

LES OPCA NE SONT PAS DES INSTITUTIONS PUBLIQUES

L'avant-dernier acte de la réforme de la formation tout au long de la vie vient de se jouer avec la publication du décret relatif aux OPCA. L'administration a mis plus de temps à mettre au point ce texte, que le gouvernement n'en a accordé aux partenaires sociaux pour négocier l'accord interprofessionnel qui a précédé la loi. Cette longue gestation d'un texte emblématique de la réforme n'apporte guère de surprises. Ce qui devait arriver arriva : les OPCA sont désormais « sous contrôle » à l'instar d'autres institutions publiques ou parapubliques (voir la conclusion de cette chronique).

L'autonomie contractuelle, hautement revendiquée par les partenaires sociaux, se trouve réduite à peu de choses. Sauf si... dans le dernier acte de la réforme qui s'ouvre, c'est-à-dire le cycle de négociation collective nécessaire à la mise en oeuvre de la loi (acte fondateur des OPCA, obligation triennale de négociation sur la formation dans les branches professionnelles), ils reprennent l'initiative en faisant évoluer progressivement la logique structurante du financement fiscal de la formation, vers une logique conventionnelle porteuse d'une plus grande autonomie.

Les développements qui suivent proposent une grille de lecture du décret organisée autour de quelques mots clés qui portent le sens et la cohérence du texte : agrément, autonomie contractuelle, ressources fiscales et conventionnelles, section professionnelle paritaire, frais de fonctionnement contrat d'objectifs et de moyens, transparence...

1. L'agrément unilatéral

Rappelons que la formation professionnelle continue est une « obligation nationale » à laquelle les entreprises sont tenues de concourir par une contribution financière de nature fiscale plafonnée à 1,60 % de la masse salariale. Elles peuvent utiliser elles-mêmes une partie de cette contribution en organisant et en finançant des actions de formation dites « imputables » sur leur obligation fiscale. Elles sont tenues de verser une autre partie de cette contribution à des organismes paritaires (OPCA), habilités pour collecter et gérer cette ressource de nature

fiscale dans le but de développer la formation professionnelle continue. Elles peuvent en outre, abonder le financement de ces OPCA. Les sommes versées aux OPCA sont considérées comme « libératoires » au titre de l'obligation fiscale. Le caractère fiscal de cette contribution fonde aussi bien le contrôle de l'imputabilité par les pouvoirs publics, que celui de son caractère libératoire, ainsi qu'un ensemble de sanctions fiscales (versement au trésor public des sommes contestées avec ou sans pénalités).

C'est dans ce contexte que se situe la technique juridique de l'agrément qui est un acte unilatéral de l'administration, ayant pour objet et pour effet d'habiliter un organisme de droit privé à prendre en charge une mission d'intérêt général, ce qui est le cas de la formation tout au long de la vie. Cet agrément administratif doit être sollicité par l'organisme concerné. Son octroi a un caractère unilatéral. La décision de l'abroger ou le refus de l'accorder doit reposer sur des critères connus de tous permettant de motiver la décision administrative. L'agrément administratif n'est ni une loi d'habilitation ni un contrat librement négocié entre les parties concernées. Le caractère fiscal de la ressource que des organismes de droit privé, les OPCA, sont habilités à collecter et à gérer, ainsi que l'obligation nationale de formation à laquelle cette ressource est affectée, fondent et justifient le recours par le législateur à la technique juridique de l'habilitation unilatérale qui prend ici la forme de l'agrément.

Le décret du 22 septembre 2010 relatif aux OPCA utilise cette technique juridique et apporte quelques précisions sur ses modalités de mise en oeuvre. Il sectorise les agréments au titre de la professionnalisation, du plan de formation des entreprises de moins de 10 salariés, de 10 à moins de 50 salariés, de 50 salariés et plus et du congé individuel de formation. Il précise les critères que devront remplir les OPCA candidats à l'habilitation (capacité financière, transparence de gestion, service de proximité...) Il se prononce sur la qualité juridique des fondateurs de la personne morale candidate à l'agrément, qui ne peuvent être que des organisations d'employeurs et de salariés représentatives, sur la nature de l'acte juridique de création, à savoir « un accord » mais qui n'est pas un accord collectif de travail alors que la qualité des signataires pourrait le laisser croire, sur le principe de la gestion paritaire, ainsi que sur les cas de retrait d'agrément en particulier le non-respect de la convention d'objectifs et de moyens conclue entre les OPCA et les pouvoirs publics. Seuls ces quatre derniers aspects de la procédure d'agrément, à savoir la qualité des signataires de l'acte fondateur, sa nature juridique, le paritarisme, ainsi que les cas de retrait d'agrément, donneront lieu aux quelques commentaires qui suivent.

