l'ont été pour les OPCA (1). Cependant les partenaires sociaux du champ réunis au sein du CPNFP ont pris en compte la critique de disparités régionales des conditions de prise en charge du CIF par les Fongecif, et ont engagé un travail d'harmonisation de ces règles désormais applicables aux Fongecif (2).

La réforme qui s'est concentrée sur le seuil de collecte, les performances de gestion, le développement des prestations de services des OPCA à destination des entreprises (voir la fabrique des OPCA numéro 1 à 9), a laissé de façon paradoxale les Fongecif sur le bord du chemin. En effet, dans la division des tâches entre OPCA et Fongecif ce sont ces derniers qui ont en charge les fameux « individus acteurs » c'est-à-dire les personnes indépendamment d'un lien de subordination avec l'employeur. À en croire le Président de la République, c'était l'individu acteur titulaire d'un compte individuel de formation, affranchi des complexités et du corporatisme d'un système de droit collectif « à bout de souffle et à la dérive » qui devait être placé au coeur de la réforme. On sait ce qu'il en advint. Le compte individuel de formation n'a connu aucune traduction concrète. La réforme devait également donner une traduction concrète et opérationnelle au droit à la formation différée conçue pour les personnes sorties du système de formation initiale sans qualification. Là encore le concept attend sa traduction opérationnelle.

Enfin, la réforme devait trouver un équilibre entre les politiques de formation de branche, et les politiques interprofessionnelles et territoriales. Les premières accompagnant l'accès à la qualification, le développement des compétences et de la professionnalisation des salariés, les secondes les mobilités professionnelles et interprofessionnelles au niveau territorial. Là encore la réforme s'est soldée par un échec. En réalité, l'accroissement du seuil de collecte de 15 millions à 100 millions d'euros pour des raisons supposées d'efficacité de gestion, était devenu l'alpha et l'oméga d'une réforme réussie. Le rattachement malheureux de la formation au

Ministère des finances explique pour partie cette dérive. Le débat de fond sur la manière de placer la personne au centre des dispositifs, pourtant inscrit dans la loi, n'a en conséquence connu aucune traduction significative : « la formation vise à permettre à chaque personne indépendamment de son statut d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle » article L 6111-1 code du travail. Seule la portabilité symbolique du DIF et une réaffirmation de l'intervention des OPCA en direction de la formation des demandeurs d'emploi, répondent à cet objectif.

Et pourtant, s'il y a des structures dans le paysage français de la formation professionnelle en capacité d'accompagner chaque personne, indépendamment de son statut, dans l'élaboration d'un projet professionnel et de formation, de mettre la formation au service de la mobilité interprofessionnelle au niveau territorial, de proposer une réponse à la mise en oeuvre du droit à la formation différée, ou encore de favoriser le développement du concept de compte individuel de formation, ce sont bien les Fongecif. Un trésor est caché dedans (3), patiemment entretenu et valorisé depuis près de 40 ans, constitué de droits robustes et compréhensibles par chacun, tels que le congé individuel de formation, le bilan de compétences ou la validation des acquis de l'expérience (VAE), gérés dans la proximité régionale par des partenaires sociaux acquis aux valeurs de la promotion sociale à laquelle la formation tout au long de la vie, à l'initiative individuelle, contribue. (Voir enquête Lamy social.).

Il ne tient qu'aux futurs réformateurs de la formation de s'en saisir, ce qu'ils ne manqueront pas de faire à l'occasion des prochaines échéances électorales. Il faut souhaiter qu'ils ne reproduisent pas les erreurs de la dernière réforme, c'est-à-dire la prééminence d'une rationalité financière et gestionnaire sur la rationalité sociale, et la prééminence du choix idéologique a priori, sur la prise en compte des enseignements de l'expérience inscrite dans la durée.

La recherche d'une convergence entre le CIF et le compte individuel de formation, portée par les Fongecif, pourrait constituer l'axe de cette future réforme. À condition d'engager un travail de clarification préalable du concept de compte individuel de formation.

2. Pour une remise sur le métier du concept de compte individuel de formation.

Au cours des années 90, de multiples projets ont vu le jour en France et en Europe, dont la finalité affichée était de rendre l'individu « acteur de sa propre formation », par

l'ouverture d'un compte individuel de formation permettant de solvabiliser la demande individuelle et de s'affranchir du droit collectif en la matière. La réforme de la formation engagée par le président de la République en 2008 reposait intégralement sur le paradigme de l'individu acteur titulaire d'un compte individuel de formation lui permettant de solvabiliser ses besoins en la matière.

De ce projet, il ne reste rien dans le droit positif issu de la réforme. Aucun pays européen n'a d'ailleurs réussi à structurer l'accès à la formation tout au long de la vie et son financement autour du concept de compte individuel de formation, même si l'on peut identifier de ci de là quelques expériences parcellaires. L'expérience montre donc que la substitution intégrale d'un compte individuel de formation aux mécanismes collectifs d'accès des salariés à la formation, conduit à une impasse. (Voir ouvrage DEMOS « Opportunité et faisabilité d'un compte d'épargne formation » sous la direction de Jean Marie Luttringer. Édition DEMOS 2008).

Cet échec s'explique par une double erreur d'analyse, d'une part le compte individuel de formation considéré comme une clé universelle d'accès à la formation ne correspond à aucun modèle économique de marché viable, et d'autre part le fait de disposer de ressources pour accéder à la formation ne déclenche pas nécessairement une « appétence » pour la formation de la part des personnes potentiellement concernées. Ce processus n'est pas un acte d'achat d'une prestation banale à l'image de l'achat d'un bien matériel, il s'agit d'un bien immatériel qui requiert avant l'acte d'achat à proprement parler un cheminement complexe de construction d'un parcours d'évolution professionnelle singulier pour chaque personne et dans lequel la formation tient certes une place déterminante mais relative. Lorsqu'une personne est en situation d'arbitrer d'une part, entre l'acquisition d'un bien matériel, ou l'affectation du temps et des moyens financiers disponibles à des loisirs, et d'autre part à la formation, celle-ci arrivera en général en dernier. Sauf dans les cas où elle permet de prévenir un risque certain (déclassement social, déqualification, absence de perspectives d'évolution professionnelle...) et lorsqu'elle repose sur un projet crédible, construit avec l'appui d'un tiers.

Mais, si le compte individuel de formation ne saurait devenir le sésame donnant accès à toute formation pour répondre à la diversité des préoccupations des personnes, il pourrait utilement trouver sa place comme mécanisme complémentaire aux mécanismes collectifs existants. La question est alors de savoir quels objectifs spécifiques lui attribuer, comment le construire au plan juridique et financier, comment le dimensionner comparativement aux autres voies d'accès à ces objectifs. Cependant, quelle que soit l'option choisie, il est impossible de construire de manière opérationnelle un compte individuel de formation sans s'être interrogé au préalable sur son fondement

juridique conceptuel. Le fondement retenu en effet sera déterminant aussi bien pour l'organisation juridique que pour le financement. S'agit-il d'inviter le salarié à « épargner » à des fins de formation, s'agit-il de faciliter « l'accès au crédit formation » s'agit-il de lui proposer « une assurance individuelle » au titre de la formation, ou encore s'agit-il de créer un régime « de prévoyance individuelle » ? Selon que l'on retiendra la qualification juridique d'épargne, de crédit, d'assurance ou de prévoyance, il en découlera un régime juridique, fiscal, social, de droit de la concurrence, spécifiques à chacune de ces qualifications juridiques, elles-mêmes porteuses d'un modèle économique et idéologique. Le crédit, l'épargne, l'assurance, s'inscrivent dans une logique de marchés solvables. Ni les concepts de deuxième chance ou de droit à la formation différée, ni de droit à la qualification, à l'évolution et à la promotion professionnelle ne sont consubstantiellement liés à ces concepts de marché. D'ailleurs, si le compte individuel de formation correspondait à un modèle économique rentable, il y a bien longtemps que les organismes bancaires et d'assurance auraient mis des produits sur le marché.

Les seuls produits qui existent aujourd'hui sont des crédits destinés à des étudiants de grandes écoles pour lesquels le retour d'investissement est assuré pour le prêteur. Restent les concepts de « garanties sociales » qui d'ailleurs constituent l'un des domaines de compétence « du droit des salariés à la négociation collective » et celui de prévoyance individuelle ou collective.

3. Compatibilité entre le congé individuel de formation et le compte individuel de formation.

Au plan juridique théorique cette compatibilité ne fait pas de doute, il suffit pour s'en convaincre de relire l'article L. 6111-1 du Code du travail cité plus haut.

La consécration de l'initiative individuelle et le droit à l'évolution professionnelle sont des finalités communes au compte individuel de formation et au congé individuel de formation. Les pratiques de gestion du congé individuel de formation, telles qu'elles se sont développées ces dernières années au sein des Fongecif, ont conduit à valoriser le conseil aux salariés porteurs de projets. Cette fonction déterminante pour la réussite d'un CIF le sera tout autant pour la réussite d'un projet de formation financé grâce aux ressources d'un compte individuel. L'essentiel par conséquent les rassemble : la finalité, l'initiative individuelle et le projet. Seules les distinguent l'origine des ressources et l'ingénierie financière. Ce qui n'est pas la moindre différence, mais qui est d'ordre juridique et gestionnaire, et qui peut par conséquent, si la volonté politique existe, être dépassée sans difficulté majeure.

Au plan juridique, le concept de compte individuel de formation n'a de sens que s'il appartient à chaque personne individuellement. Si l'on se place dans la perspective de la négociation collective d'une garantie sociale, et que l'on écarte la qualification de crédit ou d'assurance, une part des ressources affectées au compte devra nécessairement provenir d'une cotisation sociale partagée selon des critères à déterminer entre les entreprises et les salariés. Les collectivités publiques (État ou régions) pourront selon la nature, prioritaire ou non, du projet présenté par le titulaire du compte, apporter des compléments de ressources, ou des incitations fiscales, mais il ne saurait être alimenté par le seul transfert au titulaire du compte de ressources fiscales, ou par des contributions provenant exclusivement des entreprises.

Si l'on accepte ces prémices il n'y a qu'un pas à franchir pour confier aux actuels Fongecif et OPACIF la mission de collecter les cotisations sociales au titre des comptes individuels de formation dont le principe serait créé par la négociation collective au niveau interprofessionnel, étendu par la loi, (sur le modèle des retraites complémentaires qui reposent sur des cotisations généralisées à tous) et de les gérer complémentirement aux ressources allouées au congé individuel de formation du fait d'une obligation légale due par les entreprises. Coexisteraient ainsi au sein des Fongecif des ressources d'origine fiscale et des ressources ayant la qualification de cotisations sociales. Ces comptes sont-ils obligatoires ou facultatifs, quel est le montant des cotisations versées, quels sont les faits générateurs ouvrant droit à l'usage du compte et selon quelle procédure de validation du projet de la personne ? Autant de questions à résoudre, plus sans doute quelques autres, mais dont aucune n'est hors de portée à condition que soient clarifiés au préalable les fondements théoriques qui permettront de penser et de construire les solutions concrètes.

4.. Ébauche de fondements théoriques : la prévention des risques d'obsolescence des connaissances et d'inemployabilité.

Si la coexistence au sein des Fongecif du congé individuel de formation et du compte individuel de formation devait se résumer à la juxtaposition de deux techniques de gestion distinctes par un même conseil d'administration paritaire, la cause de l'orientation et de la formation tout au long de la vie n'aurait que peu progressé. Au-delà de la coexistence de deux techniques de gestion, il est nécessaire de construire une synergie entre ces deux voies d'accès à la formation fondée sur l'initiative individuelle. Dans cette perspective le CIF et le compte individuel devraient être repensés conjointement comme élément constitutif d'une garantie sociale destinée à prévenir les risques d'inemployabilité, de déqualification, d'obsolescence des connaissances...

Le premier risque à prévenir serait celui de l'inemployabilité des jeunes sortis du système scolaire sans qualification reconnue sur le marché du travail. À ceux-là un compte individuel serait ouvert alimenté par une dotation initiale des collectivités publiques et progressivement par leurs cotisations sociales ainsi que celles des entreprises. L'idée d'un droit de tirage inversement proportionnel à la durée de la formation initiale pourrait se concrétiser pour la prévention de ce premier risque. C'est à celui qui en est à l'origine à qui il incombe d'en assurer la couverture, c'est-à-dire en l'occurrence au service public d'éducation qui depuis des décennies envoie sur le marché du travail chaque année des dizaines de milliers de jeunes dépourvus de qualification, que pourtant la Constitution consacre comme un droit fondamental de chaque personne. Une année d'étudiant de l'école polytechnique, ou de l'ENA coûte environ 50 000 euros à l'Etat, 13 000 euros pour une année de Classe préparatoire ou une année d'Ecole d'Ingénieur et 7 000 euros par année universitaire. Que la collectivité publique consacre à des jeunes sortis du système éducatif sans qualification et qui n'ont jamais bénéficié du système d'enseignement supérieur, qu'ils ont par ailleurs financé par leur travail et leurs impôts, un capital de 20 à 30 000 €, pour financer un droit à la formation différée, mobilisable au long de leur vie professionnelle grâce à l'appui de structures dédiées telles que les Fongecif, ne serait que justice. Cette mise de fonds, placée sur le compte individuel des personnes éligibles en fonction de leur niveau de formation initiale, serait ensuite abondée tout au long de la vie par diverses contributions du salarié et de l'entreprise : cotisations, RTT, compte épargne temps...

