

11 OPCO et bientôt 50 branches : les choix d'un État « chaperon »

Introduction.

1. L'objectif visé par le gouvernement était d'agréer 10 à 11 OPCO¹ en lieu et place de 20 OPCA interprofessionnels et de branche. C'est chose faite, au prix de mariages arrangés voire forcés par l'État « chaperon ² ». Cet objectif en cache un autre qui est de respecter un engagement du président de la République de réduire le nombre de branches professionnelles de 650 à une cinquantaine. ³ Le gouvernement nourrissait sans doute l'espoir que le regroupement des branches au sein d'une dizaine d'OPCO contribuerait au processus de restructuration. Ce qui pour l'heure, ne s'est pas produit puisque les 11 OPCO agréés sont constitués de 329 branches professionnelles.

2. On rappellera dans un premier temps le contexte de la réforme de notre système de relations professionnelles dans lequel s'inscrit la réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage (I) ; dans un deuxième temps les enjeux du cycle de négociation de branche qui s'ouvre dans le prolongement de la loi du 5 septembre 2018 (II) ; dans un troisième temps les questions juridiques liées aux accords constitutifs et à la gestion paritaire des OPCO (III),

¹ . L'OPCO santé a obtenu un délai de deux ans avant de rejoindre l'OPCO cohésion sociale ce qui réduirait le nombre d'OPCO à 10

² . Chaperon : « femme généralement assez âgée qui accompagnait dans le monde une jeune fille, une jeune femme : toute personne qui accompagne quelqu'un pour le surveiller »

³ . La notion de branche professionnelle se réfère dans les développements qui suivent à la branche structurée par une convention collective.

I. Le contexte : la concomitance de la réforme du système de relations professionnelles et de celui de la formation professionnelle

3. Le processus de restructuration des branches professionnelles est engagé depuis 2014.⁴ D'ores et déjà près de 200 branches ont été supprimées notamment « les branches dormantes » sans activité ainsi que des branches régionales. Les 11 OPCO agréés à ce jour sont constitués de 329 branches. C'est dans ce contexte que le gouvernement a confié à Pierre Ramain « *la mission de faciliter une accélération de ce mouvement et de permettre notamment aux branches professionnelles d'assurer pleinement leur nouvelle responsabilité en matière de formation professionnelle, d'apprentissage et d'égalité professionnelle, et dans la perspective de la future mesure de représentativité syndicales et patronales en 2020* »⁵.

4. Ce double processus de réduction drastique du nombre de champs conventionnels ainsi que du nombre d'OPCO doit en effet être mis en perspective avec la réforme du calcul de représentativité des organisations syndicales de salariés et d'employeurs qui devrait également avoir pour effet à moyen long terme une réduction du pluralisme syndical et patronal réduisant du même coup une concurrence souvent artificielle entre ces organisations, préjudiciables au bon fonctionnement de la démocratie sociale dont ils sont les acteurs en vertu de la constitution.

⁴ . Jean Frédéric Poisson « rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles ». Mai 2009

⁵ . Lettre de mission adressée par Muriel Pénicaut à Pierre Ramain. (Lire la dépêche 602468 sur AEF info)

5. Lorsque ces trois processus de réforme, qui cheminent pour l'instant de manière parallèle voire souterraine, seront arrivés à leur terme, le système français de relations professionnelles⁶ s'en trouvera profondément modifié et par voie de conséquence le rôle des partenaires sociaux dans la régulation du système de formation professionnelle et d'apprentissage par la négociation collective de branche et la gestion paritaire dans les OPCO qui nous intéresse plus particulièrement dans le cadre de cette chronique.

6. Force est de constater que ces trois réformes (représentativité, réduction du nombre de branches professionnelles, réduction des OPCO) sont le fait de l'État et non des partenaires sociaux eux-mêmes. Celui-ci reste attaché aux vertus du jacobinisme et de la centralisation. Il se comporte comme « le chaperon » des organisations syndicales de salariés d'employeurs, qui à travers la pratique de la négociation collective s'inscrivent dans la culture du contrat qui se caractérise par ses effets relatifs et non dans celui de la loi dont la vocation est universaliste.

