

# La Fabrique des OPCA 12. Insécurité juridique : le contentieux, horizon de la réforme

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 30 juin 2011

« La réforme des OPCA qui vient de s'engager dans la dernière ligne droite, avant le dépôt des dossiers d'agrément le 1er septembre 2011, est placée sous le sceau de l'insécurité juridique », estiment Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems dans leur nouvelle chronique du cycle consacré à « la fabrique des OPCA » publiée sur le Club AEF. Selon les deux juristes, « les tensions entre les différents acteurs impliqués dans la construction et la gestion du dispositif pourraient déboucher sur cinq champs de contentieux : le non-respect de la procédure de consultation du CNFTLV (Conseil national de la formation tout au long de la vie), la clarification des champs d'intervention des actes constitutifs des futurs Opca, la gouvernance paritaire, la coexistence de ressources fiscales et de ressources conventionnelles obéissant au sein des FAF (Fonds d'assurance formation) et des OPCA à des règles de gestion différenciées, les limites de l'Opca prestataire de service. »

La réforme des OPCA qui vient de s'engager dans la dernière ligne droite avant le dépôt des dossiers d'agrément le 1er septembre 2011, est placée sous le sceau de l'insécurité juridique :

Le CNFTLV (Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie) en principe consulté pour avis sur tous les textes relatifs à la formation n'aura pratiquement aucune possibilité de se prononcer utilement sur les arrêtés d'agrément dont il n'aura connaissance que quelques semaines avant l'expiration des agréments en cours le 31 décembre 2011, pas plus d'ailleurs qu'il n'a pu se prononcer sur les dispositions réglementaires relatives aux OPCA. Certains de ses membres envisagent d'engager un recours en annulation des textes réglementaires soustraits à l'obligation de consultation (1) ;

Le CPNFP (Comité paritaire national pour la formation professionnelle), qui est l'organe politique de suivi de l'ANI sur la formation professionnelle, a également exprimé au nom de tous les partenaires sociaux sa préoccupation sur la situation d'insécurité juridique qui se développe à l'occasion du regroupement des OPCA (Organismes paritaires collecteurs agréés), les positions prises par la DGEFP (Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) dans son Questions/Réponses publié à la fin du mois de mai étant en contradiction sur plusieurs points avec l'ANI du 5 octobre 2009, dont l'extension n'est d'ailleurs toujours pas intervenue malgré la demande pressante des signataires ;

Le sentiment d'insécurité est renforcé par le calendrier de gestion de la réforme des OPCA. Alors que les négociations en vue des regroupements se sont engagées dès avant l'été 2010, l'administration aura attendu les dernières semaines de négociation pour publier sa position, les arrêtés relatifs aux frais de gestion et le dossier de demande d'agrément.

Ce tir groupé tardif, dont on ne préjugera pas s'il résulte de délais incompressibles, d'un calendrier interne encombré ou d'une volonté d'éviter tout dialogue, a en tous cas pour résultat de perturber l'équilibre de négociations parfois difficiles et d'un calendrier social qui s'inscrit nécessairement dans un temps long lorsqu'il est nécessaire de négocier entre fédérations professionnelles puis avec les organisations syndicales (ce qui est le cas pour la quasi-totalité des OPCA aujourd'hui multi-branches).

Il résulte de la conduite de la réforme, tant sur la forme que sur le fond, qu'elle n'aura pas été l'occasion de mieux définir les modalités de gouvernance du système de formation professionnelle. Au contraire, les tensions entre les différents acteurs impliqués dans la construction et la gestion du dispositif pourraient déboucher sur cinq champs de contentieux : le non-respect de la procédure de consultation du CNFTLV, la clarification des champs d'intervention des actes constitutifs des futurs OPCA, la gouvernance paritaire, la coexistence de ressources fiscales et de ressources conventionnelles obéissant au sein des FAF et des OPCA à des règles de gestion différenciées, les limites de l'OPCA prestataire de service.

