

LES OPCA : DES ORGANISMES PRIVES AUX MISSIONS D'INTERET GENERAL

Les OPCA sont des organismes de statut privé à but non lucratif investis d'une mission d'intérêt général (et non de service public) par la loi et leur agrément par le Ministère du Travail. Ils prennent le statut d'association ou de fonds d'assurance-formation mais ce statut n'a aucune incidence sur leur fonctionnement ou les services qu'ils rendent. Dans le Code du travail, le statut de fonds d'assurance-formation apparaît davantage comme une survivance historique que comme une institution porteuse de spécificités. Et c'est bien des compétences des OPCA dont la loi du 5 mars 2014 traite, lesquels ont aujourd'hui très majoritairement le statut associatif. Si c'est donc bien évidemment à partir du droit spécifique aux OPCA figurant dans le droit du travail que l'on doit appréhender le régime de leurs ressources, lorsque la loi ne règle pas toutes les questions, il est logique de faire référence au droit commun des associations pour définir tant leurs capacités d'intervention que leur organisation institutionnelle. C'est d'ailleurs à partir de cette logique que certains OPCA ont, lors de la réforme de 2009, trouvé dans le droit associatif, avec le recours à des assemblées générales totalement étrangères aux fonds d'assurance-formation, des solutions institutionnelles pour répondre à l'élargissement de leur champ de compétences et à la multiplicité des niveaux de gouvernance que peut supposer la notion d'OPCA interbranches. C'est donc sur cette base juridique qu'il semble le plus logique et cohérent d'analyser les dispositions nouvelles.

1. Quelle est la nature des contributions conventionnelles et volontaires ?

La loi ne qualifie pas les ressources conventionnelles et supplémentaires : il ne s'agit plus de versements déductibles d'une obligation fiscale, d'une modalité de se libérer de son obligation de participer au financement de la formation professionnelle mais d'un versement que la loi qualifie de supplémentaire et qui vient donc en complément de l'obligation légale pour contribuer au développement de la formation professionnelle continue.

Au plan des principes, pour les contributions conventionnelles, il s'agit d'un accord qui instaure un financement obligatoire pour conduire des actions d'intérêt général. Le droit du travail connaît ce type d'accord comme en témoignent, par exemple, l'accord conclu dans le secteur du travail temporaire pour le développement de l'emploi (FPETT) ou encore les accords de financement du dialogue social dont certains ont d'ailleurs reçu l'onction du Conseil constitutionnel. Il ne s'agit pas d'accords reconnaissant des droits contributifs aux salariés, mais du financement d'actions d'intérêt général dont la mutualisation de ressources permet soit leur existence soit leur réalisation dans des conditions plus favorables pour les cotisants que s'ils en assuraient le financement directement.

On remarquera ici que l'article L. 6332-1-1 qui définit les missions des OPCA en cite quatre qui sont toutes tournées vers l'entreprise et non les salariés directement. Ces quatre objectifs sont : le développement de la formation professionnelle continue, l'accompagnement des entreprises, l'identification des besoins individuels et collectifs en lien avec la stratégie de l'entreprise et la régulation de la qualité de l'offre de formation. Comme les partenaires sociaux l'ont acté dans les ANI de 2003 et 2009, les OPCA sont les interlocuteurs des entreprises et les OPACIF ceux des salariés (ce qui explique d'ailleurs que la loi encadre plus étroitement l'activité des OPACIF que celle des OPCA).

Il apparaît donc qu'au-delà du régime légal de financement de dispositifs d'intérêt général, l'OPCA a capacité à recouvrer des financements supplémentaires dédiés par les branches à des actions de développement de la FPC, ou à permettre aux structures bénéficiaires de son action, à savoir les entreprises, d'accéder à des services complémentaires qui peuvent justifier un niveau de contribution supérieur.

2. Quelles sont les frontières du développement de la formation professionnelle continue ?

La loi du 5 mars 2014 précise que les contributions conventionnelles et volontaires doivent avoir pour objet « le développement de la formation professionnelle continue ». Cette définition large reprend très exactement l'objet même des OPCA. Elle inclut donc l'ensemble des actions et dispositifs qui peuvent concourir à développer la formation : les actions d'information, de promotion, l'ingénierie, la certification, l'accompagnement, le diagnostic et bien évidemment les actions de formation quel que soit le dispositif utilisé pour leur mise en œuvre. Le renvoi de la loi est donc bien plus large que le seul plan de formation qui n'est pas visé ici même s'il est inclus.