7. Dès lors, la question posée est de savoir si des branches professionnelles restructurées, et réduites en nombre, investies de compétences élargies dans le domaine de la formation professionnelle et de l'apprentissage, seront en capacité de se saisir de l'autonomie contractuelle qui est la leur pour exercer un pilotage stratégique des politiques de formation professionnelle et d'apprentissage. Par la négociation collective de branche d'une part, et par la gestion paritaire au sein des OPCO d'autre part. Ce double pari n'est pas gagné si l'on en juge

⁶ L'Allemagne a connu un processus similaire dans un contexte radicalement différent. Ce sont les puissances occupantes après la défaite du nazisme qui en 1945 ont restructuré par voie d'autorité le paysage syndical et patronal.

par l'état actuel de la négociation de branche dans ce domaine et par les mariages arrangés par « l'État chaperon » pour la constitution des OPCO.

8. Le faible degré d'autonomie et d'initiative dont ont fait preuve les branches professionnelles dans des accords traitant de formation professionnelle et d'apprentissage entre 2014 et 2018 atteste du chemin qui reste à parcourir jusqu'à l'autonomie contractuelle. Une évaluation de la négociation de branche professionnelle dans ce domaine, entre 2014-2018, réalisée par Sémaphores expertise et le Cereq⁷ à la demande des partenaires sociaux, conclut en effet que la grande majorité des branches professionnelles reproduit dans leurs accords les dispositions législatives et réglementaires en les adaptant au contexte de leur branche. Ce qui n'exclut pas de ci de là, quelques innovations mais celles-ci ne constituent pas le noyau dur de ces négociations. De manière générale, autant la partie patronale est encline à conclure des accords méthodologiques destinés aux entreprises adhérentes de la branche, autant elle est réticente à imposer des clauses à portée normative à leurs adhérents. Les questions internes à l'entreprise sont renvoyées par les organisations patronales des branches au pouvoir unilatéral de l'employeur ou plus rarement à la négociation d'un accord d'entreprise.⁸ Ces conclusions corroborent celles d'études antérieurement publiées sur ce même thème par le ministère du travail dans le cadre du bilan annuel de la négociation collective. Le bilan de 2017 recense à peine 450 accords d'entreprise traitant de la formation professionnelle comparée aux 45 000 accords d'entreprise traitant d'autres thèmes.

⁷ . Conseil national d'évaluations de la formation professionnelle. Évaluation des effets de l'accord national interprofessionnel de décembre 2013 sur les négociations des branches professionnelles
Synthèse du rapport final – décembre 2018. Sémaphores expertisent, Cereq

⁸ . Le bilan de la négociation collective publiée par le ministère du travail montre le peu d'intérêt des entreprises pour la négociation sur la formation professionnelle

9. Quant à l'autonomie de la gestion paritaire, qui est en principe un corollaire de la négociation collective, « l'État chaperon » s'est employé à la réduire au strict minimum à l'occasion de la réforme des OPCO : le champ d'intervention de ces derniers a été imposé aux négociateurs des accords constitutifs par le gouvernement (rapport (Bagorski-Marx),^{9 10} la gouvernance paritaire est placée sous le contrôle d'un commissaire du gouvernement, les frais de gestion sont encadrés par des textes réglementaires ainsi que par des conventions d'objectifs et de moyens conclus avec les pouvoirs publics et en cas de défaillance un administrateur provisoire peut-être désigné par le gouvernement. Pour faire bonne mesure, la DGEFP vient d'annoncer la présence d'un représentant du Cgefi¹¹ dans les diverses instances des OPCO.

10. Quoi qu'il en soit de ces perspectives de moyen long terme qui viennent d'être évoquées, la loi du 5 septembre 2018 rend nécessaire dès 2019 l'ouverture d'un cycle de négociation de branche sur la formation professionnelle et l'apprentissage en raison d'une part du caractère obsolète des dispositions des accords en vigueur d'autre part, des nouvelles compétences accordées aux branches par cette réforme. Outre cette question se pose celle des relations nouvelles entre branches professionnelles et OPCO induites par cette même réforme, ainsi que l'articulation entre la négociation de branche et la négociation d'entreprise.

