

La fabrique des OPCA (9/12) : de l'Opca "collecteur - répartiteur" à l'Opca prestataire de services

Ecrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 27 avril 2011

L'évolution du rôle des OPCA qui passent "de 'collecteurs - répartiteurs' d'une contribution de nature fiscale, vers une identité de prestataires de services se construit progressivement", constatent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Dans cette neuvième chronique du cycle consacré à « la fabrique des OPCA » qui en compte douze, les deux juristes font le point sur les enjeux du repositionnement des organismes collecteurs en tant que prestataires de services aux salariés, aux demandeurs d'emploi et aux entreprises, comme le prévoient la loi orientation/formation du 24 novembre 2009 et son décret du 22 septembre 2010.

1. Des prédictions de Nostradamus aurapport de l'igas sur la réforme des OPCA

Qu'y a-t-il de commun entre les prédictions de Nostradamus et le rapport de l'IGAS sur la réforme des OPCA ? À vrai dire rien. Les prédictions de Nostradamus relèvent de l'astrologie des croyances et du fantasme, à mille lieues du réel, alors que la grande majorité des 24 préconisations du rapport de l'IGAS, formulées en 2008, sont en train de se frayer un chemin dans la réalité du droit et des pratiques de gestion des OPCA. Rappelons à titre d'illustration quelques-unes de ces propositions qui concernent plus particulièrement les OPCA :

- 1. Redéfinir les missions des OPCA et FAF en distinguant :- celles qui relèvent de l'intérêt général ;- celles qui correspondent à une offre de services aux entreprises (encadrer au plan juridique la facturation des services proposés à la carte) ;*
- 2. Au titre de la mission d'intérêt général : demander aux OPCA, FAF et OPACIF de développer une fonction de conseil à caractère généraliste et en préciser la portée (...);*
- 4. Encadrer la mission d'intérêt général par un contrat d'objectif et de moyens (...);*
- 6. Élargir le service offert par les OPCA, FAF et OPACIF aux salariés et aux demandeurs d'emploi et contribuer à la sécurisation des parcours professionnels(...);*
- 8. Relever à 100 M€ le seuil plancher de l'assiette de la collecte afin de faciliter le développement de services aux TPE et de solvabiliser le niveau et la qualité de service nécessaire pour obtenir l'agrément. Ce seuil ne préjuge pas des décisions prises par les partenaires sociaux (redéploiements, regroupements, délégations) pour organiser le lien entre l'OPCA et le service délivré ;*

11. Établir le financement des frais de gestion des OPCA, FAF et OPACIF au regard des services rendus au titre de la mission d'intérêt général (addition d'un socle proportionnel à l'assiette et d'une partie variable).

12. Reconnaître aux OPCA, FAF et OPACIF le droit d'accréditer les organismes de formation dans la transparence et sur la base d'évaluations objectives et rendues publiques.

22. Encourager fiscalement l'investissement formation des TPE, PME et des salariés pour développer les compétences et la qualification des salariés et demandeurs d'emplois.

Le seuil de collecte a été fixé à 100 millions d'euros, les conventions d'objectifs et de moyens et l'encadrement des frais de gestion vont être mis en place, l'ouverture aux demandeurs d'emploi a été réalisée, l'évolution de l'OPCA de « collecteur-répartiteur » d'une contribution de nature fiscale, vers une identité de prestataire de services se construit progressivement.

C'est le devenir de cette dernière préconisation, dont le développement pourrait bien constituer le coeur d'une future réforme des OPCA pour autant que celle-ci soit nécessaire, bien plus que l'augmentation du seuil de collecte, qui est l'objet de cette chronique numéro 9 de la fabrique des OPCA.