2. Agrément et autonomie contractuelle

Et tout d'abord écartons un malentendu. Ce ne sont bien évidemment pas les administrateurs des OPCA qui pourront présenter une demande d'agrément. Ils ne disposent de capacité juridique qu'en tant qu'ils sont mandatés par les organisations d'employeurs et de salariés représentatives. Or le mandat qui est le leur est un simple mandat de gestion et non pas de négociation de « l'accord » auquel est subordonné l'agrément des OPCA.

L'accord fondateur de la personne morale demanderesse de l'agrément n'est pas un accord collectif de travail au sens de l'article L 2221 - 1 du code du travail, il a pour objet la création d'une personne morale en capacité de collecter et gérer des ressources de nature fiscale, mais il ne concerne d'aucune façon les relations contractuelles de travail entre un employeur et un salarié, ce qui est précisément l'objet d'un accord collectif de travail.

Et pourtant seules sont habilitées à négocier un tel accord les organisations d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord, c'est-à-dire celles-là même qui sont habilitées à négocier un accord collectif de travail.

Le renvoi par le décret aux partenaires sociaux, comme pouvant être les seuls fondateurs de la personne morale habilitée à collecter les ressources fiscales de la formation, et à la technique et de la négociation collective, n'est pas exempt d'une certaine contradiction. En effet la négociation collective relève du droit privé, elle est fondée sur un principe d'autonomie, alors que l'agrément est un acte unilatéral de l'administration. C'est en quelque sorte le mariage de l'eau et du feu. Deux logiques antagonistes s'affrontent. Ainsi, lorsque le décret retient parmi les critères d'agrément « la cohérence du champ d'intervention professionnel » (ART. R. 6332-8), n'est-il pas loin d'interférer dans la sphère d'autonomie de la négociation collective dont relèvent notamment la détermination du champ d'application des accords collectifs qui résultent des mandats de négociation dont disposent les organisations d'employeurs. Sans doute les partenaires sociaux devront-ils se saisir eux-mêmes de cette question dans le cadre du CPNFP, ce que d'ailleurs l'ANI du 5 décembre 2003 prévoit, sous peine de dérive néo-corporatiste, c'est-à-dire d'ingérence des pouvoirs publics dans l'autonomie contractuelle.

La composition paritaire du conseil d'administration des OPCA est une autre condition de l'agrément. Cependant le conseil d'administration est habilité à déléguer tout ou partie des décisions de gestion de l'OPCA (Article R. 6332-17). Certes ces conventions de délégation sont encadrées par le décret. Mais on ne peut manquer de remarquer que seules des personnes morales relevant des organisations d'employeurs signataires de l'accord peuvent en être délégataires, alors qu'il s'agit de la mise en oeuvre du droit des salariés à la négociation collective sur la formation professionnelle ainsi que du droit des salariés à la formation. Au plan juridique au moins il eût été cohérent de mettre les organisations syndicales de salariés sur un pied d'égalité avec les organisations d'employeurs. Elles sont tout aussi concernées que ces dernières, sinon davantage, par l'accompagnement des salariés dans leurs parcours professionnels. Le concept de syndicalisme de service s'applique aussi bien aux organisations syndicales de salariés qu'aux organisations d'employeurs. Les deux sont également à la recherche d'adhérents pour consolider leur représentativité.

Enfin, par la manière de recourir à la technique juridique de la convention d'objectif et de moyens, qui est en principe un acte négocié, comme le laisse entendre le terme de convention, le décret renforce en réalité la marque de l'unilatéral qui est celle de l'agrément. En effet à défaut de conclure une telle convention l'OPCA sera dépourvu des moyens de financer ses missions. Et, si ayant conclu une telle convention il venait à ne pas la respecter, il se verrait contraint de reverser au trésor les sommes non justifiées.