Comme toujours en matière juridique, se pose la question des frontières du développement de la formation professionnelle continue : la généralité des termes permet-elle à un OPCA, dans le cadre de contributions supplémentaires, d'intervenir pour gérer plus globalement la professionnalisation des salariés, y compris par des actions qui ne relèvent pas de la définition légale de la formation, ou bien doit-il s'en tenir à ce type d'actions ? la réponse est porteuse d'enjeux majeurs. Prenons par exemple le secteur de la santé qui doit mettre en œuvre le développement professionnel continu au profit des professionnels de santé. Le DPC associe des actions de formation et des actions qui n'en sont pas. Aujourd'hui, le cadre légal limite la capacité d'accompagnement des OPCA sur ces programmes de DPC à la partie formation. Dans le cadre nouveau, ne peut-on envisager, la possibilité de prévoir par accord que les actions qui viennent s'adjoindre à une action de formation et contribuent au développement des compétences entrent dans le champ du développement de la FPC en ce qu'elles facilitent la mise en œuvre de telles actions en permettant leur gestion intégrée ? Dans un autre domaine, celui des formations à la sécurité par exemple, dès lors que l'OPCA est en capacité de gérer l'accès à la certification des salariés, qui relève de la formation continue, il doit être capable de gérer aussi bien les actions de certifications proprement dites (permis, habilitations et autres certifications personnelles...), que les actions de formation conduisant à ces certifications.

Si l'administration du travail (DGEFP et DGT) aura à se prononcer sur cette question dans le cadre de l'extension des accords, il paraît souhaitable qu'elle précise sa doctrine en la matière avant que ne s'ouvrent les négociations pour permettre aux branches professionnelles de négocier dans des conditions de sécurité juridique satisfaisantes. Car de la position de l'administration dépend la possibilité de confier ou non certaines missions à l'OPCA ce qui renverrait ensuite à d'autres questions : créer des structures distinctes des OPCA pour gérer ce qu'on lui interdit de faire lui-même ou bien développer au sein de la structure agréé en tant qu'OPCA (qui n'est pas une activité exclusive), d'autres activités complémentaires ne relevant pas des missions de l'OPCA.

On en convient de telles solutions ne seraient ni économes en coût de gestion ni porteuses de simplicité pour les objectifs poursuivis.

3. Quelles formes peuvent-prendre les versements supplémentaires ?

La création d'un régime conventionnel permet la reconnaissance, déjà actée par la réforme de 2009 et l'avis exprimé par le Conseil d'Etat sur les frais de gestion des OPCA, d'un double service rendu par ces organismes :

- d'une part des prestations en espèces qui prennent la forme d'interventions financières, soit par le financement direct, soit par le remboursement des entreprises ;
- d'autre part des services en nature (mise à disposition d'outils, de ressources, accompagnement, etc.).

Il appartient à l'accord qui met en place les contributions conventionnelles de préciser si les contributions correspondent à un versement destiné à assurer un financement ou à garantir le coût d'un service mutualisé. Dans ce cadre, l'accord devra déterminer la forme du versement qui pourrait être une somme forfaitaire ou un % de la masse salariale (avec franchise ou plafond) ou encore définir un mode de calcul différent (c'est à dire indexé sur une autre base que la masse salariale) de la contribution due.

4. La négociation doit-elle prévoir les versements volontaires ?

La capacité des OPCA à recevoir des versements volontaires est prévue par la loi. Relevant de la décision de l'entreprise, soit par accord collectif soit par choix de l'employeur après consultation des représentants du personnel, et d'un accès à des services rendus par l'OPCA, elle ne relève pas de la négociation de branche mais de l'accord collectif fondateur de l'OPCA qui détermine la nature de ses ressources et ses capacités et modalités d'intervention. C'est à ce niveau que devraient être négociées les modalités de gestion de ces ressources nouvelles. Et ce d'autant plus qu'un accord de branche n'est opposable dans ce cadre ni aux entreprises, puisqu'il s'agit d'un versement volontaire, ni à l'OPCA qui n'entre pas dans le champ d'application de l'accord de branche.

La seule articulation envisageable entre l'accord de branche et les versements volontaires concerne les branches professionnelles qui maintiendront une obligation conventionnelle de contribution au financement de la formation professionnelle supérieure au taux légal sans imposer d'obligation de versement à l'OPCA. Dans un tel cas, l'accord pourra rappeler que l'entreprise peut s'acquitter de cette obligation conventionnelle par un versement volontaire à l'OPCA.

5. Qui peut recevoir les versements volontaires ?

Il apparaît évident, s'agissant de versements « supplémentaires » que les accords de branche ne peuvent imposer un versement conventionnel à un autre OPCA que celui désigné par accord pour gérer les contributions légales des entreprises de la branche.

La question est de savoir si le même principe doit s'appliquer aux entreprises, en leur imposant si elles choisissent d'effectuer un versement volontaire, de le faire auprès de l'OPCA auquel elles ont versé leur obligation légale où si le champ de la décision de verser ou non inclut celui du choix de l'OPCA.