2. Extension du champ d'intervention de l'OPCA et diversification de ses « clients » et de ses services.

L'OPCA historique « collecteur-répartiteur », réduit à sa plus simple expression, connaissait l'entreprise au titre de la collecte et du financement de contrats en alternance ou d'actions de formation réalisées au bénéfice des salariés des entreprises relevant de son champ, et imputables au sens fiscal du terme, les dispensateurs de formation, et les services du contrôle de la formation. Cette fonction historique que l'on peut qualifier d'administrative et financière s'est sophistiquée au fil des années par le transfert de l'entreprise vers l'OPCA de toutes les fonctions de gestion administrative et financière de l'activité de formation (déclarations fiscales, calcul des cotisations, subrogation de paiement, financements relais...). Elle est accompagnée d'une fonction d'information des entreprises et des salariés sur les obligations et les droits des uns et des autres. Cette fonction historique demeure l'un des piliers de l'activité de tous les OPCA, cependant grâce au développement des technologies de l'information et la dématérialisation des procédures, elle a considérablement gagné en efficacité. Elle ne soulève pas aujourd'hui de problèmes juridiques particuliers.

Ce rôle traditionnel de « collecteur-répartiteur » était, par nature, voué à évoluer. En effet, le développement de la formation dans l'entreprise et la meilleure connaissance des OPCA et de leurs services, réduit par définition les ressources disponibles pour chaque cotisant. Si chacun se préoccupe de bénéficier d'un retour sur ses cotisations, la mutualisation se trouve réduite à la portion congrue. En multipliant les dispositifs susceptibles de financer la politique de formation de l'entreprise (périodes de professionnalisation, DIF), la réforme de 2004 n'a fait qu'accélérer le mouvement. Il revenait dès lors aux OPCA de développer d'autres services et missions pour justifier leur valeur ajoutée. Ceci s'est effectué dans plusieurs directions :

- En complément du service de remboursement financier, se sont développés des services associés d'externalisation de la gestion administrative par les entreprises. Pour beaucoup d'OPCA, il s'agissait d'un prolongement naturel de leur mission financière de base ;
- Pour compenser la plus faible mutualisation due à un plus grand nombre d'utilisateurs, les OPCA se sont tournées vers la recherche de financements complémentaires : Etat, Europe, Régions, collectivités locales, Pole emploi, AGEFIPH, ANLCl... La liste est longue des autorités et organisations sollicitées par les OPCA pour abonder, compléter ou relayer leurs financements. Plutôt que de ne servir qu'à la redistribution, la mutualisation s'avère un puissant bras de levier pour multiplier les ressources mises à la disposition des entreprises et des salariés ;
- À côté des prestations en espèces, les OPCA ont développé des prestations en nature. Dans ce domaine, la diversité est grande et ne date pas d'aujourd'hui. Elle relève d'ailleurs le plus souvent de la ligne politique assignée à l'OPCA : historiquement, les FAF au paritarisme intégral ont développé beaucoup plus tôt et de manière volontariste des services de conseil et d'ingénierie aux entreprises et salariés que les OPCA nés en 1993-1995, issus des anciennes ASFO patronales pour l'essentiel, ont longtemps eu pour consigne de ne pas développer au nom de la libre gestion par l'entreprise de sa politique et des moyens de sa mise en œuvre. Cette activité était en réalité réservée aux structures créées à cet effet par les organisations patronales (par exemple les ADEFIM dans la métallurgie) Pour ceux-là, le dogme de la liberté de gestion de l'entreprise, qu'il fallait préserver du paritarisme , passait avant le service rendu par l'OPCA. La réforme de 2004, encore elle, a bouleversé tout cela, trouvant sa traduction dans la loi de 2009 qui aligne les missions des OPCA sur celles des FAF ;
- Enfin, les OPCA se sont révélés, par leur nature, des organisations appropriées pour accompagner certaines innovations sociales : ainsi pour les groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification (GEIQ) ou plus récemment pour le contrat de transition professionnelle (CTP) ou les opérations de GPEC territoriales. Organismes paritaires, disposant de relais territoriaux, prenant leur décision par accord paritaire, les OPCA ont une légitimité à créer ou soutenir des initiatives dans le champ de l'emploi et de la formation.