Le second risque à prévenir serait celui encouru par les salariés en cours de carrière qui pourrait ainsi recourir à la fois aussi bien aux comptes individuels pour s'engager dans des formations nécessairement qualifiantes, c'est-à-dire lourdes et longues leur permettant d'aborder la deuxième ou la troisième étape d'une vie professionnelle, dont l'allongement est inéluctable.

Le troisième risque est celui du déclassement social et ou plus simplement de la démotivation due à l'absence d'évolution professionnelle. Le compte individuel de formation serait alors un moyen de concrétiser le droit à l'évolution de son niveau de qualification inscrit dans la loi.

5. L'architecture paritaire actuelle des Fongecif est-elle compatible avec la gestion du CIF et du compte individuel de formation ?

Cette question peut se décliner en deux sous questions :

dès lors qu'un abondement financier des pouvoirs publics est sollicité en particulier pour le droit à la formation différée, ne faut-il pas s'orienter du paritarisme vers le tripartisme au niveau régional ou alors vers une délégation de service public confié au Fongecif pour la gestion des comptes individuels dédiés au financement du droit à la formation différée, ce qui serait sans doute préférable.

Le développement inéluctable de la fonction de conseil et d'appui à l'élaboration des projets individuels pourrait-il être assuré par tous les Fongecif, même ceux dont le niveau de collecte est trop faible pour assurer le financement de cette fonction essentielle d'appui au projet ? Ne faudrait-il pas dans cette perspective trouver des formes de partenariat entre les Fongecif et le service public d'orientation tout au long de la vie en cours de construction. Les Fongecif pourraient fort bien être labellisés non seulement pour inscrire leur action au sein d'un ensemble plus vaste mais également pour apporter leurs services et savoir-faire au service public naissant.

Ces deux questions renvoient à la négociation en cours sur la gestion paritaire de l'ensemble des garanties sociales y compris la formation. Il s'agit avant tout d'une question d'efficience de la gestion dès lors que la négociation collective et la loi ont créé la garantie sociale, déterminé sa qualification juridique ainsi que son régime et son financement.

Quoi qu'il en soit, les Fongecif, par leur enracinement territorial, l'expérience acquise par leurs administrateurs et leurs collaborateurs, constituent un pilier solide sur lequel fonder les prestations de services indispensables à la mise en oeuvre de garanties sociales constituée au plan juridique par le CIF, les bilans de compétences, la VAE, les comptes individuels de formation, qui permettraient de prévenir le risque d'obsolescence des compétences, d'inemployabilité, les besoins de reconversion et le droit à l'évolution professionnelle. Vastes et ambitieux objectifs peut-être, mais qui confirment bien qu'il y a un trésor caché dans les FONGECIF, qui ne demande qu'à être valorisé.

(1) Lire sur le Club AEF **la fabrique des Opca n°9**

(2) Lire la dépêche AEF **127137** : "Le CPNFP donne un avis favorable au tronc commun des règles de prise en charge du CIF"

(3) Référence au rapport "**L'éducation : un trésor est caché dedans**" élaboré sous la présidence de Jacques Delors et remis à l'Unesco en 1996.

Partagez sur :



La Fabrique des OPCA 11 : analyse critique de la doctrine de la DGEFP

Écrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 24 mai 2011

« Le document de la DGEFP (Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) a sa cohérence. Elle peut correspondre à une volonté politique légitime, ce n'est pas pour autant qu'elle s'en trouve validée juridiquement. » Dans leur nouvelle contribution publiée sur le Club AEF, onzième chronique du cycle consacré à la « fabrique des OPCA », Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems livrent une analyse critique des positions prises par l'administration dans son document « Questions-Réponses » relatif à la réforme des organismes collecteurs transmis aux partenaires sociaux lundi 16 mai 2011. Ils proposent également une lecture juridique critique plus détaillée de ce « Questions-Réponses » dans un document joint à la [dépêche](#) publiée par le domaine Formation d'AEF mardi 24 mai, afin de permettre aux acteurs de la réforme de mieux identifier les points qui méritent débat.

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

La doctrine administrative sur le regroupement des OPCA qui vient d'être diffusée sous forme de questions-réponses, était attendue depuis plusieurs mois, par les partenaires sociaux qui ont engagé des négociations portant notamment sur la redéfinition des champs d'intervention des OPCA, rendue nécessaire par le seuil de collecte de 100 millions d'euros exigés pour l'obtention d'un agrément .

Ce document, au demeurant dépourvu de valeur juridique opposable à des tiers, aborde de multiples domaines du droit qui encadrent l'activité des OPCA : droit de la formation, droit de la négociation collective, droit fiscal, droit administratif, droit économique et notamment droit de la concurrence, droit associatif et particulièrement règles de gestion des organismes paritaires.

Sur plusieurs points, les positions prises par l'administration sont discutables voire contestables en raison de l'insuffisante prise en compte de la diversité de règles de droit qui encadrent la création le fonctionnement et l'activité des OPCA au profit d'une vision administrative, par conséquent partielle et quelquefois partielle de l'identité juridique de cette institution qu'elle entend remodeler à l'instar d'une institution parapublique, à l'occasion de la procédure unilatérale d'agrément.

Une **lecture juridique critique détaillée** de ce « questions-réponses » publiée par AEF, permettra aux lecteurs d'identifier les points qui méritent débat voire contestation. En guise d'introduction à ces commentaires techniques, il nous paraît utile d'éclairer les positions prises par la DGEFP en essayant d'appréhender la dynamique qui les fonde, et de les resituer dans le contexte plus global de la gouvernance du système de formation professionnelle continue.

1. Une vision « administrative » : les OPCA

déléataires de service public

La culture administrative française est fondée sur l'égalité républicaine et l'unilatéralisme. L'égalité républicaine garantit que chacun sera traité de manière uniforme dès lors qu'il a affaire à l'administration. Quels que soient ses qualités, position sociale, localisation géographique ou état de fortune, le citoyen doit être traité selon les mêmes règles. On connaît certes de nombreuses lois spéciales, mais l'action publique en France est fortement imprégnée d'égalité, pilier de la République. La seconde culture est celle de l'unilatéral. La puissance publique, au nom de l'intérêt général est seule habilitée à réaliser certains actes ou opérations. A ce titre, son action ne saurait être négociée et le contrat n'entre pas naturellement dans ses modes d'action.

Cette double culture est présente dans quasiment toutes les réponses apportées aux Questions relatives aux OPCA et au processus de leur regroupement. Si l'on veut résumer, au risque d'être schématique, la position de la DGEFP à propos des OPCA, on pourrait l'exprimer ainsi : les OPCA ont reçu une délégation légale de gestion des sommes fiscales appartenant à l'Etat et destinées à la formation professionnelle. Ils agissent donc en lieu et place de l'Etat et doivent, comme tout préposé face à son commettant, respecter strictement les limites du mandat qui leur a été confié, et en rendre compte. Dans cette vision, les OPCA sont des organismes participant à un service public, un quasi-démembrement de l'administration. Ainsi peut s'expliquer le recours aussi fréquent, et peu argumenté, à la notion d'ordre public, la réduction à une partie congrue de la capacité des partenaires sociaux à négocier librement autour de la formation et en particulier de son financement, la difficulté à reconnaître une autonomie à la gestion paritaire, alors même que les OPCA sont par définition des organismes privés, puisque la loi spécifie qu'ils doivent être créés par accord entre organisations d'employeurs et de salariés représentatifs dans le champ de l'accord, et non pas par décret.

Il en va de même de l'impossibilité absolue d'exercer directement des activités économiques sans enfreindre le droit de la concurrence. Mais on sent bien ici que c'est moins l'entorse au droit de la concurrence qui est problématique que le fait que les OPCA sortent d'une mission de service public pour entrer sur le champ de l'économique. Pour la DGEFP, pas question donc que les OPCA exercent directement des missions que la loi leur confie pourtant : ils doivent externaliser toute activité économique par nature et ne peuvent exercer en propre que des tâches de gestion et d'information. Comme toute administration.

2. Une vision fiscaliste : le financement ramené au fiscal

La DGEFP n'établit aucune distinction, et s'oppose même à ce qu'une distinction soit établie, entre la fiscalité de la formation professionnelle et le financement de la formation professionnelle. L'obligation de financement de la formation professionnelle, et le droit fiscal régissant cette participation obligatoire des entreprises, absorberait en vertu de l'ordre public, tout financement de la formation et de manière impérative tout financement transitant par les OPCA.

L'administration oublie l'histoire et le droit. L'obligation fiscale n'a jamais été conçue comme devant constituer la ressource exclusive du financement de la formation. Elle devait créer une dynamique et permettre d'établir des budgets formation dans toutes les entreprises, objectif qu'elle a largement atteint. Et les OPCA et FAF ne devaient pas gérer exclusivement l'obligation légale de financement de la formation professionnelle, mais toute cotisation ayant la même fin, comme en témoigne l'article L. 6332-8 du Code du travail et comme le Conseil d'État a eu l'occasion de le confirmer dans un arrêt du 30 décembre 2002 (CNAMTS). La loi n'interdit d'aucune manière à un accord constitutif d'un OPCA de lui conférer la mission de collecter les contributions destinées à financer le développement de la formation, créée par un accord collectif.

Les déclarations fiscales des entreprises n'ont jamais été des outils de recensement de l'ensemble des dépenses de formation, mais le moyen de vérifier que l'obligation minimale a été respectée.

C'est pour ces raisons, et considérant que l'obligation fiscale avait déjà produit tous ses effets, que lorsque Christine Lagarde a écrit aux partenaires sociaux pour leur demander de négocier en vue d'une réforme de la formation professionnelle au mois de juillet 2008, elle leur a indiqué que s'ils souhaitaient étendre leur autonomie au financement conventionnel de la formation, c'était envisageable. Le fait qu'ils n'aient pas saisi cette invitation ne signifie pas que l'on doive aujourd'hui en conclure que le fiscal doit régir l'intégralité des financements transitant par les OPCA et que la négociation collective sur la formation professionnelle n'a plus d'espace pour s'exprimer.

3. La négociation sur la formation professionnelle, droit fondamental des salariés

Le droit des salariés à la négociation collective est un principe fondamental du droit qui a valeur constitutionnelle. L'article L. 2221-1 en exprime à la fois le principe et le champ

: « Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il 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 leurs garanties sociales ».

Les partenaires sociaux, faut-il le réaffirmer, ont toute légitimité pour négocier librement sur la formation professionnelle, et pas uniquement à la marge pour ajouter quelques % aux obligations fixées par l'Etat. Les partenaires sociaux, qui créent les OPCA par la négociation, ont la possibilité de mettre en place des dispositifs non prévus par le livre 6 du Code du travail, de prévoir le financement de ces dispositifs et d'en confier la gestion à des OPCA qui n'ont pas pour mission exclusive la gestion des sommes fiscales.

Enfermer la formation professionnelle dans le champ d'un livre 6 du Code du travail, et qui plus est dans les dispositions de nature fiscale du livre 6, qui ne serait amendable qu'à la marge, c'est la négation de la capacité même de négociation des partenaires sociaux dans le domaine, largement entendu, portant sur les conditions de travail et d'emploi de garanties sociales, dont participe la formation professionnelle. Et si l'on devait invoquer l'ordre public, il s'agirait plutôt de la préservation du droit constitutionnellement reconnu aux salariés d'exercer leur droit à la négociation collective par l'intermédiaire de leurs représentants.

4. La nécessaire autonomie de la gestion paritaire

Les partenaires sociaux investis d'un mandat de gestion paritaire ne tirent pas leur légitimité d'un mandat impératif qu'ils tiendraient de l'administration. La gestion paritaire est une des formes de la démocratie sociale, qui a sa légitimité propre ancrée dans le droit constitutionnel des salariés à la participation dont relève également la négociation collective. Est-il nécessaire de rappeler qu'elle s'inscrit dans le respect d'un cadre légal ? Mais elle dispose également d'une sphère d'autonomie, relative à la définition de ses principes et modalités de fonctionnement. Quel serait le sens d'une telle négociation si toutes les règles d'organisation et de fonctionnement des organismes paritaires devaient être définies par le législateur ou l'administration ?

