

Quelques observations et réflexions juridiques à propos du rapport « Bagorski/Marx »

Introduction

1. Le rapport « Bagorski/Marx » répond à une commande de la ministre du travail, visant à réduire de moitié le nombre des OPCA au nom d'une cohérence économique et de gestion. Cette commande traduit un choix politique plus radical du président de la république qui était de mettre fin à toute forme d'intermédiation par le paritarisme de gestion dans le domaine de la formation professionnelle¹. Le rapport répond à la commande du gouvernement, en fondant les propositions de restructuration sur une cohérence économique autour de logique sectorielle et de filières, sans trop se préoccuper d'explicitier la cohérence juridique sur laquelle elle est fondée. Pourtant celle-ci s'impose en raison de la référence au droit de la négociation collective, au droit public, notamment fiscal et au droit de la concurrence. Ces univers juridiques sont fondés sur des principes ainsi que des logiques qui leur sont propres, et qui ne sont pas nécessairement en cohérence avec les intentions politiques exprimées par une loi. La loi, en effet, ne constitue pas tout le droit.

¹ La présente chronique constitue un approfondissement de la chronique 138 intitulés « la loi avenir professionnel organise le déclin du paritarisme de gestion dans le domaine de la formation professionnelle ».

2. Une analyse sémantique sommaire du rapport apporte un premier éclairage sur le système de valeurs dans lequel s'inscrivent les OPCO (I). La proximité de l'accord fondateur des OPCO avec le droit de la négociation collective, en raison notamment de la qualité juridique des signataires, permettra d'affiner cette analyse (II) ainsi que l'influence grandissante de la négociation collective de branche sur l'activité des OPCO (III). L'analyse de « l'identité » des OPCO sera complétée par le projet « de gouvernance » préconisé par le rapport. (IV).

I. Le sens des mots

3. L'acronyme « OPCO » exprime sans ambiguïté la nouvelle identité des OPCA. En effet le terme opérateur « *désigne quiconque intervient sur un marché pour acheter ou vendre, un opérateur de bourse par exemple* » (Gérard Cornu vocabulaire juridique. PUF). L'organisme collecteur paritaire agréé OCPA, (devenu pour des raisons phonétiques OPCA), perd le « p » de paritaire à l'occasion de sa transmutation en « OPCO » (article 19 de la loi avenir professionnelle). La gestion paritaire reste cependant un critère d'agrément de ces « opérateurs » quand bien même sa principale raison d'être originelle, à savoir la délégation de collecter une contribution de nature fiscale due par les entreprises au bénéfice de leurs salariés, a disparu. Celle-ci est en effet désormais assurée par l'URSSAF. Certes les prestations de services délivrés par cet opérateur concernent les employeurs et les salariés ainsi que les organisations syndicales de salariés et employeurs représentatives au niveau des branches professionnelles, ce qui peut justifier la gouvernance paritaire. Cependant il faut souligner qu'il s'agit de prestations de nature technique qui pourraient toutes être réalisées par « des opérateurs » non paritaires, dans le respect des principes du droit de la concurrence. Ce qui sera d'ailleurs le cas, selon la loi, pour les opérateurs en charge de la mise en œuvre du

conseil en évolution professionnelle (CEP) qui seront sélectionnés sur la base de cahier des charges définies par France compétences.

4. Quant au terme de compétences, seconde composante de cet acronyme, il est aussi générique que celui d'opérateur et n'a pas davantage de valeur juridique précise. Il désigne « la faculté à réussir dans un domaine en raison de ses connaissances de son expérience ». La notion renvoie à la capacité d'agir dans une situation professionnelle donnée. Cette notion n'a pas de portée juridique particulière, à la différence de celle « de qualification » à laquelle elle s'est progressivement substituée dans le discours politique dominant et dans les pratiques de gestion des entreprises. Au plan juridique la référence est celle de la qualification contractuelle. Celle-ci, définie dans son contrat individuel conclu entre l'employeur et le salarié détermine la place de ce dernier dans la hiérarchie des emplois, son niveau de rémunération, ses perspectives d'évolution professionnelle concrétisée par le passage d'un niveau de qualification à un niveau supérieur par référence à la grille de classification de la convention collective. Dans cette architecture juridique la formation professionnelle a notamment pour fonction de permettre aux salariés de progresser dans la hiérarchie des qualifications entraînant la progression salariale. Plusieurs dispositions du code du travail, non abrogées par la loi « avenir professionnel » établissent un lien entre le droit à la qualification et le droit à la formation².

