

Limites et autonomie contractuelle de la négociation collective préalable à l'agrément des OPCA

Ecrit par [Jean-Marie Luttringer](#), [Jean-Pierre Willems](#), publié par l'AEF le 10 novembre 2010

L'élaboration de règles qui régissent le droit des salariés à la formation, repose sur une dialectique complexe entre la loi et la négociation collective. La négociation d'un accord collectif relatif à la formation, au niveau national interprofessionnel (ANI du 7 janvier 2009) a précédé la loi et ses textes d'application, ayant le même objet (Loi du 24 novembre 2009). Aujourd'hui, l'initiative revient à la négociation de branche qui est appelée à mettre en oeuvre le cadre juridique élaboré par l'accord interprofessionnel et la loi, mais qui dispose également d'un pouvoir de création de normes consubstantiel à l'autonomie contractuelle.

Tout l'enjeu du cycle de négociation qui s'ouvre est d'apprécier les espaces d'autonomie et d'innovation dont disposent les négociateurs de branche dans le champ de la formation, dont il faut bien reconnaître qu'il a été singulièrement encadré par la loi portant réforme de la formation et ses textes d'applications (1). Ne pas affirmer, à l'occasion des négociations qui s'ouvrent « le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales » (code du travail article L. 2221 - 1), serait grandement dommageable pour le dialogue social et la démocratie sociale, déjà mis à rude épreuve dans la période récente. Aussi, les trois prochaines chroniques seront-elles consacrées à l'exploration des limites mais aussi des espaces d'initiative ouverts à la négociation de branche sur la formation :

- Chronique 1 : la négociation collective préalable à l'agrément des OPCA.
- Chronique 2 : la négociation collective de branche sur les objectifs les priorités et les moyens de la formation.
- Chronique 3 : perspectives ouvertes à la négociation collective au niveau des entreprises.

Les limites de l'autonomie contractuelle dans la négociation collective préalable à l'agrément des OPCA ont été fixées avec beaucoup de rigueur par la loi et le décret relatif aux OPCA au point que l'on peut déceler une dérive vers une conception parapublique de ces organismes (2). Il reste cependant quelques espaces à conquérir par l'autonomie contractuelle.

1. L'encadrement et les spécificités de la négociation relative à l'acte fondateur des OPCA

En raison de la nature fiscale des contributions obligatoires au financement de la formation professionnelle continue, les organismes qui collectent ces contributions doivent être agréés par l'État. « Cet agrément est subordonné à l'existence d'un accord conclu à cette fin entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatifs dans le champ d'application de l'accord. (Article L. 6332 -1 6° alinéa 3). Bien que cet « accord » ne soit pas un accord collectif de travail, car il a pour simple objet de demander l'agrément d'une structure habilitée à collecter des ressources fiscales, il doit cependant être négocié comme un accord collectif. Le Conseil d'État a eu l'occasion (3) de préciser qu'il y avait lieu d'appliquer les dispositions de la législation sur la négociation collective notamment celles relatives à la représentativité des organisations de salariés et d'employeurs dans le champ d'application qu'elles entendent conférer à l'OPCA qu'elles créent.

Cependant, alors que dans le droit commun de la négociation collective le champ d'application d'un accord collectif est librement déterminé par les signataires de l'accord, il n'en va pas de même d'un accord conclu en vue d'obtenir un agrément au bénéfice d'un OPCA. Celui-ci doit se conformer aux critères exigés pour être agréé en particulier le seuil de collecte de 100 millions d'euros, qui de fait, n'est accessible à aucune branche construite autour d'un champ conventionnel unique, à de rares exceptions près (dont la métallurgie). Il en résulte que la très grande majorité des OPCA issus de la nouvelle procédure d'agrément seront des OPCA inter branches. C'est dans ce nouveau contexte que doit s'apprécier la question de la représentativité des organisations de salariés et d'employeurs signataires de l'accord constitutif de l'OPCA et de la demande d'agrément.