Le document Questions/Réponses de la DGEFP traduit, à l'évidence, une défiance de l'administration vis-à-vis de l'autonomie de gestion et des modèles d'organisation mis en place par les partenaires sociaux, davantage appréhendés comme des détournements voire des fraudes destinées à faire échec à la réforme, que comme des étapes dans des processus de négociation qui ont à la fois leur dynamique propre et leur temporalité, qui ne sont certes pas toujours ceux du politique.

Cette défiance se retrouve dans la négociation des Conventions d'Objectifs et de Moyens qui doivent être conclues prochainement entre chaque OPCA et l'État, dont l'encadrement est tel qu'il s'agit moins d'une négociation que de répondre à un cahier des charges afin d'obtenir la possibilité de fonctionner.

5. Le droit de la concurrence dépend des conditions d'exercice d'une activité et non de sa nature

La DGEFP prend, en matière de concurrence, des positions basées sur une distinction entre les activités de l'OPCA en fonction de leur nature. Or, le droit économique, celui qui s'applique aux activités marchandes dont le droit de la concurrence, (ordonnance du 6 juin 2005) se fonde moins sur la nature des activités que sur les conditions de leur exercice. Une activité de conseil pourrait ainsi être qualifiée d'activité lucrative ou d'activité d'intérêt général en fonction des entreprises visées, de la nature de la prestation ou des conditions financières de sa mise en œuvre. Plus que la nature de l'activité, c'est la question de savoir s'il existe un marché ou non pour ce type de prestation qui permet de déterminer le champ de la concurrence. La réponse à cette question ne saurait être que concrète. C'est précisément parce que le marché ne répond pas, notamment dans les TPE et les PME, que le législateur, en s'appuyant sur les préconisations du rapport de l'IGAS (1), encourage les OPCA à proposer des prestations de conseil et de diagnostic. Faute d'approfondir suffisamment cette question, le document de la DGEFP ne permet pas de répondre à la question des activités des OPCA qui entrent ou non dans le champ de la concurrence.

Conclusion

Le document de la DGEFP a sa cohérence. Elle peut correspondre à une volonté politique légitime, ce n'est pas pour autant qu'elle s'en trouve validée juridiquement. Or, nombre de thèmes dans le Questions/Réponses, ne sont abordés qu'à partir d'une vision administrative et fiscale réductrice qui ne permet pas de fournir des solutions valides dans des domaines qui mêlent le droit de la négociation collective, de la concurrence, de la gestion paritaire et de la formation professionnelle.

Mais au-delà des questions purement juridiques, le document de la DGEFP exprime surtout, et peut être avant tout, le fait que les questions de gouvernance du système de formation professionnelle n'ont pas été résolues par la loi du 24 novembre 2009. Et ici il n'est question que des rapports entre l'État, les partenaires sociaux et les institutions paritaires. Le non prise en compte par la loi de la légitimité des conseils régionaux dans ce même domaine, rend la question de la gouvernance encore plus brûlante. Tant qu'il en sera ainsi, les importantes questions juridiques qui doivent être réglées pour la mise

en place, le fonctionnement et l'efficacité des OPCA au profit des entreprises et des salariés, demeureront parasitées par des questions de positionnement de chacun dans la définition de ses périmètres de pouvoirs. Il y a pourtant urgence à sortir de ces débats.

(1) Lire les dépêches AEF [123846](#) et [123832](#)

Partagez sur :



La Fabrique des OPCA 12. Insécurité juridique : le contentieux, horizon de la réforme

Écrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 30 juin 2011

« La réforme des OPCA qui vient de s'engager dans la dernière ligne droite, avant le dépôt des dossiers d'agrément le 1er septembre 2011, est placée sous le sceau de l'insécurité juridique », estiment Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle chronique du cycle consacré à « la fabrique des OPCA » publiée sur le Club AEF. Selon les deux juristes, « les tensions entre les différents acteurs impliqués dans la construction et la gestion du dispositif pourraient déboucher sur cinq champs de contentieux : le non-respect de la procédure de consultation du CNFTLV (Conseil national de la formation tout au long de la vie), la clarification des champs d'intervention des actes constitutifs des futurs Opca, la gouvernance paritaire, la coexistence de ressources fiscales et de ressources conventionnelles obéissant au sein des FAF (Fonds d'assurance formation) et des OPCA à des règles de gestion différenciées, les limites de l'Opca prestataire de service. »

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

La réforme des OPCA qui vient de s'engager dans la dernière ligne droite, avant le dépôt des dossiers d'agrément le 1er septembre 2011, est placée sous le sceau de l'insécurité juridique :

Le CNFTLV (Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie) en principe consulté pour avis sur tous les textes relatifs à la formation n'aura pratiquement aucune possibilité de se prononcer utilement sur les arrêtés d'agrément dont il n'aura connaissance que quelques semaines avant l'expiration des agréments en cours le 31 décembre 2011, pas plus d'ailleurs qu'il n'a pu se prononcer sur les dispositions réglementaires relatives aux OPCA. Certains de ses membres envisagent d'engager un recours en annulation des textes réglementaires soustraits à l'obligation de consultation (1) ;

Le CPNFP (Comité paritaire national pour la formation professionnelle), qui est l'organe politique de suivi de l'ANI sur la formation professionnelle, a également exprimé au nom de tous les partenaires sociaux sa préoccupation sur la situation d'insécurité juridique qui se développe à l'occasion du regroupement des OPCA (Organismes paritaires collecteurs agréés), les positions prises par la DGEFP (Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) dans son Questions/Réponses publié à la fin du mois de mai étant en contradiction sur plusieurs points avec l'ANI du 5 octobre 2009, dont l'extension n'est d'ailleurs toujours pas intervenue malgré la demande pressante des signataires ;

Le sentiment d'insécurité est renforcé par le calendrier de gestion de la réforme des OPCA. Alors que les négociations en vue des regroupements se sont engagées dès avant l'été 2010, l'administration aura attendu les dernières semaines de négociation

pour publier sa position, les arrêtés relatifs aux frais de gestion et le dossier de demande d'agrément. Ce tir groupé tardif, dont on ne préjugera pas s'il résulte de délais incompressibles, d'un calendrier interne encombré ou d'une volonté d'éviter tout dialogue, a en tous cas pour résultat de perturber l'équilibre de négociations parfois difficiles et d'un calendrier social qui s'inscrit nécessairement dans un temps long lorsqu'il est nécessaire de négocier entre fédérations professionnelles puis avec les organisations syndicales (ce qui est le cas pour la quasi-totalité des OPCA aujourd'hui multi-branches).

Il résulte de la conduite de la réforme, tant sur la forme que sur le fond, qu'elle n'aura pas été l'occasion de mieux définir les modalités de gouvernance du système de formation professionnelle. Au contraire, les tensions entre les différents acteurs impliqués dans la construction et la gestion du dispositif pourraient déboucher sur cinq champs de contentieux : le non-respect de la procédure de consultation du CNFTLV, la clarification des champs d'intervention des actes constitutifs des futurs OPCA, la gouvernance paritaire, la coexistence de ressources fiscales et de ressources conventionnelles obéissant au sein des FAF et des OPCA à des règles de gestion différenciées, les limites de l'OPCA prestataire de service.

1. Le recours en annulation de textes réglementaires pour non-respect de la procédure de consultation du CNFTLV

Le CNFTLV, instance qui réunit l'ensemble des acteurs chargés de la gouvernance du système de formation professionnelle continue, a exprimé trois motifs d'insatisfaction :

Le premier tient à l'absence de publication du décret précisant ses nouvelles missions en application de la loi du 24 novembre 2009 ;

Le second tient au fait que la loi l'investit d'un pouvoir consultatif sur les projets de loi, d'ordonnance et de dispositions réglementaires en matière de formation professionnelle continue et initiale (C. Trav., art. L. 6123-1). Or, la DGEFP considère que les projets d'arrêté n'ont pas à être soumis au CNFTLV, qui n'a donc été saisi ni de l'arrêté sur les frais de gestion et de mission, ni sur l'arrêté fixant le contenu du dossier de demande d'agrément des OPCA. D'un strict point de vue juridique, les arrêtés relèvent bien du pouvoir réglementaire et constituent des décisions de mise en œuvre de la loi ;

Le troisième tient à l'absence de prise en compte des avis du CNFTLV. Récemment, le CNFTLV avait inscrit à son ordre du jour l'adoption d'une méthodologie pour donner un avis sur l'agrément des OPCA. La DGEFP s'est opposée à la tenue de cette

discussion qui ne pourra donc avoir lieu qu'en octobre ce qui conduira à donner un avis en décembre alors que les agréments seront délivrés quasi concomitamment, privant d'effet l'avis du CNFPTLV.

Cette mise à l'écart du CNFPTLV est symptomatique d'un problème de gouvernance, non résolu près de deux ans après l'adoption de la loi du 24 novembre 2009 et qui a déjà été pointé par le rapport parlementaire réalisé par les députés Gérard Cherpion (UMP) et Jean-Patrick Gille (PS).

2. Les contentieux liés à la détermination du champ d'intervention des OPCA

Les règles applicables en la matière se réfèrent au droit de la négociation collective et connaissent des particularités spécifiques au droit de la formation. Elles ont été modifiées par la loi du 24 décembre 2009. Leur nouveauté et leur relative complexité auraient justifié que le Questions-Réponses de la DGEFP traite de ces questions avec la DGT (Direction générale du travail). Il n'en a rien été. À défaut d'avoir rempli sa mission traditionnelle de conseil et d'appui au dialogue social sur un sujet complexe, l'administration entretient l'insécurité juridique propice au contentieux. Voici à titre d'illustration, et sans prétendre à l'exhaustivité, quelques situations qui auraient mérité clarification.

2. 1. L'agrément interprofessionnel à défaut d'accord de branche

Certaines entreprises ne sont pas soumises à une convention collective ou un accord de branche relatif à la formation. Dans ce cas, elles doivent verser « par défaut » leur contribution à un OPCA interprofessionnel. Par ailleurs, les OPCA interprofessionnels peuvent recevoir des versements au titre du plan de formation en vertu des dispositions de l'article R. 6332-47 du Code du travail qui interdit les collectes captives de branche et prévoit la possibilité de cotiser auprès d'un OPCA interprofessionnel.

Jusqu'à présent, seules trois organisations patronales sont reconnues comme représentatives au niveau interprofessionnel : le MEDEF, la CGPME et l'UPA. Toutefois l'accord constitutif d'un OPCA n'est pas un accord collectif de travail, mais un accord pris suivant les mêmes formes. Et dont l'article L. 6332-1 du Code du travail précise qu'il peut être signé par une seule organisation patronale sans spécifier son niveau de représentativité. A défaut de définition légale des organisations d'employeurs au niveau national interprofessionnel, on peut s'appuyer sur la définition relative donnée par l'administration dans une circulaire du 22 septembre 2004 : « un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels

sans lien direct entre eux. Le champ de ce type d'accord ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. » (2)

La distinction entre la représentativité interprofessionnelle et l'agrément interprofessionnel induit la possibilité de demandes d'organisations qui, se basant sur l'absence de définition précise de l'interprofessionnel, peuvent demander un agrément à ce titre pour couvrir les secteurs proches des fédérations qu'ils regroupent mais qui n'auront pas conclu d'accord de branche. Tel peut être le cas, par exemple, pour le secteur associatif (UNIFORMATION) ou pour celui des professions libérales (OPCA PL). Ces demandes peuvent également s'appuyer sur le principe de libre choix par l'entreprise de son OPCA à défaut d'obligation d'adhésion définie par un accord de branche. Se trouve donc nécessairement posée à l'occasion de ce mouvement de négociation de grande ampleur, la question de la délimitation des champs d'intervention des OPCA et, par ricochet, celui de la représentativité des organisations patronales. Même si le chantier sur ce point doit être ouvert ultérieurement, il aurait été de bonne politique que la DGT, qui possède une expertise en ce domaine, soit associée au pilotage de la réforme. Association d'autant plus justifiée que les OPCA sont, faut-il le rappeler, des organismes créés par la voie de la négociation collective.

2. 2. L'agrément multi-branches

L'agrément interprofessionnel est-il accordé exclusivement pour autoriser la collecte des contributions des entreprises « à défaut d'accord de branche », où emporte-t-il l'agrément pour toutes les branches ? Alors que, par construction, le champ d'intervention d'un OPCA interprofessionnel « à défaut d'accord de branche » ne peut être défini sauf par le concept de « voiture balai », le champ d'intervention d'un OPCA multi-branches résulte obligatoirement de la représentativité des organisations d'employeurs dans le champ d'application de l'accord (Article L 6332-1 du Code du travail). Toutes ces organisations patronales doivent par conséquent être parties prenantes à la négociation et la signature de l'accord constitutif de l'OPCA multi-branches selon des modalités qu'il leur appartient de définir (par exemple dans le cadre d'un protocole d'accord conclu entre organisations d'employeurs avant l'ouverture des négociations). Le choix leur est également laissé de participer ou non à la gouvernance paritaire de cet OPCA puisque si les organisations signataires peuvent participer au Conseil d'administration, rien n'oblige à ce que toutes les organisations représentatives siègent au Conseil d'un OPCA (elles peuvent être associées au niveau des sections professionnelles).