⁹ . Chronique 139. Rapport Bagorski-Marx

¹⁰ Le Cgefi (Contrôle général économique et financier) dépend de Bercy (Lire la dépêche AEF 600623).

II. Les enjeux du cycle de négociation de branche consécutif à la loi du 5 septembre 2018.

11. Le principe de l'autonomie contractuelle qui caractérise « le droit des salariés à la négociation collective » s'applique aux différents objets de négociation. Le législateur dans sa fonction « de chaperon » des partenaires sociaux s'est employé à baliser le chemin de la négociation en prévoyant des négociations quadriennales sur les objectifs, les priorités, les moyens de la formation et quinquennales sur les classifications. Il s'agit là d'un simple balisage qui a pour objectif d'inciter les parties concernées et notamment les organisations patronales à engager des négociations sans que pour autant les parties ne soient tenues de conclure un accord en bonne et due forme.

12. Rappelons en second lieu que les accords collectifs notamment dans le champ de la formation professionnelle contiennent trois catégories de dispositions : des dispositions normatives ayant pour objet de créer des droits et des obligations opposables à des tiers, en l'occurrence à l'employeur et aux OPCO, des dispositions institutionnelles qui n'ont d'effets juridiques qu'entre les parties signataires par exemple la création d'une CPNE ou d'un observatoire des métiers et des qualifications, etc., ainsi que des dispositions méthodologiques sans effets juridiques qui visent à apporter information et conseil aux entreprises et aux salariés qui relèvent du champ d'application de l'accord.

13. La loi du 5 septembre 2018, relative à la liberté de choisir son avenir professionnel, a pour effet d'élargir le champ du pouvoir normatif des partenaires sociaux à travers la négociation collective de branche,

notamment au financement des contrats d'apprentissage, par ailleurs encadré par l'établissement public France compétences, et de le confirmer pour des thèmes tels que des contributions conventionnelles à la charge des entreprises de la branche, complémentaires à l'obligation légale, ou encore d'abondements au titre du CPF des salariés de la branche ; la création de certificats de qualification professionnelle (CQP) et leur positionnement dans les grilles de classification ; l'adaptation de la procédure de l'entretien professionnel tous les deux ans, et du bilan de parcours au terme de six ans... etc.

14. S'agissant des clauses institutionnelles qui n'ont d'effet juridique qu'entre les parties signataires de l'accord, il y a lieu de faire une mention particulière à la question des commissions paritaires nationales de l'emploi et de la formation professionnelle (CPNEF). Comme leur nom l'indique, il s'agit « de commissions » qui n'ont de pouvoir que celui délégué par l'accord de branche ou la convention collective. Ces commissions n'ont pas d'existence juridique autonome. Elles ont vocation à assurer « le suivi » des stipulations de l'accord et ne disposent d'aucun pouvoir normatif. Dès lors que les travaux animés et supervisés par les CPNE débouchent sur une décision normative c'est-à-dire créatrice de droits et d'obligations pour des tiers : l'employeur, les salariés, les OPCO, celles-ci doivent être prises sous la forme d'un avenant à l'accord collectif entraînant son dépôt au ministère du travail et l'ouverture de droits d'opposition des organisations syndicales représentatives dans le champ de l'accord, etc. Le respect du formalisme juridique est en effet un élément déterminant de l'existence d'un droit.

15. Enfin, s'agissant des clauses « méthodologiques », celles-ci recouvrent des sujets aussi variés que l'information sur l'évolution des métiers et des

qualifications, des guides de procédures pour les entretiens professionnels, des recommandations relatives au processus pédagogique qui repose sur le principe de la formation professionnelle en alternance ou encore sur la formation situation de travail.