La question de la représentativité des organisations syndicales de salariés se posera dans toute son ampleur lorsque la loi du 20 août 2008 entrera en application. La question se posera alors de savoir si les organisations fondatrices de l'OPCA en 2011, mais qui ne seront plus représentatives en 2013 dans ce champ, pourront continuer à désigner des administrateurs pour les représenter dans les conseils d'administration des OPCA qu'elles ont contribué à créer. La question revêt un intérêt éminemment concret pour les organisations syndicales de branches concernées qui tirent une partie de leurs ressources du financement du paritarisme dont elles bénéficiaient en application de l'article R. 6332-43 du code du travail. Les 0,75 % du montant des sommes collectées par les OPCA sont en effet versés aux organisations signataires des accords portant constitution de ces organismes pour rémunérer les missions et services effectivement accomplis en vue d'assurer la gestion paritaire des fonds de la formation professionnelle continue. Ces ressources ne sont pas versées aux confédérations comme c'est le cas du 0,75 % collecté par le Fongefor mais directement aux fédérations de branche souvent très indépendantes au sein de leurs confédérations. Question interne aux organisations syndicales de salariés dira-t-on, mais qui ne manque pas de peser sur les choix relatifs à la restructuration des champs d'intervention des OPCA.

Prime accordée au Medef et à la CGPME

La question de la représentativité des organisations d'employeurs dans les OPCA inter branches soulève des questions pratiques d'une autre nature. Il existe en effet plus de 600 conventions collectives de branche, dont plus de la moitié sont actives, et par conséquent autant d'organisations d'employeurs représentatives, alors qu'à l'issue du regroupement il restera une quinzaine d'OPCA. Comment assurer la gouvernance paritaire d'un OPCA inter branches dont un grand nombre d'organisations d'employeurs est signataires ? Sans doute faudra-t-il créer des assemblées générales en amont des conseils d'administration. Tout autre est la question de la représentativité des organisations d'employeurs dans les deux OPCA - AGEFOS-PME et OPCALIA - qui bénéficient aujourd'hui et sans doute demain, d'un double agrément, l'un - interprofessionnel - au titre de l'adhésion des entreprises « à défaut d'accord de branche » (article L 6331-3), l'autre au titre de « l'inter branche ».

La représentativité des organisations signataires s'apprécie dans le champ d'application de l'accord alors que celui-ci peut déterminer un champ d'intervention différent de celui dans lequel les organisations signataires sont représentatives. Cette subtile distinction entre champ d'application d'un accord et champ d'intervention d'un OPCA a pour effet d'autoriser notamment le Medef et la CGPME à négocier un accord national interprofessionnel, niveau auquel ils sont réputés être représentatifs, ayant pour objet la demande d'agrément, alors que l'accord soumis à agrément définira un champ d'intervention de l'OPCA bien plus large que celui dans lequel leur représentativité aura été appréciée. Si la procédure d'extension était requise en application du droit commun de la négociation collective, aussi bien AGEFOS-PME qu'OPCALIA ne pourraient recevoir de contributions que de la part de branches professionnelles dans lesquelles la représentativité de la CGPME et du Medef est attestée, et des entreprises « à défaut d'accords de branche » relevant de ce même champ d'application.

La prime accordée au Medef et à la CGPME en raison de leur représentativité nationale interprofessionnelle, est renforcée par l'article L. 6332 -1 du code du travail qui stipule que « s'agissant d'un organisme collecteur paritaire interprofessionnel, cet accord (créant un OPCA) est valide et peut-être agréé même s'il n'est signé, en ce qui concerne la représentation des employeurs, que par une organisation syndicale ». Ce texte signifie d'une part que le Medef et la CGPME sont habilités à assurer seuls la gouvernance d'OPCALIA pour le premier et d'AGEFOS-PME pour le second. Il signifie en second lieu que les entreprises non couvertes par un accord de branche, que leur activité se situe dans « le champ » d'application de l'ANI, ou « hors champ », sont tenues de verser leur contribution à l'un de ces deux OPCA. Si l'on s'en tient à l'interprétation littérale de ce texte, ni le FAFSEA OPCA intersectoriel des salariés des exploitations agricoles, ni Uniformation OPCA intersectoriel de l'économie sociale, ni l'OPCA PL, OPCA intersectoriel des professions libérales ne sont habilités à percevoir de contributions d'entreprises « à défaut d'accord de branche ». Celles-ci ne pouvant être versées qu'à un OPCA « interprofessionnel ».