## **1. Le recours en annulation de textes réglementaires pour non-respect de la procédure de consultation du CNFTLV**

Le CNFTLV, instance qui réunit l'ensemble des acteurs chargés de la gouvernance du système de formation professionnelle continue, a exprimé trois motifs d'insatisfaction :

Le premier tient à l'absence de publication du décret précisant ses nouvelles missions en application de la loi du 24 novembre 2009 ;

Le second tient au fait que la loi l'investit d'un pouvoir consultatif sur les projets de loi, d'ordonnance et de dispositions réglementaires en matière de formation professionnelle continue et initiale (C. Trav., art. L. 6123-1). Or, la DGEFP considère que les projets d'arrêté n'ont pas à être soumis au CNFTLV, qui n'a donc été saisi ni de l'arrêté sur les frais de gestion et de mission, ni sur l'arrêté fixant le contenu du dossier de demande d'agrément des OPCA. D'un strict point de vue juridique, les arrêtés relèvent bien du pouvoir réglementaire et constituent des décisions de mise en œuvre de la loi ;

Le troisième tient à l'absence de prise en compte des avis du CNFTLV. Récemment, le CNFTLV avait inscrit à son ordre du jour l'adoption d'une méthodologie pour donner un avis sur l'agrément des OPCA. La DGEFP s'est opposée à la tenue de cette discussion qui ne pourra donc avoir lieu qu'en octobre ce qui conduira à donner un avis en décembre alors que les agréments seront délivrés quasi concomitamment, privant d'effet l'avis du CNFTLV.

Cette mise à l'écart du CNFTLV est symptomatique d'un problème de gouvernance, non résolu près de deux ans après l'adoption de la loi du 24 novembre 2009 et qui a déjà été pointé par le rapport parlementaire réalisé par les députés Gérard Cherpion (UMP) et Jean-Patrick Gille (PS).

## **2. Les contentieux liés à la détermination du champ d'intervention des OPCA**

Les règles applicables en la matière se réfèrent au droit de la négociation collective et connaissent des particularités spécifiques au droit de la formation. Elles ont été modifiées par la loi du 24 décembre 2009. Leur nouveauté et leur relative complexité auraient justifié que le Questions-Réponses de la DGEFP traite de ces questions avec la DGT (Direction générale du travail). Il n'en a rien été. À défaut d'avoir rempli sa mission traditionnelle de conseil et d'appui au dialogue social sur un sujet complexe, l'administration entretient l'insécurité juridique propice au contentieux. Voici à titre d'illustration, et sans prétendre à l'exhaustivité, quelques situations qui auraient mérité clarification.

### **2. 1. L'agrément interprofessionnel à défaut d'accord de branche**

Certaines entreprises ne sont pas soumises à une convention collective ou un accord de branche relatif à la formation. Dans ce cas, elles doivent verser « par défaut » leur contribution à un OPCA interprofessionnel. Par ailleurs, les OPCA interprofessionnels peuvent recevoir des versements au titre du plan de formation en vertu des dispositions de l'article R. 6332-47 du Code du travail qui interdit les collectes captives de branche et prévoit la possibilité de cotiser auprès d'un OPCA interprofessionnel.

Jusqu'à présent, seules trois organisations patronales sont reconnues comme représentatives au niveau interprofessionnel : le MEDEF, la CGPME et l'UPA. Toutefois, l'accord constitutif d'un OPCA n'est pas un accord collectif de travail, mais un accord pris suivant les mêmes formes. Et dont l'article L. 6332-1 du Code du travail précise qu'il peut être signé par une seule organisation patronale sans spécifier son niveau de représentativité. A défaut de définition légale des organisations d'employeurs au niveau national interprofessionnel, on peut s'appuyer sur la définition relative donnée par l'administration dans une circulaire du 22 septembre 2004 : « un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels sans lien direct entre eux. Le champ de ce type d'accord ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. » (2) La distinction entre la représentativité interprofessionnelle et l'agrément interprofessionnel induit la possibilité de demandes d'organisations qui, se basant sur l'absence de définition précise de l'interprofessionnel, peuvent demander un agrément à ce titre pour couvrir les secteurs proches des fédérations qu'ils regroupent mais qui n'auront pas conclu d'accord de branche. Tel peut être le cas, par exemple, pour le secteur associatif (UNIFORMATION) ou pour celui des professions libérales (OPCA PL). Ces demandes peuvent également s'appuyer sur le principe de libre choix par l'entreprise de son OPCA à défaut d'obligation d'adhésion définie par un accord de branche. Se trouve donc nécessairement posée à l'occasion de ce mouvement de négociation de grande ampleur, la question de la délimitation des champs d'intervention des OPCA et, par ricochet, celui de la représentativité des organisations patronales. Même si le chantier sur ce point doit être ouvert ultérieurement, il aurait été de bonne politique que la DGT, qui possède une expertise en ce domaine, soit associée au pilotage de la réforme. Association d'autant plus justifiée que les OPCA sont, faut-il le rappeler, des organismes créés par la voie de la négociation collective.

