

La fabrique des OPCA dans le jardin d'agrément (2) :

Jardin à la française ?

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 même de ceux qui ont eu la responsabilité du processus (voir interview AEF de B. Martinot) 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.

1. Nouvelles frontières

Les arrêtés portant agrément des OPCA à compter du 1^{er} 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 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, étapes qui n'est pas indispensable pour l'agrément des OPCA mais qui le devient pour l'opposabilité de la collecte aux entreprises, de procéder à ce travail de définition précise des frontières des accords.

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 1^{er} 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.

Jean-Marie LUTTRINGER / Jean-Pierre WILLEMS / DECEMBRE 2011