De plus, il n'est pas davantage stipulé que seules des branches du « champ », c'est-à-dire celles dont les organisations d'employeurs sont par ailleurs adhérentes au Medef ou à la CGPME, peuvent désigner l'un ou l'autre de ces OPCA. De fait, certaines, de ces branches « hors champ » seront gérées par l'un ou l'autre de ces deux grands OPCA interprofessionnels - interbranches. On le voit, la question de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national interprofessionnel, qui dépasse très largement celle de la procédure d'agrément des OPCA (4), est en réalité au coeur de l'acte juridique du regroupement des OPCA (5).

Dans cette matière, l'autonomie contractuelle dans le champ de la formation est largement préemptée par des choix politiques relatifs à la représentativité des organisations patronales, et par ailleurs par la volonté d'opérer un regroupement drastique des OPCA. Cependant, la logique de regroupement engagée, et qui conduit inéluctablement vers des OPCA interbranches ouvre un espace à l'autonomie contractuelle, en particulier par la création de sections paritaires professionnelles (SPP).

2. Les sections paritaires professionnelles (SPP) des OPCA interbranches

Dans la vague de fond des OPCA interbranches, déclenchée par le seuil des 100 millions, la SPP devient l'espace dans lequel les branches peuvent conserver leur identité et continuer de bénéficier de l'effet structurant de la formation pour tous les autres domaines dans lesquels peut s'exercer le droit des salariés à la négociation collective : l'emploi, les qualifications, la GPEC, les seniors, l'égalité professionnelle, les politiques salariales. Et pourtant le code du travail n'évoque que du bout des lèvres la possibilité de prévoir dans la constitution d'un OPCA l'existence de sections professionnelles. (Article R. 6332 – 16 2°).

Tout se passe comme si, dans la logique du rapport Poisson (6) consacré aux branches professionnelles, le législateur souhaitait que la négociation relative aux OPCA apporte sa pierre à l'édifice de la réduction du nombre de branches professionnelles et partant de champs conventionnels. Cette intention évidente se heurte d'une part à la liberté de détermination de leur champ de négociation par les parties, une fois les conditions de représentativité établies, et d'autre part à la primauté de la branche professionnelle comme lieu de détermination des politiques de formation en cohérence avec les politiques d'emploi et plus largement de gestion des ressources humaines. Il ne faut pas perdre de vue que la formation et les financements et dispositifs qui lui sont propres, ne sont que des moyens mobilisés en vue d'objectifs qui les dépassent nécessairement. Le Code du travail ne dit rien sur les conditions de création des sections paritaires professionnelles. Il est vrai que leur mode de fonctionnement relève de l'acte de constitution issu d'un accord conclu entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés. Celles-ci peuvent par conséquent faire preuve de créativité dans la sphère d'autonomie contractuelle qui est la leur.

Cependant le code du travail limite singulièrement leurs prérogatives qui ne peuvent être définies que sous réserve des dispositions imposant la création d'une section catégorielle pour les sommes à gérer au titre des agréments pour les entreprises de 10 salariés et moins, de 10 à moins de 50 salariés et au titre du DIF et de la professionnalisation. En d'autres termes, le code du travail prévoit de manière explicite la création de sections professionnelles uniquement pour la gestion du plan de formation des entreprises de 50 salariés et plus. Ces réserves mettent en lumière la suspicion qui continue de peser sur la logique de branche dans le domaine de la formation nourrie tant par certaines organisations patronales interprofessionnelles, que par les opérateurs de formation et par les pouvoirs publics en particulier au niveau régional. Elles mettent aussi en évidence la contradiction, au moins au plan juridique, consistant à promouvoir la négociation collective à ce niveau, et le fait de réduire à peu de choses ses moyens d'action propres au sein des nouveaux OPCA interbranches.

