

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...

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'utiliser 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, les 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)**