

LA FABRIQUE DES OPCA 7/12 : DE LA DELEGATION DE POUVOIR A LA PRESTATION DE SERVICES : POLYSEMIE DE LA NOTION DE DELEGATION

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

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

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

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

1. Délégation, de quoi parle-t-on ?

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

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

une relation qui ne correspond pas à une délégation de compétence au sens classique mais qui ne peut se réduire à une simple relation client-fournisseur ou donneur d'ordre-exécutant, (...) »¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ D. SOLDINI, La délégation de service public, sa fonction, ses critères, RFDA, 6. 2010, p. 1114 et s.

La possibilité de délégation de pouvoir par le Conseil d'administration de l'OPCA est prévue par le Code du travail et particulièrement par l'article R. 6332-16 qui prévoit la possibilité de mise en place de sections professionnelles.

Le texte de l'article R. 6332-16 peut paraître restrictif puisqu'il précise que l'acte de constitution d'un OPCA peut prévoir des sections professionnelles, sous réserve des dispositions imposant la création d'une section catégorielle pour les sommes gérées au titre des agréments pour les entreprises de 10 salariés et moins, de 10 à moins de 50 salariés et au titre du DIF et de la professionnalisation. En d'autres termes, le Code du travail prévoit de manière explicite la création de sections professionnelles uniquement pour la gestion du plan de formation des entreprises de 50 salariés et plus. Est-ce à dire qu'il est impossible de créer des sections professionnelles pour la gestion des autres dispositifs ? La réponse est négative.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cette formulation n'est pas issue du décret du 22 septembre 2010, elle lui est antérieure. Elle constitue une exception, exclusive, au principe de délégation à des instances paritaires.

Ce principe est rappelé par l'article 179 de l'ANI du 5 octobre 2009 qui précise que les modalités d'organisation et de fonctionnement des OPCA sont définies par l'accord dont ils relèvent. Cet accord détermine (...) « sans préjudice d'autres dispositions convenues entre les signataires de l'accord, les modalités de délégation à une ou plusieurs personne(s) morale(s), relevant de la ou

des organisation(s) professionnelle(s) signataire(s) dudit accord, de tout ou partie de la mise en œuvre des missions de l'organisme nécessitant une relation directe avec l'entreprise (...) ».

L'administration n'a pas formulé de réserve sur cet article dans son avis relatif à l'extension de l'ANI du 5 octobre 2009. Elle considère donc que l'article 179 ne fait que rappeler un principe et qu'il n'est pas contradictoire avec la formulation de l'article R. 6332-17.

Il faut en conclure que la formule « relevant des organisations d'employeurs » n'est pas exclusive de la formule « sans préjudice d'autres dispositions convenues entre les signataires de l'accord ». En d'autres termes, dès lors que les organisations d'employeurs sont présentes dans les personnes morales délégataires, peu importe que les organisations syndicales soient associées ou non. Il en résulte que la délégation peut avoir lieu soit à des instances non paritaires, soit paritaires. Mais il ne peut s'agir que de structures mises en place par les organisations ayant conclu l'accord.

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

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

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

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

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

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

Contrairement à ce qui est souvent acté dans les accords constitutifs d'OPCA, la collecte n'est pas une « mission » de l'OPCA. Elle ne figure ni à l'article L. 6332-1-1 qui définit les missions des OPCA, ni dans l'article L. 6332-7 relatif à l'objet des FAF. Il s'agit d'un acte technique qui permet à l'OPCA de percevoir ses ressources mais l'OPCA n'est pas délégataire du fisc pour prélever un impôt du par les entreprises (comme le sont à l'inverse les OCTA qui sont un passage obligé pour la collecte de l'intégralité de la taxe d'apprentissage : pour eux, la collecte est une mission). En d'autres termes, l'OPCA est caractérisé par sa capacité à recevoir des contributions ayant une nature fiscale et non par sa fonction de collecteur de cette ressource.

De ce fait, cette activité de collecte peut être, conformément aux dispositions de l'article L. 6332-2, déléguée à toute personne morale.

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

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

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

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

- Des actions nécessaires à la réalisation de son activité qui constituent des prestations de services achetées sur le marché. La collecte fait partie de ces prestations de services ;
- Des actions conduites par lui ou par tout prestataire non pas au bénéfice de l'OPCA mais de ses adhérents : ici nous sommes dans le champ d'intervention de l'OPCA, sur ses crédits destinés aux entreprises, et non sur ses frais de fonctionnement. Les principes d'égalité de traitement s'appliquent à ces prestations, tant pour les prestataires de formation que pour les prestataires dans d'autres domaines.

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

- Le préciput pour le financement du paritarisme ;
- Les frais de gestion et de mission pour la mise en œuvre des décisions du CA et pour les prestations de services permettant à l'OPCA d'exercer ses activités ;
- Les crédits d'intervention dès lors que les prestations sont tournées vers les entreprises et qu'elles entrent bien dans le champ de la FPC.

6. Conclusions

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

Jean-Marie Luttringer / Jean-Pierre Willems – Avril 2011