Espace d'initiative

C'est ici qu'un espace d'initiative s'ouvre à l'autonomie contractuelle pour peu qu'elle soit imaginative. Ce que prévoit le décret, c'est un mécanisme ascendant : les sections professionnelles perçoivent directement les sommes versées par les entreprises entrant dans leur champ d'intervention, ces sommes n'étant mutualisées au niveau de l'OPCA que le 31 octobre au plus tard (C. trav. art. R. 6332-16). Tous les autres fonds (moins de 10, 10 à moins de 50, professionnalisation) sont mutualisés dès réception. Ils sont donc gérés en premier lieu au niveau de l'OPCA et non des sections professionnelles.

Mais l'OPCA, qui détermine librement le mode de gestion de ses fonds, peut parfaitement remettre à disposition de ces sections, pour engagement et sous sa responsabilité, les sommes qu'il a perçues. Cette pratique connaît une déclinaison territoriale : dans certains OPCA la remise à disposition ne s'effectue pas au niveau de sections professionnelles mais au niveau de sections régionales. Rien n'exclut, par ailleurs, de croiser ces deux logiques. Il existe donc d'une part une règle relative au niveau de la mutualisation qui consacre une mutualisation ascendante, et d'autre part une modalité de gestion des fonds qui est descendante. De ce fait, la section professionnelle peut avoir deux rôles différents : disposer de ressources propres qui lui sont garanties par accord dans le cadre prévu par la loi et disposer de ressources déléguées mises à disposition dans le cadre d'une délégation de gestion du conseil d'administration de l'OPCA.

On ne doit donc pas conclure des termes de l'article R. 6332-16 nouveau une impossibilité pour les sections professionnelles de gérer d'autres sommes que celles du plan de formation des entreprises de 50 salariés et plus, mais une impossibilité pour l'accord de prévoir que ces sections reçoivent et mutualisent d'abord à leur niveau les collectes pour lesquelles le Code du travail impose une mutualisation totale au niveau de l'OPCA. Il sera donc nécessaire, pour conférer une dimension véritablement INTERBRANCHES à l'OPCA, que l'accord fondateur prévoit le principe de la création de sections qui sont destinataires des fonds des entreprises de 50 salariés et plus et qui reçoivent une délégation de gestion de la part du conseil d'administration pour les fonds qui sont gérés par des sections catégorielles. L'accord devra également prévoir à quelle date les fonds sont repris en gestion directe par l'OPCA pour opérer une répartition entre les sections avant la fin de l'exercice.

Compte tenu du nombre de sections professionnelles qui seront instituées au sein des OPCA, sans doute près de 150 pour une vingtaine d'OPCA qui seront agréés, la question de la gouvernance des OPCA ne se posera plus tout à fait dans les mêmes termes avant et après la réforme introduite par la loi du 24 novembre 2009. Au plan de la gouvernance tout d'abord, la question de l'articulation entre les prérogatives du conseil d'administration et celles des conseils de sections paritaires professionnelles, doit être construite avec attention au niveau de l'accord de constitution de l'OPCA, faute de rendre difficile le fonctionnement de l'OPCA, notamment s'il n'est pas prévu de mode de résolution des quasi-inévitables tensions qui pourraient exister entre les sections et l'OPCA. De ce point de vue, les OPCA interprofessionnels disposent d'un avantage particulier puisqu'aucune branche professionnelle ne siège en tant que telle au Conseil d'administration de l'OPCA, ce qui est de nature à mieux garantir une régulation égalitaire des SPP.

Au plan des dynamiques internes à l'OPCA en second lieu, il est important que le fonctionnement de la structure préserve la mise à disposition de moyens pour de véritables politiques de branche, tout en assurant une solidarité entre des secteurs qui ont choisi de partager un outil, des modalités de travail... et peut-être des valeurs. L'accord constitutif, et les procédures internes de fonctionnement de l'OPCA, auront à répondre à ce double défi.