L'usage de la notion de « compétences » s'affranchit de cette construction juridique par le renvoi à l'univers de la gestion.

² Le code du travail affirme notamment le droit à un premier niveau de qualification pour les personnes sorties du système éducatif sans qualification reconnue ainsi que le droit à progresser au moins d'un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle

5. L'acronyme opérateur de compétences « OPCO », renvoie à des catégories économiques et gestionnaires qui traduisent une volonté politique de prise de distance avec les valeurs portées par le droit du travail individuel et collectif constitutifs du terreau dans lequel s'est développé jusqu'ici le droit de la formation professionnelle

6. La référence à la notion de « branche professionnelle » renforce encore cette conclusion. Cette notion renvoie en effet à deux acceptations différentes : « la branche d'activité » au sens d'un secteur économique constitué d'entreprises qui se regroupent au sein de syndicats patronaux (ou d'associations patronales), ayant pour objet social de réguler la concurrence entre elles, de défendre leurs intérêts auprès des pouvoirs publics (lobbying) et de leur apporter des services utiles à leur fonctionnement, (dont des prestations de formation professionnelle et d'apprentissage.) Ainsi, l'organisation patronale des fabricants de bretelles défend les intérêts économiques de ses adhérents, de même que la branche des fabricants de ceintures, en application du principe de la liberté d'entreprendre ainsi que de la liberté d'association. Les entreprises de ces deux secteurs d'activité sont libres de se regrouper et de s'organiser comme elles l'entendent. Rien, ni personne ne peut les obliger à se regrouper, ni d'ailleurs le leur interdire, pour défendre leurs intérêts.

7. À cette définition « patronale » de la branche professionnelle, correspond une définition de la branche structurée autour d'une convention collective, dont la fonction économique est de réguler la concurrence sur le marché du travail et d'apporter aux salariés des garanties de salaire, d'emploi, de conditions de travail ainsi que diverses « garanties sociales » attachées au contrat de travail. (Assurance-chômage, prévoyance individuelle et collective, retraite complémentaire...) Ces deux acceptations de la notion de branche ne se recouvrent pas nécessairement.

Toutes les branches d'activité ne sont pas structurées autour d'un champ conventionnel qui leur soit spécifique.

Le centre de gravité du rapport penche, sans surprise, en cohérence avec la commande politique adressée aux rapporteurs, que traduit l'acronyme, « OPCO » vers l'acceptation patronale de la branche.

8. Au-delà des enseignements apportés par cette première lecture sémantique, une lecture plus approfondie du rapport fait apparaître que les principes d'autonomie et de liberté contractuelle, qui sont au fondement du droit de la négociation collective, sont singulièrement malmenés par la loi et le rapport, s'agissant de la définition du champ d'intervention d'un OPCO.

II. L'accord fondateur d'un OPCO et La liberté contractuelle

9. L'accord constitutif d'un OPCO n'est pas un accord collectif de travail, au sens strict. En effet il ne crée pas d'obligations à la charge de l'employeur ni de droits au bénéfice de salariés. Il a pour objet de créer une personne morale, en l'occurrence une association, en charge de la gestion de droits et d'obligations instituées par ailleurs : par la loi et par des conventions ou accords collectifs de travail au niveau des branches professionnelles.

10. Cependant, bien qu'il ne s'agisse pas d'un accord collectif de travail, cet accord se réfère au droit de la négociation collective, du fait que seules peuvent le négocier et le conclure les organisations syndicales d'employeurs et de salariées

représentatives au niveau national et interprofessionnel³ et au niveau des branches professionnelles.

