

ANALYSE DU QUESTIONS/REponses DE LA DGEFP AU REGARD DU DROIT POSITIF

La présente note a pour objet de confronter de manière systématique les positions prises par la DGEFP dans son Questions/Réponses, document qui n'a pas de valeur juridique en lui-même, avec le droit positif tel que résultant de la législation et des jurisprudences des tribunaux administratifs et judiciaires. Il s'agit moins d'établir une vérité absolue que de pointer les thèmes et sujets sur lesquels le point de vue de l'administration éclaire les conditions de mise en œuvre des règles en vigueur et ceux pour lesquels les positions prises par la DGEFP sont soit discutables soit doivent manifestement être reprises sur d'autres bases.

1.1 Précision des critères d'agrément

Les indicateurs selon lesquels l'administration appréciera les critères légaux permettant de délivrer l'agrément des OPCA résulteront des informations demandées dans le dossier d'adhésion. Ils ne font pas l'objet d'un commentaire précis au niveau du questions/réponses.

1.2 Le seuil de 100 millions et la date du 1^{er} septembre

La loi ayant supprimé les possibilités de dérogation au seuil minimal de collecte, la condition de gérer au moins 100 millions d'euros (condition non applicable aux OPACIF) est impérative. Concernant la date du 1^{er} septembre 2011, cela ne signifie pas qu'aucune demande d'agrément d'OPCA ne peut être déposée au-delà. Il s'agit d'une date butoir pour la continuation de l'activité et l'agrément au titre de 2012.

1.3 Calcul des 100 millions

Les OPACIF étant exclus du seuil, conformément à la réglementation seules les collectes plan et professionnalisation sont prises en compte pour l'appréciation du seuil.

1.4 Date de calcul des 100 millions

La collecte est celle qui sera réalisée au mois de février 2012 sur les salaires 2011. Elle est donc prévisionnelle et ce prévisionnel devra être étayé (taux de cotisation, masse salariale du secteur, etc.).

1.5 Agrément et extension

La DGEFP rappelle que l'accord créant l'OPCA n'a pas nécessairement à être étendu, sauf s'il comporte des dispositions applicables aux entreprises, telles que les dispositions financières. Dans ce cas, outre l'agrément de l'OPCA il faudra solliciter l'extension de l'accord.

1.6 Sections au titre du plan de formation

La loi du 24 novembre 2009 a créé trois sections, selon la taille des entreprises, pour la gestion des sommes perçues au titre du plan de formation. La DGEFP avait considéré que cette obligation de créer trois sections ne s'appliquerait qu'aux nouveaux OPCA. Elle confirme ici l'entrée en vigueur de cette mesure, en liaison avec l'adoption d'un nouveau plan comptable, à la date du 1^{er} janvier 2012.

1.7 Champ et hors-champ

Si des secteurs situés dans le champ d'application des ANI et en dehors de ce champ décident de constituer un OPCA commun, rien ne s'oppose à l'agrément de cet OPCA si les conditions de droit commun sont réunies. En effet, ni la loi ni l'ANI ne comportent de restrictions ou critères qui excluraient des rapprochements fondés sur l'application ou non de l'ANI.

1.8 Interprofession et interbranches

La DGEFP fait une différence entre les OPCA interprofessionnels et les OPCA interbranches. Elle considère que les premiers ne peuvent demander un agrément CIF pour un des secteurs de rattachement qui serait situé en dehors du champ de l'ANI, alors que les seconds le peuvent. Cette position est discutable. D'une part parce que les OPCA interprofessionnels peuvent également être interbranches : pourquoi dès lors refuser aux uns ce qui est autorisé aux autres. Par ailleurs, l'ANI n'est pas applicable aux secteurs hors champ qui désignent un OPCA interprofessionnel : l'adhésion à l'accord constitutif de l'OPCA ne vaut pas adhésion à l'ANI. Les dispositions de l'ANI, excluant l'agrément au titre du CIF, ne sont pas opposables à ces secteurs. La position de la DGEFP n'a pas pris acte de l'évolution des OPCA interprofessionnels et notamment de l'évolution de la définition du champ de l'AGEFOS-PME.

1.9 TVA et fiscalité

La question de l'assujettissement ou non à la TVA d'un OPCA agréé pour des secteurs soumis et non soumis à la TVA n'a pas fait l'objet d'une position écrite de la Direction de la Législation Fiscale, en charge de cette question.

1.10 Modalités de regroupement des OPCA et sections professionnelles

La DGEFP liste les modalités de choix par un secteur professionnel de son OPCA : conclusion d'un accord créant un nouvel OPCA, accord d'adhésion à un OPCA de branche existant, accord d'adhésion à un OPCA interprofessionnel.