16. Le cycle de négociation de branche qui s'ouvre en 2019 sur la formation professionnelle et l'apprentissage est marqué par des enjeux lourds, notamment la réussite de l'apprentissage, dont le pilotage été transféré aux branches, alors que le contexte de celles-ci connaît d'importantes mutations : la réduction drastique de leur nombre, le regroupement au sein de 10 à 11 OPCO « prestataires de services », les nouvelles règles de représentativité, et la priorité donnée à la négociation d'entreprise (inversion de la hiérarchie des normes) y compris dans le domaine de la formation professionnelle de l'apprentissage à l'exception du principe de mutualisation et de reconnaissance des qualifications.¹²

17. La construction de nouvelles relations « clients/ prestataires de services » en 2019/2020, entre les 329 branches et les 11 OPCO, sera la première épreuve de vérité de la pertinence du nouveau modèle de relations professionnelles que le gouvernement ambitionne d'appliquer au champ de la formation professionnelle et de l'apprentissage.

¹². Le nouvel article L.2253-1 dispose que « la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes : (...) 4° la mutualisation des fonds de la formation professionnelle

III. L'ambiguïté de la relation entre branches professionnelles et OPCO.

18. Le processus de négociation des accords constitutifs des OPCO par les branches professionnelles ainsi que par des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, soulève de multiples questions juridiques mal maîtrisées. Ils ont pour conséquence de mettre en cause des logiques traditionnelles telles que les équilibres entre les branches et l'interprofession, le champ et le hors champ, la représentativité de plein droit de portée générale et la représentativité relative.¹³

19. Sur la question de l'accord constitutif des OPCO et de leur agrément, la loi (article L 6332-1-1 du code du travail) dispose que les opérateurs de compétences sont des entités juridiques – des associations - qui doivent être agréées pour pouvoir gérer des ressources qui sont de nature fiscale. Des arrêtés datés du 29 mars 2019 publiés au Journal officiel du 31 mars ont agréé 11 OPCO. Il se trouve qu'à cette date, les 329 branches professionnelles concernées, avaient bien négocié 11 accords constitutifs. Cependant, reste à savoir si tous les OPCO projetés ont respecté le formalisme juridique de création d'une association, à savoir l'enregistrement de leurs statuts en préfecture et leur publication au JO avant le 1^{er} avril. Le respect de ces procédures est nécessaire pour conférer aux OPCO la personnalité juridique, à savoir une association qui fait l'objet de l'agrément. Les accords constitutifs ne sont en effet que des manifestations d'intérêt sans valeur juridique particulière. Ce ne sont ni des accords collectifs de travail, puisque leur objet est de créer une association et non d'organiser les relations entre employeurs et salariés,

¹³. Ces diverses questions ont fait l'objet des chroniques 145 et 146 (Lire sur AEF info les dépêches 602683 et 601341)

ni des statuts en bonne et due forme. La valeur juridique d'un agrément délivré dans ces conditions est pour le moins contestable.¹⁴

20. En principe, les OPCO doivent être créés par des accords conclus par des organisations représentatives de branches professionnelles. Cependant la loi prévoit également des OPCO interprofessionnels. C'était déjà le cas pour les OPCA, et deux organismes collecteurs avaient été créés par des accords conclus par les confédérations syndicales des salariés et, pour les employeurs, l'un par la CPME (AGEFOS), l'autre par le MEDEF (OPCALIA). Ces OPCA avaient vocation à accueillir les entreprises qui ne relevaient pas d'un accord de branche désignant un OPCA professionnel, les « entreprises orphelines ». Mais la CPME et le MEDEF ne sont représentatifs que dans l'industrie, la construction, le commerce et les services.¹⁵ La situation des entreprises orphelines « hors champ » de l'agriculture et de l'économie sociale (dont les associations, les coopératives, les mutuelles), ainsi que les entreprises publiques n'était pas claire. Ainsi, de grandes entreprises publiques étaient-elles, à défaut d'accords de branche, rattachées à AGEFOS-PME, et de nombreux employeurs non organisés en branche professionnelle étaient-ils rattachés à Uniformation, OPCA de l'économie sociale créé du côté patronal par l'UDES qui a demandé en vain, pendant de nombreuses années, la reconnaissance de la représentativité au niveau national et interprofessionnel avant d'être finalement reconnu par les pouvoirs publics en tant qu'organisation multiprofessionnelle¹⁶.