Par ailleurs, cet accord se rattache aux principes généraux du droit des contrats dont l'un des critères essentiels est celui de la liberté contractuelle.

Or le projet « OPCO » tel qu'il résulte de la loi et de la déclinaison qui en est faite par le rapport Bagorski/Marx est à 1000 lieues de la liberté contractuelle. Le champ d'application de l'accord fondateur, c'est-à-dire le champ d'intervention de l'OPCO, est de fait imposé au nom d'un critère de cohérence économique, par les pouvoirs publics, aux organisations parties prenantes à l'accord. En cas d'échec de la négociation l'État désignera aux entreprises concernées l'OPCO dont elles relèvent.

11. Cette subordination de l'autonomie contractuelle à la puissance publique est une conséquence somme toute logique de la qualification et du régime juridique des ressources allouées par la loi au OPCO. Ces ressources ne sont pas des cotisations librement décidées par les partenaires sociaux mais « des contributions fiscales de toute nature » rendues obligatoire par la loi qui en définit également l'affectation. Il en résulte que les OPCO, comme d'ailleurs les OPCA, sont des délégataires d'une mission de service public. Ils sont à ce titre placés sous la tutelle des pouvoirs publics qui en assurent le contrôle et peuvent sanctionner les dérives.

³ la règle selon laquelle l'accord fondateur d'un OPCO peut être conclu par une seule organisation d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, qui a permis la création d'un OPCA par le MEDEF et d'un autre parent la CGPME, n'a pas été abrogée par la loi « avenir professionnel ».

12. Au-delà de la liberté de définir un champ d'intervention le principe de liberté contractuelle est également mis à mal par la proposition des rapporteurs de faire cohabiter des secteurs économiques dont les uns relèvent de l'économie marchande et les autres de l'économie sociale, et qui reposent sur des systèmes de valeurs profondément différents. Le fait que les métiers exercés puissent être similaires est un argument discutable pour écarter le principe de liberté, fondée sur des valeurs. Cette même remarque vaut pour la proposition faite par le rapport de regrouper au sein du même OPCO des salariés titulaires d'un contrat de travail et des fonctionnaires du secteur hospitalier public.

Si l'autonomie contractuelle, s'agissant de la définition du champ d'intervention d'un OPCO est placée sous la tutelle des pouvoirs publics, au point de la vider de sa substance, il n'en va pas de même de l'autonomie contractuelle qui préside la négociation d'accords de branche relatifs à la formation professionnelle et à l'apprentissage. Celle-ci est réelle, et l'OPCO est un prestataire au service de son développement.

III. Les liens entre les branches professionnelles et les OPCO.

13. Les branches professionnelles, c'est-à-dire celles qui sont organisées sur le fondement d'une convention collective, expression « du droit des salariés à la négociation collective » sont les seules à disposer avec l'État, et en dehors de la négociation d'entreprise, d'un pouvoir normatif dans le domaine particulier de la formation professionnelle et de l'apprentissage. L'OPCO a pour mission de mettre en œuvre les normes édictées par les branches en complément de celle édictées par l'État.

14. Le pouvoir normatif des branches a été réaffirmé à l'occasion des récentes réformes de la formation professionnelle dont la loi « avenir professionnel » : la certification, la définition du coût des contrats d'apprentissage, la possibilité de mettre à la charge des entreprises des obligations supplémentaires de financement par l'instauration d'une contribution conventionnelle et/ou d'abondements au titre du CPF.

Liberté contractuelle oblige, rien ne dit que les branches décideront de s'emparer de ces thèmes comme le souhaite le législateur. Elles peuvent fort bien décider de négocier à minima en renvoyant l'essentiel des questions à résoudre à la loi et aux décrets ou à la négociation d'entreprise comme d'ailleurs la réforme du code du travail les incite à le faire.

15. La construction de relations entre la branche et son prestataire de services « OPCO » soulève des questions de nature juridique, dont la plupart sont connues,

qui méritent cependant d'être rappelées dans le nouveau contexte issu de la réforme, notamment en raison de l'accroissement des enjeux qui y sont liés.

