La mutualisation dans les FAF et OPCA

par Jean-Pierre WILLEMS

Consultant en ressources humaines

Les fonds d'assurance-formation de salariés mutualisent les sommes qu'ils perçoivent des entreprises (C. trav., art. L. 6332-7). Cette disposition générale ne vise pas les organismes paritaires collecteurs agréés dans leur ensemble, mais uniquement les fonds d'assurance formation de salariés. Cette distinction entre FAF et OPCA, à laquelle l'Administration a toujours refusé de donner une portée opérationnelle mais qui figure bien dans le Code du travail (1), est fondamentale quant à la nature des contributions des entreprises au financement de la formation (I), au principe et modalités de mutualisation des fonds (II) et à la nature des prestations constituant la contrepartie du financement (III). On peut considérer que l'absence de réflexion sur cette distinction entre FAF et OPCA ainsi que le maintien de la coexistence de ces deux types d'organismes est un des freins majeurs à une véritable réforme du système de financement de la formation professionnelle des salariés. Les deux institutions s'inscrivent en effet dans des systèmes qui ont des fondements, une nature et des modalités de fonctionnement nettement différenciés, lorsqu'ils ne sont pas totalement opposés. Le choix de la nature de l'institution est ainsi irrémédiablement lié au choix de la nature des contributions versées par les entreprises et partant de la nature du système de financement de la formation professionnelle continue. Si un tel choix n'est pas effectué de manière claire et assumée, il n'y aura pas véritablement de réforme du financement de la formation des salariés.

I. — FAF, OPCA ET NATURE DE LA CONTRIBUTION AU FINANCEMENT DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE

1. Suite aux accords de Grenelle, la loi du 31 décembre 1968 ouvre la possibilité pour les partenaires sociaux de créer des fonds d'assurance formation (FAF), pensant jeter les bases d'un système semblable à celui de l'assurance chômage qui fêtait ses dix ans d'existence (2). Cette possibilité restera lettre morte, confirmant le pronostic pessimiste du rapporteur Sallenave qui considérait alors que « le système envisagé comporte en grande partie un caractère illusoire, car les partenaires sociaux ne paraissent pas prêts à la cogestion des fonds de la formation professionnelle ». Ces propos sont également validés par l'ANI du 9 juillet 1970, fondateur pour les partenaires sociaux dans le champ de la formation, qui ne traite pas des FAF, faute d'accord suffisant sur cette question (3).

Cette carence suscitera l'intervention du législateur qui, par la loi du 16 juillet 1971, créé l'obligation fiscale de financement de la formation professionnelle. Initialement conçue comme un catalyseur pour le développement d'un régime d'assurance formation, cette obligation constitue en fait un corps étranger à un régime social dont elle va limiter le développement de par sa nature, au-delà du fait que son existence constitue un argument pour ceux qui refusent la mise en place d'une véritable assurance formation.

2. La participation financière au financement de la formation professionnelle constitue une imposition de toute nature sur le modèle des taxes parafiscales avant leur suppression par la LOLF du 1er août 2001 et des taxes fiscales affectées aujourd'hui (4). Cette nature fiscale a des conséquences fondamentales: elle garantit la maîtrise par l'État des règles encadrant le montant, l'utilisation et les modalités de gestion de la ressource. Se trouve limitée d'autant la capacité des partenaires sociaux à négocier sur ces sujets. Et de fait, la négociation sociale n'a pu se déployer qu'à la place ou à côté du régime fiscal.

Ainsi, dans le secteur de l'artisanat, l'accord du 5 mars 1985 signé entre l'UPA et les cinq confédérations syndicales représentatives met en place un régime d'assurance formation purement conventionnel dans les

entreprises de moins de dix salariés. En application de cet accord, le Fonds d'assurance formation des salariés de l'artisanat du bâtiment (FAFSAB), créé en 1989, gérera une cotisation conventionnelle destinée à permettre le développement de la formation professionnelle continue dans des entreprises qui ne seront assujetties à l'obligation de financer la formation professionnelle qu'à compter de la loi du 31 décembre 1991. Ce n'est d'ailleurs qu'à partir de cette date que le FAFSAB demandera son agrément en qualité d'OPCA, ayant jusque-là fonctionné en sa seule qualité de FAF puisqu'en dehors du champ fiscal. Cet exemple (5) démontre, s'il était nécessaire, que d'une part un régime conventionnel d'assurance formation fondé sur la seule négociation collective peut fonctionner, et d'autre part que la suppression de l'obligation fiscale ne mettrait pas à mal la formation dans les TPE et PME puisque la loi n'a pas été nécessaire pour créer une obligation généralisée de financement de la formation (6). À cette négociation « à la place » de la loi, peut s'ajouter une négociation « à côté » de la loi. Tel est le cas de l'accord conclu au niveau de l'AGEFOS-PME qui met en place une garantie DIF gérée par l'AGEFOS-PME en dehors de toute déductibilité fiscale. Ce mouvement de négociation autour, et non à l'intérieur, de l'obligation fiscale, donne une idée du tarissement de créativité qui résulte de la maîtrise étatique du financement de base de la formation professionnelle continue des salariés.