Reste alors à clarifier la question juridique qui résulte des pratiques actuellement en vigueur selon lesquelles un accord de branche relatif à la formation (différent de

l'accord constitutif de l'OPCA ayant pour objet de définir son champ) pourrait suffire à « désigner un OPCA comme collecteur de la branche et gestionnaire de sa politique de formation au sein d'une SPP (section paritaire professionnelle), sans pour autant être partie prenante à l'accord constitutif ni directement ni par voie d'adhésion à cet accord ? Rappelons que le droit de la négociation collective prévoit la possibilité d'adhérer à l'accord constitutif d'un OPCA, ce qui a pour effet d'en étendre le champ d'intervention mais qu'il ne connaît pas l'adhésion à un OPCA. La désignation sans adhésion ne pourrait ainsi concerner que les OPCA agréés en tant qu'OPCA interprofessionnels, d'où les enjeux liés à la première question.

Ces deux questions, qui n'épuisent pas le sujet de l'articulation entre le droit de la négociation collective et le droit de la formation, sont largement suffisantes pour justifier l'intérêt que tous les acteurs de la négociation collective et de la gestion paritaire du système de formation auraient pu trouver dans un «Questions-Réponses» élaboré conjointement par la DGEFP et la DGT sur ces questions nouvelles et complexes du droit de la négociation collective applicable, d'une part à l'acte constitutif des OPCA, mais aussi aux accords collectifs classiques traitant de la formation. Ce document aurait utilement mieux précisé ce qui relève de la procédure d'agrément et ce qui relève de celle de l'extension. Il aurait également pu indiquer si la procédure d'élargissement, et à quelles conditions, pouvait tenir lieu d'alternative à l'absence d'agrément interprofessionnel pour « associer » à un OPCA des secteurs proches en termes d'activités ou de métiers mais dépourvus de capacités de négociation.

Sur tous ces sujets, il appartiendra au juge, dans l'hypothèse probable de contentieux liés à la délimitation des champs de collecte des OPCA, d'éclairer après coup les négociateurs alors qu'il aurait été nécessaire que l'administration et les partenaires sociaux adoptent en amont un processus de clarification des règles applicables.

3. Le contentieux lié à la gouvernance paritaire des FAF et des OPCA

L'ANI et la loi affirment le paritarisme comme un principe consubstantiel de l'organisation des fonds d'assurance formation depuis leur origine en 1971 et des OPCA depuis la loi quinquennale de 1994. Pour permettre aux ASFO de se transformer en OPCA tout en conservant une mise en œuvre non paritaire, un décret du 28 octobre 1994 a autorisé à titre dérogatoire les OPCA à confier à des personnes morales issues d'une organisation patronale signataire de l'accord créant le FAF ou l'OPCA des missions d'exécution des décisions de gestion du conseil d'administration. La DGEFP dans son «Questions-Réponses » confond le principe et l'exception en érigeant

l'exception en règle selon laquelle il serait interdit à un FAF ou un OPCA de confier dans le cadre d'une convention de délégation de pareilles missions à des structures paritaires.

Cette position est contraire à toute l'histoire du droit de la formation, aux règles résultant de plus de 40 années de vie paritaire de certains fonds d'assurance formation et d'ailleurs aux intentions aussi bien des négociateurs de l'ANI du 5 octobre 2009 que du législateur. Elle a non seulement fait l'objet de contestations (les organisations patronales et syndicales du BTP ont envoyé une lettre de protestation unanime au Ministre du Travail), mais elle a également démontré que la vision exclusivement fiscale portée par la DGEFP et basée sur une interprétation contestable de textes mal maîtrisés, fragilisait de fait l'ensemble du Questions/Réponses, ce qui ajoute aux incertitudes et perturbe d'autant la mise en œuvre de la réforme.

De nombreux accords passeront outre la position de la DGEFP et conserveront, pour la majorité, ou mettront en place, pour quelques autres, des délégations paritaires régionales, dotées de Conseils d'administration paritaires et d'une personnalité morale propre. Il appartiendra au juge, si toutefois l'administration persistait dans sa position, de dire le droit.

On perçoit mal, par ailleurs, quelle motivation pousse la DGEFP à soutenir une interprétation manifestement erronée et qui conduit à affaiblir le paritarisme.

L'alternative en la matière se situe entre l'affaiblissement de la compétence collective de l'administration sur ce sujet et la volonté politique de réduire la place du paritarisme dans la formation professionnelle. C'est cette dernière que les partenaires sociaux ont contesté.

4. Le contentieux lié à la coexistence possible de ressources de nature fiscale et de nature conventionnelle au sein des FAF et des OPCA

Cette question est de même nature que celle qui vient d'être exposée sur la gouvernance paritaire. Il s'agit manifestement d'une interprétation erronée du droit faite par la DGEFP (3). Au plan juridique, en effet, aucune disposition législative et réglementaire n'interdit à un FAF ou à un OPCA de collecter et de gérer des ressources autres que fiscales, en l'occurrence des cotisations conventionnelles versées par l'entreprise en application d'un accord collectif de travail, et destinées à financer la formation professionnelle et plus largement le développement des compétences et de l'emploi. La Constitution garantit le droit à la négociation collective et le Code du travail place la formation parmi les garanties sociales objets de négociation. Ces dispositions

ont donné lieu à de multiples accords dans ce domaine qui ont toujours été étendus, et malgré tout cela, la DGEFP dénie toute possibilité de négociation au-delà de la fiscalité de la formation. En réalité, il appartient aux partenaires sociaux de décider s'ils négocient des contributions conventionnelles incluses dans le champ fiscal ou y étant assimilées, ou bien s'ils décident de créer des contributions purement conventionnelles faisant l'objet d'une gestion distincte et d'une affectation définie par l'accord qui les instaurent.

Ici encore, le point de vue de la DGT, qui a déjà étendu des accords de branche prévoyant le financement de dispositifs emploi/formation non rattachés au financement fiscal de la formation aurait été le bienvenu. Il est évident que si la DGEFP refusait l'agrément d'un OPCA au motif qu'il gère des ressources multiples, elle prendrait à la fois le risque d'être contredite par la DGT qui aura bien du mal à trouver une base juridique pour refuser l'extension de tels accords et par les tribunaux administratifs qui devraient alors être saisis en recours pour excès de pouvoir devant le refus d'agrément.

5. Les incertitudes relatives au rôle de prestataire de services des OPCA

Lorsque le projet de décret relatif aux frais de fonctionnement des OPCA a été soumis au Conseil d'Etat, il a imposé une distinction entre les frais de gestion (fonctionnement de l'OPCA) et les frais de mission (services en nature rendus aux entreprises). La loi et le décret du 22 septembre 2010 plafonnent les premiers, pas les seconds. En présentant un système global de plafonnement des frais de gestion, conformément à la loi, mais également des frais de mission, en contradiction avec les dispositions légales et réglementaires et la position du Conseil d'Etat, la DGEFP impose après coup sa vision des OPCA, des organismes parapublics en charge de la gestion de fonds publics par délégation de l'Etat qui doit contrôler non seulement leurs résultats mais leur organisation et leur fonctionnement, sans tenir aucun compte des logiques propres au droit de la formation, de la gestion paritaire et de la nature même des OPCA, telle que définie et renforcée par la loi du 24 novembre 2009 dont le Conseil d'Etat avait veillé à garantir le texte et l'esprit.

Les frais de mission, en tant que services rendus aux entreprises, ne relèvent pas d'un arbitrage administratif sur le coût de fonctionnement des OPCA, car il ne s'agit pas de coûts de fonctionnement, mais d'un arbitrage politique entre les prestations en nature et les prestations en espèces qui pourront être mises à disposition des entreprises, et notamment des TPE et PME, conformément aux objectifs de la réforme. Sur ce point,

une branche professionnelle doit être libre de considérer qu'il vaut mieux qu'elle dispose de conseillers pour accompagner l'entreprise dans le développement de sa maturité en matière d'emploi, de compétences et de formation, plutôt que d'utiliser ses moyens pour attribuer 500 euros de financement à chacune des entreprises qui déposent une demande financière. Cette question relève de politiques de branches basées sur des diagnostics produits par les CPNE (Commission paritaire nationale de l'emploi) sur la base des travaux des Observatoires de l'emploi des qualifications et non d'un plafonnement administratif qui continuerait à assimiler coûts de mission et frais de gestion.

La mauvaise appréhension de ces questions ne permet d'ailleurs pas de conduire une véritable réflexion sur le grand chantier de demain pour les OPCA : la ventilation de leurs activités entre celles qui relèvent d'une activité d'intérêt général et celles qui relèvent d'une activité de marché. Dans ce domaine, où interviennent le droit de la concurrence et le droit fiscal dont on connaît le pragmatisme, ce n'est pas la nature des prestations qui est déterminante, comme l'avance le « Questions/Réponses », mais les conditions de délivrance de ces prestations. Ce qui suppose, là encore, un travail méticuleux et approfondi en coordination avec l'administration du travail mais également l'administration fiscale et les opérateurs du marché. Ce travail d'analyse et de concertation reste à mener, il n'aura pas même été ébauché au cours du processus de réforme alors que ses résultats sont déterminants tant pour la fiscalité des OPCA (l'administration fiscale et la DGEFP ayant exprimé à l'occasion de la réforme de la TVA des visions différentes de l'activité des OPCA), que pour la négociation des conventions d'objectifs et de moyens. Une réflexion un peu élargie sur ce champ aurait pu permettre d'identifier dans le mode de fonctionnement de l'ANACT (Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail) une voie de réflexion pertinente pour l'activité des OPCA (l'ANACT est une agence publique, dotée d'antennes privées qui conduit à la fois des activités d'intérêt général et des prestations sur les marchés qu'elle contribue à créer. Son action, loin de fausser la concurrence, permet au contraire aux acteurs du conseil de bénéficier de nouveaux marchés et aux entreprises d'avoir accès à des services dont elles ne bénéficieraient pas sans une action initiale non commerciale).

Conclusion

Rarement réforme aura donné lieu à autant de travaux préparatoires (rapport parlementaire, rapport IGAS, rapport de la Cour des comptes, groupe quadripartite...). Jamais le calendrier de mise en œuvre n'aura été aussi long (de la lettre de Christine Lagarde en juillet 2008 à l'échéance de la fin de l'année 2011 en passant par l'ANI de

janvier 2009 et la loi du 24 novembre 2009) et pourtant force est de constater que l'essentiel des questions n'ont pas été traitées et que le processus de concertation du départ se résout en une position unilatérale qui vient s'exprimer à rebours de bien des propositions. Cette gestion de la dernière phase de la réforme par l'administration crée plus d'insécurité et crispations qu'elle n'apporte de solution.

Il est trop tard pour dissiper l'insécurité juridique résultant de la gestion du calendrier de la réforme des OPCA par la DGEFP. Il n'est presque plus temps de revenir sur quelques interprétations erronées, et de donner la parole à la DGT, afin qu'elle complète le « Questions-Réponses » par des conseils méthodologiques sur le formalisme des accords constitutifs des nouveaux OPCA, « négociés à des fins d'agrément », afin d'éviter d'éventuels contentieux relatifs à leurs champs d'intervention, ainsi que des confusions entre ce qui relève de la procédure d'agrément d'un accord constitutif d'un OPCA afin de l'autoriser à collecter des ressources de nature fiscale, et ce qui relève de la procédure d'extension d'accords collectifs de travail traitant des orientations, des priorités, des dispositifs et du financement de la formation.

Reste à ouvrir des espaces de dialogue et de négociation dans le cadre du processus d'agrément, de l'extension des accords et de la négociation des COM (contrats d'objectifs et de moyens) que concluront les organismes de collecte et l'Etat, et à prendre en compte les importants chantiers à venir (représentativité patronale, inscription ou non des OPCA dans le champ du droit de la concurrence compte tenu de l'élargissement de leurs missions, évaluation de l'action des OPCA et non de leur mode d'organisation qui relève de la négociation, etc.). A défaut, les juges auront leur mot à dire dans un domaine qui, jusque-là, avait su éviter les contentieux. Il est regrettable que l'esprit de la loi « Larcher » qui donne une place déterminante aux partenaires sociaux dans l'élaboration du droit du travail et de la formation ait été perdu de vue dans la phase de mise en œuvre de la réforme par l'administration.