La formule selon laquelle « il peut être admis à ce stade que les OPCA interprofessionnels peuvent accueillir des branches professionnelles » est juridiquement mystérieuse. En effet, la définition de l'interprofession est précisément la capacité à représenter une multiplicité de branches professionnelles. On voit mal quel principe juridique limiterait l'adhésion à un accord interprofessionnel constituant un OPCA pour le réserver à l'adhésion à un OPCA interbranches. En réalité, tous les OPCA (ou presque) sont interbranches dans la mesure où ils associent des secteurs professionnels relevant de champs conventionnels distincts (seule exception : l'OPCAIM qui couvre le seul champ de la métallurgie).

La DGEFP rappelle que le Code du travail prévoit expressément la possibilité de création de sections professionnelles, dépourvues de la personnalité morale, pour la gestion des fonds du plan de formation des entreprises de 50 salariés et plus. Pour la gestion des autres collectes, les sommes sont mutualisées au niveau de l'OPCA, et non des sections professionnelles, dès leur réception.

Toutefois, rien n'interdit que le Conseil d'administration adopte comme principe de gestion (ou que l'accord prévoit un tel principe) une remise à disposition des sections professionnelles, et sous son contrôle, des fonds correspondant à la collecte réalisée dans le périmètre de cette section. La condition est simplement que le Conseil d'administration garantisse le pilotage global des ressources et ne se départisse pas de son pouvoir de décision et de contrôle. Faire un tel choix est exercer sa capacité souveraine de gestion des fonds.

1.11 Délégestion de gestion

Les OPCA peuvent déléguer la mise en œuvre des décisions de gestion de leur Conseil d'administration « à une ou plusieurs personnes morales relevant des organisations patronales signataires ». La DGEFP ne précise pas quelles sont les personnes morales visées et notamment s'il peut s'agir de personnes morales paritaires. Une telle hypothèse ne peut toutefois être exclue d'une part parce que l'agrément est conditionné à une gestion paritaire et que la délégestion paritaire s'inclut dans ce cadre, et d'autre part parce que les organisations patronales sont parties prenantes d'organisations paritaires qui recevraient délégestion. L'esprit et la lettre de la réglementation sont donc satisfaites par une telle délégestion.

Concernant le contenu du mandat de délégestion, l'administration n'entre pas dans le détail de ce qui peut faire, ou non, objet de délégestion. Elle rappelle un principe non négociable : la délégestion de gestion ne saurait être un transfert de responsabilité excluant celle de l'OPCA et l'opérateur, agissant en qualité de mandataire, engage la responsabilité de son mandant. En d'autres termes, la délégestion de gestion n'entraîne pas de transfert de responsabilité.

1.12 Dévolution du patrimoine

La DGEFP rappelle les règles applicables aux biens immobiliers : il revient au Conseil d'administration d'un OPCA qui ne sera plus agréé de désigner l'OPCA qui recevra le patrimoine, l'Etat devant valider cette opération. En effet, le patrimoine ayant été acquis avec les ressources destinées à la formation, il doit être dévolu à un OPCA afin de conserver sa destination. Il ne peut être conservé par une structure qui deviendrait opérateur d'un OPCA mais ne serait plus agréée.

1.13 Reprise des personnels par le nouvel OPCA

L'administration ne se prononce pas sur les conditions d'application de l'article L. 1224-1, dont elle se contente de rappeler les termes. Il semble qu'il faille distinguer deux situations :

- Lorsque l'accord constitutif d'un OPCA prévoit la reprise des activités de plusieurs OPCA et laisse au Conseil d'administration le soin de décider de la délégestion à des opérateurs, il y a reprise totale d'activité et le personnel est transféré ;
- Lorsque l'accord constitutif prévoit que la délégestion est de manière obligatoire effectuée à un opérateur désigné et que cet opérateur est la personne morale précédemment agréée comme OPCA, il n'y a pas transfert de la totalité des activités puisqu'un certain nombre de tâches (gestion administrative, information, conseil...) demeurent exercées par la personne morale préexistante. Dans ce cas, les dispositions de l'article L. 1224-1 ne devraient pas s'appliquer faute de transfert identifié, l'accord créateur organisant justement l'absence de transfert qui ne résulte pas de la seule dévolution qui est la conséquence de la perte d'agrément.

1.14 Dévolution partielle

La perte d'agrément intervient à la fin de l'année civile. Les comptes n'étant arrêtés que postérieurement et la dévolution ne pouvant être réalisée qu'après l'arrêt et la certification des comptes, la DGEFP rappelle que les OPCA qui disparaissent doivent mettre à disposition des nouveaux OPCA les moyens de garantir la continuité des financements. Cette opération ne devrait pas poser de difficulté lorsqu'un OPCA fusionne avec un autre ou est absorbé par un autre. La question sera plus délicate lorsque différents secteurs professionnels composant un OPCA qui ne sera plus agréé ont fait le choix d'adhérer à des OPCA différents, sauf si la gestion permet d'identifier précisément les sommes engagées par secteur.

