



La fabrique des OPCA au jardin d'agrément (1)

Les OPCA passés au défoliant fiscal

A trois exceptions près à ce jour (le FAFSEA, UNIFAF et UNIFORMATION), tous les agréments concernant les OPCA qui pourront exercer leur activité à compter du 1^{er} janvier 2012, ont été adoptés. Le processus débuté avec le vote de la loi du 24 novembre 2009, les partenaires sociaux n'ayant pas été demandeurs d'une réforme des OPCA dans leur ANI du 7 janvier 2009, est donc en voie d'achèvement. Il commencera à produire ses effets à compter du 1^{er} janvier 2011, quand les dernières lumières se seront éteintes dans les OPCA qui ont perdu leur agrément.

Le processus de renouvellement des agréments aura été marqué, à titre principal, par l'impossible dialogue entre l'administration et les partenaires sociaux. Rien n'aura été fait pour favoriser la recherche de solutions concertées. Tout d'abord dans la gestion du calendrier : après la loi du 24 novembre 2009, il faudra attendre fin septembre 2010 pour la publication du décret relatif aux OPCA et fin mai 2011 pour avoir la position de l'administration sur les textes. Dans l'intervalle, bien évidemment, les négociations avaient prospéré. Les positions de la DGEFP étant, à bien des égards, à la fois discutables juridiquement et à rebrousse poil des pratiques (au point de paraître en faire un objectif en soi), il en est résulté des négociations reprises, complétées, modifiées, amendées, sous la dictée de la DGEFP, et l'impossibilité de tenir l'échéance du 31 août pour la majorité des accords. Après avoir repoussé les délais au 30 septembre puis au 31 octobre l'administration ira jusqu'à fin novembre pour disposer des dossiers d'agrément complets. Cette gestion des échéances ne doit sans doute rien au hasard : n'ayant aucune intention de négocier quoi que ce soit et maniant la décision d'agrément comme une épée de Damoclès, l'administration n'a visé qu'à imposer sa conception des OPCA et n'avait aucun intérêt à agir trop vite. Il résulte toutefois de ce choix que les questions conflictuelles ont davantage été évacuées que réglées, ce qui rend leur surgissement futur quasi-inévitable.

Ces questions conflictuelles sont, pour l'essentiel, au nombre de cinq :

- L'organisation institutionnelle de l'OPCA et la capacité de le doter d'instances internes décisionnaires ;
- La délégation de gestion à des opérateurs paritaires ;
- La définition du champ d'intervention interprofessionnel;
- La possibilité pour les OPCA de gérer des ressources conventionnelles ;
- La possibilité pour les OPCA d'avoir plusieurs activités.

1. La délégation de pouvoirs par le Conseil d'administration de l'OPCA

Par crainte de voir se constituer des OPCA à l'intérieur de l'OPCA, la DGEFP a considéré que toute délégation de pouvoir prévu par l'accord constitutif d'un OPCA était illicite. Ce qui l'a conduit à demander aux négociateurs de supprimer toute délégation de compétence du Conseil d'administration en direction des Sections Paritaires Professionnelles ou des Délégations Paritaires Régionales.

Sur ce point, le Code du travail prévoit que l'acte de constitution d'un OPCA détermine notamment la composition et l'étendue des pouvoirs du Conseil d'administration, ainsi que le mode de désignation des organes chargés de la préparation des décisions de gestion et de leur exécution (C. trav. Art. R. 6332-16).

Il appartient à ce titre à l'accord constitutif et/ou aux statuts de l'OPCA de déterminer l'organisation institutionnelle de l'OPCA. Il est bien évident que la responsabilité de l'OPCA est celle du Conseil d'administration et qu'elle ne saurait être déléguée.

Par contre, comme dans toute structure il est possible de procéder à des délégations de pouvoir qui n'enlèvent rien à la responsabilité sommitale du Conseil d'administration mais permettent à des organes divers (bureau, commission financière, commission d'agrément, commission de secteur, section professionnelle, délégation régionale ou interrégionale, etc.) de prendre des décisions par délégation et sous le contrôle du Conseil d'administration.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne remet en cause de manière explicite cette autonomie d'organisation qui ne contrevient directement à aucune des règles de gestion applicables à un OPCA. L'administration aurait pu constater que la délégation de pouvoir n'était qu'une conséquence de l'accroissement de la taille des OPCA du fait d'un relèvement du seuil minimal de collecte : dans des structures nationales gérant plusieurs centaines de millions d'euros, la mise en place de délégations de gestion est une solution pertinente pour éviter l'asphyxie du conseil d'administration et prendre des décisions adaptées aux situations locales permettant de prendre en compte les logiques de branche et de territoire.

2. La délégation de gestion à des organismes paritaires

Depuis plus de 40 ans, des OPCA (créés sous statut de fonds d'assurance formation), déléguaient la mise en œuvre, voire la définition, de leurs actions à des organisations paritaires, le plus souvent établies au niveau régional (AGEFOS-PME, OPCA B, OPCA TP par exemple). Constituées sous forme d'association, ces délégations paritaires étaient prévues par l'accord constitutif de ces fonds d'assurance formation.