Jean-Marie Luttringer (JML Conseil, expert auprès de Sémaphores – Groupe Alpha),
Jean-Pierre Willems (Willems Consultants)

(1) Lire les dépêches AEF [152069](#) et [151974](#)

(2) [La circulaire publiée sur Legifrance](#)

(3) Lire [l'interview de Jacques Barthélémy](#) par AEF

Partagez sur :



Il est minuit dans la Fabrique des OPCA

Ecrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 8 novembre 2011

La recomposition du paysage des OPCA prévue par la loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle du 24 novembre 2009 est proche de l'échéance fixée par le législateur au 1er janvier 2012. Or, pour Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems, plusieurs questions juridiques liées au retrait et au renouvellement des agréments des organismes de collecte méritent encore d'être éclaircies. Dans une nouvelle chronique de leur cycle consacré à la « fabrique des OPCA », les deux juristes analysent les enjeux pratiques de la restructuration à l'oeuvre : perte de l'agrément, dévolution des biens, rôles respectifs des branches et des conseils d'administration des OPCA, transfert des contrats de travail...

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

1. Il est minuit dans la fabrique des OPCA. X OPCA disparaissent, les conseils d'administration et administrateurs cessent leur activité, quelques centaines de salariés changent d'employeur, plusieurs centaines de millions d'euros sont transférés, plusieurs immeubles changent d'affectation....

Il s'agit d'une opération de grande ampleur qui repose sur deux textes, l'un spécifique au droit de la formation, l'article R. 6332-20 du code du travail qui prévoit que « les biens des organismes collecteurs paritaires agréés qui cessent leur activité sont dévolus à des organismes de même nature, désignés par le conseil d'administration. Cette évolution est soumise à l'accord préalable du ministre chargé de la Formation professionnelle. La décision est publiée au journal officiel de la république française. À défaut, les biens sont dévolus au trésor public. » Ce texte ne concerne que les biens des OPCA.

L'autre texte relève du droit commun du travail. Le devenir des personnels des organismes de collecte n'est, en effet, régi par aucune disposition spécifique. Si les conditions nécessaires sont réunies, l'article L. 1224-1 du code du travail peut trouver à s'appliquer : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation des fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

La doctrine de l'administration, pourtant à l'initiative de cette restructuration de grande ampleur reste pour le moment très sommaire, elle se limite à rappeler le texte de l'article L. 1224-1 du code du travail et fait une référence historique à la restructuration des organismes collecteurs intervenue en 1995 -1996 : « En effet, lors du dernier regroupement de l'appareil de collecte, (...) plus important que celui qui se profile (passage de 350 à 100 structures à l'époque contre une réduction prévisible de 98 à 50 structures à l'horizon 2012), l'AGEFAL avait créé une bourse de l'emploi. Par ailleurs, le

non remplacement des départs en retraite a permis de réduire les sureffectifs.
La convention d'objectifs et de moyens [entre les OPCA et l'Etat] devra permettre d'appréhender la nature et le volume des sureffectifs éventuels et de parvenir à des solutions adaptées à la problématique sur le plan financier et sur la durée de la COM.).
»

Des questions méritent clarification

2. L'application de l'article R. 6332-20 soulève plusieurs questions de nature juridique qui méritent clarification avant que ne soient engagés les actes de procédure nécessaires à la dévolution :

la perte d'agrément a pour effet de fermer l'accès à la collecte d'une contribution fiscale mais ne met pas fin à la personne juridique, association ou fonds d'assurance formation, qui a reçu l'agrément. L'acte de dévolution suppose par conséquent d'être suivi par un acte de dissolution si les fondateurs de cette personne morale en décident ainsi et au moment où ils le décideront. Cette décision sera largement fonction de l'objet social de l'OPCA. Si l'objet social exclusif était la collecte d'une contribution de nature fiscale cette personne morale sans objet social devra disparaître. Si l'objet social est plus large, elle pourra continuer à exercer les autres activités que la collecte de ressources fiscales. Les fondateurs de l'association ou du fonds d'assurance formation demeurent libres de compléter, de préciser ou modifier cet objet social.

La dévolution des biens de l'OPCA ayant perdu l'agrément à un nouvel OPCA agréé ne peut porter que sur des ressources de nature fiscale ou sur les biens acquis par cette ressource. Les FAF ou les OPCA qui ont perçu des contributions en application d'accords collectifs, dépassant l'obligation légale de 1,6 % de la masse salariale ne sont pas tenus de faire entrer cette contribution dans le traité de dévolution. Rien ne leur interdit de le faire à titre volontaire. Mais ces contributions n'ont pas vocation à être versées au Trésor public tout comme les contributions que les OPCA versent au FPSPP ne peuvent être calculées que sur l'assiette de la contribution fiscale obligatoire. Il faudra cependant vérifier que les conditions posées par le Conseil d'Etat autorisant les FAF et les OPCA à percevoir des contributions conventionnelles distinctes des contributions fiscales, sont remplies : institution par accord, gestion distincte, frais de gestion distincts, affectation précisée. Or, le plus souvent, les ressources conventionnelles ont été mélangées aux ressources fiscales et gérées de la même manière. Dans ce cas, l'impossibilité de tracer le non fiscal et le fait que les sommes aient été incluses dans les comptes de l'OPCA en fongibilité absolue avec le fiscal interdisent toute distinction a posteriori. Difficile donc d'échapper à une dévolution

totale si la gestion n'a pas été faite de manière distincte.

Dans cette procédure le rôle respectif des branches professionnelles et des conseils d'administration des OPCA mérite aussi d'être précisé. La négociation de branche a eu pour objet et pour effet de définir le champ d'intervention de nouveaux OPCA à des fins d'agrément, et de désigner l'OPCA auquel les entreprises de la branche seront tenues de verser leur contribution. Au plan juridique rappelons qu'il s'agit de deux accords distincts. La négociation de branche d'adhésion à un OPCA et l'accord constitutif d'un OPCA qui n'est pas un accord de branche mais un accord conclu selon les mêmes formes mais qui a un objet différent. A ce titre, cet accord constitutif peut imposer des obligations aux organisations gestionnaires de l'institution créé par lui. De ce fait, si un accord prévoyait une obligation de dévolution à un OPCA, le Conseil d'administration devrait la mettre en œuvre. Il appartient en effet à l'accord constitutif de fixer l'étendue des pouvoirs du Conseil d'administration. Difficile dès lors de lui dénier la possibilité de définir des obligations opposables à ce Conseil. Mais là s'arrête le rôle de la branche qui, rappelons-le n'a pas de personnalité juridique. Seul le conseil d'administration de l'OPCA ayant perdu l'agrément est juridiquement habilité à désigner l'OPCA attributaire de la dévolution.

Le calendrier de la dévolution mérite également clarification. Celle-ci ne saurait définitivement intervenir qu'après l'arrêté des comptes de l'OPCA ayant perdu son agrément. Pratiquement à la fin du premier semestre 2012. La grande majorité des associations support des OPCA qui perdront leur agrément, continueront par conséquent à exister bien après le 1er janvier 2012.

Certaines branches professionnelles dont les politiques de formation et les ressources étaient gérées par des OPCA qui perdront leur agrément pourront se retrouver au sein d'une SPP (section paritaire professionnelle) dans OPCA nouvellement agréé. Cependant, elles ne pourront pas exercer le droit de suite sur la dévolution des biens de leur ancien OPCA de rattachement. En effet, la SPP n'a pas de personnalité morale Elle ne peut recevoir de dévolution qui doit être faite à l'OPCA. Il appartiendra au seul Conseil d'administration de l'OPCA de décider de l'affectation des fonds reçus au titre de la dévolution.

Les branches qui ne se constitueront pas en sections paritaires professionnelles seront gérées dans ce qu'il est convenu d'appeler « l'interprofessionnel à défaut d'accord de branche » en pratique par AGEFOS-PME ou OPCALIA. Dans ce cas, le conseil d'administration de l'OPCA non agréé sera libre de procéder à la dévolution de ces biens à un OPCA de son choix qu'il soit ou non interprofessionnel.

Afin d'assurer la gestion de la continuité des engagements pris envers les entreprises par les OPCA qui perdront leur agrément, « le traité de dévolution » qui est l'acte juridique d'organisation de la transition, devra préciser les conditions dans lesquelles l'OPCA récipiendaire se substituera à l'OPCA ayant perdu son agrément, aussi bien pour assurer le financement des actions engagées, que pour prendre en charge les éventuels contentieux auxquels des actions soldées ou engagées auront donné lieu. Indispensable pour assurer la continuité de service auprès des adhérents, ce traité de dévolution est un contrat dont les modalités sont librement définies par les partenaires sociaux fondateurs d'OPCA, sans contraintes ni obligations réglementaires.

Transfert de contrats de travail

L'application de l'article L 1224-1, relatif au transfert obligatoire des contrats de travail en cas de modification juridique de l'employeur n'a bien évidemment pas été conçu pour traiter de la situation particulière des salariés des OPCA ayant perdu leur agrément. Il est par conséquent nécessaire de rappeler le sens et la portée de ce texte avant d'en évoquer les modalités et les conséquences de son application à la situation des personnels dans les OPCA qui ont perdu leur agrément.

Dans le domaine qui nous intéresse, le contrat de travail est conclu entre un salarié et l'association (ou FAF) porteuse de l'agrément. Le retrait de celui-ci par l'administration prive l'association de sa capacité à collecter les contributions fiscales mais ne remet pas à lui seul en cause la personnalité juridique de la structure employeur. Il y aura modification juridique de l'employeur quand les associations auront fait le choix d'user de la fusion/absorption pour assurer leur regroupement.

Dans ce cas, la jurisprudence, qui a largement précisé les conditions de mise en œuvre de cet article, exige que trois éléments soient réunis pour que le transfert des contrats puisse s'appliquer : l'existence d'une entité économique autonome, le transfert de cette entité vers une nouvelle structure juridique, un maintien de cette entité en l'état après son transfert. Ce transfert peut être total ou partiel. Il peut s'opérer sans lien de droit entre les deux structures. Le respect, ou non, de ces conditions est fortement liée à la situation de chacun des OPCA (organisation interne, modalités du transfert d'activité, etc.). Il n'est par conséquent pas possible dans le cadre de cette chronique de proposer une réponse de portée générale à toutes les questions susceptibles de se poser dans des contextes particuliers.

Parmi les questions cruciales que les administrateurs de l'OPCA d'accueil auront à résoudre citons à titre d'exemple : la question de l'application des droits collectifs (accord collectif usages, celle du franchissement des seuils déclenchant la mise en

place d'institutions représentatives du personnel, celle d'éventuels sureffectifs de l'OPCA accueillant...). Sur ce dernier point, le questions-réponses de la DGEFP précise que « la convention d'objectifs et de moyens devra permettre d'appréhender la nature et le volume des sureffectifs éventuels et parvenir à des solutions adaptées sur le plan financier et sur la durée de la COM ».

La question du devenir du personnel se trouve posée dans des termes encore différents lorsqu'une convention entre l'OPCA ayant perdu son agrément et le nouvel OPCA prévoit une reprise volontaire du personnel ou quand, au contraire, le transfert des contrats de travail n'est prévu par aucune disposition, légale ou contractuelle et que les biens sont dévolus au Trésor public. La question est alors de savoir quelle est la responsabilité des administrateurs qui n'ont pas su anticiper cette situation, et quel rôle jouera l'État (ou le FPSPP) dans l'accompagnement des salariés qui seront nécessairement licenciés.

Jean-Marie Luttringer, JML Conseil, expert auprès de Sémaphores - Groupe Alpha

Jean-Pierre Willems (Willems consultants)

Partagez sur :



Les OPCA passés au défoliant fiscal

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 24 novembre 2011

« Ce qui devait être l'achèvement d'un processus n'est certainement que la première étape d'une évolution des Opca qui verront se reposer, en d'autres termes et contextes, les questions qui ont été évacuées des débats plutôt que traitées au fond. » C'est ce que prévoient Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems au regard des conditions de mise en oeuvre de la réforme des organismes de collecte découlant de la loi orientation/formation du 24 novembre 2009. Dans cette nouvelle chronique de leur cycle consacré à la « fabrique des Opca » (1), les deux juristes reviennent ainsi sur le processus de renouvellement de l'agrément délivré par l'État aux Opca qui doit prendre fin au 1er janvier 2012, après une délicate phase de regroupement.

Thèmes associés :

Politiques de l'emploi, Formation professionnelle

A trois exceptions près à ce jour (le FAFSEA, UNIFAF et UNIFORMATION), tous les agréments concernant les OPCA qui pourront exercer leur activité à compter du 1er janvier 2012, ont été validés par l'administration. Le processus, débuté avec le vote de la loi du 24 novembre 2009, les partenaires sociaux n'ayant pas été demandeurs d'une réforme des OPCA dans leur ANI du 7 janvier 2009, est donc en voie d'achèvement. Il commencera à produire ses effets à compter du 1er janvier 2012, quand les dernières lumières se seront éteintes dans les OPCA qui ont perdu leur agrément (2).