1.15 Collecte 2012

La DGEFP considère que la collecte 2012 ne doit être versée à un OPCA de branche nouvellement agréé que si un accord de branche étendu désigne cet OPCA. La question pourrait être problématique pour les secteurs qui rejoignent un nouvel OPCA et qui n'ont pas encore révisé leur accord. Pourtant, deux voies sont possibles :

- Tout d'abord, si l'accord constitutif de l'OPCA reprend les obligations financières des entreprises et qu'il a été étendu, la question est réglée ;
- Si tel n'est pas le cas et si demeure en vigueur un accord désignant un OPCA absorbé par un autre OPCA, il pourrait être soutenu que l'accord fusionnant les OPCA organise une reprise des droits et obligations de l'OPCA ancien et que l'application des deux accords conduit à une obligation de versement au nouvel OPCA, subrogé dans les droits de l'ancien. Il serait préférable que cette conséquence figure explicitement dans l'accord nouveau.

Si aucune de ces conditions n'est réunie, il n'en reste pas moins que l'OPCA nouveau sera agréé pour les champs dont relèvent les entreprises de l'OPCA ancien. Ce qui, contrairement à la position de la DGEFP, laisse à l'entreprise la possibilité de verser à un OPCA agréé pour sa branche, même si ce versement n'est pas obligatoire. L'alternative du choix entre les deux OPCA interprofessionnels ne sera donc pas la seule.

1.16 Renouveau d'agrément

En cas de renouvellement de l'agrément, il y a continuité d'activité et la dévolution des biens ne s'impose pas (elle n'est d'ailleurs pas possible puisqu'il s'agirait d'une dévolution à soi-même). Il en va toutefois différemment, si l'OPCA a un périmètre élargi et que les négociateurs ont décidé de créer une nouvelle personnalité morale et non de perpétuer l'ancienne. Dans ce cas, même si l'agrément recouvre le champ précédent, il y aura dévolution.

2.1 Nature de l'activité des OPCA

La DGEFP fait une différence entre les activités non économiques (collecte, gestion administrative, information...) et les activités économiques (services et conseil). Elle en déduit que les premières ne relèvent pas du droit de la concurrence, au contraire des secondes. En la matière, l'administration fiscale a une autre approche. Elle ne s'interroge pas sur le caractère économique de l'activité (il y a des activités économiques à but non lucratif et d'intérêt général) mais sur sa réalisation dans les conditions du marché ou non. Le droit européen de la concurrence a la même approche. Il s'agit d'identifier à partir de la logique des 4 P : produits, prix, publicité, public si l'activité s'exerce ou non dans les conditions du marché. La distinction entre activités de gestion et de conseil est peu pertinente : une activité de conseil à des TPE pour lesquelles il n'existe pas d'offre de marché (par exemple en zone rurale) est une activité d'intérêt général, alors qu'une offre personnalisée de gestion administrative externe est une activité économique soumise au droit de la concurrence parce que correspondant à une prestation d'outsourcing. Concernant l'approche du droit de la concurrence, les critères des Questions/réponses doivent manifestement être révisés.

2.2 Achats de prestations

La DGEFP indique le texte applicable aux OPCA en matière d'achat de prestations. Les OPCA ne relevant pas du Code des marchés publics, ils doivent appliquer l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Les dispositions de cette ordonnance doivent être cumulées avec le principe général posé par le Code du travail de respect du principe d'égalité de traitement des entreprises, des salariés et des prestataires.

2.3 Missions externalisées

Selon la DGEFP, les nouvelles missions confiées par la loi aux OPCA ne pourraient être exercées par les OPCA en vertu du droit de la concurrence et devraient être externalisées. Cette approche par la notion d'activité économique paraît erronée comme indiqué au point 2.1. Il est également difficile de prétendre qu'un OPCA ne pourrait exercer une mission que la loi lui confie. La question devrait davantage porter sur les conditions de mise en œuvre de ces missions et le débat porter sur la frontière entre l'exercice des missions confiées par la loi et l'exercice de véritables prestations de services dans des conditions concurrentielles, mission que la loi ne confie pas aux OPCA. L'impossibilité absolue pour les OPCA de réaliser en propre des actions de conseils pour les TPE et PME notamment est explicitement contraire aux dispositions du Code du travail.

2.4 Vente de prestations de services

La vente de prestations de services n'entre pas dans l'objet des OPCA. Mais rappelons que la notion d'OPCA n'est pas une notion organique, ce n'est pas un statut, mais une notion fonctionnelle résultant de l'agrément qui permet de collecter des ressources fiscales. Le Code du travail n'a pas posé en principe que les structures agréées en tant qu'OPCA devaient avoir une activité exclusive. Il interdit simplement que l'OPCA exerce une activité d'organisme de formation ou d'établissement de crédit. Mais rien ne s'oppose à ce qu'une association agréée en tant qu'OPCA développe d'autres activités. La condition est bien évidemment la sectorisation de ces activités. Par contre, le développement d'activités financées par l'OPCA est exclu : l'OPCA ne pourrait se facturer à lui-même. Dans ce cadre, il semble que si les partenaires sociaux souhaitent développer une politique de services vendus aux entreprises, ils doivent situer ces activités dans des structures juridiquement distinctes des OPCA et pas au sein de la personne morale agréée en tant qu'OPCA. Une telle structure, si elle vend des prestations financées par l'OPCA, devra par ailleurs être soumise aux mêmes règles que les autres prestataires en vertu du principe d'égalité de traitement rappelé ci-dessus.