Prenant appui sur l'article R. 6332-17 du Code du travail, qui précise que les OPCA peuvent déléguer à des personnes morales relevant des organisations d'employeurs signataires de l'accord constitutif de l'OPCA tout ou partie de la mise en œuvre des décisions de l'OPCA, la DGEFP en a conclu que toute délégation à des organisations paritaires était illicite.

C'est méconnaître l'histoire et la portée de ce texte. Adopté dans le cadre de la réforme précédente des OPCA en 1993-1995, ce texte avait pour objectif de rendre licite la délégation à une organisation non paritaire en dérogation au principe de paritarisme, critère consubstantiel à l'existence même d'un fonds d'assurance formation, et condition fondatrice de l'existence des OPCA et généralisés à partir de 1994.

Faisant du principe ce qui était une exception, la DGEFP concluait à l'impossibilité d'agrèer des OPCA s'appuyant sur des délégations paritaires. Devant les réactions suscitées par cette position, l'administration trouva une porte de sortie dans le décret du 2 novembre 2011 qui prévoit la possibilité d'une délégation paritaire ou non, et interdit du même coup toute délégation établie sur une base professionnelle, (sans qu'au demeurant ce concept ne soit clairement défini), toujours dans la crainte de la création de « sous-OPCA » à l'intérieur de l'OPCA.

Outre la défiance qu'elle exprime vis-à-vis des négociateurs transformés en présumés fraudeurs, le positionnement de l'administration repose sur une lecture des textes selon laquelle tout ce qui n'est pas explicitement autorisé par la loi ou par elle-même, est interdit, et qui fait peu de cas du pouvoir normatif délégué par la constitution et par la loi aux partenaires sociaux. Il est heureux que dans un Etat de droit, ce soit le principe inverse qui trouve à s'appliquer.

3. L'agrément interprofessionnel

Le Code du travail ne fournit pas de définition de l'interprofession. La DGT s'est essayé à donner une définition concernant les accords interprofessionnels dans la circulaire du 22 septembre 2004 relative à la loi du 4 mai 2004 : « Un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels sans liens directs entre eux. Le champ de ce type d'accord ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. ». Sur la base de cette définition, des organisations professionnelles couvrant plusieurs secteurs professionnels sans lien entre eux (notamment l'UNAPL ou l'USGERES) ont considéré qu'elles revêtaient un caractère interprofessionnel, sollicitant un agrément à ce titre pour l'OPCA dont elles ont négocié l'accord constitutif.

Elles considèrent cette position d'autant plus justifiée que « la représentativité au niveau national interprofessionnel » reconnue au Medef à la CGPME et l'UPA ne saurait être, en l'absence de définition légale qu'une décision de type politique. De plus ces trois organisations représentent le secteur industriel et commercial ainsi que l'artisanat, leurs statuts ne les autorise pas à représenter ni les professions libérales, ni les structures juridiques à but non lucratif telles que les associations, les comités d'entreprise, les coopératives.... Ni d'ailleurs les exploitants agricoles.

La DGEFP a fait le choix de s'en tenir au fait que seules trois confédérations, le MEDEF, la CGPME et l'UPA sont reconnues officiellement comme interprofessionnelles. De ce fait, seuls l'AGEFOS-PME et OPCALIA pouvaient prétendre à un agrément interprofessionnel, l'UPA n'ayant pas négocié à son niveau la mise en place d'un OPCA artisanal après le choix de la CAPEB de rejoindre l'OPCA Construction.

Il était certes difficile de trancher un débat de représentativité patronale, qui dépasse largement le champ de la formation professionnelle, au détour d'une procédure d'agrément des OPCA. Mais à défaut de définition légale opposable à tous de la représentativité patronale au niveau national interprofessionnel, il eût été juridiquement fondé d'adopter la définition « relative » qui est celle exprimée par le ministère du travail dans sa circulaire précitée et d'admettre que les « interprofessions » que ni le Medef ni la CGPME ni l'UPA n'ont de capacité juridique à représenter, sont habilitées à collecter dans le « champ interprofessionnel » qui est le leur les contributions des entreprises qui sont dans ce champ, et qui ne sont pas soumises à un accord de branche. (Article L. 6332-1 dernier alinéa.)

Il sera toutefois difficile d'échapper à ce débat dans le cadre du chantier à venir de la représentativité des organisations patronales, qui ne pourra plus être éludé dès lors que celui de la représentativité syndicale a été conduit et produira ses effets à l'horizon 2013.

4. Les ressources conventionnelles

L'agrément des OPCA est un acte unilatéral de l'administration qui a pour effet de rendre possible la gestion par ces organismes de versements déductibles d'une obligation fiscale. C'est la nature fiscale de l'obligation de financement de la formation qui rend légitime et fonde juridiquement la décision d'agrément, il est donc logique que les effets de l'agrément soient circonscrits à la gestion de ces sommes.