Plusieurs arguments conduisent à considérer que l'entreprise ne peut effectuer de versement supplémentaire qu'auprès de l'OPCA auquel elle a versé sa contribution légale :

- Le fait que la loi parle de versements supplémentaires indique qu'il s'agit de fonds qui viennent s'ajouter à son obligation légale et non de versements libres et distincts ;
- La loi du 5 mars 2004 abroge les 2° et 3° de l'article L. 6332-7 du code du travail auxquels renvoyait l'article R. 6332-47 selon lequel un accord constitutif d'un OPCA ne peut interdire l'adhésion de l'entreprise à un autre OPCA interprofessionnel. Il s'agissait de modalités de libération d'une obligation fiscale qui a disparu, d'où l'abrogation des textes en question. La capacité des OPCA interprofessionnels d'intervenir auprès de toute entreprise est donc privée de sa base juridique de référence ;
- Chaque OPCA perçoit les versements conventionnels et volontaires en sa qualité d'OPCA et dans le champ de son agrément. Est ainsi évitée la création de zones de concurrence entre OPCA, ce qui est conforme à leur statut d'organismes à but non lucratif. A ce titre, devra être précisé la portée de l'agrément interprofessionnel. Pour les obligations légales, il permet d'être le collecteur de référence en l'absence d'accord de branche ce qui concerne l'ensemble des entreprises. Au plan légal l'agrément confère donc une capacité d'intervention généralisée de par la loi. Mais au plan conventionnel, cet agrément fonde-t-il la capacité de l'OPCA à collecter les fonds de toute entreprise du secteur privé ? cela paraît difficile pour les entreprises qui relèvent du hors-champ dont la loi acte qu'il est notamment composé de secteurs multi-professionnels qui ne relèvent pas au plan juridique de l'interprofession. Et pour les branches professionnelles qui entrent dans le champ de l'interprofession la désignation d'un OPCA par accord ne vaut-elle pas pour l'ensemble des contributions, légales et supplémentaires, et non uniquement pour le légal ? une telle solution correspondrait à la volonté de simplification qui figure dans les objectifs de la loi en créant un interlocuteur unique, à charge pour les branches professionnelles de le désigner, et en évitant toute zone de développement de pratiques concurrentielles qui s'accordent mal avec la nature des OPCA et leurs missions.

En ce domaine, l'alternative paraît simple : soit les décrets à venir qui doivent revisiter les textes règlementaires applicables aux OPCA actent que les agréments sont exclusifs les uns des autres, ce qui laisse à l'entreprise le choix de verser ou non une contribution volontaire mais l'oblige, si elle la verse, à le faire auprès de l'OPCA qui collecte son obligation légale. Soit les décrets permettent aux organismes interprofessionnels de collecter les contributions volontaires des entreprises qui ne lui versent pas le légal mais alors se posera la question de savoir quelle est la portée exacte de l'agrément interprofessionnel et s'ouvrira une zone de concurrence potentielle entre les OPCA pour recevoir ces versements volontaires de nature à ouvrir un champ nouveau de questions juridiques : la possibilité de faire coexister activité concurrentielle et activité d'intérêt général, la fiscalisation de l'activité ou encore la distinction des activités d'intérêt général et celles qui relèvent de la prestation de services.

6. Quelles prestations peuvent être fournies en contrepartie des versements volontaires ?

En complément de la question précédente, se pose la question des services qui peuvent être rendus par les OPCA en contrepartie de versements volontaires. Sur la nature même de ces services, le champ doit être le même que pour les contributions conventionnelles. Mais une autre question doit être réglée, celle des conditions de déploiement de ces services. Les OPCA n'étant pas des sociétés prestataires de services, ce déploiement ne peut intervenir que dans des conditions conformes à leur nature.

En la matière, la doctrine fiscale applicable aux associations doit servir de référence ; pour l'administration fiscale, le caractère lucratif ou non d'une association s'apprécie à partir de la règle des 4 P : produits, publics, prix, publicité. C'est en fonction de la nature des services rendus (sont-ils présents ou non sur le marché dans les mêmes conditions ?), des publics visés (les services sont-ils notamment déployés vers des bénéficiaires qui ne pourraient y avoir accès dans d'autres conditions ?), les prix (les coûts de gestion sont-ils fixés de manière à permettre l'accès au service et non de manière à constituer une rétribution ?) et le recours à la publicité (l'organisme procède-t-il à des démarches commerciales ou s'en tient-il à la diffusion d'une information à ses adhérents ?) que doit s'apprécier le caractère lucratif ou non.