Ce double encadrement des OPCA, par l'agrément-acte unilatéral, et par les conventions d'objectifs et de moyens, acte en théorie négocié et qui risque fort en pratique d'être placé sous le signe de l'unilatéralité, montre bien les limites de l'autonomie contractuelle des partenaires sociaux, ainsi que de la gestion paritaire. Tant que la ressource dont ils sont gestionnaires par délégation de la loi aura une qualification fiscale il en ira toujours ainsi. Leur marge de manœuvre se réduira structurellement, ainsi d'ailleurs que conjoncturellement en fonction des besoins de financement de l'État, comme vient de l'illustrer la décision de prélever 300 millions d'euros sur le fond paritaire de sécurisation des parcours professionnels. Les pouvoirs publics souhaitent mettre « sous tension », c'est-à-dire « sous contrôle », le système des OPCA. C'est désormais chose faite par le recours à trois techniques juridiques complémentaires, l'agrément et l'encadrement des frais de gestion qui sont des décisions

unilatérales, et les conventions d'objectifs et de moyens, sauf à constater pour ces dernières qu'une véritable négociation parvient à s'établir. Les OPCA sont en réalité traités par les pouvoirs publics comme des institutions para-étatiques. (Voir conclusions de cette chronique).

3. Ressources fiscales et autonomie contractuelle

Le décret ne traite que des ressources fiscales des OPCA. La procédure et les critères d'agrément, l'encadrement des frais de gestion, les conventions d'objectifs et de moyens, le reversement des 13 % au FPSPP, les sanctions en cas de non-respect de ses obligations par l'OPCA (reversement au trésor public), obéissent à un régime qui découle logiquement de la qualification fiscale de la ressource collectée et gérée par les OPCA. Alors qu'à l'origine (des fonds d'assurance formation) le recours à la fiscalité été conçu comme un appui permettant aux partenaires sociaux de construire dans ce domaine, comme dans d'autres, une sphère d'autonomie, c'est en réalité la logique fiscale et étatique qui a affirmé son hégémonie sur l'autonomie contractuelle. Le décret du 22 septembre 2010 s'inscrit dans le cadre de cette logique.

Les OPCA et les fonds d'assurance formation sont-ils pour autant exclusivement cantonnés à la collecte et à la gestion de ressources de nature fiscale, ou peuvent-ils dans le même temps et selon des régimes différents, collecter et gérer pour le même objet, à savoir le développement de la formation professionnelle continue, des ressources de nature conventionnelle ? Cette question n'a rien de théorique puisque divers fonds d'assurance formation collectent et gèrent depuis de nombreuses années des ressources, en application d'accords collectifs de travail, qui dépassent de beaucoup l'obligation fiscale de 1,60 % de la masse salariale qui pèse sur les entreprises. Ces ressources dont l'origine se trouve dans un accord collectif de travail, ne sauraient être assimilées à des contributions fiscales. En particulier elles échappent aux sanctions qui frappent ces dernières. La loi fiscale étant d'interprétation stricte, elle ne peut s'appliquer à des contributions d'origine conventionnelle.

Dès lors se posent plusieurs questions auxquelles l'administration n'a pas encore apporté à ce jour de réponses claires :

- le droit des salariés à la négociation collective traduction du principe d'autonomie contractuelle donne-t-il compétence aux partenaires sociaux pour négocier des contributions conventionnelles, par définition non fiscales, en vue du développement de la formation professionnelle continue ? La réponse est indubitablement oui. En effet, le droit des salariés à la négociation collective affirmé par l'article précité du code du travail comprend la formation professionnelle ainsi que les garanties sociales dont la formation fait partie.

- Les ressources actuellement collectées et gérées par les OPCA et les Fonds d'Assurance Formation en application d'accords collectifs de travail, et qui se situent en dehors de l'obligation fiscale, sont-elles assimilables à des contributions fiscales, et suivent-elles ipso facto le même régime que ces dernières, du seul fait qu'elles soient collectées et gérées par un OPCA ou un FAF agréé par les pouvoirs publics ? La réponse est indubitablement non. Ni la qualification ni le régime juridique de la ressource ne sauraient découler du statut juridique de l'organisme qui la gère. Sauf disposition expresse d'une loi posant un principe d'exclusivité de compétences pour une personne morale donnée. Ce qui n'est le cas ni pour les OPCA ni pour les FAF. Il faut donc admettre que les ressources conventionnelles extralégales, collectées et gérées aujourd'hui par certains OPCA peuvent et doivent être gérées dans des sections

comptables distinctes des contributions fiscales. Elles ne rentrent ni dans l'assiette du 13 %, ni dans celle des excédents à verser au FPSPP.