3. La création d'un fonds d'assurance formation

Les fonds d'assurance formation de salariés régis par les articles L. 6332 - 7 et 8 du code du travail peuvent demander leur agrément en qualité d'organismes collecteurs paritaires agréés (OPCA), dans les mêmes conditions et pour le même objet, que ces derniers en application de l'article L. 6332 -1. Pourquoi alors les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord ayant pour objet la demande d'agrément, opteraient-elles pour le fonds d'assurance formation plutôt que pour un OPCA n'ayant pas cette qualification ? La question ainsi posée présente d'autant plus d'intérêt que la grande majorité des OPCA qui survivront au regroupement sont des fonds d'assurance formation créés de longue date, dans les années 70, sur la base d'une démarche volontaire des organisations syndicales d'employeurs et de salariés fondatrices. L'histoire des fonds d'assurance formation et les valeurs de paritarisme dont ils sont porteurs constitue sans doute la première réponse à la question posée (7). Cependant il faut également y répondre aujourd'hui en termes de droit positif.

L'acte constitutif d'un fonds d'assurance formation ainsi que son objet social sont formulés par les textes dans les mêmes termes que ceux qui s'appliquent à un OPCA. Les deux structures sont créées par un accord conclu entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives dans le champ d'application professionnel ou territorial de l'accord. Cependant, la loi confère aux seuls fonds d'assurance formation la personnalité morale alors que celle de l'OPCA doit résulter d'un acte constitutif prenant la forme d'une association loi 1901. Cette question est moins anodine qu'il n'y paraît car une personne morale de plein droit, par détermination de la loi, peut se prévaloir dans le cadre de son objet social d'une autonomie incomparablement plus grande que celle d'une structure recouvrant à une personnalité juridique d'emprunt dans le seul but d'être agréée pour collecter et gérer des contributions de nature fiscale. D'ailleurs le décret relatif aux OPCA, qui précise le régime juridique de ces derniers, a supprimé du code du travail toute la partie réglementaire relative aux fonds d'assurance formation de salariés de sorte que le seul régime faisant l'objet d'une réglementation minutieuse et celui de l'OPCA.

Ainsi, un fonds d'assurance formation pourra demander son agrément en qualité d'OPCA pour collecter et gérer les contributions de nature fiscale, il sera soumis alors au même régime que ce dernier, mais l'inverse n'est pas vrai un OPCA ne pouvant se prévaloir de la qualité de fonds d'assurance formation. Celui-ci pourra en effet en dehors de « l'agrément fiscal », exercer sans agrément, en raison de la personnalité morale que la loi lui a conférée, la plénitude de son objet social à savoir la contribution au développement de la formation professionnelle continue.

Moyens financiers autres que les contributions fiscales

Reste la question déterminante qui est celle des moyens financiers autres que les contributions de nature fiscale, pour réaliser son objet social. La loi elle-même apporte une réponse à cette question par le second des deux seuls articles qu'elle consacre au fonds d'assurance formation : « les contributions versées par l'employeur aux fonds d'assurance formation ne sont soumises ni aux cotisations de sécurité sociale, ni à la taxe sur les salaires. Elles sont déductibles pour l'établissement de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés dus par l'employeur. » (C. trav., art. L. 6332 – 8). On peut légitimement considérer que si le législateur a maintenu ce texte, introduit dans le code du travail avant même que n'existe la contribution de nature fiscale, il souhaitait signifier que les contributions de nature fiscale et le régime qui en découle ne constituent pas les seules ressources dont peuvent bénéficier les fonds d'assurance formation.