## 2. 2. L'agrément multi-branches

L'agrément interprofessionnel est-il accordé exclusivement pour autoriser la collecte des contributions des entreprises « à défaut d'accord de branche », où emporte-t-il l'agrément pour toutes les branches ? Alors que, par construction, le champ d'intervention d'un OPCA interprofessionnel « à défaut d'accord de branche » ne peut être défini sauf par le concept de « voiture balai », le champ d'intervention d'un OPCA multi-branches résulte obligatoirement de la représentativité des organisations d'employeurs dans le champ d'application de l'accord (Article L 6332-1 du Code du travail). Toutes ces organisations patronales doivent par conséquent être parties prenantes à la négociation et la signature de l'accord constitutif de l'OPCA multi-branches selon des modalités qu'il leur appartient de définir (par exemple dans le cadre d'un protocole d'accord conclu entre organisations d'employeurs avant l'ouverture des négociations). Le choix leur est également laissé de participer ou non à la gouvernance paritaire de cet OPCA puisque si les organisations signataires peuvent participer au Conseil d'administration, rien n'oblige à ce que toutes les organisations représentatives siègent au Conseil d'un OPCA (elles peuvent être associées au niveau des sections professionnelles).

Reste alors à clarifier la question juridique qui résulte des pratiques actuellement en vigueur selon lesquelles un accord de branche relatif à la formation (différent de l'accord constitutif de l'OPCA ayant pour objet de définir son champ) pourrait suffire à « désigner un OPCA comme collecteur de la branche et gestionnaire de sa politique de formation au sein d'une SPP (section paritaire professionnelle), sans pour autant être partie prenante à l'accord constitutif ni directement ni par voie d'adhésion à cet accord ? Rappelons que le droit de la négociation collective prévoit la possibilité d'adhérer à l'accord constitutif d'un OPCA, ce qui a pour effet d'en étendre le champ d'intervention mais qu'il ne connaît pas l'adhésion à un OPCA. La désignation sans adhésion ne pourrait ainsi concerner que les OPCA agréés en tant qu'OPCA interprofessionnels, d'où les enjeux liés à la première question.

Ces deux questions, qui n'épuisent pas le sujet de l'articulation entre le droit de la négociation collective et le droit de la formation, sont largement suffisantes pour justifier l'intérêt que tous les acteurs de la négociation collective et de la gestion paritaire du système de formation auraient pu trouver dans un « Questions-Réponses » élaboré conjointement par la DGEFP et la DGT sur ces questions nouvelles et complexes du droit de la négociation collective applicable, d'une part à l'acte constitutif des OPCA, mais aussi aux accords collectifs classiques traitant de la formation. Ce document aurait utilement mieux précisé ce qui relève de la procédure d'agrément et ce qui relève de celle de l'extension. Il aurait également pu indiquer si la procédure d'élargissement, et à quelles conditions, pouvait tenir lieu d'alternative à l'absence d'agrément interprofessionnel pour « associer » à un OPCA des secteurs proches en termes d'activités ou de métiers mais dépourvus de capacités de négociation.

Sur tous ces sujets, il appartiendra au juge, dans l'hypothèse probable de contentieux liés à la délimitation des champs de collecte des OPCA, d'éclairer après coup les négociateurs alors qu'il aurait été nécessaire que l'administration et les partenaires sociaux adoptent en amont un processus de clarification des règles applicables.

### **3. Le contentieux lié à la gouvernance paritaire des FAF et des OPCA**

L'ANI et la loi affirment le paritarisme comme un principe consubstantiel de l'organisation des fonds d'assurance formation depuis leur origine en 1971 et des OPCA depuis la loi quinquennale de 1994. Pour permettre aux ASFO de se transformer en OPCA tout en conservant une mise en œuvre non paritaire, un décret du 28 octobre 1994 a autorisé à titre dérogatoire les OPCA à confier à des personnes morales issues d'une organisation patronale signataire de l'accord créant le FAF ou l'OPCA des missions d'exécution des décisions de gestion du conseil d'administration. La DGEFP dans son « Questions-Réponses » confond le principe et l'exception en érigeant l'exception en règle selon laquelle il serait interdit à un FAF ou un OPCA de confier dans le cadre d'une convention de délégation de pareilles missions à des structures paritaires.

Cette position est contraire à toute l'histoire du droit de la formation, aux règles résultant de plus de 40 années de vie paritaire de certains fonds d'assurance formation, et d'ailleurs aux intentions aussi bien des négociateurs de l'ANI du 5 octobre 2009 que du législateur. Elle a non seulement fait l'objet de contestations (les organisations patronales et syndicales du BTP ont envoyé une lettre de protestation unanime au Ministre du Travail), mais elle a également démontré que la vision exclusivement fiscale portée par la DGEFP et basée sur une interprétation contestable de textes mal maîtrisés, fragilisait de fait l'ensemble du Questions/Réponses, ce qui ajoute aux incertitudes et perturbe d'autant la mise en œuvre de la réforme.