2.5 Régime différents d'adhésion à l'OPCA

La DGEFP assimile la définition de régimes différenciés d'adhésion à l'OPCA à la perception de revenus lucratifs. Et rappelle que les frais de gestion sont plafonnés. Or, il est possible d'offrir des niveaux de prestation différents sans dépasser les frais de gestion et en graduant les services rendus selon le niveau de contribution de l'entreprise. Une telle politique d'une part ne correspond pas à de la vente de services (toutes les entreprises ont les mêmes options) mais à la création d'un régime avec différentes classes de cotisations et de prestations comme en connaissent quasiment tous les régimes sociaux, et d'autre part n'entraîne pas par principe un dépassement des frais de gestion. On pourrait même constater que la loi invite à une telle différenciation en créant trois sections (moins de 10, 10 à 49, 50 et plus) pour lesquelles la mutualisation ne s'effectue pas de manière identique et les services seront définis de manière différenciée.

3.1 Achat de prestations

La DGEFP rappelle l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 en matière d'achat de prestations. Elle aurait pu rappeler le principe d'égalité de traitement des prestataires, principe général qui doit s'articuler avec le texte spécial qu'est l'ordonnance.

3.2 Labellisation des organismes de formation

Selon la DGEFP, la labellisation ne peut porter que sur des actions de formation et non sur l'activité générale de l'organisme de formation. Si l'on s'en tient à ce principe, un OPCA ne pourrait, par exemple, prioriser ses financements pour les organismes titulaires d'une norme générale de type ISO, AFNOR ou OPQF, ces trois normes ne labellisant pas des actions mais des activités ou parties d'activités. Or, décider que seuls les organismes disposant d'une telle certification, délivrée par un tiers, auront accès aux financements de l'OPCA est une décision qui respecte strictement le principe d'égalité de traitement et qui ne contrevient à aucune disposition légale et/ou réglementaire. Rien ne s'oppose donc à ce qu'un OPCA utilise les labels existant pour sélectionner des prestataires et ne s'en tienne pas à labelliser des actions.

3.3 Liste des organismes de formation

Le code du travail prévoit que les OPCA doivent publier la liste des organismes de formation qu'ils financent. La DGEFP limite la portée de cette disposition aux 50 premiers bénéficiaires des fonds de l'OPCA. Toutefois, il n'est pas précisé s'il s'agit des bénéficiaires directs de financement par l'OPCA (achat de formation par l'OPCA), de bénéficiaires indirects (paiement par subrogation) ou si cela inclut les sommes non versées aux organismes de formation mais remboursées aux entreprises qui ont, elles, réglées les organismes de formation.

4.1 Section de 10 à 49 salariés

La DGEFP rappelle les conditions de gestion de la nouvelle section des entreprises de 10 à 49 salariés. Elle indique « pas de gestion par les sections professionnelles ». Toutefois, rien n'interdit au Conseil d'administration d'un OPCA d'adopter comme mode de gestion de cette section une mise à disposition des sections professionnelles de disponibilités dans la limite, ou dans un pourcentage, de la collecte du secteur couvert. Les sections professionnelles peuvent ainsi engager des fonds qui sont mutualisés et gérés au niveau du Conseil d'administration lequel conserve le pilotage permanent de l'ensemble des ressources. La différence avec la gestion des sections professionnelles de 50 salariés et plus et que pour ces dernières les sommes sont mutualisées au niveau de la section avant d'être remises à disposition du Conseil d'administration.

4.2 Sections et mutualisation

Ce point aborde trois questions :

- l'affectation à la section de 10 à 49 salariés de toutes les sommes versées par ces entreprises ;
Selon la DGEFP, toutes les sommes, qu'elles soient versées en deçà ou au-delà de l'obligation légale doivent être mutualisées au sein de la section. Si l'OPCA délivre un reçu libératoire sur tous les versements et qu'il n'y a pas de distinction établie par l'accord entre le légal et le fiscal, c'est la solution qui s'impose. Il en va différemment en cas de contribution conventionnelle non imputable (voir ci-dessous point 4.4).
- les modalités de mutualisation au sein de la section de 50 salariés et plus ;
La solution préconisée par la DGEFP est conforme à ce qui est indiqué au point 4.1.
- la mutualisation de toutes les sections au 31 octobre ;
Cette règle nouvelle impose une consolidation au niveau du Conseil d'administration de l'ensemble des fonds mis à disposition ou gérés directement par les sections professionnelles. Ensuite, le Conseil d'administration arbitre et décide de la manière dont les fonds seront engagés au-delà de la date du 31 octobre. Il peut remettre des fonds à disposition des sections pour engagement sous sa responsabilité.