Telle n'est pas la position de la DGEFP qui considère que toute somme gérée par l'OPCA, quelle que soit sa nature et même si elle n'est pas déductible fiscalement pour l'entreprise, doit être gérée à l'intérieur du cadre réglementaire applicable aux OPCA.

Les tribunaux n'ont pas la même analyse, notamment le Conseil d'Etat qui ne voit guère de difficulté à une gestion de contributions fiscales d'une part et de cotisations sociales de l'autre (CE, 30 décembre 2002, CNAMTS). Selon la juridiction administrative, quatre conditions doivent être réunies :

- La conclusion d'un accord collectif créant la contribution ;
- La gestion distincte de cette ressource qui ne doit pas être jointe aux cotisations légales ;

- L'imputation des frais de gestion des ressources conventionnelles sur ces mêmes ressources ;
- L'affectation exclusive aux usages définis par l'accord créant la ressource.

A ces quatre conditions générales, qui ne concernent pas spécifiquement la formation, il faut en ajouter une cinquième propre à la formation qui permet la distinction entre le fiscal et le conventionnel : la contribution doit expressément ne pas être imputable sur l'obligation de financement de la formation professionnelle mais se situer en dehors des règles d'imputabilité. A défaut, les sommes seront soumises à l'ensemble des règles fiscales applicables aux OPCA.

Ce raisonnement n'est guère entendu par l'administration. Il a beau fonctionner de fait dans plusieurs OPCA, avoir été validé juridiquement y compris par le Ministère du travail (nombre d'accords prévoyant des contributions conventionnelles spécifiques ont été étendus) et n'être que l'application du principe constitutionnel du droit à la négociation collective des salariés, rien n'y fait.

Sans doute faut-il y voir une certaine culture de l'action publique qui laisse aussi peu de place à la négociation et aux contre-pouvoirs en général qu'elle établit une hiérarchie absolue entre la démocratie politique et la démocratie sociale.

5. La pluriactivité de l'OPCA

Aucun texte n'interdit ou ne limite la possibilité pour un OPCA d'avoir d'autres activités. La notion d'OPCA est une notion fonctionnelle et non statutaire. L'association support de l'OPCA n'est limitée que par son objet social et le Fonds d'assurance formation a vocation à gérer des contributions qui ne sont pas limitées aux contributions fiscales. Jamais le législateur n'a posé, ni même envisagé de poser, un principe d'activité exclusive pour les OPCA, comme cela existe par exemple pour les groupements d'employeurs ou les sociétés de travail temporaire, se limitant à interdire l'exercice d'une activité de formation ou d'une activité de crédit.

La DGEFP a pourtant demandé à ce que les accords constitutifs des OPCA soient expurgés de toute mention confiant à l'OPCA d'autres missions que celles de gérer les fonds de la formation professionnelle.

Peut-être le problème est-il purement formel : il s'agissait pour l'administration de s'intéresser aux OPCA et rien d'autre. Si tel est le cas, aux partenaires sociaux de regrouper dans un accord distinct de celui créant l'OPCA les missions autres qui sont dévolues à la structure juridique agréé en tant qu'OPCA. Après tout, cette distinction est peut être plus saine. Mais encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'une interprétation que l'on ne qualifiera pas de stricte mais de restrictive si elle revenait à considérer que l'OPCA se doit d'avoir une activité exclusive.

Notons que la DGEFP elle-même reconnaît toutefois que rien ne s'oppose à ce qu'un OPCA soit également agréé comme OCTA. Il est vrai qu'il s'agit là aussi d'une activité placée sous le contrôle de l'administration.

CONCLUSION

Ce qui devait être l'achèvement d'un processus, n'est certainement qu'un début, la première étape d'une évolution des OPCA qui verront se reposer, en d'autres termes et contextes, les questions qui ont été évacuées des débats plutôt que traitées au fond. Les raisons se trouvent sans doute dans les imprécisions de la loi, mais également dans un conflit profond de logique entre des OPCA collecteurs et gestionnaires d'une contribution de nature fiscale et des OPCA outils au service d'une plus grande autonomie des partenaires sociaux. Dans ce conflit la doctrine de l'administration a été pour la première fois en 40 ans de droit de la formation, méthodiquement fiscaliste et restrictive.

La séquence qui vient de s'achever aura eu le mérite de rappeler à qui l'aurait un instant oublié, que dans une négociation le terrain du droit n'est qu'un paramètre parmi d'autres et que ce qui est déterminant au final, c'est le rapport de force que l'on a su créer et la manière dont on est capable de l'utiliser. A ce titre, s'il n'est pas exclu que quelques combats puisse se mener sur le terrain juridique jusque dans les prétoires, la création d'un rapport de force favorable aux OPCA dépend peut être encore davantage de leur capacité d'autonomie, d'innovation et d'efficacité dans leurs actions.

Jean-Marie LUTTRINGER – Jean-Pierre WILLEMS – Novembre 2011