Il en va ainsi des effets du processus concomitant de restructuration des branches et de celui des OPCO, de l'exercice du pouvoir normatif des branches à travers les CPNE, de la qualification et du régime juridique des contributions conventionnelles, ainsi que des abondements au CPF institués par les branches.

16. L'impact de la restructuration des branches sur la restructuration des OPCA renvoie la question de la synchronisation des deux processus de réforme. Le premier processus, qui est loin d'aboutir, a pour objectif de réduire drastiquement le nombre de branches professionnelles au sens des branches structurées autour d'une convention collective. L'objectif est de passer de 600 champs conventionnels à 200 voire moins. Or la négociation de l'accord fondateur d'un OPCO, ainsi que la désignation d'un OPCO par une branche relèvent de la compétence des organisations syndicales d'employeurs et de salariées représentatives au niveau de la branche. Oui mais de quelle branche s'agit-il : les 600 ou les 200 espérées ? À vrai dire l'autonomie contractuelle qui caractérise la négociation collective ne fait pas bon ménage avec les injonctions de l'État visant à regrouper 600 ? 200 ? branches professionnelles au sein de 10 OPCO !

17. • Les obligations complémentaires de financement mises à la charge des entreprises par les branches. : Contribution conventionnelles et abondement au CPF

La réforme de 2014, en réduisant à 1 % de la masse salariale, (0,55 % pour les entreprises de moins de 50 salariés), l'obligation fiscale à la charge des entreprises a encouragé une pratique déjà ancienne dans certains secteurs, notamment celui de l'économie sociale, de la collecte et la gestion par les OPCA de contributions conventionnelles instituées par voie d'accord de branche, et de versements

volontaires décidés par les entreprises. Selon les dernières informations disponibles cette possibilité a généré de l'ordre de 500 millions d'euros de contribution complémentaire et de 1,5 milliards de versements volontaires. Par ailleurs, la loi autorise les branches professionnelles à mettre à la charge des entreprises des abondements au titre du CPF. Cette option, ouverte depuis 2014, n'a pas connu d'engouement de la part des branches. Ces diverses modalités de financement sont reconduites par la loi « avenir professionnel »

Le choix des branches en faveur d'une contribution conventionnelle ou d'un abondement au titre du CPF est susceptible d'avoir des conséquences sur le modèle économique des OPCO. En effet, les abondements au titre du CPF leurs échappent. Ils sont gérés par la caisse des dépôts et consignations au bénéfice des titulaires du CPF. Si, comme les pouvoirs publics le souhaitent ce dernier dispositif s'impose, il pourrait fort bien se substituer aux versements conventionnels et réduire d'autant les ressources des OPCO.

.18. Par ailleurs, les contributions conventionnelles ainsi que les versements volontaires obéissent à une qualification et un régime juridique différents de la contribution de nature fiscale sur laquelle les pouvoirs publics laissent planer l'ambiguïté ⁴ . Un scénario d'accroissement significatif des ressources conventionnelles pourrait, du moins en théorie, déboucher soit sur la création de fonds paritaire autonomes, non soumis à la tutelle des pouvoirs publics, ou alors, plus vraisemblablement sur l'aménagement d'espaces de liberté de gestion au sein des OPCO, au bénéfice de la branche professionnelle, dans des sections dédiées.

19. La question de l'autonomie de gestion de contributions versées par les travailleurs non-salariés⁵, rendue possible par la loi, se pose dans les mêmes

⁴ Chronique 86. « Qualification et régime juridique des contributions fiscales et des contributions conventionnelles »

⁵ Chronique 137. « Quel CPF pour les travailleurs non-salariés ? »

termes. En effet, une partie de ces contributions collectées par l'URSSAF sera affecté au CPF des travailleurs non-salariés, au nom du principe d'universalité, et l'autre partie, gérée jusqu'à présent par des fonds d'assurance formation de travailleurs non-salariés le sera au sein des OPCO. Les règles de la gestion paritaire n'ayant pas vocation à s'appliquer aux travailleurs non-salariés., Les OPCO devront mettre en place une gouvernance et une comptabilité distinctes. Au plan « de la cohérence économique se rapprochement a du sens car les besoins en compétences des travailleurs non-salariés et les travailleurs salariés sont souvent très proches, voire les mêmes.