De nombreux accords passeront outre la position de la DGEFP et conserveront, pour la majorité, ou mettront en place, pour quelques autres, des délégations paritaires régionales, dotées de Conseils d'administration paritaires et d'une personnalité morale propre. Il appartiendra au juge, si toutefois l'administration persistait dans sa position, de dire le droit.

On perçoit mal, par ailleurs, quelle motivation pousse la DGEFP à soutenir une interprétation manifestement erronée et qui conduit à affaiblir le paritarisme. L'alternative en la matière se situe entre l'affaiblissement de la compétence collective de l'administration sur ce sujet et la volonté politique de réduire la place du paritarisme dans la formation professionnelle. C'est cette dernière que les partenaires sociaux ont contesté.

### **4. Le contentieux lié à la coexistence possible de ressources de nature fiscale et de nature conventionnelle au sein des FAF et des OPCA**

Cette question est de même nature que celle qui vient d'être exposée sur la gouvernance paritaire. Il s'agit manifestement d'une interprétation erronée du droit faite par la DGEFP (3). Au plan juridique, en effet, aucune disposition législative et réglementaire n'interdit à un FAF ou à un OPCA de collecter et de gérer des ressources autres que fiscales, en l'occurrence des cotisations conventionnelles versées par l'entreprise en application d'un accord collectif de travail, et destinées à financer la formation professionnelle et plus largement le développement des compétences et de l'emploi.

La Constitution garantit le droit à la négociation collective et le Code du travail place la formation parmi les garanties sociales objets de négociation. Ces dispositions ont donné lieu à de multiples accords dans ce domaine qui ont toujours été étendus, et malgré tout cela, la DGEFP dénie toute possibilité de négociation au-delà de la fiscalité de la formation. En réalité, il appartient aux partenaires sociaux de décider s'ils négocient des contributions conventionnelles incluses dans le champ fiscal ou y étant assimilées, ou bien s'ils décident de créer des contributions purement conventionnelles, faisant l'objet d'une gestion distincte et d'une affectation définie par l'accord qui les instaurent.

Ici encore, le point de vue de la DGT, qui a déjà étendu des accords de branche prévoyant le financement de dispositifs emploi/formation non rattachés au financement fiscal de la formation aurait été le bienvenu. Il est évident que si la DGEFP refusait l'agrément d'un OPCA au motif qu'il gère des ressources multiples, elle prendrait à la fois le risque d'être contredite par la DGT qui aura bien du mal à trouver une base juridique pour refuser l'extension de tels accords et par les tribunaux administratifs qui devraient alors être saisis en recours pour excès de pouvoir devant le refus d'agrément.

## **5. Les incertitudes relatives au rôle de prestataire de services des OPCA**

Lorsque le projet de décret relatif aux frais de fonctionnement des OPCA a été soumis au Conseil d'Etat, il a imposé une distinction entre les frais de gestion (fonctionnement de l'OPCA) et les frais de mission (services en nature rendus aux entreprises). La loi et le décret du 22 septembre 2010 plafonnent les premiers, pas les seconds. En présentant un système global de plafonnement des frais de gestion, conformément à la loi, mais également des frais de mission, en contradiction avec les dispositions légales et réglementaires et la position du Conseil d'Etat, la DGEFP impose après coup sa vision des OPCA, des organismes parapublics en charge de la gestion de fonds publics par délégation de l'Etat qui doit contrôler non seulement leurs résultats mais leur organisation et leur fonctionnement, sans tenir aucun compte des logiques propres au droit de la formation, de la gestion paritaire et de la nature même des OPCA, telle que définie et renforcée par la loi du 24 novembre 2009 dont le Conseil d'Etat avait veillé à garantir le texte et l'esprit.

Les frais de mission, en tant que services rendus aux entreprises, ne relèvent pas d'un arbitrage administratif sur le coût de fonctionnement des OPCA, car il ne s'agit pas de coûts de fonctionnement, mais d'un arbitrage politique entre les prestations en nature et les prestations en espèces qui pourront être mises à disposition des entreprises, et notamment des TPE et PME, conformément aux objectifs de la réforme. Sur ce point, une branche professionnelle doit être libre de considérer qu'il vaut mieux qu'elle dispose de conseillers pour accompagner l'entreprise dans le développement de sa maturité en matière d'emploi, de compétences et de formation, plutôt que d'utiliser ses moyens pour attribuer 500 euros de financement à chacune des entreprises qui dépose une demande financière. Cette question relève de politiques de branches basées sur des diagnostics produits par les CPNE (Commission paritaire nationale de l'emploi) sur la base des travaux des Observatoires de l'emploi des qualifications et non d'un plafonnement administratif qui continuerait à assimiler coûts de mission et frais de gestion.