L'assiette des frais de gestion est-elle constituée par les seules obligations fiscales ou englobe-t-elle les ressources conventionnelles ? En toute logique l'État ne peut se prévaloir que du seul contrôle des ressources fiscales dont il confie par voie d'agrément la gestion à une structure paritaire.

Les ressources conventionnelles sont-elles, par ailleurs, prises en compte dans le seuil des 100 millions d'euros de collecte nécessaire à l'obtention d'un agrément en qualité d'OPCA ? L'analyse littérale du texte conduirait à ne retenir que les contributions de nature fiscale. En revanche la prise en compte de son sens, c'est-à-dire le développement de la formation professionnelle continue des salariés, et sa mise en oeuvre déléguée aux partenaires sociaux, par la voie de la négociation collective et de la gestion paritaire, autorise à soutenir la thèse inverse. Dès lors que des ressources conventionnelles, sont instaurées par un accord collectif étendu, c'est-à-dire placées sous le contrôle des pouvoirs publics, on ne voit pas ce qui interdirait au ministre signataire de l'arrêté d'agrément de prendre en compte dans les 100 millions la totalité des ressources collectées par un OPCA. D'autant que ces ressources font partie de ses moyens d'action et peuvent contribuer à sa performance. Une clarification de la doctrine des pouvoirs publics en la matière est sans doute nécessaire.

Comment alors organiser la coexistence de ressources fiscales et ressources conventionnelles, ayant le même objet, à savoir le développement de la formation professionnelle continue, mais obéissant à des qualifications juridiques et à des régimes différents ? Les partenaires sociaux créateurs de ressources conventionnelles devront-ils les gérer au travers de structures juridiques distinctes des FAF et des OPCA ? Pourront-ils donner mandat à ces derniers de les gérer, selon un régime défini par l'accord collectif de travail qui les a institués, en prenant soin de mettre en place une comptabilité séparée entre les ressources conventionnelles et ressources fiscales ? En réalité les deux options leurs sont ouvertes en application du principe d'autonomie contractuelle, et à défaut d'interdiction formelle édictée par un texte législatif ou réglementaire. Si la question de la séparation comptable est de nature purement technique et ne soulève guère de problèmes juridiques de fond, la question du régime de la contribution conventionnelle est plus délicate au plan juridique. En effet les accords collectifs de travail qui l'institue devront préciser son affectation, son régime juridique les frais de gestion etc. il ne s'agira plus d'une contribution fiscale, mais d'un avantage pour chaque salarié concerné par l'accord collectif. Le régime social et fiscal de cet avantage devra être clarifié.

C'est dans cette perspective de coexistence, au sein d'une même structure paritaire, de ressources de nature fiscale et de nature conventionnelle, qu'il convient de réexaminer la pertinence de la distinction entre FAF et OPCA. Sans revenir sur l'histoire et les valeurs qui distinguent ces deux institutions, et pour s'en tenir au seul droit positif, il faut noter que la loi reconnaît les deux, que leur objet social est le même depuis la loi du 24 novembre 2009, que les FAF doivent être agréés en qualité d'OPCA pour pouvoir collecter et gérer des ressources de nature fiscale, que le régime d'agrément, de conventions d'objectifs et de moyens, d'encadrement des frais de gestion, est en tous points identique à celui d'un OPCA.

Cependant, si le FAF est un OPCA la réciproque n'est pas vraie. Le « supplément d'âme » du FAF s'exprime à travers deux dispositions de la loi : d'une part il jouit d'une personnalité juridique « sui generis », et d'autre part il est habilité à percevoir des contributions des entreprises dont la qualification, qui au demeurant n'est pas précisée, n'est pas fiscale.

