

Le projet de décret relatif à l'Organisation d'une Politique de Contrôle Accru (OPCA)

La réforme des OPCA, et plus globalement de la gestion paritaire du financement de la formation professionnelle, constitue le cœur de la réforme de la formation initiée par l'ANI du 7 janvier 2009 et mise en œuvre par la loi du 24 novembre 2009. Pour la rendre opérationnelle, un décret doit déterminer les conditions d'agrément et de fonctionnement des OPCA. Le projet présenté au CPNFTLV vendredi 23 avril a reçu un avis défavorable de la part de l'ensemble des signataires de l'ANI du 7 janvier 2009, signe que le dialogue entre les partenaires et sociaux et l'Etat demeure conflictuel. A l'évidence, le processus de réforme n'a pas permis de construire sinon un consensus du moins un accord sur la répartition des responsabilités en matière de gouvernance du système de formation professionnelle. Cette chronique propose une lecture des lignes de fond « politiques » qui sous-tendent la technicité du texte.

I. Les critères d'agrément des OPCA

La loi du 24 novembre 2009 fixe 8 critères à l'agrément des OPCA (C. trav., art. L. 6332-1) :

- Leur capacité financière et de leurs performances de gestion ;
- La cohérence de leur champ d'intervention géographique et professionnel ou interprofessionnel ;
- Leur mode de gestion paritaire ;
- Leur aptitude à assurer leur mission compte tenu de leurs moyens ;
- Leur aptitude à assurer des services de proximité au bénéfice des très petites, petites et moyennes entreprises, ainsi qu'à développer les compétences au niveau des territoires, notamment en milieu agricole et rural ;
- L'application d'engagements relatifs à la transparence de la gouvernance, à la publicité des comptes et à l'application de la charte des bonnes pratiques que doit définir le FPSPP ;
- Une collecte d'un montant supérieur à un minimum fixé par décret ;
- La conclusion d'un accord collectif aux fins d'agrément.

Le projet de décret reprend, en les précisant, ces huit points. Si tous peuvent faire l'objet de commentaires, nous centrerons le propos sur le second qui est au cœur de la question de l'autonomie des partenaires sociaux.

Le projet de décret prévoit que l'agrément s'effectuera sur la base de la cohérence du champ d'intervention géographique et professionnel ou interprofessionnel, en tenant compte de la capacité à assurer une représentation au niveau interrégional, régional ou territorial, et de la capacité soit à répondre à une logique de filière économique, soit à représenter des activités connexes, soit à répondre à des problématiques de qualification ou de formation communes aux entreprises adhérentes.

Si l'on comprend que les exigences de capacité financière, de performance de gestion, de transparence, et de capacité à rendre des services, puissent faire l'objet d'un contrôle de la part des pouvoirs publics en raison de la nature fiscale des sommes en jeu, l'appréciation de la cohérence, et donc de la pertinence, du champ géographique et professionnel retenu heurte un principe fondamental de la négociation collective qui est la libre détermination du champ de la négociation collective en fonction de la représentativité des parties (C. trav., art. L. 2222-1)¹. En renvoyant à la négociation collective la création des OPCA, la loi renvoie également aux règles générales de conclusion des accords et conventions. Elle ne peut définir elle-même le périmètre des négociations pertinentes ou non,

¹ Voir la chronique « Pourquoi la formation doit s'accrocher aux branches, et pourquoi la réciproque n'est pas vraie » (dépêche AEF n°121999).

cohérentes ou non. Si certains secteurs d'activités s'entendent pour conclure un accord désignant un même OPCA, qui remplit par ailleurs toutes les conditions techniques requises pour l'agrément, au nom de quel principe l'administration peut-elle décider que le champ conventionnel ainsi tracé est nul et non avenue et qu'il n'y a pas une cohérence suffisante pour que soit gérée à ce niveau la formation professionnelle ? Le rapport du député Jean-Frédéric Poisson sur la négociation collective et les branches professionnelles propose que les branches soient définies par un accord de reconnaissance mutuelle des parties à la négociation. Manifestement, le législateur et l'administration (du Travail tout de même !) ont du mal à intégrer les logiques propres au dialogue social et à faire la part entre ce qui relève de l'autorité du législateur et ce qui doit être laissé à la décision des négociateurs. Sur ce point, on peut se demander si le CPNFP jouera le rôle que l'ANI du 5 décembre 2003 lui confie, à savoir un pré-agrément des OPCA avant leur agrément par les pouvoirs publics.