¹⁴ Les organisations syndicales CFDT et CGT impliquées dans la création de l'OPCO de la Construction (Constructys) ont d'ailleurs manifesté leur intention d'engager un contentieux à ce propos (Voir dépêches AEF info 605135 et 604987)

¹⁵ Voir sur cette question les chroniques 145 et 146

¹⁶ Cette question ne manquera pas de resurgir à propos de la gouvernance des CPIR que la loi reconnaît aux seules organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Ce choix exclu de fait le secteur agricole celui de l'économie sociale de la gestion de la transition professionnelle alors que les employeurs de ces secteurs contribuent à son financement

21. Les 11 arrêtés d'agrément ont réglé le problème, ce qui n'était pas prévu dans la loi. Tous les OPCO sont désormais compétents, en plus des branches professionnelles signataires de l'accord constitutif, pour les entreprises orphelines dont l'activité principale est compatible avec les critères de cohérence et de pertinence économique de leur champ d'intervention. Dans les faits, les OPCO interprofessionnels n'existent plus et on peut se demander pourquoi les organisations interprofessionnelles ont pu signer les accords constitutifs de deux OPCO. Sans doute, l'application des nouvelles règles de la représentativité, aussi bien des organisations syndicales d'employeurs que de salariés, a conduit les organisations les moins représentatives au niveau des branches à demander le maintien de la représentativité nationale et interprofessionnelle qui leur est acquise de plein droit quelle que soit leur représentativité mesurée par le nombre de leurs adhérents et le résultat aux élections professionnelles.

Par ailleurs, les employeurs non couverts par un accord de branche rencontreront sans doute des difficultés pour savoir à quel OPCO s'adresser pour bénéficier de financement ou de diverses prestations de conseil.

22. La question des sections paritaires professionnelles (SPP) mérite également que l'on s'y arrête un instant. L'article R 6332-4 du code du travail exige que les OPCO soient dirigés par un conseil d'administration ou disposent de sections paritaires permettant d'assurer une représentation de l'ensemble des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs relevant des branches adhérentes de l'OPCO. Cependant, ces sections paritaires professionnelles ne disposent pas de pouvoir d'affecter les ressources

fiscales dans leur seule branche. Les fonds sont en effet mutualisés et seul le conseil d'administration dispose d'un pouvoir de décision en la matière. Se pose alors la question de savoir quelles sont les fonctions respectives de la CPNE des branches constitutives de l'OPCO et celle de la SPP, dès lors que les objectifs, les priorités et les orientations de la branche sont définies par la CPNE et transmises à l'OPCO.

23. En revanche, dans l'hypothèse ou telle ou telle branche institue à la charge de l'employeur des contributions conventionnelles, celles-ci doivent en principe être affectées aux seules entreprises de la branche concernée, donner lieu à une comptabilité distincte de celle de la contribution de nature fiscale qu'il appartiendrait à la SPP de l'OPCO de gérer. Mais les branches qui souhaitent s'engager dans cette voie pourraient aussi bien créer une structure juridique ad hoc, distincte de l'OPCO pour en assurer la gestion au nom du principe d'autonomie contractuelle.

Conclusions.

24. La réforme en profondeur de notre système de relations professionnelles pèse lourdement sur le système de formation professionnelle : représentativité des organisations syndicales de salariés d'employeurs, réduction du nombre de branches professionnelles, inversion de la hiérarchie des normes et priorité à la négociation d'entreprise, priorité à la logique de branche sur la logique interprofessionnelle, abolition de la distinction champ/hors champ s'agissant des OPCO, mais survivance de cette distinction s'agissant des CPIR (Commissions paritaires interprofessionnelles régionales), mise sous tutelle par l'État de la gestion paritaire, en raison de la qualification fiscale du financement....

25. Ce mouvement de réforme, chaperonné par l'État, ne laisse guère de place à l'autonomie contractuelle. Peut-être parce que les partenaires sociaux eux-mêmes se sont montrés incapables de conduire les réformes nécessaires en raison de leur division et de leur émiettement.

26. La question est de savoir s'ils sortiront renforcés de ce processus et en capacité d'assumer l'autonomie contractuelle et une fonction de contre-pouvoir qui sont des conditions déterminantes de la démocratie sociale, complémentaire à la démocratie politique.

Jean-Marie Luttringer.

Avril 2019.