L'article L. 6332 - 8 du code du travail, qui s'applique aux seuls FAF, à l'exclusion des OPCA qui n'ont pas cette qualité juridique, précise en effet que : «les contributions versées par l'employeur aux fonds d'assurance formation ne sont soumises ni aux cotisations de sécurité sociale, ni à la taxe sur les salaires. Elles sont déductibles pour l'établissement de l'impôt sur les revenus ou de l'impôt sur les sociétés dues par l'employeur ». Ce texte ouvre au fonds d'assurance formation la possibilité de percevoir des ressources de nature conventionnelles. Cependant en raison de ce qui a été exposé plus haut, sur le rapprochement entre OPCA et FAF, il serait bienvenu dans une prochaine réforme à venir d'aller au bout de l'harmonisation.

4. Les sections professionnelles

Quasiment tous les OPCA, à quelques exceptions près dont sans doute l'OPCAIM compte tenu du champ très étendu de la convention collective de la métallurgie, 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. A ce sujet, le texte du décret 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 catégorielles 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 gérer par section les autres collectes ? Pas du tout.

Ce que prévoit le décret, 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 de ces sections, pour engagement et sous sa responsabilité, les sommes qu'il a perçues. Cette pratique 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.

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 nouveau 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.

L'existence de sections professionnelles, mais aussi de délégations régionales, pose une question complémentaire. Dès lors que des organes internes à l'OPCA 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 déléguaient 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 de gestion de la part de l'OPCA. On comprendrait mal que le cumul soit interdit dans une délégation externe mais possible dans une délégation interne. 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 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.

5. Les frais de fonctionnement et la COM

Le décret du 22 septembre 2010 contient une innovation majeure en matière de frais de gestion des OPCA, dont il ne fait malheureusement pas bénéficier les OPACIF. De quoi s'agit-il ? il a toujours été considéré que les frais de gestion d'un OPCA s'opposaient aux crédits d'intervention. La réglementation a ainsi toujours différencié l'argent qui retourne vers l'entreprise de celui qui sert à couvrir les dépenses de fonctionnement de l'OPCA largement entendues. Cette partition binaire ne correspond plus depuis longtemps à la réalité. En effet, les OPCA, comme tous les organismes sociaux, rendent des prestations en espèces, les financements, mais également des prestations en nature : l'information, le conseil et désormais les diagnostics et l'accompagnement. Considérer que les prestations en nature sont des frais de fonctionnement comme les frais de gestion administrative ou de collecte c'est faire masse de dépenses qui sont pourtant distinctes par nature et par finalité.

Le grand mérite du décret du 22 septembre 2010 est de donner corps aux prestations en nature. La nouvelle définition des coûts de fonctionnement de l'OPCA distingue en effet d'une part les frais d'information et de gestion, consacrés à l'information générale, aux frais de collecte, à la gestion administrative et aux frais de paritarisme et d'autre part aux frais de mission qui sont consacrés à l'accompagnement, au conseil, au service de proximité, aux coûts de diagnostics, au financement des observatoires et aux études et recherches. On notera que ces services bénéficient bien de manière directe aux entreprises. Une autre innovation est que ces frais de mission, pour ce qui concerne l'accompagnement, le conseil et le service de proximité, ne sont pas plafonnés, mais sont déterminés par la convention d'objectifs et de moyens (COM). Le texte du décret ne les qualifie d'ailleurs pas de frais de fonctionnement

mais parle d'affectation d'une partie des ressources aux missions. Ce faisant, il acte qu'il ne s'agit pas du fonctionnement propre de l'OPCA mais d'une manière d'utiliser les fonds au profit des entreprises.