3. La confusion d'institutions ayant vocation à gérer des obligations conventionnelles et qui ont été agréées pour gérer une contribution fiscale (FAF) et des organismes collecteurs paritaires agréés qui n'ont capacité qu'à gérer une ressource fiscale affectée (OPCA) n'a pas permis de trancher le débat de la légitimité politique de la gestion des fonds mutualisés au titre de la formation professionnelle. Quatre légitimités s'exercent en effet de manière concurrente sur les sommes gérées par les FAF et OPCA: la première légitimité est celle de l'État et se fonde sur la nature fiscale des fonds, la seconde légitimité est juridique et fonde les choix des FAF et OPCA dans la définition de politiques, critères et priorités au nom de la propriété des fonds qu'ils ont collectés, la troisième légitimité est financière et justifie que les représentants d'employeurs exigent un retour vers l'entreprise de financements qui ne constituent pas du salaire différé trouvant leur source dans le contrat de travail, mais un impôt destiné à financer des décisions du chef d'entreprise, enfin les organisations syndicales pourraient faire valoir une finalité d'objectif, considérant que ces financements sont dédiés à la formation professionnelle des salariés et qu'à ce titre il leur revient de déterminer à titre principal l'usage des fonds. Ce conflit de légitimité, souvent implicite et latent au sein des FAF et OPCA, n'a jamais vraiment pu être dépassé, ce qui peut expliquer certains errements du système de gestion paritaire.

II. — PRINCIPE ET MODALITÉS DE MUTUALISATION DES FONDS DANS LES FAF ET OPCA

1. Principe de mutualisation

4. Le Code du travail prévoit, nous l'avons vu, le principe d'une mutualisation des sommes reçues par les FAF. Si pour les OPCA le principe n'est pas posé de manière générale, il résulte des dispositions relatives aux différents dispositifs au titre desquels l'OPCA est agréé: le DIF et la professionnalisation, le congé individuel de formation et la formation dans les entreprises de moins de dix salariés. Ce principe de mutualisation des fonds reçus doit être mis en regard du principe de liberté de gestion, et partant d'affectation des fonds, des organismes paritaires qui est affirmé par l'article R. 6332-16 du Code du travail. Cette liberté de gestion permet au conseil d'administration d'un FAF ou d'un OPCA de décider librement des conditions d'accès aux financements. Cette liberté n'est évidemment pas absolue et trouve deux encadrements: le respect de la légalité et le respect de la négociation collective au niveau du champ de compétence de l'organisme paritaire.

5. Concernant la légalité, un double reproche est adressé aux organismes paritaires: ne pas réaliser une véritable mutualisation entre les entreprises de tailles différentes et avoir développé une pratique de « droits de tirages » (7). Sur le premier point, il y a manifestement confusion entre mutualisation et péréquation. Si un dispositif de péréquation a pour fonction de corriger des déséquilibres constatés, la mutualisation n'a pas cet objectif de manière explicite. Elle correspond à une mise en commun des fonds avec une redistribution qui doit respecter les principes généraux d'égalité de traitement des demandeurs (C. trav., art. L. 6332-6). Il n'est pas demandé à l'assurance chômage de corriger les inégalités de revenu ou à l'assurance maladie de transférer les cotisations des grandes entreprises vers les plus petites. Il s'agit de gérer des risques identifiés, en l'occurrence le risque d'insuffisance ou d'obsolescence des compétences, et de déterminer les conditions d'accès au financement de solutions adaptées, qui sont les mêmes pour tous. Relevons d'ailleurs que c'est le législateur lui-même qui autorise un accord collectif à organiser la fongibilité entre les fonds collectés auprès des entreprises de moins de dix salariés et celles de plus de dix salariés (C. trav., art. L. 6332-3). Sur le droit de tirage, la DGEFP considère qu'il s'agit d'un « *détournement de l'esprit de la loi* » et observe que « *cette pratique explique pour partie que les partenaires sociaux n'ont pas été en mesure de peser sur l'accès à la formation* » (8). Est en cause le lien établi par les organismes paritaires entre le montant des contributions versées et le droit à prestations qui résulte de ces versements. Là encore, constatons que le rapport entre montant, ou durée, des cotisations et droits à prestations se retrouve dans les autres régimes sociaux qu'il s'agisse de l'assurance chômage, de l'assurance maladie ou de l'assurance vieillesse. Il n'est pas contraire à la mutualisation de décider qu'une partie des fonds reçus reviendra aux cotisants, sous réserve de satisfaire d'ailleurs à d'autres critères d'éligibilité. La pratique qui pourrait sortir du champ de l'assurance collective obligatoire et relever davantage de l'assurance privée est celle du versement spécifique effectué en vue d'obtenir un service identifié et réservé. En d'autres termes, lorsque l'entreprise fait