Diversification des prestations en espèces, développement des prestations en nature, si les services rendus par les OPCA s'appuient toujours sur la fonction de financement de la formation comme activité de base, les fonctions d'ingénierie dans le champ de l'emploi et de la formation, du conseil dans le domaine des ressources humaines et de l'innovation dans le champ social prennent une place toujours plus importante.

Cette extension progressive de l'activité des OPCA vers « des prestations de conseil », constatée et encouragée par le rapport de l'IGAS, n'est pas sans soulever des interrogations nouvelles à proportion de l'éloignement de la mission historique de « collecteur - répartiteur ». Il en va ainsi du conseil en matière de choix de prestataires de formation : l'OPCA peut-il labelliser et référencer les offreurs de formation ? Plus encore, peut-il lui-même être le maître d'ouvrage d'actions collectives de formation ?

À cette intervention classique en matière de formation s'ajoute progressivement le conseil en ressources humaines et en GPEC : dans quelle limite les conseillers de l'OPCA peuvent-ils eux-mêmes réaliser ces missions de conseil ? Dans quelles conditions et dans quelles limites l'OPCA est-il fondé à les financer ?

Dans ce processus d'évolution des services de l'OPCA, en quelque sorte linéaire et naturelle, il y a lieu de mentionner des questions particulièrement stratégiques, l'une identifiée par l'IGAS sans en mesurer les effets pour les OPCA, à savoir l'ouverture de leur action au-delà des entreprises vers les salariés et des demandeurs d'emploi, et l'autre largement ignorée, à savoir le maintien voir le développement de la logique de branche résultant de la réduction du nombre d'OPCA d'une cinquantaine à une quinzaine environ.

L'OPCA a désormais deux nouveaux « clients » à satisfaire, « des individus acteurs », salariés bénéficiaires d'un DIF ou demandeurs d'emploi, et des branches professionnelles soucieuses de conduire une politique de branche en matière d'emploi de formation et de qualification, qui préserve leur identité, et qu'elles mettent en oeuvre d'une part à travers la SPP (section professionnelle paritaire de branche instituée au sein de l'OPCA interbranches) et à travers la CPNE (commission paritaire nationale de l'emploi et de la formation de la branche).

Les « individus acteurs » demandent des services de conseil et d'accompagnement pour l'élaboration de leur projet et « la sécurisation de leur parcours », qui n'était pas jusqu'ici de la compétence des OPCA. Quant aux branches professionnelles elles demandent des services d'aide à l'élaboration de leur politique emploi-formation par le financement des observatoires des métiers et des qualifications, et l'appui à leur fonctionnement méthodologique, des services d'ingénierie pour les CQP ou la VAE par exemple, pour l'évaluation des politiques de branche... mais au minimum un reporting par l'OPCA de toutes les informations dont il dispose sur l'évolution des besoins en matière d'emploi formation des entreprises ainsi que de la demande des salariés, permettant à la branche de construire sa politique au travers de la CPNE et des négociations périodiques.

3. Proposition de classification juridique de l'activité de prestations de service d'un OPCA.

Si l'on passe au tamis juridique les prestations et services rendus par les OPCA et que l'on tente de qualifier ces prestations en vue d'en opérer la classification, on peut identifier trois natures de prestations différentes :

Les services de base financés dans le cadre d'une mutualisation obligatoire ;

Il s'agit ici des actions financées dans le cadre de la contribution DIF et professionnalisation et de la contribution au FPSPP. Ces sommes sont non seulement mutualisées d'office mais pré affectées. Leur utilisation est en effet prescrite de manière étroite par la loi qui fixe les catégories d'actions, de salariés ou de projets qui peuvent être financés. Sur la gestion de ces sommes, les marges de manœuvre des partenaires sociaux existent, certes, mais elles demeurent relativement réduites. Toutes les entreprises et salariés peuvent bénéficier dans les mêmes conditions de l'accès à ces financements. Il s'agit des garanties de base offertes par un système obligatoire basé sur le principe de solidarité.