20. Le rôle des CPNE dans le pilotage des politiques de formation des branches en interface avec les OPCO soulève une autre question juridique mal maîtrisée jusqu'à présent. Les commissions paritaires nationales de l'emploi (CPNE) ou CPN EF) sont comme leur nom l'indique de simples « commissions » mises en place par les conventions collectives ou les accords de branche. Elles n'ont de compétences que dans la mesure où ces accords leur en confèrent expressément. Il ne s'agit par conséquent pas d'institutions autonomes. Elles ne disposent d'ailleurs pas de la personnalité juridique. Les travaux conduits par ces commissions sont destinés à éclairer les négociateurs de branche. Dès lors que leurs travaux débouchent sur une décision normative créatrice d'obligations pour l'entreprise ou de droits pour les salariés, celles-ci ne sauraient être prises que dans le respect du formalisme de la négociation de l'accord qui les a mandatées. Ces décisions prendront par conséquent la forme d'un avenant à l'accord, les procédures d'ouverture de la négociation, de droits d'opposition, de dépôt aux prud'hommes et au ministère du travail, devront être respectées pour donner force exécutoire à cette décision. Ainsi les attributions conférées par la loi aux branches professionnelles en matière de certification professionnelle, détermination du coût des contrats d'apprentissage, des conditions d'éligibilité d'abondement au titre du CPF, ou encore au titre des contributions conventionnelles, devront faire l'objet de processus de décision

respectant le formalisme de la négociation collective qui n'est pas celui de la gestion paritaire.

L'exercice du pouvoir normatif de la branche ne peut en effet être subdélégué par la CPNE à une instance paritaire interne à l'OPCO, en raison du fait que ce dernier est un simple opérateur technique dépourvu de pouvoir normatif.

21. Le formalisme de la prise de décision auxquelles obéit nécessairement la négociation de branche est de nature différente de formalisme de la prise de décision qui caractérise le paritarisme de gestion.

III. Sens et portée de la gouvernance paritaire des OPCO

22. Rappelons que dans l'univers du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, la notion de paritarisme⁶ désigne un mode de gestion fondé sur le principe d'égalité entre les gestionnaires que sont les organisations syndicales représentatives d'employeurs et de salariés. Ces organisations, qui défendent des intérêts divergents, les unes ceux du capital, les autres ceux du travail, conviennent de gérer en commun, selon le principe de parité, c'est-à-dire de stricte égalité arithmétique dans les processus de décision, des droits sociaux des salariés, qualifiés par le code du travail de « garanties sociales ». Celles-ci sont instituées par un accord collectif de travail. Elles sont gérées paritairement par une institution créée par le même accord. Le système d'assurance chômage créé en 1956 est fondé sur le principe de la gestion paritaire ainsi que celui des retraites complémentaires. L'agence pour l'emploi des cadres (Apec) relève de la même philosophie. Dans les trois cas, l'accord fondateur a pour objet de créer une garantie sociale, d'en définir le régime, d'instituer une cotisation partagée entre l'employeur et le salarié pour en assurer le financement. Ce processus est fondé sur le principe d'autonomie des partenaires sociaux qui s'exerce à travers le droit des salariés à la négociation collective.

Ce mode de gestion n'est réductible ni à la gestion d'un service public administratif, ni à la gestion d'une société privée, soumise aux règles de la concurrence.

⁶ Voir chronique 138 : « la loi avenir travail organise le déclin du paritarisme de gestion dans le domaine de la formation professionnelle.