L'application de ces règles doit permettre de faire la différence entre ce qui relève d'une offre de services proposée par un OPCA et ce qui constitue une prestation de services qui s'inscrirait dans le cadre d'un marché de conseil auprès des entreprises. Il en résulte que l'action de l'OPCA doit se situer davantage dans une logique d'offre (mise à disposition de services au coût mutualisé), que dans une logique de réponse à des demandes individualisées. C'est aussi le sens de la notion de contribution « supplémentaire » qui n'est pas détachable de la mission de l'OPCA et de l'utilisation de ses autres ressources.

On voit également, si l'on applique ces critères, les risques immédiats au plan juridique qui résulteraient de l'ouverture de champs concurrentiels entre les OPCA.

7. Comment sont gérés les fonds conventionnels et volontaires ?

La loi précise que les fonds versés en application d'obligations conventionnelles sont mutualisés dès réception. La question du niveau de la mutualisation peut se poser : il ne s'agit pas d'une mutualisation au niveau de l'ensemble de l'OPCA mais au niveau de la branche qui a créé l'obligation. En effet, les sommes collectées ne pouvant être utilisées que pour les actions prévues par l'accord, elles ne sont pas utilisables en dehors de ce cadre et de fait elles « appartiennent » à la branche. L'article L. 6332-19 relatif à la péréquation exclut d'ailleurs les contributions conventionnelles et volontaires de toute péréquation. Il n'y a donc pas a priori de limite à la possibilité pour l'OPCA de conserver les sommes non utilisées au profit de la branche.

S'agissant des contributions volontaires, la loi n'impose pas leur mutualisation et il reviendra à l'accord fondateur de l'OPCA d'en déterminer les règles de gestion. Mais là également, pas de péréquation, ce qui permet notamment à une entreprise de verser des contributions qui, dans un cadre pluriannuel, lui permettront de lisser son investissement formation dans une logique d'assurance.

Dernière remarque, il résulte également des textes que la gestion comptable distincte de ces sommes n'impose pas leur ventilation au sein des sections du plan de formation, d'une part parce que la loi ne l'impose pas et d'autre part parce que ces sommes n'ont pas vocation exclusive à financer des actions relevant du plan de formation.

8. Les versements conventionnels et volontaires entrent-ils dans le calcul des seuils de collecte ?

L'agrément couvre l'ensemble des activités de l'OPCA. C'est en qualité d'OPCA que sont collectés les versements conventionnels et volontaires. Il serait donc logique que les sommes perçues à titre de versements conventionnels et/ou volontaires soient prises en compte dans le seuil de ressources nécessaires pour obtenir l'agrément. D'autant plus que la notion de versement « supplémentaire » fait bien référence à la capacité de l'OPCA de mobiliser des ressources en complément, et non de manière détachable, de ses ressources légales.

9. Les versements conventionnels et volontaires relèvent-ils de la COM ?

La réponse à la question précédente conduit à une réponse positive : l'agrément donné par l'administration couvre toute l'activité de l'OPCA et non uniquement son activité légale. Toutefois, il faut tenir compte du fait que toutes les contributions gérées par l'OPCA ne relèvent pas du fiscal et que par conséquent la nature du contrôle ne peut être la même. Effectuons un raisonnement par analogie avec la loi de sécurisation sur l'emploi : la DIRECCTE valide les PSE en l'absence de négociation, elle vérifie leur conformité légale en cas d'accord collectif. Il revient à la COM de fixer les objectifs et les moyens sur les contributions légales. Par contre, ce sont les accords de branche qui fixent les objectifs des financements conventionnels et c'est l'accord fondateur de l'OPCA qui fixe le cadre conventionnel de référence pour les versements volontaires : c'est à eux qu'il revient de

fixer les moyens correspondant. En ce domaine, l'administration aura à se prononcer lors de l'extension des accords : de branche pour le conventionnel, de création de l'OPCA pour les versements volontaires. Il lui appartiendra ensuite de vérifier la conformité des pratiques de l'OPCA : respect des accords et des règles légales applicables à l'OPCA.

CONCLUSION

La reconnaissance par la loi d'un champ conventionnel qui vient en complément du champ légal redéfinit assez largement le cadre juridique applicable aux ressources, et partant à l'action, des OPCA. Le législateur a tracé les contours de ce cadre qui reste à préciser. Les solutions aux principales questions posées listées ici s'inscrivent dans le cadre de la recherche d'une cohérence entre la nature des OPCA, leurs missions et les règles propres à leur activité. Pour faciliter à la fois l'anticipation par les OPCA sur l'évolution de leurs missions et surtout pour fournir de la sécurité juridique aux négociations qui vont s'ouvrir, il paraît souhaitable que l'administration définisse aujourd'hui ce que seront les bases de sa doctrine demain pour apprécier la validité des accords qui lui seront soumis.

Jean-Pierre WILLEMS – Mars 2014