Les services complémentaires financés dans le cadre d'une mutualisation conventionnelle ;

Les accords et conventions peuvent imposer aux entreprises des versements obligatoires, supplémentaires aux versements légalement obligatoires. Il appartient alors à ces accords et conventions de déterminer les affectations possibles de ces ressources. Du point de vue de la qualification des retours obtenus sous forme de services par les entreprises, il n'est pas déterminant que ces obligations complémentaires entrent dans le cadre de l'obligation fiscale de financement de la formation ou bien s'y ajoutent. Dans les deux cas, il s'agit de contributions conventionnelles, établies par accord collectif, reposant sur un principe de solidarité dès lors que les sommes sont mutualisées et remises à disposition selon des règles prévues par accord ou décidées par le Conseil d'administration paritaire de l'OPCA.

Les prestations de services obtenues en contrepartie directe d'un versement volontaire ;

Si l'OPCA reçoit des contributions d'une entreprise, qu'un accord en ait prévu le principe ou pas, pour des prestations individualisées, les sommes versées n'étant pas affectées à la mutualisation, dès lors il n'y a pas de régime de solidarité mais des contreparties directes à une cotisation, laquelle peut d'ailleurs varier avec le montant de la cotisation versée. Dans ce cas, la prestation de services rendue n'entre pas dans le cadre d'un régime de solidarité mais au contraire relève d'un régime de services individualisés qui s'apparentent à des services marchands. Ici encore, le fait que le versement s'inscrive à l'intérieur ou non de l'obligation fiscale n'est pas déterminant de la qualification juridique des services reçus en contrepartie. Ce qui importe est le lien direct entre un versement volontaire et des engagements personnalisés obtenus en contrepartie.

4. Encadrement juridique de l'activité de prestations de services des OPCA : de l'égalité de traitement au respect des principes de la concurrence.

L'activité de prestations de services des OPCA est soumise d'une part à des règles spécifiques précisées par le code du travail, et d'autre part aux principes généraux du droit de la concurrence tels qu'ils résultent du code du commerce et des règles du droit européen applicables la matière.

Au titre du droit spécifique de la formation la règle qui prévaut est celle de l'égalité de traitement des entreprises, des salariés et des prestataires de formation aussi bien que de conseil, susceptibles d'être financés par l'OPCA. Elle résulte de l'article L. 6332-6 du code du travail, ainsi que l'article R. 6332-16. Ces textes imposent aux OPCA de ne pas avoir de pratiques arbitraires vis-à-vis des prestataires de formation et de conseil. L'égalité de traitement suppose que les règles et conditions selon lesquelles l'OPCA achète des actions de formation ou des prestations de conseil soient connues (publicité), que les critères de choix entre les offres soient identifiés (transparence), que les prestataires non retenus puissent obtenir une motivation de cette décision (non-discrimination). Par ailleurs l'OPCA, en sa qualité « d'organisme intermédiaire », est tenu de respecter la liberté de choix de l'employeur.

L'article L. 6351-1 dispose en effet que : « l'employeur est libre de choisir l'organisme de formation (...) auquel il confie la formation de ses salariés. ». Cette même règle est en toute logique applicable au choix des prestataires de conseil.

Au titre de l'applicabilité des principes généraux du droit de la concurrence il y a lieu de distinguer, conformément à la jurisprudence européenne, les contributions et prestations relevant des régimes de base et des régimes complémentaires qui échappent au droit de la concurrence. A la condition expresse que les prestations rendues demeurent dans les limites fixées par la loi, pour les prestations du régime de base, et dans les limites fixées par l'accord, pour les prestations du régime complémentaire. On peut regretter que ni le décret, ni l'ANI, ne les aient précisées davantage.