4.3 Cotisations conventionnelles supplémentaires

Dans son point 4.3, la DGEFP procède à plusieurs affirmations contestables :

- Elle déduit du fait que si des ressources conventionnelles sont créés pour financer les dispositifs prévus par le Code du travail, alors ces ressources ont la même nature que les ressources légales ;

Or les ressources légales ont une nature fiscale. La DGEFP elle-même rappelle que les accords ne peuvent créer des impôts. Il est donc impossible que la contribution conventionnelle ait la même nature qu'un impôt. Ne procédant pas de la même source, les contributions n'ont pas la même qualification et donc ni la même nature ni le même régime. L'assimilation ne repose sur aucune base légale sérieuse.

- L'administration affirme que l'entreprise impute la totalité des versements à un OPCA sur sa déclaration fiscale ;

Ce n'est pas exact. La déclaration 2483 ne vérifie que l'atteinte d'un seuil minimum, elle n'est pas une base de calcul d'un impôt. Par conséquent, toutes les dépenses ne « doivent » pas être déclarées mais « peuvent » être déclarées. Ceci dit, si l'OPCA délivre un reçu libératoire sur les sommes reçues, elles sont potentiellement déductibles fiscalement et doivent être gérées par l'OPCA comme les ressources fiscales.

Tel n'est pas le cas lorsque l'OPCA gère des contributions non déductibles (de nombreux OPCA ont de telles cotisations gérées de manière distincte : le financement du CFESS, le financement de 0,3 des transports urbains, la garantie DIF de l'AGEFOS-PME, ...). Dans ce cas, il n'y a pas de reçu libératoire et les sommes ne sont pas déclarables.

- La DGEFP déduit de l'impossibilité des collectes captives, l'impossibilité d'identifier des versements au-delà de l'obligation légale ;

Il suffit pourtant de créer une cotisation d'un montant de X (inférieur à 0,9 %) incluse dans le plan, et une cotisation d'un montant Y géré dans une section distincte. Il y aurait bien une contribution fiscale déductible obligatoire et une cotisation conventionnelle à destination conventionnelle.

Enfin, l'argument des états financiers n'est pas un argument juridique. Quant à l'appréciation globale des ressources des OPCA pour les excédents, il tient à la gestion fusionnée dans la plupart des cas des ressources légales et conventionnelles : si ni l'accord ni l'OPCA ne font de distinction, il est logique que le même régime s'applique.

Par contre, l'administration ne fait aucun cas de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui précise 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 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.

4.4 Cotisations conventionnelles pour des dispositifs spécifiques

Dans son point 4.4, la DGEFP affirme qu'un accord qui créerait une obligation de financement d'actions définies conventionnellement (et non d'actions de formation au sens légal du terme) serait illégal car créant une imposition de toute nature, ce qui est réservé à la loi. Elle déduit également de l'article L. 6331-1 que la négociation ne pourrait porter que sur un taux supérieur à l'obligation légale. Enfin, elle cite les contributions des intermittents et du BTP.

Sur le premier point, si l'affirmation avait un sens, plus aucun régime social ne pourrait être créé par voie d'accord. Impossible pour les partenaires sociaux de prévoir le financement de la protection sociale, de la prévoyance, de l'assurance chômage ou de toute autre garantie sociale si la loi doit d'abord prévoir le principe de la contribution et son montant et que la négociation ne peut qu'améliorer.

Outre l'arrêt déjà cité du Conseil d'Etat (point 4.3), rappelons à titre d'exemple, que la Cour de cassation a validé (4 décembre 2007) un accord sur le dialogue social dans l'artisanat (accord UPA) imposant aux entreprises de financer les organisations patronales et syndicales (et la formation de leurs représentants). Un tel accord de financement du paritarisme existe dans nombre d'autres secteurs. Ainsi, la convention collective des géomètres a créé une cotisation obligatoire pour toutes les entreprises pour financer la paritarisme, dont la gestion a été confiée...à l'OPCA-PL (CCN de 2005). L'article prévoyant ce financement et sa gestion par l'OPCA-PL a été étendu.

Est ainsi démontrée à la fois la possibilité pour un accord de créer une obligation financière à la charge des entreprises et la possibilité d'en confier la gestion à un OPCA, quand bien même il ne s'agirait pas de formation au sens strict.

Sur le second point, la DGEFP ne raisonne qu'à partir de l'obligation de financement de la formation professionnelle (art. L. 6331-1). Elle ramène le champ de la formation à son financement. Or, la possibilité pour les partenaires sociaux de négocier, au-delà de l'obligation fiscale sur la formation, ne se trouve pas dans la partie 6 du Code du travail.

Elle se trouve dans l'article L. 2221-1 du Code du travail : « Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeur 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 de leurs garanties sociales ».