un versement volontaire sur la base d'une contractualisation individuelle avec l'OPCA en vue de l'accès à des services spécifiques. Mais tant que l'on est dans le registre des règles générales de remise à disposition de cotisations dues par les entreprises en vertu d'une obligation légale ou conventionnelle, on ne peut parler de détournement ni même de dérive.

6. Concernant l'encadrement conventionnel, l'organisme paritaire se trouve soumis à plusieurs sources de décision sur la gestion des fonds ce qui peut présenter des difficultés d'articulation. Le champ de compétence d'un organisme paritaire recouvre celui d'une ou plusieurs conventions collectives dont il est tenu de respecter les dispositions. Par ailleurs, son champ peut également couvrir celui d'une ou plusieurs commissions paritaires nationales pour l'emploi (CPNE) qui sont amenées à définir des priorités en matière de formation. Ce champ de contrainte, s'il doit être respecté par l'organisme paritaire, ne saurait toutefois imposer à son conseil d'administration des interventions « à compétence liée », c'est-à-dire qui priveraient ce conseil de sa capacité de gestion et de sa responsabilité dans ce domaine. *In fine*, c'est l'institution qui assure la gestion des fonds.

2. Une mutualisation fragmentée

7. Le législateur lui-même organise une fragmentation de la mutualisation en spécifiant que les organismes paritaires peuvent être agréés à plusieurs titres, les fonds faisant l'objet d'une gestion distincte. Existe ainsi l'agrément au titre des contributions des entreprises de moins de dix salariés, du financement de la professionnalisation et du DIF et du financement du congé individuel de formation (C. trav., art. R. 6332-5 et R. 6332-6). Concernant la contribution des entreprises au titre du plan de formation, elle n'est expressément prévue que pour les FAF (C. trav., art. R. 6332-49 et s.) mais pas pour les OPCA (9). La possibilité d'introduire une mutualisation des fonds entre les contributions reçues des entreprises de moins de dix salariés et de plus de dix salariés n'existe ainsi que pour les FAF (C. trav., art. L. 6332-3).

À cette fragmentation des financements entre plusieurs dispositifs auxquels la taxe fiscale est pré-affectée, s'ajoutent deux autres niveaux de mutualisation. L'article R. 6332-16 prévoit la possibilité pour un organisme paritaire de disposer de sections professionnelles qui gèrent les contributions reçues des entreprises relevant d'un secteur professionnel, avant mutualisation totale des fonds au plus tard le 31 décembre (10). Cette gestion par section professionnelle a notamment permis le développement d'organismes interbranches, ce qui peut correspondre à l'objectif de diminution du nombre d'organismes paritaires. Le second niveau est celui du groupe. Plusieurs entreprises appartenant à un même groupe peuvent demander à un organisme paritaire que l'ensemble du groupe soit traité comme une seule entreprise du point de vue de l'accès aux financements, ce qui permet notamment de financer des projets communs aux différentes entités du groupe.

8. Si la loi organise la fragmentation des sommes collectées au titre de l'agrément fiscal, les FAF peuvent également disposer d'une mutualisation au titre de dispositifs conventionnels distincts de l'obligation fiscale de financement de la formation professionnelle. Le Conseil d'État a jugé que l'existence d'une obligation légale ne faisait pas obstacle à la gestion par un FAF d'une obligation conventionnelle distincte n'obéissant pas aux mêmes règles que les sommes entrant dans le champ de la défiscalisation (11). Les règles de gestion étant différentes, il en résulte que le FAF peut procéder à une mutualisation distincte de ces contributions conventionnelles supplémentaires qui entrent dans sa nature d'institution ayant vocation à gérer et à mutualiser les sommes perçues des entreprises (C. trav., art. L. 6332-7) et non uniquement les sommes collectées dans le champ de l'obligation fiscale.