Quand à la Convention d'objectifs et de moyens, elle n'est pas, pour l'administration, une manière de passer commande aux OPCA. Ces derniers ne sont pas une administration publique, comme Pôle emploi par exemple, qui doit passer un contrat d'objectifs pour justifier les ressources que l'Etat met à sa disposition et décliner la politique de l'emploi poursuivie par les pouvoirs publics. Les OPCA sont des institutions paritaires dotés de la personnalité morale, qui ont une légitimité propre découlant de leur nature paritaire et qui défend un intérêt général distinct de l'intérêt public mais avec lequel il peut trouver des convergences. Tel est d'ailleurs l'objet de la Convention d'Objectifs et de Moyens (COM). Selon l'article L. 6332-1-1 du Code du travail, la COM définit les modalités de financement et de mise en œuvre des missions de l'OPCA. Si l'Etat peut toujours donner sa vision de la mise en œuvre des missions de l'OPCA, il appartient davantage à celui-ci d'avoir un projet qui puisse être présenté à l'Etat et qui doit justifier les moyens nécessaires à sa mise en œuvre avec leur valorisation financière. C'est au regard de la cohérence du projet et des moyens mobilisés que l'Etat, gardien de l'équilibre entre le projet et la mobilisation des ressources, signera ou non la COM. Celle-ci apparaît donc davantage, compte tenu de la nature des OPCA, comme une validation d'un projet et de sa cohérence que d'une manière de passer commande. A ce titre, on notera que l'évaluation de la mise en œuvre de la COM est une évaluation réalisée en commun par les parties et qu'elle ne constitue pas un moyen de contrôle des OPCA (C. trav. art. R. 6332-37-5). Dans le même ordre d'idée, le dépassement éventuel des frais de gestion n'appelle pas de sanctions immédiates mais un dialogue avec l'administration aux fins de justification de ces dépassements (C. trav. art. R. 6332-37-6). Le décret prévoit expressément que ces dépassements peuvent parfaitement être justifiés ce qui n'entraînerait aucune conséquence mécanique, preuve que la mission prime la régulation financière, ce que l'on peut considérer comme heureux et une disposition plus conforme à la nature des OPCA que la réglementation précédente.

Pour terminer sur ce point, on s'étonnera que les OPACIF ne soient pas concernés par ce nouveau dispositif qui tranche avec les habitudes prises jusque-là en matière de frais de fonctionnement des OPCA. En effet, le décret ne leur reconnaît que des frais d'information et de gestion et pas de frais de mission. Les frais d'information et d'accompagnement des salariés auraient pourtant pu entrer dans cette seconde catégorie ne serait-ce que par un logique parallélisme avec les dispositions relatives aux OPCA. Par ailleurs, les dépenses liées à l'établissement de partenariats, avec d'autres OPCA notamment, à la contribution à des diagnostics territoriaux, à la mise en place d'un travail avec les collectivités locales, etc. sont totalement absentes des postes de dépense des OPACIF dont le décret limite l'intervention aux prestations rendues directement aux salariés. Or, un OPACIF doit inscrire son action dans un cadre partenarial le plus souvent, dans la logique du raisonnement par projets que le FPSPP a commencé à promouvoir en lieu et place d'un raisonnement par dispositif ou par public. Cette distinction entre les possibilités offertes à un OPCA et celles dévolues aux OPACIF s'explique mal, de même que l'absence de prise en compte du travail partenarial.

6. La transparence

Le principe de transparence dans le fonctionnement d'un OPCA est posé par l'article L. 6332-6 du Code du travail. Ce principe en inclut un second, celui de l'égalité de traitement des entreprises, des salariés et des prestataires de formation. Le décret du 22 septembre 2010 vient décliner la mise en œuvre de ce principe à travers quatre dispositions.

La première concerne la certification des comptes de l'OPCA par un commissaire aux comptes et leur publication. L'obligation d'avoir un commissaire aux comptes n'est pas nouvelle. Par contre, sa mission est précisée et doit inclure l'analyse de l'évolution des charges par nature et par destination ainsi que l'analyse de l'efficacité des procédures internes de contrôle du bon emploi des fonds. Et surtout, les comptes de l'OPCA et le rapport du commissaire aux comptes doivent être publiés sur le site internet de l'OPCA et être accessibles à tous (seul moyen de respecter le principe d'égalité de traitement par égalité d'accès à l'information).

La seconde disposition concerne l'obligation de publier toujours sur le site internet de l'OPCA la liste des priorités, critères et conditions de prise en charge. Une telle publication légale, avec actualisation dans les quinze jours de la modification des règles, a deux conséquences. D'une part l'OPCA peut se voir opposer les règles qu'il a lui-même publiées et le défaut d'actualisation rend inopposables aux demandeurs les règles nouvelles. D'autre part l'OPCA ne pourra fonder ses refus de prise en charge que sur les priorités, critères et conditions qui ont été publiées et donc portées à la connaissance des demandeurs. Les bases du dialogue entre entreprises, organismes de formation et OPCA devraient s'en trouver mieux garanties.