L'ensemble du champ social est ouvert à la négociation sociale et ce n'est pas contrevenir à des dispositions d'ordre public que d'exercer ce droit reconnu par le Code du travail. La formation professionnelle n'est pas exclusivement l'apanage de la partie 6 du code du travail et de son financement fiscal. Elle relève plus largement de la négociation collective, ce qu'occulte totalement le Q/R de la DGEFP.

Sur le troisième point, l'administration procède par confusion. Les deux articles cités relatifs à la formation des intermittents et à la cotisation permettant de financer le CCCA-BTP créés une cotisation professionnelle. Pourquoi une base légale ? parce que la première cotisation se substitue à l'obligation fiscale et que la seconde est déductible fiscalement et imputable sur l'obligation de 1,6 %.

C'est bien parce qu'elles permettent de se libérer d'une obligation fiscale que ces deux cotisations ont besoin d'une loi. Il s'agit d'ailleurs de la transformation en cotisation professionnelle (et non sociale) d'anciennes taxes parafiscales auxquelles le législateur a souhaité mettre fin, d'où leur transformation. En utilisant comme exemple de l'impossibilité de négocier une cotisation purement conventionnelle, deux taxes qui nécessitent une loi pour leur déductibilité fiscale, l'administration procède donc à une confusion qui démontre l'absence d'arguments convaincants sur ce point.

4.5 Appréciation du seuil de 100 millions d'euros

La DGEFP estime qu'il convient d'ajouter ressources légales et conventionnelles pour apprécier le seuil de 100 millions d'euros. Cette position est cohérente avec le refus de l'administration de faire une différence entre ces deux ressources.

Dès lors qu'il existe des ressources conventionnelles, une différence devrait pourtant être opérée : les ressources conventionnelles que le secteur a décidé de ne pas gérer distinctement de l'obligation légale et qui ouvrent droit à déductibilité fiscale sont naturellement prises en compte.

Tel ne devrait pas être le cas de ressources conventionnelles gérées distinctement et qui n'ont pas exclusivement comme finalité de financer les dispositifs de formation « légaux ». Ces sommes, en effet, n'entrent pas dans l'agrément de l'OPCA, sont gérées de manière distincte et ne s'ajoutent pas aux ressources prises en compte pour l'appréciation du seuil.

4.6 Cotisation FPSPP

La cotisation FPSPP, qui n'est pas une ressource de l'OPCA mais du FPSPP, l'OPCA n'étant que collecteur selon le Code du travail, est admise par la DGEFP dans le calcul du seuil. La lettre du texte aurait dû conduire à l'exclure, d'autant que l'OPCA n'a aucun retour garanti sur les sommes collectées à ce titre qui ne lui appartiennent pas mais appartiennent au FPSPP (selon le Code du travail, la cotisation n'est pas une dette de l'OPCA vis-à-vis du FPSPP mais une dette de l'entreprise qui est redevable de la cotisation. L'OPCA n'est qu'un tiers collecteur sur ces ressources).

5.1 Comptabilité analytique

Les OPCA devant ventiler leurs charges de gestion, ils doivent disposer d'une comptabilité analytique et de méthodes ou clés de répartition des charges pour satisfaire à la réglementation avant même la publication du nouveau plan comptable.

5.2 Répartition des frais de gestion et de mission

La réglementation prévoit une répartition au prorata des charges de gestion et de mission sur les différents agréments. Ce qui conduirait à une répartition strictement proportionnelle des charges. Or, certains dispositifs nécessitent des frais de gestion ou de mission qui peuvent varier dans leur structure. Une dérogation est donc possible sur la base de justificatifs fournis par l'OPCA. Cette dérogation est négociée dans le cadre de la convention d'objectifs et de moyens.

5.3 DOM

Pas de modification de la réglementation en vigueur.

5.4 Collecte de la taxe d'apprentissage

La DGEFP admet qu'un OPCA soit agréé en tant qu'OCTA, sous réserve d'étanchéité des ressources et des charges. Ce faisant, elle confirme qu'un OPCA peut gérer plusieurs types de ressources dès lors qu'il y a gestion distincte. Aucune règle n'interdisant à un OPCA d'être OCTA, on voit mal quelle règle interdirait à un OPCA d'être désigné comme gestionnaire d'une ressource conventionnelle distincte (voir point 4.4).

6.1 Frais de mission

La DGEFP rappelle pourquoi la réglementation distingue entre frais de gestion (qui correspond aux prestations servies en espèces) et frais de mission (qui correspond aux prestations en nature, c'est-à-dire les services autres que les financements directs de formation).

6.2 Part variable des frais

Rappel du mode de calcul de la part variable.