23. Le modèle des OPCO, institué par la réforme de 2018 et décliné dans le rapport « Bagorski/Marx » s'éloigne à grands pas de ce mode de gestion. Certes, l'objet social des OPCO justifie que les représentants des employeurs et des salariés soient associés à leur gestion. Cependant les OPCO sont, comme leur nom l'indique des opérateurs techniques au service des branches professionnelles, des pouvoirs publics et des entreprises. Le pouvoir de décision appartient aux donneurs d'ordre que sont la branche et l'État et au client que représente l'entreprise. La branche dispose de la CPNE pour assurer les impulsions et le contrôle de la politique de formation dont la mise en œuvre est confiée à l'OPCO. Les structures paritaires internes à l'OPCO sous la forme d'une section paritaire professionnelle ne ferait-elle pas double emploi ? Quant à l'État il impulse et contrôle la politique qu'il entend faire mettre en œuvre par l'OPCO par différents moyens, dont le pouvoir normatif, les conventions d'objectifs et de moyens, le contrôle administratif et financier pour déboucher sur des sanctions administratives fiscales et pénales. Enfin, l'entreprise, cliente de l'OPCO est en mesure d'assurer le contrôle de la qualité de service fait grâce aux procédures de qualité mais également dans ce contrôle social exercé par les représentants du personnel au sein de l'entreprise.

24. Bref, alors que l'OPCO se transforme en agence technique dotée d'un large champ d'intervention intersectorielle, la question du modèle de sa gouvernance mérite examen.

Sans doute les associations gestionnaires créées par l'accord fondateur devront-elles comporter une assemblée générale permettant d'assurer la représentation de toutes les organisations d'employeurs signataires ainsi que des fédérations syndicales de salariés. Les membres du conseil d'administration et du bureau alors issu du collège employeurs et du collet salarié. Cette formule mettra ipso facto fin

au modèle de gouvernance en vigueur notamment à AGEFOS-PME ainsi qu'à OPCALIA, qui se caractérise par la prééminence d'une seule organisation patronale

N'y aurait-il pas une cohérence à rapprocher le modèle de gouvernance des OPCO de celui de France compétences qui a en charge l'animation du réseau des OPCO ? Peut-être certaines organisations patronales souhaiteront elles revenir au modèle historique des associations patronales de formation (ASFO) en vigueur avant la loi quinquennale de 1993, dans lesquelles la gestion était assurée par l'organisation patronale, les organisations syndicales de salariés étant présentes au sein de conseil de perfectionnement, qui pourraient en l'occurrence être transformés en conseil de surveillance ?

25. Quoi qu'il en soit, le rapport n'aborde pas au fond la question de la gouvernance paritaire des OPCO. Elle devra nécessairement être remise à l'ordre du jour en raison de l'évolution de leur objet social, de leur pilotage politique par les branches professionnelles à travers la négociation d'accords collectifs, de l'accroissement de leur taille...

Conclusions.

26. Les OPCO sont des prestataires de services serviteurs de trois maîtres : les pouvoirs publics, les branches, l'entreprise. Chacun de ces trois maîtres leur impose sa loi : la mission de service public pour le premier, la liberté contractuelle pour le second, la prestation de services de nature commerciale pour le troisième. Ces trois logiques juridiques s'entrechoquent. Le rapport « Bagorski/Marx » évite de les aborder au fond.

27 les principes d'autonomie et de liberté contractuelle qui sont au fondement du droit de la négociation collective, s'ils sont bien réels pour la négociation de branche qui oriente l'activité des OPCO, le sont bien moins s'agissant de l'acte fondateur des OPCO placé sous un contrôle étroit des pouvoirs publics.

28. Les questions que soulève la gouvernance des OPCO, dont le paritarisme constitue un critère d'agrément, n'ont pas davantage été abordées au fond par le rapport alors que cet acronyme traduit une volonté politique sans ambiguïté de banaliser les OPCA, en simples prestataires de services, à défaut d'avoir pu les supprimer, comme le souhaitait le président de la République⁷.

Jean Marie Luttringer

20 septembre 2018

⁷ Voir chronique 124. « La fin annoncée de la gestion paritaire de la formation professionnelle »