II. L'enjeu de la catégorisation des frais de gestion

Le projet de décret fait un premier pas vers la distinction de deux catégories de frais de gestion. La première a trait à la gestion financière proprement dite de l'OPCA (frais de collecte, de gestion des dossiers, d'information des entreprises, de fonctionnement de la gestion paritaire) et la seconde aux services rendus aux entreprises (diagnostics, accompagnement, pilotage de projet) ou à la branche (observatoires, études et recherches). Le projet de décret prévoit également que la première catégorie de frais sera assujettie à un plafonnement fixe, et la seconde à un plafonnement pouvant varier à l'intérieur d'une fourchette fixée par arrêté et dont le montant résultera de la convention d'objectifs et de moyens que les organismes collecteurs sont appelés à conclure avec les pouvoirs publics.

Sur ce point, le décret aurait pu aller plus loin et prendre en compte la nature des organismes paritaires après l'élargissement de leurs missions par la loi du 24 novembre 2009. Dès lors que la fonction et la mission des OPCA n'est plus uniquement le financement de la formation, mais également l'intervention en aval pour aider au diagnostic en besoin de compétences tant au niveau de la branche que de l'entreprise, dès lors également qu'est reconnue une capacité à accompagner les projets des entreprises et une fonction d'ensemblier et non exclusivement de financeur, il faut en tirer la conclusion que l'OPCA rend deux types de services : des prestations en espèces sous forme de financement de coûts de formation, et des prestations en nature sous forme de conseil, d'accompagnement ou de mise à disposition de travaux permettant aux entreprises de prendre des décisions en matière de GPEC. Dans ce nouveau contexte d'intervention, le coût de ces prestations en nature ne relève pas des frais de fonctionnement mais des crédits d'intervention. Il appartient donc aux partenaires sociaux, en fonction des problématiques d'emploi et de formation propres au périmètre d'intervention de l'OPCA, de déterminer quelle part de leurs ressources ils affectent au financement de la formation ou à d'autres services. Ils auraient bien entendu à rendre compte de ces choix dans le cadre de leurs obligations de transparence et plus généralement du respect du droit de la concurrence.

Par ailleurs, la convention d'objectifs et de moyens ayant précisément pour objet de définir les modalités de mise en œuvre des missions de l'OPCA, est-il bien nécessaire de rajouter à cette convention un encadrement réglementaire des prestations en nature ? **On perçoit ici la persistance d'une défiance et au-delà d'un maintien d'une logique fiscale dont le contrôle est la seconde nature, au détriment d'une logique économique et sociale caractérisée par la négociation et la détermination de champs d'intérêts partagés.**

III. La nature de la COM

Le projet de décret est peu disert sur les conventions d'objectifs et de moyens. Il est vrai que la loi ne renvoie pas particulièrement à un décret pour définir le contenu de cette convention. Toutefois, il prévoit qu'en cas de dépassement des plafonds fixés par la convention en matière de frais de gestion, une mise en demeure peut être adressée à l'OPCA, l'étape suivante consistant en un redressement. D'un point de vue juridique, et peut être même au-delà, une convention est un accord, donc une

rencontre de volonté conclue par la prise d'engagements réciproques. Dans la manière dont se dessine l'instrumentalisation des conventions d'objectifs et de moyens, on voit peu où sont les volontés communes et les engagements réciproques et l'on voit davantage comment il s'agit pour l'Etat de créer un régime d'autorisation de dépenses en fonction d'objectifs qu'il aura préalablement agréés. En d'autres termes, **par le biais de conventions d'objectifs et de moyens et l'inclusion de l'ensemble des frais dans des limites établies et contrôlées par l'Etat, celui-ci se dote des moyens d'orienter les politiques paritaires de formation professionnelle sous peine de priver l'OPCA de moyens de fonctionnement.**

Le cumul des mécanismes de contrôle organisés par le projet de décret (critères d'agrément, encadrement des frais de gestion, COM...) place, de fait, les OPCA dans une situation de gestionnaires délégués d'une contribution fiscale, dans le cadre de ce qui ressemble à un mandat de gestion imposé par le délégant et révocable ad nutum.

IV. FAF/OPCA : une distinction périmée ?

La loi du 24 novembre 2009 a harmonisé les missions respectives des OPCA (C. Trav., art. L. 6332-1-1) et des FAF (C. trav., art. L. 6332-7). Le (courageux) lecteur du projet de décret relatif aux OPCA ne manquera pas d'être frappé par le remplacement systématique dans la partie réglementaire du code du travail de la mention « Fonds d'assurance formation » par la mention « organisme collecteur paritaire agréé ». Au passage, on relèvera également la persistance de l'acronyme OCPA dans le projet de décret, alors que la pratique a consacré celui d'OPCA. Pour les uns, prime le **collecteur** et pour les autres le **paritaire**.