6.3 Coût des diagnostics

La DGEFP rappelle pourquoi les diagnostics sont intégrés dans les frais de mission : il s'agit d'un service en nature et non d'une prestation en espèces. Elle réaffirme que les diagnostics relevant du champ concurrentiel, ils ne peuvent être assurés directement par l'OPCA (voir point 2.1). Or, tous les diagnostics réalisés par un OPCA ne relèvent pas par nature du champ concurrentiel. Pour savoir s'il s'agit d'une activité marchande il faut appliquer la règle des 4 P. Si la prestation est organisée pour des entreprises qui ne constituent pas un marché, sans prix (pas de cotisation particulière attachée au diagnostic) et a fortiori sans publicité, il peut s'agir d'une activité d'intérêt général faisant partie du champ de l'OPCA. Il pourrait en aller ainsi lorsque l'OPCA réalise des diagnostics territoriaux pour des TPE ou sectoriels. De même, comme le fait l'ANACT, un OPCA pourrait parfaitement faire du pré-diagnostic et détecter un besoin de conseil qui serait ensuite confié à un prestataire du marché du conseil. En tout état de cause, il ne relève pas de l'évidence que cette prestation doive, pour des raisons de concurrence, être totalement externalisée par l'OPCA alors qu'il s'agit d'une de ses missions légales.

6.4 Frais d'information

La DGEFP donne les critères qui permettent de différencier les frais d'information-gestion et les frais d'information-conseil. Il est intéressant de constater qu'ici l'administration considère qu'une même action peut relever soit du champ concurrentiel, soit de l'intérêt général et que c'est la manière dont l'action est organisée qui permet de donner la qualification juridique. Il aurait été cohérent d'utiliser également ce critère pour les diagnostics (point 6.3).

6.5 Frais de gestion des FONGECIF

La DGEFP essaie de trouver une solution au fait que la réglementation n'a pas prévu de frais de mission pour les FONGECIF, alors qu'à l'évidence il y a des prestations en nature et des frais autres que ceux engagés directement auprès des salariés qui entrent dans les missions des FONGECIF (actions avec les organismes de formation, actions avec les OPCA, etc.). Le fonctionnement en dérogatoire dans le cadre de la convention d'objectifs et de moyens semble inévitable.

6.6 Niveau des frais de gestion

A ce stade, la DGEFP ne fait que rappeler les principes, les taux n'étant pas fixés.

6.7 Convention d'objectifs et de moyens

La DGEFP propose un schéma, après concertation avec les partenaires sociaux, qui part des besoins des entreprises, des services mis en place par les OPCA pour répondre à ces besoins et des moyens à mobiliser pour ce faire. La COM fixe donc des taux selon une logique de moyens à mettre en place pour répondre à des besoins sur la base d'un diagnostic. Il appartient donc aux OPCA de justifier leurs projets de services pour négocier avec l'administration les taux de frais de gestion. Nous sommes ici dans la validation par l'administration d'un projet d'OPCA et non dans la passation d'une commande par l'Etat.

6. 8 Frais de gestion pour 2011

Les plafonds applicables en 2011 sont les anciens plafonds, les COM ne prenant effet qu'au 1^{er} janvier 2012.

Les dispositions réglementaires prévoyant ces plafonds sont pourtant abrogées, sans qu'il ait été prévu de période de transition.

6.9 Dépassement

La réglementation ne prévoit pas de sanction automatique en cas de dépassement mais la possibilité pour l'OPCA de justifier du dépassement avant toute sanction, qui se traduit par un reversement au Trésor Public à hauteur du dépassement constaté.

7.1 Délégation à un opérateur

La DGEFP rappelle les règles en ce domaine et notamment les nouvelles obligations de justification des missions et des frais engagés par les opérateurs recevant délégation pour la mise en œuvre des décisions de gestion du conseil d'administration de l'OPCA.

7.2 Organisation de l'OPCA

La DGEFP rappelle les règles concernant l'organisation de l'OPCA.

Elle indique qu'un OPCA ne peut avoir qu'un seul Conseil d'administration. Ceci est évident pour une personne morale, mais n'exclut pas des délégations régionales paritaires, comme il en existe dans de nombreux OPCA, dotées de conseils d'administrations car constituées sous forme de personnes morales distinctes. Mais il ne s'agit pas de conseils d'administration de l'OPCA qui est unique.

Concernant les sections professionnelles, la DGEFP précise qu'elles sont prévues par l'accord constitutif de l'OPCA. Sur ce point, l'accord peut soit créer des sections, soit prévoir qu'il reviendra au conseil d'administration des créer de telles sections professionnelles.

Concernant les missions des sections professionnelles et leur rôle selon les agréments, sont repris ici les questions développées aux points 4.1 et 4.2.

La DGEFP insiste sur la distinction entre section professionnelle et délégataire de gestion. La première fait partie intégrante de l'OPCA, le second est une personne morale distincte.

Dans le schéma réalisé par la DGEFP concernant l'organisation de l'OPCA, il aurait été possible de faire apparaître sous les sections des entreprises de moins de 10 salariés et de 10 à 49 salariés les sections professionnelles, et de placer les sections professionnelles au-dessus de la section de 50 salariés et plus, puisque dans ce cas c'est la section professionnelle qui reçoit les financements avant la section catégorielle.