3. Un régime à plusieurs niveaux

9. La fragmentation de la mutualisation et la distinction entre mutualisation et péréquation, doivent conduire à identifier au sein de l'assurance formation trois niveaux différents: le premier est celui d'une contribution générale versée par toutes les entreprises ouvrant droit à des prestations remises à disposition de tous dans les mêmes conditions et correspondant à des objectifs d'intérêt général. Dans ce cas de figure, la formation est un bien public collectif. Le second niveau est celui de contributions différenciées mais collectives (obligations de branche ou de secteur professionnel, possibilité d'adhésion à un régime supplémentaire prédéfini, etc.) qui fait de la formation un bien privé collectif. Le troisième niveau est celui de la contractualisation individuelle entre l'entreprise et l'organisme paritaire, qui fait de la formation un bien privé individuel (pour l'entreprise et/ou pour ses salariés) et qui relève de l'assurance. Si une obligation légale peut être maintenue sur le premier niveau, les niveaux deux et trois relèvent clairement de la négociation collective, et pour la cohérence d'ensemble et la véritable création d'un régime conventionnel, il pourrait avantageusement être substitué à l'obligation légale sur le premier niveau une obligation conventionnelle ayant le champ d'application de la loi, comme en matière d'assurance chômage ou de retraite complémentaire. La définition d'un tel régime permettrait d'ouvrir le champ de la créativité sur les prestations fournies.

III. — NATURE DES PRESTATIONS SERVIES PAR LES FAF ET OPCA

10. Les FAF et OPCA font bénéficier les entreprises adhérentes de prestations en espèces sous forme de financement d'actions de formation, de bilans de compétences ou de validation des acquis de l'expérience. Ces financements peuvent être accordés selon des modalités différentes. Le plus souvent il s'agit de remboursements, ou de paiements directs, de formations choisies par les entreprises, mais plusieurs organismes paritaires ont développé la pratique de mise en place d'actions collectives qui sont proposées « gratuitement »

aux entreprises. Si le principe d'un achat direct de formations par un organisme paritaire n'est pas contestable, cette pratique doit respecter les principes d'égalité de traitement des prestataires de formation, avec l'obligation corrélative de permettre à tout organisme qui en fait la demande de pouvoir concourir pour être prestataire, le principe de publicité non mensongère en faisant apparaître que le prestataire est bien l'organisme de formation et non l'organisme paritaire et que la formation n'est pas gratuite mais financée par l'OPCA, et enfin le principe de séparation entre la fonction d'organisme paritaire et celle d'organisme de formation, qui suppose que le FAF ou l'OPCA définisse un cahier des charges mais n'intervienne pas dans la mise en œuvre de la production de la formation.

11. À ces prestations en espèces, s'ajoutent des prestations en nature sous forme de services rendus par l'organisme paritaire aux entreprises. À cet égard, et sans avoir pour objectif de dédouaner les organismes paritaires de leurs responsabilités de gestion, il convient de corriger l'approche purement fiscale des frais de gestion des FAF et OPCA. On sait que ces frais de gestion sont plafonnés entre 9,9 % et 11,9 %, selon la taille des entreprises adhérentes, ces pourcentages s'appliquant pour partie aux sommes encaissées et pour partie aux sommes décaissées. De nombreux rapports ont fait état de frais de gestion excessifs de la part des organismes paritaires (12). Mais la critique, dont la pertinence n'est discutée ici qu'en tant qu'elle est globale et générique, ne souligne jamais que les frais de gestion correspondent en très grande partie à des prestations en nature développées au profit de entreprises et des salariés: l'information, le conseil, l'accompagnement, les études et recherches, la gestion de banques de données sur l'offre de formation ou sur les compétences, etc. constituent autant de services non monétaires dont bénéficient soit très directement soit indirectement les entreprises adhérentes et leurs salariés. Il est donc faux de prétendre que le taux de retour vers les entreprises ne serait que de 90,1 % ou de 88,1 % puisqu'il convient de rajouter aux prestations en espèces les prestations en nature.

CONCLUSION

12. L'analyse des principes et pratiques qui encadrent la gestion de la mutualisation par les organismes paritaires fait apparaître deux logiques différentes. La première est celle des OPCA: créés et organisés pour collecter et répartir des contributions légales pré-affectées, ils n'ont pas vocation à générer de la négociation collective ni à constituer un régime de garantie sociale. Étroitement encadrée par la réglementation, leur action se limite à remettre à disposition des entreprises des sommes qui en proviennent. Contrairement à ce que dit la DGEFP, ce ne sont pas les droits de tirage qui empêchent de peser sur l'accès à la formation, mais une gestion paritaire réduite aux acquêts à l'intérieur d'un système fiscal qui fonctionne selon une logique qui n'est pas compatible avec celle d'un régime social.