En revanche, les prestations rendues en contrepartie de versements volontaires qui n'entrent pas dans le champ de la mutualisation et qui font l'objet de garanties de retours individualisés, ne relèvent pas des régimes de solidarité et caractérisent une activité économique rendue au profit des cotisants. Cette activité est susceptible d'entrer dans le champ du droit de la concurrence. Il y a alors lieu de se référer aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que de la jurisprudence européenne (le lecteur consultera avec intérêt les travaux de David SOLDINI sur cette question, Droit social décembre 2008). Cependant l'application de ces principes généraux doit être appréciée dans leur contexte. C'est d'ailleurs toute la difficulté en matière de droit de la concurrence qui est liée au fait que les autorités compétentes (Conseil de la concurrence, juge administratif, Cour de justice européenne) vont procéder à une approche concrète de la situation pour apprécier l'existence ou non de pratiques anticoncurrentielles. L'OPCA aura par conséquent intérêt à mettre en place des procédures formalisées afin de se prémunir du risque de pratiques anticoncurrentielles pour celle de ses activités, de nature économique, qui sortent du cadre du régime de solidarité.

5. La part de Nostradamus dans le rapport de l'IGAS.

Tel le petit canard blotti dans l'œuf de Pâques, prêt à casser la coquille au jour J, la part de Nostradamus du rapport de l'IGAS est blottie dans une parenthèse dès la première proposition du rapport qui en compte 24 : « Redéfinir les missions des OPCA et FAF en distinguant celles qui relèvent de l'intérêt général de celles qui correspondent à une offre de services aux entreprises (encadrer au plan juridique la facturation des services proposés à la carte) ».

Pour qui sait lire, l'IGAS invite les OPCA à proposer des services aux entreprises en contrepartie d'une rémunération proportionnelle au service rendu, en plus des prestations délivrées dans le cadre de leurs missions d'intérêt général, et financée par le recours aux fonds mutualisés, cette prestation n'ayant aucun rapport de proportionnalité avec la contribution de nature fiscale ou conventionnelle versée par l'entreprise à l'OPCA. Il s'agit bien d'un vilain petit canard dans une couvée de cygnes.

Mais, à bien y réfléchir, et en se fondant sur l'observation de l'évolution sur le long terme de l'activité de services des FAF et des OPCA, dont cette chronique rend compte, cette proposition mérite considération. Elle est en fait déjà présente dans les pratiques des OPCA concernant notamment la gestion des grands groupes (que certains nomment VIP) qui bénéficient de prestations personnalisées et proportionnelles aux cotisations versées, pratiques qui pourraient fort bien être requalifiées de prestations commerciales si le juge en était saisi.

On sait depuis Christophe Colomb, et son œuf, qu'une dérive peut être voie d'innovation et de découverte. Lorsque les partenaires sociaux et le législateur voudront véritablement se poser la question des règles à établir sur le continent inconnu des prestations de services rendues par les OPCA, terre qu'ils ont déjà abordé, ils devront déterminer comment au plan juridique, l'OPCA peut tout à la fois être investi d'une mission d'intérêt général et délivrer des prestations personnalisées à un prix inférieur à celui du marché.

Deux pistes méritent exploration, d'une part la sectorisation de l'activité des OPCA d'autre part l'externalisation dans des entités juridiques distinctes de l'activité de prestations de services.

La sectorisation suppose de clarifier des points juridiques tels qu'une comptabilité distincte, un régime fiscal propre à toute activité de nature marchande et bien entendu le respect du droit de la concurrence.

L'externalisation, c'est-à-dire en pratique la création de filiales par les OPCA, dédiées, à l'instar des évolutions qu'a connues le secteur de la prévoyance, aux prestations marchandes, suppose de clarifier les mêmes questions juridiques que celle de la sectorisation, mais elle exige en outre de la part des partenaires sociaux un choix politique lié à leur conception du paritarisme. Pour faire ces choix, il est déjà demain.