7. 3 Non cumul administrateurs

La DGEFP rappelle que non cumul entre les fonctions d'administrateur d'OPCA et d'administrateur d'un organisme délégataire. Elle n'évoque pas le non cumul pour une fonction d'administrateur de section professionnelle. Pourtant ce non cumul se déduit de la loi, tant dans sa lettre que dans son esprit, l'objectif étant d'éviter que toute personne qui a qualité pour prendre des décisions en matière de financement soit également administrateur d'un organisme susceptible de bénéficier de ces financements. Tel est le cas lorsqu'une section professionnelle se prononce sur des engagements financiers, ces derniers seraient-ils en dernier ressort de la responsabilité du Conseil d'administration.

7.4 Information du commissaire aux comptes

Rappel des règles existantes et de la rectification réglementaire à venir concernant le non cumul.

7.5 Autorisations d'absence

La DGEFP rappelle que seules les réunions du Conseil d'administration de l'OPCA sont susceptibles de donner droit aux autorisations d'absences légales pour les administrateurs d'organismes paritaires en matière de formation. Par contre, un accord peut prévoir des autorisations d'absence supplémentaire et leur financement.

8.1 Portabilité en cas de licenciement

Plusieurs rappels : le DIF portable en cas de licenciement pour faute grave doit être mis en œuvre, les sommes engagées par l'entreprise sont imputables et l'OPCA peut les prendre en charge au titre de la professionnalisation.

La DGEFP indique toutefois curieusement que lorsque la formation n'a pas débuté pendant le préavis, le certificat de travail doit indiquer les heures de DIF au titre de la portabilité. Or, si la demande a été faite avant la fin du préavis mais que la formation débute après, cela reviendrait à faire bénéficier le salarié deux fois du financement de la portabilité. Si le salarié a présenté une demande de DIF, que l'entreprise est tenue de financer, elle doit porter 0 sur le certificat de travail ou bien le solde entre le financement accordé et le crédit disponible.

8.2 DIF et démission

La DGEFP rappelle que le DIF en cas de démission ne relève pas du DIF portable en cas de licenciement mais des règles de droit commun, avec la seule condition supplémentaire que la formation doit débiter avant la fin du préavis.

8.3 DIF portable des demandeurs d'emploi

La DGEFP indique la portée de l'avis du référent POLE EMPLOI : elle ne concerne que l'engagement financier de POLE EMPLOI. En cas d'avis négatif, le demandeur s'adresse à l'OPCA. Selon la DGEFP, l'OPCA ne peut refuser le financement.

La reconnaissance d'un tel droit de créance est problématique car un OPCA ne peut être en situation déficitaire et n'intervient jamais que dans la limite de ses ressources et dans le cadre de sa politique. Si le demandeur a un droit de créance, le régime de l'assurance formation devient, potentiellement au moins, un régime comme l'assurance chômage ou l'assurance maladie, qui paie des prestations indépendamment de ses ressources. Rappelons pourtant qu'un des critères d'agrément est constitué par les performances de gestion. Enfin, le Conseil d'administration de l'OPCA est souverain et responsable de l'engagement des fonds. Il pourrait donc refuser de financer la portabilité en cas d'afflux de demandes ou de demande de formation se situant en dehors de sa politique.

8.4 Portabilité et licenciement économique

Lorsque l'employeur verse à POLE EMPLOI le montant des droits à DIF, la portabilité est à 0. C'est cette mention qui doit figurer dans le code du travail. Solution logique.

8.5 Traçabilité de la portabilité

La DGEFP invite les OPCA et POLE EMPLOI à prévoir une traçabilité de la portabilité, faute de quoi un bénéficiaire de la portabilité pendant la période de chômage pourrait ensuite en bénéficier à nouveau chez un nouvel employeur.

Concernant la portabilité chez un nouvel employeur, la DGEFP confirme qu'ici la prise en charge est instruite dans le cadre des priorités de l'OPCA.

9.1 POE Collectives

La DGEFP joue sur la lettre du texte de l'article 115 de l'ANI pour ne pas le rattacher à la POE. Or, l'avis d'extension était explicite sur ce point et rattachait bien le dispositif à la POE, ce qui était sans équivoque l'intention des négociateurs.

Cette lecture permet de ne pas aborder la question des POE collectives. Si l'on s'en tient aux dispositions du code du travail, la POE peut être déclenchée sur la base d'offres d'emplois déposées. Mais rien n'interdit POLE EMPLOI, et les OPCA, de considérer que dès lors qu'il y a des offres dans un domaine, des actions collectives peuvent être mises en place, éventuellement pour un nombre plus élevé de bénéficiaires que le nombre d'offres. Car on sait, compte tenu du diagnostic sur les besoins d'emploi, que d'autres offres seront déposées. En d'autres termes, il s'agit de pouvoir anticiper et de ne pas attendre qu'un nombre d'offres d'emploi strictement égal au nombre de personnes formées soit déposé. Ce qui permet de faire des économies d'échelle et d'avoir de la réactivité. Tel est le sens de l'article 115 de l'ANI, non traité sous cet angle dans le Questions/Réponses.