La troisième disposition concerne la publication de la liste des prestataires de formation bénéficiaires des fonds de l'OPCA avec les montants perçus par chacun des organismes. Cette transparence dans l'orientation des financements pose plusieurs questions pratiques : celle de l'exhaustivité d'une telle liste, de son actualisation tous les quinze jours et de la distinction éventuelle entre les achats directs de l'OPCA et les commandes passées par l'entreprise. En effet, rappelons que le libre choix du prestataire de formation par l'entreprise a été rappelé par la loi du 24 novembre 2009 (art. L. 6351-1 du Code du travail). Par contre, n'est pas un problème l'affichage public des chiffres d'affaires que les organismes de formation réalisent avec l'OPCA aucune disposition législative ou réglementaire ne faisant de cette information une information confidentielle. Au contraire, il s'agit désormais d'une information publique.

Cette transparence dans l'information mise à disposition des utilisateurs pourraient d'ailleurs être complétée dans le cadre de la COM. En effet, ayant à préciser les missions de l'OPCA, son projet et ses objectifs, et à les évaluer par la suite, la COM devra définir les critères d'appréciation de l'efficacité de l'OPCA. Pourraient ainsi émerger les indicateurs permettant de qualifier le niveau de performance de l'OPCA. De tels indicateurs permettraient aux cotisants et aux utilisateurs d'avoir un retour précis sur la manière dont fonctionne l'organisme paritaire dont ils dépendent.

Conclusion

Le champ de l'emploi et de la formation professionnelle, au sens le plus large, connaît un mouvement de concentration sans précédent. Que l'on en juge : fusion ANPE-Assedic au sein de Pôle emploi, mise en place des DIRECCTE, réforme des réseaux consulaires avec concentration des pouvoirs au niveau des chambres régionales plutôt que départementales, généralisation des Pôles de Recherche et d'Enseignement Supérieur (PRES) associant Universités, Grandes Ecoles et Centres de recherche, etc. Ce mouvement général a deux logiques : la première est la recherche d'effets de taille et de levier en vue d'économies d'échelle et d'une meilleure efficacité. Pourquoi pas, même s'il n'est pas de loi qui démontre que l'efficacité d'une organisation est proportionnelle à sa taille. La seconde est une remontée d'un cran des niveaux de décision, ce qui ne surprendra personne en période de crise. Toutes les organisations ont tendance à recentraliser les décisions lors des périodes de tangage, et la France avec sa tradition jacobine est mal placée pour faire exception à ce principe qui constitue un réflexe quasi-naturel même si l'option inverse pourrait se défendre (en période de crise il faut décentraliser pour responsabiliser et mobiliser davantage tout un chacun).

Il serait tentant d'inscrire la mise en place du FPSPP et la réforme des Opcas dans ce mouvement d'ensemble, et nul doute qu'il n'y est pas étranger. Il est cependant indispensable de l'en distinguer. En effet, les institutions visées (Pôle Emploi, PRES, réseaux consulaires, DIRECCTE ...) sont des institutions publiques ou parapubliques. Que l'Etat mette de l'ordre en sa maison ou dans les dépendances, rien que de plus naturel. Mais les OPCA et au-delà la gestion paritaire de la formation professionnelle ce n'est ni la maison de l'Etat ni ses dépendances. Et ce qui peut valoir dans un cas, décision étatique de restructuration suivie de contrats d'objectifs qui assignent des missions et objectifs, ne se conçoit guère dans l'autre où l'autonomie des partenaires sociaux doit trouver sa place et un dialogue s'instaurer entre l'intérêt public porté par l'Etat et l'intérêt général porté par la gestion paritaire. En d'autres termes, entre la démocratie politique et la démocratie sociale. Le décret du 22 septembre 2010 laisse une place à ce dialogue et l'on peut s'en féliciter, mais il maintient tout de même une tutelle sur les OPCA qui ne place pas face à face deux interlocuteurs dans une véritable position de négociation. Pour qu'il en soit ainsi, il faudra que les partenaires sociaux tirent un jour les conséquences concrètes de l'autonomie de gestion qu'ils revendiquent.

Jean-Marie LUTTRINGER / Jean-Pierre WILLEMS – OCTOBRE 2010