Cette substitution systématique a deux traductions. La première est purement technique : le décret définit les conditions dans lesquelles l'Etat accorde son agrément pour gérer des sommes ayant une nature fiscale, il est donc logique qu'il remette de l'ordre dans le code du travail qui confondait parfois FAF et OPCA agréé au titre du plan de formation. La deuxième traduction a une portée plus large : elle pose la question de l'intérêt pratique que conserve la distinction entre FAF et OPCA.

La loi préserve cette distinction, même si les missions des uns et des autres ont été harmonisées comme indiqué ci-dessus. Alors que peut un FAF que ne peut pas un OPCA ? La réponse est peut être dans l'article L. 6332-8 du Code du travail qui précise que les contributions, et pas seulement les contributions légales ou fiscalement déductibles de l'obligation de financement de la formation, versées aux FAF ne sont soumises ni à cotisation sociale ni à la taxe sur les salaires et qu'elles constituent des charges déductibles pour l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés.

Cet article a été introduit dans le code du travail en 1968, avant même la création d'une obligation légale de nature fiscale. Il a servi de point d'appui aux FAF qui gèrent des cotisations conventionnelles et non fiscales. C'est sur cette base que, notamment, l'agriculture puis l'artisanat ont pu créer des obligations conventionnelles de financement de la formation pour les entreprises. Plusieurs branches, situées dans le champ d'application des ANI ou non, ont d'ailleurs des taux de contribution conventionnels au financement de la formation professionnelle supérieurs à l'obligation légale.

Est-ce à dire qu'un OPCA ne pourrait percevoir de cotisations conventionnelles, et donc supérieures à l'obligation légale ? En d'autres termes, est-il nécessaire d'avoir un texte identique à celui de l'article L. 6332-8 pour permettre aux entreprises de cotiser au-delà de leur obligation légale à un OPCA ? Après l'élargissement des missions des OPCA, la réponse à cette question est sans doute double. Elle est négative dans le cas où un accord collectif crée une telle cotisation. En effet, toutes les cotisations constituant des obligations sociales pour l'entreprise sont des charges déductibles sans qu'un texte spécial soit nécessaire pour leur reconnaître ce caractère. Il en est ainsi, par exemple, des cotisations liées au financement du dialogue social (accord UPA). A l'inverse, un versement qui ne s'appuierait pas sur un accord collectif, mais uniquement sur un versement volontaire de l'entreprise, ne pourrait

recevoir la qualification d'obligation sociale et de cotisation sociale et aurait, dès lors, une nature juridique plus contestable.

Si cette interprétation est retenue, il en résulte que les OPCA peuvent, comme les FAF, gérer des ressources au-delà des obligations fiscales des entreprises, à condition de s'appuyer pour ce faire sur une source conventionnelle. **Cette coexistence de contributions de nature fiscale et de nature conventionnelle a des incidences extrêmement importantes : non assujettissement des cotisations conventionnelles à la contribution de 13 % au FPSPP, non assujettissement aux règles posées par le décret en matière de frais de gestion, exclusion du champ d'application des COM, non application des sanctions fiscales, etc. Ce qui suppose que les OPCA aient une double gestion de leurs ressources en fonction de la qualification fiscale ou conventionnelle de ces ressources.**

Ainsi s'opèrerait, au prix d'un changement de nom qui fait échapper les FAF à la grande famille des assurances sociales, la vampirisation des FAF par les OPCA consacrant paradoxalement le succès des premiers sur les seconds, tant les OPCA de la loi quinquennale (20 décembre 1993) n'ont plus rien à voir avec ceux issus de la loi du 24 novembre 2009².

Conclusion

La réforme de la formation professionnelle s'est opérée en 2008 et 2009 dans le cadre de confrontations successives qui n'ont pas permis de garantir à la loi du 24 novembre 2009 une qualité à la hauteur des enjeux identifiés. Sa mise en œuvre opérationnelle aurait pu être l'occasion, une fois les textes principaux adoptés, de rechercher des positions de compromis dans l'intérêt bien compris des bénéficiaires du système de formation professionnelle. Tel n'est pas le cas, dès lors que tout texte nouveau concours à l'Organisation d'une Politique de Contrôle Accru (OPCA) sur les partenaires sociaux difficilement admis comme partenaires et de fait traités comme mandataires révocables ad nutum voire comme simple opérateurs.

Il est paradoxal de constater que la loi du 24 novembre 2009 élargit les missions des OPCA et donc les responsabilités de la gestion paritaire, alors que les mesures de mise en œuvre renforcent la tutelle de l'administration sur cette gestion. Tant que ce paradoxe ne sera pas résolu, on peut craindre que l'efficacité même du système de formation professionnelle soit affectée.

Jean-Marie Luttringer - Jean-Pierre Willems, avril 2010.

² Voir la chronique « Le requiem des OPCA et la renaissance des FAF » (dépêche AEF n°128505)