La mauvaise appréhension de ces questions ne permet d'ailleurs pas de conduire une véritable réflexion sur le grand chantier de demain pour les OPCA : la ventilation de leurs activités entre celles qui relèvent d'une activité d'intérêt général et celles qui relèvent d'une activité de marché. Dans ce domaine, où interviennent le droit de la concurrence et le droit fiscal dont on connaît le pragmatisme, ce n'est pas la nature des prestations qui est déterminante, comme l'avance le « Questions/Réponses », mais les conditions de délivrance de ces prestations. Ce qui suppose, là encore, un travail méticuleux et approfondi en coordination avec l'administration du travail mais également l'administration fiscale et les opérateurs du marché. Ce travail d'analyse et de concertation reste à mener, il n'aura pas même été ébauché au cours du processus de réforme alors que ses résultats sont déterminants tant pour la fiscalité des OPCA (l'administration fiscale et la DGEFP ayant exprimé à l'occasion de la réforme de la TVA des visions différentes de l'activité des OPCA), que pour la négociation des conventions d'objectifs et de moyens. Une réflexion un peu élargie sur ce champ aurait pu permettre d'identifier dans le mode de fonctionnement de l'ANACT (Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail) une voie de réflexion pertinente pour l'activité des OPCA (l'ANACT est une agence publique, dotée d'antennes privées qui conduit à la fois des activités d'intérêt général et des prestations sur les marchés qu'elle contribue à créer. Son action, loin de fausser la concurrence, permet au contraire aux acteurs du conseil de bénéficier de nouveaux marchés et aux entreprises d'avoir accès à des services dont elles ne bénéficieraient pas sans une action initiale non commerciale).

## Conclusion

Rarement réforme aura donné lieu à autant de travaux préparatoires (rapport parlementaire, rapport IGAS, rapport de la Cour des comptes, groupe quadripartite...). Jamais le calendrier de mise en œuvre n'aura été aussi long (de la lettre de Christine Lagarde en juillet 2008 à l'échéance de la fin de l'année 2011 en passant par l'ANI de janvier 2009 et la loi du 24 novembre 2009) et pourtant force est de constater que l'essentiel des questions n'ont pas été traitées et que le processus de concertation du départ se résout en une position unilatérale qui vient s'exprimer à rebours de bien des propositions. Cette gestion de la dernière phase de la réforme par l'administration crée plus d'insécurité et crispations qu'elle n'apporte de solution.

Il est trop tard pour dissiper l'insécurité juridique résultant de la gestion du calendrier de la réforme des OPCA par la DGEFP. Il n'est presque plus temps de revenir sur quelques interprétations erronées, et de donner la parole à la DGT, afin qu'elle complète le « Questions-Réponses » par des conseils méthodologiques sur le formalisme des accords constitutifs des nouveaux OPCA, « négociés à des fins d'agrément », afin d'éviter d'éventuels contentieux relatifs à leurs champs d'intervention, ainsi que des confusions entre ce qui relève de la procédure d'agrément d'un accord constitutif d'un OPCA afin de l'autoriser à collecter des ressources de nature fiscale, et ce qui relève de la procédure d'extension d'accords collectifs de travail traitant des orientations, des priorités, des dispositifs et du financement de la formation.

Reste à ouvrir des espaces de dialogue et de négociation dans le cadre du processus d'agrément, de l'extension des accords et de la négociation des COM (contrats d'objectifs et de moyens) que concluront les organismes de collecte et l'Etat, et à prendre en compte les importants chantiers à venir (représentativité patronale, inscription ou non des OPCA dans le champ du droit de la concurrence compte tenu de l'élargissement de leurs missions, évaluation de l'action des OPCA et non de leur mode d'organisation qui relève de la négociation, etc.). A défaut, les juges auront leur mot à dire dans un domaine qui, jusque-là, avait su éviter les contentieux. Il est regrettable que l'esprit de la loi « Larcher » qui donne une place déterminante aux partenaires sociaux dans l'élaboration du droit du travail et de la formation ait été perdu de vue dans la phase de mise en œuvre de la réforme par l'administration.

*Jean-Marie Luttringer (JML Conseil, expert auprès de Sémaphores – Groupe Alpha), Jean-Pierre Willems (Willems Consultants)*