Celles-ci peuvent dès lors avoir une qualification conventionnelle et échapper au régime fiscal. On peut également légitimement considérer que si les pouvoirs publics ont supprimé toute référence au fonds d'assurance formation dans la partie réglementaire relative aux OPCA, ce n'est pas pour les supprimer par une voie détournée, mais pour respecter la plus grande autonomie comparée à celle des OPCA, que la loi leur a conféré. Dans le même temps rien n'interdit aux partenaires sociaux fondateurs d'une association gestionnaire d'un OPCA de lui confier la mission de collecter et de gérer des ressources de nature conventionnelle dont le principe et les modalités auront été définies par un accord de branche entrant dans le champ d'intervention de l'OPCA. Cette activité n'aura pas besoin de l'agrément des pouvoirs publics pour se réaliser (8). On perçoit la différence : là où le FAF peut naturellement exercer ses missions en dehors de son agrément en tant qu'OPCA, l'association créée pour accueillir un OPCA ne pourra aller au-delà de ce champ que si son acte créateur en a expressément prévu l'objet et les modalités.

Au total, l'option en faveur du fonds d'assurance formation exprime un attachement historique au paritarisme, et elle est, potentiellement, porteuse d'une plus grande autonomie contractuelle, ce pour quoi les fonds d'assurance formation ont d'ailleurs été créés.

4. Dispositions normatives d'accords collectifs de branche

Si les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives, fondatrices d'un OPCA ou d'un fonds d'assurance formation, souhaitent mettre à la charge des entreprises relevant du champ d'application de cet accord, des obligations de nature financière, par exemple le versement obligatoire d'une partie de la participation des employeurs au titre du plan de formation, elles ne pourront le faire que par un accord collectif de travail au demeurant susceptible d'extension. Si, de surcroît, elles instaurent une obligation conventionnelle de financement de la formation, au-delà du 1,60 % de l'obligation légale pour les entreprises de 20 salariés et plus, elles devront le faire par la même voie. Il en va de même pour permettre à l'OPCA d'assurer le financement des diagnostics de GPEC qui devront au préalable avoir été définis par un accord collectif de branche.

Conclusion

Au plan juridique, la négociation collective sur la formation en amont de l'agrément des FAF et des OPCA, se caractérise par un encadrement législatif et réglementaire dérogatoire par rapport au droit commun de la négociation collective de travail :

- une prime est accordée au Medef et à la CGPME représentatifs au niveau national interprofessionnel dont ne bénéficient pas les organisations d'employeurs « hors champ » représentatives au niveau national intersectoriel, dont la représentativité interprofessionnelle pourtant revendiquée n'a pas été accordée par les pouvoirs publics ;
- le distinguo entre champ d'application d'un accord collectif de travail et champ d'intervention d'un OPCA renforce encore la position des deux grands réseaux, interprofessionnels à l'origine, et qui deviendront de plus en plus interbranches ;
- le renforcement de l'interbranches met en lumière l'importance et le caractère fragile au plan juridique, des sections paritaires professionnelles au sein des futurs OPCA issus du regroupement ;
- la loi consacre la distinction entre fond d'assurance formation et OPCA, même si juridiquement il est possible de confier les mêmes missions aux seconds qu'aux premiers par le jeu de la négociation collective.

Au plan des stratégies de négociation, différentes selon qu'il s'agit d'un OPCA mono branche, interbranches, ou interprofessionnel et interbranches, les questions posées sont celles :

- de la cohérence entre les champs d'application professionnels des conventions collectives et des accords de branche et les champs d'intervention des OPCA résultant de l'agrément ;
- de la gouvernance paritaire des OPCA interbranches ;
- de savoir si la négociation se limite à l'acte de constitution de l'OPCA et à la détermination du champ d'intervention, selon la prescription des textes législatifs et réglementaires, ou bien si dans le même temps les négociateurs décident de traiter de questions qui relèvent d'un accord collectif de travail au sens classique du terme, c'est-à-dire pouvant avoir un effet juridique opposable aux employeurs et aux salariés relevant du champ d'application de cet accord tel que le montant de la contribution financière des entreprises au titre du plan de formation ou la transférabilité du DIF.

Ces questions feront l'objet de développements de la deuxième chronique de la trilogie consacrée à la négociation collective sur la formation.

Prochaine chronique : les accords de branche sur la formation