La seconde logique correspond à la mise en place d'un véritable régime d'assurance formation. Sans doute d'ailleurs faudrait-il en revoir l'appellation. L'assurance ne porte pas sur la formation, qui n'est qu'un moyen, mais sur la finalité qui est l'employabilité ou la professionnalisation. Un régime d'assurance professionnalisation pourrait être construit sur trois niveaux: une obligation générale, des obligations sectorielles et des possibilités de services supplémentaires individualisés. Seuls les deux premiers niveaux relèvent d'un régime de garantie sociale, le troisième niveau relevant de l'assurance. Pour gérer ce régime, des fonds d'assurance professionnalisation, institutions sociales, qui définissent les prestations en espèces et en nature correspondant aux trois niveaux de cotisations, étant entendu que le troisième niveau relève de la prestation de services et suppose sans doute une sectorisation comptable et l'application du droit de la concurrence. Le passage à un régime de ce type peut éventuellement s'effectuer, serait-ce à titre de transition, avec une obligation légale maintenue sur le premier niveau de mutualisation, mais il s'inscrit à court ou moyen terme dans la logique d'un régime purement conventionnel, support d'un paritarisme de gestion non réduit aux acquêts et donnant toute sa place à la négociation collective comme outil de gestion des financements conventionnels mutualisés destinés à la professionnalisation des salariés.

Ces deux logiques sont incompatibles entre elles et bien des insuffisances de notre dispositif de financement de la formation des salariés résultent de l'absence d'un choix clair entre ces deux options. Souhaitons que la réforme annoncée de la formation professionnelle permette de sortir du pêché originel de l'assurance formation que constitue l'introduction d'une logique fiscale au sein d'une logique conventionnelle qui s'en trouve dénaturée ■

(1) Dans le chapitre « Organismes collecteurs agréés » (C. trav., art. L. 6332-1 et s.) sont distinguées les dispositions générales et les dispositions spécifiques aux FAF de salariés, aux FAF de non-salariés et aux organismes agréés au titre de la professionnalisation et du droit individuel à la formation. La partie réglementaire du Code du travail reprend cette distinction (C. trav., art. R. 6332-1 et s.) et ajoute les organismes agréés au titre du congé individuel de formation.

(2) Pierre DÉJEAN, « Les problèmes juridiques posés par la mutualisation des fonds de la formation professionnelle », *Dr. soc.*, janvier 1996, pp. 43 et s.

(3) Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle: la réforme des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) », *Dr. soc.* n° 3, mars 1995.

(4) En vertu de l'article 34 de la Constitution, le législateur peut créer des impositions de toute nature dont il fixe l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement.

(5) Qui n'est pas propre à l'artisanat puisque l'agriculture avec le FAFSEA et les professions libérales avec le FAFPL devanceront également le législateur en matière de financement de la formation professionnelle dans les entreprises de moins de dix salariés.

(6) L'argument de la nécessité de maintenir une obligation de financement de la formation pour les TPE n'est pas recevable s'il ne conçoit cette obligation que sous sa forme fiscale. Il peut être entendu s'il pose clairement la question du

choix entre une obligation fiscale et une obligation conventionnelle.

(7) Sénat: « Formation professionnelle: le droit de savoir », rapport d'information de M. Bernard SEILLIER, fait au nom de la mission commune d'information Formation professionnelle, n° 365 tome I (2006-2007), 4 juillet 2007.

(8) DGEFP, Premiers éclairages sur la réforme de la formation professionnelle, rapport coordonné par Jean-François DUMONT sous la direction de Pierre Le Douaron, octobre 2006.

(9) La seule base légale d'une collecte au titre du plan de formation par les OPCA pourrait être l'article L. 6332-1 qui renvoie à l'ensemble du chapitre relatif au financement de la formation professionnelle pour l'agrément des OPCA, mais ce renvoi général s'accorde mal avec les dispositions spécifiques à la gestion des fonds du plan qui dans le Code du travail ne concernent que les FAF.

(10) Relevons que si l'on reproche aux organismes paritaires le principe de droits de tirage, la possibilité réglementaire de mettre en place des sections aboutit strictement au même mécanisme à l'échelon non de l'entreprise mais d'un secteur.

(11) CE. 30 décembre 2002, n° 23-5933. Cf. article de Pierre DEJEAN dans ce même numéro.

(12) Notamment la Cour des comptes, « Rapport public thématique: la formation professionnelle tout au long de la vie », septembre 2008.