Le processus de renouvellement des agréments aura été marqué, à titre principal, par l'impossible dialogue entre l'administration et les partenaires sociaux. Rien n'aura été fait pour favoriser la recherche de solutions concertées. Tout d'abord dans la gestion du calendrier : après la loi du 24 novembre 2009, il faudra attendre fin septembre 2010 pour la publication du décret relatif aux OPCA et fin mai 2011 pour avoir la position de l'administration sur les textes. Dans l'intervalle, bien évidemment, les négociations avaient prospéré. Les positions de la DGEFP étant, à bien des égards, à la fois discutables juridiquement et a rebrousse poil des pratiques (au point de paraître en faire un objectif en soi), il en est résulté des négociations reprises, complétées, modifiées, amendées, sous la dictée de la DGEFP, et l'impossibilité de tenir l'échéance du 31 août pour la majorité des accords. Après avoir repoussé les délais au 30 septembre puis au 31 octobre, l'administration ira jusqu'à fin novembre pour disposer des dossiers d'agrément complets.

Certes, il convient de ne pas négliger la complexité de la tâche de la DGEFP, mais cette gestion des échéances ne doit sans doute rien au hasard : n'ayant aucune intention de négocier quoi que ce soit et maniant la décision d'agrément comme une épée de Damoclès, l'administration n'a visé qu'à imposer sa conception des OPCA et n'avait aucun intérêt à agir trop vite. Le temps de la décision administrative unilatérale n'est pas celui de décision issue de la négociation collective. Il résulte toutefois de ce

choix que les questions conflictuelles ont davantage été évacuées que réglées, ce qui rend leur surgissement futur quasi-inévitable. Ces questions conflictuelles sont, pour l'essentiel, au nombre de cinq :

L'organisation institutionnelle de l'OPCA et la capacité de le doter d'instances internes décisionnaires ;

La délégation de gestion à des opérateurs paritaires ;

La définition du champ d'intervention interprofessionnel ;

La possibilité pour les OPCA de gérer des ressources conventionnelles ;

La possibilité pour les OPCA d'avoir plusieurs activités.

1. La délégation de pouvoirs par le Conseil d'administration de l'OPCA

Par crainte de voir se constituer des OPCA à l'intérieur de l'OPCA, la DGEFP a considéré que toute délégation de pouvoir prévu par l'accord constitutif d'un OPCA était illicite. Ce qui l'a conduit à demander aux négociateurs de supprimer toute délégation de compétence du Conseil d'administration en direction des Sections Paritaires Professionnelles ou des Délégations Paritaires Régionales.

Sur ce point, le Code du travail prévoit que l'acte de constitution d'un OPCA détermine notamment la composition et l'étendue des pouvoirs du Conseil d'administration, ainsi que le mode de désignation des organes chargés de la préparation des décisions de gestion et de leur exécution (C. trav. Art. R. 6332-16). Il appartient à ce titre à l'accord constitutif et/ou aux statuts de l'OPCA de déterminer l'organisation institutionnelle de l'OPCA. Il est bien évident que la responsabilité de l'OPCA est celle du Conseil d'administration et qu'elle ne saurait être déléguée.

En revanche, comme dans toute structure, il est possible de procéder à des délégations de pouvoir qui n'enlèvent rien à la responsabilité sommitale du Conseil d'administration mais permettent à des organes divers (bureau, commission financière, commission d'agrément, commission de secteur, section professionnelle, délégation régionale ou interrégionale, etc.) de prendre des décisions par délégation et sous le contrôle du Conseil d'administration.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne remet en cause de manière explicite cette autonomie d'organisation qui ne contrevient directement à aucune des règles de gestion applicables à un OPCA. L'administration aurait pu constater que la délégation de pouvoir n'était qu'une conséquence de l'accroissement de la taille des OPCA du fait d'un relèvement du seuil minimal de collecte : dans des structures nationales gérant plusieurs centaines de millions d'euros, la mise en place de délégations de gestion est

une solution pertinente pour éviter l'asphyxie du conseil d'administration et prendre des décisions adaptées aux situations locales permettant de prendre en compte les logiques de branche et de territoire.

2. La délégation de gestion à des organismes paritaires

Depuis plus de 40 ans, des OPCA (créés sous statut de fonds d'assurance formation), déléguaient la mise en œuvre, voire la définition, de leurs actions à des organisations paritaires, le plus souvent établies au niveau régional (AGEFOS-PME, OPCA Bâtiment, OPCA TP par exemple). Constituées sous forme d'association, ces délégations paritaires étaient prévues par l'accord constitutif de ces fonds d'assurance formation.

Prenant appui sur l'article R. 6332-17 du Code du travail, qui précise que les OPCA peuvent déléguer à des personnes morales relevant des organisations d'employeurs signataires de l'accord constitutif de l'OPCA tout ou partie de la mise en œuvre des décisions de l'OPCA, la DGEFP en a conclu que toute délégation à des organisations paritaires était illicite.

C'est méconnaître l'histoire et la portée de cette disposition. Adopté dans le cadre de la réforme précédente des OPCA en 1993-1995, ce texte avait pour objectif de rendre licite la délégation à une organisation non paritaire en dérogation au principe de paritarisme, critère consubstantiel à l'existence même d'un fonds d'assurance formation, et condition fondatrice de l'existence des OPCA généralisée à partir de 1994.

Faisant du principe ce qui était une exception, la DGEFP concluait à l'impossibilité d'agréer des OPCA s'appuyant sur des délégations paritaires. Devant les réactions suscitées par cette position, l'administration trouva une porte de sortie dans le décret du 2 novembre 2011 qui prévoit la possibilité d'une délégation paritaire ou non, et interdit du même coup toute délégation établie sur une base professionnelle, (sans qu'au demeurant ce concept ne soit clairement défini), toujours dans la crainte de la création de « sous-OPCA » à l'intérieur de l'OPCA.

Outre la défiance qu'elle exprime vis-à-vis des négociateurs transformés en présumés fraudeurs, le positionnement de l'administration repose sur une lecture des textes selon laquelle tout ce qui n'est pas explicitement autorisé par la loi ou par elle-même, est interdit, et qui fait peu de cas du pouvoir normatif délégué par la Constitution et par la loi aux partenaires sociaux. Il est heureux que dans un Etat de droit, ce soit le principe inverse qui trouve à s'appliquer.

3. L'agrément interprofessionnel

Le Code du travail ne fournit pas de définition de l'interprofession. La DGT s'est essayée à donner une définition concernant les accords interprofessionnels dans la circulaire du 22 septembre 2004 relative à la loi du 4 mai 2004 : « Un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels sans liens directs entre eux. Le champ de ce type d'accord ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. ». Sur la base de cette définition, des organisations professionnelles couvrant plusieurs secteurs professionnels sans lien entre eux (notamment l'UNAPL ou l'USGERES) ont considéré qu'elles revêtaient un caractère interprofessionnel, sollicitant un agrément à ce titre pour l'OPCA dont elles ont négocié l'accord constitutif. Elles considèrent cette position d'autant plus justifiée que « la représentativité au niveau national interprofessionnel » reconnue au Medef à la CGPME et l'UPA ne saurait être, en l'absence de définition légale, qu'une décision de type politique. De plus, ces trois organisations représentent le secteur industriel et commercial ainsi que l'artisanat. Leurs statuts ne les autorisent à représenter ni les professions libérales, ni les structures juridiques à but non lucratif telles que les associations, les comités d'entreprise, les coopératives... Ni d'ailleurs les exploitants agricoles.

La DGEFP a fait le choix de s'en tenir au fait que seules trois confédérations, le MEDEF, la CGPME et l'UPA sont reconnues officiellement comme interprofessionnelles. De ce fait, seuls l'AGEFOS-PME et OPCALIA pouvaient prétendre à un agrément interprofessionnel, l'UPA n'ayant pas négocié à son niveau la mise en place d'un OPCA artisanal après le choix de la CAPEB de rejoindre l'OPCA Construction.

Il était certes difficile de trancher un débat de représentativité patronale, qui dépasse largement le champ de la formation professionnelle, au détour d'une procédure d'agrément des OPCA. Mais à défaut de définition légale opposable à tous de la représentativité patronale au niveau national interprofessionnel, il eût été juridiquement fondé d'adopter la définition « relative » qui est celle exprimée par le ministère du Travail dans sa circulaire précitée et d'admettre que les « interprofessions », que ni le Medef, ni la CGPME ni l'UPA n'ont de capacité juridique à représenter, sont habilitées à collecter dans le « champ interprofessionnel » qui est le leur les contributions des entreprises qui sont dans ce champ, et qui ne sont pas soumises à un accord de branche. (Article L. 6332-1 dernier alinéa.)

Il sera toutefois difficile d'échapper à ce débat dans le cadre du chantier à venir de la

représentativité des organisations patronales, qui ne pourra plus être élué dès lors que celui de la représentativité syndicale a été conduit et produira ses effets à l'horizon 2013.

4. Les ressources conventionnelles

L'agrément des OPCA est un acte unilatéral de l'administration qui a pour effet de rendre possible la gestion par ces organismes de versements déductibles d'une obligation fiscale. C'est la nature fiscale de l'obligation de financement de la formation qui rend légitime et fonde juridiquement la décision d'agrément, il est donc logique que les effets de l'agrément soient circonscrits à la gestion de ces sommes.

Telle n'est pas la position de la DGEFP qui considère que toute somme gérée par l'OPCA, quelle que soit sa nature et même si elle n'est pas déductible fiscalement pour l'entreprise, doit être gérée à l'intérieur du cadre réglementaire applicable aux OPCA.

Les tribunaux n'ont pas la même analyse, notamment le Conseil d'Etat qui ne voit guère de difficulté à une gestion de contributions fiscales d'une part et de cotisations sociales de l'autre (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 cotisations 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.

A ces quatre conditions générales, qui ne concernent 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. A défaut, les sommes seront soumises à l'ensemble des règles fiscales applicables aux OPCA.

Ce raisonnement n'est guère entendu par l'administration. Il a beau fonctionner de fait dans plusieurs OPCA, avoir été validé juridiquement y compris par le ministère du Travail (nombre d'accords prévoyant des contributions conventionnelles spécifiques ont été étendus) et n'être que l'application du principe constitutionnel du droit à la négociation collective des salariés, rien n'y fait.

Sans doute faut-il y voir une certaine culture de l'action publique qui laisse aussi peu de place à la négociation et aux contre-pouvoirs en général qu'elle établit une hiérarchie absolue entre la démocratie politique et la démocratie sociale.

5. La pluriactivité de l'OPCA

Aucun texte n'interdit ou ne limite la possibilité pour un OPCA d'avoir d'autres activités. La notion d'OPCA est une notion fonctionnelle et non statutaire. L'association support de l'OPCA n'est limitée que par son objet social et le Fonds d'assurance formation a vocation à gérer des contributions qui ne sont pas limitées aux contributions fiscales. Jamais le législateur n'a posé, ni même envisagé de poser, un principe d'activité exclusive pour les OPCA, comme cela existe par exemple pour les groupements d'employeurs ou les sociétés de travail temporaire, se limitant à interdire l'exercice d'une activité de formation ou d'une activité de crédit.

La DGEFP a pourtant demandé à ce que les accords constitutifs des OPCA soient expurgés de toute mention confiant à l'OPCA d'autres missions que celles de gérer les fonds de la formation professionnelle.

Peut-être le problème est-il purement formel : il s'agissait pour l'administration de s'intéresser aux OPCA et rien d'autre. Si tel est le cas, aux partenaires sociaux de regrouper dans un accord distinct de celui créant l'OPCA les missions autres qui sont dévolues à la structure juridique agréé en tant qu'OPCA. Après tout, cette distinction est peut être plus saine. Mais encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'une interprétation, que l'on ne qualifiera pas de stricte mais de restrictive, si elle revenait à considérer que l'OPCA se doit d'avoir une activité exclusive.

Notons que la DGEFP elle-même reconnaît toutefois que rien ne s'oppose à ce qu'un OPCA soit également agréé comme Organisme Collecteur de la Taxe d'Apprentissage (OCTA). Il est vrai qu'il s'agit, là aussi, d'une activité placée sous le contrôle de l'administration.

Conclusion

Ce qui devait être l'achèvement d'un processus n'est certainement que la première étape d'une évolution des OPCA qui verront se reposer, en d'autres termes et contextes, les questions qui ont été évacuées des débats plutôt que traitées au fond. Les raisons se trouvent sans doute dans les imprécisions de la loi, mais également dans un conflit profond de logique entre des OPCA collecteurs et gestionnaires d'une contribution de nature fiscale et des OPCA outils au service d'une plus grande

autonomie des partenaires sociaux. Dans ce conflit, la doctrine de l'administration a été pour la première fois en 40 ans de droit de la formation, méthodiquement fiscaliste et restrictive.

La séquence qui vient de s'achever aura eu le mérite de rappeler à qui l'aurait un instant oublié, que, dans une négociation, le terrain du droit n'est qu'un paramètre parmi d'autres et que ce qui est déterminant au final, c'est le rapport de force que l'on a su créer et la manière dont on est capable de l'utiliser. A ce titre, s'il n'est pas exclu que quelques combats puisse se mener sur le terrain juridique jusque dans les prétoires, la création d'un rapport de force favorable aux OPCA dépend peut être encore davantage de leur capacité d'autonomie, d'innovation et d'efficacité dans leurs actions.

(1) Au sein du cycle "la fabrique des Opca", cette première chronique consacrée aux questions potentielles conflictuelles qui découlent du processus de renouvellement des agréments des organismes de collecte, sera suivie par une seconde portant sur les champs d'intervention des Opca.

(2) Lire la dépêche AEF **157779**

Partagez sur :



La fabrique des OPCA dans le jardin d'agrément : Jardin à la française ?

Écrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 9 décembre 2011

Le renouvellement des agréments des OPCA a redessiné le paysage des organismes collecteurs. La nouvelle composition devrait rassembler les caractéristiques d'un jardin à la française. Selon les dires mêmes de ceux qui ont eu la responsabilité du processus (1), le système remis en ordre a gagné en rationalité ce qui devrait se traduire par une meilleure efficacité. Dans la recherche de rationalité, il convient de noter que pour la première fois depuis 40 ans, l'Etat a pris soin de lister précisément le champ d'application de l'agrément qui n'est plus défini de manière générale en visant un secteur, mais qui comporte la liste exhaustive des secteurs professionnels dans lesquels un accord de désignation de l'OPCA a été conclu. Ce travail de précision devrait faciliter la lecture par les entreprises du nouveau paysage en balisant les allées du champ de l'agrément. Toutefois, si l'agrément relève de la réglementation de la formation professionnelle, l'application des accords créant ou désignant les OPCA relève des mécanismes généraux de la négociation collective et du droit du travail. La confrontation de ces deux logiques crée quelques zones d'ombres dans les allées du jardin à la française. L'objet de la présente chronique est de les mettre en lumière (2).

Thème associé :

Formation professionnelle

1. Nouvelles frontières

Les arrêtés portant agrément des OPCA à compter du 1er janvier 2012 comportent la liste exhaustive des champs conventionnels concernés par l'agrément. Cette précision nouvelle poursuit plusieurs objectifs. Le premier est de faire respecter la condition de définition du champ de l'agrément par la négociation collective (C. Trav., art. R. 6332-4). L'OPCA compétent pour collecter les contributions des entreprises n'est pas choisi par les entreprises mais désigné par un accord collectif de travail, dans la logique de la mise en place d'institutions paritaires qui ne relèvent pas, par principe, d'un libre choix de l'entreprise, mais d'une garantie sociale dans le cadre d'un régime de solidarité défini par accord. Le ministère du Travail en conclut qu'en l'absence d'accord, marquant une volonté paritaire de rattacher un secteur d'activité à un OPCA, il ne peut y avoir de compétence de cet OPCA.

Le second objectif est de veiller à ce qu'un seul agrément soit délivré par champ de compétence (C. Trav., art. R. 6332-5). En effet, toujours dans la logique d'un régime de garantie sociale basé sur la solidarité, la gestion des contributions affectées à la formation professionnelle n'est pas un champ concurrentiel ce qui justifie l'exclusivité de l'agrément pour chaque secteur professionnel.

Ces deux principes, définition des champs de compétence de l'OPCA par la négociation collective et parfaite étanchéité des OPCA, constituent donc la base de l'action de la DGEFP et expliquent pourquoi les arrêtés d'agrément sont, pour la première fois, aussi détaillés. Toutefois, la réglementation comporte de telles

exceptions, soit dans ses dispositions soit dans sa mise en œuvre, qu'il n'est pas certain que ces deux principes puissent être respectés.

2. Pas de contrôle aux frontières des accords

L'agrément a comme effet de valider la possibilité, pour les entreprises entrant dans le champ des accords constitutifs ou de désignation de l'OPCA, de verser tout ou partie de leur obligation fiscale à l'OPCA. Il n'a ni pour objet, ni pour effet, de déterminer le champ d'application de ces accords.

En d'autres termes, les limites de la représentativité patronale qui fixent celles du champ d'application des accords ne font pas l'objet de contrôle, pas plus que les différentes définitions de champ par les accords ne sont soumis à un contrôle de cohérence. Il peut en résulter des zones de recouvrement entre des accords a priori distincts, un même code NAF par exemple pouvant regrouper en son sein des activités qui vont relever de conventions collectives différentes. Mais, avec cette délimitation fine des accords et de leur champ d'application, il appartiendra sans doute à la Direction Générale du Travail, lorsqu'elle sera saisie pour procéder à l'extension des accords, de procéder à ce travail de définition précise des frontières des accords. Si l'extension n'est pas une étape indispensable pour l'agrément des OPCA, elle le devient pour l'opposabilité de la collecte aux entreprises.

Il a été jugé que lorsqu'il apparaît que le champ d'application d'une convention de branche soumise à la procédure d'extension se recoupe avec le champ d'une convention déjà étendue, il appartient au ministre, préalablement à l'extension envisagée, soit d'exclure du champ d'application de celle-ci les activités économiques déjà couvertes par la convention déjà étendue, soit d'abroger l'arrêté d'extension de celle-ci en tant qu'il s'applique à ces activités (CE 15 mai 2006).

Le problème qui va se poser au 1er janvier 2012 est que les accords de désignation ne seront probablement pas étendus à cette date. Les employeurs visés par le champ d'application de ces accords mais qui ne sont pas membres d'une organisation patronale signataire ne sont donc pas liés par l'obligation de cotiser à l'OPCA désigné. Juridiquement, ils pourraient donc verser leur contribution à un OPCA interprofessionnel. Si l'on peut penser qu'entre OPCA prévaudra un « gentlemen agreement » qui conduira chacun à collecter sur le champ nouvellement défini, il n'en reste pas moins qu'entre l'entreprise et l'OPCA, l'outil juridique fera défaut pour procéder à du recouvrement forcé si jamais l'entreprise non adhérente à une organisation patronale signataire ne procédait pas au versement de sa contribution à l'OPCA de branche.

3. L'élargissement des frontières : l'accord appliqué non applicable

L'arrêté d'agrément des OPCA prévoit que relèvent du champ de compétence des OPCA les secteurs qui « qui entrent dans le champ d'application de la convention collective ... ». S'il va de soi que les employeurs soumis à titre obligatoire à la convention collective nationale (CCN) devront obligatoirement cotiser auprès de l'OPCA qu'elle désigne, la question est plus douteuse lorsque la CCN ne résulte pas d'une obligation mais d'un choix effectué par un employeur qui ne relève pas de son champ d'activité.

A titre d'exemple, la plupart des OPCA ont, en leur qualité d'organismes employant des salariés, pour habitude d'appliquer à leurs salariés la CCN d'un des secteurs dans lesquels ils interviennent et à ce titre de cotiser auprès d'eux-mêmes alors qu'ils n'exercent pas une activité relevant de leur champ d'application. Si l'OPCA a formellement adhéré à une convention collective avec l'accord des organisations syndicales représentatives du personnel, conformément à l'article L 2261-6, la CCN est devenue obligatoire. Mais dans le cas contraire, s'il s'agit d'une application de fait d'une CCN, cela conduirait les OPCA à devoir cotiser auprès de l'AGEFOS-PME ou d'OPCALIA. Sauf à ne faire aucune différence entre la CCN appliquée et la CCN applicable, ce qui semble peu conforme au droit de la négociation collective.

Au-delà de l'exemple des OPCA, la question est posée pour toutes les entreprises et organisations qui appliquent à titre volontaire une CCN qui les rattache à un OPCA de branche alors qu'elles devraient légalement verser leur contribution à un OPCA interprofessionnel.

Cette solution est confortée par une décision du 19 mai 2010 de la Cour de cassation, qui a censuré les clauses des conventions collectives excluant de leur champ certaines activités notamment celles qui, par proximité professionnelle, appliquent la convention collective du secteur dans lequel elles interviennent. En l'espèce, il a été jugé illégal que la CCN des services de médecine du travail prévoie que les services créés pour le BTP appliqueront la CCN du Bâtiment et non celle qui correspond à leur activité.

L'application de ce principe dans le champ de la formation professionnelle, est de nature à remettre en cause la clause de la CCN des organismes de formation prévoyant que les associations de formation patronales ne relèvent pas du champ de la convention mais de celui du secteur de leur organisation. Selon la Cour de cassation, cette clause se trouve frappée d'illégalité. Là encore, la conséquence est que l'OPCA de rattachement n'est pas celui du secteur d'intervention mais un OPCA

interprofessionnel puisque le secteur de la formation professionnelle n'a désigné aucun OPCA à titre obligatoire.

4. L'abolition réglementaire des frontières

Les OPCA ne sont pas des organismes marchands, quand bien même rendent-ils des services, et il n'y a pas de marché sur lequel les OPCA se positionneraient de manière concurrentielle : c'est ce principe qui justifie l'exclusivité de l'agrément sur un champ donné.

Ce principe admet toutefois deux exceptions qui le perturbent grandement au point de le remettre en cause.

- En premier lieu, les deux OPCA interprofessionnels sont concurrents. Faute d'un accord entre les confédérations patronales et les organisations syndicales pour créer un seul OPCA, la délivrance de deux agréments interprofessionnels revient à créer une situation de concurrence de fait sur le champ non couvert par des accords de branche.

- En second lieu, le Code du travail lui-même organise, au nom d'une suspicion sur les collectes captives de branche, une situation de concurrence. En effet, l'article R. 6332-47 du Code du travail prévoit que la convention constitutive d'un OPCA agréé au titre d'une ou plusieurs branches professionnelles ne peut interdire à une entreprise d'adhérer à un OPCA interprofessionnel après s'être libérée de ses obligations vis-à-vis de l'OPCA de branche. Est ainsi organisé un champ concurrentiel entre tous les OPCA de branche ou interbranches et les deux OPCA interprofessionnels dont l'agrément, du fait de cet article, se trouve étendu à l'ensemble du secteur privé, ce qui pose la question de la nature de l'agrément interprofessionnel.

5. L'agrément interprofessionnel : un agrément transfrontalier

L'agrément d'un OPCA au titre de l'interprofession est un agrément de type particulier en ce qu'il excède le champ de la représentativité des signataires de l'accord créant l'OPCA et qu'il donne vocation à l'OPCA à intervenir auprès de l'ensemble des employeurs du secteur privé.

Cette particularité a plusieurs sources. Si pour les contributions dues par les entreprises de moins de 10 salariés il est expressément prévu par l'article L. 6331-3 que faute d'accord de branche la contribution doit être versée à un OPCA interprofessionnel, le même principe n'est pas affirmé aussi catégoriquement pour la contribution au titre de la professionnalisation ou du plan. Pour autant, l'obligation de

verser à un OPCA la contribution due au titre de la professionnalisation sans pouvoir la verser à un OPCA de sa branche conduit inévitablement à faire de l'agrément interprofessionnel un agrément « par défaut », sorte de voiture balai pour tous les employeurs qui n'ont pas d'OPCA.

Le fait que le ministère ait repris, dans les arrêtés d'agrément, la liste précise des champs conventionnels relevant de chaque OPCA a donc comme conséquence de faire basculer dans le champ de l'interprofession l'intégralité des employeurs qui appartiennent à des secteurs non organisés et qui ne connaissent pas de négociation collective. Dont certains ont pour habitude de longue date de verser à des OPCA avec lesquels ils se sentent en « proximité » professionnelle ou culturelle.

Il en est ainsi, par exemple, pour les entreprises dites de « tendance » qui poursuivent des objectifs politiques, syndicaux, philosophiques ou religieux. Ces structures n'ont pas vocation, de par leur nature et leur activité, à se constituer en branche dans une logique d'organisation d'un secteur qui leur est étrangère.

Faudra-t-il dorénavant que ces entreprises puissent justifier d'appliquer, par la voie de la négociation interne, une CCN incluse dans le champ d'un OPCA de branche ou d'interbranches pour pouvoir y verser leur contribution ? Peut-être la solution est-elle à rechercher dans le droit de la négociation collective et plus particulièrement dans la technique de l'élargissement qui permet, après qu'un accord ait été étendu, d'élargir sa portée à des secteurs dans lesquels soit il n'existe pas de négociation collective, soit elle s'avère inopérante sur certains sujets.

Dans l'attente d'une telle décision qui relève des services de la Direction Générale du Travail, ces secteurs ou entreprises demeurent juridiquement tenus de verser leurs contributions fiscales à un OPCA agréé pour les recevoir, c'est-à-dire en l'absence d'accord collectif qui leur est applicable à un OPCA interprofessionnel.

Conclusion

La publication des arrêtés agréant les nouveaux OPCA à compter du 1er janvier 2012 est manifestement davantage un point de départ que l'aboutissement d'un processus qui serait clos.

Comme on peut le constater, de nombreuses questions sont soulevées par l'application des décisions d'agrément et l'articulation des textes définissant les champs de compétence des OPCA. Toutefois, ces questions ne relèvent plus du droit de la formation professionnelle au sens strict, mais davantage de celui de la négociation

collective. Ce n'est donc plus au niveau de la DGEFP mais de la DGT que seront effectués les éventuels arbitrages.

Dans l'attente, et sur une question située au cœur des mécanismes de la négociation collective, c'est peut-être, et surtout, aux partenaires sociaux de prendre leurs responsabilités et de trouver les voies et moyens d'une mise en œuvre opérationnelle d'une construction largement bâtie par la négociation.

(1) **[Lire l'entretien accordé à l'AEF par le DGEFP, Bertrand Martinot](#)**

(2) Cette chronique constitue le second volet de l'analyse de Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems consacrée au processus de renouvellement des agréments par l'État des Opcas. **[Lire le premier volet](#)**

Partagez sur :



La fabrique des Opcas - Fin du cycle. Comme une occasion manquée

Écrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 20 janvier 2012

Les COM (conventions d'objectifs et de moyens) conclues entre les organismes de collecte et l'État « seront au mieux un outil de contrôle, au pire un contrat sans effet. Mais nous sommes très loin d'une contractualisation dynamique qui aurait permis aux Opcas de conduire un véritable travail sur leur politique et leurs projets ainsi que sur les moyens associés. » Il s'agit donc d'une « occasion manquée » estiment Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Les deux juristes considèrent que « la COM ne permet guère de fixer des objectifs de résultat (financer de la formation pour quoi faire ?) ni d'apprécier l'impact de l'action de l'Opcas. Une fois de plus, la formation est appréhendée comme une finalité en soi et non comme un moyen qui doit être mobilisé pour atteindre des objectifs qui la dépassent. »

Thème associé :

Formation professionnelle

"Un des plus grands avantages, est de connaître l'occasion et de savoir la saisir."

Nicolas Machiavel - L'art de la guerre (1521)

La négociation d'une Convention d'Objectifs et de Moyens (COM) entre les OPCA nouvellement agréés et l'État constitue le dernier acte de la réforme initiée par la loi du 24 novembre 2009. Cette contractualisation est une nouveauté. Depuis 40 ans, l'État exerce un contrôle administratif et financier sur les OPCA, mais sa politique contractuelle en matière de formation professionnelle concernait davantage les branches professionnelles, voire les seules organisations patronales, et non les organismes paritaires considérés comme des outils techniques chargés de soutenir les accords politiques conclus par ailleurs. La création des COM peut ainsi s'analyser comme un paradoxe : à la fois un passage obligé pour les organismes paritaires qui confère à l'État la possibilité de discuter la politique et les moyens de l'OPCA, mais également une reconnaissance de l'OPCA en tant qu'organisme ayant une politique propre, indépendamment de celle des branches professionnelles pour le compte desquelles il intervient. Cette chronique se propose d'examiner de quelle manière les négociations conclues ou en cours ont résolu ce paradoxe.

1. La COM : un outil politique et technique

Aux termes de l'article L. 6332-1 du Code du travail : « Une convention triennale d'objectifs et de moyens est conclue entre chaque OPCA et l'État. Elle définit les modalités de financement et de mise en œuvre des missions des OPCA. Les parties signataires s'assurent de son suivi et réalisent une évaluation à l'échéance de la convention dont les conclusions sont transmises au Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie. Celui-ci établit et rend public, tous les trois ans, le bilan des politiques et de la gestion des OPCA ».

Le législateur a donc conféré aux COM, sur le modèle des Conventions d'objectifs et de gestion (COG) des organismes de sécurité sociale, des COM en faveur du développement de l'apprentissage conclues entre les régions et l'État, ou des Contrats d'objectifs conclus avec des structures publiques (Pôle emploi) ou bénéficiant de financements de l'Etat (AFPA), le soin de définir pour une période donnée la politique de l'institution et les objectifs qu'elle se propose d'atteindre.

En toute logique, un OPCA ne peut faire fonctionner des dispositifs que par rapport à des objectifs et priorités, donc une politique qui va structurer et donner cohérence à ses décisions, ses choix et ses arbitrages. En ce sens, un OPCA se distingue des organismes de sécurité sociale telles les caisses primaires d'assurance maladie, les caisses d'allocation familiale ou les caisses de retraite, dont la logique d'intervention est en majeure partie basée sur la vérification de l'accès à des droits préétablis.

Concernant les OPCA, il n'y a guère de titulaires de droits de créance opposables et les interventions reposent toute entières sur les décisions prises par le Conseil d'administration en fonction d'orientations et priorités.

Même les accords de branche ne sont opposables à l'OPCA que lorsque la loi leur confie le soin de fixer des conditions ou priorités d'intervention, sans que cela ne conduise à faire de la politique de l'OPCA une simple mise en œuvre d'accords de branche (c'est une autre question que la mise en œuvre d'accords de branche par les représentants au sein du Conseil d'administration de l'OPCA des organisations signataires).

Du point de vue du législateur, et tenant compte de la nature des OPCA, la COM est donc à la fois un outil politique mais également technique puisqu'il lui revient de définir les moyens correspondant à la politique arrêtée par l'OPCA.

2. Une définition des frais de gestion

Les articles R. 6332-37-1 à R. 6332-37-6 fixent les modalités de détermination des frais de gestion par la COM. Notamment, il revient à la COM de définir la répartition des ressources entre les différentes missions de l'OPCA ainsi que les plafonds des frais de gestion. A cet égard, le Code du travail prévoit un plafonnement des frais d'information et de gestion par arrêté, mais, en revanche, renvoie exclusivement à la COM pour les plafonds concernant les frais de mission.

Cette distinction découle d'une analyse du Conseil d'Etat selon laquelle les frais d'information et de gestion relèvent de mêmes critères de productivité pour tous les OPCA, alors que les frais de mission, qui incluent le service de proximité et l'accompagnement des entreprises, peuvent se révéler très diversifiés selon le champ

de compétences de l'OPCA.

Il ressort de la politique de l'OPCA de savoir quelle part des ressources il est pertinent d'affecter à des financements de formation, et quelle part de ressources il convient d'affecter à l'accompagnement des entreprises vers une plus grande maturité en matière de formation.

L'intelligence du Conseil d'Etat a été de reconnaître que les OPCA rendaient des prestations en espèces et en nature, et que les premières n'étaient pas toujours les plus efficaces en matière de développement de la formation. Vaut-il mieux, par exemple, garantir 3 000 euros de financement à toute entreprise qui en fait la demande ou financer moins de formation mais avoir des conseillers sur le terrain susceptibles d'accompagner les entreprises en matière de gestion des compétences et de formation et de lui fournir les solutions dont elle a besoin ?

Cette distinction entre prestations en espèces et prestations en nature est donc un élément clé des COM en ce qu'elle demande à faire des choix en fonction de la sociologie des entreprises des secteurs concernés.

3. Le contenu des COM : des indicateurs quasi-exclusivement quantitatifs

Les COM font l'objet d'annexes chiffrées qui reprennent tous les indicateurs qui permettront de piloter l'activité de l'OPCA et ses frais de gestion et de mission. L'examen systématique de ces documents permet de constater que la COM est avant tout orientée sur des ratios financiers et des indicateurs de productivité de gestion. Il sera ainsi possible au Ministère du travail d'établir le coût moyen du traitement d'un dossier, le coût moyen d'une visite d'entreprise ou encore les niveaux de salaire pratiqués dans les OPCA. En clair de savoir combien cela coûte.

Mais lorsque l'on examine la batterie de chiffres et d'indicateurs, on constate qu'aucun ne porte sur les résultats de l'activité de l'OPCA. Certes on pourra dire combien l'OPCA a visité d'entreprises, dans combien de ces entreprises il a financé de la formation, combien de dossiers il a géré et on pourra féliciter ceux qui font tout cela au meilleur coût. Mais la COM ne permet guère de fixer des objectifs de résultat (financer de la formation pour quoi faire ?) ni d'apprécier l'impact de l'action de l'OPCA. Une fois de plus, la formation est appréhendée comme une finalité en soi et non comme un moyen qui doit être mobilisé pour atteindre des objectifs qui la dépassent.

On chercherait en vain dans la COM un début de catégorisation des objectifs que la

formation peut permettre d'atteindre. Reste aux OPCA à ne pas se contenter de cette situation et à mettre eux-mêmes en place, indépendamment de la COM, les critères et indicateurs qui, après 40 ans d'existence, permettront enfin d'apprécier la valeur ajoutée de leur activité.

4. La négociation des COM

Aux dires de ceux qui ont eu l'occasion d'y participer, la négociation de la COM est essentiellement centrée sur le niveau des frais de gestion. A l'évidence, l'administration n'a tenu aucun compte de la position du Conseil d'Etat quant à la distinction entre prestations en espèces et en nature et à la mise en adéquation d'objectifs et de moyens. La principale demande faite aux représentants des OPCA a été : « Vous ne pouvez pas faire moins en frais de gestion ? ».

Ce qui autorise quelques questions. Est-ce simplement la traduction d'une conviction que la productivité des OPCA est faible et qu'elle doit être augmentée ? Est-ce une volonté de ne pas donner les moyens de véritablement fonctionner aux OPCA, préparant ainsi la prochaine réforme ? Est-ce une manière de limiter le développement des services rendus par les OPCA, qui les rendrait au final plus fort face à l'administration ? Est-ce le souhait que les OPCA n'aient d'autres possibilités d'action que de mettre en œuvre les demandes des pouvoirs publics ? Chacun se forgera son opinion mais force est de constater que la logique de la seule régulation financière l'a emporté au détriment du sens de l'action et d'une véritable négociation politique entre les représentants de l'intérêt public et ceux de l'intérêt général des entreprises et salariés.

5. Une abracadabrantissime clause de confidentialité

Le texte de la COM qu'il est demandé aux OPCA de signer comporte in fine une clause de confidentialité qui impose à ses signataires de ne pas en révéler la teneur. Que la DGEFP ait souhaité inscrire une clause de ce type dans les COM laisse songeur, d'autant que la justification avancée paraît très faible : il s'agirait d'un contrat de droit privé dont le contenu n'a pas à être divulgué (déclaration de Marie Morel, en charge du dossier à la DGEFP).

Du point de vue juridique, une telle clause est éminemment contestable. D'une part les compétences mêmes du Conseil d'administration de l'OPCA, sur lesquelles la DGEFP a pourtant largement insisté tout au long de la réforme, s'opposent à ce que le Président et le Vice-Président puissent garder la confidentialité sur un contrat

engageant l'OPCA. Ensuite les administrateurs doivent des comptes à leur organisation qui ne peut se satisfaire d'une clause leur imposant le silence. Enfin, comment les salariés de l'OPCA, chargés de mettre en œuvre la politique et de respecter la COM, pourraient-ils le faire sans en connaître l'économie. Et l'on pourrait encore invoquer le principe de transparence dans la gestion des OPCA ou l'obligation de rendre compte de l'utilisation de fonds dont l'origine est publique. On remarquera sur ce dernier point, la position à géométrie variable de la DGEFP qui transforme les OPCA en chauves-souris : vos poils sont publics vous devez donc faire ce que l'on vous dit, mais vos plumes sont privées ce qui me permet de passer avec vous des contrats confidentiels.

En réalité, une telle clause, injustifiée en droit et inapplicable en fait, est emblématique du manque de cohérence et des approximations juridiques qui auront émaillé l'ensemble du processus de réforme des OPCA.

Conclusion

Le contenu des COM et leur mode de négociation traduisent une vision réductrice et malthusienne des OPCA par l'administration. De ce fait, les COM seront au mieux un outil de contrôle, au pire un contrat sans effet. Mais nous sommes très loin d'une contractualisation dynamique qui aurait permis aux OPCA de conduire un véritable travail sur leur politique et leurs projets ainsi que sur les moyens associés. Au final, la négociation se trouve réduite à la négociation de marges de manœuvre pour éviter d'avoir à mettre en œuvre des réductions d'effectifs et tout simplement pouvoir exercer ses missions de base. Et surtout, il y a de fortes probabilités pour qu'au sortir de la conclusion de l'ensemble des COM on ne sache toujours pas ce qu'est un OPCA performant. Souhaitons que contrairement à l'adage, cette occasion perdue puisse se rattraper un jour.

Partagez sur :

